

DONNA - MINORE - GIUSTIZIA

*"L'affidamento nella separazione,
nel divorzio e nella genitorialità naturale"*

ATTI DEL SEMINARIO

Bologna, 28/29 Gennaio 1994

Forum Associazione Donne Giuriste

Parma - Via Farini, 15

SOMMARIO

- Introduzione	Pag. 7
<i>(Avv. Milena Pini)</i>	
- Affidamento dei minori:	
Disparità fra esigenze affettive e regolamentazione	Pag. 13
<i>(Avv. Paola Pozzi)</i>	
Disparità tra diritti, doveri e facoltà	Pag. 31
<i>(Avv. Pierangela Venturini)</i>	
- Frammentazione e sovrapposizione delle competenze tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni	Pag. 55
<i>(Avv. Angela Pedercini)</i>	
- Il minore conteso:	
Servizi Sociali e Mediazione Familiare	Pag. 79
<i>(Avv. Valeria Fabj)</i>	
- Disparità di strumenti processuali di indagine del tribunale ordinario e del tribunale per i minorenni	Pag. 97
<i>(Avv. Margherita Salzer, Avv. Marina Vigo)</i>	
- Esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e amministrativi in Italia	Pag. 103
<i>(Avv. Giovanna Fava)</i>	
- Esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e amministrativi all'estero	Pag. 115
<i>(Avv. Liliana Ponsero)</i>	

forum Donne giuriste u d i

Seminario nazionale
Bologna, 28/29 gennaio 1994

DONNA MINORE GIUSTIZIA

L'affidamento nella separazione, nel divorzio, nella genitorialità naturale

Introduzione

Avv. Milena Pini (Milano)

Questo seminario costituisce per il gruppo di colleghe che si riconosce nel Forum Donne Giuriste una nuova occasione di riflessione collettiva sulla centralità del ruolo della donna nella società e nella famiglia, nel suo rapporto con il partner e con i figli, nel suo essere donna e madre.

Nel Seminario di Rimini, organizzato dal Forum nel 1991, abbiamo evidenziato la nostra critica verso una legislazione ed una giurisprudenza scritta al maschile, e in una ottica di riequilibrio di potere tra i sessi che può essere raggiunto a nostro parere solo attraverso strumenti legislativi, giudiziari e culturali di diseguaglianza, abbiamo rivendicato un diritto sessuato al femminile, da applicare innanzitutto agli aspetti economici della separazione e del divorzio. Le conclusioni cui siamo giunte in quel Seminario identificavano la richiesta di denaro come diritto e non come tutela; come riconoscimento legale di un ruolo preminente che la donna svolge nella famiglia, sul piano affettivo e materiale.

Dopo quel primo appuntamento pubblico il Forum Donne Giuriste ha proseguito al suo interno il confronto delle esperienze professionali e lo studio delle problematiche familiari, consapevole che il mutato quadro politico e socio-economico che si è andato delineando in questi ultimi due anni tendeva a cancellare la centralità del soggetto "donna", per riassorbirlo nel ruolo di "madre".

Oggi ci si sente quasi a disagio nel pensare a voce alta sulla discriminazione di sesso e nel rivendicare strumenti per superarla, e vediamo avanzare il tentativo di ripristinare un modello di famiglia legato al ruolo dell'uomo, quale unico produttore di reddito e quindi in posizione di potere dominante all'interno della famiglia, e al ruolo della donna privilegiato nella riproduzione.

La preparazione di questo seminario sull'affidamento dei minori, messo in cantiere dal nostro Gruppo due anni fa sulla base di quanto era emerso nel Seminario di Rimini, con il passare del tempo e con il mutare della situazione politica nel nostro Paese, ha costituito per noi una difficoltosa palestra in cui le nostre esperienze professionali e quindi la nostra storia di donne e di avvocate si sono costantemente confrontate da una parte con una realta' in rapida evoluzione e dall'altra con l'esigenza di mantenere fermo l'obiettivo di significare la nostra presenza sul piano giuridico e giudiziario.

Il nostro punto di partenza nell'impostazione di questo Seminario e' stato quindi, e provocatoriamente, non gia' la tutela del minore, bensì **la critica verso la strumentalizzazione della tutela dei minori da parte di chi propone la famiglia come ultimo baluardo di salvezza della societa' italiana.**

Le proposte piu' conservatrici di coloro che da anni suggerivano sottovoce un Tribunale speciale della famiglia e dei minori ed un controllo statale sulla famiglia sono state recentemente recepite in proposte e disegni di legge in cui si giunge persino a prevedere la mediazione obbligatoria del consultorio di zona, che, sostituendosi al Presidente del Tribunale, emana nella fase preliminare alla causa di separazione personale, i provvedimenti nell'interesse dei figli minori.

In tal modo, attraverso una esasperata tutela del minore, si propone una politica di **controllo ed ingerenza statale nei rapporti personali e familiari.**

A nostro parere diritti e doveri dei genitori verso i figli e dei figli verso i genitori devono in primo luogo essere considerati sul piano dell'affettività, e la sfera dei rapporti affettivi deve essere salvaguardata da ogni ingerenza esterna.

Altro e diverso e' **il diritto-dovere di educare ed istruire, che spetta in primo luogo allo Stato**, ma da tempo vediamo solo il vuoto di una scuola che non trasmette contenuti e non dà prospettive di lavoro; l'assenza di strutture di ritrovo, ricreative e sportive per i giovani; e quindi **il fallimento totale di questo ruolo che lo Stato e le sue istituzioni dovrebbero svolgere.**

E' necessario quindi delimitare e distinguere la sfera di libertà degli affetti, intesa come libertà di scelta della donna nel suo rapporto affettivo con i figli e il suo partner (e con cio' intendiamo ad esempio la scelta della maternità) e come libertà delle scelte di vita dell'individuo (e cioe' libertà di forma nelle relazioni di affetti, matrimonio o convivenza, libertà di scelta di modelli culturali ed educativi da trasmettere ai figli, nel rispetto delle proprie convinzioni e origini) **dalla sfera dei doveri che spettano allo Stato.**

Il punto da cui muove la nostra riflessione e' dunque la salvaguardia di **diritti di soggetti diversi (genitori e figli)** e la consapevolezza che non si possa parlare di tutela astratta di diritti, bensì di salvaguardia di una relazione tra soggetti.

Quando una normale mediazione di diritti di soggetti diversi (tra coniugi o tra genitori e figli) diventa conflitto, bisogna valutare la relazione tra i coniugi e tra questi e i minori, in ordine al benessere degli stessi minori.

Ma cosa deve intendersi per "benessere" del minore quando si deve disporre il suo affidamento all'uno o all'altro genitore, o nei casi in cui l'inidoneita' dei genitori consiglia l'affidamento ad un terzo ?

Quanto all'affidamento del minore nelle cause di separazione personale e di divorzio, o in caso di cessazione di una convivenza more uxorio, e' noto che quasi sempre la donna chiede l'affidamento dei figli, mentre l'uomo lo richiede raramente; che molto spesso il padre si dimentica affettivamente e materialmente dei figli, dopo che questi sono stati affidati alla madre; che la stessa madre sente molto spesso il peso di essere l'unico genitore cui i figli fanno riferimento e che i figli risentono ovviamente di tale situazione; che l'uomo non viene colpevolizzato per tale suo assenteismo, mentre viene ancora colpevolizzata la scelta della separazione (per la maggior parte dei casi effettuata dalla donna).

A questa situazione di fatto fa riscontro una legislazione ed una giurisprudenza improntate ad una visione arcaica dei rapporti tra i sessi, da cui consegue la distinzione tra **diritti** (del minore), **doveri** (della madre-genitrice affidataria) e **facolta'** (del padre-genitore non affidatario). Nell'ottica di un riequilibrio, all'interno della famiglia, dei poteri e dei ruoli tra i sessi, si dovrebbe secondo noi perseguire l'obiettivo di un **esercizio** reciproco di diritti e doveri da parte di questi soggetti (minore, madre e padre), che va ben al di la' della teorica titolarita' di diritti paritari tra madre e padre.

Quanto all'ampio potere discrezionale del giudice, cui e' demandato nelle cause di separazione e di divorzio il compito di accertare il ricorrere di determinate condizioni (presa d'atto che la convivenza e' divenuta intollerabile), di individuare i limiti (il pregiudizio del minore), di tutelare determinati valori (diritto del minore alla crescita armonica), abbiamo gia' evidenziato nel precedente Seminario la necessita' di una particolare formazione del giudice in questa materia, e quindi l'esigenza di costituire **sezioni specializzate in diritto di famiglia presso il Tribunale ordinario.**

Abbiamo pure piu' volte denunciato l'inammissibile discriminazione tra figli legittimi e figli naturali e tra famiglie legittime fondate sul matrimonio e famiglie di fatto fondate su una convivenza more uxorio, discriminazione che assume una pesante valenza nel dualismo tra Tribunale ordinario e Tribunale per i minorenni: da tempo ci siamo quindi espresse per l'abolizione del Tribunale per i minorenni, o quanto meno la devoluzione di tutte le sue competenze in materia civile al Tribunale ordinario.

Ben conosciamo infatti la diversita' degli strumenti istruttori e probatori di cui si avvale il Tribunale per i Minorenni (informazioni richieste ai servizi sociali) rispetto al Tribunale ordinario; la mal tollerata presenza del difensore dei

genitori nei procedimenti avanti il T.M. ; il procedimento in camera di consiglio dove l'individuazione dell'interesse specifico del minore viene lasciato all'esclusiva e totale discrezionalità del giudice e del P.M.

Ci siamo infine chieste se e' veramente necessario, o doveroso o utile ampliare il controllo giudiziario (o amministrativo ?) sull'esercizio della potesta' genitoriale, in occasione di un giudizio di separazione personale, al fine di accertare lo stato del minore. Mi riferisco alla proposta di nomina di un curatore del minore da parte del Presidente del Tribunale nella prima fase delle cause di separazione e di divorzio.

Quanto all'affidamento del minore al terzo , quale esempio ci ha sinora fornito l'intervento statale che tutela i minori ? Qual'e' stato ed e' il ruolo dei servizi ? Quale il loro modello di riferimento nel ritenere il minore in "difficolta'" o la famiglia "a rischio" ?

Noi rileviamo, a partire dalla nostra esperienza professionale, che l'intervento esterno costituisce sempre la sovrapposizione di un modello culturale ed educativo a quello impartito dalla famiglia d'origine; per di piu' si tratta di un modello che il terzo ritiene astrattamente "perfetto" ma che in realta' e' a sua volta originato da convinzioni personali e di "gruppo di appartenenza" sociale, religiosa o politica.

D'altra parte i servizi mancano di strutture e di mezzi per un effettivo intervento di rimozione delle cause di natura sociale ed economica che creano disagio ai genitori e ai minori.

Nella ricerca di alternative in grado di affrontare la crisi di coppia in modo meno traumatico, soprattutto laddove vi sono figli minori, si colloca la proposta della "**mediazione familiare**", che trova entusiasti sostenitori tra psicologi e assistenti sociali. Esamineremo a fondo in questo Seminario la proposta della mediazione familiare, che suscita in noi molte perplessita', perche' non crediamo ad un intervento del mediatore "neutro" sia rispetto al rapporto e al conflitto tra i coniugi, sia rispetto all'intervento propositivo di nuovi rapporti familiari . Ne' crediamo che il conflitto tra coniugi, riferito sia ai rapporti personali che a quelli patrimoniali, possa e debba risolversi in un contesto dove al diritto soggettivo si sostituisce un generico interesse, sia pure quello del minore. La nostra esperienza ci induce a ritenere che la ricerca di una soluzione del conflitto tra i coniugi (quasi sempre basato su questioni economiche, quali l'assegno di mantenimento per la moglie e i figli e l'assegnazione della casa coniugale) sul piano della tutela dell'interesse del minore, anziche' sul piano della garanzia dei diritti, si risolverebbe in un confronto tra posizioni diseguali, a danno della donna- madre, emotivamente ed affettivamente piu' coinvolta nella "tutela dell'interesse del minore".

Non e' quindi utile, ma anzi estremamente pericolosa, ogni proposta di "giustizia destrutturizzata", ogni tentativo di limitare il diritto di difesa, e riteniamo che la competenza e la specializzazione del giudice e dell'avvocato possano e debbano efficacemente garantire la soluzione del conflitto tra i coniugi, attraverso risposte di giustizia sostanziale.

In questa ottica, abbiamo esaminato aspetti e questioni processuali che rendono difficoltoso l'iter giudiziario, dalla frammentarieta' e sovrapposizione delle competenze tra Tribunale ordinario e Tribunale per i minorenni, all'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e amministrativi in Italia e all'estero, evidenziando nelle relazioni che saranno svolte nel Seminario, critiche e proposte..

Ci siamo impegnate in questi anni in una ricerca, uno studio ed un confronto che oggi, con questo Seminario, offriamo come punto di partenza per una riflessione collettiva.

Ma non ci basta.

Sentiamo, in questo momento politico e storico, l'esigenza di dare continuita' e visibilita' al nostro lavoro, di proporre con nuova forza qualitativa e quantitativa la nostra presenza sul piano giuridico, giudiziario e legislativo, e quindi di promuovere la costituzione di un' Associazione di donne che persegua finalita' e obiettivi che hanno caratterizzato il nostro gruppo sin dalle origini.

Siamo certe che le vostre adesioni saranno numerose.

DISPARITA' FRA ESIGENZE AFFETTIVE

E REGOLAMENTAZIONE

Avv. PAOLA POZZI - Bologna

I N D I C E :

- L'interesse del minore quale univoco
criterio per l'affidamento pag. 3

- L'affidamento preferenziale alla madre
nella giurisprudenza pag. 8

- L'affidamento congiunto pag. 11

- L'affidamento alternato pag. 14

- Gli aspetti economici conseguenti
l'affidamento pag. 15

- Bibliografia pag. 18

* * * * *

Con la collaborazione di
Avv. Olga Chiusoli
Avv. Angela Pozzi

- L'INTERESSE DEL MINORE QUALE UNIVOCO CRITERIO
PER L'AFFIDAMENTO:

Nel precedente Seminario di Rimini avevamo rivendicato il nostro ruolo di tecniche che, operando in difesa delle donne nel campo del diritto di famiglia, hanno dovuto constatare la non neutralità della legge, la derivazione di essa dal solo pensiero maschile e la totale estraneità della donna al diritto. In quest'ottica, non avevamo avuto timore di affermare e dimostrare come una lettura in chiave sessuata delle norme che regolano i rapporti economici e patrimoniali tra i coniugi in sede di separazione e di divorzio consentisse di verificare che le stesse sono inadeguate a rappresentare la differenza di sesso, non tengono conto dei diversi ruoli e interessi in gioco nel momento patologico della coppia e conseguentemente penalizzano grandemente la donna, non garantendo una sufficiente tutela dei suoi diritti.

Quando abbiamo deciso di affrontare in questo secondo seminario il tema dell'affidamento dei minori, abbiamo avvertito grosse difficoltà ad applicare lo stesso criterio di lettura alle norme che regolano l'affidamento dei figli nel momento della frantumazione della famiglia, sia essa regolare o di fatto, e ci siamo rese conto che il richiamo all'interesse superiore del minore contenuto in tali norme e posto dal legislatore quale univoco criterio cui tutti gli altri interessi in gioco si dovrebbero subordinare, costituisce di primo acchito, per le donne, una grossa remora sul piano psicologico ed affettivo, una sorta di tabù cui

verrebbe istintivo inchinarsi, che sono tentate di accettare supinamente, dimenticando che in realtà tutta la normativa non è neutra.

Analizzando le nostre esperienze professionali, abbiamo dapprima verificato come il richiamo ad un tale criterio costituisca un'arma di ricatto psicologico potentissima posta dal legislatore nei confronti della donna, che all'interesse dei figli è fin troppo sensibile.

Quante volte le donne, narrando il loro vissuto di mogli o compagne infelici e inappagate, ci hanno confessato di aver aspettato a chiedere la separazione, di aver tollerato per anni convivenze insostenibili, proprio per non nuocere ai loro figli! (1)

Andando poi ad esaminare la dottrina e la giurisprudenza in materia di affidamento, ci siamo accorte che, a quasi venti anni dalla riforma del diritto di famiglia e

(1) - Questo atteggiamento delle donne è indirettamente confermato dai dati raccolti da M.Barbagli ed esposti nella sua relazione al Convegno di Rovereto del '90 (gli atti del Convegno sono pubblicati nel volume "I figli contesi" a cura di C.Saraceno e M.Pradi - Ed.Unicopli), da cui si ricava che, in Italia, la percentuale delle coppie con figli che chiedono la separazione è assai più bassa che negli altri paesi occidentali e inoltre che nel nostro paese la separazione ed il divorzio avvengono ad un'età media molto più avanzata che negli altri paesi. Secondo l'autore citato ciò dipende dal fatto che in Italia la presenza dei figli costituisce ancora un forte ostacolo alla rottura del matrimonio. In altri paesi occidentali il fatto di avere o non avere figli non incide sulla probabilità di rompere il matrimonio, mentre nel nostro paese chi è senza figli ha il doppio di probabilità di separarsi dalle coppie che hanno un figlio e addirittura circa il triplo, rispetto a quelle che hanno due figli.

nonostante tutte le parole che sono state spese nei sempre più numerosi convegni che hanno affrontato il tema dei minori, in realtà nessuno è ancora riuscito a descrivere, né a dare un significato concreto al concetto astratto di "interesse del minore" e che, in sostanza, "lo stabilire che cosa è più o meno bene per il minore continua a dipendere, in gran parte, dalla sensibilità dei singoli giudici, dalle loro personali esperienze, dai loro diversi valori" (2)

"Il dire qual'è il fondamentale interesse di una persona è legato alla visione che il giudicante ha della vita, ai suoi modelli culturali, al suo credo religioso, alle sue scelte ideali, parametri metagiuridici soggetti a mutamenti nel tempo e nello spazio e non ancorati a certezze" (3)

Voci autorevoli hanno rilevato che, nonostante lo sforzo degli interpreti per dare un contenuto possibilmente concreto al criterio legislativo dell'interesse del minore, "non si può dire che questo sforzo abbia dato risultati del tutto soddisfacenti. Anzi ... si sono fatte sempre più frequenti le voci che denunciano quanto vi è di vago o addirittura di retorico in questo concetto, e quanto grande sia il pericolo che le definizioni che di volta in volta ne sono state proposte possano divenire uno schermo sottile, dietro il quale far passare personali concezioni educative o, più probabilmente, concezioni condivise dalla cultura della maggioranza, ma tuttavia prive di valore vincolante per tutti e pericolosamente riduttive di spazi di libertà

(2) - Cfr. D.Vincenzi Amato - L'affidamento dei minori nelle separazioni giudiziali - Giuffrè 1992, pag.153.

(3) - "Alla ricerca di nuovi strumenti operativi e culturali per una giurisdizione meno aleatoria" (M.Pradi - relazione contenuta ne "I figli contesi" cit.).

soprattutto per gli strati marginali della società" (4).
"Sociologi e psicologi hanno denunciato infatti l'illusorietà di un interesse del minore che sia considerato isolatamente dal contesto familiare e affettivo nel quale egli è inserito" (5).

Abbiamo constatato inoltre che, nelle norme del Codice Civile che regolano la famiglia unita, sia essa regolare o di fatto, non esiste alcun richiamo a questo superiore interesse e comunque non è previsto che alcun estraneo possa intervenire a tutela dello stesso (6), tranne nei casi che, per la loro gravità, richiedano la revoca o la sospensione della potestà (7).

Al contrario l'interesse del minore viene richiamato non solo nelle norme che regolano l'affidamento nella separazione e nel divorzio, ma in tutte quelle che disciplinano situazioni di monogenitorialità (8).

- (4)-(5) - relazione di A.Ceccherini al Convegno di Rovereto ne "I figli contesi" cit.
- (6) - cfr. Artt.145 e 316 c.c.: secondo tali norme, nella famiglia unita, solo i coniugi possono ricorrere al giudice in caso di contrasto nell'esercizio della potestà.
- (7) - Artt.330-333 c.c.
- (8) - Si pensi all'esasperato controllo cui sono sottoposte le madri nubili, quando il figlio sia stato riconosciuto solo da loro: esse debbono ricorrere al giudice tutelare per compiere qualunque formalità e per prendere qualunque decisione che riguardi il minore. Ancora, per quanto riguarda la dichiarazione giudiziale di paternità naturale, la Corte Costituzionale, con la sentenza 20/7/90 n.341 ha statuito l'illegittimità dell'art.274 c.c. nella parte in cui, se si tratta di minore infrasedicenne, non prevede che l'azione per ottenere che sia dichiarata giudizialmente la paternità o la maternità naturale, promossa dal genitore esercente la potestà, sia ammessa solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del figlio (in "Corriere Giuridico", Ed.Ipsoa, fasc.10/1990, pag.1039).

A questo punto ci siamo chieste perchè il legislatore abbia ritenuto di mettere in primo piano la tutela di tale interesse solo nel momento in cui la rottura del rapporto coniugale si manifesta esteriormente con la richiesta di separazione, nonchè nelle situazioni di monogenitorialità.

Le giustificazioni che vengono date da altri rami del sapere, e cioè che il delicato equilibrio psichico dei minori risente fortemente vuoi della separazione dei genitori e dei problemi che con la stessa insorgono, vuoi della mancanza di una delle figure parentali di riferimento, anche se in parte vere, non ci soddisfano pienamente, perchè ben sappiamo come certe situazioni sommerse di crisi coniugale o di convivenze forzate e intollerabili, che si protraggono per anni senza mai sfociare in una separazione, siano almeno altrettanto e forse anche più pericolose per l'equilibrio dei minori.

D'altra parte lo stesso legislatore, laddove ha posto il "grave pregiudizio all'interesse della prole" quale motivo sufficiente perchè ciascuno dei coniugi possa chiedere la separazione giudiziale (art.151 c.c.), ha implicitamente e indirettamente riconosciuto che, in determinate circostanze, l'interesse dei minori può essere perseguito solo con l'interruzione della convivenza e con la separazione.

Tutte queste considerazioni ci hanno permesso di affrontare in chiave sessuata anche la lettura delle norme che regolano l'affidamento dei figli nella separazione, nel divorzio e nella famiglia di fatto e di verificare come il legislatore, sia nella Novella del '75 che nella legge 74/87, avesse ben presente una realtà che vede i figli affidati alla madre nella stragrande maggioranza dei casi e, contemporaneamente, volesse limitare e sottoporre ad un

controllo l'esercizio della potestà genitoriale da parte di lei.

Partendo dalla Novella del '75, due sono gli argomenti che si ricavano dalla norma e che confortano la nostra tesi:

- I) il fatto che nell'art.155 sia stata prevista una sola forma di affidamento dei figli, cioè l'affidamento esclusivo;
- II) il fatto che, in nome della tutela dell'interesse del minore, il legislatore abbia posto a carico del genitore affidatario una serie di doveri, di responsabilità, di limiti all'esercizio esclusivo della potestà, tali da comprimerne le funzioni, mentre al genitore non affidatario vengono riconosciuti diritti e facoltà che possono essere utilizzati anche solo per interferire pesantemente, con un rigido controllo, sui rapporti dell'altro genitore con i figli, sulle scelte personali, sulla vita stessa dell'altro coniuge.

* * * * *

- L'AFFIDAMENTO PREFERENZIALE ALLA MADRE NELLA GIURISPRUDENZA:

Secondo quanto emerge da alcune ricerche già pubblica-

te (9) e dalla lettura delle sentenze degli ultimi anni, i nostri Tribunali vedono ancora oggi nella madre il genitore più idoneo ad occuparsi dei figli (10).

Sappiamo bene che oggi questo orientamento è oggetto di critiche e si chiede a più voci l'affidamento congiunto, se non addirittura l'affidamento esclusivo al padre, quando il minore sia uscito dall'infanzia.

Purtroppo nella nostra pratica abbiamo verificato come la richiesta di affido da parte del padre sia spesso strumentalmente tesa ad ottenere vantaggi sul piano economico (assegnazione della casa familiare, mancata corresponsione dell'assegno alla moglie, etc.).

L'attuale orientamento della giurisprudenza è invece assai realistico:

infatti, come è emerso anche dal precedente seminario di questo FORUM, nel nostro paese è ancora intorno alla donna, anche se lavoratrice, che di fatto ruota tutta l'organizzazione familiare: a lei sono prevalentemente affidati l'organizzazione domestica e il lavoro casalingo di cura e di assistenza.

La divisione del lavoro tra i sessi e più specificamente la prioritaria attribuzione alla donna-moglie del lavoro domestico e familiare rimane il terreno in cui i ruoli

- (9) - "L'affidamento dei minori nelle separazioni giudiziali" a cura di A.Dell'Antonio e D.Vincenzi D'Amato - Giuffrè 1992.
- (10) - Secondo i dati raccolti da M.Barbagli ("I figli contesi", cit.) negli ultimi anni c'è stato, soprattutto nel divorzio e in misura minore nella separazione, un aumento della percentuale dei figli affidati alle madri. Nel caso del divorzio si è passati dal 77% al 90%. Nel caso delle separazioni il 91% dei figli vengono affidati alle madri.

sociali di sesso appaiono più resistenti ad una ridefinizione. Questa situazione nella famiglia unita provoca non solo una dipendenza economica, parziale o totale, della moglie dal marito, ma altresì una sua maggiore debolezza nei processi di negoziazione coniugale e familiare, perchè non si tiene conto del fatto che la maggiore disponibilità e capacità di lavoro dell'uomo dipende dalla disponibilità della donna a fare anche per lui i lavori domestici, ad occuparsi anche per lui dei figli, che pure sono di entrambi (11).

I figli sono coinvolti direttamente in questo fenomeno, nella misura in cui il loro benessere quotidiano, anche sotto il profilo economico, è affidato non solo alle cure della madre, ma anche alla capacità di quest'ultima di negoziare col padre le risorse necessarie per il loro mantenimento.

In molti casi infatti il conflitto sulla percezione dei bisogni dei figli e sulle risorse necessarie per farvi fronte inizia già nella famiglia unita e dipende dal diverso modo in cui i genitori si rapportano ai figli, dalla diversa esperienza quotidiana di ciò che è necessario e di quanto costa in termini non solo di denaro, ma di tempo, di attenzioni, di energie (12).

La divisione dei ruoli e delle responsabilità tra i genitori all'interno della famiglia ha come conseguenza che il rapporto del padre con i figli richiede una forte mediazione e presenza della madre, che si assume il compito di garantirne la sopravvivenza e la crescita quotidiana (13).

(11) - "Figli contesi perchè non condivisi?" (C.Saraceno, relazione contenuta ne "I figli contesi", cit.).

(12)-(13) - ibidem.

Quando il rapporto tra i coniugi si rompe, solo la presenza della madre può garantire ai figli una continuità con il sistema di vita precedente alla separazione e sarà sempre lei che continuerà ad occuparsi dei suoi figli. Il padre separato, cui il giudice abbia riconosciuto qualità tali da considerarlo idoneo all'affidamento dei figli, tenderà comunque a delegare a nonne, baby sitters o eventuali nuove compagne il compito di risolvere i quotidiani problemi connessi alla loro cura.

In questo stato di cose spetta alla donna il compito di continuare a mediare il rapporto dell'ex compagno con i figli, e per di più senza alcuna contropartita, al contrario di quanto avviene nella famiglia unita.

* * * * *

- L'AFFIDAMENTO CONGIUNTO:

Dunque, la madre è e resta la figura di riferimento, concreta e quotidiana, per i figli, mentre il padre lo è solo virtualmente, quasi un simbolo evocato dalla madre per favorire l'interiorizzazione da parte dei figli del principio della realtà e della norma.

Questo stato di cose viene però non a caso "ignorato" da chi ritiene che la forma ottimale di affidamento sia l'affidamento congiunto, e che lo stesso dovrebbe essere disposto dal giudice non solo al momento del divorzio e

sull'accordo dei coniugi, ma anche nella separazione e quando vi sia conflitto sull'affidamento, affermando, fra l'altro, che, con l'affidamento esclusivo "il genitore non affidatario si trova, di fatto, ristretto nella propria esperienza e capacità genitoriale, a prescindere dalla propria esperienza pregressa di genitore" (14).

Da tale posizione traspare un evidente "favor" per il padre, al quale l'affidamento congiunto in sede di separazione dovrebbe teoricamente consentire di uscire dal ruolo di figura virtuale e simbolica mediata dalla madre, ruolo che peraltro lui stesso ha consapevolmente scelto nella famiglia unita, per entrare "finalmente" in una dimensione gratificante sul piano dei rapporti affettivi con i figli e per sperimentare le proprie capacità genitoriali.

Ebbene, a noi pare che considerare il periodo successivo alla separazione come una "palestra", nella quale si possano sperimentare nuove relazioni affettive ed inventarsi nuovi ruoli nei confronti dei figli sia, questo sì, palesemente contrario all'interesse di questi ultimi, perchè estremamente pericoloso per il loro equilibrio già compromesso e foriero di nuovi traumi e sbandamenti.

Inoltre l'affidamento congiunto, quando non sia il frutto di una scelta consapevole di entrambi i coniugi che riproduca una struttura di rapporti già consolidatasi nella famiglia unita, è mistificante per la madre, perchè si fonda su una presunta relazione paritetica di entrambi i genitori con i figli, che non trova alcun riscontro nella realtà.

Il rischio è quello di riprodurre le stesse relazioni di potere fra uomo e donna esistenti nella famiglia unita,

(14) - Chiara Saraceno: "I figli contesi" cit.

di costringere la madre a continuare a mediare il rapporto dei figli col padre con la stessa intensità, non solo senza alcun contropartita, ma con una penalizzazione sul piano economico più forte che nell'affidamento esclusivo. Anche il rischio di controllo indiretto che attraverso l'affidamento congiunto il padre può esercitare su di lei è assai maggiore.

L'affidamento congiunto si presenta peraltro problematico anche sul piano normativo.

Infatti, non v'è dubbio che l'art.155 c.c., richiamato dall'art.317 c.c., regoli l'esercizio della potestà solo nel caso dell'affidamento esclusivo.

Si dovrebbe dunque ritenere che all'affidamento congiunto sia applicabile l'art 316 c.c., che al IV c. prevede che, qualora sussista un incombente pericolo di un grave pregiudizio per la prole, il padre possa adottare provvedimenti urgenti ed indifferibili senza consultare l'altro coniuge.

Quid iuris qualora sia necessario prendere decisioni indifferibili per il figlio, che, pur essendo affidato congiuntamente ad entrambi i genitori, risieda prevalentemente con uno di essi e cioè, come avviene nella maggior parte dei casi, con la madre?

Ci pare che, allo stato, l'affidamento congiunto sia praticabile solo ed esclusivamente sull'accordo dei coniugi e preferibilmente, come peraltro previsto dal legislatore, solo in sede di divorzio, in presenza di figli adolescenti e quando il conflitto tra i genitori si sia attenuato.

* * * * *

- L'AFFIDAMENTO ALTERNATO:

Questa forma di affidamento, introdotta in materia di divorzio dalla legge di riforma n.74/87, prevede che il minore venga affidato alternativamente e per periodi prefissati a ciascuno dei genitori che, per quel periodo, esercita esclusivamente ed indipendentemente dall'altro la potestà genitoriale.

E' una forma di affidamento assolutamente sconsigliabile, perchè l'instabilità che deriva dall'alternanza può seriamente compromettere la crescita del minore. I bambini affidati alternativamente e per periodi ciclici (una settimana-un mese) ad entrambi i genitori devono adattarsi ad abitudini, valori esistenziali, modelli identificativi, scelte pedagogiche ed educative diversi e contraddittori; in questa situazione essi sono fortemente sottoposti al rischio di sviluppare una tendenza a sdoppiare la propria personalità per assecondare le aspirazioni manifeste o inconscie di entrambi i genitori.

E' evidente quanto ciò possa essere nocivo e pericoloso, in quanto contiene in sè germi di dissociazione che possono sfociare in vere e proprie patologie schizofreniche.

Questi bambini hanno quasi sempre una stanza diversa, un guardaroba diverso, dei giocattoli diversi presso ciascun genitore e molto spesso essi sono consci del fatto che nè il padre, nè la madre riconosce loro una autonomia di gestione, neppure nell'ambito dei loro oggetti personali, come dimostra il fatto che spesso non viene tollerato l'ingresso nel nucleo familiare dell'uno di oggetti facenti parte della sfera di appartenenza dell'altro. Ci si può quindi rendere

conto di quali difficoltà il bambino debba superare anche nelle "piccole cose" quotidiane (15).

* * * * *

- GLI ASPETTI ECONOMICI CONSEGUENTI L'AFFIDAMENTO:

La tutela economica del coniuge affidatario ha importanti riflessi sulla tutela dell'interesse del minore e, di norma, coincide perfettamente con quest'ultima.

Troppo spesso accade infatti che l'affidamento del figlio venga chiesto strumentalmente dal coniuge economicamente più forte, non nell'interesse del minore, ma al solo scopo di sottrarsi ad impegni di mantenimento nei confronti dell'altro coniuge, ovvero per ottenere l'assegnazione della casa coniugale.

I padri che sempre più spesso chiedono l'affidamento della prole, nella maggior parte dei casi si dimostrano del tutto insensibili alle richieste economiche della ex compagna, per sé e per i figli.

Inoltre, qualora esista una grossa disparità fra le capacità economiche dei coniugi, il minore viene a trovarsi

(15) - M.Rosa Grimaldi: "Affidamento congiunto e alternato della prole tra psicologia e diritto", ne "Il diritto di famiglia", 1989, pagg.305-306.

in una situazione contraddittoria e conflittuale, perchè la madre, per non fargli pesare la propria situazione, è costretta ad enormi sacrifici: il minore vive quindi in una situazione schizofrenica e cioè quando è con la madre, condivide gli stessi sacrifici cui lei è costretta, mentre, quando è col padre, questi non gli fa mancare niente.

Ciò si verifica con grande frequenza nelle separazioni consensuali, là dove è la moglie che ha deciso di interrompere la convivenza e, o perchè desidera giungere in fretta alla separazione, o perchè è gravata da ingiustificati sensi di colpa, è disposta ad accettare un assegno di mantenimento di importo molto basso e solo per il figlio a lei affidato.

Nel perseguire l'interesse del minore quale criterio base dell'affidamento, non si può quindi prescindere dalla tutela economica del genitore affidatario, stabilendo non solo un congruo assegno per il minore, ma un assegno di mantenimento per il coniuge affidatario che gli consenta di mantenere lo stesso tenore di vita di cui poteva godere durante la convivenza.

Che cosa si intende normalmente per "congruo" assegno di mantenimento per il minore?

Nella maggior parte dei casi il genitore non affidatario teme che il coniuge possa lucrare sulle somme corrisposte per il mantenimento del figlio e, anche se i propri redditi sono alti, ritiene che tale mantenimento si debba commisurare alle pure spese mensili che lo riguardano strettamente (cibo, vestiario, scuola, eventuali attività extra-scolastiche); si dimostra quindi disponibile solo alla corresponsione di una quota delle stesse, calcolata minuziosamente a tavolino. Quasi mai vengono prese in considerazione le spese attinenti la casa dove il minore risiede con l'altro genitore (eventuale canone d'affitto,

bollette, spese condominiali, ecc.), nè vengono quantificati il lavoro di cura e di assistenza e il tempo che il genitore affidatario dedica in misura di gran lunga maggiore al figlio, anche eventualmente sacrificando il proprio lavoro, o possibili prospettive di carriera professionale.

Inoltre, per quanto riguarda le cosiddette "spese straordinarie", le stesse vengono poste a carico di ciascuno dei coniugi nella misura del 50%, senza tenere assolutamente conto delle rispettive capacità economiche.

B I B L I O G R A F I A :

- "I FIGLI CONTESI", C.Saraceno e M.Pradi, Ed.Unicopli

- "L'AFFIDAMENTO DEI MINORI NELLE SEPARAZIONI GIUDIZIALI",
D.Vincenzi Amato, Ed.Giuffrè

- "SEPARAZIONE E CONFLITTUALITA'", A.Coppola De Vanna,
pubblicato dal C.R.I.S.I.

- "LE PROCEDURE GIUDIZIARIE CIVILI A TUTELA DELL'INTERESSE
DEL MINORE", P.Dusi, Ed.Giuffrè

DISPARITA' TRA DIRITTI, DOVERI E FACOLTA'

(Pierangela Venturini).

Prima di affrontare il trinomio del titolo assegnatomi, ritengo opportuno soffermarmi su alcune considerazioni di ordine generale, in parte già fatte da altre prima di me, in questa sede ed altrove, ma necessarie per meglio intenderne il significato.

Crede che siamo tutte d'accordo che il diritto non è maschile per vocazione, lo è per struttura in quanto storicamente elaborato da uomini per regolamentare la società civile: ciò non significa che le donne non vi compaiono, quanto piuttosto che vi compaiono come le vogliono gli uomini.

Simone Weil, consapevole di ciò ci ha ripetutamente avvertito di " non credere di avere dei diritti " (1) precisando che " vi è un cattivo modo di credere di avere dei diritti e un cattivo modo di credere di non averne (2)".

Il trinomio va proprio letto tenendo ben presente tale ammonimento, ma non è sufficiente, dal momento che viene spontaneo spostare immediatamente l'attenzione ai rispettivi titolari del trinomio per arrivare ad accostare i diritti

(1) Simone Weil - Quaderni II Pag. 41

(2) Idem

al minore, i doveri alla madre, le facoltà al padre.

Tale convinzione non ci sembra nè esagerata, nè eccessiva: è frutto di una lettura attenta delle norme in materia, dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria, delle espressioni dei mass media, che con particolare costanza da qualche tempo a questa parte pongono la loro attenzione sui minori, forse più per ragioni di cassetta che di vera e profonda convinzione.

C'è un rimedio alla deformità del problema o " dobbiamo legittimamente aspettarci che le cose (non) avvengano in maniera conforme alla giustizia."? (3).

Forse, l'ipotesi di un diritto sessuato (un diritto che tenga costitutivamente conto dell'esistenza originaria dei due sessi) è l'ipotesi vincente, ma si devono fare i conti con le letture contemporanee del diritto e lo svilupparsi cercando verifiche nella riflessione a partire dalle esperienze e dalle pratiche politiche concrete.

Così mentre da un lato la riflessività del diritto sembra offrire lo spazio necessario a questa sperimentazione dall'altra, per la libertà femminile sono necessari ancoraggi

(3) Simone Weil - Quaderni II Pag. 41

più forti e sicuri, più normati che non l'iscrizione in principi costituzionali o la garanzia di regole procedurali.

Ci sembra infatti di poter affermare che non è tanto di un deficit di cittadinanza che soffrono le donne, ma di un deficit di autorità che si combatte non tanto con il linguaggio e le politiche della cittadinanza, ma con linguaggio e politiche adeguate alla sua produzione, valorizzando anche l'uso della giurisdizione come fonte di regole nuove.

La disparità tra diritti, doveri e facoltà nell'affidamento dei minori risulta evidente da una lettura della giurisprudenza anche degli ultimi anni, orientata e determinata nei limiti delle norme, seppure riformate, del diritto di famiglia del 1975 in una visione arcaica dei rapporti tra i sessi e dalla mancanza di adeguati strumenti coercitivi nei confronti del genitore inadempiente.

Appare perciò netta la distinzione tra diritti-doveri e facoltà e tale distinzione continua, senza alcuna possibilità di correlatività tra i tre agenti (minore-madre-padre), quasi ignorando che costoro dovrebbero essere tutti titolari di diritti-doveri da esercitare reciprocamente (4).

(4) Art. 155 c.c. " con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa" (prele).

Diritti - minore

Stanno avanzando da più parti proposte dirette a dare consistenza e veste esageratamente diversa ai diritti dei minori, definiti "diritti deboli", in quanto non esigibili direttamente dal minore, dal momento che non può azionarli.

I fautori di tali proposte sostengono che in Italia in questo momento ci sono due linee di tendenza: la linea adu~~l~~to~~c~~rat~~i~~ca e minoricrat~~i~~ca e tra le due vince la prima. Costoro ovviamente mirano a far prevalere una linea diversa, che non mi sentirei di definire minoricrat~~i~~ca, ma sulla quale non si può che dissentire, diretta, sovvertendo, i principi generali del diritto, a ridurre sempre più i poteri - diritti dei genitori, per individuare forme separate ad autonome di tutela dei minori, partendo da un'estensione di ruolo del curatore speciale, per introdurlo anche, nei procedimenti di separazione e divorzio ed arrivare ad auspicare un potere di azione in capo allo stesso minore.

I diritti di cui dispone il minore invece, vengono già ampiamente tutelati ed azionati dai genitori o comunque da uno dei due genitori, ed in caso di separazione e divorzio del genitore affidatario, che in linea di massima è la madre.

Ma quali sono questi diritti in case di se
parazione e divorzio?

Può sembrare ovvio il richiamo al dettato
costituzionale che all' Art. 30 sancisce come do
vere e diritto dei genitori mantenere, istruir
e educare i figli, ma tale non è dal
momento che, pur trasfuso nelle norme 147
c.c. (5) e 261 (6), raramente trova piena ad esat
ta applicazione.

(5) - Capo IV Dei diritti dei doveri che nascono
dal matrimonio - Art. 147 c.c.

Doveri verso i figli - il matrimonio impone ad am-
bedue i coniugi l'obbligo di mantenere istruire
ed educare la prole tenendo conto delle capacità,
dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni
dei figli.

(6) - Capo II della filiazione naturale e della
legittimazione.

Il riconoscimento comporta da parte del genitore
l'assunzione di tutti i doveri e di tutti i diritti
che egli ha nei confronti dei figli legittimi.

E' sancito perciò il diritto del minore al mantenimento, nei confronti dei proprii genitori, e comunque, quando costoro non hanno mezzi sufficienti, nei confronti degli altri ascendenti legittimi o naturali.

Il diritto al mantenimento viene commisurato alle rispettive sostanze e secondo la capacità di lavoro professionale o casalingo dei genitori e quindi come tale è un diritto quanto mai comprimibile e relativo, che resta assoluto solo in astratto.

I limiti alla portata del diritto al mantenimento sono evidenti, dal momento deve essere rapportato alle rispettive sostanze degli obbligati, per cui se la norma regge, anzi è superflua in regime di convivenza (7) o meglio pacifica convivenza, diventa insufficiente ed inadeguata in tempo, di crisi, in regime di separazione o diverzie dei genitori.

(7) L'obbligo imposto dall' Art. 147 c.c. ad entrambi i coniugi di mantenere, educare ed istruire la prole si riverbera nei rapporti esterni, con la conseguenza che, ove trattasi di obbligazioni derivanti dal soddisfacimento di esigenze primarie della famiglia, quale, in particolare, la cura della salute, deve riconoscersi il potere dell'uno e del l'altro coniuge, con efficacia verso i terzi (creditori) in virtù di un mandato tacito, di compiere gli atti occorrenti e di assumere le

L'inadeguatezza è implicita nella genericità della norma, nell'aspetto propositivo e non precettivo, per cui mentre in regime di convivenza per mantenimento si intende il far fronte ad una serie, quanto mai ampia, di bisogni del minore, in regime di separazione i bisogni vengono compressi e ridotti pressochè esclusivamente ai cosiddetti ti bisogni primari.

Il più delle volte infatti pur mantenendo il termine "mantenimento", lo si svuota di significato per dargli quello più restrittivo di "alimenti", forse proprio perchè il destinatario dell'assegno mensile (e così pure il titolare dell'azione per il recupero) non è il figlio minorenni, ma il genitore affidatario. Ciò avviene anche nel caso di figlio maggiorenne non autonomo economicamente, ed ancora convivente con il genitore.

correlative obbligazioni con effetti vincolanti per entrambi, in deroga al principio secondo, cui soltanto il coniuge che ha essenzialmente stipulato l'obbligazione, risponde del debito contratto (nella specie, trattasi di obbligazione contratta da uno dei genitori per inevitabili prestazioni sanitarie erogate da un professionista alla moglie ed ai figli minori della coppia. Sentenza Corte di Cassazione 25/07/1992 n. 8995 in Diritto di Famiglia 1991 pag. 91.

In dottrina ed in giurisprudenza c'è un certo dibattito sulla legittimazione attiva per il recupero di eventuali ratei non versati e si è propensi nel ritenere che resti in capo alla madre, sia per ragioni di solidarietà attiva, che semplicità pratica (8).

E' pure sancito il diritto del minore all'istruzione e su questo aspetto ci limitiamo a ricordare l'obbligo di intervento dello Stato, la sua assenza, le conseguenze gravissime e difficilmente recuperabili ai danni non solo dei diretti interessati, ma della società tutta. Molto sarebbe da dire sul diritto all'educazione, ma dal momento che inevitabilmente richiederebbe il ricorso anche ad altre discipline ed a diversa analisi sull'inclinazione naturale del minore e sulle sue aspirazioni mi

(8) Quella del genitore convivente deve ritenersi una legittimazione completa ed autonoma, nel senso che detto genitore potrà agire contro quello non convivente senza necessità di chiamare in giudizio il figlio maggiorenne, così come nel giudizio di separazione o di divorzio la questione dell'assegnazione della casa coniugale viene correttamente trattata tra i soli coniugi senza necessità di chiamare in giudizio il figlio maggiorenne. Tribunale Catania Ordinanza 14/12/1992 in Diritto di Famiglia 1993 pag. 667.

limite a puntualizzare che il concetto non può considerarsi definito in una situazione di appartenenza, ma nel rispetto e sviluppo dei valori delle persone (9) - (10).

A questo punto dobbiamo porci la domanda: come tutto ciò viene garantito al minore? quali mezzi e strumenti sono previsti in caso di inosservanza?

Ci pare infatti che se gli strumenti che la legge fornisce a difesa dal diritto del minore

(9) In sede di separazione (e di divorzio) nella scelta del genitore affidatario della prole minore va privilegiata la consapevole, preferenza che, fino a prova del contrario, costituisce affidabile arra per la sussistenza di un rapporto educativo ottimale e idoneo ad assicurare alla prole la necessaria sicurezza psicologica. La famiglia di fatto che il genitore separato abbia costituito dopo la separazione dal coniuge, ove sia caratterizzata da stabilità ed armonia ed abbia da tempo bene accolto la prole, che in essa ha potuto realizzare un assai soddisfacente sviluppo psicofisico non costituisce elemento ostativo all'affido dei figli al genitore concubinario: in seno alla famiglia di fatto, invero, è così alla prole garantita, oltre ad un maggiore benessere, la necessaria stabilità affettiva e la necessaria sicurezza nei rapporti intersoggettivi, con effetti benefici anche per quanto attiene della prole con il genitore affidatario. Sentenza Tribunale di Genova 22/09 1988 in Diritto di Famiglia 1990 pag. 871.

(10) Convenzione sui diritti del Fanciullo - Finalità dell'educazione in Minore in affidamento di Clorinda Giarolo ed Giuffrè.

al mantenimento siano insufficienti ed inadeguati, ancora più lo siano quelli che la legge fornisce a difesa del diritto del minore al l'educazione.

Così come emerge - ad esempio - dalla lettura del decreto del Tribunale per I Minorenni di Venezia del 05/10/1992 di modifica dell'affidamento di un adolescente di anni 14 della madre al padre, mo tivando tale decisione " dalla incapacità parentale di atteggiarsi, tra loro genitori verso il figlio in modo consono alle esigenze affettive e psicologiche di quest'ultimo, di cui di fatto vengono negati normali rapporti con il genitore non affidatario ... a nulla rilevando la volontà fermamente espressa dal figlio(11)... assicurandogli il diritto di professare la religione ma-terna.

(11) Ravvisandosi una condotta parentale pregiudizievole al minore (figlio di genitori separati da anni, affidato alla madre e convivente con la stessa, il di lei nuovo marito e la sorella uterina), non derivante da volontaria e consapevole violazione dei doveri genitoriali, ma dalla capacità parentale di atteggiarsi, tra loro genitori e verso il figlio, in modo consono alle esigenze affettive e psicologiche di quest'ultimo, cui di fatto, vengono negati normali rapporti con il genitore non affidatario, va disposto, perchè assai opportuno l'affidamento del minore al padre, a nulla rilevando, in contrario, la volontà fermamente espressa dal figlio. Decreto 05/10/1992 Tribunale dei Minorenni di Venezia in Dir. Fam. 1993 pag. 230.

Decisione che lascia intravedere effetti laceranti sulla personalità dell'adolescente, della volontà del quale ben poco si è tenuto conto, quasi a volerlo punire di colpe non sue. Il diritto alla salute, in genere viene tutelato a sufficienza dai genitori esercenti la potestà, ed in loro carenza, dallo Stato, così come recentemente disposto dalla Corte Costituzionale con due sentenze, in cui ha affermato che il provvedimento Ex. Art. 333 e 336 u.c. (Sent. N. 132 del 16/03/1992), costituisce uno strumento legittimamente usabile dal Tribunale dei Minorenni in materia di vaccinazione obbligatoria, (12), ribadendo (Sent. N. 307 del 22/06/1990) il rilievo costituzionale della salute, come interesse della collettività ad esigere che ciascuno possa essere obbligato restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione, ad un dato trattamento sanitario (13).

i diritti del minore perciò sono destinati, per la loro effettiva tutela a doversi misurare con diverse interpretazioni, a confrontarsi con istituzioni diverse da quelle della autorità giudiziaria e comunque con realtà e convinzioni assai differenti. E' perciò necessario un maggior lavoro e approfondimento nel campo dell'applicazione e dell'eser

cizio dei diritti relativi da parte di tutti gli operatori.

La nostra attenzione non si deve concentrare tutta e solo esclusivamente sui rapporti

(12) Il Tribunale per i minorenni è pienamente legittimo ad emettere, ai sensi e per gli effetti di cui agli Art. 333 e 336 c.c., un provvedimento urgente ed avente immediata esecutività, nell'interesse del soggetto minore, con il quale venga disposto che questi, anche contro la volontà dei genitori, sia sottoposto alle vaccinazioni obbligatorie non ancora effettuate; nè tale provvedimento deve essere necessariamente emesso previa audizione dei genitori stessi. Il provvedimento emesso dal Tribunale per i minorenni, ai sensi e per gli effetti di cui agli Artt. 333 e 336 c.c., con il quale si ordina che il minore sia sottoposto alle vaccinazioni obbligatorie, non perde il suo carattere di temporaneità per il fatto che gli effetti della vaccinazione sono definiti e permanenti, dato che il concetto di temporaneità riguarda la natura del provvedimento de quo, che deve essere assoggettato ad una successiva verifica di merito. Decreto Corte D'Appello Torino 03/10/1992 in Diritto di Famiglia 1993 Pag. 571 con nota a Sentenza di Massimo Dogliotti.

(13) Può essere concessa l'autorizzazione a fornire notizie, dati e documenti utili all'identificazione dei genitori biologici dell'adottato, il quale faccia valere posizione costituzionalmente garantite, quale il diritto alla salute, per la tutela concreta delle quali sia indispensabile la conoscenza dell'identità dei genitori di sangue, dovendosi procedere ad anamnesi familiari per una più adeguata terapia delle patologie che l'adottato affliggono, pur se l'adottato abbia raggiunto la maggiore età, la competenza ad emettere l'autorizzazione de qua, è pur sempre del giudice minorile. Decreto 11/12/1992 Corte D'Appello di Torino 1993 Pag. 587.

riguardanti la prole di una famiglia legittima, perchè il dettato costituzionale sancisce per tutti i genitori il dovere e diritto di mantenere, istruire ed educare i figli anche se nati fuori dal matrimonio, (le norme relative alla filiazione naturale e di adozione sono regolate di conseguenza). Ciò nonostante i diritti che nascono in capo al figlio naturale sono per alcuni versi di portata diversa rispetto a quelli del figlio legittimo, così come i diritti che nascono in capo all'adottato sono diversi da quelli del figlio legittimo.

Infatti non è pacifico che il figlio naturale abbia il diritto al riconoscimento, (così come per il figlio nato in costanza di matrimonio il diritto allo stato di figlio legittimo), sia perchè il riconoscimento dei figli incestuosi non è consentito, sia perchè se il riconoscimento dei due genitori non è contestuale, è necessario il consenso del genitore che ha già provveduto a farlo.

Mi sento di affermare che pur nella equipazione legislativa tra figli naturali e legittimi, restano particolari anomalie, tra cui quella in materia successoria (Art. 537 c.c.) che prevede come " i figli legittimi possono soddisfare in denaro o in beni immobili ereditari la porzione spettante ai figli naturali".

Pur nell'assenza di regolamentazione, in regime di convivenza si può ritenere una sostanziale identità tra famiglia legittima e famiglia di fatto, seppure limitatamente al rapporto genitore - figli al punto che una parte della dottrina e della giurisprudenza è propensa nel ritenere che un esplicito riconoscimento della famiglia di fatto sia contenuto nell'art. 317 bis c.c. che attribuisce l'esercizio congiunto della potestà sui figli naturali ad entrambi i genitori, purchè conviventi, ma quando la convivenza viene meno e vi è disaccordo sull'affidamento dei figli, allora ancora una volta, si rileva una diversità di trattamento tra il minore - figlio legittimo ed il minore - figlio naturale.

La tutela dei suoi diritti richiede il ricorso a due diverse autorità giudiziarie: Tribunale dei Minorenni per l'affidamento, Tribunale Ordinario per gli aspetti economici: (14) diversità non solo di giurisdizione, ma anche di rito dal momento che il ricorso al Tribunale dei Minorenni prevede il rito camerale con serie limitazioni al diritto di difesa.

Restano pertanto privi di tutela tutta una serie di legittime aspettative del minore, che per il minore della famiglia legittima abbiamo definito diritti e che tali sono: il diritto

alla conservazione dell'abitazione(15), il diritto ai provvedimenti temporanei ed urgenti Ex. Art. 708 c.p.c., il diritto all'attuazione di una serie di garanzie di natura patrimoniale, in caso di mancato adempimento dell'obbligazione alimentare. Da tutto ciò emerge ancora una volta che nel nostro paese c'è disparità di trattamento tra cittadini uguali, nonostante le riforme.

(14) Il Tribunale per i Minorenni, adito con ricorso Ex. Art. 317 bis, non ha competenza a decidere sull'assegnazione della casa di abitazione comune di una coppia concubinaria con prole, che abbia cessato di convivere, e sulla fissazione di un assegno di mantenimento per quest'ultima, materia riservata alla competenza del Tribunale ordinario perchè non compresa nella tassativa elencazione di cui all'art. 38 dispos. att. C.C. Decreto 0606/1992 Corte D'Appello di Roma in Diritto di Famiglia 1993 pag. 151.

(15) Nel giudizio di separazione e di divorzio si provvede (in sede e con la Sentenza finale) sull'assegnazione della casa coniugale nel contraddittorio dei soli genitori, ma la decisione riguarda e tutela anche l'interesse della prole maggiorenne, non emancipata e convivente, senza che nessuno abbia mai ritenuto che si dovesse integrare il contraddittorio nei confronti della prole maggiorenne; e vale la pena di osservare, anche se è ovvio che in quei due giudizi la decisione potrebbe anche non riconoscere il diritto all'abitazione non solo del coniuge parte del procedimento, ma anche da la suddetta prole, costretta a seguito del iussum negativo, ai disagi connessi alla ricerca di un nuovo alloggio.

Tribunale Catania Ordinanza 14/12/1993 in Diritto di Famiglia 1993 pag. 663.

Dovere - madre

Tutte sappiano che nella maggior parte delle separazioni i figli, in particolare, se nella fascia di età da 0 anni a 10, vengono affidati alla madre e che sulla madre ricadono una serie di responsabilità, quale genitore affidatario, tra questa il Dovere di mantenimento dal momento che essa può contare al di là dell'obbligazione pecuniaria del padre solo sulle proprie forze, anche per quanto attiene alla cura giornaliera.

Prescindendo dalla complessità di questi il genitore affidatario ha una serie di doveri, vincoli per la violazione dei quali sono previste vere e proprie sanzioni, mentre i correlativi doveri del genitore non affidatario si risolvono sostanzialmente in prestazioni economiche coatte, nel disinteresse della legge al comportamento omissivo sulla consistenza morale nell'educazione della prole per le quali non si prevedono sanzioni, nè misure coercitive (16).

Inoltre grava sul genitore affidatario l'onere di dare risposta alle esigenze del minore, anche quando il genitore obbligato non si sottragga ai proprii obblighi!

Il dovere di istruire e educare la prole dal momento che la madre ne divide la

quotidianità, ne segue la crescita e l'evolversi del suo sviluppo, grava quasi interamente sulla donna; nonostante il dettato dell' art. 148 c.c. e 155 c.c. non si può fraintendere la regolamentazione degli obblighi del padre all'istruzione ed educazione del minore con il provvedimento relativo alle modalità della frequentazione della prole con il genitore non affidatario.

Al contrario il coniuge affidatario nell'esercizio del suo dovere ex. Art. 147 c.c. è sottoposto al controllo dell'altro coniuge e rischia quindi che il suo operato costante di genitore affidatario, oltre a ciò, di vedersi ricondurre in Tribunale per rispondere della gestione dell'affidamento o per veder rimesso in discussione detto affidamento.

Analogo rimedio o comunque analoga misura al disinteresse del padre non è prevista ed allo stato non è prevedibile.

(16) " Eventuali violazioni da parte della madre del suo dovere di educare correttamente ed adeguatamente il figlio verranno sanzionate in misura corrispondente all'entità del pregiudizio patito dal minore" (Sentenza Tribunale dei Minorenni Venezia Decreto 10/05/1990 in Diritto di Famiglia 1992 Pag. 618).

Il dovere di abitare con il figlio rientra nei doveri del genitore affidatario e questo spesso può limitare lo svilupparsi di una vita personale sentimentale o di semplice vita di relazione, o per scelta della donna stessa per non turbare il minore, già provato dalla separazione dei genitori, o per imposizione dell'altro coniuge, che d'altro canto invece ha piena libertà d'agire e di disporre di sé, trovandosi in una situazione di privilegio.

Tutti abbiamo assistito questo inverno, allo spazio che la nostra televisione ha dato, alla lobby dei padri che reclamavano la loro funzione, quali "genitori depauperati dell'affetto dei figli ad opera di donne senza cuore".

Naturalmente non una parola è stata spesa" sugli assegni da fame"... che questi padri corrispondono (quando li pagano), nè su quello che significa per una donna quanto a sacrificio e fatica l'allevamento dei figli.

Negli Stati Uniti studi circostanziati dicono che gli effetti disastrosi economici, nel divorzio, riguardano solo le donne, e noi l'abbiamo già segnalato!

Ma in casa nostra, ovviamente, studi del genere non sono mai stati affrontati sistematicamente anche perchè, in definitiva, l'orientamento culturale dominante ritiene che nell'interesse del minore, sia importante salvaguardare innanzi tutto il suo rapporto affettivo di scambio quotidiano con la madre.

Facoltà - padre

Se la madre è e resta la figura di riferimento concreta e quotidiana per i figli, il padre lo è solo virtualmente, quasi un simbolo evocato dalla madre per favorire l'interiorizzazione da parte dei figli, del principio della realtà e della norma.

Da queste considerazioni sono portata ad affermare che in capo al genitore non affidatario esistono solo delle facoltà e dei diritti Ex. Art. 155 c.c. mentre i doveri sono assai affievoliti.

Se scorriamo i provvedimenti giudiziari per quanto riguarda il genitore non affidatario emergono due ben definite posizioni: obbligo di mantenimento, (piuttosto direi obbligo alimentare), facoltà di frequentazione con il minore.

Obbligo di mantenimento

In base all'art. 148 c.c." i coniugi devono adempiere l'obbligazione, relativa al mantenimento in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo". Ciò significa da un lato facilità per il coniuge

obbligato, ad eludere il suo obbligo, se non in assoluto, comunque nell'entità che sarebbe dovuta in base ai suoi redditi, dal momento che gli strumenti per ricostruire le effettive sostanze e comunque la capacità di lavoro professionale, sono pressochè inadeguate o comunque inefficaci, (la tanto auspicata indagine di polizia tributaria, nella sua applicazione pratica ha dato risultati deludenti), (17), dall'altro inconsistenza della valutazione del lavoro casalingo, per cui il più delle volte l'obbligo al mantenimento si riduce ad una cifra irrisoria e comunque sproporzionata alla capacità reddituale e professionale dell'obbligato, oltre che ai bisogni dell'alimentando, ai suoi danni, ed ancor più della madre che non potrà che caricarsi anche di quella responsabilità che l'altro coniuge ha così facilmente scaricato o comunque ridotto.

(17) ' In ottemperanza a quanto disposto dal Dott. G.I. a questa sede, si comunica quanto accertato sul conto dei nominati di cui all'oggetto.

(Marito)"di fatto ha la propria dimora...,svolgendo la propria attività di docente universitario presso l'Università di...Presso la locale Conservatoria dei RRII... non risulta essere intestatario di nessun bene mobile e/o immobile registrato.

L'immobile sito...presso la Conservatoria del RRII.. risulta di proprietà in parti ugali indivise,dei fratelli.....

(Moglie) svolge attività di insegnante in... presso la locale conservatoria dei RRII non risulta essere intestataria di nessun bene mobile e/o immobile registrato...

Si allega la dichiarazione dei redditi dei Signori

.....".

E' vero che alla madre affidataria resta il ricorso agli strumenti cautelari ed esecutivi quando ne sussistono i presupposti, ma non sempre è possibile, e comunque è poca cosa rispetto alle omissioni legislative sul coniuge economicamente più forte.

Al genitore non affidatario viene riconosciuta la facoltà di mantenere i rapporti con i figli, secondo modalità, criteri e tempi, ma mai l'obbligo, lasciando quindi ogni scelta al marito, che ne resta arbitro assoluto.

Sono in grado di richiamare una decisione particolarmente illuminata, che partendo proprio da quella parte disapplicata dell' Art. 155 c.c., che attribuisce al giudice un generico potere di adottare ogni provvedimento relativo alla prole ... di stabilire la misura e il modo in cui il coniuge non affidatario deve contribuire... all'istruzione e all'educazione dei figli (18), "dichiara il padre obbligato a prelevare i figli e tenerli con sè." Da facoltà a obbligo, quindi la relativa inosservanza può ricadere nell'ipotesi di reato di cui all'art. 388 c.p. (mancata esecuzione della sentenza di un provvedimento del giudice).

Qualcuno sostiene che comunque ci sarebbe pure l'ipotesi di reato Ex. Art. 570 c.p., posizione priva totalmente di riscontro reale.

Nella convinzione che la disparità di trattamento posto in evidenza vada superato e risolto, questa è perciò l'occasione per rilevare ancora una volta la disparità di trattamento tra genitori affidatari e non.

(18) Sentenza Tribunale Milano n. 2593 dep. 20/03/1989 conf. Sentenza Cassazione n. 3934 del 23/06/1980.

LE COMPETENZE DEI VARI UFFICI GIUDIZIARI
ORDINARI E MINORILI IN MATERIA DI PROVVEDIMENTI CIVILI RI-
GUARDANTI I MINORI

- Avv. Angela Pedercini -

M I L A N O

"LA DISTRIBUZIONE DELLE COMPETENZE"

Le competenze ad assumere provvedimenti civili riguardanti i minori, sono, nel nostro ordinamento giuridico frantumate fra vari uffici giudiziari, secondo un sistema in cui è difficile riconoscere una razionalità.

La maggior parte della materia minorile è affidata al Tribunale de Minorenni, al Giudice Tutelare e, dopo la riforma del Diritto di Famiglia anche al Tribunale ordinario.

L'esistenza di una tale molteplicità ed eterogeneità di organi giudiziari investiti del carico dei minorenni ha in sé notevoli inconvenienti. In particolare, l'attuale sistema giudiziario così frantumato per quello che riguarda la competenza minorile è criticabile per i seguenti motivi:

- a) per la distribuzione, avvenuta nel tempo, della competenza minorile fra i vari organi giudiziari, senza rispondere ad un disegno razionale;
- b) per la difficoltà a individuare l'organo giudiziario competente, da parte degli utenti della giustizia, dei tecnici e dei Servizi Sociali;
- c) per la sovrapposizione degli interventi e i conseguenti conflitti che scaturiscono, negativi o positivi;
- d) per la perdita di conoscenza fra un ufficio e l'altro, assolutamente incompatibile con una logica di giustizia minorile.

Occorre chiedersi innanzitutto come si è sviluppato l'attuale sistema di ripartizione delle competenze fra il Tribunale per i Minorenni, Giudice Tutelare e Tribunale Ordinario per analizzare i punti critici, e le reciproche interferenze fra le diverse istituzioni.

Il Tribunale per i minorenni e il Giudice Tutelare hanno visto la luce a pochi anni di distanza. Al momento della sua istituzione nel 1934, e per alcuni decenni, l'attività del Tribunale per i Minorenni si è caratterizzata soprattutto per i settori penali e amministrativi, più che per gli interventi civili. Viceversa, il Giudice Tutelare, nato nel 1941 ereditando funzioni del giudice degli Orfani (istituito su base provinciale dopo la prima guerra mondiale) e del Pretore generico, oltre che degli antichi consigli di famiglia, si è visto assegnare competenze generali nel settore civilistico di protezione degli incapaci e specificamente dei minorenni.

Negli anni Quaranta si realizzava dunque un sistema, per i minorenni, con una sua propria razionalità. Esso aveva alla base il giudice tutelare, decentrato territorialmente nelle diffuse Preture mandamentali, mentre il Tribunale per i minorenni interveniva, salvo alcune materie più importanti, solo in seconda battuta per confermare un provvedimento, quale giudice dell'impugnazione. Il ruolo del giudice tutelare sui minorenni si esercitava con la competenza generale di protezione degli incapaci nelle tutele e soprattutto attraverso il potere, conferito dall'art. 336,

comma 3 c.c., di adottare in situazioni di pregiudizio di un minore dei provvedimenti temporanei di urgenza, che venivano poi confermati o modificati dal Tribunale per i minorenni. Ciò faceva sì che dei problemi dei minorenni venisse interessato quasi sempre il giudice tutelare, il quale, o riusciva a conciliare il conflitto, o lo scioglieva con un provvedimento di urgenza, o trasmetteva gli atti con le informazioni assunte al Tribunale per i minorenni per la decisione. Anche per una particolare forma di irregolarità di condotta, come la fuga, era affidato dall'art. 318 c.c. al giudice tutelare il potere di richiamare il figlio che si era allontanato senza permesso dalla casa paterna. Il giudice tutelare svolgeva, dunque, una funzione deflattiva e di filtro rispetto al Tribunale per i minorenni ed era successivamente chiamato a vigilare sull'osservanza delle condizioni che il Tribunale per i minorenni con i suoi provvedimenti aveva stabilito.

Questa architettura è stata incrinata progressivamente dalla legislazione successiva, a partire dalle L.n. 888 e n. 1441 del 1956, rafforzative delle strutture del Tribunale per i minorenni, proseguendo con le riforme legislative dell'adozione del 1967 e 1983 e del diritto di famiglia del 1975 e con altre leggi nel settore familiare (divorzio, ecc), che hanno progressivamente spostato il baricentro dell'intervento di protezione del minore dal g.t. al Tribunale per i Minorenni. Per effetto dell'introduzione dell'adozione speciale, nel 1967 la cura degli orfa =

ni -fino ad allora compito tipico del giudice tutelare- passa al Tribunale per i minorenni, che deve cercare per loro la famiglia degli affetti.

Il punto di rottura quantitativamente più rilevante è stato l'attribuzione, nel 1975, al Tribunale per i minorenni, (togliendoli al giudice tutelare) dei provvedimenti temporanei nell'interesse del figlio: modifica che, seppure diretta ad ovviare alla duplicazione di organi e procedure e alla conseguente incoerenza delle gestioni che poteva seguirne, ha comportato per gli utenti una più difficile accessibilità di un organo accentrato e spesso di = stante, una accresciuta formalizzazione delle procedure, una dilatazione nel tempo dei provvedimenti, una diminuzione di possibilità conciliative legate alla conoscenza delle risorse del territorio, con ridotta soddisfazione della domanda di giustizia. E' vero che il giudice tutelare decideva da solo, spesso senza reale specializzazione, ma la serietà dell'assunzione delle informazioni e la prudenza delle sue decisioni erano in qualche modo garantite dalla vicinanza alle parti e alle risorse del territorio e dal passaggio successivo al Tribunale per i minorenni al fine della conferma, con una verifica nel merito. Mentre, il trasferimento della competenza al Tribunale per i minorenni, ha favorito una dequalificazione delle prove, sempre più spesso recepite all'esterno dalle relazioni dei Servizi e non costituite da verifiche interne al processo. Ciò che pare più grave, è la amputazione dei provvedimenti di urgenza che ha finito per impoverire la cultura stes=

sa dei giudici tutelari nei confronti delle problematiche minorili.

Nella stessa linea complessiva, di potenziamento del ruolo dei Tribunali per i minorenni, si sono mosse altre Novelle legislative, con eccezioni che dimostrano la mancanza di un disegno preciso. Per esempio è difficile trovare una ragione del perché siano state attribuite al giudice tutelare le autorizzazioni al passaporto e all'aborto e l'esecutorietà dell'affidamento amministrativo; al Pretore la ricerca di una soluzione concordata nel caso di disaccordo fra i coniugi (art.145 c.c.) e al tribunale per i minorenni la indicazione del cognome al figlio naturale riconosciuto (art.262 c.c.); l'ammissione anticipata del minore al matrimonio (art.84 c.c.) e la decisione sul contrasto fra i genitori esercenti la potestà (art.316, ult comma c.c.).

Pertanto la disciplina attuale risulta squilibrata da un sistema legislativo cresciuto disordinatamente, che ha avuto quale sbocco la elefantiasi del Tribunale per i minorenni e la marginalizzazione del giudice tutelare.

"LE INTERFERENZE TRA LE VARIE COMPETENZE"

Il più grave motivo di incertezze interpretative ed operative del diritto minorile, è costituito dalla deplorable ripartizione della sua competenza tra: Tribunale per i Minorenni, Giudice Tutelare e Tribunale Ordinario.

I casi più significativi di tale ripartizione che finiscono

per interferire reciprocamente le une nelle altre sono:

A) in tema di disaccordo dei genitori circa le decisioni riguardanti i figli, la competenza è del Tribunale per i Minorenni, se si tratta di coniugi conviventi (art. 316 c.c.) ed è del Tribunale Ordinario, se si tratta di coniugi separati (art. 155 c.c.). Il nuovo diritto di famiglia, introdotto con legge 19/5/1975 n. 151, ha molto innovato in materia di potestà dei genitori, la quale, una volta soppressa, in applicazione dell'art. 29 della Costituzione, la potestà maritale è stabilito quindi il principio della parità morale e materiale dei coniugi, è stata attribuita ad entrambi i genitori, fino alla maggiore età o alla emancipazione dei figli (art. 316 c.c., primo comma). Inoltre, con un'enunciazione che, più che introdurre una regola di condotta, sembra esprimere un auspicio del legislatore, è stato sancito (art. 316 c.c., secondo comma) che la potestà è esercitata di comune accordo da entrambi i genitori (mentre la norma giuridica, in quanto tale, ha invece la funzione di disciplinare i rapporti tra i consociati e quindi di dirimerne i contrasti, onde non può essere fondata sull'accordo).

Si intende perciò che la maggiore difficoltà che ha incontrato il legislatore è stata quella di risolvere gli inevitabili contrasti familiari, che possono riguardare diversi profili e non solo quello attinente all'allevamento dei figli, che è materia direttamente connessa alla potestà genitoriale.

Senonchè, una volta esclusa la preminenza di un coniuge sull'al-

tro nella direzione della famiglia, era altrettanto inevitabile che la risoluzione dei conflitti familiari dovesse essere devoluta ad un terzo e questo terzo è il Giudice (Pretore, Giudice Tutelare, Tribunale per i Minorenni, Tribunale ordinario).

Per quanto concerne la risoluzione del disaccordo dei genitori conviventi circa le decisioni riguardanti i figli, il legislatore ha seguito un duplice criterio:

- 1) nel caso di incombente pericolo di un grave pregiudizio per il figlio, è stato attribuito al padre il potere di adottare i provvedimenti urgenti ed indifferibili;
- 2) negli ordinari casi di disaccordo il giudice deve sentire i genitori e il figlio, se maggiore degli anni quattordici (in applicazione della regola generale dell'art. 738 c.p.c., il giudice che procede all'audizione di tali persone ed eventualmente all'ulteriore istruzione del procedimento è un giudice delegato dal Presidente del Tribunale per i Minorenni). Tuttavia tale giudice non ha immediato potere decisorio, in quanto in un primo tempo suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare e solo in un secondo tempo, ove il contrasto dovesse permanere, attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio (sia il giudice che "suggerisce le determinazioni" sia il giudice che "attribuisce il potere di decisione" è il Tribunale per i minorenni e non più il giudice delegato).

B) Sempre in tema di disaccordo tra i due genitori conviventi, il potere del Tribunale per i minorenni di attribuire prevalenza alla volontà dell'uno o dell'altro genitore trova un rilevante limite nell'art. 320 c.c. Tale norma, nel disporre che ogni atto eccedente l'ordinaria amministrazione deve essere autorizzato dal giudice tutelare, praticamente consente che quest'ultima autorità giudiziaria estenda il suo controllo preventivo anche su atti già oggetto di valutazione del Tribunale per i minorenni. Con la conseguenza che il giudice tutelare potrà negare il compimento di un atto, che invece il Tribunale per i minorenni aveva giudicato conveniente per il minore stesso, onde lo aveva "suggerito" ai genitori o lo aveva imposto, attribuendo ad uno dei due il potere di compierlo.

La situazione si complica se si pensa che lo stesso art. 320, che in sostanza disciplina la rappresentanza e l'amministrazione dei beni del minore, opera un espresso rinvio all'art. 316 c.c. per ciò che concerne i contrasti che possono sorgere al riguardo tra i genitori. Ma non è certo agevole far funzionare la competenza del Tribunale per i Minorenni nel corso di un procedimento di competenza invece del Tribunale ordinario, quale è quello previsto dall'art. 320 c.c.;

C) Se invece il contrasto tra i genitori riguarda direttamente l'indirizzo della vita familiare e la residenza della famiglia, la competenza è del Pretore, ovvero sia di altra ancora autorità giudiziaria, cui i coniugi potranno rivolgersi in costanza di convivenza

familiare (artt. 145 c.c. e 141 disp.att. c.c.).

Stabilisce invero il nuovo testo dell'art.144 c.c. che "i coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissa no la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa", aggiungendo nel secondo comma che "a ciascuno dei coniugi spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato".

In caso di disaccordo al riguardo, ciascuno dei coniugi potrà chiedere, senza formalità di procedura, l'intervento del pretore (art.145 c.c.).

Ma non vi è chi non veda come l'importante questione dell'indirizzo della vita familiare e della residenza della famiglia non possa non avere anche riflessi sul concreto esercizio della potestà, per cui una decisione emessa a quest'ultimo riguardo dal Tribunale per i minorenni potrebbe essere in pratica frustrata da una successiva decisione con la quale il pretore (sempre che ne sia stato "richiesto espressamente e congiuntamente dai coniugi") stabilisca un diverso indirizzo familiare o, più semplicemente, determini altrove la residenza della famiglia.

A siffatte disfunzioni di carattere operativo, si aggiungono incertezze interpretative, discendenti dalla seria difficoltà, nei singoli casi concreti, di distinguere tra questioni di particolare importanza in materia di potestà genitoriale, che (ai sensi degli artt. 316 c.c. e 38 disp. att. c.c.) sono di competenza del Tribunale per i minorenni e questioni di indirizzo familiare concernenti

"affari essenziali", che (ai sensi del capoverso dell'art. 45 c.c. e dell'art. 41 disp.att. c.c.) sono invece di competenza del Pretore. Ma non è tutto, esistono nel nostro sistema giuridico altre interferenze tra le varie competenze, così,

D) l'azione per le contestazioni di figlio legittimato si propone davanti al Tribunale Ordinario, anche se il provvedimento di legittimazione è stato emesso dal Tribunale per i Minorenni.

Cd infatti l'art.217 della legge sulla riforma del diritto di famiglia attribuisce la competenza al Tribunale Ordinario o a quello per i minorenni, avuto riguardo all'età del legittimando, solo per ciò che concerne la presentazione della relativa domanda. Ne consegue che la competenza per l'azione di contestazione spetta, in base alle regole generali, al Tribunale Ordinario.

Quest'ultimo potrà quindi riesaminare, in sede di contestazione, la sentenza di legittimazione del Tribunale per i Minorenni;

E) in grave contrasto con le stesse ragioni storiche della costituzione del Tribunale per i Minorenni, che avrebbero voluto che tale organo giudiziario si occupasse prettamente dell'aspetto personale, piuttosto che patrimoniale, dei minori, è la norma del secondo comma dell'art.194 c.c., che attribuisce al Tribunale per i Minorenni il potere di costituire a favore di uno dei coniugi l'usufrutto su una parte dei beni spettanti all'altro coniuge al momento della divisione dei beni della comunione, avuto riguardo alle necessità della prole e all'affidamento di essa.

Orbene, se si consideri che ciò può anche avvenire a seguito di separazione personale dei coniugi, onde l'affidamento dei figli

può essere già stato stabilito in quella sede dal Tribunale ordinario, appare evidente l'incongruenza di tale disposizione, che, ribaltando addirittura quello che dovrebbe essere il sistema, attribuisce al Tribunale ordinario la conoscenza del rapporto personale ed al Tribunale per i minorenni la conoscenza del rapporto patrimoniale.

Senza contare che i figli sono solo di riflesso interessati alla divisione dei beni della comunione, che è atto che riguarda più direttamente i coniugi;

F) possibili interferenze potrebbero ancora esservi, in materia di esecuzione di provvedimento di affidamento di minore, tra competenza del pretore da una parte e competenza del Tribunale per i minorenni o del Tribunale ordinario dall'altra.

In tale materia, che attiene peraltro alla procedura esecutiva e non a quella di volontaria giurisdizione, la competenza è sicuramente del pretore, ai sensi degli artt. 16, 26 e 612 cpc, stante la riconducibilità dell'esecuzione stessa a quella attinente agli obblighi di fare

Tuttavia, il procedimento di carattere cognitivo che venga introdotto con opposizione proposta a norma dell'art. 615 cpc, cioè avverso il precetto e prima dell'esecuzione, rientra nella competenza del giudice che è competente a conoscere dell'affidamento del medesimo. Tale giudice, in altri termini, deve essere indicato alla stregua dei criteri della competenza per materia, come prescritto dall'art. 615 c.p.c.

In applicazione di tale principio la Suprema Corte di Cassazione ha stabilito che, in tema di affidamento di un minore ad uno dei genitori naturali che l'hanno entrambi riconosciuto, qualora venga proposta opposizione avverso il precetto, questa è devoluta alla competenza del Tribunale per i minorenni competente a conoscere dell'affidamento, ai sensi del combinato disposto degli artt. 615, primo comma, c.p.c., 317 bis c.c. e 38 disp. att. c.c. (Cass.sez. I, II, XI 1982 n.5946)

Solo incidentalmente è da osservarsi che, più che di un'ulteriore e distinta ipotesi di competenza del Tribunale per i minorenni, si tratta di una reviviscenza della competenza di tale organo giudiziario, sulla base di una norma generale -l'art.615 cpc- che, pur dettata per il processo di esecuzione connesso a quello contenzioso, si ritiene applicabile anche all'esecuzione di provvedimenti emessi in materia di diritto minorile, esecuzione che concerne di regola obblighi di dare (es.consegna di un minore). Tuttavia l'equiparazione, sotto il profilo che stiamo esaminando, del procedimento di volontaria giurisdizione a quello propriamente di esecuzione, che invece riguarda rapporti di contenuto economico-patrimoniale, non può che lasciare perplessi, dal momento che, ove dovesse subentrare la competenza del pretore, a norma dei citati articoli 16, 26 e 612 cpc, tale organo giudiziario potrebbe emettere una decisione che, vertendosi comunque in materia di rapporti familiari, potrebbe essere tale, pur se ineccepibile sotto il profilo strettamente esecutivo, da compromettere in qual

che modo la decisione di merito assunta in sede cognitiva del Tribunale per i Minorenni o dal Tribunale Ordinario;

G) ulteriore possibile caso di interferenza, nell'attuale sistema normativo, tra competenze del Tribunale per i Minorenni o dello stesso Tribunale Ordinario da una parte ed altra autorità giudiziaria dall'altra, è quello che si profila in relazione all'applicazione dell'ultimo comma dell'art. 320 c.c., che così stabilisce: "se sorge conflitto di interessi patrimoniali tra i figli soggetti alla stessa potestà o tra essi i genitori o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà, il giudice tutelare nomina ai figli un curatore speciale. Se il conflitto sorge tra i figli e uno solo dei genitori esercenti la potestà, la rappresentanza dei figli spetta esclusivamente all'altro genitore".

Ma, come è stato acutamente osservato, in applicazione della norma in esame il giudice tutelare può modificare le statuizioni già poste da altri giudici competenti a disporre del rapporto coniugale e del rapporto genitori-figli. Ciò risulta particolarmente evidente nell'ipotesi in cui il conflitto di interessi in materia patrimoniale sorge tra i figli ed il genitore che, avendoli avuti in affidamento, abbia l'esercizio esclusivo della potestà sugli stessi. In tal caso, a norma del citato articolo 320 c.c., la rappresentanza, sia pure solo in materia patrimoniale, dovrà essere riconosciuta anche a quel genitore cui il Tribunale Ordinario non abbia affidato i figli in sede di separazione dei coniugi o quello in cui il Tribunale per i Minorenni abbia imposto delle limitazioni riguardo alla potestà.

(f) Un altro esempio di una errata distribuzione di competenze tra il Tribunale per i Minorenni e il Tribunale Ordinario si ha nel caso di separazione tra due genitori non coniugati, che abbiano riconosciuto entrambi i figli naturali. In questo caso appunto, il genitore dovrà percorrere la strada del doppio giudizio, ossia dovrà ricorrere prima al tribunale per i Minorenni per ottenere l'affidamento dei figli, e dovrà affrontare poi un secondo giudizio, questa volta dinanzi al Tribunale Ordinario, per ottenere dal genitore non affidatario un contributo a carico del padre per il mantenimento dei figli.

* * * *

Ma la più grave disfunzione del sistema si rinviene probabilmente in tema di provvedimenti concernenti l'affidamento dei figli, a seguito di separazione giudiziale dei coniugi, divorzio o annullamento del matrimonio. In tale materia la determinazione della competenza del giudice ordinario o del Tribunale per i Minorenni è in buona parte opera di una elaborazione giurisprudenziale della Cassazione, che tuttavia non può non lasciare ampi margini di incertezze e provocare frequenti inconvenienti di ordine pratico. La dislocazione fra diverse autorità giudiziarie della competenza civile in materia di diritto minorile che non trova riscontro, in termini così vasti, in altri settori dell'ordinamento giuridico, crea disfunzioni gravissime soprattutto allorchè si chiede la modifica dei provvedimenti concernenti la prole, richiesta dai coniugi separati o divorziati (o che non abbiano in corso una causa di separazione o divorzio). Succede spesso che ad autorità giudiziaria diversa, viene fatta, in sostanza, una richiesta avente lo stesso oggetto su cui ha già deciso o sta per decidere il Tribunale Ordinario. Questo avviene soprat-

tutto perchè nelle parti, si crea un'aspettativa ad ottenere, in al
tra sede giudiziaria, quello che, riguardo ai figli minori, non han
no ottenuto in occasione della separazione o divorziò.

Negli anni passati, la giurisprudenza ha oscillato fra chi ritiene =

va comunque la sussistenza della competenza del Tribunale per i minorenni e chi no. Ciò ha reso necessario l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione (sentenza n.1551 del 2/3/83) che ha ribadito la competenza del Tribunale Ordinario a conoscere della modifica dei provvedimenti concernenti la prole, assunti nel giudizio di separazione dei coniugi, di divorzio o annullamento del matrimonio.

Trattandosi di una questione vivamente dibattuta e di notevole rilevanza pratica, val la pena di riportare integralmente alcuni passi della motivazione adottata dalla Cassazione:

Ha osservato la Corte Suprema che "l'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile (novellato dall'art.221 della legge 19 maggio 1975 n. 151) contiene una elencazione tassativa degli articoli che contemplano provvedimenti di competenza del Tribunale per i minorenni, non ricomprendendo fra gli stessi l'art. 155 cod. civ. e statuendo, nel secondo comma, la generale e residuale competenza del Tribunale ordinario per i provvedimenti per i quali non sia espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria".

"In base all'argomento testuale, ricavabile dall'art.38 disp. att. cod. civ. -il quale, oltre a non menzionare l'art.155 cod.civ., non richiama l'art.317 dello stesso codice, relativo all'esercizio della potestà dei genitori separati o divorziati- non può affermarsi che, dopo il passaggio in giudicato della sentenza di separazione, divorzio o nullità fra i coniugi, resa dal Tribunale ordinario,

competente a disporre i provvedimenti, modificativi delle condizioni di affidamento della prole disposte dallo stesso nel relativo precesso, sia il Tribunale per i Minorenni".

"Ove, poi, si valuti che la soluzione nel senso della competenza del Tribunale ordinario, oltre che rispettosa dell'elemento testuale della norma data, vale a consentire il conseguimento, nei diversi momenti giurisdizionali dell'attuale realtà processuale, di notevoli effetti positivi e ad evitare considerevoli inconvenienti pratici, la tesi tendente alla affermazione della competenza del Tribunale per i minorenni non può considerarsi più sostenibile, non favorendo la stessa, tra l'altro, la funzione nomofilattica".

"Invero, l'affermazione della competenza del Tribunale ordinario a disporre i provvedimenti di revisione delle disposizioni di affidamento della prole, oltre a permettere che il prosieguo della vicenda processuale (quasi come un'ulteriore fase processuale di quella in cui furono emesse le originarie statuizioni di affidamento) si svolga dinanzi allo stesso giudice che pronunciò queste ultime, senza incontrare, in sede istruttoria, i limiti processuali propri del giudizio innanzi al Tribunale per i Minorenni, le quali altrimenti sarebbero costrette, per partecipare al dibattito, a recarsi anzichè al proprio Tribunale, innanzi a quello ubicato nella sede della Corte d'Appello o di Sezione di Corte d'Appello in cui è istituito il Tribunale per i minorenni (art.2 del r.d.l. 20 luglio 1934 n.1404)".

"Inoltre, la soluzione nel senso della competenza del Tribunale ordinario consente di evitare molti dei notevoli inconvenienti processuali, attualmente derivanti dal sistema".

"Primo fra tutti, quello che il Tribunale per i minorenni funzioni ad instar di giudice di secondo grado rispetto alle decisioni del tribunale ordinario in materia di affidamento dei figli (o addirittura di terzo grado rispetto alle decisioni di appello), con la conseguente implicazione della difficile convivenza giuridica di due sentenze rese da autorità giudiziarie diverse in merito allo stesso problema sostanziale.

"Altro inconveniente scongiurato è quello della necessità di promuovere, dopo il mutato affidamento dei figli da parte del Tribunale per i minorenni, un nuovo giudizio innanzi al Tribunale ordinario al fine di ottenere la revisione dei rapporti patrimoniali ad esso conseguenti.

"Poi, oltre ad evitare le maggiori difficoltà di accesso alla giustizia minorile, verrebbero ad eludersi i maggiori disagi funzionali riscontrabili nel giudizio indicato innanzi al Tribunale per i minorenni, il quale, per la forma autoritaria del suo procedere, per l'impossibilità di ascoltare testi sotto il vincolo del giuramento e per la specializzazione dei suoi componenti, potrebbe non apparire il giudice più qualificato ad affrontare problemi della portata di quelli dell'art. 155 cod.civile".

"Infine -con riferimento specifico alle varie deduzioni addotte pro e contra la soluzione della competenza del Tribunale ordinario-

va osservato come, non potendosi riconoscere una generale competenza del Tribunale per i minorenni in tema di affidamento dei figli in costanza di matrimonio, non possa affermarsi che tale competenza sussista in regime di separazione, di scioglimento o di nullità di matrimonio; come i poteri ufficiosi riconosciuti in materia al giudice ordinario diano allo stesso la possibilità di tutelare efficacemente i minori; come nella tutela degli interessi dei minori debba prescindersi dal carattere patrimoniale e dalla natura personale di essi; e come la competenza del giudice ordinario trovi la sua base nella mancanza di una norma attributiva della competenza al tribunale per i minorenni".

"Per le su esposte considerazioni deve, quindi, pervenirsi alla conclusione che le argomentazioni addotte a sostegno della tesi della competenza del tribunale per i minorenni non siano idonee a superare il dato testuale, ricavabile dalla lettura coordinata delle norme contenute nell'art. 38 disp.att.cod.civ. e negli articoli 155 e 317 cod.civ., 9 della legge n.898 del 1970 e 710 cod.civ., ad esso correlati, nè le ragioni di logica formale e sistematica, militanti a favore della competenza del Tribunale ordinario a disporre i provvedimenti di revisione delle condizioni di affidamento dei figli minori ex art. 155 cod.civ."

"Alla competenza del Tribunale per i minorenni devono, quindi, ritenersi riservate soltanto le ipotesi in cui, come causa della modifica delle condizioni di affidamento, si chieda un intervento ablativo o limitativo della potestà genitoriale sulla prole a

norma degli artt. 330 e 333 cod.civ., in quanto soltanto in presenza di queste fattispecie normative risulta possibile individuare nell'art. 38 disp. att. cod.civ. un criterio attributivo della competenza al giudice minorile.

Non possono non condividersi le argomentazioni di carattere tecnico-giuridico svolte nella suddetta sentenza, che viene quindi a fissare un principio, successivamente ulteriormente ribadito in altre decisioni del Supremo Collegio, che può enunciarsi nei seguenti termini: i provvedimenti di revisione delle condizioni di affidamento dei figli minori di coniugi separati o divorziati o il cui matrimonio sia stato annullato spettano al Tribunale che ha pronunciato la separazione, il divorzio o l'annullamento, mentre rientrano nella competenza del Tribunale per i minorenni solo quando come causa di revisione si chieda un intervento ablativo o limitativo della potestà genitoriale sulla prole ex artt. 330 e 333 c.c.

Ed è da ritenersi, anche se la Cassazione non è stata molto esplicita su questo punto, che lo stesso principio, per le esigenze poste dalla certezza del diritto e dalla serietà della giustizia, si applichi anche quando è soltanto "in corso" la causa di separazione o di annullamento del matrimonio, mentre quando è "in corso" la causa di divorzio il problema non si pone visto che il Tribunale Ordinario ha già emesso precedentemente una sentenza di separazione, che gli attribuisce quindi una competenza esclusiva.

X X X X

In questi mesi si sono tenuti in Italia diversi convegni e seminari di studi sul modo di essere e di operare dei vari uffici giudiziari in materia di diritto minorile e di diritto di famiglia con l'intento di promuovere uno scambio di opinioni di idee, di propositi e di notizie in una materia che per la sua complessità richiede ora più che mai una riforma organica.

I progetti di riforma sono diversi: c'è chi ha proposto di sostituire il Giudice Tutelare con un giudice di pace elettivo, c'è chi ritiene più utile sopprimere l'ufficio del G.I. demandando le sue funzioni al T.M. cui andrebbero assegnati nuovi compiti specifici e con poteri decisionali autonomi che ne farebbero un giudice togato.

C'è chi ha proposto di eliminare le incongruenze sopra rilevate con una radicale riforma dell'apparato giudiziario che comporti la trasformazione del Tribunale per i Minorenni in Tribunale della Famiglia, esclusivamente competente nella materia civile (così come già in quella penale) per ogni questione riguardante un minore e quindi, anche in tema di separazione dei coniugi e di divorzio.

Noi sosteniamo la tesi di istituire una Sezione Famiglia in tutte le sedi di Tribunale Ordinario, con la conseguente sottrazione al Tribunale per i minorenni di tutte le cause civili, ferma la sua competenza in materia penale minorile e amministrativa; e l'abolizione del G.I. come giudice minorile ferma tuttavia, le sue competenze sulle questioni amministrative, quelle di controllo sulle operazioni patrimoniali e quelle di cui alla legge 194.

Questa proposta, ci sembra la più opportuna, e consentirebbe di applicare gli strumenti normativi, logistici e organizzativi già disponibili: mutare mentalità e spegnere le gelosie e gli egoismi fra un ufficio e l'altro, puntare su una professionalità specifica da parte dei Giudici in una materia sempre più complessa che richiede una preparazione interdisciplinare.

Abbiamo visto quanto e quali limiti ha in sé un giudizio innanzi al T.M., la sua Sede nella circoscrizione della C.A. che ci costringe a partecipare al dibattimento in una sede diversa dal proprio Tribunale territoriale; la forma autoritaria del suo procedere; l'impossibilità di ascoltare i testi sotto giuramento; i limiti per le parti al diritto di difesa, il tipo di specializzazione dei propri componenti quali i giudici non togati.

Pensiamo che la istituzione di una Sezione Specializzata di Diritto di Famiglia in ogni Tribunale composta da giudici qualificati, che decidono su tutte le questioni relative al diritto di famiglia e dei minori, siano esse di carattere personale e patrimoniale, senza l'intervento di altre Autorità, con una competenza estesa anche ai genitori naturali, aiuterebbe a risolvere gli attuali conflitti e le interferenze fra i diversi organi giudiziari, eliminando gli inconvenienti pratici sopra illustrati.

Avv. VALERIA FABJ

IL MINORE CONTESO:

"Servizi Sociali" e "Mediazione familiare"

La scelta di confrontarci non solo nel campo del giuridico, ma anche in un settore che ci è estraneo per cultura e formazione tecnica, per quanto difficile ci è parsa necessaria. Ce ne assumiamo la responsabilità, come assunzione consapevole del mutamento che insieme vogliamo concorrere a rendere possibile in un passaggio cruciale quale è quello che il Paese vive ove, con sempre maggiore evidenza, prendono corpo ombre che, specialmente intorno alla donna, tentano di circoscrivere -sino a ridurle- le faticose conquiste, nella difesa di interessi che spesso si definiscono "superiori", ma che invece scavano in queste conquiste sino a metterle in discussione.

Il nostro gruppo è composto di giuriste e tentiamo di costruire, partendo dal diritto, un pensiero femminile forte col potere e l'autorità che sono connaturate alla nostra professione.

Partire da noi è il metodo che usiamo per precisare quello che vogliamo, e le motivazioni per cui vogliamo che il gruppo esista.

Parlare perciò insieme di servizi, quali ausiliari del

Giudice e in particolare di questo nuovo "servizio", la mediazione familiare, ci pare sia indispensabile per annodare i fili tra i nostri testi di riferimento (il diritto), l'esperienza di ognuna di noi e tutto quello che porta (o può portare) di "nuovo" la mediazione familiare. Uno scontro, il nostro, tra Autorità e Potere del quale intendiamo assumerci la responsabilità e agire per costruire un giusto processo nel campo della separazione, del divorzio e dell'affidamento dei figli: un messaggio che vogliamo trasmettere alle colleghe e può diventare il motore di ampia alleanza di cultura.

*** *** ***

Una premessa necessaria, la mia, per riflettere su questo tema che coinvolge gli esiti di un diritto (quello del minore) e di un processo (quello di separazione), impostati sulla considerazione prioritaria e privilegiata di un interesse che l'ordinamento sottrae alla disponibilità delle parti, pur essendo intrecciato a posizioni di diritto soggettivo.

E nel processo di separazione (e di divorzio) il Giudice utilizza da tempo il servizio sociale per operare il controllo sulle dinamiche delle relazioni familiari e per realizzare una tutela più efficace dei minori. La legge entra così sempre di più nel privato "per offrire il sostegno pubblico"...

Il riflesso nel campo della giustizia dei minori e della

famiglia, non è certo di poco peso rispetto alla tradizionale funzione della giurisdizione.

Un diritto -è stato scritto- più ambiguo; strumento per controllare quello che non può essere altrimenti controllato e che introduce elementi non facili da armonizzare, il cui compito non è la semplice regolazione, ma piuttosto il mezzo per assicurare coercitivamente il controllo e l'ordine sociale.

Chiunque pratici la materia familiare conosce il grado di commistione tra sapere giuridico e altri saperi. Il nostro legislatore ha affidato al diritto un intervento specifico sui rapporti familiari e sulle dinamiche affettive, che si verifica attraverso la previsione di determinate condizioni (ad esempio, l'accertamento dell'intollerabilità della convivenza), ovvero la tutela di valori privilegiati (diritto del minore alla crescita armonica), nonché l'individuazione di limiti categorici (il pregiudizio del minore).

La legge traccia il percorso, ma è la laicità dello Stato che assicura l'autonomia della famiglia sulle scelte, pur sottoponendola a controlli per assicurarsi che la sua realizzazione non leda, nei risultati, valori fondamentali degni di pubblica tutela.

*** *** ***

E' una impostazione che affida al Giudice un compito delicato perchè è lui che entra in contatto col mondo familia-

re privato e lo affianca per indirizzarlo verso i fini voluti e i valori garantiti.

Un Giudice, dunque, non solo con una cultura giuridicamente perfetta, ma anche ampia per saper contemperare una linea di diritto con le ansie e le aspettative dei singoli, dei loro diritti soggettivi, senza eludere le fondamentali garanzie dell'ordinamento giuridico.

E nel processo, la presenza dei difensori dà -per quanto possibile- a chi ha un diritto, tutto ciò che ciascuna delle parti "ha diritto di conseguire". Nel libero confronto della logica del conflitto, la giurisdizione consente in egual misura a ciascuna parte, la possibilità di far valere le proprie ragioni e di contrastare quelle dell'altra. E non è la presenza di figli minori a essere sacrificata.

Anzi! Le iniziative del Giudice nei loro confronti non sono contestabili dai difensori e spaziano dalle semplici "informazioni" chieste al servizio sociale, sino alla C.T.U. per verificare quali siano le condizioni ottimali di vita per il minore.

Il "servizio sociale" è dunque -di norma- quello che decide la sorte del minore conteso.

Un servizio che è rappresentato da persone fisiche, assistenti sociali e psicologo e che, costituendo l'ago della bilancia che dirime un conflitto familiare, dovrebbe essere esercitato col massimo della competenza.

Nel processo, il servizio segue un protocollo di rapporti con la giustizia, ma non è consentito ai difensori di nominare un proprio consulente, né di partecipare agli incontri. Questo ruolo degli operatori è improprio, anche per la diversità di cultura che il servizio esprime, ma anche perché lede il diritto di difesa.

Siamo-siete soddisfatte delle relazioni? Ciascuna di noi, credo, ha più di una buona ragione per dire di no. Sia chiaro, non per colpa del servizio, i cui operatori (operati da ben altri percorsi a loro più congeniali) danno il meglio di se stessi; quanto perché "le informazioni" fornite dal servizio non possono avere funzione di consulenza tecnica, come viceversa per comodità del Giudice, finisce per rappresentare.

Se il servizio lavorasse soltanto sulla coppia, durante il processo, per aiutarla a superare un percorso difficile, forse potrebbe essere più positivamente utilizzato.

E' questa, forse, una delle ragioni per le quali si parla molto della mediazione familiare.

In questi ultimi tempi si fanno sempre più incalzanti i convegni intorno alla "Mediazione familiare", col fine dichiarato di mettere in campo una alternativa capace di affrontare la crisi di coppia non con l'aiuto di un avvocato, ma di un esperto.

Questa esperienza, si afferma, è stata ed è sperimentata

con enorme profitto in altri Paesi (vedasi l'America, l'Inghilterra, ecc.) e lo stesso può avvenire in Italia.

Si sostiene che se i coniugi nel momento in cui decidono di separarsi, anzichè recarsi dall'avvocato, si recassero in strutture e centri di mediazione familiare, l'esperto di "relazioni familiari" li aiuterebbe, in un contesto non conflittuale, a risolvere la crisi istaurando un rapporto collaborativo che renderebbe adeguate, e perciò stabili nel tempo, le principali decisioni, soprattutto in materia di affidamento dei figli minori.

Ovviamente questa tematica non può non allertare noi avvocati, e non certo perchè pensiamo a noi come professionisti (anche se mi parrebbe lecito e per nulla scandaloso pensarci), quanto perchè sappiamo che in tema di tutela dei minori, i provvedimenti che limitano o escludono i genitori costituiscono il governo di interessi sottratti all'autonomia privata, senza risolvere un conflitto tra diritti contrapposti. Un processo, dunque, all'interno del quale gli schemi e i principi della tutela giurisdizionale dei diritti non esistono, per sviluppare quelli di una attività che si può svolgere nel campo dell'amministrazione (vedasi il processo avanti al Tribunale per i minorenni) ma che comunque è sottratto ai controlli giurisdizionali.

Come conciliare, dunque, una "istituzione" che intende sostituirsi al processo, al Giudice e ai diritti, in nome

dell'interesse superiore del minore, con i principi costituzionalmente garantiti ad ogni cittadino?

*** *** ***

Credo che la risposta non sia semplice neppure per i fautori del nuovo sistema.

In Italia ufficialmente agiscono tre o quattro esperimenti di mediazione familiare:

il "Centro Genitori Ancora", convenzionato col Comune di Milano... il "Centro per l'età evolutiva" di Roma (ove il mediatore familiare lavora con la consulenza di uno studio legale che provvede a portare in Tribunale l'accordo raggiunto dai coniugi)... il "Centro di psicologia giuridica dello sviluppo e delle relazioni familiari" presso l'Università La Sapienza di Roma e un altro Centro a Genova...

La metodica applicata parte -almeno così è dato capire- dalla responsabilizzazione dei genitori in quanto tali (al concetto di coniugalità si sostituisce quello di genitorialità) che devono trovare un ambito "genitoriale" all'interno del quale gestire i figli.

Dunque, un intervento di aiuto, di stampella... uno strumento che, a detta di chi lo pratica, non è valido per sempre, né per tutti!...

Canone fondamentale della mediazione, principio riformatore e innovativo sarebbe che, mentre la terapia di coppia scava nel passato (per rimarginare il presente), la media-

zione mira al futuro agendo sulla genitorialità della coppia e sulla genitorialità tra adulti e bambini.

E chi pratica il servizio sono psicologi e assistenti sociali.

*** *** ***

Alcune considerazioni!

Mi sembra vada anzitutto denunciata una certa difficoltà di sistemazione concettuale rispetto alla figura di questi professionisti "nuovi".

Lo psicologo e lo psichiatra sono tecnici che curano una patologia individuale. La definizione di "tecnico della famiglia" (o mediatore familiare) non è ancora uscita dalle nostre università, né tantomeno esiste un codice deontologico a garanzia degli utenti.

Inoltre la cultura terapeutica è assai diversa dalla cultura giuridica; e non possiamo non guardare con sospetto a strutture che tantano di riprodursi in istituzioni, visto l'esito di quelle che abbiamo.

Credo che ognuno di noi possa raccontare quello che avviene nel processo di separazione (o di divorzio) quando sull'intervento del servizio sociale il Giudice decide dell'affidamento del minore, rifiutando ogni ragionevole diversa prova!

La nostra preoccupazione è che, mentre la più moderna cultura giuridica dà sempre più spazio al diritto soggettivo

abbandonando lo schema dell'interesse (nella stessa materia amministrativa) la cultura della "mediazione" miri a introdurre un marcato "psicologismo" in ogni intervento che riguardi i minori.

Orbene, non abbiamo nulla contro la psicologia che riteniamo una scienza importante, un supporto tecnico a volte necessario. Ma siamo contro qualsiasi risoluzione che rappresenti una delega di giudizio, siamo contro qualsiasi formula che si presenti come taumaturgica di ogni problema!

*** *** ***

Anche perchè, come prima dicevo, ci sono fantasmi che tentano di rinchiudere le battaglie delle donne, nella semplice difesa di interessi. Mi riferisco ai numerosi disegni di legge che giacciono in Parlamento e che inevitabilmente saranno ripescati nella prossima legislatura che, sotto il titolo di "tutela" della famiglia, innestano una tendenza involutiva in questa materia.

Penso a quelli che prevedono, per chi vuole separarsi, l'obbligo di rivolgersi al consultorio familiare di zona che tenterà la conciliazione. Se questa non riesce sarà il consultorio a dare i provvedimenti urgenti sull'affidamento dei figli e poi, entro 60 giorni, dovrà inviare al Presidente del Tribunale una relazione con la quale verranno proposti i provvedimenti più idonei per la separazione...

Sono disegni che vedono anche una nuova figura a tutela

del minore, "il curatore del minore"!!!!...

E' questo il "nuovo" che si propone per la famiglia?...

Forse è la preoccupazione che questa lunga linea d'ombra nasconda "un governo statale della famiglia", camuffato da "interesse" per i minori, che ci vede critiche sulla mediazione familiare.

Siamo franchi!

Quanti sono i processi dove l'affidamento dei minori è materia feroce di discussione? Pochi, se non pochissimi.

Il contenzioso familiare, infatti, nasce dalla contesa sul piano economico. E' questo che porta la coppia alla conflittualità! Il figlio entra in campo in seconda battuta, ed è tanto più conteso quanto viene ritenuto capace di fornire "alleanza", da quel genitore che spesso non vuole pagare.

Ecco dunque un'altra critica alla mediazione familiare.

Se la coppia in crisi è in conflitto per le questioni patrimoniali, non sarà certo la mediazione di uno psicologo che potrà servirle, prima dell'avvocato. Sarà l'avvocato che suggerendo un buon percorso giuridico potrà smussare le posizioni conflittuali, potrà trovare il giusto equilibrio tra chi non vuole dare e chi vuole ottenere!

La mediazione potrà al più servire, se la coppia non mantiene i patti sanciti dal Giudice, per richiamare appunto i genitori alla loro funzione genitoriale, a un maggior coinvolgimento e solidarietà nell'interesse dei minori.

Se poi volessimo spingerci in altre riflessioni, il campo è vasto per farle.

Io vedo la mediazione familiare come un qualcosa che viene costruito per restringere il diritto di libertà.

Dice Luce Irigaray che "senza una trasformazione delle leggi e delle consuetudini che organizzano tutte le forme di famiglia, non possiamo sperare di creare le basi di una convivenza civile e non solo nella famiglia unita, ma anche in quella monoparentale. E ancora non abbiamo leggi che tutelino la nostra libertà, né rispettino del tutto i nostri diritti civili"...

La mediazione familiare come costruzione di servizio va contro il diritto di difesa, contro la struttura del processo di separazione o di divorzio, colpisce perciò la libertà di scelta del cittadino!

Inoltre ha l'intento dichiarato di destrutturare il modello di cultura giuridica per arrivare a "una giustizia destrutturata" all'interno della quale il disagio dei coniugi "non venga amplificato", come avviene in sede giudiziaria, e la coppia riceva un aiuto che consenta di elaborare accordi che tengano conto delle esigenze di chi -figli compresi- è coinvolto nella separazione.

Gratta gratta, la verità viene fuori. E' la donna che la mediazione familiare intende imbrigliare! Infatti è lei che nella maggior parte dei casi vuole la separazione; è lei che

concettualmente e fisicamente. è il genitore più idoneo ad ottenere l'affidamento; è lei che fronteggia un marito spesso assente verso i figli e ancor più assente verso il benessere economico dei figli, e che promuove il processo... Perciò spostiamo su altri fattori la nostra attenzione per additare dove si annida la tensione e il disagio di adulti e minori: la lunghezza indecente del processo civile... il costo psicologico per tutti i protagonisti, che questa lunghezza crea... il Giudice che lo dirige e traccia, spesso in maniera tanto errata quanto irreversibile, il futuro di un bambino secondo una cultura personale, e non può essere terzo in questo tipo di processo!

E gli avvocati, che sono menomati nella difesa dalle metodiche introdotte nel processo e non possono azionare appieno la loro capacità tecnica, ostacolati come sono dalle relazioni del servizio sociale che "suggeriscono" al giudice il da farsi, ma che in realtà "decidono" perchè il giudice le segue.

Noi viviamo in Emilia ove, si dice, il servizio sociale è tra i più efficienti. Eppure le informazioni/relazioni che pressochè giornalmente vediamo arrivare, si caratterizzano -di norma- per inadeguatezza. Che in caso di conflitto familiare diventa pericolosa e può essere involontario strumento di violenza nei confronti dello stesso minore.

In questo panorama si cala l'ufficio della mediazione fa-

miliare che ha la pretesa di garantire lo "sviluppo positivo della mediazione nel conflitto tra i coniugi" e intende inserirsi in un quadro di importanti trasformazioni sociali e giuridiche. A noi non pare! Anche perchè ha la pretesa di sostituire al modello di separazione o di divorzio "patologico" o "conflittuale", considerato deviante -ma che è inevitabile scelta- quello "normalizzato" e "autoregolato".

Il progetto si è dimostrato positivo in quei Paesi ove la mediazione vive dentro una legislazione della famiglia come espressione della tendenza alla privatizzazione delle relazioni familiari.

Nelle legislazioni occidentali la mediazione familiare è inserita perchè risponde agli orientamenti puerocentrici che le caratterizzano (l'interesse del minore come centro di regolazione della conflittualità). Ma in Italia, oggi, il mediatore familiare -strumento per lo più privato- appare soprattutto un raccoglitore di clientela (da inviare ad avvocati collegati) e non ha neppure un compito definito: la "ristrutturazione" della coppia è una tecnica ancora troppo vaga, inoltre sfugge ad ogni controllo il limite della formazione professionale di chi la guida.

Ma va anche detto con chiarezza che "la ristrutturazione" può creare all'utenza danni irreversibili qualora la mediazione non sia gestita solo all'interno dei sentimenti, senza entrare nell'ambito giuridico.

Questo ambito ristretto è estremamente importante. Si sostiene che la mediazione familiare vada vista come forma privilegiata di composizione e regolazione della conflittualità familiare, diretta verso lo sviluppo della giustizia deformalizzata, e che ha bisogno della spontanea decisione della coppia per servire a incanalare le posizioni contrapposte.

Se questo è vero dobbiamo chiederci come possa "il mediatore", attraverso il suo intervento, restare neutro nel conflitto senza riprodurre rapporti familiari di tipo patriarcale attraverso un intervento (la mediazione) che si caratterizza come enfaticizzazione della continuità delle relazioni familiari anche dopo la separazione, misconoscendo le disegualianze strutturali di potere (l'appartenenza di genere) che si esprimono nel conflitto coniugale.

*** *** ***

Vogliamo chiederci del perchè si insista a voler creare un servizio (la mediazione familiare) che deleghi alla psicologia la gestione di diritti soggettivi contrapposti, abbandonando schemi e principi della tutela giurisdizionale dei diritti, per accogliere quelli di una attività che si svolge nel campo della psicologia e che viene così sottratta ai controlli giurisdizionali propri di questa materia? A noi pare estremamente pericoloso non farlo!

Ricordiamo i danni che ha creato, nel campo della separa-

zione, la "delega in bianco" del legislatore al coniuge economicamente più forte, che nella separazione consensuale in quanto "paga" può imporre troppo spesso condizioni vessatorie a quello debole, proprio per la consentita assenza dell'avvocato!!!

La stessa delega daremmo alla psicologia (che è certamente un supporto tecnico molto importante soprattutto nel processo di separazione ove i figli spesso sono in tenera età) ma questo rappresenterebbe "una delega di giudizio" allo psicologo perchè diventi l'incensurabile arbitro di ogni problema della coppia, soffocando il diritto alla libertà di ciascuno di difendersi.

Non neghiamo certo che, forse in alcuni casi limite, il lavoro di mediazione possa costituire un vero e proprio intervento di psicoterapia necessario, ma nella normalità dei casi altro non potrà essere se non una semplice attività di consulenza.

IN NESSUN CASO potrà essere alternativo o sostitutivo dell'avvocato e del giudice.

*** *** ***

Quello di cui c'è bisogno -a nostro parere- è un processo diverso e più giusto ove si confronti un elevato grado di competenza e di professionalità da parte del giudice, del difensore e del servizio cui il magistrato intenda ricorrere in caso di situazione conflittuale della coppia.

Infatti nel momento in cui la conflittualità diventa insostenibile, la coppia si rivolge all'esterno per aiuto, e coinvolge nel conflitto interpersonale l'avvocato, il sistema giudiziario e infine l'operatore psicosociale: vi è dunque necessità di massima competenza nel servizio pubblico, quando è chiamato a trovare la chiave di lettura delle dinamiche di potere che si attivano in quella relazione coniugale, e le modalità funzionali di comunicazione tra partners. Ma dovrà trattarsi di un elemento capace di attivare un processo di negoziazione positiva tra le parti, in un quadro di garanzie giurisdizionali.

Solo in questo ambito, la mediazione familiare, se ad alto livello, potrà considerarsi positiva, come sarà senz'altro positiva dopo il trauma della separazione, nel caso in cui il genitore affidatario volesse sollecitarla come intervento terapeutico, se il figlio adolescente mostra difficoltà nella scoperta della propria identificazione di adulto o per se stesso qualora senta che la trasformazione dei ruoli, dopo la separazione, risulti difficile od ostacolata da situazioni di conflitto o incapacità a comunicare.

Né possiamo negare l'utilità di una mediazione familiare per attivare, anche ad anni di distanza dal momento della separazione, un intervento mirato all'aiuto della coppia nella redistribuzione dei compiti genitoriali.

Certo è che in nessun caso ci sentiamo di far finta di

ignorare, o peggio, di avallare col nostro silenzio, un pesante intervento istituzionale sulla famiglia e sulle persone singole che la formano, sia essa unita o meno.

Ognuno deve essere messo in condizione di chiedere diritti. E' nostro compito, nostra struttura professionale difenderli, quale riconoscimento di una identità civile e di una dignità che non può essere sottomessa da nessun paternalismo. La presenza dell'avvocato (come è stato autorevolmente detto) rappresenta non soltanto il rispetto dei valori di cultura della giurisdizione ma, senza voler sopravvalutare il ruolo di nessuno, è cultura di civiltà perchè ogni cittadino, in qualsiasi situazione, ha diritto al difensore.

Per la stesura di questa relazione mi sono servita dei seguenti testi:

- A. Febbrajo : "Tre interpretazioni della giurisdizione"
Paolo Dusi : "Le procedure giudiziarie a tutela dell'interesse del minore" - Giuffrè Editore
A. Dell'Antonio : "Il bambino conteso" - Giuffrè Editore.

RELAZIONE

DISPARITA' DI STRUMENTI PROCESSUALI DI INDAGINE DEL TRIBUNALE ORDINARIO E DEL TRIBUNALE DEI MINORENNI

La produzione legislativa degli ultimi anni in materia di diritto di famiglia e di tutela di minori in stato di bisogno risulta essere caratterizzata principalmente da una particolare concezione del minore , inteso come un soggetto di diritto o come una persona di cui deve essere tutelato e protetto lo sviluppo psico-sociale.

In quest'ottica più volte si è assistito all'apporto di esperti di psicologia nell'ambito di procedimenti giudiziari che avevano ad interesse il minore.

Normalmente la fase istruttoria viene convogliata in due direzioni:

- a) la richiesta di informazioni di Servizi socio-assistenziali del territorio , rimedio in uso prevalentemente al Tribunale dei minorenni.
- b) il ricorso alla Consulenza tecnica d'ufficio , che è utilizzata per lo più invece dal Tribunale ordinario laddove il Giudice ritenga opportuno verificare con una specifica competenza tecnica situazione di fatto o argomenti portati come prova.

A queste due fonti istruttorie, riteniamo doverne aggiungere una terza che consiste nell'audizione del minore.

Esaminiamo partitamente le caratteristiche di questi tre diversi istituti.

Quanto al ricorso ai Servizi Socio-assistenziali

Si è detto che i Servizi Sociali ed anche la stessa Giustizia minorile sono sorti con compiti di controllo sociale, allorquando , scomparsa la famiglia decadeva il ruolo del padre di famiglia ed il Tribunale dei Minorenni veniva istituito per occuparsi dei giovani devianti ed il servizio Sociale che allora era quello dell'amministrazione Giudiziaria , affiancato dagli specialisti dei Centri di osservazione nasceva come longa manus del giudice con poteri punitivi e disciplinari.

Il mutamento del ruolo del Giudice e dei Servizi Sociali avvenne allorquando ci si rese conto dell'esistenza in capo al minore di diritti soggettivi autonomi da tutelarsi ed assunse un ruolo educativo in senso lato . Il Servizio Sociale viene ad avere quindi una doppia valenza sia come referente del Giudice sia in quanto investito di sue specifiche competenze e funzioni.

Riteniamo indispensabile sussista una divisione tra Giudice ed operatore socio-psicologico, poichè il Giudice rimane tale e svolge il proprio ruolo con l'emanazione di un provvedimento e con la fase istruttoria che lo precede , mentre l'operatore socio-psicologico agisce sulla situazione. L'operatore interessato è pur sempre un dipendente dell'ente locale e perciò estraneo all'Amministrazione Giudiziaria , investito di compiti suoi propri che sono quelli assistenziali (si veda al riguardo Decreto Presidenziale 616/1977). Riteniamo inoltre vadano esaminati i rapporti tra Giudici ed operatori che dovrebbero essere così impostati:

a) il giudice non dovrebbe delegare le decisioni allo specialista o all'operatore nè intendere i suoi rapporti come quelli tra Giudice e perito. b) il giudice non dovrebbe ritenere di avere alle sue dipendenze i Servizi territoriali anche se sono chiamati a collaborare con lui. c) ci dovrebbe essere inoltre la ricerca di una soluzione del caso del minore di cui si occupa.

E' doveroso precisare che il Giudice non svolge attività amministrativa ma giurisdizionale.

d) potrebbe inoltre essere necessario che il giudice mantenga rapporti con gli operatori dei Servizi, la Pubblica Amministrazione, le Associazioni ed i Gruppi di volontari.

e) bisognerebbe evitare inoltre il pericolo della burocratizzazione dei rapporti tra Giudice e Servizi.

Per quanto riguarda inoltre più specificatamente il procedimento avanti il Tribunale dei minorenni, va ricordato che l'art.23 lett.c del D.P.R 616 del 1977 ricomprende tra le funzioni attribuite ai comuni singoli ed associati, le attività relative agli interventi dei minori quali l'assunzione di informazioni che vengono date nei confronti dei Giudici Minorili.

Intendiamo far riferimento ai casi che richiedono un intervento o un provvedimento del Tribunale su segnalazione, quali i casi di abbandono (art.9 Legge 184 del 1983), la segnalazione di situazioni famigliari caratterizzate da un illegale od inadeguato esercizio delle potestà genitoriali (art.330 e 333 c.c.), richiesta sulla situazioni in cui vive il minore o sulla sua famiglia, da utilizzarsi per la dichiarazione di adottabilità o di affidamento ex art.330 e 333 c.c.

Si è comunque posto in evidenza anzitutto che le informazioni che vengono fornite dai servizi al Tribunale minorile, spontaneamente o dietro richiesta non possono non aver carattere di un progetto complessivo o di un intervento. A volte comunque le informazioni che sono fornite al giudice in via spontanea non possono non contenere elementi più complessi proprio delle finalità progettuali, spesso inoltre oltre agli elementi che può fornire un servizio sociale occorre aggiungere anche elementi resi da altri operatori e da altri Servizi.

Si pone il problema della natura e degli effetti del provvedimento del Giudice, con riferimento all'art.23 del D.P.R 616/1977, in forza del quale l'Ente locale ed il servizio devono attuare quanto dal Giudice stabilito.

Si può discutere se tale provvedimento possa assumere il carattere della imposizione di un facere alla P.A. il che potrebbe apparire in contrasto con l'art.4 della Legge 20 marzo 1865 n.2248.

Una volta disposto l'affidamento, il Comune riprende la sua discrezionalità.

Anche per i Tribunali ordinari si può far riferimento all'art.23 lett.c del D.P.R. 616 perchè, allorquando il Magistrato adotta provvedimenti di affidamento dei minori nelle procedure ora ricordate, può essere ritenuto compreso

tra le Autorità giudiziarie minorili di cui parla la norma citata . E' sorto il problema relativo anche all'ammissibilità dei c.d. " mezzi di prova d'ufficio " : alcuni pensano che si possano solamente disporsi quelli di rito , con esclusione dell'art.213 c.p.c. perchè il giudice può chiedere informazioni solamente quando dette informazioni siano relative ad atti e documenti dell'Amministrazione stessa.

Un altro orientamento al riguardo è dell'avviso che possano essere disposti i mezzi di prova che si vanno a dettagliare e che consistono nella richiesta di informazioni ad un Servizio territoriale, nella C.T.U socio psicologica da parte di operatori di un servizio territoriale e da prove testimoniali degli operatori stessi.

QUANTO ALLA CONSULENZA TECNICA

Riteniamo anzitutto dover esaminare la diversità della consulenza psicologica su di un minore dagli altri tipi di verifica tecnica , poichè essa va a concretarsi nell'inserimento di un terzo, che è appunto il minore, in un procedimento , portatore di un interesse che non coincide necessariamente con quello delle parti . Spesso si verifica invece il contrario e cioè che le parti abbiano del l'interesse del minore una concezione assolutamente personale, cosicchè si viene ad avere una contrapposizione triangolare in cui il minore non è in grado di raffrontare i suoi interessi a quelli dei genitori. Altri problemi che sono stati posti sono quelli relativi al fatto che l'indagine psicologica nell'ambito di un procedimento giudiziario viene spesso avvertita come una situazione di giudizio e non di diritto in cui la litigiosità delle parti , si dice, avrebbe la prevalenza ed offuscherebbe la correttezza di giudizio. C'è stato addirittura chi , con riferimento specifico a tale stato di cose, ha caldeggiato l'eliminazione della figura dell'avvocato sostenendo che essa irrigidirebbe la situazione :in poche parole, si è detto, la presenza dei legali esaspererebbe i conflitti.

In realtà se è pur vero che l'avvocato deve essere consapevole della delicatezza del ruolo, ciò nonostante è necessario tener presente che vanno tutelati oltre agli interessi dei minori anche quelli degli adulti.

Un altro ordine di problemi è quello relativo alla Relazione che conclude la Consulenza tecnica e che, si è detto, può a volte costituire elemento di ulteriore contrasto tra le parti andando a irrigidire vieppiù le posizioni. Ci sentiamo poi di aggiungere che , se non esistono equivoci circa la competenza tecnica di un medico, qualche problema può sorgere invece rispetto alla differenza derivante dall'utilizzo per l'esame di psichiatri o psicologi.

In realtà la questione non va posta in termini di professionalità nè in termini metodologici, poichè nulla vieta di nominare perito uno psicologo, anche se l'utilizzazione dello psichiatra o dello psicologo viene effettivamente posto su piani differenti dalla legge. Il superamento della distinzione è però consentito

dall'autonomia del Magistrato che è facoltizzato a scegliere il servizio sulla base di una valutazione di opportunità rispetto al caso in esame.

QUANTO ALL'AUDIZIONE DEI MINORI

Si è fatto riferimento per quanto afferisce ai dati riportati al testo " Ascoltare il minore " .

In detto libro si fa riferimento al fatto che non risultano pubblicate in ambito giuridico indagini , neppure in merito alle procedure sull'adozione , che prevede l'audizione del minore anche in età relativamente bassa (12 anni ma anche prima) ed il consenso esplicito dei quattordicenni in vari momenti dell'iter adottivo.

L'unico dato che può essere valorizzato , si dice , è quello relativo alla sentenza o al provvedimenti presi in favore dei minori ed in situazioni di contesa genitoriale laddove l'audizione del minore ha costituito la base per le decisioni prese dal Giudice. E' stata verificata comunque una certa sproporzione tra le decisioni assunte dal giudice in tema di separazione ed affido dei figli ed i casi in cui si cenna nei provvedimenti all'audizione dei minori.

Il testo citato si limita a riportare sette casi differenti ed emblematici quanto alla fattispecie trattata.

Le situazioni illustrate sono le più diverse e fanno riferimento a stati di conflitto tra genitori , di difficoltà di esecuzione di provvedimenti presidenziali temporanei ed urgenti o di statuizioni contenute in sentenza emesse in tema di separazioni o divorzi, o di modifica degli stessi. C'è poi anche da valutare l'ipotesi in cui i minori vengano sentiti all'interno di un medesimo contenzioso, ma da Autorità Giudiziarie diverse. Esaminando il complesso di tali casi risulta evidente che comunque il Giudice valuta e tiene conto delle opinioni dei minori .

Il tutto ci porta a valutare le posizioni che ha assunto l'autorità Giudiziaria che si è pronunciata nei confronti dell'autodeterminazione dei minori in situazioni famigliari in cui siano coinvolti, ma anche solo laddove abbia ritenuto opportuno interpellare i minori comunque in situazioni personali od interpersonali degli stessi. Nelle fattispecie di cui alle sentenze citate si può senza dubbio parlare di una valorizzazione della volontà del minore , anche se è da sottolineare che tutte le sentenze in commento sono comunque collocate storicamente in quanto si pongono nell'immediatezza della riforma del diritto di Famiglia. Pochi sono invece i referenti relativi all'audizione del minore in sede di procedure per l'adozione. La conclusione che si può trarre è quindi che da un lato vi sono delle spinte innovatrici per l'utilizzo degli strumenti processuali, dall'altro una certa refrattarietà , forse per la consapevolezza delle difficoltà di utilizzare tale sistema di indagine.

L'accettazione della volontà del minore si potrebbe andare a configurare come l'accettazione di un dato di fatto e ciò nel senso che spesso vengono presi in considerazione e valorizzati non tanto le capacità di discernimento del

minore, quanto il suo vissuto ed i suoi sentimenti. Certo che comunque rimane in questo sistema il pericolo che il giudice accetti anche senza rendersene conto la logica dello schieramento che ha indotto i minori a preferire l'uno o l'altro dei genitori.

In questo stato di cose si innesta poi anche la problematica che le donne hanno spesso nei confronti dei figli, non si dimentichi al riguardo il Ruolo delle dinamiche famigliari le modifiche di ruoli o di convivenze.

Potrebbe essere necessario che il minore venga ascoltato ogni volta che deve essere presa una decisione che coinvolga la sua vita presente e futura , qualora gli adulti non siano in grado di risolvere i loro rapporti personali o relazionali. L'ascolto andrà in tal caso valorizzato ovviamente inteso come una semplice presa d'atto di opinioni e decisioni , proprio per la complessità delle situazioni e per la facilità di adattamento e di simulazione di situazioni in situazioni di emergenza.

L'ESECUZIONE DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI IN MATERIA
CIVILE CONCERNENTI I MINORI

-Giovanna Fava-

La frantumazione delle competenze, l'esistenza di una molteplicità ed eterogeneità di organi giudiziari, la sovrapposizione degli interventi, la non specializzazione del giudice tutelare, generano numerosi inconvenienti anche in sede di esecuzione coattiva dei provvedimenti giudiziari adottati in sede civile e riguardanti i minori.

Il fronte degli organi giudiziari è sicuramente sovrarappresentato, e già questo limita l'efficienza dei provvedimenti e l'individuazione del corretto strumento esecutivo. Interessi affettivi ed economici poi si intersecano e la necessita' di averli presenti contemporaneamente tutti, anziché asetticamente divisi da norme giuridiche che mal tollerano "inquinamenti economici" nei provvedimenti di affidamento dei minori, rendono, nei fatti, problematica e difficoltosa l'esecuzione dei provvedimenti inducendo spesso la parte e l'avvocato a ricercare soluzioni brevi o alternative.

I provvedimenti cui dare esecuzione possono essere:
1-i provvedimenti cautelari e d'urgenza fra cui si distinguono in particolare i provvedimenti provvisori adottati dal Presidente del Tribunale nella prima udienza di separazione o divorzio;
2-le ordinanze del Giudice Istruttore adottate in corso di causa;
3-le sentenze;
4-i verbali di separazione consensuale omologata;
5-i provvedimenti del Giudice Tutelare;
6-i provvedimenti del Pretore;
7-i decreti del Tribunale per i minori.

L'attenzione è qui rivolta ai rimedi all'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria concernenti l'affidamento del minore, la sua consegna ed il rispetto delle modalità di visita.

Assistiamo infatti spesso al mancato rispetto dei provvedimenti adottati dalla autorità giudiziaria, non solo di quelli adottati nel contrasto delle parti ma anche di quelli decisi di comune accordo tra i coniugi.

L'inosservanza dei provvedimenti può essere pretestuosa, volontaria e immotivata, ma anche avere cause, più o meno giustificative, da poter opporre

all'esecuzione coattiva.

MANCATO RISPETTO, DA PARTE DEL GENITORE NON AFFIDATARIO, DELL'OBBLIGO DI MANTENIMENTO.

E' convinzione diffusa fra le madri affidatarie che la mancata corresponsione dell'assegno di mantenimento faccia automaticamente decadere il diritto del genitore non affidatario di vedere e tenere con se' il figlio, secondo lo schema classico dell'inadempienza contrattuale in base al quale se uno dei contraenti non adempie alla propria obbligazione l'altro puo' sottrarsi alla propria.

Dati per scontati, al di la' della crisi coniugale o delle scelte di coppia, i doveri dei genitori nei confronti dei figli, il nostro ordinamento si e' allineato alla tendenza dominante secondo cui i provvedimenti relativi alla prole devono essere adottati "con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa" (art.155, comma 1, c.c. e art.6, comma 2, legge n.898/70) e che sia consentito ai figli di contare sull'effettivo apporto educativo di entrambi i genitori, in tal senso dovendosi comunque ritenere finalizzato il "diritto di visita".

Dal che deriva che "l'interesse del minore" sconvolge e prevarica la disciplina dell'inadempimento e nessuna di noi suggerirebbe alla madre affidataria, che non riceve la prestazione dovuta per il mantenimento del figlio, di non consentire all'altro genitore di visitare il figlio a lei affidato.

E' evidente che se non sono fissati giorni precisi, o se e' previsto un diritto di veto da parte del genitore affidatario, l'altro genitore non potra' dolersi delle limitazioni che gli verranno cosi' imposte.

Piu' problematica ancora si presenta l'esecuzione nei casi di affidamento congiunto del minore ad entrambi i genitori con abitazione -preferenziale- presso uno di essi.

L'affidamento congiunto, comportando il permanere della potesta' di genitore in tutta la sua pienezza in capo ad entrambi, puo' costituire un serio ostacolo all'esecuzione coattiva dei provvedimenti e comunque alla restituzione del minore.

Per porre rimedio alla mancata attuazione dei provvedimenti giudiziari relativi ai minori sono stati utilizzati, a seconda delle circostanze,

procedure diverse: esecuzione coattiva, modifica delle condizioni di separazione o divorzio, denuncia penale, azione di risarcimento del danno.

ESECUZIONE COATTIVA.

Colpisce l'attenzione rivolta dai mass media e dai vari comitati per padri separati a che non siano discriminati i padri nell'affidamento dei figli e a che non siano poste limitazioni al diritto di visita: il tutto per affermare -l'esclusivo interesse del minore-.

La consistenza di tale interesse si riduce immediatamente quando si parla di contributo economico, elemento vissuto spesso come una gravosa sanzione che fa arricchire la madre affidataria e non come semplice ed immutato obbligo nei confronti dei figli.

E' a tutte noi nota la difficoltà di ottenere celermente e puntualmente il pagamento degli assegni stabiliti, anche quando si tratta di lavoratore dipendente, e la lunghezza, a volte l'impossibilità, di ottenere il pagamento da artigiani o da chi furbescamente ha occultato i propri beni.

Interesse del minore e' anche questo: diritto al mantenimento, all'educazione, all'istruzione. Crediamo sia compito dello Stato rendere effettivo questo diritto corrispondendo direttamente alla madre affidataria quanto stabilito dal giudice per il mantenimento dei figli e, come peraltro già avviene in altri Paesi fra cui Francia e Germania, recuperare le somme dall'obbligato mediante iscrizione a ruolo.

Altri elementi di valutazione entrano in gioco quando si parla dell'esecuzione dei provvedimenti di natura non economica relativi ai minori, problema che ha costituito da sempre argomento di riflessione per dottrina e giurisprudenza.

L'imbarazzo che suscita il problema della consegna coattiva dei minori, per l'intensità dei sentimenti e degli interessi morali che coinvolge, ha indotto una parte della dottrina e della giurisprudenza a concludere per l'inesigibilità dell'obbligo di consegna di minori. (1)

(1) Santuosso.

Vaccarella, in nota a Pretura Roma 5.8.1981, osserva che il concetto di titolo esecutivo e' radicalmente incompatibile con l'affidamento del minore.

E' questa una convinzione diffusa anche fra gli stessi operatori del diritto come attesta, nel numero sostanzialmente modesto di pronunce su questa materia, la difformita' delle soluzioni adottate dalla giurisprudenza, la decisione negativa in ordine alla competenza di un determinato organo senza contemporaneamente indicare quale giudice o quale procedura si ritenga applicabile, e lo sforzo da ciascuno compiuto per trovare soluzioni alternative all'esecuzione.

Si tratta quindi di esaminare se sia possibile, nel nostro ordinamento, un processo di esecuzione forzata per la realizzazione coattiva dei provvedimenti relativi all'affidamento di minori e, in caso affermativo, in che modo e con quali forme si possa svolgere ritenendo che si debba escludere che il ricorso all'esecuzione specifica o a forme extragiudiziali sia rimesso alla scelta discrezionale dell'interessato.

Si possono schematicamente individuare tre tipi di situazioni:

1-quella consacrata in provvedimenti diretti a regolare interinalmente il problema dell'affidamento, in attesa del provvedimento definitivo che risolve la controversia, provvedimenti cautelari ed urgenti, e fra questi in particolare quelli emessi ex art.708 c.p.c.

In questo caso, pur nel contrasto della dottrina, la Cassazione si e' pronunciata affermando che i provvedimenti urgenti e provvisori siano soggetti ad esecuzione in via breve a mezzo dell'ufficiale giudiziario, con l'ausilio, se del caso, della forza pubblica e senza altre particolari formalita'.

Ha affermato la Corte che con tale forma di esecuzione non sono compatibili i rimedi dell'opposizione previsti negli artt.615 e segg. c.p.c. data l'urgenza e la natura cautelare di tali provvedimenti.

Eventuali contestazioni, difficolta', opposizioni, sarebbero devolute allo stesso organo che ha emanato i provvedimenti.

Ma quale competenza potra' essere riconosciuta al Presidente del Tribunale, quale giudice dell'esecuzione, dopo che questi, emettendo i provvedimenti urgenti e provvisori e rimettendo le parti al Giudice Istruttore si e' gia' spogliato della causa ?

2-Situazione determinata da una sentenza passata in giudicato.

3-Situazione in cui l'affidamento scaturisce da un provvedimento non emesso nelle forme del giudizio ordinario di cognizione e, pur non risolvendosi nell'emanazione di una sentenza, si caratterizza per l'instaurazione di un collegamento tendenzialmente definitivo tra il minore e il titolare del diritto.

Per entrambe queste situazioni il dato comune e' il tendenziale carattere di stabilita' del provvedimento che ne consente il ricorso alla fase esecutiva da attuare, in questi casi, con le forme ed il rispetto delle competenze di cui agli articoli 16, 26, 605 o 612 c.p.c

Infatti le procedure esecutive tipiche, previste dal nostro ordinamento sono, come e' noto, le procedure di esecuzione per obblighi di fare e di non fare e quella per consegna e rilascio.

L'ESECUZIONE PER CONSEGNA O RILASCIO

La procedura di esecuzione in forma specifica ritenuta, anche se da una parte decisamente minoritaria di dottrina e giurisprudenza, applicabile alla consegna coattiva di minori e' l'esecuzione per consegna e rilascio di beni mobili regolata dall'art.605 c.p.c. e seguenti.(2)

E' poi il successivo art.606 c.p.c. a definire il modo della consegna prevedendo che, decorso il termine indicato nel precetto, l'ufficiale giudiziario, munito del titolo esecutivo e del precetto, si rechi sul luogo in cui le cose si trovano e le ricerchi a norma dell'art.513, quindi le consegna alla parte istante o a persona da lei designata.

A favore di questa procedura si era pronunciato, vigente il codice del 1965, Carnelutti e qualche sentenza in cui non si contesta l'applicazione dell'art.605 e seguenti in quanto "non vi e' la concettuale impossibilita' di equiparare i figli minori a cose materiali (naturalmente al limitato scopo della consegna)...pur essendo infatti soggetti e non oggetti di diritti, essi sono sottoposti ad alcune potesta' che ...si presentano con lineamenti simili a quelli del diritto reale". (3)

(2)L'art.605 c.p.c. prevede che "Il precetto per consegna dei beni mobili o rilascio dei beni immobili deve contenere, oltre le indicazioni di cui all'art.489, anche la descrizione sommaria dei beni stessi."

(3) Tribunale Roma 12 ottobre 1951.

E ancora e' stato ritenuto che i minori "al limitato scopo della consegna, possano essere equiparati a cose materiali. (4)

E ancora negando l'applicabilita' della procedura ex art.612 c.p.c. e' stato affermato che "l'attivita' materiale di consegna piu' che integrare gli estremi di un'opera dovrebbe rientrare nell'ambito di applicazione dell'art.605 in quanto, per il resto, si tratta di un obbligo di convincimento del minore, obbligo non coercibile.(5)

Nettamente contraria all'applicazione della procedura ex art.605 e segg. c.p.c e' altra giurisprudenza per la ragione che e' impossibile equiparare i minori a cose oggetto di diritti .(6)

La scarsa adesione riscontrata e' dovuta principalmente al raffronto, ritenuto ripugnante, tra la consegna di un minore e la consegna di un oggetto, "pudore giuridico che non consente di equiparare i minori a cose materiali" (7)

(4) Pretura Roma 24 luglio 1965- nella sentenza si osserva in particolare l'idoneita' della procedura ex art 605 c.p.c. a realizzare gli intenti dell'art.708, per la sua linearita' e per l'esigenza di un rapido realizzo di un provvedimento emesso in situazione di emrgenza.

(5) Pretura Nardo' 18 agosto 1981.

(6) Pretura La Spezia 9 novembre 1956.

(7) Rosario Spina- L'esecuzione dei provvedimenti presidenziali di affidamento della prole nei giudizi di separazione personale tra i coniugi.

In generale, contro l'esecuzione del libro terzo del codice di procedura civile unitariamente considerato, viene opposto che tali procedure sarebbero azionabili solo per situazioni a contenuto patrimoniale (8), e' stato pero' rilevato che tali procedure, certamente scritte pensando a situazioni patrimoniali, usando i termini -obbligo- anziche' -obbligazione-, nonche' -avente diritto- e -obbligato- anziche' -creditore- e -debitore- fornendo cosi' una soluzione nel senso meno restrittivo.(9)

L'ESECUZIONE PER OBBLIGHI DI FARE E DI NON FARE

Negata validita' alla tesi che giudicava applicabile, ai provvedimenti relativi ai minori, la procedura di esecuzione per consegna o rilascio si e' poi sostenuta l'applicabilita' delle norme sull'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare.

La procedura e' regolata dall'art.612 c.p.c.

A favore dell'applicabilita' di questa procedura per la consegna coattiva di minori viene indicata la sua maggiore duttilita', la possibilita' di una determinazione giudiziale delle sue modalita', ivi compresa la possibilita' di avvalersi di ausiliari ritenuti particolarmente qualificati quali polizia femminile, assistenti sociali, psicologi.

Si e' cioe' affermato che il minore non puo' essere considerato alla stregua di un oggetto e focalizzando l'attenzione sul comportamento dell'obbligato si e' considerato che anche il consegnare e' un fare e che l'art.2931 c.c. si riferisce in generale a tutti i fare.

Dalla legittimita' costituzionale dell'art.612 c.p.c se ne e' occupata la Corte Costituzionale in relazione all'opposizione del minore oggetto/soggetto dell'obbligo di fare.(10)

(8) Castoro, Denti, Giogianni, Tribunale Vicenza 27 luglio 1953.

(9) Fornaciari.

(10) Corte Costituzionale n.68 del 2 marzo 1987-

La questione di legittimita' costituzionale della norma era stata posta da ordinanza Pretore di Fondo del 13 ottobre 1981, relativamente alla parte in cui l'art.612 c.p.c non esclude la propria applicabilita' a provvedimenti adottati in tema di affidamento dei minori in caso di precisa e cosciente opposizione del minore.

E' stata ritenuta l'applicabilita' ex art.612 c.p.c. come quella piu' logica ed opportuna " sia perche' prevede come oggetto dell'esecuzione il -fare- di colui che deve eseguire la consegna, sia perche' e' circondata da una serie di cautele, quali la convocazione, fatta dal Pretore della parte obbligata, e la designazione dell'ufficiale giudiziario che deve procedere all'esecuzione, particolarita' queste che, in circostanze delicate e talvolta anche drammatiche, per l'intensita' dei sentimenti e degli interessi morali in contrasto, rendono l'esecuzione meglio attuabile".(11)

La stessa Cassazione (12) si e' pronunciata a favore dell'applicazione di questa procedura gia' nel 1979, orientamento confermato con la sentenza n.5374/80 con cui la Corte ha ritenuto che competente per l'esecuzione sia il Pretore del luogo in cui abita il minore, pretore in funzione di giudice dell'esecuzione e non di giudice tutelare, osservando che , nell'esecuzione giurisdizionale, l'opzione resta circoscritta alla scelta fra le modalita' alternative che risultino piu' adeguate al caso concreto, senza alcuna possibilita' di scelta fra mandare o non mandare ad esecuzione il provvedimento stesso.

L'ESECUZIONE A MEZZO DEL GIUDICE TUTELARE

Per altri la competenza dell'esecuzione dei provvedimenti concernenti i minori deve essere del Giudice Tutelare, ritenuto (13) il solo in grado di valutare l'esigenza primaria di conseguire il miglior risultato per il minore stabilendo le modalita' piu' opportune di esecuzione e decidendo addirittura se procedere o meno all'esecuzione stessa.

(11) Tribunale Milano 30 giugno 1958
Pretura La Spezia 9 novembre 1956
Pretura Sampierdarena 21 luglio 1966

(12) Cassazione 15 gennaio 1979 n.292

(13) Bessone, Franchi, Finocchiaro,
Cassazione 15 gennaio 1979 n.292.

Ritenuta esistente in materia di consegna dei minori, un interesse pubblico, vengono richiamati gli artt.318, 337 e 344, 2' comma, c.c.

L'art.318 , relativo all'abbandono della casa dei genitori da parte del minore, troverebbe applicazione anche nell'ipotesi di mancata consegna del minore da parte di un terzo.

Il ricorso al Giudice Tutelare e ai suoi poteri esecutivi sarebbe inoltre da ricollegare ai suoi poteri di vigilanza sull'osservanza delle condizioni che il Tribunale abbia stabilito per l'esercizio della potesta' nonche' sulla flessibilita' degli strumenti a disposizione del giudice tutelare.

VIOLAZIONE DELL'ART.388 C.P. ED ESECUZIONE A MEZZO DELLA POLIZIA GIUDIZIARIA

Poiche' la mancata consegna del minore, espressamente prevista in un provvedimento giudiziale, costituisce violazione di norma penale, vi e' chi sostiene la coercibilita' dell'obbligo con mezzi di polizia giudiziaria.

Si argomenta, a favore di tale soluzione, che rientra nei compiti della polizia giudiziaria la prevenzione e la repressione del reato previsto dall'art.388, 2' comma, c.p. e il potere/dovere di impedire che il reato venga portato ad ulteriori conseguenze.

Concretamente esaminata, tuttavia, l'azione della polizia giudiziaria dovra' limitarsi a diffidare il genitore inadempiente ad osservare l'obbligo sullo stesso gravante.

In ogni caso anche il giudice penale, chiamato a decidere sulla perseguibilita' del comportamento posto in essere in violazione dell'art.388 c.p. dovra' valutare tutte le cause giustificatrici della condotta posta in essere.

LA MODIFICA DELLE CONDIZIONI DELLA SEPARAZIONE O DEL DIVORZIO

Altro strumento spesso utilizzato anche in passato per sbloccare situazioni di sostanziale inadempimento delle condizioni di affidamento e/o di visita e di pernottamento del minore presso l'altro genitore e' il ricorso al Tribunale in camera di consiglio per la modifica della condizioni della separazione o del divorzio.

In sostanza si cerca, con la richiesta di fissazione di condizioni precise di visita o di

pernottamento o facendo presente la volontà del minore, di modificare, rendendole accettabili e adeguate alla nuova realtà, le modalità di visita.

La legge 6 marzo 1987 n.74 ha introdotto all'art.6 il comma n.5 che recita testualmente: "Qualora il genitore affidatario non si attenga alle condizioni dettate, il tribunale valuterà detto comportamento ai fini del cambio di affido".

La disposizione, dal tenore sibillino, non pare allo stato avere trovato alcuna applicazione pratica, dovendosi escludere che l'inadempimento alle condizioni fissate dal Tribunale comporti automaticamente il cambio di affido.

La valutazione dovrà, come sempre, essere complessiva- e l'affidamento determinato - nell'esclusivo interesse del minore-, il che riduce la norma ad una mera dichiarazione di principio che nulla aggiunge ai poteri di valutazione che il tribunale aveva anche prima della novella del 1987.

L'attribuzione, fatta in questa sede, della competenza sull'esecuzione dei provvedimenti al giudice del merito, sarebbe giustificata dal fatto che questi, conoscendo l'intera situazione familiare, può in effetti valutare appieno quali siano le modalità più opportune di attuazione.

La scelta del legislatore, che pure non risolve il problema per quanto riguarda l'esecuzione dei provvedimenti in cause già definite, comporta il rischio che il procedimento di attuazione si trasformi, sul piano della prassi, in un riesame dei provvedimenti stessi.

LE RESISTENZE DEL MINORE

Ci si chiede fino a che punto possa spingersi il potere coercitivo della norma in materia di minori prescindendo dalla presenza di clausole che contemplino l'obbligo per i genitori di tener conto della volontà dei minori e dei loro impegni.

Quanto la volontà del minore possa bloccare ogni procedura esecutiva e, in caso positivo, a quale età possa essere ritenuta validamente espressa. E' stato così ritenuto che "a meno che non risulti espressamente nel provvedimento da eseguire che è stato riconosciuto come corrispondente all'interesse del minore l'uso della coazione fisica nei suoi confronti un tale uso è inibito e nel caso di opposizione del minore, l'esecuzione ex art.612 c.p.c. deve essere sospesa e gli atti rimessi al giudice della cognizione" (Pretura Parma 3 aprile

1984) anche se , piu' correttamente l'esecuzione dovrebbe, in tal caso dichiararsi improcedibile.

La volonta' del minore e' stata ritenuta a tal punto rilevante da sostenere l'inesiguita' dell'obbligo di consegna di minori ed il contrasto con gli articoli 2 e 30 Costituzione nel ricorso alla forza per vincere le resistenze del minore. (Pretura Nardo' 18 agosto 1981)

In relazione alle resistenze del minore anche l'ordinanza di remissione alla Corte Costituzionale (Pretore di Fondo 13 ottobre 1981) per contrasto dell'art.612 c.p.c. con gli articoli 2 e 14 della Costituzione in quanto in caso di opposizione del minore che abbia compiuto 9/10 anni, un'eta' che comporta una certa consapevolezza e maturita', costringere il minore a convivere con il genitore con cui non vuole vivere equivarrebbe ad imporre coattivamente la coabitazione e la vita coniugale a due coniugi che hanno deciso di separarsi. Non mancano tuttavia pronunce di segno contrario che negano rilevanza alla volonta' del minore.

Nell'assenza di una disciplina specifica e nel contrasto giurisprudenziale e dottrinario, si e' instaurata una prassi che si puo' cosi' riassumere: ricorso all'esecuzione in via breve cioe' esecuzione dell'ufficiale giudiziario munito del titolo, anche con l'aiuto delle forze pubbliche, per i soli provvedimenti cautelari ed urgenti, senza possibilita' di ricorso all'opposizione; ricorso all'esecuzione coattiva ex art.612 c.p.c. seguendo il rito previsto di notifica del precetto e del titolo esecutivo, ricorso al pretore quale giudice dell'esecuzione per determinare le modalita', rispetto del termine prima di iniziare l'esecuzione, possibilita' di opposizione a precetto, con conseguente causa di cognizione davanti al tribunale ordinario, e di opposizione all'esecuzione davanti al Pretore quale giudice dell'esecuzione, con i normali tempi di trattazione che cio' comporta: tempi abitualmente lunghi che, nel caso di specie sono assolutamente insostenibili. Giudice dell'esecuzione e', a seconda dei casi, il Presidente del Tribunale, il Giudice Istruttore, il Tribunale per i minori che spesso delega e si avvale dei servizi sociali, il giudice tutelare che nella sua funzione di vigilare sull'esatto adempimento dei provvedimenti riguardanti i minori, viene spesso chiamato anche a determinare le modalita' di applicazione nonche' il Pretore in funzione di

giudice dell'esecuzione negli altri casi.

E' evidente la frammentazione delle competenze, la disparita' di trattamento riservata ai minori e alle parti a seconda della fase di giudizio e dell'autorita' adita, problemi tutti che evidenziano quanto la materia sia stata trascurata e la necessita' di una disciplina organica.

L'istituzione in ogni Tribunale di una sezione specializzata nel diritto di famiglia, con competenze specifiche su tutte le questioni di diritto sostanziale e processuale in materia, potrebbe dare organicita' alla materia, certezza del diritto, sveltimento delle procedure e miglior funzionamento della giustizia.

ESECUZIONE DEI PROVVEDIMENTI
GIURISDIZIONALI ED AMMINISTRATIVI
ALL'ESTERO

Avv. Liliana PONSERO

Il problema delle unioni miste e le questioni che derivano dal loro fallimento diventa ogni giorno più importante e più attuale.

Le relazioni tra i popoli si sono rapidamente intensificate, le grandi migrazioni hanno portato a contatto etnie lontane e diverse per mentalità e cultura.

L'Italia che fino a pochi decenni or sono era terra di emigrazione, è diventata di recente terra di immigrazione soprattutto dai Paesi extracomunitari e un sempre maggior numero di italiani si è unito con cittadini stranieri.

Alcuni dati sono significativi:

Nel Comune di Milano i matrimoni tra italiani e stranieri sono stati nel 1991, 850 - e nel 1992, 879.

A Torino i matrimoni misti sono stati nel 1990, 179 - nel 1991, 253 e nel primo semestre del 1992, 154.

Il numero dei figli di coppie miste nel Comune di Bologna è stato di 95 nel 1989, di 121 nel 1990, di 121 nel 1991, di 146 nel 1992.

Seri problemi sorgono quando l'unione fallisce e diventa più reale il rischio di sottrazione del minore nato dalla coppia da parte del genitore che intende rientrare nel paese di origine.

Il dramma del kidnapping assume una particolare importanza per la donna.

Innanzitutto perchè in genere i rapporti affettivi con la madre sono più stretti e il genitore affidatario nella

separazione, nel divorzio e nella famiglia di fatto è quasi sempre la donna, inoltre perchè gli immigrati soprattutto dai paesi extracomunitari sono in gran parte uomini che per la loro cultura si ritengono in diritto di avere comunque l'affidamento del figlio e di ricondurlo al paese di origine.

In questi casi sorgono contenziosi sollevati dal genitore affidatario per la riconsegna del figlio.

Il problema giuridico più importante nella fattispecie è quello della legge applicabile.

L'art.20 delle disposizioni della legge in generale stabiliva che i rapporti tra genitori e figli fossero regolati dalla legge nazionale del padre.

Erano regolati dalla legge nazionale della madre nel caso in cui soltanto questa era accertata o soltanto questa aveva legittimato il figlio.

La Corte Costituzionale con sentenza 10/12/1987 n.477, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma "nella parte in cui con riferimento all'ipotesi che siano noti entrambi i genitori e manchi una legge nazionale ad essi comune, sancisce la prevalenza della legge nazionale del padre.

Dopo l'abrogazione si pone il problema di una nuova soluzione.

La parte prevalente della dottrina propende per la Lex fori: criterio alternativo potrebbe anche essere la

legge del luogo di residenza del minore, ma si precisa che non si dovrebbe considerare luogo di residenza quello in cui il figlio è stato trasferito e trattenuto illegalmente.

Per meglio comprendere il tema che stiamo trattando, esponiamo il noto caso dei coniugi di Rovereto: marito italiano residente in Italia, moglie tedesca con cittadinanza anche italiana rientrata in Germania, caso ampiamente discusso dalle magistrature dei due Paesi.

Nel 1981 la moglie presentò ricorso per cessazione degli effetti civili di matrimonio davanti al Tribunale di Rovereto.

Con ordinanza 8/3/1982 il tribunale affidò il figlio minore alla madre a condizione che lo tenesse sul territorio italiano.

Il minore trascorse le vacanze in Italia e non fu permesso alla madre di portarlo in Germania dalla nonna materna, ma più tardi nelle more del procedimento la madre lo sottrasse al padre e lo condusse con sé nel paese d'origine.

Il padre ottenne l'affidamento del figlio con ordinanza 8/10/1982 del Tribunale di Rovereto che dispose che la madre lo riconsegnasse al padre.

In Germania si instaurarono due azioni: una della madre che chiese il divorzio e l'affidamento del figlio e una del padre che esigeva l'esecuzione del provvedimento italiano nel luogo di residenza del minore.

L'Amtsgericht (Pretura con funzioni di Tribunale del-

la famiglia) di Duisburg accolse la domanda dichiarando ammissibile l'esecuzione dell'ordinanza del Tribunale di Rovereto in Germania.

Di parere contrario l'Oberlandsgericht (Corte d'Appello) di Düsseldorf che sostenne che l'ordinanza era un provvedimento non definitivo, che non era stato garantito il contraddittorio e che era contro l'ordine pubblico tedesco.

Il padre ricorse alla Corte Federale di Karlsruhe che stabilì che la decisione doveva essere riconosciuta ed eseguita in Germania. Non potendo determinare le modalità, rimise la causa all'Oberlandsgericht per l'esecuzione a condizione che non fosse di pregiudizio al minore.

Per quanto riguarda l'azione della madre, l'Amtsgerichts respinse l'istanza di affidamento, sostenendo che il minore non era residente in Germania per cui il Giudice tedesco non era giurisdizionalmente competente.

Ma lo stesso Amtsgericht (Pretura Tribunale di Famiglia) dopo due mesi rovesciò la decisione sostenendo che non era interesse del minore tornare in Italia, perchè si era integrato nel nuovo ambiente.

L'Oberlandsgericht (Corte d'Appello) confermò la decisione. La madre fu condannata alle spese giudiziali, ma il minore rimase in Germania.

Questo caso dimostra che anche in seno alla CEE, è arduo far valere i diritti del genitore a cui è stato sottratto il figlio.

Nel rapimento di un minore sorgono problemi in due Stati, nello Stato in cui il minore è stato sottratto, e in quello in cui è stato trasferito.

I problemi più rilevanti sorgono proprio nel secondo. Si prospettano varie questioni che riguardano la competenza giurisdizionale, la legge applicabile e il riconoscimento delle sentenze e delle decisioni straniere che ordinano la restituzione del minore.

Generalmente "il rapitore" presenta istanza per ottenere l'affidamento e legittimare la sua posizione giuridica nel nuovo Stato.

Trascorso un certo periodo di tempo nelle more dei vari procedimenti si discute se è interesse del minore essere nuovamente trasferito mentre si è integrato nel nuovo ambiente.

Altra questione di cui abbiamo già fatto cenno è quella della residenza abituale del minore. Non dovrebbe essere considerata tale il luogo dove è stato portato dopo il rapimento. La sottrazione è un fatto antigiuridico, una violazione di legge e non dovrebbe determinare una residenza abituale.

Controversi sono anche i casi di doppia cittadinanza.

Non sono quindi sufficienti a tutelare il minore e il genitore affidatario né le leggi interne, né il diritto internazionale privato, ma occorre prendere in esame le più importanti convenzioni multilaterali.

E' da rilevare che in questi ultimi decenni sono state

cercate soluzioni giuridiche sempre più efficaci a tutelare gli interessi del minore.

Organismi internazionali politici e tecnici si sono fatti promotori di soluzioni pattizie che potessero far fronte alla gravità del problema.

Le Nazioni Unite hanno cercato di coinvolgere gli Stati con la Convenzione sui diritti del fanciullo stipulata a New York il 20 novembre 1989 che ha fissato importanti principi pur senza offrire misure concrete.

Purtroppo questa sola Convenzione è stata ratificata dall'Italia.

Passiamo ora ad esaminare le Convenzioni.

Non ci soffermiamo sulla Convenzione internazionale dell'Aja 12/6/1902 sulla tutela dei minori troppo lontana nel tempo e superata dalla Convenzione dell'Aja 5/10/1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori.

La vetustà della vecchia Convenzione ormai inadeguata emerse nel caso di Maria Elisabetta Boll, nata da padre svedese e madre olandese poi deceduta.

Quando si giunse all'ultima decisione della Corte Internazionale di Giustizia, la minore aveva ormai raggiunto la maggiore età.

La Convenzione 5/10/1961 stabilisce che le autorità giudiziarie ed amministrative dello Stato di residenza del minore sono competenti salvi gli art. 3, 4, 5 terzo

capoverso ad adottare misure di protezione del minore previste dalla legislazione interna.

La Convenzione prevede l'istituzione, la modifica e la cessazione delle misure di protezione.

Il principio di residenza abituale subisce delle deroghe basate sul principio della cittadinanza.

L'art.3 stabilisce che un rapporto di autorità risultante di pieno diritto dalla legislazione interna dello Stato di cui il minore è cittadino, è riconosciuto in tutti gli Stati contraenti.

Se le autorità dello Stato di cui il minore è cittadino giudicano che l'interesse del minore lo esige, esse possono dopo aver informato lo Stato di residenza abituale adottare misure di protezione del minore e dei suoi beni in base alla legislazione interna:

In caso di trasferimento del minore da uno Stato all'altro, le misure adottate dallo Stato di precedente abituale residenza rimarranno in vigore finchè le autorità della nuova abituale residenza non le avranno abolite o sostituite.

In caso di trasferimento dallo Stato in cui il minore è cittadino, le misure di protezione rimarranno in vigore nello Stato di nuova abituale residenza.

L'art.8 prevede che nonostante le disposizioni precedenti le autorità dello Stato di residenza abituale del minore possano adottare misure di protezione, fintanto che il minore è minacciato da un pericolo serio alla sua persona o

ai suoi beni.

L'art.9 configura il caso di urgenza per cui ciascuno Stato contraente in cui si trova il minore può adottare misure di protezione.

La Convenzione è stata sottoscritta da Austria, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svizzera e Turchia ed è entrata in vigore il 4/2/1969 dopo il terzo deposito della ratifica.

L'Italia ha approvato la legge di autorizzazione 24/10/1980 n. 746 ma alla data odierna non ha provveduto al deposito della ratifica.

Si giustificava il non avvenuto deposito con la mancanza di norme interne di Attuazione.

Il disegno di legge n. 1207 che stabilisce, fra l'altro dette norme, è stato approvato dalla Camera dei Deputati il 27/4/1993 e dal Senato nel mese di dicembre.

Auspichiamo che segua rapidamente il deposito della ratifica.

Gli altri Stati tranne la ex Jugoslavia hanno ratificato la Convenzione.

E' evidente che si tratta di uno strumento inadeguato a risolvere i casi di kidnapping.

E' importante che si sia stabilito il criterio della competenza giurisdizionale, ma il problema già accennato della residenza abituale dopo un certo periodo di tempo a seguito di un provvedimento di affidamento, il conflitto tra il concetto di residenza abituale e cittadinanza,

l'eventuale doppia cittadinanza, la lacunosità della Convenzione in materia di provvedimenti stranieri fanno sì che questa non possa essere validamente utilizzata per la restituzione del minore.

Ciascuno Stato per una forma di nazionalismo duro a morire, può tra le maglie di queste disposizioni trovare appigli per favorire il "rapitore" connazionale e trattenere il minore.

La Convenzione stipulata all'Aja il 28/5/1970 sul rimpatrio del minore tra gli Stati membri di Europa, definisce i concetti di:

minore persona che non abbia raggiunto la maggiore età in base alla legge applicabile secondo le norme del diritto internazionale privato dello Stato richiedente e che in base a detta legge non abbia la capacità di fissare la propria residenza.

Potestà parentale il diritto di fissare la residenza del minore da parte di persona fisica o giuridica secondo la legge o una decisione giudiziaria o amministrativa.

Rimpatrio il trasferimento da uno Stato ad un altro Stato contraente sia o meno quest'ultimo lo Stato di cui il minore è cittadino.

Il rimpatrio non può essere chiesto per le seguenti ragioni:

- a) la presenza del minore nello Stato richiesto è contraria alla volontà della persona o delle persone che esercitano la potestà parentale.
- b) la presenza del minore nello Stato richiesto è incompatibile con un misura di protezione o di rieducazione adottata nello Stato richiedente
- c) la presenza del minore nello Stato richiedente è necessaria per adottare nei suoi confronti misure protettive e rieducative.

La Convenzione si applica anche per il rimpatrio dei minori che si trovano in uno Stato contraente quando lo Stato reputi la presenza contraria ai propri interessi e agli interessi dei minori.

Ogni Stato nomina un'autorità centrale.

La domanda deve essere presentata all'autorità centrale dello Stato verso il quale è richiesto il rimpatrio.

Valutata la domanda, lo Stato richiedente la trasmette all'autorità centrale dello Stato richiesto.

Il minore deve essere sentito, se le sue facoltà di giudizio lo consentono.

La richiesta può essere respinta (art. 7):

- a) se il minore ha la capacità di fissare la residenza in base alla legge applicabile secondo le norme di diritto internazionale privato o dalla legislazione interno dello Stato richiesto
- b) se la richiesta è basata sull'art. 2 n. 1 (volontà

contraria delle persone che esercitano la potestà parentale) e intende sottoporre il minore a persone che non esercitano la potestà parentale i, base alla legge applicabile secondo le norme di diritto internazionale privato e alla legge interna dello Stato richiesto

- c) se lo Stato richiesto ritenga che lo Stato richiedente non sia competente ad adottare le misure di protezione o di rieducazione
- d) se lo Stato richiesto ritiene che il rimpatrio sia contrario al proprio ordine pubblico
- e) se il minore è cittadino dello Stato richiesto
- f) se il minore è cittadino di uno Stato non contraente per cui il rimpatrio sia incompatibile con i rapporti tra i due Stati

Inoltre lo Stato richiesto può respingere l'istanza:

- aa) se la persona o le persone che esercitano la potestà parentale o hanno il minore in custodia si trovano nello Stato richiesto e si oppongono
- bb) se il rimpatrio è ritenuto contrario agli interessi del minore o se questi abbia vincoli sociali o familiari nello Stato richiesto e quando il rimpatrio sia incompatibile con una misura di protezione adottata nello Stato richiesto.

Lo Stato richiesto può rinviare la propria decisione:

- a) se la potestà parentale è contestata

b) se intende perseguire il minore per un reato con misure restrittive di libertà

Parti contraenti della Convenzione sono gli Stati membri del Consiglio di Europa, l'Austria e la Turchia.

La Convenzione che era inadeguata per l'ampia discrezionalità dello Stato richiesto nel respingere l'istanza non è mai entrata in vigore perchè è stata ratificata dalla solo Turhcia.

La legge 30/6/1975 N. 396 aveva autorizzato il deposito della ratifica che in mancanza di norme di attuazione non era stato effettuato.

Il disegno di legge 1207 già citato approvato dalla Camera il 27/4/1993 e dal Senato nel dicembre 1993 contiene le norme di attuazione.

CONVENZIONE DEL LUSSEMBURGO 30/5/1980 SUL RICONOSCIMENTO E L'ESECUZIONE DELLE DECISIONI IN MATERIA DI AFFIDAMENTO DEI MINORI E DI RISTABILIMENTO DELL'AFFIDAMENTO.

L'art. 1 definisce i concetti di:

minore colui che non abbia raggiunto l'età di 16 anni e che non abbia diritto a fissare la residenza secondo la legge della residenza abituale e della cittadinanza o la legge interna dello Stato richiesto.

provvedimento relativo all'affidamento: ogni provvedimento di un'autorità che disponga della cura

della persona del minore compreso il diritto di fissare la residenza

spostamento indebito trasferimento attraverso una frontiera internazionale in violazione di una decisione di affidamento emessa in uno Stato contraente e in tale Stato esecutiva e parimenti

a) mancato ritorno attraverso una frontiera internazionale al termine di un periodo di visita o di un soggiorno temporaneo in territorio diverso da quello in cui è esercitato l'affidamento

b) spostamento dichiarato illecito a seguito di un provvedimento successivo

Ciascun Stato designa una autorità centrale.

Le autorità centrali si obbligano a trasmettersi le domande di informazione riguardanti questioni di diritto o di fatto relativi a procedimenti in corso, si comunicano informazioni concernenti la loro legislazione in materia di affidamento dei minori e sulle difficoltà derivanti dall'applicazione della Convenzione.

Chiunque voglia ottenere il riconoscimento o l'esecuzione di un provvedimento di affidamento di un minore trasmette la domanda corredata dai documenti giustificativi all'autorità centrale di uno Stato contraente che a sua volta la trasmette all'autorità centrale dello Stato richiesto.

L'autorità centrale dello Stato richiesto deve:

- a) rintracciare il luogo dove si trova il minore ed evitare che siano lesi i suoi interessi adottando le opportune misure
- b) assicurare il riconoscimento e l'esecuzione del provvedimento
- c) assicurare la consegna del minore se l'esecuzione è accordata
- d) informare l'autorità centrale richiedente delle misure adottate

L'art. 8 stabilisce che in caso di trasferimento illegittimo lo Stato richiesto procederà alla restituzione del minore:

- a) quando all'atto dell'introduzione dell'istanza nello Stato in cui il provvedimento è stato pronunciato o alla data del trasferimento illegittimo se questa è precedente, il minore e i genitori avevano solo la cittadinanza di questo Stato e il minore aveva la residenza abituale in tale Stato e
- b) se la domanda ad un'autorità centrale è stata proposta entro sei mesi dal trasferimento illegittimo.

Lo stesso avviene se al termine di una visita in base ad un accordo il minore non viene restituito.

Se in conformità alla legge dello Stato richiesto, per

soddisfare le disposizioni precedenti è necessario l'intervento dell'Autorità Giudiziaria, nessuno dei motivi di rifiuto previsti dalla Convenzione si applicherà al procedimento giudiziario.

Nei casi diversi dall'art. 8 e se si è fatto ricorso ad un'autorità centrale entro sei mesi, il riconoscimento e l'esecuzione non possono essere rifiutati se non quando:

a) si tratta di un provvedimento pronunciato in assenza del convenuto e l'atto introduttivo non è stato notificato o comunicato al convenuto in forma regolare e in tempo utile.

La mancata notifica o comunicazione non è motivo di rifiuto quando il convenuto ha tenuto nascosto il luogo in cui si trova alla persona che ha iniziato il procedimento

b) si tratta di un provvedimento pronunciato in assenza del convenuto e la competenza dell'autorità che l'ha pronunciato non si basa

aa) sulla residenza del convenuto

bb) sull'ultima residenza abituale dei genitori purchè uno di essi vi risieda ancora

cc) sulla residenza abituale del minore

c) il provvedimento è incompatibile con un provvedimento esecutivo dello Stato richiesto prima del trasferimento del minore a meno che il minore non abbia avuto la residenza abituale nello Stato

richiedente nell'anno precedente al trasferimento.

In nessun caso il provvedimento può essere oggetto di riesame nel merito.

Al di fuori dei casi previsti dagli art. 8 e 9 il riconoscimento o l'esecuzione possono essere rifiutati a sensi dell'art. 10:

- a) se gli effetti del provvedimento sono incompatibili con i principi fondamentali sulla famiglia e sui minori dello Stato richiesto
- b) se a seguito del mutamento delle circostanze il provvedimento non corrisponde più all'interesse del minore
- c) se al momento dell'introduzione dell'istanza nello Stato di origine
 - aa) il minore aveva la cittadinanza e la residenza abituale nello Stato richiesto, mentre con lo Stato di origine non aveva rapporti di collegamento
 - bb) il minore aveva contemporaneamente la cittadinanza dello Stato di origine e quella dello Stato richiesto e la residenza abituale nello Stato richiesto
- d) se il provvedimento è incompatibile con un provvedimento emesso nello Stato richiesto o in uno Stato terzo a seguito di un procedimento intrappreso prima della proposizione della domanda.

Il procedimento di riconoscimento o di esecuzione può essere sospeso:

- a) se il provvedimento originario è oggetto di ricorso ordinario
- b) se nello Stato richiesto è in corso un procedimento di affidamento iniziato prima del procedimento nello Stato di origine
- c) se un altro provvedimento di affidamento è oggetto di riconoscimento o di esecuzione nello Stato richiesto.

Analoghe disposizioni si applicano al diritto di visita.

Parti contraenti della Convenzione gli Stati della CEE, Austria, Cipro, Lichtenstein, Svizzera, Norvegia e Svezia.

La Convenzione è entrata in vigore il 1/9/1983 dopo il deposito del terzo strumento di ratifica.

In data 4/5/1993 non avevano depositato la ratifica l'Italia e il Lichtenstein.

La legge di autorizzazione alla ratifica è stata approvata dalla Camera dei Deputati in data 27/4/1993 e dal Senato nel Dicembre 1993.

Questa Convenzione è indubbiamente più adeguata ad ottenere la restituzione del minore, ma anche nel caso regolamentato più rigidamente di cui all'art. 8 possono sorgere contestazioni quando vi sia la doppia cittadinanza del minore o di uno dei genitori.

Al di fuori dell'art. 8 si presta ad interpretazioni discordanti e può FAVORIRE lo stato richiesto che vuol trattenere il minore.

CONVENZIONE DELL'AJA 25/10/1980 SUGLI ASPETTI CIVILI
DELLA SOTTRAZIONE DEI MINORI.

* * * *

La Convenzione ha per scopo di assicurare il ritorno immediato del minore e di far rispettare i diritto di affidamento e di visita.

Il trasferimento è illecito quando avviene in violazione di un affidamento secondo la legge dello Stato in cui il minore aveva la residenza abituale prima del trasferimento illegittimo, se l'affidamento era effettivamente esercitato, o lo sarebbe stato se il trasferimento non fosse avvenuto.

L'affidamento può derivare dalla legge o da una decisione giudiziaria o amministrativa o da un accordo secondo le leggi dello Stato.

La Convenzione si applica ai minori che non hanno compiuto sedici anni e che avevano la residenza abituale in uno Stato contraente.

L'affidamento comprende la cura della persona del minore e in particolare la potestà di fissare la sua residenza.

Ciascun Stato designa un'autorità centrale e le autorità centrali devono cooperare per individuare il luogo dove si trova il minore, prevenire i pericoli, favorire la restituzione ed eventualmente scambiarsi

informazioni sulla situazione del minore.

Le autorità centrali devono fornire informazioni per l'applicazione della Convenzione e favorire l'apertura di una procedura giudiziaria.

Devono inoltre fornire assistenza giudiziaria e tenersi informati sul funzionamento della Convenzione. Il ricorrente per ottenere la restituzione del minore deve presentare domanda all'autorità centrale dello Stato richiedente o dello Stato richiesto.

La domanda deve indicare tutti i dati del minore ed essere corredata dai documenti che comprovino l'affidamento.

Le autorità dello Stato in cui si trova il minore devono prendere tutte le disposizioni e le misure per la restituzione.

Se l'autorità investita non ha provveduto entro sei settimane da quanto è stata interessata, deve rendere conto dei motivi del ritardo.

Se la domanda è presentata entro un anno dalla sottrazione l'autorità investita deve ordinare il ritorno immediato.

Se la domanda viene presentata oltre l'anno, lo Stato richiesto ordina la restituzione, a meno che il minore si sia integrato nel nuovo ambiente. Nonostante queste disposizioni, lo Stato richiesto non è obbligato a ordinare la restituzione quando la persona o l'ente che si oppone, stabilisce:

a) che la persona o l'ente che aveva l'affidamento non lo esercitava effettivamente all'epoca del trasferimento o del non ritorno o aveva acconsentito o posteriormente ha dato acquiescenza al trasferimento o al non ritorno

b) che il minore sarebbe esposto ad un grave pericolo

Può altresì rifiutare la restituzione se il minore che ha discernimento si oppone al ritorno.

Il solo fatto che lo Stato richiesto abbia emanato o stia per emanare un provvedimento sull'affidamento del minore non può costituire motivo di rifiuto alla restituzione.

Parti contraenti sono oltre agli Stati della CEE, Argentina, Australia, Austria, Canada, Israele, Jugoslavia, Messico, Norvegia, Polonia, Stati Uniti, Svezia, Svizzera.

Hanno dato l'adesione Ungheria, Belize, Burkina, Faso, Ecuador, Nuova Zelanda.

La Convenzione è entrata in vigore a seguito del deposito del terzo strumento di ratifica il 1/12/1983 e alla data del 15 novembre 1992 non avevano provveduto alla ratifica Belgio, Grecia e Italia.

La legge di autorizzazione è stata approvata dalla Camera dei Deputati il 27/4/1993 e dal Senato nel dicembre 1993.

Auspichiamo che venga depositato in tempi brevi lo strumento di ratifica.

Lo Stato Italiano ha designato per questa e per le altre precedenti Convenzioni come autorità centrale, il Ministero di Grazia e Giustizia Ufficio Giustizia Minorile con l'assistenza dell'Avvocatura dello Stato. L'ultima Convenzione è certamente la più efficace ed adeguata anche per la vastità delle adesioni a combattere in sede europea ed extraeuropea il fenomeno del kidnapping internazionale e a favorire la restituzione del minore.

La presentazione della domanda entro un anno, non lascia praticamente spazio alla contestazione.

Faremo ancora cenno alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo stipulata il 20/11/1989 e ratificata dall'Italia a sensi della legge di autorizzazione 27/5/1991 n.176 convenzione che enuncia principi fondamentali.

Si intende per fanciullo il minore degli anni 18, salvo che abbia raggiunto la maggiore età prima a sensi della legge applicabile.

L'art.9 stabilisce che gli Stati vigilino affinché il fanciullo non sia separato dai genitori a meno che le autorità decidano che la separazione è necessaria nell'interesse preminente del minore, come in alcuni casi particolari di maltrattamenti o di trascuratezza.

Il fanciullo separato da entrambi i genitori o da

uno di essi ha diritto di mantenere rapporti e contatti con entrambi i genitori.

Ogni domanda presentata da un fanciullo o dai suoi genitori per entrare in uno Stato o per lasciarlo ai fini di un ricongiungimento familiare, sarà considerata con spirito positivo.

Gli Stati devono adottare provvedimenti per impedire gli spostamenti e i non ritorni illeciti di fanciulli all'estero e a tale fine devono favorire accordi bilaterali e multilaterali e adesioni ad accordi esistenti.

Gli Stati inoltre devono garantire al minore che abbia discernimento di esprimere la sua opinione e di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria e amministrativa che lo concerne.

La Convenzione delle Nazioni Unite non prevede misure concrete di attuazione pratica, ma enuncia principi fondamentali e dà direttive agli Stati costituendo un punto di riferimento nella giurisprudenza.

Come abbiamo rilevato l'Italia ha approvato con enorme ritardo solo nel dicembre 1993, le norme di attuazione delle prime due Convenzioni e l'autorizzazione alla ratifica delle ultime due Convenzioni del 1980.

E' opportuno ricordare che per quanto riguarda il diritto internazionale, l'art.10 , 1 c. della Costituzione stabilisce che l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute.

Per quanto riguarda invece il diritto internazionale pattizio, il legislatore ordinario deve emanare norme di diritto interno per introdurre nell'ordinamento italiano le disposizioni delle Convenzioni

Nella prassi legislativa, l'immissione delle norme pattizie nel diritto interno, avviene con un ordine di esecuzione che dispone che la Convenzione sia eseguita in Italia.

Per il combinato disposto degli art.80 e 72 della Costituzione, la ratifica dei trattati internazionali, che sono di natura politica, prevedono arbitrati e regolamenti giudiziari, variazioni di territorio, oneri alle finanze o modificazioni di leggi devono essere autorizzati dalle Camere con procedura normale e quindi dalle Camere in aula e non in commissione in sede deliberante.

Dopo l'emanazione della legge a sensi dell'art.87 della Costituzione, il Presidente della Repubblica è autorizzato a depositare lo strumento di ratifica, renden

do operante la Convenzione nel territorio italiano.

L'aumento delle coppie miste e dei flussi migratori, mette in evidenza alcune questioni giuridiche che non riguardano solo il matrimonio, come ha dimostrato di recente la commovente vicenda di SELIM, figlio di un tunisino espulso.

Infatti nella società moderna, si formano convivenze e famiglie di fatto che pongono problemi anche in rapporto alla legge sull'immigrazione e al soggiorno del partner extracomunitario.

Gli stranieri che si sposano e risiedono in Italia possono adire i Tribunali Italiani; così pure gli stranieri che si sono sposati all'estero e risiedono in Italia, se il matrimonio è trascritto nei Registri dello Stato civile italiano ed in entrambi i casi si applica la lex fori.

Un altro caso è quello di una donna che ha contratto matrimonio con un italiano senza acquisire la cittadinanza italiana a sensi della legge applicabile. Se il matrimonio fallisce ed è affidataria del figlio quid juris?

Infatti l'art.4 n. 7 L. 28/2/1990 n.39, stabilisce che per gli stranieri extracomunitari coniugati col citta

dino italiano e residenti in stato di coniugio da più di tre anni in Italia, la durata del permesso di soggiorno è a tempo illimitato.

Che succede quando viene pronunciato il divorzio e la madre affidataria non trova lavoro e non ha una fonte di reddito legittima?

L'assegno eventualmente liquidato alla moglie non le consente nella quasi totalità dei casi di vivere ed è in genere al di sotto della pensione sociale, reddito considerato come minimo vitale dalla legge sull'immigrazione per consentire il soggiorno.

Che accade se la madre perde il diritto al soggiorno?

Che accade al figlio affidatario?

Se i genitori non sono sposati e hanno un figlio, l'extracomunitario può avere il permesso di soggiorno anche se non ha un lavoro dipendente o autonomo, se il partner garantisce il mantenimento e quindi ne risulta una fonte di reddito legittima.

Se l'unione fallisce e un genitore, quasi sempre la donna, ottiene l'affidamento dal Tribunale per i Minorenni, il Tribunale Ordinario può disporre che l'altro genitore versi un assegno quale contributo al mantenimento del minore, ma non all'ex convivente.

Se questa non trova lavoro o non ha una fonte di reddito legittima, perde il diritto al soggiorno.

Che ne è del figlio? O rimane col padre o espatria

con la madre e in ogni caso perde il rapporto con uno dei genitori.

Occorre esaminare il problema e creare una normativa particolare che conceda la cittadinanza italiana o l'equiparazione alla cittadinanza al genitore affidatario (che è quasi sempre la donna).

Si potrebbe così garantire il soggiorno in Italia e permettere al minore di mantenere stretti rapporti con padre e madre secondo i principi delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo.

Considerato che gli extracomunitari in Italia sono in gran parte mussulmani, ritengo opportuno accennare ai principi generali del diritto di famiglia dei Paesi arabi per evidenziare le difficoltà dei rapporti con questi Stati.

La sharia, la legge islamica, ha sempre rappresentato il caposaldo di questo settore del diritto.

L'uomo mussulmano può sposare una donna delle religioni del libro (cristiana o ebrea), la donna mussulmana deve sposare un mussulmano.

La donna deve fare atto di sottomissione al marito, il quale, come corrispettivo deve mantenerla.

Se la moglie disobbedisce al marito, questi può sospendere il mantenimento.

Il padre ha la patria potestà sul figlio, la madre ha solo la custodia.

Drammatica è la situazione quando subentra il divorzio. Di regola il figlio maschio rimane nella custodia della madre fino a sette anni, la femmina fino a nove.

Se la madre vuole prolungare la custodia, deve farsi carico totalmente del mantenimento dei minori.

Di regola si toglie alla donna non mussulmana la custodia dei figli o se ne vieta il prolungamento.

Mentre con i Paesi europei e nordamericani, si può trovare un punto di incontro tra gli Stati o un orientamento comune delle magistrature, la diversità di cultura e di impostazione giuridica delle società islamiche rende assolutamente problematico il raggiungimento di accordi sia a livello di Stati, sia a livello di autorità giudiziarie.

All'intensificarsi dei rapporti tra i popoli e alle grandi migrazioni non corrisponde un'adeguata evoluzione dal punto di vista giuridico.

Abbiamo rilevato che il diritto internazionale non è sufficiente a risolvere il problema e che persiste ancora una forma di nazionalismo per cui ciascuno Stato tende a favorire il proprio connazionale e a far coincidere l'interesse del minore con il permanere nel suo territorio.

Ciononostante organismi internazionali e le stesse Nazioni Unite hanno promosso iniziative tendenti a sensibilizzare e a coinvolgere gli Stati e a concludere Convenzioni multilaterali di ampia portata.

E' curioso rilevare che la Convenzione dell'Aja del 1902, stipulata ai primordi dell'aviazione (nel 1905 i fratelli Wright sorvolarono un circuito di 39 km.) e in un periodo storico in cui i rapporti tra i popoli erano scarsamente sviluppati, fu ratificata dall'Italia nel 1905 e da quasi tutti gli Stati nel 1907/19087.

All'epoca dei jet una delle Convenzioni, quella del 1970 non è neppure entrata in vigore perchè ratificata dalla sola Turchia e le altre sono state ratificate con forte ritardo.

La Convenzione dell'Aja del 1980, la più efficace e risolutiva fu ratificata dalla Germania dopo 10 anni e dai Paesi Bassi dopo 11 anni.

Non si tratta in questo caso di inefficienza, ma di scarsa sensibilità, di sottovalutazione del problema e di una certa resistenza ad assumere impegni internazionali.

Ma la situazione più grave riguarda l'Italia, che solo nel dicembre '93 ha approvato la legge con le norme di attuazione e l'autorizzazione.

Auspichiamo e vigiliamo che il deposito delle ratifiche, avvenga in brevissimo tempo per togliere il nostro Paese dall'isolamento internazionale in una materia tanto delicata e importante come quella riguardante la sottrazione dei minori.