

Dott. Maurizio Millo
Presidente Tribunale per i Minorenni di Bologna

1. Bisogna prima di tutto dire che la legge, usando un eufemismo, non è chiara. A mio parere introduce ulteriore confusione in una materia che non ne aveva bisogno e questa confusione rischia fortemente di pregiudicare la concreta applicazione di principi che appaiono invece molto interessanti e ragionevoli come orientamento; fermo restando che troppo spesso le persone coinvolte nei conflitti matrimoniali non vogliono affatto sentirsi dire cose ragionevoli. L'affidamento condiviso indica una meta, un obiettivo che io credo valido; il problema è che durante una crisi familiare – e particolarmente per le più acute di queste - un affidamento condiviso rimane la cosa più difficile da realizzare; certamente la meno scontata.
Detto questo, quanto più una legge risulta poco chiara, tanto più bisogna cercare di collegarla al complessivo sistema giuridico ed inserirla in un quadro che le possa dare senso compiuto e ragionevolezza; è questo il vero lavoro di un operatore del diritto (una volta si sarebbe detto di un giurista).
2. Primo passo deve essere allora quello di ricollegarsi alla Costituzione ricordando che l'art. 30 comma 1 della nostra Carta fondamentale afferma che è dovere, prima di tutto, ma anche diritto – un diritto quindi costituzionalmente garantito – dei genitori mantenere, educare ed istruire i figli. Questo significa che per genitori “normali”, fascia amplissima (anche perché non è dato mai sapere cosa esattamente significhi “normalità”) tendenzialmente aperta comunque alla decisa maggioranza dei cittadini., c'è un preciso diritto di esercitare la potestà e di occuparsi dei propri figli e lo Stato (tenuto anche conto dell'art. 29 Cost., secondo il quale “la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio.[...]”) ha invece una potestà di intervento limitata. Penso sia questo il motivo per cui, quando ci si rivolge al Tribunale ordinario per questioni di famiglia ed anche per questioni riguardanti i minori, il giudice civile assume un atteggiamento tendenzialmente da arbitro. Per esempio il principio dispositivo della prova non è del tutto realizzato, ma rimane importante, i poteri del giudice sono relativamente limitati, ecc.. Credo che la radice di questo atteggiamento della procedura e di questo comportamento dei giudici sia nelle previsioni costituzionali che ho indicato.
3. Nell'art. 30 Cost. c'è però anche un comma 2 che, come noto, dice: “nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti”. Credo che il Tribunale per i Minorenni, inventato in origine per ben altri motivi, sia oggi in vita – e debba rimanere vitale - nelle sue competenze civilistiche prima di tutto per realizzare concretamente quest'ultima prescrizione.
Questo è il motivo per cui il Tribunale Minorenni può e deve utilizzare procedure caratterizzate da maggiori poteri di ufficio, strumenti più forti nell'intrusione familiare e spesso adottare provvedimenti che inevitabilmente trasferiscono a strutture pubbliche poteri che queste di principio è bene non abbiano. Ad esempio nell'art. 155 c.c., come modificato dalla legge di cui parliamo, non si parla più (in realtà non so quanto opportunamente) di affidamento a terzi dei minori; questa modifica si può forse interpretare nel senso che di fronte a genitori normalmente capaci non si capisce perché si debba poter disporre l'affidamento a terzi, se al contrario ci si trovasse di fronte a genitori incapaci, allora si dovrebbe uscire dall'ambito della norma citata e ricorrere al Tribunale Minorenni che dovrebbe disporlo ex art. 333 c.c. (e certamente non trascureremmo di farlo).

4. Non sarebbe affatto infondato dire che quando una coppia di fatto decide di separarsi, essendo ormai pacifico nella cultura attuale e negli stessi riconoscimenti giuridici, che siano ritenuti genitori normalmente capaci, potrebbero normalmente rivolgersi al Tribunale ordinario. Detto però questo, per amore di un sistema che non mi sembra sia stato ancora realizzato, nella situazione attuale, invece, credo si debba mantenere la competenza nostra, del Tribunale per i Minorenni, nel caso di genitori naturali, non sposati, anche se rappresenta per noi una competenza complicata e per il cittadino può avere conseguenze a dir poco fastidiose.

5. La nostra competenza risulta infatti radicata nell'art. 38 disp. att. c.c., articolo che non risulta in alcun modo abrogato o modificato.

Si potrebbe sostenere che è stato abrogato implicitamente, ma mi sembrerebbe una conclusione eccessiva, perché la nostra competenza deriva dall'art.38 citato dove afferma che è competente il Tribunale per i minorenni per i provvedimenti collegati all'art.317 bis. Si dovrebbe allora dire è stato abrogato più per dire che è venuta meno la nostra competenza.

Credo che questa sarebbe una conclusione non lecita, perché il 317 bis c.c. rimane e deve rimanere sicuramente in vita qualora due genitori non abbiano mai convissuto, e anche direi per quei genitori che dopo aver convissuto, si separino e decidano di non andare dal giudice. Almeno in questi casi l'unico criterio legale che rimane per gestire la potestà è quello fissato dall'art. 317 bis c.c., perché la nuova normativa, non risulta applicabile senza un intervento del Giudice. Si potrebbe dire in astratto che si applica la nuova legge per cui l'affidamento è condiviso, ma come? L'affidamento condiviso può vivere in pratica solo se un provvedimento giudiziario provvede a regolamentarlo, per esempio riguardo a come si esercitano i poteri, quale genitore può iscriverlo il figlio a scuola, chi lo accompagna, chi lo va a prendere, chi decide e come le attività di tempo libero, sportive o culturali che siano, ecc. Se tutto questo manca, se cioè non c'è un provvedimento, perché i due genitori non hanno mai convissuto o perché nessuno è mai andato a "disturbare" il giudice, è necessario che ci sia un semplice e chiaro principio di legge che ad esempio, come fa l'art. 317 bis, attribuisca l'esercizio esclusivo della potestà al genitore con cui il figlio convive, altrimenti non si saprebbe, appunto, chi è il genitore legittimato a prendere iniziative, decidere impegni, ecc..

Né si potrebbe risolvere il problema dando semplicemente vigore legale ad eventuali accordi privati dei genitori, perché questo rappresenterebbe un eccessivo rischio di privatizzazione in una materia nella quale la necessità di tutela del diritto del minore richiede che lo Stato non si disinteressi a priori della problematica.

Appare quindi legittimo ritenere ancora in vita la competenza del Tribunale per i Minorenni ogni volta si debba applicare l'art. 317 bis c.c.. Il T.M. di Bologna, seppure con dubbi ed incertezze, è orientato.

6. Ciò detto, va ricordato che l'art. 38 disp. att. c.c. elenca espressamente tutti i campi di competenza del T.M. e conclude prescrivendo che in tutti gli altri casi è competente il Tribunale ordinario. Questo significa che non è consentita applicazione analogica perché non c'è lacuna. Ovunque non sia indicato espressamente il T.M. ci si deve rivolgere al Tribunale Ordinario.

Questo aspetto risulta importante perché anche con la nuova legge credo che non si possa, come non si poteva prima, chiedere a noi provvedimenti di tipo patrimoniale; semplicemente perché il T.M. non è indicato come organo competente in relazione a quelle disposizioni. Tra l'altro, anche se volesse applicare questa nuova legge in

ambiti patrimoniali, il T.M. non potrebbe mai emanare provvedimenti con valore di titolo esecutivo.

Ora l'aspetto dell'esecutività anche coattiva appare molto importante per tutti i provvedimenti giudiziari, ma è molto importante particolarmente per quelli patrimoniali. Non ha certo molto senso chiedere un provvedimento di tipo patrimoniale e poi ottenere un pezzo di carta che non può essere utilizzato per l'esecuzione coattiva. Al riguardo noi sappiamo bene che i titoli esecutivi sono puntualmente specificati nella legge. Anche in questo ambito non si può escludere che alla fine la Corte di Cassazione di interpretazione in interpretazione, arrivi a dire ad esempio che quello che conta è il contenuto e che di fronte al sistema interpretato nel suo complesso i decreti motivati con cui ex art. 38 disp. att. si pronuncia necessariamente il T.M. abbiano in realtà, per questi aspetti, contenuto di sentenza, e valgano perciò come titolo esecutivo, ma se io fossi un avvocato aspetterei prima che lo dicesse con chiarezza e senza oscillazioni la Cassazione ed anche come Giudice sento la responsabilità di garantire al cittadino che si rivolge a me l'emanazione di provvedimenti efficaci.

Non mi sembrerebbe un gran risultato, salva l'eventualità di qualche caso pilota che lo meriti, arrivare al termine di un lungo e complesso giudizio per poi far trovare l'interessato di fronte ad un giudice dell'esecuzione che dice: questo non è un titolo esecutivo!

Rimane così che i genitori naturali che si separino, così come accadeva prima, si troveranno di fronte alla necessità di andare davanti a due giudici diversi: uno per gli aspetti personali – il Tribunale Minorenni - l'altro per gli aspetti patrimoniali. Potrebbe divenire un motivo imprevisto per cui sia meglio sposarsi.

7. Una riflessione ancora su un aspetto procedurale collegato a quelli ordinamentali. Nell'art. 38 disp. att. è precisato che il Tribunale per i minorenni in ogni caso decide seguendo la procedura della camera di consiglio. A questo riguardo va detto che sarebbe piuttosto strano (anche se il legislatore ci ha ormai abituato quasi a tutto) che la nuova legge nel dettare una serie di disposizioni procedurali che ben difficilmente si possono adattare alla composizione ed al funzionamento del T.M. non si sia minimamente preoccupato di affrontare questa problematica.

Nell'ordinaria procedura di separazione e divorzio risultano particolarmente valorizzati (ed ancora più in seguito alla nuova legge) l'udienza presidenziale iniziale ed i provvedimenti che in seguito a questa vengono assunti.

Immaginare che ci sia una udienza presidenziale davanti al Tribunale per i minorenni credo non abbia senso e questo (non solo per mia legittima difesa, vista la competenza regionale del T.M., ma) soprattutto perché il Presidente del Tribunale ordinario è spesso visto dalla normativa come un organismo giurisdizionale monocratico rispetto a molte competenze procedurali e rappresenta un elemento omogeneo rispetto alla composizione del Tribunale nel suo complesso e nelle sue procedure ordinarie – è pur sempre infatti uno, seppure il più esperto ed autorevole, di tre giudici togati, che spesso agiscono comunque in altre procedure come giudici monocratici. Nel Tribunale Minorenni, invece, non è mai prevista alcuna funzione monocratica e tutti i provvedimenti sono sempre e solo collegiali; inoltre con un collegio composto da due Giudici togati e due onorari specialisti in altre professioni.

Immaginare un'udienza solo presidenziale all'interno di un organismo giurisdizionale così costruito e così operante risulta molto più strano e discutibile rispetto a quando lo si ipotizza pensando al Tribunale ordinario ed appare veramente

difficile che ci si possa arrivare solo per via interpretativa, senza un'esplicita disposizione del legislatore.

8. Per quanto riguarda il criterio sostanziale da seguire nell'affido condiviso, penso che anche dinanzi al T.M. si dovrà dare per presupposto che l'affido condiviso è la posizione di partenza. Anche se ribadisco che il T.M. conserva tra l'altro certamente il potere di affidamento a terzi, basta che si ritengano sussistenti i presupposti di cui all'art.333 c.c., mentre sembra che il Giudice ordinario abbia perso questa possibilità, salve possibilità interpretative che si potranno studiare in caso di necessità.

Vorrei però evidenziare che l'affidamento condiviso sembra potersi giustificare finché può rappresentare l'esito di un percorso abbastanza semplice; se invece risulta una cosa molto complessa da regolamentare e molto faticosa da realizzare in concreto, questo molto probabilmente significa che mancano i presupposti per disporlo ed è meglio prevedere un affido non condiviso. Nella nostra esperienza, infatti, mentre è giusto e saggio dire che il minore è e rimane figlio di entrambi i genitori e che questi dovrebbero essere responsabilizzati insieme, è anche esperienza comune che i figli diventano spesso il terreno di battaglia di due che non riescono mai a mettersi d'accordo. In questi casi la cosa migliore è dare il senso del limite, è mettere dei "paletti" per far interrompere, se ci si riesce, una guerra che altrimenti tende a diventare infinita. Purtroppo, specialmente in Italia, il momento culturale è tale per cui si rischia di non riuscire mai a finire le battaglie giudiziarie, perché sembra normale moltiplicare le impugnazioni, gli organismi cui ti puoi rivolgere per protestare e tutti sono stimolati soprattutto a valorizzare i propri diritti fino a smarrire l'idea e l'esperienza per cui in tante cose della vita è giusto lottare, battere, ma poi prima di tutto nei rapporti personali bisogna anche avere senso pratico e capacità di superare i conflitti: ci sono realtà che non riesco a cambiare, la capacità dell'adulto – specie del genitore – diviene quella di scoprire come viverci dentro. Questo farebbe molto bene ai figli, perché il primo interesse dei figli sarebbe in realtà quello che i genitori non si separassero mai, o almeno lo facessero solo in casi davvero gravi e disperati (ormai lo affermano sempre più numerosi coloro che studiano a livello psicologico queste dinamiche), ma il secondo interesse è che almeno i genitori non lottino all'infinito, e che imparino ad accettare persino che il giudice possa aver sbagliato. Pazienza: vorrà dire che si dovrà vivere in un rapporto forse più affaticato, più complicato, ma come tante volte succede comunque nella vita quotidiana, per cui io imparerò a fare il padre, lei imparerà a fare la madre, il figlio a fare il figlio, nella situazione data. Dopo un certo punto questo atteggiamento consente di crescere con maggiore serenità.

Preciso tuttavia che non rendere possibile, in modo irragionevole, un eventuale affido condiviso può diventare un motivo per l'affidamento all'altro del minore all'altro genitore, perché altrimenti si consentirebbero ingiusti e pericolosi ricatti.

9. Veniamo alla questione dell'audizione del minore. Mi sembra chiaro sia obbligatoria. Personalmente non ne sono entusiasta perché comunque si affronti la questione si rischia moltissimo di scaricare sul minore inutili e forti sensi di colpa e fargli inoltre vivere un periodo, ben più lungo di quello dell'udienza, di conflitti e ricatti nei rapporti con entrambi i genitori.

Per questo in passato si cercava di dimenticare che già da molti anni la Convenzione di New York (del 1989) imponeva l'audizione del minore.

Al Tribunale Minorenni siamo avvantaggiati perché abbiamo i Giudici onorari, così che l'audizione del minore può essere fatta da un giudice togato affiancato da un giudice onorario o anche solo da uno di questi e ciò mi sembra molto opportuno.

La legge dice che il Giudice “dispone” - non procede – questo potrebbe consentire, soprattutto a noi, in casi del tutto particolari (non intendiamo abusarne) di farlo sentire a volte ai servizi sociali, psicologi.

L'orientamento è quello di assumere noi, o comunque i giudici onorari del Tribunale per i minorenni, le dichiarazioni del minore. Non vogliamo però escludere che in casi speciali e particolari, proprio per la loro specialità e particolarità, ci si possa avvalere dell'ausilio di servizi specializzati.

A mio avviso il problema del giudice e dell'avvocato non è quello di poter fare lo psicologo, che sarebbe a dir poco presuntuoso e al limite pericoloso, ma quello di riuscire ad imparare a fare il giudice in modo educativamente, pedagogicamente corretto. E questo è indubbiamente difficile, perché non rientra nella nostra normale professionalità, si tratta di apprenderlo in qualche modo.

10. Per quanto concerne i diritti dei parenti osservo che più si moltiplicano i diritti, più inevitabilmente si moltiplica la conflittualità, che è la cosa che maggiormente danneggia i minori. Quindi se si pensa all'interesse dei minori credo andrebbe rilanciata anche una cultura dei doveri. E' vero che normalmente ad un dovere corrisponde un diritto, ma qui siamo di fronte ad un interesse del minore che non può guardare alla questione come se si trattasse di un aspetto sinallagmatico del diritto. Il problema è il diritto del minore a crescere in pace con serenità, in maniera proporzionata alla sua età. A questo deve corrispondere una serie di doveri degli adulti che venendo davanti al Giudice dovrebbero essere preparati anche dagli avvocati, a vedersi riconosciuti dei diritti solo se funzionali al diritto del minore. Normalmente è vero ad esempio che i genitori si occupano – e bene – dei figli e quindi riconoscere il diritto del genitore è anche riconoscere il diritto del minore, però bisogna porsi dall'ottica dei minori. E' l'ottica culturale che è importante, è il minore che ha diritto a mantenere quel rapporto, altrimenti è meglio che il nonno impari, al limite, a rinunciare. Mi permetto di ricordare che si tramanda come sin dai tempi di Salomone si sia affermato che la buona madre è quella che per il bene del figlio sa rinunciarvi. Si tratta forse di una leggenda, ma il fatto che la saggezza popolare l'abbia pensata e tramandata per tante generazioni significa probabilmente qualcosa di profondo.

11. Infine, due rapidissime annotazioni: i nostri provvedimenti provvisori, almeno allo stato, secondo l'orientamento della Corte d'Appello, rimangono non impugnabili. Siamo consapevoli che questo ci impone una particolare attenzione nel rivalutare le situazioni di fronte a ragionevoli istanze di parte soprattutto se vi siano stati mutamenti di situazione.

Per quanto concerne invece le sanzioni stabilite dalle nuove disposizioni - soprattutto per eventuali condanne a risarcimenti del danno - riteniamo non siano di nostra competenza, in quanto si tratta di rapporti patrimoniali.