

Adozione nazionale di minori

La disciplina processuale dell'adozione di minori (*)

di Ferruccio Tommaseo

Dopo una *vacatio* di alcuni anni, è entrata in vigore la riforma dei giudizi dichiarativi dello stato di adottabilità senza però che il legislatore abbia avuto cura di regolare istituti, quali la difesa d'ufficio nei giudizi civili minorili, che paiono essenziali per un fruttuoso avvio della nuova disciplina. In questo scritto l'Autore delinea le principali novità introdotte dalla riforma che va comunque salutata con favore per aver dato alle parti del giudizio poteri processuali coerenti con l'attuazione dei principi del giusto processo nell'ambito di un procedimento contenzioso.

1. Strana sorte per le riforme processuali in Italia: se entrano in vigore con le rituali scadenze previste dalla Costituzione e dalle preleggi, spesso vengono subito emendate, corrette ed integrate ora per effetto d'un monitoraggio previsto dalle leggi deleganti, ora per effetto d'una decretazione legislativa d'urgenza (si pensi alle vicende della riforma attuata dalla legge sulla competitività del 2005, al rito societario, alla disciplina delle procedure concorsuali).

In altri casi, invece, la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale si accompagna ad una *vacatio legis* che, lungi dall'essere giustificata dalla ragionevole esigenza di preparare operatori e strutture alla sua applicazione, troppo spesso maschera ripensamenti sulla stessa opportunità delle nuove regole o è addirittura imposta dall'oggettiva impossibilità di darvi attuazione. Si pensi a quanto è avvenuto con la riforma del processo civile affidata ai provvedimenti urgenti del 1990 o alle vicende che hanno accompagnato l'istituzione del giudice di pace, tutte riforme che hanno mobilitato l'attività del legislatore prima per rinviare l'effettiva applicazione delle nuove regole, poi per modificarne la disciplina transitoria, poi ancora per dar corso a modifiche nell'esercizio di uno *ius poenitendi* a volte giustificato facendo ventilare ulteriori riforme generali del sistema processuale.

Un simile accidentato percorso è stato imposto anche alla legge n. 149 del 2001 che intendeva modificare la legge sull'adozione legittimante (la legge n. 184 del 1983) con norme da far entrare in vigore "il giorno successivo a quello della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale", una pubblicazione avvenuta il 26 aprile 2001. Ebbene, nello stesso numero della Gazzetta, appare anche un decreto legge (1) col quale si dispone che "fino all'emanazione di una specifica disciplina sulla difesa d'ufficio nei procedimenti per lo stato di adottabilità" con-

tinuano ad essere applicate "le disposizioni processuali" prevalenti sia nei giudizi dichiarativi dello stato di adottabilità sia in quelli di opposizione e ciò "comunque non oltre il 30 giugno 2002".

Questo rinvio, si noti, riguardava non solo l'adozione ma anche i giudizi *de potestate* essi pure modificati dalla nuova legge sull'adozione. Mi riferisco all'art. 36 della legge che, quale opportuna quanto filiforme anticipazione d'una generale riforma dei procedimenti *de potestate*, aggiunge all'art. 336 c.c. la regola per cui genitori e minore "sono assistiti da un difensore, anche a spese dello Stato nei casi previsti dalla legge": norma questa che da un lato è stata parzialmente abrogata dall'art. 299 del Testo Unico delle disposizioni in materia di spese di giustizia, dall'altro ha seguito, e non so davvero con quale giustificazione, le vicende sospensive della riforma dell'adozione (2).

Desidero subito notare che la stasi imposta alla riforma della legge sull'adozione aveva ad oggetto solo il procedimento dichiarativo dello stato di adottabilità (e in particolare il Capo Secondo del Secondo Titolo della legge) ma non anche la riforma dell'affidamento, sia familiare sia preadottivo, né quella della dichiarazione d'adozione e neppure l'adozione in casi particolari, una forma di adozione la cui importanza pratica non è inferiore, come è ben noto, a quella dell'adozione legitti-

Note:

(*) Relazione tenuta nell'incontro di studio AIAF svoltosi a Sassari il 10 novembre 2007

(1) D.l. 24 aprile 2001, n. 150.

(2) Art. 299 (*Abrogazioni di norme primarie*) 1. Dalla data di entrata in vigore del presente testo unico sono abrogate le seguenti disposizioni: (omissis) - l'art. 336, ultimo comma (aggiunto dalla legge 28 marzo 2001, n. 149), limitatamente alle parole: "anche a spese dello Stato nei casi previsti dalla legge".

mante domestica (3) ma che, sotto il profilo processuale, è retta dalla rivisitata disciplina codicistica dell'adozione ordinaria (4).

2. L'incapacità, presto resasi palese, di costruire una disciplina della difesa d'ufficio sul versante dei giudizi civili di competenza del tribunale per i minorenni, ha innescato quella ben nota e lacrimevole catena di decreti legge e di correlate leggi di conversione che, sempre in attesa di una "specifica disciplina" sulla difesa d'ufficio e "sul patrocinio a spese dello Stato" nell'adozione legittimante, poi culminata nella legge di conversione del luglio 2006 che proroga ulteriormente, e questa volta al 30 giugno 2007, sia l'entrata in vigore dell'ormai semi-nuova legge sull'adozione sia il termine dato al legislatore per provvedere in merito alla difesa d'ufficio (5).

A questo punto, l'inerzia del legislatore si fa totale: non soltanto nulla viene stabilito per quanto riguarda la promessa "specifica disciplina" in materia di difesa d'ufficio, ma né Governo né legislatore si curano di disporre ulteriori proroghe aggiungendo un nuovo anello all'ormai lunga catena di decreti legge (ben sei), né di dettare almeno qualche regola transitoria per consentire l'avvio del nuovo procedimento senza incertezze inopportune sull'applicazione di regole che ne disciplinano snodi davvero essenziali.

Mi riferisco specialmente a quanto dispone la fondamentale norma del nuovo testo dell'art. 8, ultimo comma, per cui "il procedimento di adottabilità deve svolgersi fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore e dei genitori", nonché, ove manchino i genitori, "anche dei parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore".

Si tratta di una regola che dà forte attuazione al diritto di difesa dei minori e dei loro genitori, soggetti la cui debolezza sociale ha spesso avuto negativi riflessi sull'andamento dei giudizi di adottabilità: in particolare, la nuova legge vuole garantire l'effettività del diritto di difesa dando alle parti di tali procedimenti gli strumenti per far valere le loro ragioni anche in mancanza di un difensore di fiducia e ciò mediante l'assistenza di un avvocato designato d'ufficio (6).

L'entrata in vigore della nuova disciplina processuale dell'adozione e quindi anche della norma sulla difesa d'ufficio (art. 10, comma 2), avviene senza che il legislatore abbia provveduto a regolare l'applicazione di tale istituto nell'ambito della giustizia civile e, in particolare, nella giustizia civile minorile. Si perpetua, così, un'ingiustificata e irrazionale divaricazione con quanto avviene nell'ambito della giustizia penale minorile dove non soltanto la legge ha da tempo stabilito specifiche regole sia per quanto riguarda la nomina e la qualificazione professionale degli avvocati dei minori (7) sia per le modalità della retribuzione dei difensori d'ufficio che la legge ricollega alla disciplina del patrocinio a spese dello Stato (8).

È importante a questo punto ricordare che, se manca una disciplina generale, esiste però una disciplina speciale

dettata in via transitoria dall'art. 143 del Testo unico sulle spese di giustizia, a norma del quale "fino a quando non è emanata una specifica disciplina sulla difesa d'ufficio", nei processi previsti dal nuovo testo della legge sull'adozione, sono sostenute dall'erario le spese a carico della parte ammessa al gratuito patrocinio: l'entrata in vigore della nuova disciplina rende quindi operante questa norma transitoria (che risale al 2002) e l'effettività della difesa è affidata, almeno per le parti non abbienti, alle norme sul patrocinio a spese dello Stato (9).

Note:

(3) Nel 2003 vi furono 2.298 adozioni internazionali (59%), 970 adozioni domestiche, 597 adozioni in casi particolari. Le dichiarazioni di adottabilità furono 1080.

(4) Vedi Tommaseo, *Profili processuali dell'adozione in casi particolari*, in questa Rivista, 2005, 399 ss. in nota a Cass. 26 novembre 2004, n. 22350. È interessante come la disciplina dell'adozione in casi particolari esiga l'audizione del minore ma non dice se il minore debba essere assistito da un difensore: si ha la sensazione che qui egli non acquisti la qualità di parte.

(5) Noto per inciso che questa reiterazione di decreti legge è certo una vicenda sgradevole e inopportuna, ma è pur sempre esercizio di una discrezionalità legislativa che non è censurabile sotto il profilo della legittimità costituzionale (Corte cost., n. 178 del 2004).

(6) Per quanto riguarda invece i procedimenti *de potestate* non è stato introdotto il principio della difesa d'ufficio ma solo l'obbligo per le parti di munirsi di stare in giudizio assistiti da un difensore e, precisava il nuovo ultimo comma dell'art. 336, "anche a spese dello Stato, nei casi previsti dalla legge", regola quest'ultima, come già si è detto, abrogata dal testo unico sulle spese di giustizia.

(7) Il riferimento è al d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, *Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni* il cui art. 11, rubricato "Difensore d'ufficio dell'imputato minorenni" recita che «Fermo quanto di-sposto dall'art. 97 del codice di procedura penale, il consiglio dell'ordine forense predispone gli elenchi elenchi dei difensori con specifica preparazione nel diritto minorile». Ancora, il d.lgs 28 luglio 1989, n. 272, *Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, recante disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni* il cui art. 15, a proposito del difensore d'ufficio, stabilisce che: «1. Ciascun consiglio dell'ordine forense predispone e aggiorna almeno ogni tre mesi l'elenco alfabetico degli iscritti nell'albo idonei e disponibili ad assumere le difese di ufficio e lo comunica al presidente del tribunale per i minorenni, il quale ne cura la trasmissione alle autorità giudiziarie minorili del distretto.

2. Agli effetti dell'art. 11 del decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448, si considera in possesso di specifica preparazione chi abbia svolto non saltuariamente la professione forense davanti alle autorità giudiziarie minorili o abbia frequentato corsi di perfezionamento e aggiornamento per avvocati e procuratori legali nelle materie attinenti il diritto minorile e le problematiche dell'età evolutiva.

3. Il consiglio dell'ordine forense dove ha sede il tribunale per i minorenni provvede alla formazione della tabella a norma dell'art. 29, commi 3, 4 e 5 del decreto del Presidente della Repubblica contenente le norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, d'intesa con il presidente del tribunale per i minorenni, che ne cura la trasmissione alle autorità giudiziarie minorili del distretto.

4. Il consiglio dell'ordine forense dove ha sede il tribunale per i minorenni, d'intesa con il presidente del tribunale per i minorenni e con il procuratore della Repubblica per i minorenni, organizza annualmente corsi di aggiornamento per avvocati e procuratori legali nelle materie attinenti il diritto minorile e le problematiche dell'età evolutiva».

(8) La legge 2001, n. 60 recante norme sulla difesa d'ufficio, richiama infatti la legge 30 luglio 1990, n. 217 sul patrocinio a spese dello Stato.

(9) Brienza, in *Nuove legge civili*, 2002, 996.

3. Le nuove norme sull'adozione legittimante, entrate in vigore in modo quasi accidentale a causa dell'inerzia del legislatore, sono state comunque salutate con favore perché consentono di dare maggiore spessore di garanzie alle parti di un procedimento che nella sua originaria configurazione si poneva, sotto vari profili, in manifesto contrasto con i principi del giusto processo.

Mi riferisco, innanzitutto, alle regole sull'impulso giudiziale officioso del procedimento dichiarativo dello stato di adottabilità, regole in conflitto con il principio di terzietà del giudice che si fonda sull'incompatibilità psicologica, prima ancora che giuridica, tra l'agire e il giudicare.

Ancora, mi riferisco al ruolo assegnato ai genitori o ai parenti nel procedimento di adottabilità, soggetti considerati dalla legge quali meri informatori del giudice piuttosto che parti di un giudizio in cui veniva posto in discussione lo *status* parentale. È ben vero che con l'opposizione al decreto dichiarativo dello stato di abbandono pronunciato dal tribunale per i minorenni, i genitori avevano la possibilità di instaurare davanti al medesimo tribunale un giudizio di cognizione per far valere i propri diritti pregiudicati dall'eliminazione dello *status* parentale, ma anche qui le lacune della disciplina normativa ponevano problemi di non facile soluzione.

Così, restava in ombra la posizione del minore che entrava nella dialettica processuale di un giudizio i cui effetti così direttamente e intensamente lo riguardavano, soltanto nelle tenui forme della sua pur necessaria audizione. È vero che assumeva la qualità di parte nell'eventuale opposizione, come si ricava dalla regola che prevedeva la nomina di un curatore speciale disposta d'ufficio dal presidente, ma restava pur sempre privo della legittimazione a fare opposizione nei confronti del decreto di adottabilità.

Conviene subito precisare che la riforma ora entrata in vigore avrebbe potuto dettare una disciplina più lineare della partecipazione del minore ai giudizi dichiarativi dello stato di adottabilità anche se mi sembra eccessivo affermare, come ha fatto Aldo Finocchiaro che "il minore è al centro della riforma, ma è lasciato fuori dal processo" (10). La legge, infatti, si limita a stabilire che il procedimento "deve svolgersi *fin dall'inizio* con l'*assistenza legale del minore*" ma nulla dice quanto alla nomina di un curatore speciale: esiste solo la regola per cui il provvedimento conclusivo del procedimento di adottabilità - che ora è una sentenza e non più, come in passato, un decreto - dev'esser notificata a una serie di soggetti, fra i quali sono menzionati tutore e curatore speciale (artt. 14, comma 3, e 15).

La lacuna normativa può essere colmata applicando quanto prevedono gli artt. 78 e 79 c.p.c. sulla nomina del curatore speciale al rappresentato ogni qual volta vi sia conflitto d'interessi fra questi e il rappresentante: conviene ricordare che si tratta di norme la cui applicazione in favore del minore è stata sollecitata dalla

stessa Corte costituzionale (11) e, ancora, che tale nomina avviene su istanza di qualunque parte del procedimento ivi compresi il pubblico ministero e lo stesso incapace.

Resta dubbio che il giudice possa provvedere d'ufficio come previsto, nel sistema ora abrogato, per il curatore speciale nominato dal presidente del tribunale dei minorenni nei giudizi di opposizione allo stato di adottabilità: si può tuttavia far capo a quanto prevede il nuovo art. 10, comma 3, per cui "il tribunale può disporre in ogni momento ogni opportuno provvedimento nell'interesse del minore" e quindi anche nominare un curatore speciale.

Desidero qui notare come la disciplina dell'adozione dei minori conosca, sul versante dell'adozione nazionale, spessore di garanzie che non è dato riscontrare nell'adozione internazionale, modellata sulle linee delineate dalla Convenzione dell'Aja, una Convenzione che sembra ignorare, se non anche escludere, una dimensione giurisdizionale dell'adozione: si tratta di un'indicazione che il legislatore italiano non ha certo voluto seguire anche se la sua volontà di ricondurre nell'alveo della giurisdizione l'adozione internazionale, pur essendo una scelta obbligata per vincolo costituzionale, lungi dall'essere manifesta e inequivoca è stata mimetizzata tra le pieghe del testo normativo (12).

4. Se guardiamo alla disciplina del procedimento di adozione, possiamo notare che esso conserva, anche dopo la recente riforma, la sua caratteristica struttura trifasica: la prima, volta ad accertare la situazione d'abbandono in cui versa il minore; la seconda, inserisce il minore in una nuova famiglia con l'affidamento preadottivo; la terza, e ultima, attribuisce al minore lo *status* di figlio adottivo e lo fa entrare in modo definitivo nella famiglia degli affetti.

Conviene subito notare come il legislatore abbia voluto dare sia alla fase *destruens* dei rapporti con la famiglia d'origine sia alla fase *construens* del nuovo *status* di figlio adottivo, una disciplina processuale che consegna i due procedimenti nell'ambito della cognizione piena e quindi a giudizi che, pur seguendo le forme camerali proprie

Note:

(10) Finocchiaro, in *Dir. giust.*, 2001, 9, 12.

(11) Mi riferisco alla sentenza con la quale il giudice delle leggi ha dichiarato inammissibile la censura dell'art. 336 c.c. nella parte in cui non prevede la nomina di un curatore speciale del minore: la Corte invita l'interprete a guardare al sistema vigente per trarne con gli strumenti interpretativi quella regola che è vano richiedere alla stessa Corte. La partecipazione del minore sarebbe garantita dai principi generali ed attuata con la nomina di un curatore speciale ai sensi degli artt. 78 e 79 c.p.c.: Corte cost., n. 1 del 2002.

(12) L'adozione internazionale ha caratteristiche sue proprie: fa centro innanzitutto sugli aspiranti all'adozione e sul giudizio di idoneità; inoltre da largo spazio operativo ai c.d. enti autorizzati e alla Commissione per le adozioni internazionali, imprimendo al procedimento caratteri marcatamente amministrativi: la dimensione giurisdizionale diventa prevalente nella fase finale, quella della dichiarazione di adozione o del riconoscimento del provvedimento straniero di adozione.

dei procedimenti di competenza del Tribunale per i minorenni (13), culminano in provvedimenti aventi forma di sentenza e sono impugnabili nelle forme ordinarie. Solo nella fase intermedia, nella quale si attua l'affidamento preadottivo, il giudice provvede, sempre in camera di consiglio, ma questa volta con un decreto reclamabile e revocabile, ossia con un provvedimento di gestione degli interessi del minore e come tale rientrante a pieno titolo nella giurisdizione volontaria.

Non è possibile, né utile, descrivere in questa sede i tre procedimenti: mi limiterò dunque a qualche considerazione di carattere generale, riservandomi di approfondire qualche aspetto della disciplina la cui interpretazione può lasciare dubbiosi. La riforma ha cancellato la struttura bifasica del giudizio di adottabilità: in precedenza, com'è noto, l'adottabilità era pronunciata con decreto in un giudizio sommario a rito camerale dominato dai poteri del giudice e nel cui ambito il coinvolgimento dei soggetti interessati non trovava quello spessore di garanzie proprio dei processi a struttura partecipativa. Solo l'eventuale opposizione al decreto di adottabilità apriva un giudizio di cognizione piena, sia pure fortemente differenziato dall'ordinario processo di cognizione: basti ricordare il carattere collegiale della trattazione, l'attribuzione al giudice specializzato di incisivi poteri istruttori officiosi, le regole della fase decisoria.

Il procedimento per l'accertamento dello stato d'abbandono e costitutivo dello stato di adottabilità ha ora una struttura unitaria ed è retto da regole di forma che divergono in modo significativo da quelle dell'ordinario processo di cognizione: in esso è riconoscibile un procedimento speciale di cognizione che rientra nel *genus* della giurisdizione a contenuto oggettivo ossia in quei processi finalizzati alla tutela di interessi di rilevanza pubblicistica. Si tratta di procedimenti giurisdizionali senza azione, attuativi di norme d'ordine pubblico che, nell'adozione, danno sostanza all'interesse del minore "a vivere, crescere ed essere educato nell'ambito di una famiglia" (14) e quindi, per ripetere un'espressione tratta dal diritto convenzionale, in un "foyer stable et harmonieux" (15), un interesse qualificato dal legislatore come "diritto" ma diritto non è: lo dimostra il fatto che, non essendo tecnicamente azionabile, si sottrae all'applicazione dell'art. 24 Cost. (16).

La disciplina previgente, nello strutturare il giudizio di adottabilità facendolo culminare in un decreto opponibile, dava formale visibilità alla questione, invero irrisolta, della natura da riconoscere alla situazione soggettiva oggetto del procedimento. La forma del decreto, data al provvedimento conclusivo della prima fase, sembrava porre in evidenza che la giurisdizione è qui chiamata non già a reintegrare un diritto leso, ma a coltivare l'interesse del minore; la forma della sentenza, conclusiva del giudizio di opposizione ed inserita in un procedimento che conosce la suprema garanzia del ricorso per cassazione, sembrava invece suggerire l'esi-

stenza d'una controversia su diritti e, nella specie, sul diritto del minore in stato d'abbandono ad un nuovo rapporto familiare (17).

La riforma nel dare veste contenziosa al giudizio di adottabilità, senza distinzione di fasi, e nel rivestire il provvedimento finale con la forma della sentenza, prescinde da una qualificazione della situazione soggettiva dedotta in giudizio e quindi da un'opzione nell'ambito dell'alternativa diritto/interesse del minore, un'alternativa che sembra davvero irrisolvibile (18).

La scelta del legislatore ha una giustificazione più concreta e trae ispirazione dall'orientamento giurisprudenziale che attribuisce valore sostanziale di sentenza ai provvedimenti che incidano sullo *status* delle persone. La necessità che il giudice pronunci una sentenza (o, comunque, un provvedimento con natura di sentenza) sorge non solo quando il giudizio abbia ad oggetto diritti soggettivi e quindi rapporti giuridici intersoggettivi, ma anche quando incida sulla capacità della persona e, più in generale, sul suo *status* (19).

Note:

(13) La legge dice espressamente che il tribunale decide in camera di consiglio non soltanto per quanto riguarda i provvedimenti urgenti previsti dall'art. 9, commi 4 e 5, ma anche sul ricorso per la dichiarazione dello stato di adottabilità: art. 15, comma 2, legge adoz.

(14) Vedi il nuovo testo dell'art. 1, comma 5, legge adoz.

(15) Art. 8 della Convenzione di Strasburgo del 1967 sull'adozione dei minori.

(16) Le incertezze sulla identificazione dell'oggetto del procedimento, ora ravvisato in un diritto del minore ora in un suo interesse, hanno alimentato discussioni poco fruttuose: il dato normativo ci mostra che lo stato d'abbandono mette in crisi il diritto del minore alla propria famiglia ossia di vivere e di crescere nella sua famiglia d'origine, insieme del sangue e degli affetti. Quando la famiglia di sangue non è più anche quella degli affetti, a causa dall'abbandono, l'interesse del minore diventa criterio per stabilire se il suo diritto a vivere in una famiglia possa essere ancora soddisfatto dalla famiglia d'origine, insomma viene formulato un giudizio di meritevolezza compiuto con riguardo esclusivo all'interesse del minore. La valutazione dell'interesse superiore del minore è parametro per stabilire se esista il diritto alla famiglia d'origine ovvero il diritto a una nuova famiglia, quella degli affetti. In altri termini, esiste un interesse del minore alla conservazione di uno *status* che la legge qualifica come diritto, in base a una valutazione di meritevolezza: se questa valutazione non può essere più data, subentra la tutela del diritto alla famiglia degli affetti che può essere soddisfatto con il mutamento dello *status*.

(17) Lo dice bene Cerino Canova, *Della dichiarazione di adottabilità nel Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, VI, 2, Padova, 1993, 193.

(18) Il conflitto tra il diritto del minore alla propria famiglia e il diritto del minore ad una famiglia, un conflitto che si apre quando sussiste una situazione di abbandono, può essere risolto valutando il superiore interesse del minore: insomma l'interesse del minore fa prevalere la famiglia degli affetti su quella di sangue e d'è criterio per la soluzione del conflitto: siamo quindi lontani dal criterio fondamentale che dà soluzione alle controversie civili: l'accertamento di un diritto, stabilire chi abbia ragione e chi abbia torto.

(19) La giurisprudenza sul punto è costante: ad esempio, Cass. n. 6080/2006 in tema di adozione internazionale. Qui non solo il decreto camerale ha natura di sentenza, ma la Cassazione stabilisce che si applica l'art. 339, per cui le sentenze in primo grado sono appellabili sempre che l'appello non sia escluso dalla legge.

5. Il giudizio di adozione ha la specifica funzione di attuare l'interesse del minore che, in situazione d'abbandono, può trovare soddisfazione con la creazione di un nuovo *status* familiare e ciò con l'irreversibile elisione dei rapporti con la famiglia d'origine attuata con la sentenza dichiarativa dello stato di adottabilità. Un sacrificio dei diritti dei genitori che ben si giustifica non solo per l'intensa tutela che la Costituzione dà all'infanzia e alla gioventù (artt. 30, comma 2, e 31 Cost.) ma anche guardando al diritto convenzionale. È significativo ricordare, ancora un volta, che la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 ha cura di precisare che in tutte le decisioni "l'interesse superiore del fanciullo deve avere *preminente considerazione*", formula sostanzialmente riprodotta, oltre che dalla Convenzione di Strasburgo, anche dall'art. 24, cpv., della Carta di Nizza sui diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione europea per cui "in tutti gli atti relativi ai fanciulli, compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del fanciullo deve essere considerato prevalente".

Non sempre l'attuazione dell'interesse del minore può essere affidata all'iniziativa di parte. Così è, in particolare, per il procedimento di adottabilità che, ora come in passato, è sottratto all'impulso di parti private: un tempo affidato all'iniziativa ufficiosa dello stesso giudice specializzato è ora il pubblico ministero ad avere la legittimazione straordinaria ed esclusiva ad agire e ciò utilizzando le notizie sulle situazioni di abbandono che gli siano comunque pervenute dai soggetti pubblici e privati indicati dall'art. 8 della legge.

Il pubblico ministero propone la domanda al tribunale per i minorenni del distretto nel quale "si trova" il minore: la situazione di abbandono rende irrilevante l'individuazione di più stabili criteri di collegamento territoriale, fermo restando che la competenza e i principi della *perpetuatio iurisdictionis* devono essere stabiliti con riferimento al momento della proposizione della domanda (20).

Forma dell'atto introduttivo, qui come in quasi tutti i procedimenti speciali, è il ricorso che deve contenere, in quanto applicabili, le indicazioni previste per gli atti di parte dalla norma generale dell'art. 125 c.p.c., essendo sul punto la disciplina speciale assai criptica limitandosi a stabilire, nel comma 2 dell'art. 9, che il pubblico ministero specifichi i motivi posti a fondamento della domanda.

Con il deposito del ricorso si determina la pendenza del giudizio: considerazione ovvia ma che trova dissonante riscontro in quanto dispone l'art. 10, comma 1, a norma del quale il presidente, ricevuto il ricorso, "provvede all'immediata apertura del procedimento", una regola questa che sembra degradare l'iniziativa del pubblico ministero a mera segnalazione d'una situazione d'abbandono. È palese che un'interpretazione costituzionalmente orientata attribuisce al pubblico ministero e non

al giudice specializzato l'iniziativa del procedimento: insomma, il giudizio di adottabilità è retto dal principio della domanda ed è strutturato come un processo di parti. Una scelta questa che riflette l'intenzione del legislatore di rimodellare le regole del procedimento di adozione sui principi del giusto processo che ora hanno trovato anche esplicita formulazione nel nuovo testo dell'art. 111 Cost.

Sotto questo profilo, assume particolare rilevanza la regola per cui il presidente del tribunale provvede ad avvertire i genitori (o, in mancanza, quei parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore) dell'apertura del procedimento e, con il medesimo atto deve anche invitarli a nominare un difensore, dando anche loro quell'informazione sull'eventuale nomina d'un difensore d'ufficio prevista da una regola che non pare possa trovare ancora applicazione per le ragioni che già ho ricordato.

Si noti che queste regole, contenute nel nuovo testo dell'art. 10, devono essere coordinate con quelle, rimaste immutate, previste dall'art. 12 della legge: il presidente deve fissare la data della comparizione dei genitori o dei parenti, dinanzi a sé o a un giudice delegato e se l'esistenza dei genitori o dei parenti emerge solo nel corso dell'istruttoria, occorrerà avvertirli della pendenza del procedimento, dare loro le istruzioni di cui già abbiamo detto per quanto riguarda la difesa tecnica e, infine, indicare la data della loro comparizione.

Conviene osservare che la partecipazione dei parenti che abbiano rapporti significativi con il minore è ora richiesta con certezza solo quando manchino entrambi i genitori del minore: solo in questo caso i parenti diventano parti necessarie del procedimento, destinatarie del decreto d'avvertimento e di fissazione dell'udienza di comparizione, ma questo non esclude, come è ovvio, che il giudice nell'esercizio dei suoi poteri istruttori ufficiali possa sentirli quali testimoni.

Il legislatore non prevede espressamente che dell'apertura del procedimento venga data notizia al minore. A mio avviso, questo dovrà con certezza avvenire, poiché il minore è parte necessaria del giudizio di adottabilità: lo si ricava non solo dalle norme convenzionali ma anche dal testo della legge che, all'art. 8, comma 4, prevede che il procedimento d'adottabilità deve svolgersi "fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore" (21). Il minore dovrà quindi essere informato del procedimento anche se ciò avverrà in persona del curatore speciale che deve essere senza indugio nominato, anche d'uffi-

Note:

(20) La competenza territoriale è qui inderogabile data la presenza del pubblico ministero e la struttura camerale del procedimento.

(21) La partecipazione del minore è anche prevista nel procedimento per la dichiarazione di adozione: qui, anzi, è stabilito che l'adozione non può aver luogo se il minore ultraquattordicenne non manifesta il proprio consenso all'adozione.

cio, dal presidente in virtù della specifica competenza attribuitagli in via generale dall'art. 80 c.p.c. (22).

Quanto alla forma dell'avvertimento, la lacunosa disciplina legislativa non impedisce di ritenere che il presidente provvederà con decreto in calce al ricorso del pubblico ministero (23) e che ricorso e pedissequo decreto siano comunicati ai genitori, ai parenti e, come ho detto, al curatore del minore. Invero, la funzione attribuita all'avvertimento non è quella di dare notizia della pendenza del procedimento ma di attuare il contraddittorio rendendo partecipi genitori e minore sia della domanda e del suo contenuto e quindi, in particolare, dei motivi che fondano il ricorso presentato dal pubblico ministero.

La legge non stabilisce con quale forma l'avvertimento deve essere portato a conoscenza dei suoi destinatari: l'aver ricollegato tale adempimento alla necessità di portare la domanda introduttiva a conoscenza delle parti suggerisce la risposta appropriata. Occorre che ricorso e decreto siano notificati, come avviene per la generalità degli atti introduttivi dei procedimenti civili contenziosi, una notificazione che, s'intende, ben può avvenire anche nelle forme semplificate consentite dall'art. 151 c.p.c. (24).

La conoscenza del contenuto della domanda è indispensabile premessa per dare piena attuazione al diritto di difesa delle parti che, in condizioni di parità, devono aver accesso a tutti gli atti del procedimento e disporre di poteri allegativi e probatori per poter influire sul convincimento del giudice.

Si tratta di poteri sui quali la legge poneva un tempo la sordina persino nel disciplina il giudizio di opposizione al decreto di adottabilità, ma che oggi - in modo assai opportuno - sono resi espliciti da quanto prevede l'art. 10, comma 2, per cui genitori e i parenti (ma anche, come si è visto, il curatore del minore) "possono partecipare a tutti gli accertamenti disposti dal tribunale, presentare istanze istruttorie e, previa autorizzazione del giudice, prendere visione ed estrarre copia degli atti contenuti nel fascicolo.

Queste norme valgono a contrastare con efficacia le prassi, affermatesi nei tribunali specializzati, che nel mortificare il diritto di difesa, allontanano il processo minorile dal modello del giusto processo voluto dalla Costituzione. La regola per cui i difensori delle parti possono partecipare a tutti gli accertamenti disposti dal tribunale, consente loro non soltanto d'assistere agli atti d'istruzione, sovente affidati a un giudice delegato non togato (25), ma anche di presenziare agli accertamenti affidati ai servizi sociali, un momento molto delicato dell'attività istruttoria, che per l'innanzi si svolgeva senza alcuna riguardo all'esigenza di consentire l'esercizio del diritto di difesa (26).

È ben vero che la legge subordina l'accesso agli atti ad un'autorizzazione giudiziale, ma è anche evidente che tale autorizzazione può essere negata solo con un provvedimento motivato dall'esigenza di proteggere l'inte-

resse del minore, un interesse eminente la cui rilevanza è fondata sugli artt. 3, comma 2, e 31, comma 2, Cost.

6. In questa cornice, di rivisitate e di rafforzate garanzie per i soggetti del procedimento ai quali ora conviene l'appellativo di *parti*, si sviluppa il giudizio dichiarativo dell'adottabilità.

Sino a quando il minore non trova ingresso in una nuova famiglia a titolo di affidamento preadottivo, il tribunale - o in via d'urgenza lo stesso presidente - provvedono a che siano soddisfatte, in via provvisoria, le esigenze più immediate del minore: questi può essere collocato d'urgenza "in luogo sicuro" (27) e il giudice minorile può disporre un affidamento familiare o anche la sospensione della potestà parentale ai sensi di quanto prevedono gli artt. 330 ss. c.c., anticipando sul punto gli effetti della dichiarazione di adottabilità (28).

Non mi soffermo sulla disciplina dei provvedimenti urgenti del presidente e su quelli interinali del tribunale: basti qui dire che i primi debbono essere sottoposti al vaglio del tribunale che li può confermare, revocare o modificare; per i secondi nulla è detto ma la loro funzione cautelare pone il problema dell'applicabilità delle regole del procedimento cautelare uniforme.

Desidero solo notare come il dettato normativo sia negativamente percorso da incertezze per quanto riguarda i diritti e in doveri delle parti del procedimento. Infatti, se le parti devono essere tutte doverosamente sentite (art. 10, comma 5) e dev'essere anche disposta l'audizione del minore ultradodicesime, dall'altro lato non tutte ricevono formale notizia dei provvedimenti pronunciati dal tribunale: invero la legge si limita a provvedere che il decreto del tribunale sia comunicato al pubblico ministero e ai genitori, ma è palese che la norma deve essere integrata con doveroso riferimento al curatore del minore oltre che alle altre parti del procedimento.

Note:

(22) Ho già detto che la nomina del curatore è atto compiuto nell'interesse del minore che spetta al giudice minorile nell'esercitare i poteri attribuitigli dall'art. 10, comma 2, e, in caso d'urgenza al presidente (o dal giudice delegato): art. 10, comma 4, legge adozione.

(23) Il decreto pronunciato su ricorso è apposto in calce al medesimo ricorso e ciò a norma di quanto dispone l'art. 135, comma 2, c.p.c.

(24) Tommaseo, *Della dichiarazione di adottabilità*, nel *Commentario al diritto italiano della famiglia*, cit. 144 s.

(25) Seguendo una prassi a suo tempo legittimata dalle Sezioni Unite e che trova ora oggettiva conferma nella nuova disciplina dell'adozione interna e internazionale Sezioni Unite (n. 5629/1996) e artt. 12 e 30, legge n. 184/1983 come modificati dalle leggi n. 476/1998 e 149/2001).

(26) Avveniva di frequente che le relazioni informative dei servizi locali fossero redatte senza l'applicazione delle regole di garanzia che debbono accompagnare le consulenze tecniche d'ufficio e ancora, con prassi maggiormente deviante dai principi, tali relazioni venivano gelosamente custodite nel fascicolo d'ufficio e rese accessibili ai difensori solo per consentire loro di proporre impugnazioni.

(27) Art. 2, comma 3, legge adozione e art. 403 c.c.

(28) Art. 19, legge adoz.: è invece assai dubbio che il tribunale possa dichiarare in sede urgente anche la decadenza dalla potestà.

Non vi sono variazioni nella disciplina dell'udienza di comparizione, a cui debbono partecipare personalmente i genitori o, eventualmente, i parenti entro il quarto grado, ma tutti con l'assistenza di un difensore.

Conviene sottolineare che l'udienza di comparizione non ha la stessa collocazione che le è propria nel procedimento ordinario di cognizione, ma è solo un momento - per quanto necessario - della trattazione della causa: essa, infatti, è di regola preceduta dagli accertamenti che il presidente del tribunale deve disporre *immediatamente* a norma dell'art. 10, comma 1, per compiere le verifiche strumentali all'accertamento della situazione d'abbandono; inoltre, è seguita da ulteriore attività istruttoria e in particolare dall'audizione del pubblico ministero e dei soggetti indicati nell'art. 15, comma 2, ossia gli eventuali affidatari, i responsabili delle strutture di accoglienza del minore, nonché, se esista, il tutore.

Centrale importanza attribuisce, infine, la legge all'audizione del minore capace di discernimento e tale si presume il minore ultradodicesimo. La legge, nel confermare quanto già in precedenza era stabilito a chiare lettere, conferma la necessità dell'audizione del minore per consentirgli, come vuole l'art. 12 della Convenzione di New York, di esercitare il *diritto* di esprimere la propria opinione su ogni questione che lo interessa. Le norme convenzionali stabiliscono che, a tal fine, dev'esser data al minore la *possibilità* d'essere ascoltato "in ogni procedura giudiziaria che lo concerne sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato", peraltro "in maniera compatibile" con le norme processuali previste dalla *lex fori*. Viene così riconosciuto al minore, conviene notarlo, un vero e proprio *diritto* all'audizione, a cui corrisponda l'obbligo per il giudice di disporla: diritto ed obbligo che sussistono, nel sistema della convenzione di New York, quando bisogna accertare che il minore non sia separato dai suoi genitori "contro la sua volontà" (art. 9).

Conviene ancora ricordare come il giudizio dichiarativo dell'adottabilità possa essere sospeso nell'interesse del minore: questa speciale sospensione *propter opportunitatem* del processo è disposta con ordinanza per un periodo non superiore a un anno. Si tratta di un'ipotesi di sospensione che si può eventualmente ricollegare all'affidamento controllato del minore alla famiglia d'origine disposta dal presidente nell'ambito dell'udienza di comparizione (29) e si aggiunge alle altre previste dalla legge sull'adozione: mi riferisco, alla sospensione su istanza del genitore naturale che intende provvedere al riconoscimento del figlio (art. 11, comma 2), ma anche al c.d. "rinvio" della procedura nel caso di non riconoscibilità per difetto d'età del genitore.

Per contro, il giudizio può subire una forte accelerazione nel caso di minori con genitori sconosciuti o orfani d'entrambi i genitori: lo prevede l'art. 11 che consente l'immediata dichiarazione dello stato di adottabilità,

una conclusione rapida che può essere evitata solo se è richiesta l'adozione non legittimante degli orfani di padre e di madre o se il genitore naturale chiede la sospensione del procedimento manifestando la volontà di provvedere al riconoscimento.

7. L'art. 14, comma 2, stabilisce che la dichiarazione dello stato di adottabilità è disposta in camera di consiglio con sentenza. La regola evoca, nella sua prima parte, le forme camerali del procedimento e, nella seconda, dà forma di sentenza al provvedimento conclusivo a riprova della struttura contenziosa e sia pure camerale-contenziosa dell'intero giudizio.

È interessante notare che non soltanto il giudizio di adottabilità culmina in una sentenza, ma hanno forma di sentenza tutti i provvedimenti costitutivi dello *status* di figlio adottivo e questo non solo nell'adozione legittimante, ma anche nell'adozione in casi particolari e in quella ordinaria di persone maggiorenni.

Ho già ricordato la ragioni di questa scelta e come la forma della sentenza sia coerente con gli effetti che scaturiscono dai provvedimenti pronunciati nel giudizio di adozione: ben si può ripetere con il compianto Cerino Canova che "la creazione con gli strumenti della giurisdizione di una situazione stabile, ne postula la pronuncia con un provvedimento parimenti stabile" e quindi esige non soltanto che tale provvedimento abbia forma di sentenza o, almeno, che gli sia riconosciuta valore sostanziale di sentenza, ma anche l'attuazione di quelle garanzie "in buona parte costituite dalla sequenza delle impugnazioni ordinarie, indispensabili alla formazione dell'autorità del giudicato" (30).

La sentenza di adottabilità dev'esser notificata per esteso e a cura dell'ufficio (31) alle parti del procedimento e anche al minore e, in particolare, al suo curatore speciale, soggetto a cui il legislatore fa qui distratto riferimento ma che, come abbiám visto, assume un ruolo essenziale nello svolgimento del giudizio di adottabilità.

La legge esige che venga dato "contestuale avviso" ai destinatari delle notificazioni del loro diritto di impugnare la sentenza "nelle forme e nei termini previsti dall'art. 17": a questo proposito, mi limito ad osservare che questa regola, già prevista nel testo previgente, appare ora priva di oggettiva giustificazione in un contesto che vede la parti del giudizio di adottabilità *necessariamente* assistite da un difensore. La disposizione normativa non chiarisce su chi gravi il dovere di formulare tale avviso: resta quindi il dubbio se l'avviso debba essere contenuto nella sentenza di adottabilità, oppure se

Note:

(29) Vedi quanto dispone l'art. 12, comma 4, e di "affidamento controllato", parla Bianca, con riguardo all'affidamento con il quale si tenta il reinserimento del minore nella famiglia d'origine (Tommaso, *Della dichiarazione di adottabilità*, cit., 151).

(30) Cerino Canova, *Della dichiarazione di adottabilità*, cit. 193.

(31) La notificazione d'ufficio è prevista espressamente per le sentenze pronunciate in grado d'appello.

gravi sul cancelliere che richiede la notificazione del decreto o addirittura sull'ufficiale giudiziario (32).

Quanto alla forma dell'atto d'appello essa è certamente quella del ricorso: lo si ricava dalle forme camerale del giudizio d'appello evocate dal comma 1 dell'art. 17, un ricorso da depositare nei rituali trenta giorni dalla notificazione della sentenza. La Corte deve sentire il pubblico ministero e tutte le parti private (e non soltanto il ricorrente, come voleva la disciplina previgente) e può anche effettuare ogni altro opportuno accertamento: un'attività istruttoria ufficiosa che, pur nel silenzio della legge, ha simmetrico riscontro nei poteri doverosamente riconosciuti alle parti tutte (33).

La legge ha cura di precisare che la sentenza d'appello è ricorribile per cassazione, sia pure nel termine dimidiato di trenta giorni dalla notificazione. Mentre resta fermo che, nell'improbabile ipotesi della *revisio per saltum* pur essa espressamente richiamata dall'art. 17, comma 2, si può far valere soltanto l'ingiustizia della sentenza e quindi la violazione o falsa applicazione di norme di diritto, la legge detta una regola singolare e, invero, poco decifrabile.

Infatti, il medesimo comma 2 dell'art. 17 vuole che i

motivi dell'eventuale ricorso siano soltanto quelli di cui ai nn. 3, 4 e 5 dell'art. 360, con esclusione quindi dei motivi attinenti alla giurisdizione e alla violazione delle norme sulla competenza: i dubbi che può suscitare tale limitazione, si debbono oggi considerare del tutto superati per effetto di quanto dispone il nuovo ultimo comma dell'art. 360 c.p.c. a norma del quale nei confronti delle sentenze contro cui è ammesso ricorso per cassazione "per violazione di legge" l'impugnazione è ammessa per tutti indistintamente i motivi indicati dall'art. 360, norma questa applicabile con certezza anche alle sentenze d'appello pronunciate a norma dell'art. 17 della legge sull'adozione.

Note:

(32) Escluso che sia un requisito di validità della sentenza, la formulazione dell'avviso spetta al cancelliere nel momento iniziale del procedimento notificatorio: Tommaseo; op. cit., 176.

(33) Ci si chiede se debba essere disposta nuovamente l'audizione del minore: sul punto vi è incertezza, ma credo che la questione vada risolta riconoscendo al giudice d'appello la facoltà ma non anche l'obbligo di sentire il minore. Si noti che il minore dovrà essere sentito, ed eventualmente prestare il proprio consenso, nel successivo giudizio per la dichiarazione di adozione.

RIVISTE

Il Corriere giuridico

Mensile di giurisprudenza, legislazione e opinione

Direttore scientifico: Piero Schlesinger

Comitato scientifico: Vincenzo Carbone, Mario Cicala, Claudio Consolo, Adolfo Di Majo, Giuseppe Lombardi, Vincenzo Mariconda

Periodicità: mensile



Corriere Giuridico è il mensile di diritto e procedura civile che non trascura gli spunti innovativi offerti dal diritto penale e amministrativo e affronta con tempestività e autorevolezza tutte le problematiche con le quali si misurano gli operatori del diritto. Offre un duplice aggiornamento: segnala in forma sintetica le pronunce della Corte costituzionale, della Corte di giustizia CE, della Corte di cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte europea dei diritti dell'uomo con note di richiamo ai precedenti e agli orientamenti della dottrina; pubblica per esteso, con approfonditi commenti, le novità legislative e giurisprudenziali di maggior interesse. Trimestralmente Corriere Giuridico viene affiancato da INT'L LIS, il prestigio-

so supplemento dedicato al diritto processuale internazionale e all'arbitrato internazionale.

Il **servizio online**, riservato esclusivamente agli abbonati e consultabile all'indirizzo www.ipsoa.it/ilcorrieregiuridico, permette all'utente di accedere con tempestività a tutte le novità d'interesse.

Abbonamento annuale € 190,00

Per informazioni

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **www.ipsoa.it**

Matrimonio dello straniero

Sul matrimonio dello straniero privo di autorizzazione al soggiorno

di Paolo Morozzo Della Rocca

L'assenza del requisito della regolarità del soggiorno non costituisce, come da alcuni inesattamente affermato, una lacuna normativa, bensì una espressa volontà del legislatore che si giustifica adeguatamente col rilievo occupato dalla libertà matrimoniale nella economia generale dei diritti umani. L'eventuale vantaggio di vedere regolarizzata la propria posizione amministrativa di soggiorno, ottenibile dal coniuge straniero del cittadino italiano o comunitario, non postula necessariamente, né normalmente, un intento abusivo dei nubendi. Tale intento, comunque, qualora si verifichi, sarà perseguibile con altri strumenti volti a sanzionare la simulazione del matrimonio e non, invece, ad impedire la celebrazione di matrimoni veri.

I "bravi" sindaci e i promessi sposi clandestini

Il problema della connessione tra la disciplina relativa alla celebrazione del matrimonio e la normativa in materia di immigrazione è divenuto di recente oggetto di un certo dibattito, seppure caratterizzato da dati ed argomenti fantasiosi, per effetto della immeritata pubblicità data dai media al provvedimento di un sindaco della bassa bergamasca che dai cittadini stranieri che si presentano per convolare a nozze nella casa comunale pretende, oltre ai documenti previsti dalla vigente disciplina di stato civile, anche l'esibizione del permesso di soggiorno.

Al riguardo parrebbe facile rammentare che l'art. 6, comma 2, d.lgs. 286/1998 (testo unico delle norme sull'immigrazione) esclude esplicitamente, per tutti i provvedimenti riguardanti gli atti di stato civile, l'esibizione del permesso di soggiorno da parte dell'interessato.

L'assenza del requisito della regolarità del soggiorno non costituisce dunque, come inesattamente affermato da alcuni sindaci, una lacuna normativa, bensì una espressa volontà del legislatore sulla quale non dovrebbero sorgere dubbi, posto che - come è stato giustamente osservato - gli impedimenti che autorizzano ed anzi impongono all'ufficiale dello stato civile di rifiutare la celebrazione del matrimonio sono sempre da intendersi come tassativamente previsti. (1)

La *ratio* della norma è agevolmente intuibile se si considera il rilievo occupato dalla libertà matrimoniale nella economia generale dei diritti umani, ben dimostrato anche da alcune enunciazioni contenute nelle carte internazionali dei diritti. (2)

Vero è che il tema del possesso o meno dell'autorizzazione al soggiorno di uno o entrambi i nubendi non è oggetto di trattazione in quelle carte, tuttavia esso trova soluzione, in primo luogo, proprio nella corretta inter-

pretazione del sistema internazionale del diritto di libertà matrimoniale, il quale si pone, a sua volta, come corollario del più ampio e ben studiato diritto al rispetto della vita familiare, avvantaggiandosi della ricca riflessione dottrinale e giurisprudenziale che lo concerne. (3)

Se è vero, dunque, che la libertà e la capacità matrimoniali possono ed anzi devono essere sottoposte alle condizioni di legge esistenti in ciascuno Stato, pure è vero che tali condizioni sono legittime solo se obiettivamente necessarie e dunque ragionevoli all'esito di un bilanciamento tra il diritto di libertà che viene ad essere limitato dal legislatore e gli interessi concorrenti che mediante tali limitazioni egli intenda proteggere.

Non v'è dubbio, ad esempio, che la pratica dei matrimoni di comodo, celebrati al solo fine di ottenere l'autorizzazione al soggiorno, debba essere contrastata, ad esempio impedendo il raggiungimento degli effetti legali perseguiti dagli autori del matrimonio abusivo e sostanzialmente simulato, purché, ovviamente, detto abuso sia effettivamente accertato e non solo presunto.

L'imposizione della condizione della regolarità del sog-

Note:

(1) Così D. Berloco, *Matrimonio in Italia di cittadini stranieri sprovvisti di permesso di soggiorno*, in *Stato civ. it.*, I, 1998, 259 s.

(2) Potrebbero essere qui richiamati: l'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; gli artt. 17 e 23 del Patto sui diritti civili e politici; l'art. 12 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; nonché l'art. 9 della Carta di Nizza. In argomento, pure nella prospettiva costituzionale: A. Celotto, *La libertà di contrarre matrimonio fra costituzione italiana e (progetto di) costituzione europea: spunti di riflessione*, in *Famiglia*, 2004, 319 ss.

(3) Lo rileva giustamente, da ultima, J. Long, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006, 194.

giorno tra i requisiti della capacità matrimoniale costituirebbe, invece, una misura davvero sproporzionata all'obiettivo perseguito, posto che la condizione di irregolarità non postula necessariamente, né normalmente, un intento abusivo dei nubendi per il solo fatto che uno dei due trarrà un vantaggio amministrativo dalla celebrazione del matrimonio. (4) Diversamente opinando, dovrebbe pronosticarsi come abusivo ogni matrimonio caratterizzato dalla ricorrenza di un vantaggio materiale o giuridico connesso, come nel caso del matrimonio tra uno sposo povero e uno ricco, tra una persona invalida ed una sana, o tra una persona giovane ed una più matura.

Il requisito di regolarità del soggiorno sarebbe inoltre incompatibile con il carattere pluralistico degli ordinamenti matrimoniali che caratterizza il nostro Paese. V'è infatti da considerare che per il diritto canonico la posizione amministrativa del nubendo straniero risulta assolutamente ininfluenza sulla sua capacità matrimoniale e dunque non dovrebbe costituire alcuna ragione di preoccupazione per il ministro del culto richiesto della celebrazione del matrimonio concordatario.

Chiesa e municipio potrebbero così rivivere antichi dissidi in certi comuni della penisola, là dove l'ingiustificato rifiuto dell'autorità civile di procedere alle pubblicazioni matrimoniali solleciterebbe il parroco, di fronte alla sua coscienza di pastore, a celebrare ugualmente il matrimonio nonostante l'assenza delle pubblicazioni stesse, la cui mancanza è impedimento meramente impediente ma non invalidante del matrimonio, che pertanto dovrà poi essere trascritto nei registri dello stato civile italiano. (5) Ed in effetti non sarebbe certo disdicevole, di fronte a certi moderni don Rodrigo, che il prete si comportasse meglio del povero don Abbondio, prendendo sul serio, al riguardo, i diritti dei nubendi, nonché le indicazioni del Pontificio Consiglio per la famiglia. (6)

La segnalazione del promesso sposo all'autorità di pubblica sicurezza

Risolto agevolmente il quesito relativo alla sussistenza o meno della regolarità del soggiorno tra i requisiti per la celebrazione del matrimonio, resta però impregiudicato un dilemma assai grave e forse ancor più manzoniano: se sia dato - o addirittura richiesto - all'ufficiale di stato civile di segnalare all'autorità di pubblica sicurezza la condizione di irregolarità dello straniero che si presenti al municipio per richiedere la celebrazione del suo matrimonio.

Ove, infatti, la risposta a questo secondo interrogativo fosse affermativa, la richiesta di celebrare il matrimonio diverrebbe piuttosto rischiosa, inducendo i meno sprovveduti od i più fortunati a percorrere itinerari alternativi, quali, ad esempio:

a) la celebrazione del matrimonio presso le proprie autorità consolari, specie nei casi in cui una convenzione

bilaterale permetta loro di fare riconoscere gli effetti civili di detto matrimonio;

b) la celebrazione del matrimonio all'estero, nel paese di origine dello straniero privo del permesso di soggiorno, seguita dal reingresso in Italia per coesione familiare nel caso in cui il coniuge sia cittadino italiano o comunitario;

c) la celebrazione del matrimonio in una delle altre "forme" previste dall'art. 28 della l. n. 218/1995, con successiva richiesta al giudice di pronunciarsi con sentenza di accertamento sull'esistenza del matrimonio, al fine di poterne ottenere la registrazione agli atti dello stato civile ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. f) del d.P.R. 396/2000 (ordinamento dello stato civile) (7);

d) il concepimento o la nascita di un figlio, con la conseguente certezza, almeno per la madre, della temporanea inespellibilità, che rende così irrilevante la segnalazione del sindaco all'autorità di polizia. (8)

Gli altri si rassegnerebbero alla convivenza *more uxorio*. Un risultato ad essi non favorevole e certo non apprezzabile, neppure da coloro che persistono nel considerare la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio".

Sul punto, purtroppo, la lacuna legislativa c'è davvero; ed è grave fonte di incertezze.

Note:

(4) Ciò non ha impedito ad alcuni Paesi europei di progettare o addirittura varare normative gravemente intrusive in materia. Cfr. C. Nast, *Matrimoni simulati e frode in materia di stato civile: esempi di misure nazionali e di cooperazione internazionale*, in *Lo stato civ. it.*, 2007, 2, 96 ss. Occorrerà però vedere quali di queste normative supererà il vaglio delle rispettive Corti costituzionali (il cui responso, per la Francia, è già stato durissimo), nonché quello, eventuale ma probabile, del giudice di Straburgo.

(5) Possibilità confermata, nella prassi, da una delle risposte fornite nella rubrica *Quesiti della rivista Lo stato civ. it.*, 2007, 2, 115 s., riguardante nello specifico la possibilità di celebrazione di un valido matrimonio concordatario, con presentazione del nulla osta di cui art. 116 c.c. tra stranieri entrambi non residenti né domiciliati.

(6) Pontificio Consiglio per la famiglia, Carta dei diritti della famiglia, 22 ottobre 1983. Art. 1: Ogni persona ha diritto alla libera scelta del proprio stato di vita, e perciò a sposarsi e formare una famiglia oppure a restare celibe o nubile. a) Ogni uomo e ogni donna, che ha raggiunto l'età del matrimonio e ne ha la necessaria capacità, ha il diritto di sposare di formare una famiglia senza alcuna discriminazione; restrizioni legali all'esercizio di questo diritto, sia di carattere permanente che temporaneo, possono essere introdotte solamente quando sono richieste da gravi ed oggettive esigenze dello stesso istituto matrimoniale e della sua rilevanza sociale e pubblica; e devono, in ogni caso, rispettare la dignità e i diritti fondamentali della persona.

(7) In argomento, G. Coscia e M. Vellano, *Il matrimonio del cittadino italiano all'estero e del cittadino straniero in Italia*, in G. Ferrando, *Il nuovo diritto di famiglia*, vol. I, Bologna, 2007, 484 s.

(8) Lo stato di gravidanza, nonché la successiva nascita del figlio rende provvisoriamente inespellibile la donna per un periodo determinato dall'art. 19 d.lgs. 286/1998. Detta condizione di inespellibilità è stata estesa dalla Corte costituzionale anche al marito, sin dal concepimento, nonché al genitore convivente non coniugato che riconosca il figlio naturale successivamente alla sua nascita. Più ampi sono invece gli effetti di inespellibilità del genitore straniero se il figlio acquista, sin dalla nascita, la cittadinanza italiana.

Per un verso, infatti, è stato sostenuto che il sindaco-ufficiale dello stato civile, in mancanza di più esplicite indicazioni da parte del legislatore, non solo non abbia l'obbligo ma nemmeno la facoltà di segnalare la situazione di irregolarità del soggiorno occasionalmente scoperta nell'esercizio di queste sue funzioni alla autorità di pubblica sicurezza. (9)

Esercita qui un suo peso l'argomento della autonomia del diritto al matrimonio rispetto alla disciplina amministrativa dell'immigrazione. Argomento che può essere fondato pure su una significativa analogia *legis*, riguardante il diritto alla salute degli immigrati.

Dispone infatti l'art. 35, comma 5 d.lgs. 286/1998 che «l'accesso alle strutture sanitarie da parte dello straniero non in regola con le norme sul soggiorno non può comportare alcun tipo di segnalazione all'autorità, salvo i casi in cui sia obbligatorio il referto, a parità di condizioni con il cittadino italiano.». Sia il diritto alla salute che il diritto di libertà matrimoniale rilevano infatti, sul piano costituzionale, non solo come diritti soggettivi ma anche come valori di interesse collettivo; ed il disposto di cui all'art. 6, comma 2, d.lgs. 286/1998 potrebbe essere letto come espressione involuta ma positiva del medesimo enunciato stabilito nel successivo art. 35, comma 5, in materia di diritto alla salute.

Di contro, è stato invece osservato che, ai sensi dell'art. 331 c.p.p., i pubblici ufficiali (e tra essi l'ufficiale di stato civile) «che, nell'esercizio o a causa delle loro funzioni o del loro servizio, hanno notizia di reato perseguibile di ufficio, devono farne denuncia per iscritto, anche quando non sia individuata la persona alla quale il reato è attribuito» informandone, senza ritardo, il pubblico ministero o un ufficiale di polizia giudiziaria. (10)

Nello stesso senso si esprime, tra l'altro, la raccolta di pareri contenuta nel volume, edito a cura del Ministero dell'Interno, noto come «*Massimario per l'ufficiale di stato civile*», la quale, auspicabilmente, dovrebbe riportare la prassi più corretta da osservare nei casi dubbi, accreditandola. (11)

Ma nel caso di specie il Massimario del Ministero ha evidentemente ecceduto, andando ben oltre lo stesso disposto dell'art. 331 c.p.p. nell'invitare l'ufficiale di stato civile a segnalare all'autorità di polizia anche la sola mancanza dell'autorizzazione al soggiorno, essendo tale circostanza priva di rilevanza penale, almeno nel caso in cui vi sia la semplice mancanza di un titolo di soggiorno, entrando in gioco il diritto penale dell'immigrazione solo dopo che lo straniero sia rimasto inottemperante al decreto prefettizio di espulsione senza una valida giustificazione.

Eppure, anche in quest'ultimo caso una volta fatta la segnalazione l'ufficiale di stato civile dovrebbe procedere, con altrettanto e forse migliore zelo, alla celebrazione del matrimonio dello straniero che ne abbia i requisiti indicati dal codice civile.

È interessante, al riguardo, richiamare una decisione del

Tribunale di Udine riguardante un matrimonio celebrato davanti all'ufficiale di stato civile ed interrotto dalla polizia, che aveva portato via lo sposo prima che potesse sottoscrivere l'atto.

Per comprendere quale sia stato l'apprezzamento del magistrato riguardo all'operazione compiuta dalle forze dell'ordine in quel frangente, basti considerare che, di fronte alla mancata sottoscrizione dei verbali anche da parte dell'ufficiale dello stato civile, dei testimoni e dell'altro sposo, il tribunale, censurando l'erroneo comportamento dell'ufficiale di stato civile, ha disposto l'integrazione dell'atto di matrimonio, costituendo per questa via il vincolo coniugale. (12) Ed a seguito di ciò, il giudice dell'espulsione, dopo avere correttamente sospeso il giudizio sino alla decisione del tribunale, ha provveduto al suo annullamento ai sensi dell'art. 19, comma 2 d.lgs. 286/1998, ove è vietata l'espulsione dello straniero convivente col coniuge italiano, dato che l'unica ragione della mancata convivenza era costituita, nel caso di specie, dal forzoso trattenimento del coniuge straniero da parte dell'autorità di polizia ai fini della sua espulsione. (13)

Interessante è anche una più risalente decisione con la quale è stata dichiarata l'inespellibilità di uno straniero convivente *more uxorio* con una donna italiana in attesa di poterla sposare, una volta che quest'ultima avesse riacquisito lo stato libero per effetto dello scioglimento di un precedente matrimonio. (14)

L'interesse di questa decisione, riguardo alla diversa ma simile posizione del promesso sposo (egli pure esposto alla possibilità di essere espulso oppure già colpito da un provvedimento di espulsione), sta nel fatto che la condizione di coloro che stanno per acquisire - o sono in attesa di potere acquisire - lo *status familiae*, viene parificata dal giudice a quella dei soggetti che di tale *status* sono già titolari, traendone così il medesimo effetto acquisitivo del diritto al soggiorno in Italia, seppure solo in via cautelare.

In definitiva questo condivisibile orientamento giurisprudenziale sembra voler suggerire ai troppo zelanti castigatori di amori clandestini (tali, beninteso, solo riguardo al permesso di soggiorno) di dedicarsi maggiormente ad altri e più seri problemi.

Gli obiettivi della legalità e della sicurezza si perseguo-

Note:

(9) In senso conforme, cfr. *I servizi demografici*, 2003, 2, 225 s., Quesiti.

(10) Al riguardo: D. Berloco, *Il matrimonio dello straniero privo di permesso di soggiorno*, in *Lo stato civ. it.*, 1, 2007, 20 ss.

(11) Ministero dell'interno, *Il Regolamento di stato civile: guida all'applicazione. Massimario per l'ufficiale di stato civile*, Rimini, 2005, 61.

(12) Trib. Udine, 14 novembre 2005, decr. n. 796/05, in *Gli stranieri*, 2005, 5, 598.

(13) Così Giudice di Pace di Udine, 18 novembre 2005, n. 362, in *Gli stranieri*, 2005, 5, 599.

(14) Trib. Pordenone, decr. 14 agosto 2003, in *Dir. imm. citt.*, 2003, 4, 145 ss.

no, infatti, anche evitando di esercitare un inutile ostracismo (magari abusando o eccedendo dalle proprie funzioni) nei riguardi di coloro che vogliono sposarsi, posto che un onesto progetto familiare non pare certo

incompatibile con la circostanza che ciò possa incidentalmente giovare alla regolarizzazione del coniuge straniero, consolidandosi anche così le possibilità di futuro del nuovo nucleo familiare.

LIBRI

**Giornale di diritto amministrativo
Quaderni**

diretti da Sabino Cassese

Quaderno n. 15 - Il codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

aggiornato con il decreto legislativo 26 gennaio 2007, n. 6

a cura di

Luigi Fiorentino e Chiara Lacava

Autori

Stefano Carta, Laura Ceroni, Davide Colaccino, Luigi Fiorentino, Chiara Lacava, Gabriele Mazzantini, Gabriele Pasquini, Silvia Simone, Laura Zanettini, Stefania Zuccolotto

Ipsoa 2007, € 29,00

Il Codice dei contratti pubblici rappresenta la novità più rilevante degli ultimi dieci anni nella disciplina degli appalti.

Per la prima volta nel nostro ordinamento viene approvato un testo unico che, oltre a recepire le direttive comunitarie del 2004, individua principi e norme comuni a tutti i tipi di contratti pubblici (lavori, servizi e forniture), regola i contratti dei settori esclusi (acqua, energia, trasporti, poste) e disciplina altresì i contratti sotto soglia.

Il Codice contiene aspetti e principi molto innovativi degli istituti e delle procedure di appalto, che hanno un impatto diretto e indiretto sulle pubbliche amministrazioni e sul mercato e che potranno condizionare fortemente la legislazione e la prassi nel settore.

Tra i nuovi strumenti normativi, gestionali e contrattuali si segnalano: i requisiti dei partecipanti alle gare e l'avalimento, la disciplina dell'offerta economicamente più van-

taggiosa, gli appalti pubblici elettronici, l'accordo quadro, il dialogo competitivo, le disposizioni sui contratti pubblici.

Il Quaderno, aggiornato con il decreto correttivo di fine gennaio 2007, prende in esame ognuno di questi aspetti, ponendo particolare attenzione ai profili più innovativi. In ogni caso, all'analisi della disciplina vigente segue la disamina dei profili problematici nell'ottica comunitaria.

Il volume tiene altresì conto delle recenti modifiche normative al Codice approvate con il decreto legislativo 26 gennaio 2007, n. 6 e di ulteriori modifiche previste da un decreto correttivo in corso di approvazione.

Per informazioni

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **www.ipsoa.it**



Applicabilità della mediazione familiare

La mediazione familiare nel rito della separazione e del divorzio

di Giuseppe Spadaro

La norma, introdotta dalla riforma in tema di affidamento condiviso, che consente il ricorso alla mediazione familiare, pur prevista in materia di separazione è suscettibile di estensione analogica al procedimento in materia di divorzio, atteso il preminente interesse dei figli minori e la *eadem ratio* sottesa.

1. L'art. 155-sexies c.c. e la mediazione

La l. 8 febbraio 2006 n. 54, recante disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli, ha introdotto disposizioni normative di nuovo conio in seno alla disciplina concernente la separazione personale dei coniugi, tra cui l'art. 155-sexies c.c. che, al comma II, recita: «Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 155 per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli».

Trattasi di una norma introduttiva di un "nuovo" potere discrezionale del Giudice facente capo alla possibilità che questi rimetta le parti in causa dinanzi ad un collegio di esperti affinché in quella sede nascano accordi - tra i coniugi - intesi a regolamentare il nuovo *menage* familiare successivo alla crisi coniugale.

La disposizione, per quanto scarna, comprende anche un regime di procedura. Ed, infatti, alla presenza di talune condizioni, il Giudice ha facoltà di disporre il rinvio a nuova data della adozione dei provvedimenti di cui all'art. 155 c.p.c. I presupposti per la operatività della mediazione sono, tuttavia, previsti ex lege.

2. Presupposti applicativi

Il Giudice può *rimettere* le parti dinanzi ai mediatori se: il giudice ne ravvisa l'opportunità; le parti sono state sentite; le parti hanno prestato il loro consenso.

Quanto al primo presupposto, esso involge la discrezionalità valutativa - insindacabile - del giudicante che, alla luce di una valutazione sommaria ma non superficiale reputa "opportuna" la mediazione. L'opportunità, tuttavia, non è legata ad una prognosi concernente le sorti della mediazione ma ad un esame approssimativo dell'indice di conflittualità rilevato tra le parti. E il giudice valuta l'opportunità del "tentativo" non "dell'accordo".

Ciò che dovrà, pertanto, verificare non è la probabilità di riuscita dell'accordo, ma l'incidenza positiva del tentativo.

Quanto al secondo requisito, esso ha una duplice valenza: *in primis*, è solo ascoltando direttamente le parti che il Giudice può porre in essere quel giudizio di opportunità di cui appena discusso; *in secundis*, è solo in tal modo che la rimessione agli esperti è adottata in funzione della "coppia" e non degli "individui" e, cioè, nel rispetto del contraddittorio. Ciò vuol dire che il termine "parte" deve essere inteso in senso sostanziale e, cioè, il difensore non può sostituire l'assistito, in questa attività.

L'ultimo requisito è determinante poiché solo il consenso delle parti giustifica e rende produttivo un rinvio che, altrimenti, sarebbe una involuzione patologica del rito speciale di tipo presidenziale.

3. Esiti della mediazione

Quanto al *modus agendi* concreto, il giudice, sentite le parti ed accolto il loro consenso, se reputa opportuna la mediazione, ne dà atto nel verbale di udienza in cui, in ogni caso, fissa la nuova comparizione delle parti dinanzi a sé. In tale udienza gli esiti possono essere differenti:

- 1) accordo raggiunto. Il giudice provvede alla omologazione dell'accordo raggiunto dalle parti, nei modi e limiti previsti dalla legge;
- 2) accordo non raggiunto. Il giudice provvede ai sensi degli artt. 155 c.c. e ss.;
- 3) accordo *in itinere*. Il giudice - rilevato che necessita altro tempo per la formazione dell'accordo, sentite le parti, acquisito nuovamente il loro consenso, dispone un ultimo rinvio.

Nella procedura di mediazione, il giudice dialoga con gli esperti al fine di monitorare il corso dei lavori ed acquisisce, periodicamente, le relazioni dei mediatori. Le operazioni degli esperti sono riservate e poste in essere

in completa autonomia nei limiti fisiologici della mediazione.

4. Dal rito della separazione al rito del divorzio, art. 4, comma 2, legge 54/2006

Si è discusso circa l'applicabilità della Mediazione al rito del divorzio, da taluni esclusa poiché ontologicamente non compatibile con quel rito: se, infatti, nel rito della separazione essa è funzionale al raggiungimento di un accordo di omologa, nel rito divorzile siffatta *ratio* verrebbe meno. La mediazione, infatti, è deputata a far sì che i coniugi pervengano ad un "accordo": orbene, gli accordi in vista della separazione sono pacificamente, ormai, reputati validi ed ammissibili (seppur entro taluni limiti); gli accordi in vista del divorzio, invece, sono tuttora ritenuti improduttivi di effetti ("gli accordi dei coniugi diretti a fissare il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio sono nulli per illiceità della causa, *ex multis* Cass. civ. 2076/2003). E, tuttavia, ai sensi dell'art. 4, comma 2, l. n. 54/2006, le disposizioni della normativa già cit. (quindi anche l'art. 155-*sexies* c.c.), si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati. Una *interpretatio* ortopedica, restrittiva, appare, invero, non condivisibile. Comunque vi è di più. La norma di cui all'art. 155-*sexies*, comma 2, c.c. resterebbe applicabile in via analogica nel procedimento divorzile, giusta - in linea generale - il potere conferito al Presidente di esperire il tentativo di conciliazione ed in linea di principio le medesime ragioni giustificative dell'istituto nell'ambito del procedimento inteso a conseguire la cessazione degli effetti civili del matrimonio. Non può, infatti, essere sottaciuto che - anche nel rito del divorzio - permane l'interesse preminente e primario alla tutela della prole, in particolare dei figli minori - cosicché laddove la mediazione sia deputata a realizzare siffatta tutela, escluderla, in siffatti casi, creerebbe un *vulnus* agli artt. 3, 30, 31 Cost.. E, dunque, l'estensione dell'istituto, anche al rito del divorzio, può essere postulata anche in forza del ricorso allo strumento dell'interpretazione adeguatrice o costituzionalmente orientata o teleologica o sistematica, in guisa del richiamo al principio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.* (come, invero, già fatto in altro caso ma in relazione ai medesimi riti da Trib. Lamezia Terme, ordinanza 20 luglio 2007, Pres. ed est. C. Trapuzzano).

A maggior ragione, siffatto sforzo ermeneutico è dovuto laddove sia la stessa prole a far richiesta della mediazione, al fine di ripristinare l'equilibrio nella famiglia divelta nei suoi tessuti connettivi dalla crisi intervenuta. Non può sottacersi, infatti, che l'esigenza della mediazione nasce, in maggior parte, proprio dalla necessità di salvaguardare i rapporti verticali, pur dinanzi alla esternazione - nella sede presidenziale - di una intesa, in vista del divorzio, già in via di consolidamento. E, peraltro, l'art. 155-*sexies*, comma 2, c.c. non è destinato

esclusivamente ai figli minori ma alla prole in generale (l'articolo cita, infatti, testualmente "figli"): ciò vuol dire che l'interesse che muove la mediazione può essere dal giudice rinvenuto anche nella situazione giuridica soggettiva (da tutelare) che fa capo ai figli maggiorenni non ancora usciti dal nucleo familiare e bisognosi della genitorialità.

Ed, infatti, la genitorialità è concetto che non ha un "termine di durata" riferito all'età del figlio ma involge, più propriamente, lo stato della prole fintanto che questa abbia bisogno della propria famiglia e non abbia deciso di lasciare la stessa in quanto autosufficiente da un punto di vista economico e morale. D'altronde, la novella legislativa attribuisce rilevanza al dato cronologico, ed alla età del figlio, esclusivamente al fine di regolare i rapporti economici; e vi è di più: non fa riferimento al ruolo del genitore, in quanto padre o madre, ma ha riguardo alla genitorialità in quanto veicolo per individuare gli obbligati nei confronti della prole fintanto che la stessa non sia divenuta autosufficiente economicamente. Il che vuol dire che il regime giuridico regolamenta, limitandolo, solo il diritto di tipo patrimoniale alla corresponsione del mantenimento non anche quello, *sine die*, alla genitorialità in senso puro, discendente dai grimaldelli costituzionali.

Ed, ancora, la *ratio* sottesa alla mediazione non è *tout court* quella di confezionare un patto geminato dalle ceneri dell'*affectio coniugalis* venuto meno (ottica formalistica), ma, al contrario (ottica sostanzialistica) quello di evitare che la crisi della famiglia pregiudichi, in modo irrimediabile, i rapporti che da quella società "naturale" erano sorti. Si passa, cioè, da un'ottica in cui l'accordo compone la lite ad un'ottica in cui le relazioni familiari si compongono con l'accordo.

Se questo è vero, allora il Presidente, nella sua valutazione discrezionale - ai fini del rinvio di cui all'art. 155-*sexies*, comma 2, c.c. - non si limita a verificare che ad *acta* risulti prodotto un negozio da omologare, ma accerta, altresì, che la discussione di quell'accordo, dinanzi ai mediatori, non possa rivelarsi l'occasione per ripristinare, rinsanire o addirittura ricostituire i rapporti di famiglia (in senso orizzontale, coniugio; in senso verticale: filiazione).

5. Qualificazione giuridica dei mediatori

Come già anticipato, è dibattuta, sin dall'entrata in vigore della riforma, la natura giuridica dei "mediatori", tradizionalmente intesi e considerati, dagli operatori del settore, alla stregua di professionisti aventi una funzione compositiva della lite (e non valutativa).

Le associazioni di settore, al riguardo, hanno sollecitato gli operatori giuridici verso una interpretazione che li qualifichi in termini di nuova figura processuale, extra-processuale, recisa dalla veste tipica del consulente tecnico ovvero dell'ausiliario questo al fine di garantire la loro naturale fisiologia, caratterizzata da complementarietà ed autonomia del percorso di mediazione.

Le ragioni addotte a sostegno della tesi - da parte delle associazioni citate - non sono certo censurabili e muovono dal presupposto che vada garantita una corretta funzione nell'ambito della mediazione. E, ciò nonostante, il Giudice giammai potrebbe allontanarsi ermeneuticamente dal dato normativo fino a "rompere" la tenuta della disposizione essendo, questi, soggetto alla Legge a garanzia del principio di legalità.

Ciò vuol dire che l'interpretazione da adottare non può prescindere dall'art. 155-sexies c.c. che, come è stato pur autorevolmente affermato, non è stato talmente "audace" da recepire - in toto - l'istituto della mediazione quale nuovo ed autonomo sistema di A.D.R.

Orbene, la disposizione succitata, prevede che "qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 155 per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli". Il dato normativo è chiaro.

In primo luogo il codice parla di esperti e non di mediatori così avendo voluto ricondurre la figura a quelle già esistenti senza creazione *ex novo* di una nuova professionalità (ovviamente ai fini processuali e limitatamente al processo). Ed, infatti, la mediazione non emerge come "soggetto" (i mediatori tentano una composizione) ma come oggetto (gli esperti tentano una mediazione).

In *secundis*, la mediazione è configurata come strumento per raggiungere un accordo che non può non essere che quello "di separazione" il quale rappresenta (pur alla presenza della mediazione) un negozio di diritto familiare sospensivamente condizionato alla omologa (*condicio juris* di efficacia) e, quindi, inscindibile dal ruolo del Presidente nella fase presidenziale del giudizio. La dottrina, peraltro (si veda, ad es., C. Petitti, *Il mediatore familiare come ausiliario del giudice*, in questa *Rivista*, 2006, 85 ss.) ha rilevato tutte le difficoltà interpretative del nuovo istituto non disdegnando l'orientamento che qualifica i "mediatori" (*rectius*: gli esperti) come ausiliari del Giudice.

E, infatti, dal dato normativo - invero alquanto scarno - emerge che la figura deputata a "mediare" tra i coniugi è dotata di particolari competenze professionali ed assume, di fatto, la qualità di ausiliario del giudice. Diversi i referenti ermeneutici di siffatta conclusione:

1) La disposizione *ex art.* 155-sexies c.c. è rubricata "poteri del giudice ed ascolto del minore": la scelta discrezionale di far ricorso alla mediazione va iscritta, pertanto, nel novero dei "nuovi poteri" del giudicante e un simile inquadramento sistematico richiama immediatamente la facoltà (*rectius*: potere) di ricorrere all'assistenza di organi d'ausilio. Si tratta, cioè, di uno di quei "casi previsti dalla legge" in cui "il giudice ... si può fare assistere da esperti in una determinata arte o professione e, in generale, da persona idonea al compimento di atti

che non è in grado di compiere da sé solo" (art. 68 c.p.c., rubricato, per l'appunto, "altri ausiliari").

2) Il dato letterale depone nel senso di uno stretto rapporto tra esperti e giudice, potendosi reputare che i primi agiscano come una vera e propria *longa manus* del giudicante: ed, infatti, la disposizione adotta il verbo "avvalendosi".

Ed, invero, siffatta interpretazione consente l'applicabilità dell'art. 52 delle disposizioni di attuazione del c.p.c., ai fini della giusta copertura finanziaria dell'eventuale mediazione svolta, se non altrimenti stabilito (il compenso agli ausiliari di cui all'art. 68 del codice è liquidato con decreto dal giudice che li ha nominati o dal capo dell'ufficio giudiziario al quale appartiene il cancelliere o l'ufficiale giudiziario che li ha chiamati, tenuto conto dell'attività svolta).

Peraltro, le paure esternate da chi critica siffatto orientamento non sono condivisibili.

Si eccipisce, cioè, che così facendo, il destinatario dell'attività dell'ausiliario sarebbe il giudice e non le parti; si teme, anche, una lesione del principio di autonomia del mediatore.

Quanto al primo profilo, in verità, si trascura di considerare che i coniugi sono i beneficiari dell'attività, al di là di colui dinnanzi al quale si debba rispondere per la stessa; quando al secondo profilo, si trascurano le concrete modalità operative di mediazione che - al di là del *nomen juris* - sono quelle scelte dagli esperti in piena autonomia.

Occorre rilevare, peraltro, che già prima della legge 54/06, taluni giudici - nel ricorso alla mediazione - si erano orientati ritenendo applicabile l'art. 68 c.p.c., che recita: «nei casi previsti dalla legge o quando ne sorga necessità, il giudice, il cancelliere o l'ufficiale giudiziario si può fare assistere da esperti in una determinata arte o professione e, in generale, da persona idonea al compimento di atti che non è in grado di compiere da sé solo. Il giudice può commettere a un notaio il compimento di determinati atti nei casi previsti dalla legge».

Si può ricordare, ad esempio, la decisione del Tribunale Bari, 21 novembre 2000 (in *Dir. famiglia*, 2001, 1501 nota Sigillò): «È assai opportuno e conforme a legge che il giudice, in caso di crisi del nucleo domestico, qualora accerti la disponibilità delle parti a partecipare attivamente ad un programma di mediazione fra le opposte esigenze e le corrispondenti pretese, rinvii gli interessati ad un organismo o Centro qualificato di mediazione familiare, allo scopo di raggiungere (o di agevolare) la conclusione di un accordo e l'adesione consapevole ad una soluzione non imposta dall'alto, ma voluta dalle parti stesse; un rinvio siffatto, peraltro in armonia con i poteri/doveri conciliativi del giudice, nonché con la normativa, nazionale ed internazionale, auspicante l'intervento di un soggetto imparziale, diverso dal giudice, anche, e soprattutto, nei conflitti domestici, non esclude che il vaglio finale della soluzione concordata spetti, pur sempre, al giudice, del quale i mediatori

possono considerarsi, ex art. 68 c.p.c., ausiliari atipici». Alla luce di quanto sin qui esposto, può e deve osservarsi quanto segue in ordine alla “linee guida operative” adottate a Milano, in data 10 settembre 2007, dall’A.I.Me.F.

1) il dispositivo suggerito dalle parti è in linea con l’art. 155-sexies c.c. ma richiede l’esplicitazione dell’ulteriore requisito (valutazione del Giudice in ordine all’opportunità del provvedimento);

2) quanto alla sospensione del procedimento, occorre segnalare le precisazioni del caso. Come affermato dalle Sezioni unite della Cassazione (14670/2003, orientamento non più disatteso), non vi è spazio per una discrezionale, e non sindacabile, facoltà di sospensione del processo, esercitabile dal giudice al di fuori dei casi tassativi di sospensivo legale: ove ammessa, infatti, una tale facoltà si porrebbe in insanabile contrasto sia con il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) e della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.), sia con il canone della durata ragionevole, che la legge deve assicurare nel quadro del giusto processo ai sensi del nuovo art. 111 Cost. Dalla esclusione della configurabilità di una sospensione facoltativa *ope iudicis* del giudizio, deriva sistematicamente, come logico corollario, la impugnabilità, ai sensi dell’art. 42 c.p.c., di ogni sospensione del processo, quale che ne sia la motivazione, e che il ricorso deve essere accolto ogni qualvolta non si sia in presenza di un caso di sospensione *ex lege* (Cass. civ. 31 gennaio 2007 n. 2089). Il che vuol dire che la proposta ermeneutica dell’A.I.Me.F. va ricondotta, semmai, all’art. 296 c.p.c. cosicché il giudice istruttore, su istanza di tutte le parti, può disporre che il processo rimanga sospeso ma “per un periodo non superiore a quattro mesi”.

3) Non è possibile non ricondurre il mediatore all’art. 68 c.p.c. poiché dalla legge definito, per l’appunto, “esperto” che tenta la mediazione e non tout court “mediatore”.

4) Il rinvio cd. coatto non è conforme a legge: è *condicio sine qua non* il consenso di tutte e due le parti.

Da tutto quanto sin qui esposto, è suggestivo segnalare che l’istituto appare profilarsi quasi come un “accertamento tecnico preventivo sui sentimenti” i quali non conoscono giustizia se non quella del cuore.

Sia consentita, in conclusione, una citazione.

«La famiglia è il test della libertà, perché è l’unica cosa che l’uomo libero fa da sé e per sé.», Gilbert Keith Chesterton.

6. Breve bibliografia

Ardone R., Lucardi M., *La mediazione familiare. Sviluppi, prospettive, applicazioni*, Kappa, 2005.

Biscione S., *Affido condiviso. Patti di famiglia e nuove norme in tema di separazione e divorzio. Come cambia il diritto di famiglia dopo le leggi 54/2006 e 55/2006*, Napoli, 2006.

Barone E., *Figli condivisi. La psicologia dello sviluppo nella mediazione familiare*, Edizioni Univ. Romane, 2007.

Pupolizio I., *La mediazione familiare in Italia*, Linea Professionale, 2007.

Parkinson L., *Separazione, divorzio e mediazione familiare*, Trento, 1995.

Haynes J.M., Buzzi I., *Introduzione alla mediazione familiare. Principi fondamentali e sua applicazione*, Milano, 1996.

Laurent-Boyer L. (a cura di), *La mediazione familiare*, Liguori, Napoli, 2000.

Malagoli Togliatti M., *Affido congiunto e condivisione della genitorialità*, F. Angeli, 2003.

Scabini E., Rossi G., a cura di, *Rigenerare i legami: la mediazione nelle relazioni familiari e comunitarie*, Vita e Pensiero, 2003.

Longo, *Diritti del minore, mediazione familiare e affidamento condiviso*, *Famiglia e diritto*, 2003, I, 87

Allegri E., Defilippi P., *Mediazione familiare*, Armando, 2004.

Emery R. E., *Il divorzio. Rinegoziare le relazioni familiari*, Franco Angeli, 1998, 2ª ed.

Ntuk Effiong L., *Separazioni e divorzi. Le controversie familiari dopo la riforma del rito*, Sistemi Editoriali, 2006.

Mediazione familiare: anche nel rito del divorzio, commento a Trib. Lamezia Terme, ordinanza 28 novembre 2007, a cura di M. G. Travaglia Cicirello.