

C.S.M. – Formazione decentrata del distretto di Trento

“Il procedimento minorile per l’affidamento dei figli tra norma ed interesse del minore”

Trento, 1 ottobre 2004 - Dott. Luciano Spina

1 – Premessa.

La disciplina dell’affidamento di figli minori nell’ambito del procedimento che si svolge dinanzi al tribunale per i minorenni è oggetto di numerose critiche, sia da parte della dottrina, che da parte degli operatori del diritto .

E’ stata, ad esempio, sottolineata la diversa attenzione riservata dal nostro ordinamento ai minori nati fuori dal matrimonio, atteso che, per quanto la loro posizione sia ritenuta equiparata a quella dei figli legittimi (art. 30 della Costituzione), solo questi ultimi godono di una effettiva tutela in caso di separazione tra i loro genitori. Si è pertanto affermato che , ” *quando, invece, a separarsi sia una coppia che convive more uxorio, l’ordinamento sembra indifferente alla sorte dei figli minori che questa coppia ha avuto: i partner di fatto sono liberi di accordarsi come meglio ritengono, senza dovere dare conto a nessuno degli accordi raggiunti anche quando questi riguardino i figli*” (1)

Infatti, l’unica norma di carattere sostanziale che regola la materia, l’art. 317 bis c.c., intitolato “*Esercizio della potestà*”, non prevede espressamente neppure il potere di affidamento dei figli da parte del giudice, mentre la realtà delle famiglie di fatto sta diventando sempre più rilevante dal punto di vista quantitativo .

Altro tipo di critiche riguarda le lacune della disciplina dei procedimenti civili dinanzi ai tribunali per i minorenni – nella cui sfera rientra anche quello relativo all’affidamento in esame - sia con riferimento al nuovo dettato costituzionale del ”giusto processo” (art. 111 Cost.), sia all’evoluzione della normativa interna e internazionale , che, negli ultimi anni, ha riconosciuto nuovi e più incisivi diritti dell’infanzia, come la tutela dell’interesse superiore del minore nelle procedure giudiziarie, il diritto all’ ascolto , il diritto alla rappresentanza processuale (v. Convenzione di Strasburgo sull’esercizio dei diritto del fanciullo, ratificata dall’Italia con legge n. 77 del 2003), che non risultano sufficientemente garantiti dalla normativa interna nelle diverse procedure giudiziarie (2).

La giurisprudenza minorile, nella ricerca della concreta attuazione a tali diritti , ha spesso fatto riferimento al modello della procedura della separazione e del divorzio ed alla regolamentazione dei rapporti che viene dettata specificamente per l’affidamento dei figli in quel settore, con le dovute specificità del rito minorile, che è caratterizzato da un maggiore spazio all’ascolto del minore ed alla collaborazione con i servizi del territorio . Su tale elaborazione giurisprudenziale ha influito in modo determinante la ricerca del c.d. ”*interesse superiore del fanciullo*” (art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo , fatta a New York il 20.11.1989 e ratificata dall’Italia con legge n. 176 del 1991), il quale , va sottolineato, non costituisce la mera enunciazione di un principio generale e astratto, ma un preciso obiettivo stabilito dall’ordinamento giuridico per l’attività giudiziaria (3).

2 - Il procedimento minorile di affidamento di minori nella prassi giurisprudenziale .

Nel presente lavoro si è cercato di enucleare alcuni punti essenziali, sia di carattere processuale che sostanziale, affrontati dalla giurisprudenza in questa materia, senza avere la pretesa di completezza ed esaustività, ma solo al fine di incentivare, per quanto possibile, l'adozione di prassi omogenee da parte degli uffici giudiziari minorili, aderenti ai principi costituzionali ed alla tutela dell'interesse superiore del minore (4).

- a) La legittimazione attiva e passiva e la necessaria realizzazione di un contraddittorio pieno tra le parti : dapprima la sentenza n. 5629 del 1996 delle Sezioni Unite della Cassazione e, successivamente, la sentenza n. 1 del 2002 della Corte Costituzionale (5), hanno contribuito a delineare un processo minorile “garantito”, stabilendo che il rito camerale si applica anche ai procedimenti “contenziosi”, ma che lo stesso deve essere integrato con opportuni adattamenti a garanzia dei diritti delle parti e con riferimento alle regole proprie del procedimento contenzioso; si richiede, pertanto, che anche il rito camerale rispetti alcuni diritti fondamentali dei soggetti coinvolti: in particolare, in punto di convocazione delle parti e di instaurazione del contraddittorio, di audizione del minore capace di discernimento, di facoltà di prova, di durata temporanea dei provvedimenti urgenti e della loro impugnabilità, di motivazione dei provvedimenti, di congruità dei termini di impugnazione.

Il ruolo del P.M.: a differenza che nei procedimenti ordinari, il P.M. ha legittimazione attiva nei procedimenti minorili e l'esercizio pieno della sua funzione potrebbe incidere fortemente nella realizzazione del miglior interesse del minore (v. ad es., attivazione di procedure di mediazione preliminarmente al ricorso dinanzi al T.M.) (6).

- b) Facoltatività della difesa tecnica: tale aspetto è stato affrontato con la legge n. 149 del 2001 con l'introduzione dell'obbligatorietà della difesa tecnica anche nei procedimenti minorili, ma la concreta attuazione della disposizione è oggetto di un disegno di legge ancora in discussione in Parlamento (v. DDL n. 3048 del Senato) (7).
- c) L'assenza dei poteri presidenziali o del giudice istruttore per l'emissione di provvedimenti urgenti: il T.M. può provvedere solo collegialmente in questa materia, quindi vi è un limite legislativo inderogabile a provvedere monocraticamente per i casi urgenti (limite che può essere superato solo da una modifica normativa , peraltro prevista nel DDL n. 3048 sopra citato).
- d) L'istruttoria del procedimento: 1) i poteri del Collegio e i poteri del G.D.; 2) l'istruttoria da parte del giudice onorario; 3) l'audizione del minore: 1) le decisioni riguardanti l'ammissione dei mezzi istruttori spetta al Collegio, mentre è il giudice delegato che procede alla sua assunzione. Alcune situazioni particolare meritano un audizione collegiale, quando, ad esempio sono richiesti provvedimenti urgenti e quindi il tribunale può decidere immediatamente dopo l'audizione delle parti. 2) Il Giudice onorario nei T.M. di grandi dimensioni spesso svolge attività istruttoria della causa; tale funzione dei GG.OO. è da taluno criticata in quanto esulerebbe dai compiti più specifici dell'esperto. La situazione è peraltro di difficile soluzione in considerazione dell'esiguità dell'organico di giudici professionali nei T.M. 3) Attività obbligatoria ai sensi 12, comma 1 della Convenzione di New York , non sempre pienamente realizzata dai T.M. In molti uffici giudiziari l'audizione del minore è svolta dai giudici onorari.

- e) Conflittualità genitoriale: 1) la mediazione familiare ; 2) l'attività dei servizi socio-sanitari: la situazione è variamente affrontata dai diversi T.M.; in alcuni la mediazione familiare è svolta all'interno dello stesso ufficio giudiziario, ma, prevalentemente, viene attivata presso centri esterni privati convenzionati o presso le sedi dei servizi sociali che sono attrezzati a svolgerla. Generalmente è attivata nel corso del procedimento con invio della coppia al centro di mediazione o al servizio sociale da parte del T.M.. Il DDL n. 66 in materia di procedimenti di separazione ha previsto l'obbligatorietà della mediazione prima della presentazione del ricorso dei coniugi dinanzi al tribunale ordinario (8) e tale disposizione è estesa anche ai procedimenti minorili. 2) L'attività dei servizi sociali risulta talvolta utile nella fase di vigilanza del rispetto delle condizioni stabilite dal T.M., soprattutto se viene dato mandato diretto al servizio; nei casi più difficili, quando, si manifesta il rischio di pregiudizio per la crescita del minore per la conflittualità delle parti, viene disposto l'affidamento educativo-assistenziale dello stesso al servizio sociale.
- f) La fase decisoria: 1) il riconoscimento delle richieste di omologa degli accordi tra le parti; 2) il riconoscimento delle richieste di carattere economico le diverse modalità di affidamento: 1) gli accordi raggiunti dalle parti, sottoposti al vaglio del T.M., in alcuni casi non venivano considerati soggetti a decisione del tribunale, stante la formulazione dell'art. 317 bis c.c. L'evoluzione più recente della giurisprudenza minorile ha invece ritenuto possibile un provvedimento di recepimento dell'accordo delle parti in materia di regolamento dell'affidamento dei figli minori, anche per consentire una maggiore tutela della stabilità della regolamentazione nell'interesse superiore del minore. 2) Nonostante la costante conferma da parte della Corte Costituzionale della legittimità costituzionale della divisione delle competenze tra T.M. e T.O., rispettivamente in materia di affidamento dei figli e di alimenti (9), la giurisprudenza di merito di alcuni T.M. ha da tempo riconosciuto la propria competenza alla determinazione dell'assegno di mantenimento del genitore non affidatario nei confronti del figlio minore, nel caso in cui vi sia accordo tra le parti o non sia eccepita l'incompetenza del T.M.; in alcuni tribunali si decide anche con sentenza quando si determina l'assegno di mantenimento che il genitore non affidatario deve corrispondere per il figlio, sul presupposto che, anche in caso di accordo, viene risolto un conflitto virtuale tra le parti (v. sentenze T.M. di Bologna, inedite) (10).
- g) Il provvedimento finale: le decisioni del T.M. sull'affidamento di figli minori vengono adottate con decreto, mentre in casi particolari, alcuni T.M. decidono con sentenza (v. punto f). Il provvedimento è modificabile ex art. 742 c.p.c.; sono molte, in realtà, le richieste di modifica che tornano dinanzi al T.M., stante la conflittualità che permane anche dopo il recepimento di accordi tra le parti.
- h) L'esecuzione dei provvedimenti: sull'esecuzione in senso stretto è lo stesso T.M. che il più delle volte detta le modalità operative di attuazione della decisione; intervento del giudice tutelare ex art. 337 c.c. in caso di inosservanza delle condizioni stabilite dal provvedimento.

3 – Prospettive.

Interventi incisivi sulla materia sono stati recentemente predisposti dal legislatore, ma è ancora lontana una regolamentazione unitaria della disciplina dei rapporti tra figli minori e genitori che si separano, con l'obiettivo della tutela dei diritti dei figli minori in quanto tali,

“Il procedimento minorile per l'affidamento dei figli tra norma ed interesse del minore”

Relazione del dott. Luciano Spina

senza distinzione tra famiglia legittima e famiglia di fatto, coerentemente con il dettato costituzionale (art. 30 Cost.).

Sono infatti in corso di discussione ed approvazione due progetti di riforma , uno in materia di procedimenti civili minorili (DDL Senato n. 3048), intitolato “ *Disciplina della difesa d’ufficio nei giudizi civili minorili e modifica degli articoli 336 e 337 del codice civile in materia di procedimenti davanti al tribunale per i minorenni* “, l’altro in materia di separazione dei coniugi e affidamento condiviso (DDL Camera n. 66) (11).

Ora, i progetti di legge sopra citati hanno approntato diverse soluzioni per alcune questioni importanti, che emergono dalle mutate condizioni di vita delle famiglie, per il rispetto delle garanzie processuali delle parti e per l’attuazione dei diritti dei minori anche in ambito giudiziario. Si deve però rilevare come, sebbene i due progetti in sè risultino per molti aspetti soddisfacenti, emerga uno scarso coordinamento tra le due normative , venendosi così a determinare la paradossale situazione che, a fronte di situazioni sostanzialmente identiche – cessazione della convivenza tra genitori - alcuni diritti riconosciuti al minore in uno dei due procedimenti, non lo sia nell’altro e viceversa. Si pensi, solo per citare alcuni esempi, che relativamente alla rappresentanza processuale , è stata prevista l’introduzione di un curatore speciale per i minori nei procedimenti dinanzi al tribunale per i minorenni e non invece nei procedimenti di separazione e divorzio dinanzi al tribunale ordinario; inoltre, mentre l’audizione del minore è prevista come obbligatoria nella procedura minorile, nella procedura di separazione e divorzio è prevista invece come facoltativa; e così via .

In conclusione, va fatto un doveroso richiamo ad una possibile pericolosa evoluzione della normativa, in cui il minore, alla luce di un malinteso garantismo , da soggetto di diritti e di tutela , possa essere riconosciuto come vera e propria parte processuale , con i conseguenti rischi di proiettare genitori e figli in veste di contraddittori dinanzi al giudice; una situazione che non favorirebbe, ma certamente pregiudicherebbe la ricerca di soluzioni serene e costruttive nelle relazioni familiari, ai danni dello stesso interesse del minore (12).

NOTE :

- (1) T. Marvasi, in Guida al diritto, Dossier n. 3 del 2004 , Le prospettive della famiglia , pag. 72
- (2) L. Fadiga, *La Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei fanciulli e la legge di ratifica - L. 20 marzo 2003 n. 77 (20.2.04)*, Relazione tenuta per l’incontro di formazione decentrata del 6 febbraio 2004, nel sito internet www.minoriefamiglia.it
- (3) C.A. Moro, *Manuale di diritto minorile*, Zanichelli, 2000, pag. 31 : “Un principio che costituisce l’obiettivo fondamentale di tutta l’attività sia giudiziaria che amministrativa, in questo settore, è l’attuazione dell’interesse del minore”
- (4) Una parte dei dati riferiti in questa esposizione è scaturita dalla rilevazione svolta dall’Associazione Italiana dei Magistrati per i Minorenni e per la Famiglia (AIMMF) tra gli uffici giudiziari minorili del nord Italia nell’aprile-maggio 2004, che è stata coordinata dal sottoscritto relatore

- (5) G. Pietrapiana, Prime riflessioni sulla sentenza n. 1 del 2002 della Corte Costituzionale e le conseguenze per il procedimento di potestà, nel sito internet www.minoriefamiglia.it
- (6) V. Sellaroli, Il ruolo del P.M. nei procedimenti civili minorili, 2004, nel sito internet www.minoriefamiglia.it
- (7) Il DDL 3048, intitolato “ *Disciplina della difesa d’ufficio nei giudizi civili minorili e modifica degli articoli 336 e 337 del codice civile in materia di procedimenti davanti al tribunale per i minorenni* “ è ora all’esame del Senato, dopo l’approvazione da parte della Camera dei Deputati del testo nella seduta del 15.7.04; il DDL n. 66 in materia di separazione affidamento congiunto è ancora all’esame della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati – V. sezione “Progetti di riforma della giustizia minorile” e “Attualità”, nel sito internet www.minoriefamiglia.it
- (8) F. Scaparro, Mediazione familiare non obbligatoria e con garanzie di professionalità, 2004, nel sito internet www.minoriefamiglia.it
- (9) B. Cavaliere, Diritto delle famiglie, Giuffrè, 2003, pagg 103 e ss, che procede ad una completa disamina delle sentenze della Corte Costituzionale in materia di filiazione naturale e, per quello che interessa questo lavoro, si vedano le sentenze della Corte sulla legittimità costituzionale della divisione di competenze tra tribunale per i minorenni ed il tribunale ordinario (da ultimo la n. 451 del 1997)
- (10)G. Campanato, V. Rossi, S. Rossi, Il minore e il giudice civile, Cedam, 2000, pagg. 129 e ss., per più ampi riferimenti giurisprudenziali
- (11)V. nota sub 4)
- (12)G. Turri, No a genitori e figli in contraddittorio nelle aule di giustizia, 2004, nel sito internet www.minoriefamiglia.it