

Nome file	data	Contesto	Relatore	Liv. revisione	Lemmi
020202TU_PMD1.pdf	02/02/2002	SPP/TU	P Mescoli Davoli	Trascrizione	Diritto Matrimonio Bambino

STUDIUM SCUOLA PRATICA DI PSICOPATOLOGIA 2001-2002

CORSO SCUOLA TUTOR

IL TUTOR E LA DIFESA DEL MINORE

2 FEBBRAIO 2002

1° LEZIONE

IL BAMBINO PRIGIONIERO DI UNA CONTESA REGOLATA DAL DIRITTO ADOZIONE, AFFIDO – SEPARAZIONE E DIVORZIO DEI GENITORI

PAOLA MESCOLI DAVOLI

A me è interessato tantissimo quanto ha detto il dottore, anche perché penso con tristezza passiamo dal mondo del dover essere, delle aspirazioni, dei bellissimi programmi di aiuto ai minori al campo arido del diritto positivo, nel quale mi trovo a dire delle norme, esprimere certi passaggi, quelli che sono stati stabiliti dal Codice con poche possibilità di muoversi da queste. Anche se *de iure condendo* speriamo sempre che le cose migliorino e che dalla situazione attuale, che è gravissima in ordine ai minori, si possa passare anche per mezzo di questi che sono esperimenti per me bellissimi, interessanti, che non conoscevo, a un modo diverso di rapportarsi ai minori.

66.000 separazioni, 33.000 divorzi nel 2001, pari al 34,9% dei matrimoni celebrati, con oltre un milione di minori coinvolti vi dice i numeri dei quali parliamo. Oltre un milione di minori i quali sono coinvolti nelle decisioni dei genitori di separarsi e di successivamente divorziare.

A questi dati dobbiamo aggiungere il numero via via crescente, delle convivenze dal 27% al 34%, che si fanno, perché le convivenze non sappiamo esattamente quante sono, ma dai dati di residenza o degli stati di famiglia, le possiamo desumere e sappiamo di minori coinvolti nello scioglimento e cessazione del rapporto di convivenza. Anche qui, con provvedimenti riguardanti i minori.

E un numero — che ci tengo a darvi — di oltre 10.903 casi di decadenza della potestà genitoriale pronunciati dai tribunali per i minori nel 2001, di cui 12.372 per bambini sotto i dodici anni, pari al 25,9% in più rispetto al 1995. Di questi, 4.123 casi sono stati oggetto di decreti di adozione. È una guerra; sono dati preoccupanti e credo che la vostra attività intervenga veramente come una fata benefica, perché il Codice Civile, agli articoli 155 e 317bis e 6 della Legge 898 del 1/12/1970 sul divorzio, regola nella maniera che adesso vi dirò.

Quindi ci sono tre norme: una del Codice Civile, l'art. 155, in ordine alla separazione; l'art. 6 della Legge Fortuna-Baslini, che poi è quella base del divorzio del 1/12/1970, per i figli dei divorziati, e l'art. 317Bis per i figli di coppie non legate dal matrimonio.

Che cosa ci dicono questi articoli? Li leggiamo cercando di vedere come il legislatore si è avvicinato al problema dei figli che rimangono, figli di due genitori che hanno deciso di far cessare il loro rapporto di coppia, sia nel caso del matrimonio che della convivenza.

Il Codice Civile, art. 155, dice: «*Il giudice che pronunzia la separazione dichiara a quale dei coniugi i figli sono affidati e adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa*». Quest'articolo è importantissimo e sarebbe veramente importantissimo se quel finale «con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa» fosse oggetto di valutazione da parte di persone che sono professionalmente competenti a dire qual è veramente l'interesse morale e materiale della prole.

Io sono trent'anni che vivo in mezzo a delle coppie che si separano e divorziano e sono trent'anni che devo constatare con estrema tristezza come l'attività dei nostri tribunali nel decidere a quale dei genitori — già questo a me crea problema perché fino al giorno precedente alla separazione un bambino deve avere

due genitori, e dal giorno della separazione debba averne uno, è un mistero che veramente in tutti questi anni non siamo riusciti a risolvere». Dopo parleremo di un progetto di legge che è al vaglio.

In realtà, l'articolo 30 della nostra Carta Costituzionale — ed è anche questo da leggere ed è importante — dice: *«È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire, ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio, sia che i figli vivano con i genitori, sia che i genitori si separino, divorzino, che il loro matrimonio sia dichiarato nullo in seguito a un provvedimento dell'autorità giudiziaria»*.

Quindi, l'impostazione della nostra Carta Costituzionale è che il diritto e dovere dei genitori all'esercizio della potestà parentale rimanga sempre, per tutta la vita dei figli, fino al raggiungimento della maggiore età. L'art. 155 avete visto che scinde la titolarità della potestà — vale a dire che i genitori rimangono titolari della potestà parentale — però l'esercizio di questa potestà viene affidato a uno dei due; e sceglie il giudice. Quando?

Quando una coppia si separa, sia che si separi consensualmente — i due d'accordo si presentano al tribunale perché il tribunale accerti la loro volontà di separarsi e le condizioni alle quali si separano; il tribunale, se queste condizioni non violano gli interessi dei figli, in genere per il 100% dei casi, omologa le condizioni che in coniugi hanno concordato — oppure in via giudiziale: i coniugi non sono stati in grado di trovare un accordo per cui si presentano, uno contro l'altro, armati davanti al Presidente del Tribunale il quale deve esperire un tentativo di conciliazione: «Siete decisi? Ci avete pensato? Benissimo, allora procediamo con i provvedimenti» e questo è il tentativo di conciliazione, il tutto nel giro di tre minuti. In quella sede e con questo tempo il giudice decide quale dei due genitori sia più idoneo nell'interesse morale e materiale dei figli. Emette dei provvedimenti provvisori — così si chiamano — ma le lungaggini delle procedure, comprese quelle di separazione, fa sì che questi provvedimenti provvisori durino anni, e se la scelta del genitore affidatario è stata sbagliata, questo errore finisce per danneggiare il figlio per anni, e forse voi mi spiegherete irrimediabilmente. Dopo di che il Presidente del Tribunale sentiti sommariamente i genitori, e ancora più sommariamente i legali che accompagnano i due genitori, decide a quale dei due i figli devono essere affidati. E decide anche in quali orari, in quali giorni e in quali tempi il genitore non affidatario può avere rapporti con i figli.

Capite che in quella sede è difficilissimo dire se i due genitori in realtà erano tali per cui era il papà che accompagnava il bambino a scuola quotidianamente, lo andava a prendere, si curava di lui perché la mamma aveva un tipo di lavoro che non glielo permetteva. In quella sede è difficilissimo dire «Occhio che questo padre è un abusante», perché se tu non hai provvedimento penale ti denunciano anche per calunnia e quindi ci vai cauto. In quella sede è difficilissimo dire «La mamma è instabile», «La mamma ha un amore possessivo», «La mamma ha un rapporto simbiotico con questo figlio»; è difficilissimo dire «Questo padre avrebbe più tempo a disposizione» o viceversa.

In quella sede, 98,9% dei casi il figlio viene affidato alla madre. Il 98,8% era fino al 2000; nel 2001 è sceso al 95%.

Il Presidente del Tribunale fa molto più presto ad affidare il figlio alla madre, perché nel calcolo delle probabilità è il genitore che dovrebbe avere seguito maggiormente il figlio fino a quel momento. Si affida alla madre e quindi al padre non affidatario si indicano dei giorni che sono generalmente questi: un week-end a settimane alterne, dal sabato all'uscita di scuola alla domenica sera, entro le ore 20 — perché se glielo porti alle 20,12 arrivano i carabinieri — sì e no un pomeriggio alla settimana, nella settimana nella quale non ha trascorso il week-end con il genitore non affidatario, sette giorni a Natale, comprendenti ad anni alterni il giorno di Natale o il primo dell'anno, tre giorni a Pasqua comprendenti ad anni alterni il giorno di Pasqua e il lunedì, quindici giorni, anche non consecutivi, d'estate concordati entro il mese di maggio precedente.

Il bambino in questo modo dovrebbe mantenere una relazione positiva, arricchente, collaborativa, con il genitore non affidatario. E va benissimo se il genitore affidatario è consapevole della necessità che il bambino abbia due genitori; è consapevole della necessità che anche il genitore non affidatario è ancora titolare della potestà. E quindi, anche se non ne ha l'esercizio, perché l'art. 155 affidando la prole a uno dei due genitori, in qualche modo limita l'esercizio della potestà dell'altro, se il genitore affidatario è consapevole che nonostante tutto questo l'altro genitore non solo ha diritto, ma ha dovere, di «mantenere, istruire ed educare il figlio», come dice l'art. 30 della Costituzione, se il genitore è sensibile e capisce questo, permette all'altro genitore non di avere il figlio sempre, ma di averlo nei tempi e nei modi indicati dal Presidente del Tribunale, che sono quelli minimali che abbiamo visto. I rari casi nei quali i genitori riescono a superare anche questi sbarramenti e con una certa libertà, una certa elasticità, si scambiano — «Io oggi sono occupato, prendi tu il bambino», «Ci vediamo, andiamo a mangiare una pizza insieme» — questi casi danno sempre delle immagini di bambini più sereni. Negli altri casi voi avete davvero il bambino

conteso, perché il bambino diventa l'oggetto della rivincita dell'uno nei confronti dell'altro. Quando nei nostri studi, anche le mie clienti dicono «No, guardi avvocato: non glielo concedo», questo verbo «concedere» lo cancellerei dal vocabolario. Come? Quel bambino è figlio di entrambi. Ma come puoi dire «Non lo concedo...»: tu non concedi nulla. I diritti del bambino sono antecedenti a questo provvedimento del tribunale. Tu non concedi nulla, non è tuo. Il bambino ha dei diritti suoi, innati, antecedenti alla stessa Carta Costituzionale. Ha dei diritti suoi, innati, ad avere entrambi i genitori. A meno che non ci siano dei comportamenti abusanti e gravissimi per i quali è consigliabile... Ma qui siamo in un altro campo, che è la patologia, che non è la regola.

Nella regola «Avvocato, non glielo concedo...»: veramente sarebbero da buttare dalla finestra. Perché «Avvocato, non glielo concedo...» dietro c'è un mondo di rapporti di questo genitore affidatario con il minore che è un mondo di violenze, violenze morali, di maltrattamenti psicologici. Perché poi quando il bambino chiede alla mamma come mai il papà non viene, le risposte — esperienza professionale — sono «Ma tanto il papà fa a meno di te», «Vedi, il papà è fuori casa...», «Il papà se n'è andato; non ha bisogno di te. Ma sabato, guarda, andiamo a far spesa noi, ti porto al cinema, così se il papà telefona noi siamo da un'altra parte». Bugie, di cui poi il figlio pian piano si rende conto e allora i casi sono due: o si omologa alla volontà della madre, o soffre in silenzio finché non si ribella.

Questi provvedimenti di affidamento alla madre, 95-98% dei casi, sono stati attenuati negli ultimi anni da tentativi di affidamento congiunto, anche se dal 1987, con la riforma della legge sul divorzio, che l'aveva già in sé nel 1970, c'è stata una leggera difficoltosa apertura all'affidamento congiunto. Ma un'apertura estremamente cauta.

La legge sul divorzio dice che è consigliabile affidare congiuntamente il minore ad entrambi i genitori, a meno che le condizioni e le situazioni non lo sconsiglino. È interpretato: solo se c'è un grande accordo fra i genitori, solo se non c'è conflittualità, solo se ci sono dei percorsi collaborativi è possibile arrivare all'affidamento congiunto, altrimenti se uno dei due si oppone, diamo l'affidamento esclusivo.

Ed io ho in mente una sentenza simpaticissima della Cassazione che dice: ma anche nell'affidamento esclusivo uno dei due si oppone però non lo tenete in nessuna considerazione. Perché deve essere tenuta in considerazione l'opposizione all'affidamento congiunto e non l'opposizione all'affidamento esclusivo?

Ma noi veramente siamo figli dell'affidamento esclusivo, perché da sempre è stato fatto così, ed è molto difficile... È un cambiamento culturale. Dopo che è stata presentata il 14 gennaio di quest'anno in Parlamento il progetto di legge Tardito sull'affidamento condiviso, che prevede in realtà l'esercizio della patria potestà in capo ad entrambi anche nella separazione e del divorzio, io ho avuto telefonate a non finire dalle mie clienti allarmatissime: «Ma cosa sta succedendo? Non passerà mica questo progetto di legge?», «Ma come? Allora dopo anche mio marito conta?». Come «anche mio marito conta?». Come sarebbe a dire? Guai se il marito non paga il contributo di mantenimento, ma guai se il marito vuole intervenire nella vita dei figli.

Mi sta bene che in moltissimi casi la mamma è il genitore più idoneo, ma non mi sta bene che questo sia generalizzato, proprio perché l'esperienza professionale mi dice che questo ha creato veramente tantissimi problemi ai minori.

In particolare, dice l'art. 155: *«Il giudice stabilisce la misura ed il modo con cui l'altro coniuge deve contribuire al mantenimento, all'istruzione e all'educazione dei figli, nonché le modalità di esercizio dei suoi diritti nei rapporti con essi»*. Dunque, affidamento alla mamma e misura e modalità con la quale l'altro genitore deve contribuire, cioè il famoso contributo di mantenimento. Anche questo viene stabilito in maniera molto sommaria in quei provvedimenti provvisori, anche se la legge sul divorzio prevede che debbano essere depositate le dichiarazioni dei redditi — questo non avviene mai, anche perché uno cerca di non depositarle assolutamente mai — e quindi non si sa mai qual è il reddito fino a che non sei in istruttoria. Ma nel momento dell'incontro con il Presidente, quindi il primo incontro in tribunale, si va a supposizioni. Ci sono dei parametri purtroppo che sono aprioristici, però purtroppo in quei provvedimenti provvisori si fissa un contributo che poi ci si tira dietro per tanto tempo. Il padre che deve dare il contributo di mantenimento si lamenta di essere una banca, perché il figlio non lo vede, la moglie non glielo dà, i due comportamenti non sono corrispettivi, anche perché la giurisprudenza dice «Tu devi dare il contributo di mantenimento anche se non vedi i figli», così come «Tu devi dargli i figli anche se non ti dà il contributo di mantenimento», dopo di che il problema è quello di una figura genitoriale che paga ma non ha nessun rapporto istruttivo, educativo, nei confronti dei figli. Ma paga cosa? Spesso in misura non corrispondente alla sua capacità reddituale: addirittura ho dei bambini che non riescono ad andare in gita perché il padre

versa un contributo di mantenimento assolutamente irrisorio. Oppure, contributi di mantenimento che la mamma deve usare per vivere e quindi si trovano ad essere inadeguati rispetto alla situazione complessiva.

Il genitore affidatario o il genitore non affidatario per modificare il contributo di mantenimento, in un senso o nell'altro, hanno a disposizione la seconda parte della procedura, che è quella davanti al giudice istruttore. Dopo che si è andati davanti al Presidente del Tribunale, dove i provvedimenti sono presi in maniera sommaria, senza consulenze tecniche, etc.

(...)

...il giudice istruttore che per consigliare in maniera benevola i mariti che hanno un certo capitale e che sono un po' restii a darlo, a metterlo a disposizione del coniuge, tutte le volte il giudice istruttore dice «Lei lo sa perché è partita la questione di Tangentopoli? Perché Mario Chiesa non voleva dare il contributo di mantenimento a sua moglie» per cui il marito è paralizzato e tira fuori immediatamente... Pare che sia un elemento estremamente convincente. Vedete come ci si arriva.

La procedura di separazione è un misto fra aspetti tecnici, abbastanza rigorosi, e tentativi di arrivare a una soluzione concordata, che pare la meno traumatica, sia per i minori che per il mantenimento di rapporti "civili" fra i coniugi, svolta in maniera migliore o peggiore a seconda della personalità, della formazione, dell'umanità, della sensibilità del magistrato. Conta moltissimo, sia la professionalità dei legali — è ovvio — perché se il legale invece di avere a cuore l'interesse del minore vuole vincere assolutamente, costi quel che costi, se invece di avere a cuore che il dialogo riprenda nell'ambito del rapporto come genitori — è finito il rapporto di coppia; dispiace ma ne prendiamo atto. Ma il dialogo come genitori deve continuare — se al legale questo non gli interessa, non l'ha in mente, se il giudice fino al giorno prima aveva fatto del diritto fallimentare, fallimento più, fallimento meno, ci mette in mezzo anche il fallimento coniugale, e non è così portato ad approfondire e esaminare la condizione del minore, non per cattiveria, ma perché mancano gli strumenti. Quando rappresentate durante l'istruttoria al giudice una situazione gravissima per il minore di disagio, la madre non permette rapporti con il padre, il bambino a scuola ha dei risultati scadenti, la scuola chiama i genitori perché questo bambino è assente, fa dei temi strani, dei disegni spaventosi, vi rivolgete al giudice, e il giudice, sollecitato dal legale — perché non proviene mai dalla decisione del giudice, deve essere chiesta dal legale — il giudice ha una doppia strada. Adesso pare che se ne profili all'orizzonte anche una terza.

La doppia strada è: affidiamo ai servizi sociali — USL e area sociale — una relazione sulla situazione ambientale dei genitori, ambientale del minore, e sulla idoneità maggiore o minore di ciascun coniuge all'affidamento del minore; questo è l'oggetto del quesito rivolto ai servizi sociali. I servizi sociali fanno dialoghi, colloqui e incontri con ciascun genitore, tentano qualche volta di farlo anche con entrambi, perché spesso la conflittualità è così esasperata che non riescono neanche a tenerli insieme nella stessa stanza, difficilmente sentono il minore e poi fanno la loro relazione.

Oppure, su sollecitazione dell'avvocato, invece che ai servizi sociali si affida l'incarico di valutare attraverso una perizia psico-diagnostica, la situazione del minore a un consulente tecnico d'ufficio, che può essere affiancato da due consulenti tecnici di parte. In genere, uno psicologo o una psicologa: tre psicologi.

Qui volevo fare un approfondimento. Poi ritorno sui servizi. Ci sono delle situazioni nelle quali è necessario un neuropsichiatra, nelle quali lo psicologo, anche se lo intuisce, non può fare diagnosi di ordine medico, per cui certe figure genitoriali che veramente sono patologiche o border-line o con disturbi di personalità, dalla relazione psicologica emergono come genitori quasi normali. Chiedere la nomina di un neuropsichiatra è un'offesa di lesa maestà. In trent'anni l'avrò ottenuto una volta la nomina di un neuropsichiatra. Tutt'al più ti danno un neuropsichiatra infantile, quando sarebbe davvero da diagnosticare che tipo di malattia mentale ha il padre o la madre. Ci sono a volte situazioni aberranti. Io ho una situazione di abuso in questo periodo, con un bimbo di tre anni. Avremmo bisogno di una perizia non sessuale sul bambino, ma sul padre: lo psicologo oltre non può arrivare anche se mi dice «Guarda che è così». Non riusciamo ad averlo. Perché il neuropsichiatra bisogna tenerlo per i casi più estremi. E questo non è estremo? È un abuso a un bambino di tre anni: devo aspettare che me lo ammazzino? Il neuropsichiatra no, perché potrebbe arrivare a dire che quella persona va allontanata, e allora i provvedimenti di allontanamento il Tribunale ordinario difficilmente li fa.

I servizi sociali invece se trovano che c'è qualche sospetto di psicopatologia mandano una segnalazione al Tribunale dei minori. Ci spostiamo un attimo sul Tribunale per i minorenni, che agisce per la tutela dei minorenni. Il Tribunale per i minorenni è sempre competente — art. 317Bis — per i figli di persone non sposate, conviventi o non conviventi, comunque figli di persone i cui genitori non sono legati da vincolo matrimoniale. Il Tribunale per i minorenni agisce sempre attraverso relazioni dell'USL, mai attraverso relazioni di CTU o consulenti tecnici di parte.

Mentre nel Tribunale ordinario potete anche avere una consulenza tecnica d'ufficio e potete anche presentare le osservazioni attraverso il consulente tecnico di parte, il Tribunale per i minorenni è esclusivamente in mano al pubblico, all'USL.

Quando una coppia convivente smette di convivere, ha dei grossi problemi, litigano anche in ordine al minore, uno dei due o anche entrambi — ma qui c'è tutta una questione processuale per cui si dice... — uno dei due formalmente, anche se sono d'accordo, si rivolge al Tribunale per i minorenni per avere l'affidamento esclusivo del minore. Capite già come è lontano l'affidamento congiunto nel Tribunale per i minorenni. Qui il Tribunale per i minorenni, prima di qualsiasi altro provvedimento, incarica i servizi sociali di una relazione. Se per caso, già in precedenza questa coppia ha creato qualche problema — ad esempio: litigavano da morire e arrivavano i carabinieri o qualcuno era andato al pronto soccorso perché c'erano state botte, o c'erano state querele o era stato chiesto informalmente l'intervento dei servizi sociali da uno dei due — c'è già un fascicolo con queste segnalazioni, per cui uniscono il tutto. Ecco perché vi dicevo prima che l'USL potrebbe aver segnalato... Dopo la relazione dei servizi, e molto spesso anche in carico ai Carabinieri di zona, di dare notizia in ordine alla personalità dei due genitori, qualche volta richiesta alla scuola di notizie in ordine al bambino, dopo tutto questo convoca le parti. Per cui arrivi davanti al Tribunale per i minori che un minimo di istruttoria è già stato fatto, mentre arrivate davanti al Presidente di Tribunale in sede di separazione che non ha neanche letto gli atti. Per cui il primo provvedimento, in genere un esperimento, affida provvisoriamente il minore a uno dei genitori con controllo attraverso il servizio sociale. Nei casi nei quali la relazione del servizio sociale è stata estremamente allarmante, affidamento al servizio sociale del minore, e il servizio sociale provvederà a collocare il minore presso uno o l'altro dei genitori stabilendo e regolamentando i rapporti. Quindi vedete che il Tribunale per i minori si comporta in modo completamente diverso rispetto al Tribunale ordinario. Il Tribunale per i minori arriva anche in caso di violazione di queste disposizioni da parte di uno o di entrambi a aprire d'ufficio — *ex articolo* 330, 333, 336 del Codice Civile — che sono di decadenza o di limitazione della potestà parentale. Questi provvedimenti di decadenza o limitazione della potestà parentale possono essere aperti anche nei confronti di figli di genitori sposati e quindi in sede di separazione.

Voglio dire che mentre il 317Bis riguarda solo ed esclusivamente i figli di non sposati, mentre il 155 riguarda i figli di genitori sposati, il 330, cioè decadenza della potestà parentale o interventi limitativi della potestà parentale sia per i figli di conviventi che per i figli di genitori sposati.

Vedete che a un certo punto i due percorsi si riuniscono nel come viene esercitata la potestà parentale.

Che cos'è questa potestà parentale? La potestà parentale è un ufficio, un *munus*, un dovere, ricco di diritti, pieno di obblighi, che la carta costituzionale attribuisce a ciascun genitore nell'interesse dei figli. Questo viene dimenticato da quei genitori che si tirano i bambini solo per manifestare la loro prevalenza o la loro vittoria rispetto a un rapporto di coppia che è finito male. La potestà parentale è quest'insieme di doveri e diritti, ma dato a interesse e a tutela del minore. Lo scopo della potestà parentale non è essere il più forte, essere bravo, ma agire nell'interesse del minore. E qui la nostra legislazione è stranamente carente, perché quando c'è la segnalazione dei servizi sociali oppure uno dei due genitori si rivolge al Tribunale dei minori, ai sensi dell'art. 330 e seguenti e dice: «A me pare che mio marito che tiene il figlio al bar quando ce l'ha fino a mezzanotte, lo tiene nelle sale da gioco», «Mia moglie che lo porta continuamente con il suo convivente..., dormono in tre nello stesso letto», mi pare che in questi casi il mio coniuge o il mio ex o il genitore del bambino non si comporti come si deve, cioè o d'ufficio attraverso i servizi, o attraverso un ricorso di uno dei genitori nei confronti dell'altro, o dalla Procura della Repubblica del Tribunale per i minorenni alla quale siano arrivati querele, denunce, esposti, o di un genitore nei confronti dell'altro, a volte della scuola, allora è il Procuratore della Repubblica che apre, chiede al Tribunale ordinario minorile di aprire una procedura per valutare come viene esercitata la patria potestà.

Occhio, perché gli interventi limitativi o ablativi della potestà genitoriale finiscono in due modi: o si dà un sostegno alla famiglia, alla coppia, al padre o alla madre, attraverso i servizi sociali, o si affida temporaneamente, con un affido educativo il figlio a un'altra coppia, che possa aiutare e svolgere quella attività educativa che pare che i genitori non riescano a realizzare, oppure nei casi peggiori, quando viene dichiarata la decadenza della potestà parentale viene aperta la procedura di adottabilità. Quindi il ricorso a questo art. 330 non è una stupidaggine, ma è pericolosissimo. Per cui quando di fronte al Tribunale dei minori si apre una procedura di decadenza o limitazione della potestà parentale, c'è da correre immediatamente ai ripari; o si modifica il proprio comportamento perché quel comportamento è considerato o rischia di essere considerato dannoso e lesivo per gli interessi del minore, oppure si scende una china che può finire con il decreto di adottabilità. Questa è la necrosi, il problema finisce.

C'è una possibilità, che è quella in cui non entrambi, ma uno solo dei genitori si comporti in maniera da abusare della potestà o da esercitare una potestà inidonea.

Vi faccio un caso che abbiamo proprio ora in studio: è una madre che sono sette mesi che violando tutti i provvedimenti del Tribunale non permette alla bambina di 9 anni di avere rapporti con il padre. Neanche di rispondere al telefono. Quest'estate l'ha portata in vacanza senza avvertire il padre, senza dire dove è andata e nel momento in cui il padre doveva avere la bambina questa era sparita. Voi provate a pensare alle denunce, alle querele, agli interventi civili, penali, provvedimenti del Tribunale ordinario che ordinava alla madre di... ; abuso della potestà genitoriale, siamo andati davanti al Tribunale per i minori, per la decadenza della potestà parentale in capo alla madre, e la collocazione della bambina al padre. Di casi come questi ce ne sono parecchi. Come finiscono? Non sempre finiscono come si desidera, perché quando è uno dei due genitori in questa situazione si cerca di recuperarlo, finché è possibile; o dandogli un sostegno — USL — oppure dicendo «Intanto facciamo degli incontri progressivi con il padre attraverso l'USL, oppure attraverso uffici di mediazione» e qui dovremmo aprire una grande parentesi, perché la mediazione nel nostro codice non è regolamentata, esiste, però i giudici ordinari e i giudici minorili dicono: «alla mediazione ci si va solo se si è d'accordo; la mediazione non può essere imposta, per cui alla mediazione familiare invitiamo i coniugi ad andare; se però non vogliono andare vedremo». È chiaro che in questo modo c'è una possibilità di recupero del rapporto, di una adeguata potestà genitoriale. È chiaro che quando anche questi esperimenti o tentativi falliscono, allora, se l'altro genitore è idoneo, ed è considerato tale dai servizi sociali, allora il minore viene affidato all'altro genitore e viene dichiarata la decadenza della potestà genitoriale in capo soltanto a uno dei due.

È chiaro che il decreto di adozione se entrambi non sono dichiarati idonei e per entrambi è stata pronunciata la sentenza di decadenza dalla potestà genitoriale.

Adesso siamo in un momento giuridico di estrema evoluzione, perché è già stata approvata una legge di modifica dell'adozione, ma non è ancora in vigore perché non sono in vigore gli strumenti per la sua realizzazione. Ne è stata rimandata l'applicazione al luglio di quest'anno, ma la legge nuova sull'adozione è già entrata in vigore, con una sospensione per la sua attuazione.

C'è in Parlamento un progetto di legge per la modifica dell'art. 155 e seguenti, quindi sull'affidamento dei minori in caso di separazione coniugale con estensione ai casi di divorzio, e c'è in gestazione, anche questa in commissione alla Camera, un progetto di legge per la modifica della stessa procedura della separazione.

C'è un elemento che può interessare tutti; in particolare nel progetto di legge n. 66, Tardito, in ordine all'affidamento congiunto ci sono due novità che vi possono riguardare. La prima è: non si parla di affidamento congiunto ma di affidamento condiviso. Che cosa significa? Non è la stessa cosa, perché nell'affidamento congiunto, così come si realizza oggi in quei pochi casi nei quali si realizza — ho letto che sono il 3,86% di tutte le separazioni i casi di affidamento congiunto — si dice che l'affidamento del minore spetta congiuntamente ad entrambi i genitori. Il minore collocato presso uno di loro, e l'altro genitore ha rapporti più frequenti con il minore. Quindi l'affidamento congiunto oggi è più teorico che pratico, però almeno c'è un'affermazione di principio per cui il minore sicuramente sa che entrambi i genitori hanno gli stessi diritti e gli stessi doveri. Non si devono consultare solo sulle questioni più importanti relative alla vita del figlio, ma praticamente su una quantità maggiore di questioni: questioni relative all'organizzazione della propria settimana, all'organizzazione dei compiti, etc. Nell'affidamento congiunto non è solo un genitore, l'affidatario, che decide, per cui l'altro interviene solo nelle questioni mediche straordinarie, o scolastiche straordinarie. Purtroppo ci sono state delle esagerazioni da parte di genitori in affidamento congiunto che hanno fatto sì che diventasse insopportabile questo affidamento congiunto, per cui il genitore che un tempo era di serie B ha cominciato anche a volere sapere quante paia di calze comprava, dove andava, a che ora fa merenda e questo ha buttato all'aria l'esperienza. Non è l'espressione «affidamento congiunto» che è la panacea, ma è come vengono educati i genitori ad esercitare l'affidamento congiunto.

Qui si parla di affidamento condiviso, che è strutturato in maniera tale per cui entrambi i genitori hanno non solo la titolarità ma anche l'esercizio della potestà parentale e invece di essere ripartiti i tempi del rapporto del minore con l'altro genitori, sono ripartiti i campi di attività. Ad esempio, il padre si occuperà della scuola, dello sport e del tempo libero; oppure la madre si occupa della scuola e il padre dello sport. Oppure, il padre andrà alla settimana bianca... Cioè, qualità di rapporti, non tempi. Come poi di fatto avviene in tante famiglie, dove i compiti sono divisi, per cui la madre fa fare i compiti, e il padre eventualmente gli insegna a usare il computer. Per qualità di scelte e di impegni. Questo sarebbe l'affidamento condiviso. Per entrambi diritti e doveri identici, campi e sfere di partecipazione e di competenza.

Ma c'è una ricaduta economico patrimoniale: non c'è più il contributo di mantenimento come tale, per cui io ti dò tre milioni e tu te lo gestisci come ti pare. Ma ognuno sopporta le spese della propria area di competenza, in via esclusiva. Poi se uno dei due ha una posizione reddituale sostanziale più consistente rispetto all'altro deve dare quelli che chiamano «i soldi da tasca», che possono arrivare anche fino a un milione, due milioni», per compensare questa situazione. Con una particolarità, che ha dato origine a migliaia di liti fino adesso, che è quella dell'assegnazione della casa coniugale. Perché fino adesso la casa coniugale, art. 155, viene assegnata in godimento al genitore al quale sono assegnati i figli. Noi abbiamo avuto delle lotte per l'affidamento non per il figlio ma per la casa. Casa che spesso era anche proprietà dell'altro coniuge, o dei genitori dell'altro coniuge, che ovviamente innescavano delle polemiche senza fine, perché si vedevano privati della loro casa, in più il figlio doveva andare in affitto fuori. Adesso il discorso della casa coniugale viene assegnata al figlio, nel progetto di legge, è il luogo degli interessi del figlio, dove si svolge la vita del figlio. Non che i genitori ruotino, come in qualche esperienza di affidamento alternativo che abbiamo fatto, ma se la casa coniugale viene assegnata a uno dei due, perché è il più vicino alla scuola, al luogo di vita, questa assegnazione della casa coniugale ha un valore economico, nel senso che si dice che questo è un risparmio di affitto di lire *tot*, e quindi questo te l'ho già dato. Finora si diceva ma non si faceva.

In questo contesto ci si muove diversamente rispetto all'art. 155. C'è un campo che mi sembra di un'estrema importanza, che dovrebbe cambiare tutto, che è quello dei Centri Familiari Polifunzionali. Prima della separazione, durante l'affidamento, etc., il Tribunale — e parrebbe sia in sede di separazione che in sede di divorzio, anche se questo è previsto per l'art. 155 — deve avere una relazione da parte di questi Centri Familiari Polifunzionali che possono essere USL, Centri di Mediazioni Familiare, associazioni di psicologi, anche privati, che si occupino di problemi educativi e di crescita del minore. La relazione di questi centri diventa parte fondamentale per la pronuncia poi della separazione e dell'affidamento. Perché l'affidamento è condiviso, ma se ci sono elementi negativi di valutazione, si fa poi l'affidamento esclusivo.

Se questi Centri Familiari Polifunzionali si trovano in un rapporto di collaborazione con l'USL, con questa USL hanno anche rapporti di carattere economico; cioè, si dovrà vedere come l'USL dovrà rapportarsi economicamente con questi enti privati.

A me sembra che sia una grossa apertura all'aspetto educativo dell'affidamento il fatto di considerare vincolante la partecipazione dei coniugi ad incontri con questi Centri Familiari Polifunzionali, però l'intervento di chi può consigliare la coppia in ordine all'affidamento mi sembra che sia importantissimo, perché non avremo più il minore tirato, conteso, per ragioni di..., ma avremo un minore che con l'aiuto dei Centri Polifunzionali, etc., avremo un minore che in qualche modo viene tutelato nel suo diritto a crescere in maniera armonica ed equilibrata, che dovrebbe essere poi lo scopo di tutte le procedure di separazione. Che purtroppo finiscono solo in liti economiche: il grande amore viene quantificato in soldi, l'affidamento viene quantificato in soldi, la fine della causa viene quantificata in soldi e l'aspetto educativo purtroppo rimane solo secondario. C'è questo tipo di apertura. A me sembra molto importante la sensibilità nuova che c'è, cioè il fatto di potere dire “non prendiamo decisioni che riguardano la vita dei minori senza che ci siano persone, esperte, che ci abbiamo detto come sta veramente il minore”.

L'ultima valutazione è questa: l'Italia ha firmato nel 1996 un accordo di Strasburgo sui diritti del minore. Questo accordo di Strasburgo richiede che il minore venga sentito in tutte le procedure che lo riguardano, in tutte le procedure nelle quali si parla di lui. Venga sentito da chi?

Io ritengo che il minore debba essere sentito da persone esperte. Abbiamo qualche caso in Tribunale a Reggio Emilia, ma l'abbiamo visto anche a Bologna, del minore che viene sentito direttamente dal giudice, il quale può essere anche la persona più buona del mondo, ma è abituato a condannare o ad assolvere, a decidere di confini, di risarcimento danni; fa come può nel sentire il minore. Ma provate a pensare a un giudice di trent'anni, non sposato, senza figli...

Se questa convenzione di Strasburgo deve essere applicata dall'Italia che si è impegnata a renderla esecutiva in Italia entro il 2002, allora che questo minore venga assistito con l'assistenza di un avvocato del minore, di un avvocato della salute del minore, perché gli effetti dell'audizione del minore in tribunale a volte sono effetti devastanti. A me è capitato un mese fa di due fratelli di 14 e 16 anni che sono stati sentiti dal giudice in una procedura di separazione che li riguardava. Conflittualità esasperata fra i genitori, il giudice alla fine dice «Va bene, sento questi due ragazzi», su sollecitazione del collega di controparte; io mi ero opposta ferocemente, perché per me non si devono sentire in Tribunale... I due ragazzi sono entrati nel cortile del Tribunale il giorno di un processo famoso, nel quale l'imputato veniva trascinato in catene da ben sei carabinieri. Questi sono rimasti traumatizzati già dall'ingresso. Dopo di che io li ho portati su dal giudice; quando si sono sentiti interrogati dal giudice non sapevano più cosa rispondere. E a un certo punto quello di

14 anni si è voltato verso di me e mi dice: «Ma anche noi andiamo via con i carabinieri?». a questo punto la mia convinzione che non deve essere il giudice in Tribunale a sentire dei minori si riconferma.

Ve l'ho detto perché questa convenzione di Strasburgo passerà anche sulle vostre teste, sulla vostra attività, e allora il vedere come il minore deve essere sentito, attrezzarlo, non per fargli dire la verità che vogliamo noi, ma per fare emergere quello che lui sente, non per fargli dire voglio stare con il papà o con la mamma, che è pazzesco, perché io credo che a un minore non si debba mai chiedere con chi vuole stare. Anche perché alla fine gli dai un senso di onnipotenza e dei sensi di colpa che non dimenticherà più, perché lui ha scelto un genitore e ha ripudiato l'altro. E lui lo sente come ripudio. Perché io ho i figli trentenni, quarantenni, delle prime coppie separate i quali dicono: «Avvocato, quando io ho scelto di stare con mia madre ho abbandonato mio padre». Sono gli adulti che devono farsi carico dei problemi dei minori, non scaricarli sui minori. Dobbiamo essere noi in grado, attraverso l'aiuto degli esperti, di capire qual è il meglio per il minore. Oppure cercare di parlare con il minore per cercare di capire qual è la sua sensibilità, il suo tipo di opzione, ma mai fargli dire con chi vuole stare. Mi sembra che veramente sia una forma di violenza nei confronti dei minori occulta ma sicura, perché questo gli rimarrà dentro sicuramente.

Allora la possibilità che i Centri polifunzionali, le associazioni, cioè l'esperto possa di nuovo essere non solo un mediatore, ma un aiuto perché il minore possa esprimersi anche di fronte a queste autorità costituite, così incombenti, possa essere una vera grossa apertura nei confronti del diritto familiare.

GLAUCO GENGA

Voglio ringraziare l'Avvocato Mescoli per la sua relazione così ricca, precisa e anche appassionata.

Lascio subito la parola alla Dott.ssa Valeria Dragone, Presidente del CIAI, una delle Agenzie presenti da più tempo nel campo dell'adozione internazionale, e sicuramente una delle agenzie più serie, più autorevoli che ci sono in questo momento.

Vorrei introdurre soltanto ricordando una notizia del *Corriere della Sera* che forse avete notato ieri, la notizia dell'utero in affitto di quel centro in California, per cui famiglie che già diagnosticate come sterili, che non possono avere figli, spediscono l'embrione già fecondato... Siccome qualcuno chiede a questa coppia, che ha speso un sacco di soldi, 130.000 euro, quindi sicuramente di più di quello che costa un'adozione, allora qualcuno gli chiede: «Ma avete pensato all'adozione? Perché avete intrapreso questa strada, che è tutto sommato ancora nell'illegalità?», che non ci sarebbe se questi signori si fossero trasferiti loro in America, perché l'illegalità sta nel trasporto degli embrioni già fecondati. Mentre in California non è illegale la pratica di surrogazione di gravidanza.

La risposta dei coniugi è «Sì, ci abbiamo pensato, ma nello stesso momento siamo venuti a sapere che questo centro metteva a disposizione questa possibilità. L'adozione deve essere una cosa meravigliosa, ma vuole mettere avere figli propri con i tuoi cromosomi? L'amore che proverai nei loro confronti non eguaglierà mai nessun altro tipo di amore». L'ho letto per questo. Tutto lo stato di guerra che ci ha menzionato l'Avvocato Mescoli ci mostra come l'amore non c'entri nulla con i cromosomi. Noi siamo fermi e saldi su questo punto: se di amore si ha da parlare, si tratta di rapporto giuridico, e quindi i cromosomi non c'entrano.

© Studium Cartello – 2007

Vietata la riproduzione anche parziale del presente testo con qualsiasi mezzo e per qualsiasi fine senza previa autorizzazione del proprietario del Copyright