

Incontro di Studio “L’INFANZIA ABUSATA”
Frascati, 7-9 febbraio 2000

Martedì 8 febbraio

**Conflitto coniugale ed infanzia abusata: limiti alla
potestà genitoriale ed affidamento dei minori quali
forme di tutela urgente.**

**Relazione della dott.ssa Graziana Campanato, Presidente del
Tribunale per i Minorenni di Venezia**

INDICE

1 - Il conflitto come ipotesi di abuso - le difficoltà della giurisdizione

2 - Le competenze frantumate

- Rapporti Tribunale per i Minorenni (T.M.) e Giudice Tutelare (G.T.)
- Funzione preparatoria
- Funzione di controllo
- Funzione di vigilanza del G.T.
- Funzione del T.M. rispetto ai decreti del G.T.
- Rapporti tra T.M. e T.O.

3 - Le modalità di intervento a protezione del minore

A - L'intervento socioassistenziale della P.A.

B - L'intervento giudiziario

1 - La regolamentazione dell'esercizio della potestà

2 - La regolamentazione e la tutela

3 - Interventi e regimi giudiziari di tutela in senso stretto

- 3a - La procedura di potestà

- 3b - L'affidamento familiare ed il ricovero in istituto giudiziario

- 3c - La dichiarazione di adottabilità

4 - I Provvedimenti giudiziari provvisori ed urgenti

5 - L'esecuzione dei provvedimenti

6 - La mediazione

- Le prassi dei T.M. - Un'ipotesi procedurale

CONFLITTO CONIUGALE ED INFANZIA ABUSATA. LIMITI DELLA
POSTESTA' GENITORIALE ED AFFIDAMENTO DEI MINORI QUALI FORME
DI TUTELA URGENTE

1 - Il conflitto come ipotesi di abuso - le difficoltà della giurisdizione.

La convenzione dell'ONU relativa al diritto del minore ad essere allevato nella sua famiglia d'origine e le norme che sottolineano nello stesso senso tale diritto contenute nelle leggi italiane, prima tra tutte la legge sull'adozione 183/94, impongono il dovere di tutelare i rapporti affettivi ed i legami familiari del nucleo in cui vive il minore.

Il fatto è che queste relazioni che dovrebbero consentire un'armoniosa crescita del minore sono in un buon numero di casi delle relazioni inquinate dalla conflittualità genitoriale, cosicché il processo di costruzione della propria identità che il minore percorre nel corso del suo sviluppo psicofisico e che la differenza di genere dei genitori dovrebbe agevolare viene ostacolato dagli interventi manipolativi che i genitori in conflitto pongono in essere.

Sia che il minore continui a vivere in famiglia, oppure che venga affidato ad uno dei contendenti in gioco nel conflitto, se questo continua perchè i genitori non sono in grado di elaborare il processo di separazione, nè di distinguere il ruolo di coniugi o di partner di una coppia da quello di genitori, il diritto alla relazione che al minore viene riconosciuto dal sistema giuridico e dalle scienze sociali di fatto non può essere esercitato.

La contesa del figlio come alleato all'interno del conflitto della coppia convivente e come oggetto di potere, fonte di sicurezza, conferma di appartenenza, da parte di genitori separati comporta dei rischi che si traducono in veri e propri danni psicologici per i figli, tanto più gravi perchè spesso non tenuti in sufficiente considerazione.

Se il conflitto persiste nel tempo e viene amplificato nel corso di cause o procedure attraverso l'accesso al Tribunale ordinario per le separazioni ed i divorzi, oppure al giudice minorile per gli affidamenti ex art. 317 bis ed il minore viene coinvolto come parte integrante del conflitto si entra nel campo del vero proprio abuso psicologico, quando non si accompagnano anche forme altrettanto gravi di abbandono o incuria.

Di abuso psicologico si tratta quando i genitori utilizzano il figlio per stigmatizzare il comportamento del partner, volendone provare l'inaffidabilità; per controllare tale comportamento. Ed ancora vi è abuso psicologico quando si impedisce la frequentazione del figlio con l'altro genitore, quando si accusa quest'ultimo di fatti gravi, assolutamente inconsistenti.

L'art. 19 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20.11.89, resa esecutiva con L. 27.5.91 obbliga l'adozione di misure legislative, educative e di intervento giudiziario per tutelare il fanciullo contro ogni forma di violenza, maltrattamento ed abuso.

La giurisdizione italiana, nel campo delle controversie che nascono dai conflitti familiari è frantumata, come vedremo meglio più innanzi e non è sempre facile individuare la competenza dell'organo giudiziario preposto. Tuttavia in ogni procedura giudiziaria, sia essa avanti il Tribunale ordinario, come davanti il T.M. occorre tenere presente nell'adozione dei provvedimenti, ma anche nelle modalità di interventi procedurali, da una parte la posizione del minore, i suoi tempi di crescita, i guasti incalcolabili che l'abuso, ma anche la perdita delle relazioni familiari cagionano e, dall'altra, i riflessi negativi sullo stesso dell'amplificarsi del conflitto che una gestione confusa del procedimento può provocare.

In tutte le procedure sia il giudice ordinario che quello minorile hanno un potere di indagine e di decisione che non è legato strettamente alla domanda delle parti per quando riguarda le modalità di intervento sul minore (affidamento, diritto di visita, collocazione extrafamiliare, ecc.).

Questo potere deve essere opportunamente esercitato, tenendo in considerazione tutti gli elementi che incidono sull'equilibrio del minore. Tra questi io ritengo vi sia anche il diritto degli adulti di rappresentare la propria realtà attraverso il rispetto del contraddittorio, principio che ha assunto un rango costituzionale con la nuova formulazione dell'art. 111 Costituzione.

Questo viene sempre garantito sia nel processo di cognizione piena, sia in quello camerale previsto per la separazione ed il divorzio mentre viene attuato in modo improprio in molte prassi giudiziarie dei T.M.

Ritengo che una corretta garanzia dei diritti degli adulti anche nel rito minorile non solo sia in sintonia con i principi costituzionali che dovrebbero essere applicati anche nella procedura c.d. di volontaria giurisdizione, all'interno delle quali, tuttavia si celebra un vero e proprio conflitto sostanziale delle parti, come nelle procedure di potestà (art. 330 e 333 c.c.) e di affidamento (art. 317 bis), ma costituisca una modalità che consenta al giudice di abbassare il conflitto, di gestirlo in modo non autoritario, trasparente ed in posizione di terzietà e di attuare, alla fine, una più ragionata tutela dello stesso minore.

D'altro canto il giudice ordinario dovrebbe non appiattirsi del tutto sulle domande di parte, ma riappropriarsi di un ruolo attivo e, colmando le lacune del proprio sapere che non riesce da solo a comprendere i bisogni del minore, utilizzare i canali di informazione e sostegno dei Servizi e le diagnosi e valutazioni della CTU, oltre che formarsi costantemente attingendo dal confronto con le scienze sociali ed umane quella fonte di conoscenza che gli debbono essere proprie in questo delicato campo di intervento.

Secondo la Corte Costituzionale, che con sent. 185 del 14.7.86 ha dichiarato infondata la questione relativa alla incostituzionalità delle norme che non consentono la presenza nei giudizi di separazione e di divorzio di un curatore speciale del minore, perchè è nella scelta del legislatore non istituzionalizzare un conflitto genitori-figli, si inserisce all'interno del procedimento contenzioso principale un procedimento di volontaria giurisdizione che ha per oggetto l'affidamento dei figli.

Al di là di questo rilievo bisogna avere sempre presente che i figli con i loro atteggiamenti e percezioni della situazione familiare partecipano attivamente ai contrasti ed ai conflitti, entrano in gara con uno dei genitori ed a volte assumono il ruolo sostitutivo di uno di loro.

Il diverso atteggiarsi dei loro comportamenti dipende dalle modalità delle relazioni familiari, per cui questo va tenuto in grande considerazione al momento di ogni decisione.

Un procedimento corretto, possibilmente lineare, un sapere composito del giudice può costituire una forma di garanzia per tutti i soggetti interessati.

Nella realtà delle cose queste premesse sono contrastate da alcune contraddizioni e lacune del sistema giudiziario che possiamo individuare in:

- 1) le competenze suddivise tra più giudici che intervengono nelle vicende familiari e nella varie modalità di affidamento e tutela del minore che comportano discriminazione di trattamento e difficoltà di coordinamento;
- 2) le prassi dei Tribunali minorili che accentuano il carattere sommario ed inquisitorio della procedura camerale;
- 3) la mancanza di specializzazione del giudice ordinario e la confusione dei ruoli del giudice minorile.

2 - Le competenze frantumate.

Se il conflitto dà luogo a domanda di separazione o divorzio la competenza si radica avanti il T.O. e ben difficilmente sarà il giudice a segnalare al T.M. situazioni così gravi da far ritenere necessaria una procedura di potestà.

Avviene più spesso che siano le parti a ricorrere al giudice minorile, soprattutto quando le decisioni di quello ordinario non sono soddisfacenti o ritardano, per richieste di decadenza, sospensione o affievolimento della potestà dell'altro genitore o siano i Servizi a segnalare al P.M.M. fatti pregiudizievoli riguardanti il minore che danno luogo ad analoghi ricorsi e a richieste, spesso, di intervento urgente.

Poichè il conflitto, quando è alto, può determinare nelle parti volontà di vendetta, atti prevaricatori, stati di emotività e di tensione che comportano una amplificazione dei segnali di disagio dei minori, si accompagna alle azioni civili il ricorso al giudice penale che viene investito dell'indagine per accuse di maltrattamenti fisici, abusi sessuali, di cui il minore viene reputato essere oggetto.

Sotto i vari profili possono, dunque, essere investiti di competenza il T.O., il T.M., il giudice penale e talvolta anche il G.T. nell'ambito dei suoi poteri di controllo dell'esecuzione dei provvedimenti adottati a tutela del minore (art. 367 c.c.).

La contemporanea trattazione di procedure civili e di indagini penali comporta problemi di collegamenti che sono già stati oggetto di riflessione nella relazione avente ad oggetto la formulazione di un protocollo di indagine e saranno approfondite nel pomeriggio dal gruppo di studio che avrà questo specifico tema di discussione. Perciò tralascio di affrontare tale argomento e mi soffermo sui problemi che nascono dal fatto

che in tema di affidamento di minori vi possono essere giudici investiti dal ricorso delle parti, anticipando subito che il problema non si pone quando i genitori dei minori non sono sposati perchè in questo caso la competenza si radica esclusivamente avanti il T.M.

La “competenza frantumata” in tali situazioni comporta, invece, una forma di più difficile tutela per il minore perchè il giudice minorile non può, se non in casi particolari disporre su questioni economiche, con la conseguenza che se il conflitto riguarda anche l’ambito del dovere genitoriale di mantenimento della prole vi è l’obbligo di ricorrere a più giudici per ottenere una statuizione vincolante a carico del genitore inadempiente.

Ciò dà luogo a non pochi inconvenienti per: 1) la difficoltà di individuazione dell’organo competente nelle fattispecie concreta, 2) la possibile conflittualità tra i diversi organi in tema di competenza, 3) la molteplicità dei provvedimenti relativi alla stessa situazione familiare, a causa della mancata precisione di regole che dispongono la comunicazione tra i vari organi.

Può succedere, perciò, che, soprattutto in tema di affidamento - come vedremo oltre - un giudice non sappia della pendenza di procedura presso l’altro organo giudiziario e vengano adottati provvedimenti in contrasto l’uno con l’altro.

Rapporti Tribunale per i Minorenni (T.M.) e Giudice Tutelare (G.T.)

Ripercorrendo la storia degli istituti che nel tempo sono stati adottati dal legislatore a protezione dei minori e degli organi giudiziari competenti va subito detto che la vita del TM ed il GT risale rispettivamente all’anno 1934 e 1941 e che essendo l’attività del primo soprattutto di natura penale ed amministrativa, mentre quella del secondo di natura civilistica, il sistema poteva dirsi coerente con una chiara divisione delle competenze.

Era il GT, presente sul territorio nelle allora esistenza delle Preture mandamentali ad intervenire nelle situazioni d’urgenza, in forza della sua competenza attribuitagli dall’art. 336 c. 3 c.c., per l’adozione di provvedimenti di tutela del minore; interveniva ai sensi dell’art. 318 c.c. nei confronti dello stesso se questi si allontanava senza permesso dalla casa familiare ed il TM confermava o meno tali provvedimenti o fungeva da giudice dell’impugnazione.

Attraverso tale sistema e la diffusione capillare di un organo giudiziario di pronto intervento l’utente aveva a disposizione un ufficio cui rivolgersi che fungeva, di fatto, anche da organo di conciliazione e riservava al TM le situazioni più complesse.

Con le riforme legislative del 1956 (L. 888 e 1441), del 1967 e 1983 sull’adozione e la legge 1975 sul diritto di famiglia si è ampliata la competenza del TM e soprattutto è venuta meno la competenza del GT in tema di provvedimenti d’urgenza.

Tale spostamento di competenza da una parte affida ad un giudice specializzato l’intervento delicato che è caratterizzato dall’urgenza, ma dall’altra rende più difficile all’utente l’accesso alla giustizia, avendo il TM una competenza territoriale

generalmente molto vasta, che coincide quasi sempre con quella della Corte di Appello e rende anche più difficile l'assunzione delle informazioni ed i rapporti con i Servizi. Inoltre non vi è una previsione di raccordo fra i due organi giudiziari, non essendovi una norma che imponga al GT di segnalare al TM le situazioni di pregiudizio per il minore di cui viene a conoscenza per l'attività del proprio ufficio, salvo le situazioni di abbandono, ai sensi dell'art. 9 comma 2 L. 184/83 ai fini dell'adozione.

Funzione preparatoria

Il GT è tenuto alle ispezioni presso gli Istituti in cui si trovano ricoverati i soggetti minorenni ed alla cura degli affidamenti familiari (art. 4 legge citata). La legge, prevede per tali situazioni, una espressa forma di raccordo, ma lo svolgimento del tutto burocratico di tali compiti, di prassi, non consente al GT di essere un utile organo di indagine in funzione preparatoria dell'intervento del TM.

Funzione di controllo

Sempre nella legge dell'adozione si rinvencono norme che prevedono un collegamento del GT con il TM:

- 1) nel corso della procedura di adottabilità art. 12 c. 4° dà facoltà al TM di delegare il GT a controllare l'osservanza delle prescrizioni impartite ai genitori o parenti dei minori in presumibile situazione di abbandono;
- 2) l'art. 10, c. 2° e 11° prevede che il GT vigili sull'attività del tutore provvisorio nominato dal TM;
- 3) l'art. 19 c. 2° sembrerebbe conferire la stessa funzione dopo la nomina del tutore definitivo, una volta dichiarato lo stato di adottabilità.

L'interpretazione giurisdizionale, tuttavia, ha escluso tale funzione. L'art. 22 prevede che il TM vigila sull'andamento dell'affidamento preadottivo direttamente oppure attraverso il GT. Pertanto spetta al Tribunale la scelta operativa. Di conseguenza anche i rapporti con il tutore sarebbero inopportuni da parte del GT non delegato a tale funzione.

Funzione di vigilanza del GT

L'art. 337 c.c. attribuisce al GT il compito di vigilare sull'osservanza da parte dei genitori delle condizioni stabilite dal TM per l'esercizio della potestà e l'amministrazione dei beni.

Si tratta di una forma di controllo officioso che presuppone la comunicazione al GT ex art. 51 disp. att. c.c. di tutti i provvedimenti del TM.

Il rilevante numero di decreti adottati dal Tribunale rende pressochè impossibile tale compito di vigilanza che di fatto viene effettuato dai Servizi Sociali, i quali relazionano direttamente al Tribunale oppure dal Tribunale stesso, mentre l'intervento del GT., di norma, avviene quando vi è il ricorso delle parti: La giurisprudenza ha ritenuto che tale competenza ci sia anche nel caso di provvedimento del G.O.

Funzione del T.M. rispetto ai decreti del G.T.

Il TM ha competenza in ordine ai reclami avverso i decreti del GT (art. 45 Disp. att. c.c.).

Nella prassi il reclamo è poco utilizzato dalle parti.

Rapporti tra T.M. e T.O.

Il TM è istituzionalmente, il giudice del controllo della potestà parentale e dell'adozione. Inoltre ha competenza per alcuni altri istituti quando il soggetto è minorenne in tema di filiazione naturale (accertamento ed autorizzazione al riconoscimento), legittimazione, interdizione, inabilitazione, affidamento ex art. 317 bis, attribuzione del cognome paterno, autorizzazione al matrimonio.

Il T.O. è il giudice della separazione e del divorzio, per cui ha competenza, in tale ambito anche in ordine all'affidamento dei minori ad uno dei genitori o a terzi.

La competenza del T.M. in materia di patrimonio è eccezionale, espressamente contemplata come nel caso di accertamento giudiziale della paternità e maternità, l'azione di responsabilità per il mantenimento e l'educazione (art. 279 c.c.) per il figlio naturale non riconosciuto; in caso di cessazione della comunione legale (art. 194); amministrazione del fondo patrimoniale (art. 171), rimozione dei genitori dall'amministrazione dei beni del minore (art. 334) e riammissione in tale funzione (art. 335), affidamento del figlio e suo inserimento nella famiglia legittima (art. 252).

L'art. 277 c.c. che non è espressamente richiamato dall'art. 38 disp. att. c.c. in tema di competenza del TM è norma che riconosce al giudice la facoltà di adottare provvedimenti utili per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione del figlio, di conseguenza dell'accertamento giudiziale di paternità e maternità.

E' pacifica la competenza del T.O. quando il figlio è maggiorenne, mentre nel caso del figlio minorenne, nonostante la mancanza di espreso richiamo la Suprema Corte ha affermato la competenza del TM, trattandosi di pronuncia consequenziale a quella dichiarazione del rapporto di filiazione naturale (1) ed ha riconosciuto al TM il potere di decidere d'ufficio sulla misura dell'assegno (2).

La Corte ha anche riconosciuto il conseguente diritto del genitore che ha sopportato le spese del mantenimento ad agire in via di regresso per il rimborso di quanto già versato, stabilendo la competenza del T.O. per il maturato prima della domanda di merito e del TM per le spese successive alla domanda giudiziale, intendere come tale non il ricorso introduttivo del giudizio d'ammissibilità, ma la domanda della fase di merito.

Quanto ai rapporti patrimoniali, mentre sul piano sostanziale vi è una parità di posizioni soggettive per cui non sussistono più consistenti discriminazioni tra figli legittimi e figli naturali, l'incoerente e svantaggioso sistema di tutela balza agli occhi sul piano processuale allorchè si verifica la crisi della coppia.

1) Cass. 1504/89, Giust. civ. 1989, I, 1045 - Cass. 7629/94 in Foro It. 1995, I, 2199

2) Cass. 6217/94 Foro It. 1995, I, 251.

Il T.O., giudice della separazione e del divorzio, dà provvedimenti di ogni natura, e quindi anche economica rispetto ai figli, mentre il TM, competente a regolare l'esercizio della potestà dei genitori naturali ai sensi dell'art. 317 bis non ha competenza a provvedere in ordine ai bisogni materiali dei minori, dovendosi limitare a provvedere sull'affidamento.

La dottrina sul punto è unanime a negare tale competenza e la giurisprudenza lo è in modo nettamente prevalente.

I tentativi minoritari si fondano più su considerazioni di equità che su fondamenti giuridici persuasivi.

La Corte Costituzionale nella sent. 30/12/77 n. 451 ha osservato “ è pur vero che il sistema attribuisce al Tribunale Minori, nel caso di cui all'art. 271 c.c., anche competenze di natura patrimoniale, ma tale eccezione è stata espressamente stabilita dalla legge, in considerazione della particolarità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale, e non può valere come principio generale”. Mancando un principio generale che assegni la competenza del Tribunale Minori *ratione materiae* non può esservi una estensione analogica nè con riferimento ad istituti espressamente comportanti una competenza diversa, nè ad istituti di competenza propria del giudice specializzato che riguardano fattispecie diverse.

La ripartizione delle competenze tra i due Tribunali e la mancanza di una disciplina unitaria della filiazione legittima e naturale comporta che anche per quest'ultima il Tribunale Ordinario ha competenza di carattere economico, spettando al giudice specializzato solo le questioni di natura personale espressamente prevista dall'art. 317 bis c.c.

Nel corso di separazione dei genitori naturali è necessario ricorrere al Tribunale Minori per l'affidamento e al Tribunale Ordinario per la misura della contribuzione economica e per il rimborso delle spese già sostenute, a meno che non ci sia l'accordo delle parti che di prassi il tribunale Minori ratifica, dandovi atto nel decreto con cui dispone l'affidamento, recependo la volontà delle parti.

La Corte Costituzionale (1), chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di tale sistema normativo ha respinto le eccezioni da una parte, riferendo che la duplice competenza stabilita per i figli naturali è da ritenersi giustificata e dall'altro che la divaricazione di competenza era opportuna per la diversa e specifica esperienza dei due Tribunali.

Osservava anche che le modifiche economiche chieste in un momento successivo all'affidamento ben poco riguardavano il minore risolvendosi in un conflitto di natura patrimoniale fra adulti, che giustifica pienamente il ricorso al Tribunale Ordinario.

Ulteriore complicazione deriva dal fatto che l'inadempimento dei doveri di natura assistenziale e quindi anche del mantenimento dei figli, allorchè ponga costoro in

1) Corte Cost. 5/2/96 n. 23 in *Il diritto di famiglia e delle persone* 1996, 1327

2) Corte Cost. 30/12/97 n. 451 stessa civ. 1998, 484

situazione di pregiudizio (e normalmente ciò si verifica quando gli oneri ricadono su di un solo genitore e su terzi) può comportare la decadenza del genitore inadempiente dalla potestà.

Se l'inadempimento riguarda entrambi i genitori può aprirsi una procedura per la dichiarazione dello stato di adottabilità.

Per entrambi i giudizi è competente il Tribunale Minori che in queste procedure dovrà tenere conto di eventuali disposizioni contenute in provvedimenti del giudice ordinario ma potrà anche valutare l'inadempimento in relazione ad altri elementi ed al pregiudizio concretamente causato.

In tema di affidamento le disposizioni sono contenute nell'art. 155 c.c. quanto alla separazione e nell'art. 6 della L. 898/70, modificata dall'art. 12 L. 74/87, quanto al divorzio.

Per effetto del rinvio contenuto nell'art. 129 c.c. la disciplina dell'art. 155 si applica anche nell'annullamento del matrimonio.

Il giudice del divorzio è competente anche nel caso in cui la domanda sia stata proposta dopo il ricorso ad altro giudice per la modifica delle condizioni della separazione (1).

Dopo una serie di decisioni ed opinioni contrastanti si è considerato l'indirizzo dato dalle Sezioni Unite secondo cui "alla stregua del disposto dell'art. 38 Disp. att. c.c., sulla competenza del Tribunale Minori coordinato con le norme dettate dagli artt. 155 e 317 c.c., 9 L. 898/70 e 710 c.p.c i provvedimenti di revisione delle condizioni di affidamento dei figli minori di coniugi separati in forza di separazione giudiziaria o separazione consensuale omologata, ovvero di coniugi il cui matrimonio sia stato annullato o sciolto rientrano nella suddetta competenza del Tribunale Minori nei soli casi in cui come causa di quella revisione si chieda un intervento oblativo o limitativo della potestà genitoriale sulla prole a norma degli artt. 330 e 333 c.c., mentre in ogni altro caso sono devoluti alla competenza del tribunale Ordinario.

Ne consegue che anche nel caso di giudizio di separazione il tribunale Minori rimane competente per i provvedimenti anche cautelari di cui agli artt. 330 e 333 c.c. ed il tribunale Ordinario dovrà tenere conto della decisione del giudice specializzato, se questa risulti rilevante. (2);

L'affidamento della prole in minore età sul quale è competente il Tribunale Ordinario quale giudice della separazione a norma dell'art. 155 c.c. non incide sulla spettanza della potestà ad entrambi i genitori ma secondo l'espressa disposizione dell'art. 317, c. 2° c.c. interferisce soltanto sulle modalità di esercizio della potestà medesima (3).

(1) Cass. n. 238/82 in Giust. civ. e in Dir. fam. 1983, 5 con nota di Carmignani Cass. Sez. Unite 1551/83.

(2)- 1) Cass. 2797/97

(3)- 1) Cass. 4631/99

I provvedimenti di decadenza non sono confondibili con quelli previsti dall'art. 155 c.c. e 317 c. 2° c.c.

Il problema, invece, si pone nella correlazione tra gli artt. 155 c.c. cpv. e 317, co. 2 da un lato e l'art. 333 dall'altro perchè le distinzioni non sono affatto chiare.

L'artt. 155 fa riferimento ad "ogni provvedimento relativo alla prole" e l'art. 333 ai "provvedimenti convenienti" ed in sostanza le due norme sono dirette alla stessa finalità che è l'interesse del minore da porsi alla base sia delle scelte del giudice ordinario che del giudice specializzato.

La Corte di Cassazione (1), nel ribadire che "la distinzione tra le due competenze non può essere lasciata alla prospettazione delle parti, ma deve essere prefissata in modo inequivocabile per evitare il rischio di contrastanti pronunce e di confusione, nonché di moltiplicazione irragionevole delle sedi di conflitto tra coniugi", assume ad elemento dirimente, il presupposto della sussistenza o meno del rapporto di coniugio e la pendenza o aumento o l'avvenuta definizione di una causa di separazione legale o consensuale, di annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio.

In tale ambito trova applicazione l'art. 155, mentre nel caso di coniugi separati solo di fatto o di genitori naturali l'esercizio della potestà va regolato dall'art. 333.

In fine la Corte Costituzionale (2), ha dichiarato non fondata la questione di illegittimità del combinato disposto degli artt. 151, c. 1° e 155 c.c. in riferimento agli artt. 330 Cost. nella parte in cui non prevede che il convivente more uxorio possa chiedere al giudice la separazione ed i provvedimenti riguardanti i figli e l'assegnazione della casa coniugale con il procedimento regolato dagli artt. 706, 707, 708, 709 c.pc.

L'estensione di tali regole alla convivenza more uxorio potrebbe costituire una violazione dei principi di libertà delle parti, mentre l'inapplicabilità della disciplina non significa che venga meno la tutela dei minori.

La mancanza di un intervento giudiziario unitario non viola i principi costituzionali e potrebbe essere oggetto di un intervento legislativo.

(1) sent. 3159/96

(2) Corte Cost. sent. n. 166 del 13/5/98 in fam dir. 1998, 205

3 - Le modalità di intervento a protezione del minore

La competenza di più giudici come è stata delineata nel paragrafo che precede comporta modalità di intervento differenziato che dipendono: 1) dall'organo che interviene; 2) dalla gravità della situazione; 3) dal tipo di cultura giuridica e/o assistenziale di cui è permeato l'organo; 4) dalla coesistenza di più tipi di intervento; 5) dal momento dell'intervento.

A - L'intervento socioassistenziale della P.A.

Anzitutto va detto che ci sono modelli di protezione che prescindono dall'intervento giudiziario. Questo interviene solo in caso di rifiuto da parte di chi esercita la funzione genitoriale.

Si tratta dell'intervento socio assistenziale che viene attuato dai Servizi Sociali attraverso:

1) la rilevazione del caso (su segnalazione della famiglia, della scuola, parenti, terzi o per ricorso dagli stessi genitori che riconoscono l'esistenza del problema ed il bisogno di aiuto); 2) la valutazione della recuperabilità delle capacità genitoriali; 3) il trattamento che richiede la competenza di più figure professionali (assistente sociale, psicologo, neuropsichiatria infantile, educatore, per indicare le più tipiche).

L'obiettivo è quello di stimolare il cambiamento all'interno delle relazioni familiari, offrendo inoltre - se del caso - aiuto assistenziale attraverso prestazioni anche economiche che riducono i motivi di tensione (ad es. accompagnamento dei sanitari a questa, assistenza familiare, erogazione di denaro) e - soprattutto - sostegno psicoterapico familiare.

Tale tipo di intervento può comportare una collocazione del minore al di fuori della famiglia, vale a dire in istituto, o presso famiglie affidatarie, o comunità alloggio, ai sensi dell'art. 2 L. 813/84 nel riconoscimento da parte dei genitori di uno stato di temporanea difficoltà della famiglia e nella ragionevole previsione che possa, in tempi non troppo lunghi, riprendersi cura del bambino.

Il legislatore mostra di privilegiare l'affidamento familiare rispetto all'istituzionalizzazione e prevede che i possibili destinatari dell'affidamento sono tutti i minori indipendentemente dal loro status giuridico, stato di salute, età, cittadinanza, mentre possono essere affidatari: 1) le coppie coniugate con o senza figli, 2) le coppie di fatto, 3) le persone singole di qualsiasi stato (separati, vedovi, celibi, ecc.).

L'affidamento presuppone: 1) un potere di iniziativa del Servizio Sociale, 2) un'istruttoria atta ad acquisire il consenso dei genitori e la disponibilità del minore, che è obbligatorio sentire se ultradodicesimo, 3) la valutazione delle condizioni per l'adozione di tale istituto, che presuppone una situazione temporanea della famiglia di origine, 4) la previsione di durata, 5) la conservazione di relazioni del minore con i membri della famiglia, 6) le modalità di intervento dell'affidatario.

Il provvedimento amministrativo viene reso esecutivo dal GT del luogo ove vive stabilmente il minore.

L'ambito di controllo del GT secondo alcuni riguarda solo la provenienza e regolarità dell'atto, secondo altri si dovrebbe estendere al merito ed in primo luogo all'esistenza delle condizioni che permettono di ritenerlo idoneo a raggiungere lo scopo. 1)

In giurisprudenza, del pari, si afferma da una parte il pieno dovere di controllo di legittimità del GT e dall'altra, il potere di indagine nel merito e nei casi in cui il mezzo non sia ritenuto adeguato il dovere di segnalazione al TM. 2)

Il decreto del GT è reclamabile avanti il TM da parte del P.M.M. e - secondo alcuni autore anche da parte del Servizio locale in caso di rifiuto dell'esecutività. 3)

Secondo la prassi di alcuni Tribunali il decreto del GT non viene comunicato al P.M.M., bensì al P.M. ordinario, di talchè di fatto viene confiscato il diritto di impugnazione del procuratore minorile.

Si deve escludere che il decreto sia ricorribile in Cassazione, trattandosi di provvedimento che non incide sullo status della persona e non risolve un conflitto di interessi contrapposti.

Una seconda forma di tutela di tipo amministrativo è quello previsto dall'art. 403 c.c. che prevede un intervento da parte della pubblica autorità nel caso in cui il minore si trovi in condizioni di abbandono materiale o morale, oppure viva in ambienti insalubri o pericolosi, sia allevato da persone negligenti, immorali, incapaci di provvedere alla sua educazione.

Si tratta di un tipo di intervento di urgenza che consente di allontanare il minore dalle persone con le quali vive e di collocarlo in luogo sicuro in attesa di provvedere in modo definitivo alla sua protezione.

Tale norma riproduce l'art. 21 del T.U. R.D. 2316/34 sull'Opera Nazionale Maternità ed Infanzia (O.M.N.I.) che attribuiva il potere di tutela ai "patroni", i quali intervenivano con l'assistenza delle autorità di pubblica sicurezza.

Secondo una isolata voce dottrinale l'art. 403 sarebbe stato abrogato implicitamente dalla legge 184/83 perchè questa innoverebbe tutta la normativa relativa all'affidamento. Contro tale interpretazione vi è la dizione letterale dell'esplicita abrogazione delle norme civilistiche dall'art. 404 all'art. 413, e l'attualità del campo di applicazione dall'art. 403 che non risulta incompatibile con la nuova disciplina. 5)

L'intervento giudiziario è espressamente regolato, quanto al potere ufficioso di adozione di provvedimenti urgenti e temporanei dagli artt. 336, c. 3° e art. 10 c. 2° e 3° L. 813/84, di cui si tratterà più innanzi.

1) Sacchetti - l'affidamento del minore - Rimini 1984,104

Verde - Adozione e affidamento familiare - Padova 1994, 24..

2) Pretura Roma 12.12.83 in Giustizia Civile 1984,I,1339 e Contra Tm Bologna 23.1.84 in Giurisprudenza di merito 1986,579

3) Verde opera citata, 25

4) M. Finocchiaro: Disciplina dell'adozione e dell'affidamento - Milano 1983,15

5) T.M. Trieste 13.6.88 in Giur. merito 1988, 1718 ss

Si ritiene che tali funzioni normative esauriscano il potere di iniziativa giudiziaria e siano sufficienti a garantire una risposta adeguata alla tutela urgente del minore.

Si tenga presente che anche nel campo della separazione il Presidente e il giudice istruttore possono sempre adottare misure urgenti relative all'affidamento che può in situazione di pregiudizio familiare essere disposto nei confronti di persone diverse dai genitori, come si è avuto modo di riferire innanzi.

L'art. 403 per la sua stessa formulazione che fa riferimento a conoscenza di stati di abbandono, trascuratezza, pericolo in cui viene a trovarsi il minore, situazioni percepibili in via diretta da chi opera sul territorio induce a ritenere che con il termine di "pubblica autorità" si faccia riferimento non già all'autorità giudiziaria, investita da altre norme del potere di intervento, bensì all'autorità di P.S., ivi compreso il Sindaco si sensi dell'art. 1 c. 3° ... del R.D. 6.5.1940 n. 6356, ed al Servizio Sociale dell'ente locale competente per territorio ai quali viene attribuito il potere di sottrarre il minore alla potestà dei genitori, anche senza ordine del giudice, per fronteggiare casi di emergenza.

Quanto al PM minorile va ricordato che allo stesso non sono riconosciute funzioni decisionali, bensì propositive (art. 69 ss c.p.c.).

Anche nell'ambito del dovere di vigilanza e tutela degli incapaci previsto dall'art. 73 dell'Ordinamento giudiziario tale tipo di funzione viene ribadito, perchè al PM viene attribuito la legittimazione a richiedere al giudice i provvedimenti urgenti che ritiene necessari e potere di intervento e di azione gli sono riconosciute in materia civile ed amministrativa dall'art. 15.

Solo in campo penale il PM può adottare misure di salvaguardia del minore nell'ipotesi che questi sia vittima del reato e ciò nell'ambito del più generale potere-dovere di impedire che il reato comporti ulteriori conseguenze (art. 55 c.p.p.).

Pertanto si deve escludere che il PM possa essere titolare del potere d'intervento previsto dall'art. 403.

Tale interpretazione della norma corrisponde all'interpretazione giurisprudenziale più recente. 1)

1) Trib. Min. Trieste 13.6.1988 in Giur. Merito 1988,1718 ss. - Trib. Min. Roma 4.11.1994 in Famiglia e Diritto n. 1/1996 - Giurisprudenza di merito 61 con nota di De Pauli e Scensa

B - L'intervento giudiziario

1 - La regolamentazione dell'esercizio della potestà

Si è già detto della competenza di più giudici nell'ambito della conflittualità che coinvolgono il minore e determinano la necessità di regolamentare l'affidamento, a seconda che si necessita di regolamentare l'affidamento, a seconda che si tratti di genitori coniugati o meno, e della funzione di controllo del G.T.

Fino a quando la crisi della coppia non rivela situazioni di inadeguatezza genitoriale e di pregiudizio rilevante del minore (un certo livello di pregiudizio è sempre esistente in un clima di relazioni conflittuali) non può parlarsi di provvedimenti di tutela del minore, ma di regolamentazione dell'esercizio della potestà da parte dei genitori. Anche in tale funzione il giudice deve individuare quali modalità di affidamento sono più convenienti per il minore e tenere presente la complessità dei fattori che incidono nella scelta sia del tipo di affidamento, sia del genitore più adatto e tutelante, sia delle modalità relazionali che il minore deve conservare con l'altro genitore e la famiglia dello stesso.

Si tratta di un'operazione molto delicata che deve tenere conto della volontà delle parti, soprattutto se costoro riescono a raggiungere un accordo, delle aspettative del minore, delle relazioni pregresse e dell'evoluzione delle stesse, di una prognosi ragionata sugli sviluppi futuri.

Nei casi complessi il giudice, sia esso ordinario che minorile si serve delle informazioni dei Servizi e/o della consulenza di esperti e non è raro che utilizzi sia i primi che i secondi per un intervento diretto ad appianare i contrasti e magari ad effettuare una specie di trattamento terapeutico familiare, determinando, in questo secondo caso, una confusione di ruoli che - ciononostante - qualche volta porta a più miti ragioni i protagonisti del conflitto.

2 - La regolamentazione e la tutela

Si ravvisa, invece, un intervento di tutela, oltre che di regolamentazione, quando il giudice si risolve ad affidare il minore, sia pure nell'ambito di una procedura di separazione o di esercizio della potestà ai sensi dell'art. 317 bis per la coppia non sposata, a persone diverse dai genitori.

Ciò è consentito al giudice della separazione dall'art. 155 c.c. che, pur non incidendo sulla potestà genitoriale, conferisce al giudice ordinario il potere di adottare "ogni provvedimento relativo alla prole" ed *expressis verbis* il potere di collocarla presso una terza persona o, nell'impossibilità, in un istituto, in presenza di gravi motivi.

Del pari il Giudice del divorzio in forza dell'art.6 L. 1/12/1970 n.898, modificata dalla L. 74/87 può fare ricorso all'affidamento familiare (art.2 L.184/83) nel caso di impossibilità di disporre l'affidamento congiunto e alternato o esclusivo a uno dei genitori.

Il ricorso all'art. 2 L. 184/83 presuppone le stesse condizioni di difficoltà temporanea analizzata nel paragrafo precedente in tema di intervento assistenziale con il consenso dei genitori (c.d. affido consensuale).

Il potere attribuito al Giudice del divorzio che è il Tribunale Ordinario comporta che la scelta dell'affido c.d. contenzioso può essere disposta da una Autorità Giudiziaria

diversa dal Giudice Minorile al quale è attribuita la competenza esclusiva dalla Legge 184/83 che regola tale istituto e l'adozione

Si perviene così ad una ulteriore frantumazione delle competenze, allorchè la situazione di impasse familiare emerge nel corso di una procedura di divorzio, con la conseguenza che se la difficoltà perdurasse nel tempo essa dovrebbe venire segnalata al Tribunale dei Minori per la valutazione in ordine alla sussistenza delle condizioni per la dichiarazione dello stato di adottabilità.

Il Giudice Minorile, infine, nel regolare l'esercizio della potestà da parte dei genitori non conviventi e non uniti in matrimonio in forza dell'art. 317 bis, può affidare il minore ad uno dei genitori oppure disporre diversamente, financo ad escludere entrambi i genitori dall'esercizio della potestà, provvedendo alla nomina di un Tutore.

Si tratta di un intervento più incisivo di quello previsto dall'art.155 c.c. per i genitori coniugati o divorziati per i quali le limitazioni dell'esercizio della potestà anche nel caso di affidamento a terzi non comportano una compressione così completa da rendere necessaria la nomina del tutore.

Nel caso della famiglia legale solo attraverso il ricorso alla procedura di decadenza della potestà (art. 330 c.c.) oppure della procedura di adottabilità si può pervenire alla nomina di un tutore che si sostituirà al genitore nelle decisioni riguardanti il figlio.

In ogni altro caso il genitore coniugato conserva la potestà e le limitazioni all'esercizio della stessa non gli impediscono di poter intervenire nell'adozione delle decisioni di maggiore interesse.

Al genitore non coniugato resta solo il potere di vigilare sull'istruzione, educazione e condizioni di vita del figlio e la legittimazione a ricorrere al giudice in caso di pregiudizio: Allorchè venga nominato un tutore l'esclusione dai poteri di vigilanza sarebbe completa e l'adozione di tale provvedimento non necessita di accertamenti in ordine a comportamenti abusanti o pregiudizievoli posti in atto dal genitore, essendo sufficiente una inadeguatezza non colposa che contrasta con l'interesse del minore.

3 - Interventi e regimi giudiziari di tutela in senso stretto

Si possono considerare procedure di tutela del minore in senso stretto quelle che sono previste non per regolare l'affidamento dello stesso nel caso di separazione dei genitori, e che possono in certi casi - come si è visto - comportare anche l'adozione di provvedimenti di tutela, ma quelle che si fondano sul presupposto di incapacità genitoriali. E' evidente che una volta riconosciute le stesse e adottato il regime tutelante più idoneo, ne conseguono regole in tema di affidamento e di relazioni parentali.

Nel novero di tali azioni vi sono :

- 1) le procedure di potestà.
- 2) l'affidamento familiare o il ricovero in istituto giudiziale;
- 3) la procedura di adottabilità.

3a - La procedura di potestà (artt. 330 - decadenza artt. 333 affievolimento) presuppongono non una condizione di pregiudizio del minore venutasi a creare per

semplice inadeguatezza o di difficoltà dei genitori, ma per comportamento trascurante o abusante dello stesso.

Questa interpretazione delle norme che fino al 1975 individuavano nella decadenza o nell'affievolimento della potestà una forma di sanzione del comportamento genitoriale da adottarsi a seconda della gravità dello stesso e delle conseguenze negative sul figlio, in tempi successivi si è spostata nell'ottica della protezione più che della sanzione. La conseguenza comporta che il genitore potrebbe venire dichiarato decaduto anche nel caso in cui la trascuratezza nei confronti del figlio non dipendesse da cosciente volontà di non adempiere ai propri doveri, ma da incapacità e inadeguatezza non colposa a compiti genitoriali perchè prevale l'interesse del minore ad evitare che un adulto non capace abbia il potere di decidere sulla sua vita.

Il tenore delle norme sembra, tuttavia, dare significato alla volontarietà del comportamento.

Con la pronuncia di decadenza non vengono meno i doveri legati al mantenimento e sarà il Giudice a decidere se il genitore potrà conservare rapporti relazionali con il minore non convivente e se quest'ultimo nel caso di convivenza con il genitore decaduto debba per gravi motivi essere allontanato dalla casa familiare.

La stessa dizione normativa distingue i presupposti della decadenza da quello dell'allontanamento del minore perchè lo stato di pregiudizio può essere collegabile anche alla semplice convivenza, nonostante l'esercizio della potestà aspetti ad altri.

Nell'ipotesi di affievolimento della potestà il Giudice "adotta i provvedimenti convenienti" che possono essere revocati in ogni momento e possono consistere anche nell'allontanamento del minore.

Tali provvedimenti possono essere di varia natura: possono consistere in decisioni del Giudice atte a risolvere il conflitto del figlio con i genitori nel campo della scelta degli studi, della salute (esempio vaccinazioni obbligatorie), delle relazioni con parenti o amici ecc.

Una prassi piuttosto diffusa è quella di impartire prescrizioni che riguardano il comportamento da tenere.

Tale tipo di provvedimento non trova il consenso da parte della dottrina e della giurisprudenza che riconosce al Giudice il potere di imporre prescrizioni all'adulto solo nel caso in cui sia espressamente previsto dalla legge (ad esem. nelle procedure di adottabilità). Più adeguato sembra il provvedimento di affido al sostegno del Servizio Sociale che è legittimato ad intervenire in attività utili per il minore anche in mancanza di consenso dei genitori (es. trattamento psicologico dello stesso, medico, neuropsichiatrico) qualora questo sia necessario per colmare carenze genitoriali. Nel contempo il Servizio sociale può coinvolgere nella terapia anche la famiglia o prestare attività assistenziale, favorire lo sviluppo delle capacità degli adulti. E' evidente che se costoro non sono collaboranti, non prendono coscienza dei problemi e frappongono ostacoli ed il pregiudizio per il minore persiste in seguito a questo comportamento il Tribunale Minori può adottare più gravi provvedimenti e dichiarare la decadenza dalla potestà.

I genitori che migliorano il loro comportamento possono essere, invece, reintegrati.

L'art. 336 c.c. prevede che il ricorso al Giudice venga fatto dall'altro genitore, da parenti, dal P.M.

Il minore o i Servizi non sono legittimati e potranno riferire al P.M. per sollecitarne il potere propulsivo.

La procedura è quella del rito camerale.

I provvedimenti urgenti e temporanei possono essere adottati d'ufficio, (art.336 u.c.); di questi si tratterà oltre.

3 b L'affidamento familiare ed il ricovero in istituto giudiziario

Qualora non vi sia il consenso dei genitori all'affidamento a terzi è il Tribunale Minori del luogo ove vive il minore a disporre l'affido familiare o il ricovero in istituto, se ravvisa una difficoltà familiare che può venire superata e la necessità che nel frattempo altri si prenda cura della prole.

Anche questo caso potrebbe emergere in una situazione di conflittualità quando lo stato di disagio del minore è tale da indurre il Servizi a presentare un progetto che preveda la presumibile durata dell'affido, le modalità di esercizio della cura da parte degli affidatari, gli eventuali limiti da porre ai genitori, il tipo di rapporto con gli stessi garantito al minore.

Se i genitori si rivolgono al Giudice per la separazione, è in tale contesto che può venire valutata l'opportunità di disporre l'affidamento a terzi dal Giudice Ordinario in forza del ricordato art. 155 c.c. per le coppie coniugate, e dal Giudice Minorile nell'ambito dell'art. 317 bis c.c. o degli artt. 330 e 333 c.c. . Qualora il Giudice non ritenga che la inidoneità di entrambi i genitori sia di natura temporanea, l'affidamento a terzi assume le caratteristiche di un provvedimento sine die, a meno che non emerga una situazione così grave da ravvisarsi lo stato di abbandono psicologico e l'opportunità di aprire una procedura di adottabilità.

La procedura dell'affido giudiziario è regolata dagli artt. 330 e seguenti, vale a dire prevede il ricorso da parte o del P.M. ed il rito camerale.

3 c La dichiarazione di adottabilità

Si tratta di una procedura che può essere aperta anche su impulso di ufficio e costituisce l'ultima spiaggia di intervento del Giudice Minorile quando mancano le risorse non solo dei genitori, ma anche della famiglia allargata, vale a dire dei parenti tenuti a provvedere ai suoi bisogni.

Tali parenti si ritiene siano quelli entro il quarto grado.

La situazione di abbandono deve essere non transitoria. Per mancanza di assistenza si intende anche una grave forma di inadeguatezza genitoriale di natura irreversibile e altamente pregiudizievole per il minore, tale da giustificare lo scioglimento di ogni legame con la famiglia di origine.

Tenuto conto delle varie modalità di intervento del Giudice al fine di garantire al minore un regime di tutela adatto al caso, e difficile stabilire quale sia il punto di discriminazione che consente il passaggio da interventi meno incisivi, come l'affievolimento

della potestà genitoriale, la decadenza, l'affidamento a terzi temporaneo o sine die, l'adottabilità.

Negli ultimi anni la giurisprudenza ha sottolineato più l'entità del pregiudizio al minore cagionato dal comportamento dei genitori che la gravità dello stesso. In tale prospettiva deve, pertanto, considerarsi non solo il danno cagionato da costoro, ma anche le conseguenze sul piano dell'equilibrio psichico del minore derivanti dalla recisione di ogni legame con la famiglia d'origine e la verifica della mancanza di persone valide all'interno della parentela che si proponga per un affidamento di sostegno.

In ogni caso situazioni conflittuali gravi, che superino i normali livelli e siano pregiudizievoli in modo rilevante ai figli, sono state ritenute oggetto di conoscenza da parte del Tribunale dei Minori perchè tale atteggiamento deve ritenersi incompatibile con i doveri genitoriali e configurante una fattispecie qualificabile ai sensi dell'art. 330 c.c. (T.M. di Venezia 19/10/90 in Dir. di famiglia e tutela persona 1991 pg. 201 e seg.)

4 - I provvedimenti giudiziari provvisori ed urgenti.

Nell'ambito delle procedure di potestà, adottabilità, affidamento innanzi richiamate sono sempre adottabili provvedimenti urgenti che hanno natura provvisoria e che possono essere assunti anche d'ufficio perchè riguardano la tutela dei minori.

Nell'ambito delle procedure di separazione, divorzio, affidamento ex art. 317 bis essi vengono richieste dalle parti.

Prima della riforma del diritto di famiglia i provvedimenti urgenti da adottarsi nella procedura di potestà erano di competenza del G.T. e certamente questo consentiva un più facile accesso alla giustizia, tenuto conto della diffusione dello stesso sul territorio, della possibilità di un pronto intervento, del carattere anche informale del ricorso.

Lo spostamento della competenza al T.M. rende certamente più complesso l'intervento, anche perchè la composizione collegiale e mista di tale organo di giustizia richiede il reperimento di tutti i componenti necessari per l'adozione di un tale provvedimento.

Solo nelle procedure di adottabilità è prevista la competenza monocratica, eccezionale del giudice (presidente del tribunale o giudice delegato) per fronteggiare i casi di urgente necessità, salvo conferma del provvedimento o revoca entro 30 giorni.

Può pertanto avvenire che decisioni molto importanti per la vita del minore siano adottate senza preventive contestazioni ai genitori, se esistenti, e sulla base di informazioni dei servizi o di organi di pubblica sicurezza.

Il provvedimento di tutela più grave è costituito dall'allontanamento del minore dall'ambiente familiare.

Questo viene per lo più adottato quando vi è una segnalata condizione di grave pericolo, come nel caso di maltrattamenti, abuso sessuale, accuse che non infrequentemente trovano origine dal conflitto familiare.

Occorre aver presente l'impatto emotivo sul minore, l'interpretazione che lo stesso può dare a tale provvedimento, soprattutto se viene adottato nei suoi confronti e non anche

per eventuale fratelli (è lui il cattivo?), il luogo ove potrà trovare collocamento (se è piccolo la madre lo seguirà?) e molte altre variabili che possono incidere sull'idoneità del provvedimento. Occorre chiedersi se esso sia così urgente, se non sia utile sentire il minore, quali siano le più opportune modalità di esecuzione di quale sostegno abbia immediatamente bisogno e quale sia la successiva fase istruttoria.

Il ricorso alla forza pubblica è consentito, ma deve essere usato solo quando è presumibile un rischio per gli operatori. A questo proposito è opportuno siano persone diverse da quelle deputate al sostegno della famiglia e possibilmente siano persone conosciute dal minore.

L'allontanamento dalla famiglia costituisce un tipo di intervento che può essere vissuto come punitivo più dal minore che dal soggetto che lo mette in situazione di pregiudizio. Non esite, purtroppo, la possibilità di allontanare, invece, costui dalla casa, garantendo alla vittima la permanenza nell'abitazione, a meno che non si proceda anche penalmente.

In questo caso vi è bisogno di un collegamento fra il giudice penale e quello minorile, anche se l'obbligo di informazione esiste solo nel caso di indagine per reati di violenza sessuale (art. 609 da cias. cpp.) per evitare che la vittima, oggetto di doverosa tutela, venga eccessivamente disturbata dalle indagini e dalla contemporanea funzione di testimone dei fatti e per scegliere i sistemi di tutela che dipendano dalla emissione o meno da parte del giudice penale di misure cautelari personali sull'indagato o dall'ordine di allontanamento dello stesso dalla casa familiare.

5 - L'esecuzione dei provvedimenti.

L'art. 337 prevede la vigilanza del G.T. sui provvedimenti del T.M. in materia di potestà genitoriale. Si ritiene che nonostante la collocazione della norma sia all'interno delle procedure limitative della potestà di competenza del giudice minorile la vigilanza del giudice tutelare si estenda anche ai provvedimenti relativi all'affidamento della prole del giudice ordinario perchè anche questi riguardano l'esercizio della potestà.

In tale ambito di competenze il giudice tutelare può sentire le parti, assumere informazioni, precisare le modalità di esercizio determinate in modo generiche dal giudice del merito senza - comunque - modificare il contenuto dei provvedimenti.

Secondo alcuni il G.T. avrebbe una generale competenza nell'esecuzione dei provvedimenti di affidamento della prole assunti dal T.O. e minorile. (1)

(1) Pret. Milano 8/8/86 Trib. Roma 8/4/86 il foro It. 1990, I, 393

Secondo, invece, l'interpretazione della Corte di Cassazione (2) giudice competente deve ritenersi essere il Pretore nei procedimenti relativi agli obblighi di fare o non fare oppure di consegna, rilascio.

La novella del 1997 in tema di divorzio prevede che all'esecuzione provveda il giudice del merito, vale a dire lo stesso G.I. in corso di causa e, secondo alcuni, il G.T. quando la causa è conclusa.

Secondo altri la determinazione della modalità di esecuzione spetta al giudice del merito e l'esecuzione vera e propria al G.T.

Il giudice del merito può intervenire sul ricorso di parte, ma anche d'ufficio (ad es. in caso di affidamento a terzi, allontanamento che non si può attuare perchè i genitori si rifiutano).

Può convocare le parti, rivolgersi al servizio sociale, cercare il consenso, assicurarsi la presenza di personale specializzato.

Può sospendere e rinviare l'esecuzione, determinare le modalità ed infine può disporre del Polizia Giudiziaria o dell'Ufficiale Giudiziario.

6 - La mediazione.

La mediazione, avendo come scopo quello di appianare la conflittualità dei coniugi e rendere meno traumatiche le loro divergenze soprattutto rispetto le modalità di esercizio della potestà genitoriale, costituisce un tipo d'intervento che favorisce una nuova acquisizione della funzione genitoriale, che va distinta dalla crisi della coppia.

Può essere utilizzata come mezzo di prevenzione e superamento dei conflitti, e come intervento non tanto finalizzato a salvare l'unità della coppia, ma a consentire una separazione non pregiudizievole per i figli.

L'invio al mediatore, secondo le esperienze di altri paesi, può essere fatto dal giudice e può inserirsi come una sub fase del processo, oppure un'attività estranea allo stesso.

Non va confusa con l'attività conciliativa del consulente tecnico e prevede una modalità di incontri che possono dare il migliore risultato allorchè la parte si determini da sola a rivolgersi a tale forma di servizio.

Assume forme diverse a seconda dei paesi ove viene attuata ormai da anni.

In Italia vi sono centri di mediazione privati che seguono per lo più le indicazioni della scuola francese e vi è da alcuni anni il servizio ad opera del centro G e A (Genitori Ancora) che opera in collaborazione del comune di Milano.

Inoltre presso i servizi sociali si svolge un'attività di mediazione destinata agli utenti in molti casi inviati dai tribunali, che si attua attraverso una serie di incontri con lo scopo di aprire il dialogo tra i coniugi e renderli responsabili dei guasti del conflitto nella psiche dei bambini e degli adolescenti.

(2) Cass. 7/10/80 n. 5374 in Dir. Fam. Pers. 1981/71

Le prassi dei T.M. - Un'ipotesi procedurale

In ogni caso questo mezzo di intervento (la mediazione) che può essere opportuno per alcune coppie non deve essere utilizzato sempre ed indiscriminatamente.

Vi sono delle prassi nei tribunali minorili che prevedono il seguente iter: ad ogni ricorso, o intervento del P.M. segue l'invio della coppia ad un servizio sociale per una attività di mediazione della durata di sei mesi; al termine di tale periodo se la

sperimentazione non ha esito positivo la procedura riprende e le parti vengono sentite dal giudice (normalmente il giudice delegato); segue la raccolta delle informazioni e l'attività istruttoria del caso.

Questo sistema presenta alcuni aspetti negativi:

1) La parte si è rivolta al giudice e si vede convocata dall'operatore di un servizio, l'altra parte viene addirittura a conoscenza del ricorso molto spesso tramite l'operatore;

2) Per entrambi i partners la reazione è di rifiuto, perchè quello ricorrente si trova di fronte ad un' istituzione diversa da quella richiesta; e quello convenuto si trova in una situazione non voluta e scambia l'operatore che dovrebbe presentarsi come una fonte di aiuto, per un soggetto invadente avanti al quale è trascinato per iniziativa del partner con cui è in conflitto, che il giudice sembra avere investito di un potere di controllo;

3) Durante tale fase manca l'adozione di provvedimenti giudiziari;

4) I tempi possono protarsi per varie ragioni ed il giudice è tentato a continuare sulla strada della richiesta di informazioni che possono tardare, senza decidersi a convocare le parti, senza sentire le loro ragioni e dare voce ad una eventuale difesa tecnica;

5) La procedura si trasforma in un rapporto giudice - Servizi in cui i genitori del minore ed il minore stesso sono inseriti come oggetti di indagine. Costoro possono entrare in contatto diretto con il giudice con un ritardo tale per cui la situazione iniziale può essere radicalmente mutata e richiedere nuove relazioni, attività di consultazione, ulteriori ritardi, sovrapporsi di figure istituzionali, tanto da rendere sempre più difficile la comprensione di quello che sta accadendo.

Il ricorso ai servizi per una attività di mediazione o la sospensione del procedimento perchè le parti si rivolgano ad un centro di mediazione è pratica utile ma deve precedere il ricorso al giudice ed essere perciò spontanea, oppure deve essere decisa dal giudice stesso, ma dopo l'audizione delle parti ed un'attenta valutazione dell'opportunità di tale scelta.

La prassi più corretta dovrebbe essere la seguente:

il ricorso di parte deve essere esaminato, comunicato al P.M., notificato alla contro parte se vi è l'assistenza tecnica, oppure notificato alla stessa d'ufficio con la convocazione delle parti avanti al collegio, previa decisione su eventuali richiesta di provvedimenti urgenti.

L'udienza collegiale consente di sentire gli interessati in contraddittorio, di vagliare le richieste e tentare il raggiungimento di un accordo; di risolvere eventuali eccezioni (ad es. l'incompetenza che sussiste in molti casi), di operare da filtro, di orientare le scelte istruttorie.

Un tale tipo di udienza, effettuata anche con la presenza del P.M., consente l'adozione dei provvedimenti nei casi che non richiedono istruttoria che, letti alle parti, possono anche essere spiegati dal giudice e raggiungere effetti positivi sul piano del consenso.

L'istruttoria va delegata al giudice relatore o al giudice onorario. In alcuni casi ad entrambi per le attività delicate, come l'ascolto del minore.

Le richieste ai servizi vanno fatte in modo preciso, e del pari il rinvio del procedimento per consentire la mediazione o la sperimentazione di regole individuate dal collegio o delegate ai servizi va fatto secondo previsioni di durata e di riuscita ragionevoli.

Questo iter procedurale è quello in atto presso il Tribunale di Venezia da qualche mese e per ora i risultati sono confortanti.

Una buona parte dei ricorsi sono stati decisi in prima udienza e l'accesso al giudice immediato per le parti e la difesa ha consentito il confronto delle posizioni, la valutazione pronta, la decisione anche immediata e comunque una conoscenza diretta del caso, utile in ogni modo.

Probabilmente questo è solo un tentativo di razionalizzare un sistema dai contorni indefiniti, e per l'impegno che comporta potrebbe sembrare troppo oneroso, ma secondo me costituisce una forma di risposta alle critiche mosse da più parti al procedimento camerale; ha il pregio di essere attuabile subito, nel rispetto delle regole esistenti e - soprattutto - di realizzare in modo pieno il principio del contraddittorio in ogni momento della procedura, anche in quelle di c.d. volontaria giurisdizione, in cui se non esiste un conflitto in tema di diritti delle parti vi è pur sempre, nella sostanza, una contrapposizione di posizioni degne di rilevanza che deve trovare modo di esprimersi sin dall'inizio e davanti al giudice.

Se la procedura si apre con ricorso del P.M. il modello potrebbe essere il seguente: esame sommario da parte del collegio che delega il giudice e davanti a questi l'udienza con la convocazione dei genitori e P.M. per l'audizione delle parti in contraddittorio, quindi l'istruttoria in base alle emergenze in tale sede o alle necessità già valutate in camera di consiglio. Al termine dell'istruttoria se sono stati assunti atti non conosciuti dalle parti, è doveroso il deposito degli atti ad un termine per eventuali scritti della difesa.

Anche in questo modo, si cala nella procedura il principio del contraddittorio e si conserva il momento collegiale nelle fasi decisionali sia in relazione all'adozione di strumenti conoscitivi importanti (C.T.U., atti particolari), provvedimenti urgenti, definizione finale.

BIBLIOGRAFIA

- C. Castellari Gli interventi di protezione del T.M. nei confronti delle famiglie che maltrattano - in *Minori Giustizia* 1997 pag. 36
- Pazè
tutela - Quali politiche per l'Infanzia: il Sanitario fra presunzione e Editoriale - *Minori Giustizia* 1997
- Dusi Tutela del minore - Avvocato del genitore e contraddittorio - in *Famiglia e diritto* n. 1, 1995 pag. 90
- De Pane - S. Scenza Nessun potere d'intervento del P.M. minorile ex art. 403 c.c. Commentario in *Famiglia e diritto* n. 1, 1996, pag. 61
- Proto Pisani Procedura camerale e tutela degli interessi dei minori - *Foro It.* n. 2, 1996, pag. 65
- V. Vincenzi Amato Interesse del minore, tutela della famiglia e ruolo dell'avvocato - in *Famiglia e diritto*, n. 1, 1995, pag. 94
- R. Dama L'avvocato nelle procedure civili del T.M., in *Min. Giustizia* n. 3, 1995, pag. 69
- M. Castello La mediazione familiare, problemi e prospettive in *Famiglia e diritto* n. 6/94, pag. 68
- Dogliatti a mediazione familiare: un dibattito ancora attuale, *Fam. e diritto* n. 1/1996 pag. 76
- Dell'Antonio Il bambino conteso. Il disagio infantile nella conflittualità dei genitori separati - Milano, Giuffrè
- Dogliatti L'affidamento dei figli nelle separazioni: Problemi e prospettive in "I figli contesi" - Milano, Unicopli.
- Mertitz (a cura) La tutela del minore tra norme, psicologia ed etica - Giuffrè, 1997.