

Giuseppe Magno

L'affidamento condiviso.

“Rapporti tra la legge 24 gennaio 2006, n. 54, in materia di affidamento condiviso, e le disposizioni di diritto internazionale applicabili”.

Firenze, Fortezza da Basso, 31 marzo 2006

Roma, Corte d'appello, 3 aprile 2006

1.- Una legge “a difesa dei minori vittime delle separazioni”.

Il 14 dicembre 2005 il sen. Gubetti ¹, riferendo in Parlamento davanti alle Commissioni riunite Giustizia e Infanzia, ricordò che l'istituto dell'affidamento congiunto era stato già introdotto con la legge n. 74 del 6 marzo 1987 ², e che tuttavia era stato praticato solo in un numero limitato di casi, per cause ascrivibili a chi doveva applicare la legge o per difetto di questa. Aggiunse che, a suo parere, il disegno di legge in esame offriva “l'occasione per porre rimedio alle disfunzioni registrate” e che, considerato il poco tempo rimasto prima della fine della legislatura, era “preferibile varare una normativa che, pur con i suoi limiti, consente comunque di migliorare gli strumenti posti a difesa dei minori vittime delle separazioni” ³.

Quel disegno di legge, divenuto la legge 8 febbraio 2006, n. 54, intitolata “Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli”, applicabile anche ai divorzi grazie al disposto dell'articolo 4, co. 2, si propone quindi l'obiettivo di indicare al giudice ed alle parti la preferenza del Legislatore per l'affidamento condiviso, di estenderne le ipotesi e di migliorare le

¹ Gruppo FI.

² Questa legge, in realtà, aveva introdotto (articolo 11, 2° comma) l'affidamento congiunto della prole minorenni ai genitori solo in caso di divorzio di questi; nel giudizio per la separazione coniugale continuava ad applicarsi l'articolo 155 c.c., che non prevedeva esplicitamente l'affidamento congiunto; questo però, non essendo positivamente escluso, poteva essere disposto dal giudice – cui la norma (3° comma) attribuiva poteri abbastanza ampi di disposizione in merito – e fu effettivamente disposto nei casi, per la verità statisticamente rari, in cui la situazione particolare lo consigliava o lo rendeva praticabile.

³ Dal resoconto della seduta delle Commissioni riunite Giustizia e Infanzia del Senato del 14.12.2005, pag. 9.

disposizioni che lo consentono, “nella prospettiva di dare priorità alla tutela della prole”, come si espresse, nella stessa occasione la sen. Baio Dossi ⁴, mediante il recupero del “principio di bigenitorialità, inteso quale elemento essenziale per la corretta formazione dei figli ... focalizzando l’attenzione soprattutto sul figlio minore e sul suo bisogno di maturare”.

Conforme a questo intento, ampiamente condiviso in sede parlamentare, il primo comma del novellato articolo 155 c.c. stabilisce che “Anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.” Allo scopo di realizzare tale finalità, il secondo comma chiarisce che il giudice della separazione (o del divorzio), adottando “i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all’interesse morale e materiale di essa”, deve valutare, prima di ogni altra soluzione, la possibilità di affidarla ad entrambi i genitori. Può anche – se lo ritiene opportuno e se le parti vi consentono – rinviare la decisione in attesa che queste raggiungano, attraverso la mediazione, un accordo particolarmente mirato alla tutela dell’interesse morale e materiale dei figli” (articolo 155*sexies*, ult. co., introdotto con la stessa legge).

Difficilmente l’intento del Legislatore di stabilire che, in caso di separazione o divorzio, i provvedimenti relativi ai figli minori debbano contemplare l’interesse di questi, poteva essere più chiaro. Anche perché, a differenza del vecchio testo dell’articolo 155 c.c., che pure affiggeva al primo comma l’interesse morale e materiale della prole come “esclusivo” riferimento per il giudice, il nuovo testo sancisce apertamente il “diritto” del minorenne di ottenere un provvedimento che gli consenta, pur dopo la separazione dei genitori, il mantenimento di rapporti equilibrati e continuativi con ciascuno di essi e con le relative schiere di ascendenti e parenti. Non è detto – ed anzi deve ritenersi piuttosto difficile – che il mantenimento di un clima idilliaco di rapporti con tutti, come se nulla fosse accaduto, possa concretamente realizzarsi in tutti i casi, ma il Legislatore impone comunque al giudice di provarci, con un provvedimento potenzialmente idoneo a consentire tutto ciò.

⁴ *Ibid.*, pag. 11.

Può affermarsi perciò che la vera novità del testo legislativo appena entrato in vigore non risiede tanto – a parte le questioni procedurali o relative all’assegnazione e revoca dell’assegnazione della casa familiare ed ai diritti dei figli maggiorenni o handicappati, questioni che non entrano nell’economia di questa relazione – nell’incitamento al giudice per una più larga pratica dell’affidamento congiunto o condiviso; e neppure nella riaffermazione dell’interesse predominante del minore, che si trovava già declamato nella normativa precedente; quanto nel fatto che, per la prima volta in questa materia, l’assetto relativo dei diritti all’interno della famiglia è modificato, mediante la creazione positiva di un diritto nuovo in testa ad un nuovo soggetto titolare, individuato nella persona del figlio minore.

Con questa legge si è compiuta una rivoluzione: non sono più soltanto i coniugi ad agire e resistere in giudizio, per accampare reciprocamente il diritto all’affidamento dei figli minorenni, ma entrano a pieno titolo nella contesa giudiziaria i figli stessi che, da “vittime delle separazioni” (secondo l’espressione del Relatore della Commissione Giustizia del Senato), quali sono sempre stati, si trasformano in attori, avendo ottenuto il riconoscimento del diritto di chiedere l’affidamento condiviso ossia il mantenimento di un certo tipo di rapporti, più conforme ai loro interessi, coi genitori separati o divorziati e con l’*entourage* parentale che fa capo a ciascuno di loro.

2.- Il diritto del minore ad un rapporto equilibrato coi genitori separati o divorziati ed all’affidamento ad entrambi.

Questo diritto riconosciuto al minore non nasce dal nulla né dal puro caso; quindi non può essere relegato semplicisticamente nel novero delle espressioni improprie o atecniche del Legislatore.

Infatti, esprimendosi in questo modo, la legge si è limitata ad attuare, sia pure in modo alquanto frettoloso, quel radicale mutamento di prospettiva inaugurato, nel campo del diritto internazionale, con la

Convenzione del 1989 sui diritti dell'infanzia ⁵, per cui gli Stati parti (quasi tutte le nazioni della Terra e, comunque, tutte quelle europee) si sono impegnate a 'garantire' lo sviluppo armonioso e completo della personalità del fanciullo, assicurandogli il diritto di crescere in un ambiente familiare, in un clima di felicità, di amore e di comprensione ⁶ e di ottenere una protezione legale appropriata sia prima sia dopo la nascita ⁷.

Sull'onda di questo stesso mutamento radicale di prospettiva – per cui dal riconoscimento dei "diritti della famiglia" o, più propriamente dei genitori, annunciato negli articoli 29 e ss. della Costituzione, si è passati alla proclamazione dei diritti del minore – un'altra legge ⁸ recente aveva, per la verità, sancito il "diritto" del minore "di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia": l'espressione era sembrata ad alcuni alquanto generica, se non meramente declamatoria, sprovvista com'era dell'indicazione di specifiche modalità attuative di tale diritto; salvo quella, rivolta principalmente al giudice, di non disporre l'allontanamento del minore dalla famiglia biologica prima di avere accertato il fallimento di tutti i tentativi di sostegno del gruppo.

Il testo di legge in esame sembra, invece, aver raccolto con maggiore consapevolezza il dettato della Convenzione del 1989, che impegna gli Stati ad adottare tutti i provvedimenti legislativi, amministrativi e di altro genere, necessari per attuare i diritti riconosciuti al minore: diritti molteplici, singolarmente trattati nei successivi articoli ⁹, fra i quali interessa ora sottolineare quello che gli consente

⁵ Approvata a New York dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176.

⁶ Dal Preambolo.

⁷ Per una aggiornata panoramica di questa nuova opportunità, dal punto di vista dell'avvocato, v. G. DOSI, *"L'avvocato del minore"*, Giappichelli, Torino, 2005.

⁸ Si tratta della legge 28 marzo 2001, n. 149, *"Modifiche alla disciplina dell'adozione e dell'affidamento"*, il cui Titolo I presenta come rubrica *"Diritto del minore alla propria famiglia"*.

⁹ I principali diritti riconosciuti al minore dalla Convenzione di New York del 1989 riguardano: la vita, l'identità personale, la cittadinanza, l'essere allevato e non essere separato dai propri genitori, la libera espressione e comunicazione delle proprie opinioni (se dotato di discernimento sufficiente), la possibilità di professare liberamente una fede religiosa, la possibilità di associarsi liberamente, il rispetto della vita privata (privacy), informazione, istruzione ed educazione, l'acquisizione (nei casi appropriati) dello statuto individuale di rifugiato, il godimento di speciali benefici in caso di handicap, la protezione della salute, la sicurezza sociale, un livello di vita adeguato ai propri bisogni, il riconoscimento dello statuto di appartenenza a minoranze etniche, religiose o linguistiche, il riposo, il tempo libero, il gioco, la protezione contro lo sfruttamento economico, lavorativo e sessuale, la protezione contro l'uso

d'intervenire nel processo di separazione o di divorzio instaurato dai suoi genitori, in cui si discute del suo affidamento, al fine di domandare al giudice la pronunzia di quei provvedimenti, eventualmente sgraditi agli adulti o ad uno di loro, che gli permettano di mantenere rapporti equilibrati e continuativi con entrambi e di conservare significative relazioni con tutti i parenti.

Questo diritto deve intendersi attribuito al minorenni oltre i ristretti limiti della possibilità di “esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa” e, in particolare, di “essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne”¹⁰ – clausola convenzionale pure attuata dalla nuova legge mediante l’inserimento nel codice civile dell’articolo 155^{sexies}, primo comma –; e precisamente nella più ampia accezione accolta dalla Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei minori, stipulata a Strasburgo il 25 gennaio 1996 ed entrata in vigore per l’Italia il 1°11.2003¹¹, con cui gli Stati contraenti si dicono “Convinti che i diritti e gli interessi superiori dei fanciulli debbano essere promossi e che, per questo fine, essi debbano avere la possibilità di esercitare tali diritti, in particolare nelle procedure familiari che li riguardano”.

Tali diritti, infatti, non sono limitati alla consultazione ed all’informazione (articolo 3)¹², ma includono la possibilità del fanciullo di essere assistito e rappresentato da persona idonea, in caso di conflitto d’interessi col genitore (articoli 5 e 9), e quindi “di esercitare, in tutto o in parte, le prerogative delle parti in simili procedure” (articolo 5): ipotesi, queste ultime, non vincolanti per gli Stati, tenuti soltanto ad “esaminare l’opportunità” di attribuire ai minorenni anche questi diritti processuali, ma positivamente risolte, per quanto ci riguarda, dal nostro Legislatore, nell’atto stesso di attribuire al minorenni la titolarità di un diritto all’affidamento

illecito di stupefacenti, la protezione contro i rapimenti, la garanzia di un procedimento penale speciale se incolpato di reato (con esclusione della pena di morte e della prigione a vita), la protezione da trattamenti inumani e degradanti, l’esclusione da impieghi militari, il reinserimento sociale, la riabilitazione fisio-psichica.

¹⁰ Articolo 12 della Convenzione del 1989.

¹¹ La ratifica è stata autorizzata con legge 20 marzo 2003, n. 77; gli strumenti sono stati depositati il 4.7.2003. Per un commento generale e dei singoli articoli di questa Convenzione e dell’annessa Relazione (Rapport explicatif), v. G. MAGNO, “Il minore come soggetto processuale”, Giuffrè, Milano 2001.

¹² Norma ritenuta *self executing*: L. FADIGA, La Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei fanciulli e la legge di ratifica, in “La parola ai bambini”, UNICEF, Guida Informativa n. 1, apr. 2004, p. 116.

migliore possibile, *in primis* quello condiviso: diritto finora inesistente, essendo invece appartenuto sempre a ciascuno dei genitori esercenti la potestà sul figlio quello di chiederne l'affidamento esclusivo (o, eventualmente, congiunto) al momento di separarsi o di divorziare dal coniuge.

Merita un breve accenno – prima di proseguire nell'esame del nuovo diritto riconosciuto al minorenni – la circostanza che, all'atto della ratifica della Convenzione di Strasburgo, il Governo italiano depositò una dichiarazione, come previsto dall'articolo 1, par. 4, della Convenzione stessa, con l'indicazione di alcune categorie di procedure giudiziarie cui essa deve ritenersi applicabile: tali categorie concernono l'intervento del giudice nelle questioni d'indirizzo della vita familiare (articolo 145 c.c.), l'azione di disconoscimento della paternità (articoli 244 e 247 c.c.), l'impugnazione del riconoscimento (articolo 264 c.c.), la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale (articolo 274 c.c.) e l'opposizione del figlio ad atti di natura patrimoniale compiuti dai genitori nell'esercizio della potestà (articoli 322 e 323 c.c.).

Si è introdotta, in tal modo, una apparente limitazione¹³ al funzionamento della Convenzione; apparente, sia perché l'elenco delle procedure giudiziarie in cui il nostro ordinamento interno ammette l'intervento diretto del minorenni, anche a prescindere dalla ratifica di tale Convenzione, è molto più lungo¹⁴, sia perché l'obbligo d'indicare almeno tre all'atto della ratifica è imposto dalla citata clausola convenzionale non certo allo scopo di limitare le più favorevoli condizioni eventualmente garantite al minorenni dal diritto interno (scopo espressamente escluso dallo stesso articolo 1, par. 6), quanto al fine di saggiare la reale capacità di un ordinamento nazionale e l'effettiva volontà dello Stato ratificante di recepire la Convenzione. Con le dichiarazioni allegate all'atto di ratifica il nostro

¹³ Severamente criticata da una parte della dottrina; ad es., da L. FADIGA, che si esprime nei seguenti termini: "L'uso che il Governo italiano ha fatto della facoltà di scelta appare sconcertante. Anziché indicare categorie di controversie, esso ha indicato infatti sette articoli del codice civile, di cui tre limitatamente ad un solo comma. Per di più, si tratta di norme che nemmeno con un poderoso sforzo di fantasia è possibile raggruppare in ordine logico o per categorie omogenee... In tal modo... ha ridotto l'ambito di applicazione della Convenzione ai minimi termini, tanto che può prospettarsi un giudizio di non conformità del nostro ordinamento interno alla Convenzione stessa" (*op. cit.*, pp. 115-116. V. pure, *ivi cit.*, C. FIORAVANTI, *I diritti del bambino tra protezione e garanzie*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 3, 2003, pp. 561-568).

¹⁴ Cfr. G. MAGNO, *op. cit.*, pp. 11-16.

Governo non ha, quindi, limitato realmente la portata della Convenzione, ma ha soltanto perso una buona occasione per fare bella figura ¹⁵.

L'applicabilità della menzionata Convenzione di Strasburgo al minore che voglia esercitare il diritto di chiedere l'affidamento congiunto non può essere pertanto negata, non valendo le dichiarazioni del Governo depositate insieme con gli strumenti di ratifica a limitare la portata normativa di detta Convenzione né, tanto meno, ad impedire l'esercizio di un diritto riconosciuto postumamente dal Legislatore.

3.- L'esercizio del diritto del minorenni nella nuova procedura di separazione o divorzio dei genitori.

Nello stabilire che il figlio minorenne ha diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo “con ciascuno” dei genitori, la legge, muovendosi sulla linea tracciata dalle suddette Convenzioni, ha riconosciuto al minorenne stesso, e nel suo esclusivo interesse, non solo la titolarità sostanziale di tale diritto, ma anche, evidentemente, la possibilità di accamparlo, di chiederne l'attuazione e di difenderlo nella sede giudiziaria competente.

Questa conclusione dipende necessariamente dalle seguenti considerazioni.

L'articolo 24 della Costituzione concede a “tutti” la possibilità di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. Tenendo conto di questa norma, ed in base alla ritenuta esecutività immediata nell'ordinamento interno dell'articolo 12 della Convenzione 1989, idonea “ad integrare la disciplina dell'art. 336, secondo comma, del codice civile”, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 1/2002, ha giudicato non fondata la questione di legittimità di detto articolo del codice civile, dovendosi questo interpretare “nel senso di configurare il minore capace di discernimento come ‘parte’ del procedimento che lo concerne, con la necessità del contraddittorio

¹⁵ Occasione cui non si sono sottratti altri paesi ratificanti, come la Germania, che ha indicato ben 23 procedure, o la Turchia, che vi ha compreso espressamente quelle di separazione e di divorzio.

nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale”

¹⁶.

Ancora con riferimento a questa importante sentenza ¹⁷, sembra opportuno sottolineare che la possibilità del minore di assumere la qualità di parte nei giudizi relativi all'esercizio della potestà dei genitori ¹⁸ è confermata dall'articolo 336 c.c., novellato dall'articolo 37, legge n. 149/2001, mediante la nomina di un curatore speciale ¹⁹, stante la sussistenza almeno potenziale del conflitto d'interessi: non si vede quindi la ragione per cui la stessa possibilità non sussisterebbe in altre ipotesi di conflitto, certamente riscontrabili nelle controversie fra genitori circa l'affidamento o il mantenimento del figlio; controversie che in realtà riguardano, nel rilevato mutamento di prospettive, il diritto del minore ad uno sviluppo sereno e completo della personalità, insieme col genitore o nella condizione di affidamento congiunto, che meglio può assicurarglielo.

In tal senso, sembrava già superato, ancor prima dell'entrata in vigore della nuova legge, il precedente orientamento della stessa Corte costituzionale che, con sentenza n. 185/1986, precedente alla

¹⁶ Stando a questa pronunzia, la disposizione contenuta nell'articolo 3 del d.d.l. n. 3048/S, pendente davanti alle Commissioni riunite Giustizia e Infanzia, in materia di difesa d'ufficio nei giudizi civili minorili e di modifica degli articoli 336 e 337 c.c. nella parte in cui (pur corretto dalla Commissione) ammette soltanto la legittimazione passiva del minore, nascerebbe con una taccia d'incostituzionalità. Concedere la legittimazione passiva al minore, nelle cause relative all'esercizio della potestà dei genitori, corrisponde peraltro a riconoscergli, sia pure col suddetto limite, la qualità di parte processuale in tali giudizi; sicché risulterebbe impossibile all'interprete escludere il possesso di tale qualità, da parte del minore, nei giudizi di separazione e divorzio dei genitori.

¹⁷ Pubblicata in Foro It., 2002, I, 3302, con nota severamente critica di A. PROTO PISANI.

Tuttavia, se è vero che il diritto di essere ascoltato non equivale a quello di costituirsi come parte nel processo (cfr., in termini, Cass. civile n. 15145/2003), è pur vero che il riconoscimento della titolarità di diritti direttamente in capo al minore lo rende, in via generale (articolo 24 Cost.), titolare del connesso diritto ad agire e difendersi in giudizio; tanto è vero che il novellato articolo 336 c.c. sancisce la possibilità del minore di avere un suo avvocato (a qual fine, se no?). Cfr. ancora A. PROTO PISANI, in Foro It., 2003, cit., pag. 218, circa la prospettiva “che il minore debba acquisire la qualità di parte necessaria perché oggetto del processo sono innanzitutto i suoi diritti”.

¹⁸ “In base alla considerazione che un diritto inattuato è un diritto inesistente e che l'attuazione dei diritti negati o contestati passa attraverso il processo”: L. FADIGA, *La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli e la legge di ratifica*, in “La parola ai bambini”, UNICEF, Guida Informativa n. 1, apr. 2004, pag. 108.

¹⁹ L'omessa nomina del curatore speciale, in caso di conflitto d'interessi del minore col suo naturale rappresentante, che è il genitore – nomina consentita –, con significativa larghezza di vedute, dagli articoli 78, 2° co., e 79, c.p.c. – comporta la nullità dell'intero processo, rilevabile d'ufficio dal giudice in qualsiasi stato e grado del giudizio ed anche in cassazione, trattandosi di un vizio che attiene alla regolare costituzione del rapporto processuale ed alla garanzia costituzionale del diritto di difesa, sancito dall'articolo 24 Cost.: in tali esatti termini, Cass. n. 8803/2003.

stipula della Convenzione sui diritti dell'infanzia, aveva giudicato costituzionalmente legittima "l'omessa previsione della nomina di un curatore speciale per la rappresentanza in giudizio dei figli minori, nei procedimenti contenziosi relativi allo scioglimento (od alla cessazione degli effetti civili) del matrimonio ed alla separazione dei coniugi".

D'altra parte, l'articolo 6, co. 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali²⁰, come peraltro il novellato articolo 111 della Costituzione, in quanto dettano le regole basilari di un processo equo, debbono interpretarsi ormai nel senso che, in materia d'interesse minorile, l'ingiustificata omissione dell'ascolto o della partecipazione del minorenni al giudizio potrebbe comportare lesione dei principi del *due process*²¹, denunziabile davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo anche per iniziativa diretta del fanciullo²².

Merita pure una breve menzione, in materia di esercizio diretto in giudizio di nuovi diritti del minorenni, l'articolo 5 della legge 5 aprile 2001, n. 154, per cui gli ordini di protezione contro gli abusi familiari, disciplinati dalla stessa legge, possono essere chiesti personalmente dal componente del nucleo familiare in danno del quale

²⁰ Firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata con legge 4 agosto 1955, n. 848, e successivi Protocolli.

²¹ L'articolo 6, co. 1, della suddetta Convenzione europea, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata con legge 4 agosto 1955, n. 848, stabilisce che "Ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata imparzialmente, pubblicamente e in un tempo ragionevole, da parte di un tribunale indipendente ed imparziale".

Dunque il riconoscimento della titolarità di un diritto, anche in capo al soggetto minorenne, comporta che egli possa agire in giudizio per farlo valere o per difenderlo contro un'ingiusta pretesa altrui; a prescindere dal fatto (di ordine tecnico-processuale) che egli abbia bisogno, siccome incapace di agire, di un rappresentante od anche di un assistente o, meglio ancora, di un rappresentante-esperto. Per questa strada, la possibilità del minorenni di costituirsi parte in giudizio, in tutti i casi in cui debba accampare un suo diritto, compresi quelli riconosciutigli dalle più recenti Convenzioni... è un dato giuridicamente acquisito" (G. MAGNO, "*L'assistenza e la rappresentanza del minore nel processo*", in *Lessico dir. fam.*, 2004, n. 4, pag. 46).

²² L'articolo 34 della Convenzione citata, novellato dall'articolo 1 del Protocollo n. 11, ratificato con legge 28 agosto 1997, n. 296 ed entrato in vigore per l'Italia il 1°.11.1998, stabilisce infatti che ogni persona fisica, quindi anche un minorenne, può introdurre un ricorso davanti alla Corte. Il testo della suddetta disposizione, in una delle versioni ufficiali, è il seguente: "La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit".

Esplicitamente nel senso della possibilità giuridica del minorenni di adire la Corte europea dei diritti dell'uomo, v. la Relazione di accompagnamento (*Rapport explicatif*) alla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, punto n. 9 (in G. MAGNO, *Il minore.... cit.*, pp. 89, 91, 180).

è tenuta la condotta pregiudizievole; quindi anche dal minorenni. Il contenuto di questa disposizione è stato poi trasfuso, ad opera della citata legge n. 149/2001 (articolo 37), nel testo degli articoli 330 e 333 del codice civile.

Infine, interpretando la legge attraverso le sue stesse disposizioni, non si può fare a meno di notare, in primo luogo, che altre proposte di legge sullo stesso argomento, poi confluite nell'unico testo approvato dalle Camere, come ad es. la n. 2233/C, non menzionavano affatto il diritto del minorenni di ottenere l'affidamento condiviso o comunque d'interloquire sulla questione, cosicché il riconoscimento di tale diritto in questa legge appare maggiormente significativo, come scelta voluta e cosciente del Legislatore; in secondo luogo, il comma 2, n. 2, dell'articolo 709^{ter}, inserito dall'articolo 2 della legge in parola nel codice di procedura civile, prevede che il giudice possa disporre, in caso di gravi inadempienze dei genitori o di loro comportamenti pregiudizievoli verso il figlio, il risarcimento del danno a favore di quest'ultimo: ipotesi assai difficile da realizzare, senza attribuire al minorenni la qualità di parte nel relativo giudizio.

Purtroppo le norme procedurali, contenute negli articoli 706-709 c.p.c., in materia di separazione coniugale, e nell'articolo 4, legge 1 dicembre 1970, n. 898, in materia di divorzio, tutte novellate dal D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni nella legge 14 maggio 2005, n. 80, non solo mancano di qualsiasi accenno alle modalità di esercizio dei diritti riconosciuti al minorenni dalla legge in discussione; ma sono anche scoordinate con quest'ultima in relazione al diritto del minorenni di essere (almeno) ascoltato in tali procedure. Solo il comma 8 del citato articolo 4, infatti, attribuisce al presidente del tribunale la mera facoltà di sentire i figli, in caso di esito negativo del tentativo di conciliazione: cosa evidentemente diversa dall'obbligo che il nuovo articolo 155^{sexies} fa al giudice di ascoltare il minorenni anche se ha meno di dodici anni, purché sia capace di discernimento; quest'ultima norma, a differenza della prima, è più in linea col disposto dell'articolo 3 della Convenzione di Strasburgo ed è comunque più vincolante, nel senso che il mancato ascolto del minorenni deve essere motivato, pena la nullità del provvedimento.

Benché la legge n. 54/2006 non contenga alcuna norma espressa abrogatrice di altre norme, si può pensare che l'articolo 4, co. 8, cit. sia stato abrogato, per quanto riguarda l'ascolto dei figli minorenni, da detto articolo 155*sexies*, posteriore ed incompatibile con la prima, ai sensi dell'articolo 15 delle "preleggi". Rimane comunque il senso di frustrazione per la scarsa attenzione dimostrata nei confronti di una materia tanto delicata, disciplinata da sporadiche e disperate "leggine", con norme anche contrastanti fra loro, anziché da un testo organico.

Il nodo problematico più difficile da sciogliere sembra tuttavia quello riguardante la rappresentanza e la difesa del minorenne in giudizio per quanto concerne, in particolar modo, l'assunzione della spesa da parte dello Stato.

In materia analoga, l'operatività del novellato articolo 336 del codice civile, che prevede una difesa a spese dello Stato, è sospesa in attesa di apposita disciplina sulla "difesa d'ufficio"²³.

Attualmente, il disegno di legge ("Disciplina della difesa d'ufficio nei giudizi civili minorili e modifica degli articoli 336 e 337 del codice civile in materia di procedimenti davanti al tribunale per i minorenni") presentato dal Governo alla Camera il 19.9.2003 (n. 4294-A), ora "in corso di esame in commissione" al Senato, dove ha assunto il n. 3048, oltre ad insistere nell'erronea idea della possibilità di nomina, da parte del giudice, di un "difensore d'ufficio" (istituto finora sconosciuto nel procedimento civile²⁴), dispone (articolo 4, nella parte in cui inserisce l'articolo 337*quater* nel c.c.) che il minore dodicenne od anche di età inferiore, se dotato della capacità di discernimento, "deve essere sentito e il giudice deve prendere in considerazione la sua opinione"; inoltre l'articolo 3, sostitutivo

²³ A proposito di "difesa a spese dello Stato" – espressione in un primo tempo inserita nel novellato articolo 336 c.c., poi rimossa dall'articolo 299 (L), d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (Testo unico delle disposizioni in materia di spese di giustizia) – il D.L. 24 aprile 2001, n. 150 (convertito nella legge n. 240/2001) ne ha fatto – per ragioni non del tutto imperscrutabili, riconducibili ad una questione di cassa – un complicato problema: ha sostituito innanzitutto la dizione "difesa a spese dello Stato" (indubbiamente più corretta), con "difesa di ufficio" e, in secondo luogo, ha bloccato l'entrata in vigore delle nuove disposizioni sulla procedura camerale minorile, fino all'approvazione di una "specifica disciplina" su tale "difesa d'ufficio". In materia, v. G. DOSI, op. cit., pag. 437 e ss. .

²⁴ Cfr. il commento di G. DOSI su tale d.d.l., in Lessico di diritto di famiglia, 2004, n. 1, pag. 101 e ss..

dell'articolo 337 c.c., attribuisce al minore (nel testo modificato dalla Commissione) la sola legittimazione passiva, non anche quella attiva, nelle procedure minorili concernenti l'esercizio della potestà dei genitori e l'allontanamento dell'adulto violento dalla famiglia, contemplate nei precedenti articoli 330-336, in parte novellati dall'articolo 37 della legge n. 149/2001.

Restano inspiegabili, e comunque non condivisibili – soprattutto alla luce della sentenza n. 1/2002 della Corte costituzionale – le ragioni per cui il minore non avrebbe, in tali procedure, la legittimazione attiva²⁵.

4.- Altre questioni di diritto europeo ed internazionale.

Il Regolamento (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003²⁶, entrato in vigore il 1°8.2004 ed applicabile dal 1°3.2005, ha dettato disposizioni comuni, direttamente valide negli Stati U.E., fra cui l'Italia, in tema di competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale.

Una prima questione concerne l'espressione “responsabilità dei genitori”.

La Raccomandazione R (84) 4, del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, concernente le “responsabilità genitoriali”, le definisce come un “insieme di poteri e di doveri diretti ad assicurare il benessere morale e materiale del fanciullo, specialmente mediante la cura della sua persona, il mantenimento delle relazioni personali con lui, la garanzia della sua educazione, il suo allevamento, la rappresentanza legale e l'amministrazione dei suoi beni”. L'esposizione dei motivi (par. 6) di questa Raccomandazione mostra come la nozione di “responsabilità genitoriali” traduca “la moderna concezione in base alla quale i genitori, su un piano di uguaglianza fra loro ed in accordo coi loro figli, sono investiti di una missione di educazione, di rappresentanza legale, di allevamento, ecc. A questo fine, essi gestiscono dei poteri in vista del compimento di doveri nell'interesse

²⁵ In tal senso, anche A. PROTO PISANI (in *Foro it.*, 2003, V, pag. 220).

²⁶ Pubblicato nella G.U.U.E. 23 dicembre 2003, n. L 338.

del fanciullo, non come portato di un'autorità che sarebbe loro conferita nell'interesse proprio".

Sulla base di questa concezione, da oltre vent'anni è stata abbandonata, in sede europea, l'espressione "potestà dei genitori", sostituita nel modo suddetto. Si può essere, evidentemente, d'accordo oppure no, per giusti motivi, su questa modifica ²⁷ che, in ogni caso, non è di carattere puramente terminologico, in quanto condensa il portato di una lunga discussione, centrata principalmente sulla necessità di riconoscere il figlio come interlocutore nel processo educativo. Quindi, un Legislatore nazionale non dovrebbe mettersi in aperto contrasto con una normativa europea direttamente applicabile nel proprio territorio, se non altro per evitare all'interprete di dover compiere difficili operazioni di coordinamento.

Purtroppo, quando la legge n. 54/2006 avverte (articolo 155, 3° co., c.c.), senza alcun bisogno, che "La potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori" e, soprattutto, quando statuisce (*ibid.*) che, in materia di ordinaria amministrazione, può essere stabilito un esercizio separato della "potestà", utilizza concezioni ormai molto diverse da quelle proprie del Legislatore europeo.

Per rendersene conto, basta considerare che il Regolamento sopra citato, emanato in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del Trattato dell'Unione (quindi applicabile direttamente in tutti gli Stati), fa esclusivo riferimento alla "responsabilità genitoriale" ²⁸, di cui è titolare la persona o l'ente investiti di diritti e doveri nei confronti del minore e del suo patrimonio, e che comprende in particolare il diritto di affidamento (articolo 2, punti 7, 8, 9), essenzialmente connotato dal potere del titolare di decidere il luogo di

²⁷ Io, ad es., pur apprezzando lo sforzo compiuto in sede europea per far passare nei singoli ordinamenti nazionali (anche molto diversi e lontani dal nostro) l'idea che sui figli non si esercita un potere egoistico (la cui radice si ritiene – secondo me ingiustamente – che possa sopravvivere nel termine "potestà"), non sono personalmente convinto del fatto che la scelta dell'espressione "responsabilità dei genitori" sia del tutto felice, dato che rimanda ad un concetto certamente giusto (esercizio responsabile dei doveri genitoriali di educazione, rappresentanza, allevamento dei figli, il cui contenuto è arricchito dalla pratica di un sensibile ascolto del minore), ma insufficiente, poiché esclude il chiaro riferimento all'altra indispensabile componente della missione genitoriale, ben presente nella radice latina del termine "*potestas*", quale potere naturalmente e giuridicamente conferito non nell'interesse del soggetto che lo detiene e lo esercita, bensì come *auctoritas* (da *augere*), cioè nell'interesse di colui che deve crescere (v., più diffusamente, G. MAGNO, op. cit., pp. 13 e ss., e, specialmente, pp. 100 e ss.): ma i popoli europei non sono tutti di cultura e di lingua neo-latine!

²⁸ V., ad es., punti 5, 6, 12 del Preambolo, articoli 1, 23.

residenza del minore. Nel novellato articolo 155 c.c., però, invano si cercherebbe l'indicazione della necessità di scrivere espressamente, nel provvedimento giudiziale, che il potere di decidere la residenza del figlio è conferito ad entrambi i genitori congiuntamente o ad uno di essi, nominativamente indicato: eppure, in mancanza di tale chiara indicazione, il genitore affidatario o l'affidamento congiunto non saranno riconosciuti in Europa, giacché il titolare del diritto di affidamento di un minore è colui che ha "diritto di intervenire nella decisione riguardo al suo luogo di residenza" (articolo 2 cit., punto 9) e, inoltre, "L'affidamento si considera esercitato congiuntamente dai genitori quando uno dei titolari della responsabilità genitoriale non può... decidere il luogo di residenza del minore senza il consenso dell'altro...", in conformità ad una decisione del giudice oppure alla legge.

Certamente il giudice italiano, applicando la normativa europea, dovrà correttamente parlare di responsabilità genitoriale e, soprattutto, decidendo sull'affidamento, dovrà aggiungere, *expressis verbis*, l'indicazione del genitore che ha il potere di decidere la residenza del figlio ovvero che entrambi, in caso di affidamento "condiviso", partecipano di questo potere; ma possiamo senza dubbio affermare che la nuova legge non gli ha dato una mano, non trovandosi menzione del Regolamento europeo neppure nelle "note" che ne accompagnano il testo sulla G.U.

Un'altra questione, ancor più rilevante, concerne la competenza del giudice italiano e la validità in Europa dei suoi provvedimenti in materia.

Il Regolamento europeo citato, emanato principalmente allo scopo di creare uno spazio giudiziario comune mediante il riconoscimento automatico nell'Unione (Preambolo, punti 2, 23, e articolo 21), in conformità alle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere (punto 34), delle decisioni pronunciate nelle controversie familiari, esige una certificazione di conformità dei provvedimenti alle disposizioni regolamentari (articoli 30, co. 3, 39). In caso di opposizione, il giudice straniero non riconoscerebbe le decisioni non certificate, relative alla responsabilità genitoriale (articolo 23), se le trovasse incompatibili con un provvedimento successivo, emesso da lui stesso o da un giudice connazionale o dal giudice di altro Stato,

allorché tale ultimo provvedimento soddisfa, ai suoi occhi, le condizioni per il riconoscimento.

Risulta quindi essenziale – anche se è inibito, in sede di riconoscimento, il riesame della competenza giurisdizionale del giudice dello Stato d'origine (articolo 24) – che il giudice adito verifichi rigorosamente la propria competenza, e dichiari eventualmente l'incompetenza, ai sensi dell'articolo 17, se ne difettano i presupposti fissati dagli articoli 3-7 e, per le cause relative alla sola responsabilità genitoriale, se manca quello prescritto dall'articolo 8, ossia che il minore risieda abitualmente nello Stato membro cui appartiene il giudice adito (salvo i casi di proroga della competenza elencati dal successivo articolo 12).

A fronte del complesso sistema di competenze – qui non ulteriormente indagabile – stabilito dal Regolamento, appaiono dunque limitate e superate le norme contenute nel secondo comma dell'articolo 706 c.p.c. e nel comma 1 dell'articolo 4, legge 1 dicembre 1970, n. 898, novellati dalla legge n. 80/2005 sopra citata, per cui “Qualora il coniuge convenuto sia residente all'estero, o risulti irreperibile, la domanda si propone al tribunale del luogo di residenza o di domicilio del ricorrente, e, se anche questi è residente all'estero, a qualunque tribunale della Repubblica”.

Il giudice italiano investito della causa di separazione o di divorzio e delle connesse questioni sull'affidamento dei figli minorenni, non potrà applicare le suddette norme sulla competenza, e dovrà anzi declinare la propria giurisdizione, allorché il coniuge convenuto o, addirittura, entrambi i coniugi siano residenti in uno Stato membro dell'UE, dovendo in tal caso applicare le disposizioni del Regolamento (CE) n.2201/2003 cit., fonte prevalente su quella statale²⁹.

²⁹ “L'ordinamento comunitario e l'ordinamento statale sono "distinti e al tempo stesso coordinati" e le norme del primo vengono, in forza dell'art. 11 Cost., a ricevere diretta applicazione in quest'ultimo, pur rimanendo estranee al sistema delle fonti statali; da ciò deriva non la caducazione della norma interna incompatibile bensì la non applicazione di quest'ultima da parte del giudice nazionale al caso di specie oggetto della sua cognizione. Tale principio, per effetto della giurisprudenza costituzionale, è stato applicato dapprima ai regolamenti comunitari (anteriori o successivi alla norma statale) e quindi esteso, a determinate condizioni, alle decisioni della Corte di giustizia e alle direttive del Consiglio delle Comunità” (Corte costituzionale, sentenza n. 168/1991).

Dovrà invece risolvere un difficile problema di conflitto fra norme, qualora il convenuto risieda in uno Stato non UE, posto che le suddette disposizioni speciali sulla competenza sono in contrasto non solo e non tanto col criterio generale sulla giurisdizione (foro del convenuto) accolto dalla legge italiana di diritto internazionale privato³⁰, caso in cui potrebbe soccorrere il principio di specialità; ma piuttosto, e perfino, con gli specifici criteri di collegamento – cittadinanza italiana di uno dei coniugi, avvenuta celebrazione del matrimonio in Italia e, per i rapporti di filiazione, applicabilità alla fattispecie della legge italiana o cittadinanza o residenza in Italia di uno dei genitori o del figlio – apprestati dal sistema degli articoli 9, 32 e 37 della legge n. 218/1995 (v. nota 30) per attribuire al giudice italiano, in materia di separazione e divorzio e di rapporti fra genitori e figli, la giurisdizione anche quando non ricorre l'ipotesi generale del foro del convenuto.

Però tutti questi criteri, anche quelli speciali, potrebbero difettare nel caso concreto, ed il giudice italiano dovrebbe correttamente declinare la propria giurisdizione; che, invece, gli è contraddittoriamente attribuita dalla legge n. 80/1995, senza alcuna indagine, se il coniuge convenuto risiede all'estero oppure risulta irreperibile in Italia.

E' evidente che non sussisteva alcuna necessità di complicare discipline già complesse per loro natura, mediante l'introduzione di norme incidenti sulla giurisdizione, dal momento che la materia è adeguatamente ordinata dal menzionato Regolamento europeo e, per quanto riguarda i convenuti o i figli residenti nel territorio di Stati extra-europei, dalle norme interne di diritto internazionale privato.

5.- Conclusione.

E' stato detto che cambiare continuamente le leggi e farne di nuove è lo sport preferito da noi italiani. Personalmente, ritengo che non ci sia niente di male a praticare uno sport del genere: a patto che il gioco sia condotto bene, con chiarezza di obbiettivi, abilità e coerenza.

³⁰ Articolo 3, co. 1, legge 31 maggio 1995, n. 218, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*: "La giurisdizione italiana sussiste quando il convenuto è domiciliato o residente in Italia".

L'attribuzione di diritti al minorenne – specie a quello che si trova a vivere la difficile esperienza della separazione dei genitori ed avverte, forse per la prima volta, l'incertezza del futuro – è certamente cosa buona, purché sia accompagnata dall'indispensabile corredo di diritti processuali e dalla concreta possibilità di esercitarli.

In cambio di una coerenza politica idonea a realizzare fino in fondo questa impresa meritoria, si potrebbe sorvolare sulle tante incongruenze formali delle leggi o cercare di porvi rimedio con l'interpretazione, in attesa di una nuova sistemazione generale del diritto di famiglia, dopo oltre trent'anni dall'ultima riforma che meriti, in qualche misura, l'attributo di “organica”.

Sono, infatti, da non sottovalutare il significato e l'importanza di un'evoluzione legislativa verso il riconoscimento effettivo di diritti al minorenne ed anche, specialmente, al bambino, sulla traccia della Convenzione di New York del 1989 che, ratificata da quasi tutti gli Stati e pochissimo attuata, rischia di somigliare sempre più ad un prezioso soprammobile di cristallo.

La possibilità conferita al bambino di uscire dalla “infanzia”³¹ e di interloquire nel processo, per esservi ascoltato con rispetto ed attenzione – concetto costituente, a mio parere, la *Grundnorm* di questa Convenzione³² e di un nuovo, sperabilmente prossimo, diritto minorile – genera la fastidiosa sensazione che, per tal via, il processo – cerimonia o rappresentazione quanto mai seria, officiata da coloro che hanno conseguito lo statuto di persone mature – venga esposto al rischio di trasformarsi in un *gioco da bambini*, come accade nella città fiammingo-gotica dipinta da Bruegel³³, invasa da ragazzi che si rincorrono, nel quadro chiamato appunto *Giochi di fanciulli*³⁴.

³¹ “‘Infanzia’ è il termine derivato dal latino che indicava l'età della vita in cui non si parla o si parla male... la neutra condizione di un tempo contrapposto ad altri, ma nasconde anche il senso più inquietante di un'assenza di voce”: E. RESTA, “*L'infanzia ferita*”, Laterza, Roma-Bari 1998, pag. 5.

³² Articolo 12.

³³ Pieter Bruegel il Vecchio, pittore fiammingo (1525/30-1569), visse e lavorò ad Anversa, a Bruxelles ed anche in Italia (1551-1553); di cultura fondamentalmente umanistica, impregnò spesso di significati morali i suoi quadri, ispirati alla vita ed ai costumi popolari, a grandi temi religiosi od anche allo spettacolo della natura. Il quadro di cui si parla (*Giochi di fanciulli*) è conservato nel Kunsthistorisches Museum di Vienna.

³⁴ “La scena rappresentata è quella di un paese fiammingo dove una piazza e una via del tempo... diventano per magia pittorica il luogo dove schiere di fanciulli ‘giocano ai giochi’ più svariati.... Bruegel lo descrive minuziosamente per quello che è: il mondo dei giochi dei

Al contrario, nella prospettiva di un nuovo diritto minorile, il giudice disponibile ad ascoltare il bambino rappresenta l'icona del rispetto dovuto ad ogni essere umano; ma, nello stesso tempo, ispira fiducia nella possibilità di conseguire, attraverso il processo, una misura maggiore di giustizia: perché un bambino, varcata la soglia dell'aula giudiziaria, porta con sé istanze di giustizia sostanziale alle quali noi "operatori del diritto", distratti dalle complicazioni della procedura, rischiamo di diventare ogni giorno più insensibili.

fanciulli. Ma quando critici e interpreti tornano sul quadro e, come al solito, cercano di darne il senso, la spiegazione diffusa è che la vita in genere, quella degli adulti, è uno scherzo, che 'non vale' prenderla sul serio, tutto è finzione. Il gioco dei bambini diventa esclusivamente un gioco da bambini. Sembra che di fronte ai bambini gli adulti non abbiano altro modo di pensare che questo: tutto quello che è inutile, poco importante, è da bambini, è dei bambini. Scalfire questo modo di vedere è impresa ardua che nessuna scienza, nessun sapere e nessuna saggezza hanno potuto realizzare": E. RESTA, op. cit., pagg. 3-4.