



## **Associazione Italiana dei Magistrati per i minorenni e per la famiglia**

Aderente alla "Association Internationale des Magistrats de la Jeunesse et de la Famille"

[www.minoriefamiglia.it](http://www.minoriefamiglia.it)

## **Alla Commissione Giustizia del Senato**

**OGGETTO: Osservazioni dell' Associazione Italiana dei Magistrati per i minorenni e per la famiglia sui disegni di legge 1211 (BERSELLI ed altri) - Modifica alla disciplina in materia di esercizio della potestà genitoriale e 1412 (BERSELLI ed altri) - Modifica alla disciplina in materia di filiazione naturale .**

L'Associazione ha approvato un primo comunicato in data 28 marzo 2008 che viene integralmente richiamato. Con il presente documento si intendono approfondire in dettaglio alcuni aspetti dei disegni di legge in discussione.

### **1- Tribunale delle persone e della famiglia.**

Innanzitutto, va rilevato che tali iniziative legislative si muovono in controtendenza con le riforme e gli orientamenti più recenti in materia minorile, con il rischio di porre una pietra tombale sulla possibile unificazione delle competenze in materia familiare e minorile in capo ad un unico giudice specializzato.

Ciò appare evidente anche nell'intenzione di volere trasferire in capo al tribunale ordinario, oltre che la competenza dei procedimenti ex art. 317 *bis* c.c. relativi ai figli di genitori non coniugati, anche «le questioni di status del figlio naturale stesso, vale a dire quelle disciplinate dagli articoli 250, in materia di riconoscimento, 252 sull'affidamento del figlio naturale e il suo inserimento nella famiglia legittima, 261 sui diritti e doveri derivanti al genitore dal riconoscimento, 262 sul cognome del figlio, 263 sul riconoscimento dell'impugnazione per difetto di veridicità, 264 sull'impugnazione da parte del riconosciuto, 269 sulla dichiarazione giudiziale di paternità e maternità e 316 sull'esercizio della potestà dei genitori» (v. relazione al DDL n. 1412).

Come già indicato dalla nostra Associazione in altri documenti, il sistema di protezione giudiziaria dei minori oggi non è pienamente soddisfacente e ne sono largamente noti i punti critici. Ogni proposta di riforma in materia deve però partire dal principio che la questione minorile è in primo luogo riconoscimento del minorenne come persona titolare di diritti, che la famiglia e le istituzioni devono

[www.minoriefamiglia.it](http://www.minoriefamiglia.it)

garantire e rendere effettivi. La giustizia deve puntare ad affermare i diritti dei minori quando la famiglia entra in crisi (per esempio per la scissione della coppia genitoriale) o malgrado gli aiuti sociali si rivela incapace.

Le modifiche normative che incidono sulla giustizia minorile dovrebbero pertanto essere contestualizzate in una più ampia e organica riforma, di natura ordinamentale e procedimentale. La riflessione va posta innanzitutto sulla composizione del giudice che si occupa di tali procedimenti e dovrebbe essere più correttamente inserita in una proposta organica di unificazione delle competenze in materia di minori e famiglia, atteso che procedendo solo a riforme settoriali, come purtroppo fa anche questa proposta, si corre il rischio di avallare, ancora una volta, il riparto di competenze fra tribunale ordinario, tribunale per i minorenni e giudice tutelare - che è certamente irrazionale e fonte di ingiustificate sperequazioni - ma, in questo caso, a favore di un organo giudiziario non specializzato quale è il tribunale ordinario.

## **2- Problema del trasferimento della materia da un tribunale specializzato (tribunale per i minorenni) a un giudice non specializzato (tribunale ordinario).**

E' noto che in Italia la materia della separazione e del divorzio non è trattata, da un organo specializzato e neppure esistono "Sezioni Famiglia" all'interno dei tribunali ordinari, salvo che in alcuni casi isolati.

E' stato ribadito dalla stessa magistratura ordinaria che solo un giudice "specializzato e preparato non solo tecnicamente, può essere in grado di dominare l'emotività , di interpretare, cioè i fatti con distacco e non secondo la propria formazione personale ed esperienza personale (relazione al seminario del C.S.M. "La prassi nelle cause di separazione e divorzio» - Anni 2003-2005).

Quindi, a fronte di un'esigenza sentita anche dalla magistratura ordinaria, con tali DDL si sposterebbe la competenza di diversi procedimenti minorili - rispetto ai quali è centrale la considerazione dell'interesse del minore, più che la soluzione di aspetti tecnico-giuridici - ad un **organo privo di requisiti di specializzazione** e che non garantirebbe neppure la possibilità di trattazione da parte di giudici addetti in via esclusiva della materia, a causa dell'organizzazione interna stessa ai tribunali ordinari.

Non possiamo non sottolineare a questo proposito l'esperienza storica dei tribunali per i minorenni, nei quali la specializzazione, costruita con il confronto continuo con la casistica specifica, la formazione, il confronto interdisciplinare con la componente onoraria e l'interazione con il mondo dei servizi, ha fatto emergere l'attenzione prioritaria ai diritti del minore, le attitudini di ascolto e di ricerca del consenso, la progettualità familiare e di contesto.

Non pare corretto altresì il dato indicato nella relazione al DDL n. 1412 , secondo cui i procedimenti di cui si chiede il trasferimento al tribunale ordinario giacciono per mesi nelle cancellerie dei tribunali per i minorenni prima che venga fissata l'udienza di comparizione e che poi terminano dopo anni. Alla nostra Associazione risulta che **i procedimenti dinanzi ai tribunali per i minorenni vengono fissati e decisi con altrettanta celerità di quelli dinanzi ai tribunali ordinari**, e non è raro che in pendenza del ricorso di separazione presso i tribunali ordinari vengano anticipati ricorsi per la regolamentazione dell'affido dei minori di genitori coniugati dinanzi al tribunale per i minorenni per ottenere provvedimenti urgenti prima della fissazione dell'udienza presidenziale.

### **3- Problema dell'abrogazione del 317 bis cod.civ.**

Sull'abrogazione dell'art. 317 *bis* cod. civ. prevista dal DDL n. 1211, deve essere innanzitutto precisato che, a seguito dell'ordinanza n. 8632 del 22.3.2007 della Corte di Cassazione, il tribunale per i minorenni è ora competente a provvedere sia relativamente alla disciplina dell'affidamento dei figli di genitori non coniugati che sulla misura e sul modo con cui ciascuno dei genitori deve contribuire al mantenimento del figlio, salvi alcuni casi in cui la domanda relativa agli aspetti economici non è contestuale a quella di regolamentazione dell'affidamento.

Nell'applicazione della legge n. 54/06 secondo i principi affermati dalla citata decisione della Suprema Corte non esiste, pertanto, alcuna disparità di trattamento dei figli di genitori non coniugati rispetto ai figli di genitori coniugati.

Quanto alle proposte in esame, si rileva una forte contraddizione tra i DDL n. 1412 e 1211, atteso che mentre il primo DDL vorrebbe il trasferimento dinanzi al tribunale ordinario della competenza a decidere relativamente all'affidamento ed al mantenimento dei figli dei genitori non coniugati, **che trova nell'art. 317 bis cod. civ. il proprio riferimento normativo** (si ricorda che la Corte di Cassazione, nell'ordinanza n. 8632 del 22.3.2007 ha così chiarito: « L'art. 317-bis cod. civ. resta il referente normativo della potestà e dell'affidamento nella filiazione naturale, anche in caso di cessazione della convivenza dei genitori naturali, e non viene meno, agli effetti della competenza, il binomio costituito dagli artt. 317-bis, secondo comma, cod. civ. e 38, primo comma, disp. att. cod. civ.»), dall'altra, **il DDL n. 1211 abroga l'intero art. 317 bis cod. civ, creando un vuoto normativo non altrimenti colmabile .**

La soppressione dell'art. 317 *bis* cod. civ. da parte de DDL n. 1211 appare incomprensibile, atteso che in tal modo **si lascerebbe completamente scoperta, dal punto di vista della regolamentazione giuridica, tutta un'area di rapporti familiari che non sono ricompresi nella disciplina dell'art. 155 cod. civ.** Infatti, sempre riprendendo l'ordinanza n. 8632 « Il novellato art. 155 cod. civ. non si è totalmente sovrapposto all'art. 317-bis cod. civ., là dove questo prevede l'intervento del giudice (anche) nella crisi della famiglia di fatto, perché diversi

sono i presupposti dell'intervento del giudice in ordine alla emanazione dei provvedimenti riguardo all'affidamento e al mantenimento dei figli, a seconda che si tratti di crisi dell'unione di fatto e di crisi della famiglia fondata sul matrimonio. Nella separazione dei coniugi l'intervento del giudice è immancabile. La coppia non si scioglie, legittimamente, che a seguito di una pronuncia giudiziaria. Ugualmente, l'affidamento dei figli legittimi ed il loro mantenimento è deciso dal giudice. Anche in caso di separazione consensuale, il codice garantisce sempre un vaglio giurisdizionale volto a verificare che l'accordo dei coniugi relativamente all'affidamento e al mantenimento dei figli non sia in contrasto con l'interesse di questi. Viceversa, nella crisi della coppia di genitori naturali "non sussiste questa inevitabile necessità di un intervento giudiziario": non solo lo scioglimento della famiglia di fatto "avviene senza alcun intervento del giudice, essendo sufficiente, com'è logico, che i due si lascino", ma anche con riguardo all'affidamento e al mantenimento dei figli l'intervento del giudice è previsto come indispensabile soltanto nel caso in cui i genitori naturali, nella loro autonomia, non abbiano raggiunto tra loro un accordo (Cass., Sez. I, 20 aprile 1991, n. 4273, cit.), salva in ogni caso la possibilità per i genitori non coniugati di rivolgersi congiuntamente al tribunale per i minorenni per la verifica della non contrarietà all'interesse dei figli di quanto tra loro concordato. **Tale diversità di presupposti non è incisa dalla novella».**

L'abolizione del 317 *bis* cod. civ. comporterebbe, ad esempio, che anche nel caso in cui uno solo dei genitori conviva con il figlio minore, in assenza di ricorso al tribunale per i minorenni entrambi eserciterebbero congiuntamente la potestà, con la conseguenza che **molte donne, di fronte alla totale "scomparsa" del padre dei figli minori, sarebbero costrette a intraprendere una causa per ottenere l'affidamento esclusivo**. Di fronte a tali conseguenze, pare invece decisamente preferibile mantenere la regola che nel caso in cui uno solo dei genitori conviva con il figlio minore, eserciti lui la potestà (salva la possibilità di chiedere l'affidamento congiunto da parte sua o dell'altro genitore).

#### **4- Problema della disciplina processuale dei procedimenti per la regolamentazione dell'affidamento dei figli dei genitori non coniugati.**

Come detto, i procedimenti attualmente disciplinati dall'art. 317 *bis* cod. civ. sono inclusi in quelli di cui all'art. 336 cod. civ. e, quindi, sono trattati con il rito camerale ex art. 737 ss. cod. proc. civ., con le particolarità previste dall'art. 336 cod. civ. Grave danno ai figli dei genitori non coniugati deriverebbe, quindi, dalla impossibilità di applicare ai procedimenti dinanzi al tribunale ordinario un rito celere e semplificato, quale quello ex artt. 336 cod.civ.-737 ss. cod. proc. civ., , in quanto, in assenza di una normativa processuale *ad hoc*, **tali situazioni verrebbero trattate con il processo di cognizione ordinario, con tempi lunghi di istruttoria e formalità di rito incompatibili con gli interessi in gioco in tali**

**procedimenti** ed in controtendenza dell'attuale legislatore, essendo allo studio una semplificazione del processo civile che va verso una sommarizzazione del rito.

Anche ove si ritenesse applicabile il rito camerale, in assenza di un rito *ad hoc* si porrebbe, tra gli altri, il problema dei provvedimenti provvisori, che nel rito ex art. 737 cod. proc. civ. non sono previsti (a differenza che nel rito ex art. 336 cod. civ., ultimo comma), con la necessità di ricorrere alle regole generali per i provvedimenti urgenti (tipo art. 700 cod. proc. civ.), che non sono assolutamente adeguate, perché in questa materia i provvedimenti provvisori costituiscono una necessità.

Appare poi evidente che, essendo la disciplina processuale in materia di separazione intitolata “Della separazione personale dei coniugi” (art. 706 ss. cod. proc. civ.), non potrà farsi un'applicazione analogica di tali disposizioni alle coppie di fatto e meno che mai alle situazioni di coppie che non abbiano mai convissuto, o, al contrario che chiedano un intervento della regolamentazione dell'affido del figlio minore in costanza della loro convivenza (cfr. decreto Tribunale per i minorenni di Torino, 22.5.2008).

Tali considerazioni portano quindi a ritenere che, in ogni caso, anche nell'ipotesi di un trasferimento della competenza al tribunale ordinario dei procedimenti relativa alla regolamentazione dell'affidamento dei figli dei genitori non coniugati, sarebbe necessario porre mano al rito e pervenire ad una disciplina che colmi una lacuna che renderebbe la posizione dei figli dei genitori non coniugati deteriore rispetto a quella di quelli dei genitori coniugati.

## **5- Conclusioni.**

L'AIMMF ribadisce che le modifiche normative che incidono sulla giustizia minorile dovrebbero essere contestualizzate in una più ampia e organica riforma, di natura ordinamentale e procedimentale, con l'istituzione di un tribunale unico, specializzato e a competenza esclusiva per le persone, i minori e la famiglia; la contestuale formalizzazione del processo civile minorile in coerenza con alcuni principi fondamentali e ineludibili, a cominciare da quelli sanciti dall'art. 111 della Costituzione, sia pure in proposizioni normative che tengano conto della specificità della materia e soprattutto dei soggetti; l'introduzione **per l'affidamento dei figli di genitori non coniugati** di un procedimento *ad hoc*, sempre di tipo camerale, in quanto quello relativo alla potestà genitoriale non è utilizzabile a questo scopo.

Gli attuali DDL affrontano in modo “minimalista” tali problematiche, senza neppure risolvere, ma piuttosto aggravando, come si è cercato di dimostrare, la posizione dei figli dei genitori non coniugati.

L'AIMMF infine segnala alcuni punti urgenti che dovrebbero essere eventualmente affrontati nel contesto di un intervento parziale, quali:

- a. la precisazione esplicita del rito processuale applicabile ai procedimenti dei figli di genitori non coniugati;
- b. la previsione della presenza anche presso le sezioni famiglia dei Tribunali ordinari dei giudici onorari, in conformità alle norme ordinamentali relative ai Tribunale per i minorenni;
- c. la previsione di misure adeguate che estendano l'effettiva specializzazione dei giudici togati addetti alla materia della famiglia all'interno dei Tribunali ordinari.

Roma, 5 aprile 2009

Il Comitato di Presidenza