

PER UNA GIURISDIZIONE MINORILE MITE

(LA GIURISDIZIONE DELLA NON DECISIONE)

1- E' con qualche preoccupazione che ho accolto l'invito di Laura Laera ad assumere, oggi, funzione di relatore, pur avendo una collocazione professionale (in una sezione ordinaria, anche se specializzata nella materia della famiglia come in pochi tribunale avviene) che può farmi sentire, rispetto alla maggioranza dei partecipanti a questo seminario, lontano se non proprio estraneo. In passato, infatti, problemi di rapporto tra giudici minorili e giudici ordinari delle sezioni famiglia si sono legati piuttosto a conflitti di competenza (vissuti, tra l'altro, con la tensione che consegue all'inadeguatezza delle risorse a disposizione di tutti noi) che a scambio di contributi, sicché inevitabilmente hanno trovato qualche spazio quei luoghi comuni un po' caricaturali (che talvolta gli avvocati contribuiscono a diffondere), secondo cui giudici ordinari e giudici minorili non sarebbero reciprocamente in grado di comprendere l'uno il punto di vista dell'altro.

Credo dunque che l'invito di Laura sia stata una scelta più che coraggiosa, e che tutti abbiamo oggi davanti un compito non facile: io esporre, e voi ascoltare, i contenuti della mia relazione con un continuo lavoro di traduzione simultanea del contesto, che per me è quello dei procedimenti di separazione dei coniugi, e per voi è quello, più ampio e più differenziato, che va dagli interventi a tutela del minore pregiudicato sino alle interruzioni di convivenza dei genitori conviventi. Ciò che renderà possibile, e spero anche interessante, quest'occasione di confronto, è in realtà una forte cornice unitaria, per il vostro e per il mio lavoro, che si trova non tanto all'interno del contesto nazionale, quanto all'interno di uno spazio europeo di cultura giuridica.

In Italia, infatti, il diritto di famiglia è segnato dal ruolo che la Chiesa cattolica assegna al matrimonio, e dalle tensioni ideologiche conseguenti; le due tradizioni professionali di cui ho parlato all'inizio, la stessa esistenza e competenza del Tribunale per i minorenni ne sono espressione.

Contemporaneamente, noi siamo però inseriti (per quanto riguarda la tutela del minore) in una cultura più ampia, magari meno precisa quanto ai comportamenti che vengono richiesti al giudice ma concettualmente molto robusta, che ha la sua sede elettiva nel diritto convenzionale.

2- L'art. 24 della Carta europea di Nizza¹: i “diritti del bambino” tra la prima e la quarta generazione dei diritti umani

Al centro di questa cultura giuridica europea metterei le disposizioni dell'art. 24 della Carta europea, che nasce sul terreno proprio della Corte di Strasburgo, ma è richiamato direttamente anche dal Regolamento comunitario sulla responsabilità genitoriale, e finisce dunque per assumere un ruolo di raccordo tra i due sistemi (del diritto convenzionale e del diritto comunitario).

La disposizione racchiude in poche righe l'intero spettro dell'impegno della giurisdizione minorile: a partire dalla esigenza elementare di protezione speciale dei bambini (siamo alla prima generazione dei diritti umani, al diritto dei fanciulli e degli adolescenti *“ad una protezione speciale contro i pericoli fisici e morali ai quali essi sono esposti”*, affermata già nella *Carta sociale europea* del 1961) al diritto all'educazione, che possiamo collocare già nella seconda generazione dei diritti sociali; dal dovere di ogni istituzione pubblica di aprire i propri procedimenti all'audizione dell'opinione del minore alla c.d. terza generazione dei diritti, che include il diritto dei bambini alla qualità delle sue relazioni affettive².

La costruzione dell'Unione europea come spazio giuridico unitario, percorso dalle “tradizioni costituzionali comuni” che formano l'*acquis communautaire*, costituisce, in questi anni, un processo progressivo ma ancora quasi inavvertito, almeno nei settori di ordinamento dove più marcati sono i segni di un “sentire” nazionale. Sempre meno le tradizioni nazionali riescono dunque a difendere le proprie specificità costituzionali, appellandosi a sofismi giuridici che discettano del carattere giuridicamente non vincolante dei vari documenti che, successivamente, hanno precisato il tema e gli strumenti di protezione in materia di diritti fondamentali.

¹ **Diritti del bambino:** 1. I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. 2. In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente.
3. Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse.

² Sulle varie generazioni dei diritti **Norberto Bobbio**, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1996; **A. Cassese**, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Bari 1994

Nella materia delle relazioni personali e familiari, in particolare, la Convenzione europea sui diritti dell'uomo (mi riferisco qui agli artt. 6, 8, 13), il Regolamento comunitario 2201/2003 (per la parte relativa alla responsabilità genitoriale) e la Carta dei diritti fondamentali approvata dall'Unione europea a Nizza (soprattutto per il disposto dell'art. 24) costituiscono un sistema di principi integrato e coerente, assai più articolato e preciso della nostra Carta costituzionale. Se non ci si lascia irretire nelle discussioni sulle fonti normative, è possibile infatti ricavare da questo insieme di disposizioni alcuni indirizzi interpretativi, che a me paiono (almeno per ora) tutt'altro che scontati.

2-a) La giurisdizione sulle relazioni personali come ingerenza dell'autorità:

In materia di “diritti fondamentali” stiamo vivendo, infatti, un’epoca nella quale i fondamenti stessi delle nozioni giuridiche si muovono ed i sistemi delle fonti si mescolano in modi non sempre dichiarati;³ in particolare, per chi si occupa di diritto di famiglia (e delle persone), non può passare sotto silenzio la trasformazione del diritto internazionale da tradizionale (ma ormai risalente) diritto neutrale sulla “localizzazione delle fattispecie dotate di caratteristiche di internazionalità” a sistema di fonti sovranazionali che pongono una serie di obiettivi di diritto materiale⁴, orientati verso la creazione dello “spazio di libertà, sicurezza e giustizia” programmato dal Trattato di Amsterdam.

Sappiamo tutti, naturalmente, che dal 1999 l’Unione europea si è impegnata a rispettare “i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali...e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri”; ma non abbiamo ancora acquisito l’abitudine di collocare, all’inizio di un ragionamento giuridico, le norme della Convenzione europea subito accanto a quelle della Costituzione italiana.

Una rilettura dell’art. 8 della CEDU, collocato a fianco del primo comma dell’art. 29 della nostra Costituzione⁵, fornisce argomenti di riflessione non banali, sotto due profili entrambi molto

³ IPPOLITO, *I giudici e le carte dei diritti, Le nuove sfide del costituzionalismo*, Introduzione a BRONZINI-PICCONE, *La Carta e le Corti*, Chimenti, Milano 2007, 7 ss.

⁴ S.M.CARBONE, *Obiettivi di diritto materiale e tendenze del diritto internazionale privato e processuale comunitario, in Studi sull'integrazione europea*, 2007, pp.285-304.

⁵ Sul rapporto tra art. 8 e art. 12 della CEDU e art. 29 della Costituzione, integrato dalle previsioni della Carta di Nizza, v. da ultimo FERRANDO, *Convivere senza matrimonio, principi e regole per le nuove famiglie*, in *Minorigiustizia*, 2007, 2, pp. 79 ss.

rilevanti. Il primo profilo riguarda, naturalmente, la diversità delle angolazioni, il secondo (più importante ancora) il diverso tipo di effetto che le due norme sono idonee a provocare.

Quanto alla diversità di angolazione, l’immagine più felice è quella che pone la famiglia coniugale tra le fondamenta, ed i diritti fondamentali come tetto alla costruzione dell’edificio di un diritto di famiglia europeo⁶. Ma il tetto (osservo io) è ciò che copre tutto, e stabilisce l’altezza della protezione. Così, se l’art. 29 della Costituzione guarda soltanto alla famiglia fondata sul matrimonio, l’art. 8 della CEDU (“*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*”) enuncia il diritto fondamentale di ogni persona (dentro o fuori il rapporto matrimoniale) al rispetto delle relazioni alle quali liberamente conforma la propria esistenza (“*Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza.*”⁷).

La differenza più importante tra le due angolazione è, però, quella sugli effetti, sul modo di operare delle tutele: infatti nella CEDU il diritto alla vita privata e familiare viene tutelato non solo verso i soggetti privati, ma anche verso le autorità pubbliche, stabilendo che “*non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell’esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l’ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui*”.

Con le sentenze 24/10/2007 n. 348 e 349⁸, la Corte costituzionale ha superato precedenti esitazioni, ed ha incluso finalmente la CEDU, in modo esplicito ed incondizionato, tra gli obblighi internazionali che il legislatore italiano deve rispettare nel legiferare. Ma le conseguenze più rilevanti riguardano, a mio avviso, non il legislatore ma l’interprete. Infatti il dire (come la Corte costituzionale

⁶ L’immagine è riproposta da BELLISARIO, *Parental responsibilities: i lavori della Commission on European Family Law*, in *Minorigiustizia*, 2007, 2, p. 64

⁷ Che rientrino tra i “diritti fondamentali” anche i diritti riconosciuti dall’art. 8 della CEDU non sono possibili dubbi, visto che secondo l’art. 1 della CEDU “Le Parti contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti dal titolo primo della Convenzione”. Infatti tra le sentenze della Corte di Strasburgo non poche riguardano proprio la materia familiare, anche con riferimento a procedimenti italiani; notissime Bove c. Italia e Scuzzari c. Italia, entrambe del 13/07/2000, riguardanti situazioni nelle quali, in presenza di decisioni del Tribunale che prevedevano percorsi di riavvicinamento tra genitori e figli, erano in realtà trascorsi periodi di tempo considerati eccessivi senza che tra genitore e figli intervenissero incontri.

⁸ In *Foro it.* 2007, I,

ha detto nelle due sentenze) che “*L’art. 117 condiziona l’esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle regioni al rispetto degli obblighi internazionali, fra i quali rientrano quelli derivanti dalla CEDU, le cui norme pertanto, così come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, costituiscono fonte integratrice del parametro di costituzionalità*” descrive con precisione i doveri della Corte costituzionale ma non esaurisce quelli del giudice ordinario. Mentre, infatti, la Corte interviene comunque su norme astratte, i compiti interpretativi del giudice della causa di merito si estendono anche ad aspetti che riguardano in concreto la misura in cui un certo diritto viene o no preservato; ed è su questo piano che, in materia di diritti fondamentali, la CEDU può influire sull’operato dei giudici di merito anche senza passare per il canale del controllo di costituzionalità.

Tra adulti, è evidente che la tutela “dei diritti e delle libertà altrui” giustifica l’ingerenza dell’autorità pubblica (cioè il procedimento di separazione, anche se non desiderato da entrambi) nelle relazioni tra persone che abbiano, nei loro rapporti matrimoniali, pretese reciproche divergenti. Ugualmente, se sorge tra genitori un conflitto che riguarda la responsabilità genitoriale di entrambi, proprio il regolamento comunitario 2201 del 27/11/2003 precisato, anzi (nella definizione della responsabilità genitoriale contenuta nell’art. 2), che i “diritti e doveri” attribuiti a terzi e riguardanti la persona o i beni di un minore possano essere disciplinati solo da “*una decisione giudiziaria, una legge o un accordo in vigore*”; così attribuendo obbligatoriamente alla giurisdizione questo tipo di ingerenze (o, se si preferisce, imponendo le garanzie proprie della giurisdizione per tutte le autorità abilitate dagli Stati ad intervenire in materia di responsabilità genitoriale).

Ma il punto più interessante, in questo nostro discorso, è che in materia di diritti fondamentali i limiti posti dalla CEDU non somigliano affatto a quelli che si trovano nella nostra Costituzione. Come infatti ha spiegato, con la consueta chiarezza ed incisività, Gustavo ZAGREBELSKI⁹, la differenza tra i primi ed i secondi (e la conseguente differenza tra gli interventi della Corte Costituzionale e quelli della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo) consiste anzitutto nel fatto che la Costituzione italiana

⁹ G. ZAGREBELSKY, *Corte, Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2006, V, p. 353.

opera sul terreno della compatibilità delle norme in astratto¹⁰, mentre la CEDU interviene sul piano dell'effettività. Nella dimensione internazionale, infatti, non vengono in rilievo le categorie giuridiche, che appartengono ai singoli Stati, ma l'analisi del rispetto dell'effettività della tutela dei diritti e della loro eventuale violazione individuale o seriale¹¹; in relazione ai diritti riconosciuti come fondamentali dalla CEDU si determina dunque, per tutti gli organi degli Stati membri (ciascuno nell'ambito delle proprie competenze), l'obbligo positivo di adottare *misure ragionevoli ed adeguate* per proteggerli: e competente è ciascun organo cui le leggi nazionali attribuiscono il dovere di proteggere ed attuare il diritto fondamentale¹².

3) La misura concreta dell'ingerenza dell'autorità sulle relazioni familiari: L'affidamento condiviso come misura dell'ingerenza giurisdizionale

La tutela costituzionale nazionale pone dunque limiti al legislatore (nel nostro problema, a tutela della famiglia) solo sino a che non si pongano problemi di bilanciamento tra diritti contrapposti, entrambi costituzionalizzati; quando il problema del bilanciamento si pone (perché, appunto, diventa necessario tutelare in modo separato i diritti e la libertà di ciascuno dei membri del nucleo familiare), la tutela costituzionale ridiventa per così dire flessibile (l'aggettivo può sembrare provocatorio, ma non mi pare inutile per rendere il senso della mia osservazione). In tal caso il legislatore riprende, nella sua ampiezza, la discrezionalità del potere legislativo, se vogliamo con il solo (variabile e scivoloso) limite generale della ragionevolezza¹³.

Il discorso è ben diverso per le ingerenze delle autorità pubbliche nazionali in materia di diritti fondamentali, rispetto alla CEDU come interpretata dalla giurisprudenza di Strasburgo, che ha ripetutamente insegnato che il limite all'ingerenza custodisce non solo la soglia, ma con uguale

¹⁰ Per cui viene rifiutato, come inammissibile, il sindacato su qualsiasi *prassi*; per un esempio (ma è davvero solo un esempio di un principio indiscusso) Corte cost. ord. 30-07-2003, n. 289, in *Foro it.* 2004, I, 2048, sull'inammissibilità di una verifica costituzionale di una *prassi* del Tribunale di Torino relativa all'assegnazione di procedimenti ad una sezione distaccata.,

¹¹ L'Italia è stata dichiarata, com'è noto, serialmente inadempiente in relazione al profilo dell'efficienza della giurisdizione.

¹² Nella decisione Scordino del 19.5.2003, la Corte di Strasburgo ha sancito il principio di sussidiarietà e di preminenza della Carta rispetto al diritto nazionale; mentre la Corte di Cassazione, nelle sentenze n. 28507 del 23/12/2005 (in materia civile) e n. 32678 del 12/07/2006, Somogy (in materia penale) ha riconosciuto che i diritti e le libertà contenuti nella CEDU sono immediatamente applicabili e inderogabili per il nostro ordinamento.

¹³ Per un esempio Corte Cost., sentenza 09-10-1998, n. 349, *Foro it.* 1999,I,1754, in materia di adozione ordinaria.

efficacia tutti i singoli successivi gradini dell'ingerenza statuale. Non basta, dunque, che l'ingerenza (obbligatoriamente giudiziaria, nel nostro caso) sia prevista dalla legge, e sia astrattamente giustificata; bisogna anche che la stessa intervenga, nel concreto, soltanto nella misura “strettamente necessaria”¹⁴.

Se non ricorrono i criteri indicati la Carta impedisce a qualunque Autorità nazionale di incidere sui diritti riconosciuti, cosicché l'atto che li violi potrà essere denunciato alla Corte di Strasburgo come violazione. Anche l'allontanamento del minore da genitori pregiudizievoli, in particolare, rappresenta un intervento della Autorità pubblica che lede un diritto fondamentale: la Corte ha affermato che se un genitore crea sofferenza al minore, la tutela del diritto del minore consente all'Autorità nazionale di intervenire¹⁵. Stabilire ciò significa riconoscere che proprio l'interesse del minore può anche prevalere su quello del genitore, nel caso in cui le misure a favore del genitore siano pregiudizievoli per il minore; ma sempre secondo un criterio di necessità, con adozione di tutte le possibili misure adeguate¹⁶

Solo leggendo le decisioni della Corte di Strasburgo il giurista italiano impara cosa sia la concretezza; l'analisi del principio di effettività e dell'adeguatezza delle misure è condotto dalla Corte con particolare rigore nella decisione Scozzari¹⁷, in cui vengono analizzati i passaggi concreti della

¹⁴ La giurisprudenza della CEDU sull'argomento ha dovuto misurarsi soprattutto in ordine all'equilibrio tra rispetto per l'unità familiare e interesse dello Stato nel regolare i flussi migratori; per questo non posso che rinviare all'utilissimo *“Prontuario della giurisprudenza europea”* di LETTIERI, addetto giuridico presso la Rappresentanza Permanente d'Italia al Consiglio d'Europa a Strasburgo, www.cortedicassazione.it/documenti, par. II.1 *Estradizione e espulsione*, dove si ricordano i principali principi enucleati (tutti sul piano della concretezza) in materia: l'età dei figli, la loro presenza costante, la scolarità e l'acculturazione nel paese di accoglienza (*Sen c. Paesi Bassi* del 21.12.01); la circostanza se la continuazione della dimora da parte degli interessati sul territorio sia il solo mezzo per preservare l'unità della vita familiare (*Berrehab c. Paesi Bassi* del 21.6.88; *Ciliz c. Paesi Bassi* dell'11.7.00); la nazionalità dei membri della famiglia e dunque la possibilità per il coniuge ed i figli di vivere fuori del paese di accoglienza (*Boultif c. Svizzera* del 2.08.01).

Per un altro esempio di ragionamento “quantitativo”, relativo alla durata della compressione del diritto al godimento dei propri beni derivante dalla durata del processo di esecuzione forzata, v. anche CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, sentenza 29-01-2004, Sorrentino Prota, *Foro it.* 2004, IV, 110.

¹⁵ Ancora LETTIERI, *“Prontuario della giurisprudenza europea”* cit., par. II.4 *Le problematiche in materia di diritto di famiglia*.

¹⁶ Decisioni della CEDU *Bove c. Italia* del 30/6/2005; *Reigado Ramo c. Portogallo* 22/11/2005; *Scozzari c. Italia e Helshoz c. Germania* entrambi del 13/7/2000.

¹⁷ Sulla decisione *Scozzari c. Italia* del 13/07/2000 v. SONAGLIONI, *Monito della Corte di Strasburgo ai Tribunali per i Minorenni: maggiore vigilanza sul lavoro dei Servizi Sociali e dei soggetti affidatari*, in *Minorigiustizia*, n. 3/2000. Ricordo solo che, in quella decisione, La Corte afferma che la sospensione della potestà della madre non ha violato l'art. 8, che è stato, invece, violato dal ritardo e dal numero insufficiente di incontri tra la madre e i figli: aver ammesso nuovi incontri “solo nel dicembre del 1998, dopo un anno e mezzo, a seguito di una ripresa decisa il 15 marzo e poi avvenuta il 19 aprile” è stato ritenuto “un ritardo inaccettabile, non giustificabile nemmeno alla luce di una pretesa necessaria preparazione prima del primo incontro”, così come è stato giudicato inaccettabile “che i Servizi sociali abbiano potuto modificare la portata pratica delle decisioni dei Tribunali, giocando, per un anno e mezzo, un ruolo

vicenda attraverso l'accesso ad ogni minimo dettaglio, dalla prospettiva di chi l'ha vissuta, subendo le limitazioni imposte dagli atti delle Autorità.

A questo punto è utile rileggere integralmente l'art. 24 della Carta di Nizza:

“1. I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. 2. In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente. 3. Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse.”

In questo nostro discorso, importa poco se e per quali meccanismi normativi la Carta di Nizza vincoli i giudici, poiché essa rappresenta comunque, nel modo più preciso, la posizione che nell'area europea viene assicurata ai minori. Se dunque la Carta può considerarsi non tanto una semplice elencazione di principi meramente morali priva di conseguenze, quanto la formalizzazione di un vero e proprio *Bill of rights*¹⁸, è evidente che le tradizioni costituzionali comuni europee (così come, del resto, oggi la riforma italiana sull'affidamento condiviso) impongono che la potestà (*melius responsabilità*) genitoriale venga affidata ad entrambi i genitori, “di comune accordo” per le decisioni di maggiore interesse relative a istruzione, educazione e salute, e separatamente per le decisioni meno rilevanti. Ma la condivisione costituisce per il giudice oggetto di una valutazione prioritaria, pur quando, tra i genitori stessi, esistono situazioni di conflittualità.

Non sta a noi, dunque (noi come singoli, noi come cultura giuridica minorile), decidere se l'atteggiamento della giurisdizione deve essere sempre “garantistico” o sempre “salvifico” o qualcos'altro. Ciò che dobbiamo, sempre, cercare di fare lo stabiliscono i principi europei, che ci spingono a restituire ad entrambi i genitori la loro responsabilità genitoriale, nel maggior grado

eccessivamente autonomo, senza che il Tribunale rivedesse il materiale audiovisivo o sottoponesse il problema ad una perizia esterna ai Servizi.”

¹⁸ cfr. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur. Cost.*, 2001, 193 ss.

concretamente possibile, ed a ridurre così, quanto possibile, l'ingerenza della decisione giurisdizionale.

Che sia esercitata da giudici specializzati o da giudici collocati nei Tribunali ordinari, la giurisdizione relativa ai rapporti genitoriali deve dunque essere, tendenzialmente, una giurisdizione che si traduce in un grado di ingerenza (dell'autorità sulla responsabilità genitoriale) minore possibile. Ecco il nucleo vero della specializzazione richiesta per ogni giudice che si occupi della relazione tra i minori ed i loro genitori: essere *specializzati* a decidere solo se necessario e nella misura strettamente necessaria (magari sugli aspetti patrimoniali, ma non su quelli relativi ai rapporti personali).

4) Ingerenza minima e “gestione creativa dei conflitti”

A questo punto devo inserire un primo tentativo di “traduzione simultanea” dei contesti. Infatti parlare di “ingerenza minore possibile” per me non significa affatto scegliere un approccio autolimitativo, ma aprire al contrario (in un contesto di coppia matrimoniale) un capitolo di riconsiderazione critica degli equilibri della coppia sul versante genitoriale, di “esplorazione di mondi possibili” (nel senso utilizzato da SCLAVI, *Arte di ascoltare e mondi possibili*, B. Mondadori 2003), di valorizzazione innovativa di tutte le risorse affettive ed educative presenti nella coppia (talvolta anche in altre figure parentali).

A questa esplorazione innovativa dovrebbero servire l'ascolto del minore, e l'intervento di momenti di mediazione, che anche il legislatore italiano (pur così elusivo sull'argomento¹⁹) prevede come sospensivi dell'obbligo di decidere. A questo, soprattutto, deve servire il tempo che ogni magistrato deve dedicare ad ascoltare, ed a capire, i genitori e le situazioni, una diversa dall'altra. Tutte, però, hanno dentro, più o meno nascosta, una chiave di comprensione di quella singola situazione, che può diventare suggerimento, domanda di chiarimento, indirizzo di approfondimento, insomma “non decisione”; o può anche diventare decisione, ma solo dopo che il nodo sia stato rappresentato, esaminato, compreso da tutti i protagonisti.

¹⁹ All'esordio dei lavori parlamentari vi era, com'è noto, la previsione di un ampliamento dei servizi consultoriali e di mediazione, poi inghiottito dall'ideologia delle riforme “a costo zero” (poiché la spesa dei soldi disponibili è saldamente stretta nelle mani dei Ministri).

Ecco un modo di lavorare davvero specializzato (anche se qui la parola non richiama tecnicismi²⁰): mentre tutti i giudici devono decidere, a volte il più in fretta possibile, quando si interviene sulle relazioni personali si deve prima lavorare per capire e per non decidere; dotarsi di una serie di strumenti idonei a restituire ai genitori il loro ruolo, sostenendolo ed integrandolo.

Per i giudici minorili, questo è pane quotidiano; forse il versante sul quale sono meno abituato a muoversi è quello delle risorse interne, spesso inesistenti, me nel rapporto con i supporti esterni (servizi sociali) il Tribunale per i minorenni implica di solito esperienze più ampie e variate. E' possibile, anzi, che in qualche misura le esperienze dei Tribunali per i minorenni e quelle delle sezioni famiglia (di quelle che hanno potuto lavorare come specializzate) possano essere confrontate e integrate, combinando la maggiore esperienza dei Tribunali minorili sul versante degli interventi diciamo esterni, e la maggiore esperienza dei tribunali ordinari nel rapporto con le risorse interne alla famiglia (sorrette dalla presenza degli avvocati).

5) Per Tribunali specializzati nell'ingerenza “mite”²¹

Ma il discorso non riguarda, naturalmente, solo il modo di lavorare.

Il problema vero riguarda, naturalmente, l'istituzione di un Tribunale dove si possa davvero lavorare in modo specializzato, senza distinzione tra figli legittimi e figli naturali. Che le due categorie di minori possano essere destinatari di strumenti giuridici differenziati è insostenibile già rispetto al dettato della Costituzione italiana, come la Corte costituzionale ha dichiarato (una decina di anni fa) quando ha dovuto esaminare l'assenza del P.M. nei procedimenti relativi ai figli naturali²²; ma se stiamo parlando di una funzione giurisdizionale che conforma la responsabilità genitoriale (sulla quale,

²⁰ Non resisto a ricordare qui, sul concetto di specializzazione, un passaggio di CANETTI (*Potere e sopravvivenza*, Milano 1974, p. 83; l'argomento del libro è tutt'altro) che mi ha colpito: *“Qui il rigore delle discipline specialistiche si rivela superstizione. Ciò che loro sfugge è proprio ciò che importa. Una visione non frammentata del fenomeno è il presupposto capitale. Ogni arroganza di concetto, per quante buone prove possa aver dato altrimenti, è qui nociva.”*

²¹ Spero di non abusare dell'aggettivo, autorevolmente riproposto alla riflessione dei giuristi dal notissimo libro di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino Einaudi 1992; fondo la mia speranza sulle pagg. 187-192 (*I casi, le loro esigenze e la pressione sul diritto*), 192-199 (*Incursus: il caso Serena*), e 203-207 (*Il diritto equo e la crisi della giurisdizione*) di quell'opera. Se poi fossi riuscito ad aggiungere a questo bell'aggettivo un significato in più, ne sarei contento.

²² Corte cost. 25 giugno 1996, n. 214, ha infatti riconosciuto che la presenza del PM, ex articolo 70 c.p.c., nelle cause matrimoniali e non in quelle di filiazione naturale non era rispettoso della necessità di assicurare una pari tutela del minore. Non è facile capire perché l'assenza di giudici non togati sia meno importante, come strumento di tutela del minore, dell'assenza del PM.

in mancanza di accordo tra i genitori, solo la legge e una “decisione giudiziaria” può incidere, secondo la definizione che leggiamo nell’art. 2 del regolamento UE 2201 del 20/10/2003) in una materia nella quale ogni Stato è obbligato ad assicurare idonea attuazione ai diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU ad ogni persona, dobbiamo non più *chiedere*, ma *esigere* dal legislatore italiano che consideri come esigenza europea l’istituzione in Italia di un tribunale specializzato su tutta la materia della responsabilità genitoriale. Come scrive Nicola LETTIERI²³, *Lo Stato dunque non è più oggi assolutamente libero di avere le leggi che vuole né di darsi l’organizzazione politica, giudiziaria od amministrativa che giudica la migliore, ma deve avere le leggi e darsi l’organizzazione conforme alle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, quali esse vivono nell’interpretazione che ne dà la Corte europea.*

Non è ragionevole che le dosi di ascolto, di attenzione alla non decisione, o le dosi di ingerenza nelle situazioni familiari, possano variare non in considerazione delle singole fattispecie ma per la diversa struttura organizzativa dell’ufficio giudiziario che se ne occupa.

Non è ragionevole che, davanti a tribunali non specializzati (nei tempi e modi di lavoro, prima che nelle conoscenze) l’ascolto del minore venga considerato (di fatto) facoltativo, e comunque solitamente evitato. Per le ragioni più ampiamente esposte altrove²⁴, questa disattenzione alle previsioni internazionali²⁵ rispecchia quella stessa cultura nazionale adultocentrica²⁶ che impone, al centro dei procedimenti giudiziari, il conflitto tra genitori anziché la conservazione di un rapporto equilibrato dei figli con entrambi.

Infatti è proprio attraverso l’ascolto del minore che si è in grado di capire quando i genitori sovrappongono il proprio conflitto alle esigenze dei figli, con contrapposte (e contraffatte) istanze di protezione dei minori, così come talvolta è più agevole individuare ed esaminare (al contrario) esigenze dei figli minori che i genitori tendono a nascondere (o, più spesso, a non vedere) per

²³ “Prontuario della giurisprudenza europea” cit.

²⁴ Mi riferisco al lavoro condiviso con Francesco MAZZA GALANTI, *L’ascolto del minore* in DOGLIOTTI (a cura di), *L’affidamento Condiviso, Commento alla l. n. 54/2006*, GIAPPICHELLI, 2008, 231 ss.

²⁵ Oltre che nell’art. 24 della Carta europea, è noto che l’obbligatorietà dell’ascolto del minore è prevista sia dalla Convenzione di New York (intervenuta il 20 novembre 1989, e resa esecutiva nel nostro Paese con legge 27 maggio 1991, n. 176) sia in quella di Strasburgo 25 gennaio 1996 (con ratifica italiana intervenuta soltanto con legge 20 marzo 2003 n. 77, cui ha fatto seguito il 4 luglio 2003 il deposito dello strumento di ratifica)

²⁶ La parola è brutta, ma il fenomeno è peggiore, e la merita

concentrare tutta l'attenzione del procedimento su aspetti economici. E' più agevole individuare le virtù genitoriali che (sia pure nel conflitto) gli adulti hanno saputo offrire ai figli, per valorizzarle e porle a fondamento di un progetto di separazione consensuale; se proprio si deve decidere, è più agevole porre l'ascolto del minore come fonte e misura dei poteri officiosi che il giudice esercita²⁷.

Non è ragionevole, infine, che contro le decisioni provvisorie dei giudici, in questa materia, vi sono sistemi diversi (talvolta incerti; perché non definiti dalla legge in modo appropriato) di controllo.

Se, infatti, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU possono essere compresi dall'ordinamento nazionale, ma solo per quanto strettamente necessario, e se è un obbligo positivo per lo Stato adottare le misure adeguate per tutelare al meglio tali diritti, allora il ricorso effettivo previsto dall'articolo 13 CEDU per i familiari che abbiano avuto una violazione dei diritti e delle libertà riconosciute dalla Convenzione non potrà essere un ricorso allo stesso giudice istruttore che abbia già pronunciato un provvedimento negativo. Soprattutto poi dopo che la nostra Corte costituzionale²⁸ ha affermato la reclamabilità del provvedimento cautelare negativo in quanto "*l'alterità del giudice dell'impugnazione rappresenta, secondo l'ordinamento, ma anche secondo il comune sentire, un fattore di maggiore garanzia*", e se si ricorda che, per i figli nati fuori dal matrimonio, tale possibilità è assicurata dal reclamo alla Corte d'appello contro le decisioni collegiali del Tribunale per i minorenni, e per i figli di coppia coniugata, il primo provvedimento presidenziale è anch'esso reclamabile alla Corte, e che analoga garanzia viene assicurata anche dopo la separazione (e se non vi è procedimento di divorzio pendente) possibilità di reclamo alla Corte d'appello come in tutti i procedimenti camerali adottati a sensi dell'art. 709 n.3.

5) Il tribunale per la famiglia come struttura disegnata sugli obiettivi

²⁷ Sino a quando il giudice si muove all'interno di ciò che le parti del procedimento (di separazione o divorzio) hanno chiesto a proposito dei provvedimenti relativi ai minori, non si pone infatti un problema di esercizio del potere d'ufficio. Ma se il giudice intende discostarsi da quanto ciascuno dei genitori ha chiesto, ripropongo qui la conclusione, già esposto in MARTINELLI-MAZZA GALANTI, *L'ascolto del minore* cit., che egli non possa farlo
a) senza aver prima provveduto ad ascoltare il minore interessato; b) senza aver sottoposto al minore le ragioni per le quali egli intende allontanarsi da quanto ciascuno dei genitori ha chiesto; c) senza avere, nella motivazione del suo provvedimento, preso in considerazione (eventualmente anche in modo critico) quanto il minore avrà detto nel corso dell'ascolto.

²⁸ Nella notissima sentenza n. 253 del 23/06/1994, in *Foro it.* 1994, I, 2005.

Quello che voglio dire è che, nella traversata avventurosa che abbiamo davanti verso la istituzione di un Tribunale specializzato per la famiglia, il nostro compito dovrebbe essere quello di ricondurre il legislatore (non alla sua discrezionalità ma) ai suoi obblighi verso i minori; ciò che, dunque, dovremmo contribuire a fare a sottolineare i vincoli funzionali.

Da questo punto di vista una struttura mista, monocratica e collegiale, propria dei tribunali di sorveglianza a me pare la sola che possa tenere distinta la funzione di sostegno della genitorialità dal potere/dovere di assumere decisioni quando i genitori non riescono a trovare accordi. Un giudice della famiglia (lo stesso vale per un giudice che si occupi di interruzione di convivenze di fatto) deve dedicare alle udienze moltissime ore alla settimana, e non può dunque intrecciare (come avviene nei tribunali più piccoli) questa attività ad altre, per le quali è invece essenziale la capacità (opposta) di selezionare velocemente i fatti davvero rilevanti da quelli che artatamente le parti cercano di inserire nel processo per ritardarlo e sviare la decisione. D'altra parte l'esigenza di poter contare su una struttura specializzata diffusa sul territorio risponde alla necessità di offrire, ovunque, un sostegno che aiuti i singoli nelle difficoltà che le relazioni personali incontrano nella nostra società, dentro e fuori dal matrimonio, quando gli adulti devono porsi come riferimento per la crescita di figli minori. Sono dunque la funzione educativa, il sostegno e l'integrazione alle difficoltà degli adulti, che debbono essere distribuite sul territorio, non la decisione autoritativa che nei casi estremi deve intervenire per ovviare all'incapacità dei genitori (non importa se sposati o no).

Per l'una e per l'altra è necessaria specializzazione: ma la specializzazione del sostegno, quella necessaria (in ogni tribunale) a collaborare alla costruzione del consenso come restituzione, a chi naturalmente ne è titolare, della responsabilità genitoriale, è una specializzazione di singoli, che può riguardare giudici monocratici, perché sino a quando il giudice interloquisce con i genitori, gli insegnanti, gli psicologi ed i servizi socio-sanitari, sino a quando dunque la funzione giudiziaria si pone come integrativa rispetto alla funzione genitoriale, egli opera come singolo. Per separazioni consensuali, divorzi a istanza congiunta, ma anche per la fase presidenziale nella quale si ricerca l'accordo dei genitori sulle condizioni di affidamento dei figli sarà dunque sufficiente che siano

presenti, in ogni Tribunale, giudici monocratici specializzati; ad essi potrà far capo dunque anche l'attività istruttoria dei procedimenti contenziosi diversi (in materia di obbligazioni di mantenimento, o di stato delle persone, o altro).

Diverso concetto è la specializzazione collegiale, che richiede naturalmente anche una particolare composizione del collegio, integrata con giudici non togati. A questa competenza collegiale, da conservare nella sede distrettuale, potrebbe invece appartenere (a mio avviso) non solo la decisione sui reclami ma in generale la pronuncia di decisioni che tocchino la responsabilità genitoriale. Distinguendo opportunamente tra cause matrimoniali e cause sulla responsabilità genitoriale (come fa il regolamento comunitario n. 2201/2003) si potrebbe pensare, dunque, ad attribuire alla competenza specializzata del tribunale per la famiglia solo le decisioni che riguardino le relazioni con i figli, lasciando invece alla competenza collegiale dei tribunali ordinari (con collegio composto dal giudice monocratico specializzato che opera in quel tribunale, ma da due colleghi del tribunale ordinario) le decisioni puramente economiche, quando le stesse non siano connesse con problemi di responsabilità genitoriale.

In questo modo il senso della specializzazione potrebbe articolarsi diversamente tra compiti monocratici (collocati in ogni tribunale), decisioni collegiali a composizione solo parzialmente specializzata (anch'esse proprie di ogni tribunale), e decisioni collegiali interamente specializzate (presso il tribunale nella sua sede distrettuale). Una formazione specializzata dovrebbe riguardare tutti i giudici che provvedono, in ogni tribunale, all'ascolto delle parti, dei minori, degli stessi difensori, in cause relative a relazioni tra persone; essa garantirebbe, all'interno di collegi composti per due terzi di giudici non specializzati, una presenza comunque particolarmente attrezzata alla valutazione di questioni economiche in materia di mantenimento ed alimenti; solo nel caso di decisioni necessarie per regolare la responsabilità disciplinare sarebbe necessario ricorrere alla competenza collegiale distrettuale, specializzata anche per la composizione dell'organo collegiale.

In tal modo si opererebbe, indirettamente, anche una forma di responsabilizzazione dei genitori, i quali avrebbero la possibilità di conservare la causa nella propria città se riescono a

raggiungere accordi sulla responsabilità genitoriale, e solo in caso contrario dovrebbero affrontare una dislocazione geografica meno agevole.

Al presidente del tribunale specializzato competerebbe, naturalmente, la vigilanza sui giudici operanti come giudici specializzati presso i tribunali ordinari del distretto, che potrebbero essere coassegnati anche ai tribunali ordinari per poter decidere, anche collegialmente ma in ogni circondario, le cause economiche di mantenimento discendenti da filiazione, matrimonio o convivenze.

È solo un esempio, naturalmente, di progetto organizzativo, che ho ritenuto utile esporre solo perché strettamente legato ad una modulazione dei vari tipi di specializzazione di cui abbiamo bisogno. Aggiungerei soltanto qualche rapporto numerico, riferito alla proporzione della realtà genovese, che conosco: se si pensa che a 100 cause di separazioni di coniugi corrispondono non meno di 100, ma (secondo le situazioni sociali) sino anche a 200 procedimenti relativi alla rottura di coppie di fatto; che a questi numeri corrispondono, sempre in proporzione, circa 60 procedimenti di divorzio, circa 10 procedimenti di modifica di condizioni di separazione o divorzio, 10 cause in materia di filiazione o mantenimento e non meno di 50 procedimenti di amministrazione di sostegno (oltre al lavoro proprio del giudice tutelare), si ha già un ordine di grandezza (rapportato al numero dei procedimenti di separazione che sopravvengono ogni anno in ogni tribunale) anche attorno al numero dei magistrati monocratici. Infatti a 100/150 procedimenti di separazione corrisponde in media un carico complessivo di lavoro (composto dal complesso di tutti i tipi di procedimento) capace di dare ad un singolo magistrato specializzato un buon carico di lavoro tale da riempire, senza sprechi ma con i tempi necessari, ciascuna settimana.

6) I giudici onorari

Quando poi si deve decidere in mezzo ad emozioni, anche le emozioni proprie hanno il loro peso, come sanno tutti gli psicologi, che lavorano procurandosi momenti di supervisione. La supervisione dei magistrati è (se vogliamo) la collegialità, come dimostra la (preziosa) esperienza dei reclami immediati contro i provvedimenti provvisori²⁹; ma decidere delle emozioni e sulle emozioni

²⁹ Non solo presidenziali. L'esperienza genovese ha dato ottimi risultati anche rispetto ai provvidenti provvisori del giudice istruttore.

espone sia al rischio del senso di onnipotenza, che al rischio - opposto, ma spesso complementare - del senso di impotenza. Concretezza e misura richiedono grande esperienza, e non dobbiamo aspettare che ogni magistrato assegnato al nuovo ufficio se la faccia; cerchiamo di prestargli, istituzionalmente, l'esperienza che altre figure hanno accumulato per profilo professionale: la presenza di magistrati onorari nei collegi (cioè al momento delle decisioni: sul punto tornerò) dovrebbe dunque caratterizzare assolutamente il tribunale per la famiglia che chiediamo.

7) Un problema che non richiede riforme: la formazione comune.

Abbiamo bisogno, dunque di specializzazione anzitutto come formazione interdisciplinare: non perché il magistrato possa sostituire le competenze professionali di psicologi o psichiatri, ma perché senza almeno una infarinatura su altre professionalità è difficile anche distinguere tra vari tipi di intervento che si richiedono a professionisti diversi, e si finisce per privilegiare una sola modalità di integrazione con altre conoscenze (la consulenza tecnica d'ufficio), senza neppure rendersi conto delle differenze che intercorrono tra un intervento di mediazione rivolto agli adulti, un ascolto clinico del minore demandato ad uno psicologo esperto di età evolutiva, la presenza di un educatore agli incontri tra il minore ed uno dei genitori (che presenti particolari problematicità), una consulenza sui provvedimenti provvisori, una consulenza centrata sui minori ed una centrata sulle patologie di uno degli adulti.

Si rischia, così, di non saper effettuare le distinzioni fondamentali, quelle che individuano (sin dall'inizio) le situazioni nelle quali è possibile intervenire con percorsi di sostegno, diversificando il percorso rispetto alle situazioni che non sono suscettibili di altro se non di interventi autoritativi (decisioni giudiziarie che costituiscono, pur sempre, ingerenze –necessarie e previste dalla legge-dell'autorità pubblica nelle relazioni private, secondo la logica dell'art. 8 della CEDU).

Ma questo è un programma che già la nostra associazione può darsi, proponendo a ANM e CSM (secondo lo schema collaborativo già sperimentato nel 2004 a proposito delle prassi nei procedimenti di separazione e divorzio) temi e relatori per programmi di formazione comune. Non

sono proposte che si possano improvvisare, ma se il tema diventasse un tema di lavoro del prossimo congresso, qualcosa di utile sicuramente ne verrebbe.

8) il Tribunale per la famiglia come appuntamento con l’Europa

In chiusura, mi si consenta di richiamare la conclusione che, con Maria Rosa Spallarossa, abbiamo dato alle riflessioni sulle conseguenze della separazione sul rapporto tra genitori e figli³⁰.

“Esercitare la funzione genitoriale in modo individuale è ormai, in tutta Europa ed anche nel nostro Paese, non una patologia ma una forma ordinaria di essere genitore, che presenta problemi simili, ma in parte anche divergenti da quelli insiti nella genitorialità di coppia. Ma molti paiono non accorgersi della necessità di produrre, tutti insieme, uno sforzo complessivo per mettere a punto e sostenere questo nuovo modo di essere genitore. La nostra cultura ha ancora, come soggetto protagonista della funzione educativa, la coppia stabile, anche se ormai la coppia stabile non è più; ma pedagoghi, psicologi, giuristi e politici stentano ad aggiornare i propri prodotti. Eppure una collettività può sopravvivere a milioni di progetti amorosi infranti, ma non ad una crisi complessiva del meccanismo di trasmissione del patrimonio culturale da una generazione all’altra. Se non riusciremo a scindere, nelle nostre menti e nelle nostre prassi, la funzione educativa dalla crisi della coppia, il nostro presente ed il nostro futuro potrebbero riservarci catastrofi non meno preoccupanti di quella climatica”.

Questo dovrebbe essere, per tutti, il senso dell’appuntamento con il tribunale specializzato, di cui abbiamo bisogno per la famiglia e per le persone.

³⁰ P. Martinelli e M.R. Spallarossa, “Gli effetti relativi ai figli nella separazione e nel divorzi”, ne *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da Gilda Ferrando, vol. I, Zanichelli, Bologna, 2007???, p. 838.