

## I diritti del figlio tra conflittualità dei genitori e mandato dei Servizi

**Dott. Andrea Pinna**

Responsabile del programma diritto & diritti fasce deboli  
Servizio Sociale di Ferrara

1. Parole chiave di questo contributo saranno "diritti", "violenza", "salute", "potestà" intesa quest'ultima come responsabilità genitoriale soprattutto alla luce del Regolamento europeo entrato in vigore il 1° marzo di quest'anno.
2. Il termine "protezione" lessicalmente rimanda all'azione del soccorrere, difendere ma anche, promuovere e implementare; giuridicamente ha il suo più autorevole richiamo nella legge suprema "la Repubblica... protegge... l'infanzia e la gioventù..." (art. 31 cost.).

E non v'è dubbio che se proteggere il minore nelle e dalle situazioni di pregiudizio è dovere etico e giuridico che deriva dal patto sociale di civiltà, è altrettanto vero che rimanda ad un'immagine del minore quale oggetto di attenzione sociale e giuridica, mentre la rotta va orientata verso un'idea di soggetto titolare e portatore di diritti (di personalità e cittadinanza) soprattutto dopo che l'Italia con L.176/1991 ha ratificato la Convenzione ONU sui minori, che costituisce un vero e proprio statuto dei loro diritti, così come la Convenzione europea (ratificata con L.77/2003) ha normato le procedure processuali attraverso le quali il minore può concretamente esercitare tali diritti.

E' stato al proposito opportunamente evidenziato che il "cittadino in crescita" non è solo una persona da vigilare e proteggere, quanto soggetto attivo, titolare di diritti di cittadinanza. Se il bambino, nella sua prima infanzia, ha un prevalente bisogno di continuare a vivere e svilupparsi e un conseguente diritto ad essere custodito (per l'appunto, protetto), non v'è dubbio che crescendo, diminuirà il suo bisogno di protezione e si espanderà il suo diritto alla socialità, alla sperimentazione progressiva dell'autonomia, nell'acquisizione di quelle capacità di libertà, di sana crescita evolutiva che costituiscono l'unico obiettivo lecito cui deve tendere la potestà genitoriale entro i binari definiti dagli artt. 2-3-30 cost. e 147 c.c.

In questo quadro si evidenzia, in un'ottica primaria che si tenderà nel prosieguo a richiamare ed articolare, il diritto di ogni bambino e ragazzo italiano o straniero alla salute (art.32 cost.) intesa come stato di benessere fisico, mentale e sociale che, in un recente rapporto dell'Organizzazione mondiale della sanità si è andato non casualmente ad intrecciare con una esaustiva definizione di abuso e/o maltrattamento quale causa di un danno reale o potenziale alla salute del bambino "nell'ambito di una relazione di responsabilità, fiducia o potere". In tale definizione, poi sviluppata nel 2004, nel rapporto OMS su Violenza e salute, rientrano i danni provocati al figlio minore dalla conflittualità dei genitori, che più avanti sarà approfondita con riferimento anche alle ricerche scientifiche in materia di violenza assistita e di sindrome di alienazione genitoriale.

Il riconoscimento del minore come titolare di diritti sociali di cittadinanza e di personalità è un'acquisizione relativamente recente, databile agli anni

'70,essi(diritto alla salute,alla famiglia educante,alla riservatezza ecc...) introducono il concetto di potenziale conflitto d'interessi coi genitori, legali rappresentanti del minore che spesso sono le figure attentatrici di tali diritti e la conseguente introduzione della figura del curatore speciale previsto dalle Convenzioni ONU ed Europea,riaffermato dalla sentenza della Corte Costituzionale n.1/02 sul procedimento civile "de protestate",previsto dal DDL 3048 sulla riforma dello stesso e indirettamente anche dall'ultimo DDL sull'affidamento condiviso là ove prevede che il giudice possa disporre il risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori nei confronti del minore.

Correlata a questa problematica è quella della definizione della responsabilità genitoriale quale dovere funzionale,il cui esercizio deve essere finalizzato alla sana crescita evolutiva del figlio,a presidio del quale v'è un sistema specializzato e con competenza esclusiva sulla "buona potestà",il Tribunale per i minorenni e i Servizi territoriali che,ai sensi del DPR 616/77 art. 23 lett.c,collaborano ciascuno per la parte di competenza,col fine di realizzare i diritti e il miglior interesse del minore.

3. In questo quadro si deve inserire una prima riflessione sul DDL 3537 in materia di affidamento condiviso dei figli così come licenziato dalla Camera il 7.7.2005; esso esordisce-con una tecnica normativa già sperimentata nella L.149/01 (Adozione e affido)-sancendo il diritto del figlio minore,qualunque siano le vicende esistenziali e giuridiche della coppia che lo ha procreato,a mantenere significativi rapporti con entrambi e con la relativa rete parentale.

Al proposito ritengo importante rilevare,attesi i rischi a tutti ben noti che corre il minore conteso nella conflittualità genitoriale,qual è il tasso di protettività garantito dalla procedura del DDL in esame,come il diritto alla bigenitorialità si sposi con gli altri diritti del minore (soprattutto quello alla salute,secondo la definizione che ne ha dato l'OMS) e l'importanza di non confondere quale diritto del minore quelle situazioni che attengono piuttosto alla rimodellazione della "parità delle armi" tra genitori,con sottovalutazione dei rischi di salute del minore conteso, in un quadro ove i genitori sono i prevalenti attori della procedura giudiziaria a fronte di un giudice arbitro-moderatore,ma ove manca un'autentica rappresentanza processuale della volontà e dei diritti del figlio,indispensabile in quelle situazioni ove è manifesto il conflitto di interessi e l'esigenza di un curatore speciale.

A maggior ragione atteso che quest'ultimo è previsto dal citato DDL sulle procedure "de potestate" e che l'articolato sull'affidamento condiviso si applica anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati,ossia vincola il competente Tribunale minorenni ai sensi del 317 bis c.c.

4. Ad una prima scorsa del DDL in esame,confrontato col precedente DDL 66 dell'08.02.2005 si evidenzia un accresciuto ruolo regolatore del giudice a fronte di un eccessivo potere di negoziazione dei separandi in danno dell'interesse del minore,vistosamente presente nel DDL 66.

Ciò non significa però che sia aumentato corrispondentemente il tasso di protezione dei diritti del figlio e infatti permane come soluzione altamente privilegiata quella dell'affidamento condiviso e della titolarità congiunta della potestà,soluzione che sarebbe del tutto auspicabile se la realtà non fosse quella di una marcata,prevalente conflittualità delle separazioni e di una

tendenza a manipolare e strumentalizzare i figli in ragione della contesa genitoriale.

Cassato utilmente il “progetto di affidamento condiviso obbligatoriamente allegato alle domande di separazione” e pur accresciuti i poteri del giudice,permane un grosso interrogativo sulle garanzie assicurate al minore in caso di perdurante conflittualità dei genitori che sicuramente-stante soprattutto il principio della cogestione della potestà e della temuta incentivazione della contesa genitoriale-costituirà un elemento di rischio per la salute del figlio,stante gli effetti negativi che possono incidere sul processo evolutivo di formazione dell'identità che si struttura,com'è risaputo,a partire dall'interazione con le figure primarie.E ancora,le sanzioni vistosamente inadeguate e per lo più “monetarie” che possono essere assunte dal giudice ex art. 709 ter mostrano tutta la loro debolezza (come ogni politica di monetizzazione della salute!) a fronte di un'evocata inadeguatezza genitoriale che richiederebbe ben altri provvedimenti a tutela del minore e di quei suoi diritti, più declamati che attuati nella normativa in esame

5. Riscontro addirittura un peggioramento rispetto al DDL 66 nella individuazione dei casi in cui l'affidamento e la potestà condivise non sono ammessi. E' scomparso ogni riferimento alle situazioni di pregiudizio di cui agli artt. 330-333 che giustificano l'ablazione o limitazione della potestà genitoriale da parte del Tribunale minorenni,sostituito dalla formula della contrarietà all'interesse del minore,ipotese oltremodo generica,soprattutto perchè l'ultimo DDL non indica chi può o deve segnalare al giudice la situazione di rischio in cui si trova il minore.  
E' vero che il giudice può assumere anche d'ufficio mezzi di prova e che egli è a tutti gli effetti un giudice minorile (le “autorità giudiziarie minorili” del DPR 616/77) e quindi col potere di rivolgersi ai Servizi psico-sociali territoriali-che vigilano per legge sulla condizione di tutti i minori dimoranti nel loro ambito territoriale-e tuttavia in un quadro come l'attuale in cui il giudice della separazione non è specializzato e la procedura è attivata prevalentemente su impulso delle parti,vi è la forte preoccupazione che non abbiano ingresso nel procedimento-e quindi non sia tutelato il diritto alla salute del minore-tutte quelle situazioni di violenza subdola e pervasiva,quali il maltrattamento psicologico inter-genitoriale o in danno diretto del minore e tutta quell'area della violenza assistita rientrante nella definizione che l'OMS ha dato di abuso-maltrattamento.Tali casistiche e la persistenza della conflittualità di coppia avrebbero dovuto essere esplicitate quali indicatori di inadeguatezza genitoriale e quindi quale causa di esclusione dall'affidamento condiviso.
6. Una scarsa attenzione alla salute del minore è rilevabile anche nella mancata previsione (art.155 sexies,2°comma) accanto al tentativo di mediazione e soprattutto nei casi in cui essa non venga neppure sperimentata,di una tutela psico-sociale del minore(tipo quella prevista dalla prassi giurisprudenziale dell'art.333 c.c. o dalla normazione della L.66/96,art.609 decies inerente il minore vittima di violenza sessuale)che consenta contestualmente al giudice di essere informato,tramite un monitoraggio della genitorialità in corso di causa (penso all'esperienza degli Spazi Neutri e alle risultanze significative che derivano dal monitoraggio degli incontri protetti).  
Evito di avvicinarmi al tema della mediazione, peraltro raccomandata dall'art. 13 della Convenzione europea ( rimandando all'intervento del prof. Scaparro

pubblicato in questo sito l'11/6/04). Mi limito a segnalare come questa tecnica venga evocata o peggio prescritta, nei provvedimenti giudiziari, con le più varie finalità segno di confusione, e velleità miracolistiche che si è soliti attribuire a ciò che non si conosce.

E' ovvio anche al profano della materia che i servizi di tutela dei minori, proprio per il loro mandato istituzionale e pre la contiguità che hanno con l'autorità giudiziaria, non possono essere confusi nel perimetro mediatorio che per le sue caratteristiche terze e neutrali, non deve avere alcun contatto o rapporto diretto o indiretto con il giudice.

Chiusa questa parentesi, vado ad evidenziare altresì il vuoto normativo conseguente alla pura e semplice scomparsa dal DDL in esame della fattispecie attualmente disciplinata dall'art. 155/6 comma c.c. inerente cioè le situazioni in cui entrambi i genitori sono inadeguati all'affidamento e debbasi pertanto provvedere alla misura dell'affidamento familiare a terzi o al collocamento in comunità familiare ex art. 2 della L.149/01. Tale inadeguatezza bigenitoriale, tutt'altro che statisticamente irrilevante, allorquando si prognostichi come "non temporanea" (art. 6,8° comma della legge sul divorzio come modificata dalla L.74/1987) concretizza quell'"abbandono morale" che ex art.9 L.149/01 dovrebbe essere segnalato senza indugio alla Procura minorile per l'apertura del procedimento di adottabilità in osservanza del diritto del minore ad una famiglia così come sancito, a mò di incipit, dalla stessa L.149 e prima ancora dagli artt. 9-10-20 della L. 176/91 di ratifica della Convenzione ONU.

7. Un approfondimento merita l'audizione del minore capace di discernimento che nell'antecedente DDL 66 era misura lasciata alla valutazione del giudice e che nell'ultimo DDL 3537 è invece prevista senza eccezioni.

Nell'evolversi dei diritti, delle acquisizioni scientifiche ma, al contempo, nel perdurante conservatorismo del dettato normativo nostrano, anche per quanto attiene all'adequarsi alle convenzioni internazionali ratificate, detta audizione non è prevista dal vigente art. 155 c.c. novellato nel 1975, lo è se "strettamente necessaria" secondo la novella del divorzio introdotta nel 1987, è invece prevista "salvo che particolari ragioni lo sconsiglino" quale mezzo di prova nel DDL 66 del febbraio u.s., è infine predisposta senza eccezioni nel testo approvato dalla Camera qualche mese dopo, il 7 luglio u.s per i minori ultradodicesenni o comunque capaci di discernimento.

E' da ricordare che ex art. 12 Convenzione ONU, tale audizione è prevista quale diritto del minore, confermato dall'art.3 della Convenzione europea (ratificata con L.77/03) e corredato dai connessi diritti all'informazione (onde formarsi una previa opinione consapevole, il che chiama in causa anche i Servizi e l'Avvocatura conformemente a quanto dichiarato nella sentenza Corte Costituzionale n.1/2002) e alla conoscenza delle conseguenze - il diritto cioè alla restituzione - di quanto deciso anche sulla base della propria audizione.

Al proposito si pongono una serie di problemi non irrilevanti al fine di garantire che l'audizione avvenga con modalità tali da non costituire paradossalmente una causa di vittimizzazione istituzionale del minore.

Poiché non è pensabile che la legge obblighi il titolare di un diritto ad esercitarlo con modalità dannose per lui, la disposizione dell'art. 155 sexies va interpretata alla luce dell'art. 12 Convenzione ONU e degli artt. 3 e 6 b della Convenzione europea nel senso che il minore ha diritto ad essere ascoltato con modalità e nei tempi atti a garantire la sua integrità psico-fisica, includendovi anche il diritto

a procedure atte ad informarlo e preliminarmente prepararlo all'audizione,compiti questi che debbono essere assolti dai Servizi.

A tale proposito giova ricordare che le leggi 66/96 e 269/98 prevedono l'audizione protetta del minore con uso del vetro-specchio e assistenza di un esperto e che per quanto riguarda i tempi della stessa, che molto hanno a che vedere col diritto alla salute del minore,è indispensabile che i tempi della giustizia non siano sfasati rispetto a quelli psicologici del minore.Anche per la soluzione di queste problematiche,finalizzate peraltro al rispetto dei parametri di cui agli artt. 25 L.176/91 e 4/3 comma L.149/01,parrebbe indispensabile la nomina di un difensore del minore (preceduta da quella del curatore speciale) che presidi nel procedimento il rispetto di questi valori,così come previsto dal DDL sui procedimenti "de protestate",dalla novella introdotta dall'art.37/3° comma della L.149/01 e come rimarcato dalla sentenza C.C. n. 1/2002.

A favore dell'audizione indiretta tutte le volte che sia indicata dalle condizioni psico-fisiche e di maturità del minore e sempre che si ritenga essere indicata quale mezzo di prova nell'DDL 3537,è da evidenziare come la Cassazione (con pronunce del 1998 e del 2000) abbia ammesso la testimonianza indiretta ogniqualevolta quella diretta sia incompatibile con lo stato di malattia psichica da cui è affetto il minore,ma anche quando lo potrebbe esporre ad una siffatta malattia,con ciò affermando il diritto alla salute del bambino quale limite al principio, pur esso costituzionalizzato, del contraddittorio.

11/10/05