

Quo vadis ius?

di Joëlle Long*

1. Il diritto minorile tra passato prossimo...

Tra il 2012 e il 2015 il diritto civile minorile ha registrato rilevanti novità.

La legge 10 dicembre 2012, n. 219 e il decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 hanno modificato la disciplina vigente della filiazione sulla base del principio che “tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico” (così il nuovo art. 315 cod. civ.). In quest’ottica, sono state eliminate alcune discriminazioni ancora esistenti tra i figli “nati fuori del matrimonio” (locuzione che è parsa al legislatore preferibile rispetto a quella di “figli naturali”, adottata nel 1975) e i figli “nati nel matrimonio” (già “figli legittimi”). Per esempio, si è intervenuti sulla disciplina della “responsabilità genitoriale” (già “potestà genitoriale”) spostando negli artt. 337 *bis* e seguenti cod. civ. le norme sull’“esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all’esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio”, fino a ieri inserite negli artt. 155 *bis* e seguenti cod. civ., tra quelle regolatrici delle conseguenze della separazione legale giudiziale¹. Inoltre, si è attribuita a una medesima autorità giudiziaria – individuata nel tribunale ordinario – la competenza a decidere sull’affidamento e sul collocamento della prole minorenni, nonché sull’assegnazione della casa familiare e sul mantenimento dei figli minorenni e maggiorenni non indipendenti economicamente. Nell’ottica delle concentrazione delle tutele, si è poi attribuita al tribunale ordinario la competenza anche nel caso di patologia della relazione genitoriale, qualora i provvedimenti *de potestate* siano richiesti nelle more di un procedimento di separazione o

* Condirettore di *Minorigiustizia*.

1. Dal 2006, le norme erano applicabili – per espressa disposizione di legge – al divorzio, all’annullamento del matrimonio e alla rottura della convivenza *more uxorio* tra i genitori.

divorzio (art. 38 disp. att. cod. civ.)². Tale riorganizzazione delle competenze pone una “sfida” ai tribunali ordinari e ai servizi socio-assistenziali territoriali³. La commistione tra giudici minorili e servizi, se storicamente comprensibile e probabilmente necessaria per garantire protezione ai minori, non trova oggi spazio nel processo, anche minorile. In quest’ottica, l’ampliamento delle competenze del tribunale ordinario può costituire un’occasione di rimeditazione dei rapporti tra servizi e magistratura nel comune obiettivo di un intervento efficiente a sostegno delle famiglie e dei minori in condizioni di disagio.

Estranea al diritto minorile sembrava invece dover rimanere la negoziazione assistita introdotta come modalità extragiudiziale di addivenire a una soluzione consensuale di separazione personale, di divorzio o di modifica delle condizioni di separazione e divorzio. Il decreto legge n. 132/2014 ne escludeva infatti l’utilizzo in caso di figli minori. L’obiettivo era di mantenere all’autorità giudiziaria la responsabilità delle decisioni relative all’assetto di relazioni tra ex partner nel caso di presenza di figli minori, maggiorenni non autosufficienti o con grave handicap, in linea con l’orientamento tradizionale del diritto minorile che concepisce la giurisdizionalizzazione come garanzia del rispetto dell’interesse del minore. Com’è noto, invece, la legge 162/2014 di conversione del summenzionato decreto legge ha aperto la negoziazione assistita anche alle coppie coniugate con figli minori, prevedendo – a garanzia di questi ultimi – la necessità di una “autorizzazione” del pubblico ministero, previa valutazione che “l’accordo risponde all’interesse dei figli”. La nuova normativa è tuttavia censurabile sotto plurimi aspetti. Nulla si dice per esempio sull’ascolto del minore, che – com’è noto – è oggi obbligatorio da parte del “giudice” ex art. 337 octies cod. civ.⁴. Irrazionale pare inoltre l’esclusione dei figli di genitori non coniugati da tale modalità di composizione stragiudiziale delle controversie in materia di affidamento della prole⁵.

Dopo una travagliata vicenda parlamentare focalizzata essenzialmente sul riconoscimento in Italia di provvedimenti stranieri di affidamento di minori mediante l’istituto *kafalah*⁶, il Parlamento ha finalmente ratificato la

2. In effetti, la lettera dell’art. 38 disp. att. cod. civ. pareva attrarre al tribunale ordinario la competenza per i soli provvedimenti ex art. 333. L’interpretazione teleologica ha tuttavia spinto la giurisprudenza a orientarsi a favore della competenza del giudice ordinario anche in caso di richiesta di decadenza (art. 330). Sul punto vd. la ricostruzione di V. Montaruli, “Il punto sul nuovo riparto di competenze nei procedimenti de potestate” e la “Rassegna di legittimità sul nuovo riparto di competenze tra Trib. minorenni e Trib. ordinario (anno 2015)” di C. Padalino, *infra* in questo fascicolo rispettivamente pp. 134 ss e 200 ss.

3. A questo tema è dedicato *infra* il contributo di M.G. Civinini, “I rapporti con i servizi nell’esperienza del Tribunale ordinario”. L’A. parla della riorganizzazione delle competenze come di una “sfida” per il tribunale ordinario.

4. E. D’Alessandro, “Negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio. Profili di interesse processualciviltistico”, *infra* in questo fascicolo p. 161.

5. *Ibidem*.

6. Sulla vicenda e sulle conseguenze dell’intervenuta “ratifica secca” cfr. M.G. Ruo, “La ratifica della Convenzione dell’Aja del 19 ottobre 1996” e E. Avezzi, “Problemi relativi alla

Convenzione dell'Aja del 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori. Questa Convenzione è uno

strumento... di rilevanza essenziale nell'attuale panorama di grandi movimenti di popoli che interessano il nostro Paese e l'Europa in genere e di mobilità anche dei singoli con l'intrecciarsi sempre più frequente di relazioni tra persone di diverse nazionalità con figli minorenni e che frequentemente spostano la loro residenza e conseguentemente quella dei figli – concordemente o meno – da un Paese all'altro con diversi regimi giuridici⁷.

Il 30 settembre 2015 è entrato in vigore il decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142 che recepisce due direttive europee in materia di diritto di asilo. Gli articoli 18 e 19 riguardano i minori. L'art. 19, in particolare, prevede la segnalazione dei minori stranieri non accompagnati al pubblico ministero presso il tribunale per i minorenni e al tribunale per i minorenni stesso "per la ratifica delle misure di accoglienza predisposte"⁸. La previsione pare disattendere le buone prassi instauratesi in molti distretti di limitarsi alla segnalazione al giudice tutelare, senza ricorrere al tribunale per i minorenni in assenza di informazioni circa la idoneità o meno di genitori spesso irreperibili all'estero, e tenuto conto che spesso i minori sono "grandi minori" molto autonomi e che dunque difficilmente sarebbe opportuno e praticabile un intervento *ex lege* n. 184/1983. Tuttavia, essa può costituire un'occasione per monitorare il rispetto delle regole in materia di accoglienza di questo gruppo particolarmente vulnerabile di minori.

Cruciale per il diritto minorile è poi l'ultimo intervento legislativo in ordine di tempo: la legge 19 ottobre 2015 n. 173 ("Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affidamento familiare"). Con esso infatti si rompe "la separatezza tra gli istituti dell'affidamento e dell'adozione, avvicinandoli, con la possibilità di osmosi controllate dall'affidamento all'adozione"⁹. Se è vero che la nuova normativa ha certamente

il pregio di rendere esplicita e sottolineare la necessità che gli operatori psicosociali e giudiziari valutino con grande attenzione la situazione del minore che essi stessi hanno concorso a determinare, tenendo conto della sua realtà affettiva e delle relazioni che in essa si sono sviluppate¹⁰,

giurisdizione italiana e agli effetti della kafalah in Italia", entrambi *infra* in questo fascicolo rispettivamente pp. 43 ss e 55 ss.

7. M.G. Ruo, "La ratifica della Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996", cit.

8. Per un commento c. J. Moyersoer, "Nuove norme in materia di minori, accompagnati e non accompagnati, richiedenti asilo", *infra* in questo fascicolo p. 68 e ss.

9. Così lucidamente P. Pazè, audito davanti alla Commissione Giustizia del Senato a proposito del Ddl 1209, maggio 2014.

10. E. Ceccarelli, "Il diritto dei bambini di non perdere i loro affetti riconosciuto dalla legge", *infra* in questo fascicolo p. 16 e ss.

essa impone agli operatori di vigilare affinché l'affidamento familiare non si trasformi nei fatti nell'anticamera dell'adozione, consentendo agli affidatari di "provare" il minore, nonché di giocare un ruolo (im)proprio nel procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità¹¹.

2. ... e futuro (semplice?)

Una rapida ricognizione dei lavori parlamentari dimostra che nel breve e medio periodo ulteriori riforme interesseranno il diritto minorile.

È all'esame del Senato il testo già approvato dalla Camera dei Deputati che dà attuazione all'ingiunzione della Corte costituzionale di introdurre nel nostro ordinamento un procedimento che preveda con "la massima riservatezza" l'interpello della partoriente anonima al fine di verificarne la perdurante volontà di mantenere l'anonimato in presenza di una domanda di accesso alle informazioni sulle proprie origini genetiche da parte del figlio¹². Secondo alcuni, il testo proposto integrerebbe nei fatti una violazione del patto siglato dallo Stato con le donne che al momento del parto scelsero di abbandonare la prole nella convinzione del loro assoluto anonimato, con conseguenze nefaste sia sulla vita di tali donne sia, pro futuro, sul mantenimento dell'istituto del parto anonimo, che pure nel corso dei decenni ha garantito a tanti minori di nascere in ospedale in condizioni di sicurezza e di essere in tempi brevi accolti in una famiglia¹³.

Appare inoltre presumibile che nel giro di qualche mese vedrà la luce anche il nuovo istituto delle "unioni civili". Il tema interessa il diritto minorile, essendo l'adozione da parte dei partner di tali unioni uno dei temi di più acceso dibattito. Com'è noto, infatti, il testo attualmente all'esame del Parlamento riserva tali unioni alle coppie dello stesso sesso (che rimangono invece escluse dal matrimonio), consentendo loro l'adozione del figlio del partner *ex art. 44 lett. b legge n. 184/1983*, ma precludendo loro le adozioni di minori in stato di abbandono *ex artt. 6 ss. n. 184/1983*¹⁴.

11. Vedi per alcuni rilievi critici P. Serra, "Quando l'affidamento diventa adozione: opportunità e criticità nelle relazioni vissute dal minore", *infra* in questo fascicolo p. 26 e ss.

12. Il Ddl prevede una procedura di contatto con la madre anonima da parte del Giudice minorile non procedimentalizzata, ma adattabile alla variabilità della fattispecie, in funzione della assicurazione del maggior grado possibile di riservatezza. In quest'ottica, appare particolarmente utile la ricognizione delle prassi giudiziarie di attuazione – a diritto positivo invariato – delle sollecitazioni della sentenza 278/2013 della Corte costituzionale effettuata da S. Scovazzo *infra* in questo fascicolo p. 85 e ss.

13. Cfr. D. Nova Micucci e F. Tonizzo, "Considerazioni critiche e proposte di modifica sul Ddl n. 1978", *infra* in questo fascicolo p. 79 e ss.

14. Sull'accesso dei partner delle unioni civili all'adozione vedi le tesi diametralmente opposte di L. Rabboni ("Unioni civili e adozioni di minori") e A. Schuster ("L'adozione cogenitoriale per le unioni civili: soluzione doverosa, ma insufficiente") *infra* in questo fascicolo rispettivamente pp. 114 e ss. e 125 e ss.

Tempi presumibilmente più lunghi richiederanno invece da un lato la riforma del cognome dall'altro la "Riforma per l'efficienza del processo civile". La prima ("Disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli"), approvata alla Camera il 24 settembre 2014 nel testo unificato di diverse proposte di legge, giace ora in Commissione Giustizia al Senato e non è neppure ancora iniziato l'esame. Quanto alla riforma del processo civile, il Governo ha approvato il 10 febbraio 2015 un disegno di legge delega (oggi all'esame della Commissione Giustizia della Camera), che, tra l'altro, istituisce un "tribunale della famiglia e della persona", delegando in modo assai generico il Governo a disciplinarne "il rito secondo modalità semplificate" (*sic*) e a prevedere "l'ausilio dei servizi sociali e di tecnici specializzati nelle materia di competenza", con determinazione dei casi nei quali il tribunale "decide in composizione collegiale integrata con tecnici specializzati"¹⁵.

3. Alcune riflessioni sui fattori propulsivi

Quali sono state le ragioni dell'accelerazione impressa al diritto minorile negli ultimi anni?

Due paiono i più rilevanti fattori propulsivi.

Anzitutto, dall'alto, il diritto internazionale ed europeo. La ratifica della Convenzione dell'Aja del 1996 era stata ripetutamente sollecitata in ambito europeo, così come un intervento normativo in materia di asilo (intervento peraltro necessitato dall'esigenza di ratificare due direttive dell'Unione Europea sul riconoscimento, la revoca e l'accoglienza dello status di protezione internazionale). Tuttavia, la fonte di origine internazionale di maggior impatto sul diritto civile minorile è oggi certamente la Convenzione europea sui diritti dell'uomo (in sigla Cedu), così come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁶. Nel periodo 2012-2015, per esempio, sono intervenute ben undici pronunce di condanna dell'Italia in materia familiare e minorile,

15. Art. 1 comma 1° Ddl 2953. Per una critica costruttiva al testo del Ddl cfr. il documento dell'Aimmf, "Esiti del tavolo di lavoro sul processo. Disegno di legge n. 2953", pubblicato *in-fra* in questo fascicolo p. 172 e ss.

16. Mi pare interessante ricordare che nel periodo gennaio-luglio 2015 il Consiglio Superiore della Magistratura, insieme al Consiglio d'Europa (*European Program for Human Rights Education for Legal Professionals*), ha organizzato un corso a distanza per magistrati sul tema "diritti umani" e "diritto di famiglia" che si poneva tra gli obiettivi didattici l'informazione sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di interesse per il giudice italiano che operi nel campo del diritto familiare e civile minorile, nonché l'acquisizione della consapevolezza dell'importanza della Cedu per gli operatori nazionali del diritto.

Non è un caso che la relazione di apertura del Convegno annuale dell'Aimmf (Firenze, 27-28 novembre 2015) sia quest'anno stata affidata a un magistrato esperto di diritto internazionale ed europeo quale R. Conti che ha parlato su "Le nuove famiglie e le forme di affido etero familiare: giurisprudenza europea".

cui occorre aggiungere almeno altre quattro sentenze che hanno riguardato ordinamenti stranieri ma che contengono rilevanti elementi di riflessione per il nostro ordinamento (che presenta le stesse deficienze censurate o non presenta i caratteri che hanno evitato l'accertamento di una violazione). Per rimanere agli interventi normativi di passata o prossima approvazione, non si può non ricordare anzitutto la copiosa giurisprudenza di Strasburgo su divieto di discriminazione sui figli nati fuori del matrimonio¹⁷. La riforma della filiazione ha evitato condanne che sarebbero con tutta probabilità arrivate (per esempio con riferimento all'istituto – oggi abrogato – della commutazione). Inoltre, la legge 19 ottobre 2015, n. 173 sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare ha senza dubbio adeguato l'ordinamento italiano ai principi enunciati dalla Corte europea nella sentenza *Moretti e Benedetti c. Italia*¹⁸. È ampiamente noto poi che la pronuncia della Corte cost. 278/2013, che costituisce la causa immediata e diretta del disegno di legge in materia di accesso alle origini del figlio di partoriente anonima, ha le sue radici nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Godelli c. Italia*. Infine, obiettivo dichiarato del disegno di legge sulle unioni civili è conformare il diritto positivo ai diktat della Corte europea, da ultimo nella sentenza *Oliari c. Italia* che ha condannato il nostro Paese per l'esclusione delle coppie *same sex* da qualsiasi possibilità di formalizzazione della loro relazione. Nel merito, è invece aperta la discussione sulla necessità, in virtù del diritto internazionale, che la disciplina di tali unioni preveda (quantomeno) la possibilità di adozione del figlio del partner¹⁹.

L'altra fonte propulsiva del diritto minorile pare invece identificabile, dal basso, nelle istanze sociali. Se le leggi 431 del 1967 e 184 del 1983 erano state approvate con “una straordinaria unanimità” tra gli addetti ai lavori sui principi ispiratori²⁰, ma ancora notevoli resistenze nella società, con la conseguenza che il legislatore si trovava a utilizzare il diritto anche in funzione pedagogica, la situazione attuale appare sensibilmente diversa. Il diritto civile minorile e della famiglia hanno accumulato negli ultimi trent'anni un ritardo rilevante: i mutamenti sociali e culturali intervenuti hanno infatti portato un gruppo crescente di consociati a sentire l'ordinamento giuridico come inadeguato e ingiusto, cioè non più corrispondente al proprio sistema di valori. Le

17. Le pronunce più significative mi paiono: *Marckx c. Belgio*, sentenza 13 giugno 1979; *Inze c. Austria*, sentenza 28 ottobre 1987; *Vermeire c. Belgio*, sentenza 29 novembre 1991; *Mazurek c. Francia*, sentenza 1° febbraio 2000; *Merger et Cros c. Francia*, sentenza 22 dicembre 2004.

18. Come giustamente ricorda E. Ceccarelli, “Il diritto dei bambini di non perdere i loro affetti riconosciuto dalla legge”, cit.

19. Si vedano le tesi diametralmente opposte di L. Rabboni (“Unioni civili e adozioni di minori”) e A. Schuster (“L'adozione cogenitoriale per le unioni civili: soluzione doverosa, ma insufficiente”) *infra* in questo fascicolo.

20. Così sullo spirito con cui venne approvata la legge 184 P. Dusi, “Quel che resta dell'adozione...”, *infra* in questo fascicolo p. 208 e ss.

riforme sull'affidamento condiviso (2006) e la filiazione (2012-2013), nonché alcune sentenze della Corte costituzionale²¹ hanno certamente contribuito ad attenuare la dissociazione, che tuttavia rimane. Gli aspetti di maggiore attrito paiono due. Anzitutto la mancata o inadeguata tutela delle cosiddette “nuove famiglie”, cioè di nuclei sociali “altri” rispetto all’unione matrimoniale con figli biologici di entrambi i partner. Pensiamo al diniego del riconoscimento giuridico del ruolo sociale del genitore del partner convivente ma non coniugato con il genitore biologico. Il problema, com’è evidente, si pone con particolare forza nel caso delle coppie dello stesso sesso, essendo loro precluso il matrimonio. Un altro nodo è quello dell’adozione come nuova nascita. Tale concezione appare ormai socialmente e culturalmente datata e deve dunque essere rimeditata alla luce dell’ormai pacifico riconoscimento dell’importanza del proprio passato, e quindi delle proprie origini familiari e anche genetiche, al fine di un’armonica costruzione della propria personalità. Da qui, per esempio, lo spostamento a favore della prole del punto di equilibrio tra interesse della madre biologica all’anonimato e interesse del figlio adulto alla conoscenza delle sue origini evidente nel già menzionato testo sull’accesso alle origini da parte del figlio di partoriente anonima, ma anche l’esigenza di riconsiderare il tradizionale *favor* per l’adozione piena (che interrompe i legami giuridici e di solito anche i legami di fatto) rispetto all’adozione in casi particolari (che mantiene i rapporti giuridici e di fatto). Sono ormai sempre più diffuse le esperienze sociali e giudiziarie, oggi avallate dalla sentenza europea *Zhou c. Italia*, che respingono scelte di campo apodittiche, selezionando tra i diversi tipi di adozione ciò che è meglio per il bambino, specialmente con riferimento ai suoi legami familiari²².

21. Pensiamo alla già menzionata sentenza 278/2013 in materia di accesso alle origini dell’adottato, ma anche a importanti moniti sul tema della regola per la trasmissione al cognome della prole (sentenza 16 febbraio 2006 n. 61) e sulla necessità di introdurre nel nostro ordinamento le unioni civili per le coppie dello stesso sesso (sentenza 15 aprile 2010 n. 138 e sentenza 11 giugno 2014 n. 170). È infatti noto che l’interpretazione evolutiva e in subordine, ove essa non sia possibile, il sollevamento di una questione di legittimità costituzionale sono strumenti tecnici per adeguare il dettato normativo al nuovo contesto sociale.

22. Cfr. F. Elmetti, K. Da Boit e A. Moro, “Quando recidere non è oblio: la continuità degli affetti nell’adozione”, *infra* in questo fascicolo p. 165 e ss.