

## **Protezione del minore: aspetti civilistici di un mondo ancora sommerso (intervento al Convegno La Spezia – 16 aprile 2010 – “La tutela civile e penale del minore”)**

Approfondire le tematiche della protezione del minore, significa gioco forza addentrarsi nei meandri della famiglia, delle convivenze, dei rapporti interpersonali che tradizionalmente sono stati considerati per anni quale campo inespugnabile dall'esterno, ben circondato– come nel linguaggio comune ancora di usa dire – da “mura domestiche” notoriamente invalicabili.

Nel corso del tempo, lo sviluppo culturale e la sensibilità della dottrina e della giurisprudenza più attente, hanno via via posto in luce la valenza dell'individuo, come persona, come soggetto a sé stante rispetto al contesto di vita, meritevole pertanto di tutela giuridica sua propria a difesa degli interessi del singolo rispetto ai c.d. interessi della famiglia.

Ciò è valso per ogni componente della famiglia, ivi comprendendosi nel corso dell'evoluzione giuridica (così come in quella sociale) anche la sorte del minore, che tradizionalmente, non richiedeva (se non in casi eclatanti) qualificata e separata tutela rispetto a quella già apprestata dai genitori, di esso rappresentati e responsabili.

L'interesse del minore ed i diritti del minore, come persona in sé, sono stati espressamente riconosciuti tali da ultimo, in campo civile, nella legge 54/2006 anche in attuazione delle linee prescritte dalla normativa internazionale (in particolare la convenzione di New York 20/11/1989, ratificata dall'Italia con legge 27/05/1991 n. 176 e la convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori stipulata a Strasburgo il 25/1/1996 ed entrata in vigore in Italia l'11/11/2003 (legge 77/2003).

L'ambito è estremamente delicato, non solo perché si sono andati gradatamente ad esplorare campi per l'innanzi ritenuti pressoché inviolabili e protetti paradossalmente dallo stesso concetto di *potestà*, visto e vissuto come potere assoluto ed insindacabile di un soggetto giustappunto maggiore su uno minore (anche se la valenza minorene nacque più dalla contrapposizione con il concetto di maggiore di età), ma anche perché si deve lavorare in un campo ostile, sovente omertoso, costretti a lavorare su indizi, deduzioni, relazioni, test, tra tensioni, esasperazioni, coercizioni psicologiche, condotte persuasive e ricattatorie.

In pochi anni, si sono compiuti progressi ed anche errori, forse, come si fanno sempre in ogni percorso evolutivo fatto di passi avanti ed indietro e di continue correzioni del tiro. Pensiamo, a mero titolo di esempio, all'ascolto del minore (strumento impensabile solo decennio fa, non solo nelle aule giudiziarie ma anche nelle case o nelle scuole). Oggi qualcuno dubita della sua valenza, non come mezzo in sé, utilizzato sempre con estrema cautela, ma riflettendo sulla purtroppo constatata incapacità da parte dei genitori (o degli adulti significativi

intorno al minore) di vederlo come mezzo posto nell'interesse del bambino e non come strumento per far pendere l'ago della bilancia di qua o di là, sottoponendo il minore a pressioni insopportabili ed ingiuste (basti pensare alla paura di essere puniti, di essere oggetto di ricatti biechi, di perdere in ogni caso l'affetto seppur *disturbato* degli unici punti di riferimento familiari, di non essere creduti, di non sapere in ogni caso – specie per i minori più in tenera età, non avvezzi al confronto con altre realtà più fortunate – se tutto ciò che sta intorno a loro sia giusto oppure no, di non essere in grado di esprimersi, di non sapere a chi rivolgersi).

In questo contesto nuovo ed in via di evoluzione continua, il diritto civile offre a tutela del minore, istituti mirati a proteggere il suo diritto a vivere in un ambito sereno ed adeguato ad un corretto sviluppo psico-fisico e soprattutto si è consapevolizzata la necessità di tenere distinte le posizioni, di dicotomizzare le figure genitore/figlio, comprendendosi che gli interessi del bambino ben possono trovarsi in conflitto con altri componenti della famiglia (genitori, conviventi, fratelli, sorelle e quant'altro) e che come tali richiedono un'attenzione specifica ed una tutela giuridica autonoma.

Visti in quest'ottica, distinte per *grandi famiglie giuridiche*, le iniziative civilistiche a tutela del minore che possono dividersi in:

- a) interventi che spettano alla competenza del Tribunale per i Minorenni aventi ad oggetto la potestà dei genitori (art. 330 -336 c.c.) (c.d. de potestate) o ex art. 317 c.c. per il caso di coppia che non abbia mai convissuto o che abbia convissuto di fatto;
- b) ordini di protezione che il Giudice Ordinario può rendere ai sensi della legge 154/2001;
- c) provvedimenti che il Giudice Ordinario od il Tribunale per i Minorenni possono disporre in esito alla crisi del rapporto di coppia (coniugata nel primo caso; di fatto nel secondo).

Vediamoli partitamente, analizzando per ciascuna fattispecie taluni eminentemente di natura pratica e concreta.

Sub A)

I procedimenti di decadenza/limitazione della potestà genitoriale sono disciplinati dagli artt. 330, 332, 333, 334, 335 e 336 c.c. e dall'art. 317 c.c. e vengono emessi dal giudice minorile allorchè il genitore violi o trascuri i doveri ad esso spettanti od abusa dei relativi poteri, in modo tale da cagionare al minore grave pregiudizio materiale, morale od anche patrimoniale.

Di rilievo, sempre in questo contesto focalizzato alla tutela del minore, anche sotto l'aspetto pratico, è la norma dell'art. 336 c.c. perché sovente ci si chiede se un terzo, un estraneo od i parenti di un minore possano assumere iniziative a sua protezione, ricorrendo a suo giudizio i presupposti di fatto e di diritto.

L'art. 336 c.c. dispone infatti che la legittimazione attiva spetta ad un genitore a carico dell'altro ma anche ai parenti (entro il sesto grado) ed al Pubblico Ministero (ed ovviamente anche al genitore che ha subito il provvedimento di decadenza/limitazione quando ne chiedi la revoca).

L'iniziativa può quindi essere assunta anche dai parenti (statisticamente copre un 15% del totale dei ricorsi presso il Tribunale per i Minorenni) e spesso si constata nella pratica che è l'unico modo per portare alla luce estrema comportamenti nocivi per lo sviluppo psico-fisico del minore proprio nei casi più gravi di incuria dei genitori e/o di resistenza degli stessi (per le ragioni più disparate, non ultima la malattia mentale, condizioni di estremo disagio anche culturale/sociale) ad assumere azioni di conforto e di aiuto del nucleo familiare in cui sono inseriti spesso più di un minore.

In questi contesti, la possibilità concessa ai parenti di attivarsi (ad esempio gli ascendenti) è di grande utilità al pari di quella del P.M. (che può raccogliere le denunce di terzi) che sovente agisce su segnalazione dei Servizi Sociali, laddove siano stati posti a conoscenza di situazioni di disagio e si sia constatata l'inefficacia di un intervento di mediazione del conflitto.

Diversa peraltro la disciplina della legittimazione attiva ex art. 317 c.c., che per consolidata prassi giurisprudenziale costituisce il riferimento normativo per regolare la potestà e l'affidamento dei figli naturali sia nel caso di cessazione della convivenza sia nel caso in cui convivenza non sia mai stata.

Infatti l'art. 317 bis c.c. (per un evidente difetto di coordinamento) non prevede che l'iniziativa possa essere assunta da parenti o dal P.M., tanto che la legittimatio ad causam viene generalmente esclusa a favore di soggetti diversi rispetto al genitore.

Altra considerazione da porre, riguarda il quesito se in capo al genitore che abbia riconosciuto il minore ma nei confronti del quale sia stata pronunciata la decadenza dalla potestà (per iniziativa dell'altro genitore anche avallata dal proprio consenso: per un caso in questi ultimi termini, si confronti Tribunale per i Minorenni dell'Aquila 08/06/2008 pubblicata in <http://www.lexform.it/aggiornamenti/il-disinteresse-del-padre-justifica-la-decadenza-dalla-potesta-genitoriale>) permangono obblighi di natura economica.

Ebbene la risposta è senza dubbio positiva. Ancora di recente la Corte di Cassazione (Cass. 27/03/2007) ha infatti stabilito che la decadenza del padre della potestà genitoriale non fa venir meno gli obblighi di corresponsione dei mezzi di sussistenza nei confronti del minore e non implica in alcun caso una esenzione dalla correlata responsabilità penale conseguente alla violazione degli obblighi medesimi.

Ciò che può venir meno è invece il diritto di visita del genitore dichiarato decaduto dalla potestà, a meno che – nel preminente ed unico interesse del minore stesso – il Tribunale per i Minorenni non disponga taluni contatti *protetti*

sotto la stretta sorveglianza dei Servizi Sociali o di altri interlocutori privilegiati di fiducia del Tribunale stesso.

Altro profilo pratico, riguarda le conseguenze del cambio di residenza del minore che già sia stato interessato da procedimenti del T.M. Anche siffatta questione è stata decisa di recente dalla Corte di Cassazione (Cass. ord. 08/05/2007 n. 10493 che ha stabilito che il principio della perpetuatio iurisdictionis (irrilevanza dello spostamento della residenza del minore rispetto alla causa) si applica ogni qualvolta il provvedimento in relazione al quale deve individuarsi il giudice competente sia il medesimo di cui all'istanza introduttiva, applicandosi viceversa il principio della prossimità quante volte sia richiesto un provvedimento nuovo ed autonomo rispetto a quello pronunciato dal giudice competente (l'ordinanza è pubblicata su Guida al diritto, 2007, fasc. 26, 45 con nota di Padalino).

Per chiudere sul punto, è bene comunque sottolineare il fatto che la decadenza dalla potestà ha come suo presupposto una condotta oggettiva del genitore che violi i doveri ad esso imposti dalla legge o trascuri il minore, senza che abbia rilievo un giudizio soggettivo in merito a colpa o dolo nell'assumere tali comportamenti. Non di rado, la decadenza è associata infatti a casi di tossicodipendenza del genitore, abuso di alcolici o inclinazione ad altri comportamenti di dipendenza che rendono in sé il rapporto con il minore a rischio.

\* \* \* \* \*

Sub B)

Quello degli ordini di protezione disciplinati nell'art. 342 bis e ter del codice civile è tema sotto certi profili di estremo interesse e sotto altri di difficile applicazione concreta, anche per essere stato sin dall'inizio, oggetto di approcci interpretativi diversi tra loro e di conseguenti applicazioni giurisprudenziali non sempre coincidenti.

Ciò che pare certo, è che la tutela ex legge 154/2001 sia prevista per i casi di convivenza o di coniugio, escludendo quindi che possa essere invocata laddove sia pendente giudizio di separazione o di divorzio, casi in cui rimane esclusivamente competente in materia il giudice investito del procedimento in questione.

Una delle questioni più dibattute è quella della ammissibilità di emissione di ordine di protezione (che di per sé può essere adottato in via d'urgenza inaudita altera parte) nei confronti del minore, quale diretto destinatario della tutela.

L'art. 342 *bis*, c.c. prevede infatti – con formula infelicemente criptica - che gli ordini di protezione contro gli abusi familiari vengano disposti “*quando la condotta del coniuge o di altro convivente è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente*”.

Dottrina e giurisprudenza prevalenti ritengono tuttavia che i minori possano, anzi debbano, essere compresi quali soggetti tutelati dall'ordine di protezione argomentando dalla dizione letterale dell'art. 342 bis c.c. che parla di "*altro componente diverso dal coniuge o dal convivente*" e dall'art. 342 ter cod. civ. laddove consente al giudice di disporre interventi di sostegno anche da parte di associazioni che abbiano come fine statutario la protezione di donne e minori.

Significativa in punto, la decisione emessa dal Tribunale di Reggio Emilia, pubblicato in ([www.giuraemilia.it](http://www.giuraemilia.it)) in sede di reclamo ex art. 736 bis, 4° e 5° comma c.p.c., che affronta, tra l'altro, una congerie di questioni giuridiche, anche in connessione con la sopravvenuta entrata in vigore della legge sull'affidamento condiviso, e segnatamente sulla ammissibilità di valutazione di provvedimenti sanzionatori ex art. 709 ter c.p.c. nell'ambito di un procedimento introdotto ex art. 342 bis c.c..

Il Collegio del Tribunale di Reggio Emilia evidenzia con chiarezza che l'ordine di protezione (nella specie allontanamento del padre di un minore di poco più di tre anni dalla ex casa familiare e dal nido che frequentato dal piccolo) impartito dal tribunale in sede monocratica, venne correttamente emesso anche a tutela del minore convivente nella famiglia, a cagione del danno derivante dall'esposizione di quest'ultimo a comportamenti violenti perpetrati dal padre nei confronti della madre (c.d. witnessing violence o violenza assistita intrafamiliare).

Significativo inoltre rilevare che l'iniziativa possa essere assunta anche personalmente dalla parte, anche se si suole prescrivere la difesa del legale nel corso del procedimento, a cagione della tecnicità delle questioni che sono affrontate.

Non è contemplata in ogni caso una diretta legittimazione del minore, neppure se dotato di sufficiente discernimento (si pensi all'adolescente molestato all'interno di un nucleo familiare) né pare possibile la nomina di un curatore ad acta né si ammette che il P.M., il quale senza dubbio potrebbe intervenire nel procedimento ex art. 70 comma 3 c.p.c., possa farsi promotore di iniziative ex lege 154/2001 non essendo stato dalla legge stessa previsto.

Ed è questo uno dei punti nevralgici dell'intero diritto di famiglia, non solo della tutela in oggetto ex art. 342-bis e ter c.c., ma in generale della protezione del minore, che vincolato dalla sua incapacità non ha allo stato e nel nostro ordinamento giuridico *eloquio* e diritto di denuncia se non indiretto e mediato.

Plurimo ed efficace è il novero dei provvedimenti che il giudice può adottare ex art 342-ter c.c.. Infatti egli può:

- a. ordinare a chi ha tenuto la condotta pregiudizievole la cessazione della medesima, e congiuntamente disporre l'allontanamento dalla casa familiare del membro violento;

- b. prescrivere, ove occorra, al soggetto allontanato dalla casa familiare di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla vittima, in particolare al luogo di lavoro, al domicilio della famiglia di origine, ovvero al domicilio di altri prossimi congiunti o di altre persone ed in prossimità dei luoghi di istruzione dei figli della coppia. È fatta salva l'ipotesi in cui i luoghi vietati debbano esser frequentati per esigenze di lavoro (art. 342-ter comma 2 c.c.);
- c. disporre, ove occorra, l'intervento dei servizi sociali del territorio o di un centro di mediazione familiare, nonché delle associazioni che abbiano come fine statutario il sostegno e l'accoglienza di donne e minori o di altri soggetti vittime di abusi e di maltrattamenti (art. 342-ter, comma 2 c.c., prima parte);
- d. imporre, a carico del soggetto allontanato dalla casa familiare, l'obbligo del pagamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi che rimangano, per effetto dell'allontanamento, prive di mezzi adeguati, fissando modalità e termini del pagamento, e prescrivendo, se del caso, che la somma venga versata all'avente diritto dal datore di lavoro dell'obbligato, detraendola dalla retribuzione a quest'ultimo spettante (art. 342-ter, comma 2 c.c. seconda parte). Così come in ambito penale, la misura patrimoniale accessoria serve di incentivo alle persone maltrattate, che spesso si trovano a subire passivamente la violenza per timore di non essere in grado da sole di far fronte alle esigenze economiche della famiglia.

\* \* \* \* \*

#### Sub C)

La legge sull'affidamento condiviso (legge 8/2/2006 n. 54) indubbiamente ha innovato in modo significativo il pregresso rapporto tra genitori e figli, non solo disponendo quale regola l'affidamento condiviso e quale eccezione quello esclusivo, ma sancendo tutta una serie di prescrizioni atte a porre come parametro essenziale e necessario di ogni decisione il preminente interesse del minore.

L'art. 155 cod. civ. nella nuova formulazione dispone che il giudice adotti i provvedimenti relativi alla prole "*con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa*", non consentendo quindi in linea di principio alcuna comparazione con altri concorrenti interessi portati invece dai genitori, anche singolarmente considerati.

La stessa legge, all'art. 155 sexies cod. civ., prescrive che il giudice dispone l'audizione del minore (purchè dotato di discernimento sufficiente) su cui ancora di recente si è soffermata la Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 21/10/2009 n. 22238) per statuire tra l'altro la nullità della decisione emessa nell'ipotesi di mancata audizione del minore senza plausibile giustificazione.

Decisione che ha sollevato critiche per aver da un lato negato che il minore sia parte formale del procedimento di separazione ma dall'altro ammesso di essere parte in senso sostanziale, perché portatore di un interesse autonomo ed e ipoteticamente in conflitto con quello dei genitori ma che ha avuto l'indubbio merito di porre all'attenzione dell'ambito giuridico, il problema della rappresentanza del minore in sé, laddove il suo interesse possa essere in contrasto con quello portato dai genitori o possa da questi ultimi non essere affatto rappresentato.

Fortemente innovativa, inoltre la prescrizione dell'art. 709 ter c.p.c., che per la prima volta ha conferito al giudice il potere di emettere provvedimenti ad hoc in caso di inadempienze o di violazioni da parte dei genitori dei loro rispettivi obblighi e doveri.

In particolare, il secondo comma dell'art. 709 ter c.p.c. consente di emettere pronunce di condanna al risarcimento dei danni anche a favore del minore nei confronti del genitore che si renda gravemente inadempiente ai suoi doveri o comunque mantenga comportamenti tali da recare pregiudizio alla prole od ostacolanti il normale svolgimento delle modalità di affidamento.

In questi casi, infatti il giudice può anche congiuntamente: 1) *ammonire il genitore inadempiente; ... 4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di settantacinque euro a un massimo di cinquemila euro a favore della cassa delle ammende e, cosa di particolare interesse per i nostri fini, 2) disporre il risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore; 3) disporre il risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro.*

Il dibattito giurisprudenziale interpretativo della norma in oggetto è di tale portata da essere persino difficoltoso comporre un elenco delle problematiche insorte.

Ci si è chiesti se, ad esempio, tale forma di risarcimento del danno abbia natura sanzionatoria o compensativa o sia atipica rispetto ad altre forme di risarcimento (ad esempio, tra le prime il Tribunale Vallo Lucano della Lucania 7 marzo 2007 sostenne la tesi che dell'introduzione nel nostro ordinamento di una figura di danni c.d. punitivi di derivazione dall'esperienza dell'ordinamento giuridico statunitense, i quali svolgono la chiara funzione pubblicistica della deterrenza e della punizione), quale possa essere la differenza rispetto ad analoga domanda "*ordinaria*" ex art. 2043 cod. civ., come sia giuridicamente consentito al minore richiedere una somma a titolo di risarcimento se non, allo stato, in forza della rappresentanza del genitore che agisce contro l'altro, se possa ipotizzarsi che il risarcimento del danno sia disposto d'ufficio dal Giudice o anche su sola istanza del P.M. .

Utile, in tema ed a conclusione la segnalazione di taluni tra i casi risolti dalla giurisprudenza in applicazione della norma citata.

Ad esempio, il T. Messina, 05-04-2007 ha sostenuto che *“In tema di separazione dei coniugi, il risarcimento dei danni in favore del minore o di un genitore, previsto dall’art. 709 ter c.p.c. in caso di gravi inadempienze e di violazioni dei provvedimenti sull’affidamento dei figli minori da parte dell’altro genitore, ovvero di condotte pregiudizievoli per i minori stessi, non ha natura compensativa, ma costituisce una sanzione coercitiva, volta ad indurre il responsabile a recedere dall’illecito, e può essere disposto dal giudice anche congiuntamente alle altre misure punitive previste dalla stessa disposizione (nella specie, il collegio, nella sentenza di separazione dei coniugi, ha inflitto alla moglie una sanzione amministrativa, condannandola anche al risarcimento dei danni in favore del figlio minore, in quanto ella aveva volontariamente indotto quest’ultimo ad avversare il padre, così però determinando l’insorgere nel figlio di una patologia psichiatrica, la sindrome di alienazione parentale)”*.

Il T. Modena, 17-09-2008 che *“In tema di affidamento dei figli, la modifica del regime di affidamento (da condiviso a esclusivo), una volta verificato che non sia percorribile la via di una adeguata corresponsabilizzazione dei genitori, può assumere un significato sanzionatorio, e anzi può risultare il provvedimento più efficace e idoneo non soltanto per prevenire, ma anche per sanzionare altre inadempienze e violazioni da parte dei genitori, consentendo a questi ultimi di riflettere sulle conseguenze dei propri comportamenti nel rapporto con la prole, e incrementando il senso di responsabilità che deve accompagnarsi all’esercizio dei doveri genitoriali”*.

La Corte di Appello di Catania, 14-04-2008 che *“In tema di potestà genitoriale, nell’ambito di un procedimento incidentale ex art. 709 ter c.p.c. e in presenza di una grave conflittualità genitoriale che è indice della loro incapacità di gestire congruamente il coaffido, i giudici, pur senza modificare il regime di affidamento e di collocamento, possono limitare la potestà genitoriale con il supposto del servizio territoriale competente; la forte conflittualità giustifica anche l’emissione d’ufficio di un provvedimento di ammonizione, ex art. 709 ter c.p.c. n. 1 a entrambi i genitori, nonché il divieto di comunicare tra di loro in forma scritta*.

Infine, tra le prime, il T. Pisa, 20-12-2006 il quale ha statuito come *“L’affidamento dei figli nella forma condivisa implica la necessità che ogni decisione comportante un rilevante mutamento nella vita dei figli stessi sia assunta all’esito di un leale confronto tra i divergenti intendimenti dei genitori; nel caso di specie il trasferimento di residenza effettuato unilateralmente dalla madre collocataria, oggettivamente qualificabile come arbitrario in quanto rispondente esclusivamente alle esigenze della stessa, costituisce un mutamento avente le caratteristiche sopra indicate, nonché, incidendo sull’istruzione delle minori in età scolare, anche una questione che doveva essere assunta in accordo con l’altro genitore; tale condotta pertanto costituisce quanto meno ostacolo al corretto svolgimento della modalità di affidamento con conseguente applicabilità dei rimedi ex art. 709 ter, 2° comma, c.p.c.”*.

Avvocato Anna Maria Occasione, foro di Genova