

Il tribunale informale come strumento per la regolazione delle separazioni

Effetti del diritto nel trattamento delle relazioni interfamiliari in un campione di fascicoli di alcuni tribunali dell'Italia nord occidentale.

di Maria Teresa Vacatello

1. *Introduzione*

La regolazione dei rapporti familiari è profondamente cambiata negli ultimi trent'anni.

I sociologi hanno identificato un progressivo allontanamento del diritto dalle relazioni della coppia, che può essere spiegato in funzione dei cambiamenti che hanno investito la famiglia a partire dagli anni sessanta. Infatti, la nascita di nuove forme familiari sembra spingere verso una progressiva privatizzazione dei rapporti di coppia, e modificare la natura stessa dei matrimoni. È ormai evidente, ad esempio, che il vincolo coniugale ha perso la «sacralità» di origine morale o religiosa per assumere le caratteristiche di un accordo privato fra i coniugi.

I dati sulle separazioni e sui divorzi rivelano che anche questi istituti sono ormai diventati elementi usuali, potenzialmente presenti nell'accordo come risposta al fallimento dell'unione.

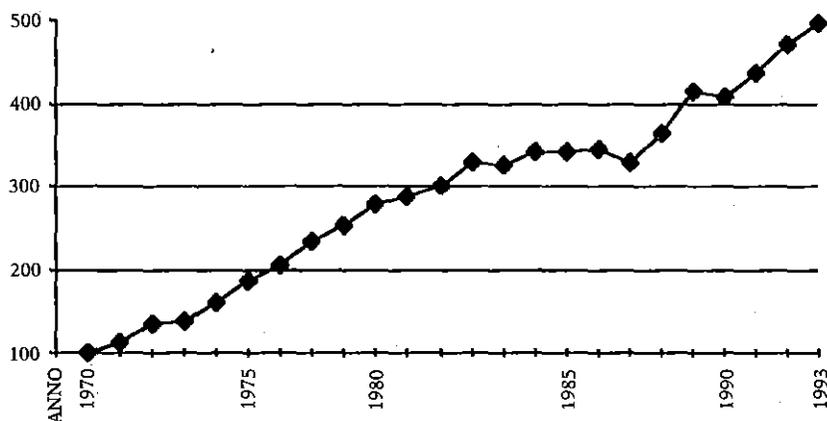
Il legislatore ha adeguato il diritto al mutato contesto sociale introducendo una serie di riforme che hanno agevolato l'accesso alla separazione e al divorzio (L. 151/75; L. 74/87), determinando una sostanziale rinuncia ad intervenire giuridicamente nelle relazioni familiari.

L'evoluzione delle separazioni negli ultimi venti anni è caratterizzata dall'ascesa dei procedimenti in forma consensuale, rivelando la tendenza diffusa del coniuge a risolvere il conflitto in

* *Presentato dall'Istituto di Sociologia.*

autonomia. In questa prospettiva l'intervento del diritto si riduce notevolmente, dato che il giudice si limita a dare una copertura di diritto ad un accordo già definito nei suoi contenuti fondamentali.

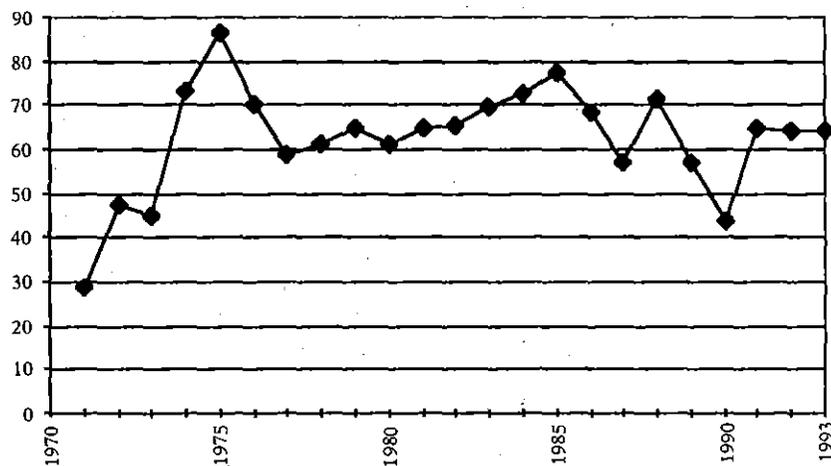
Grafico 1. Indice di variazione delle separazioni (1970-1993).



Calcolo: numeri, indici a base fissa (1970 = 100)

Fonte: ISTAT, Annuario di statistica italiana, Roma, Ed. 1971-95.

Grafico 2. Rapporto delle separazioni consensuali sul totale delle separazioni.



Per quanto riguarda, invece, i rapporti di filiazione, in particolare nei procedimenti di affidamento dei figli minori, si ipotizza un rafforzamento del diritto.

A partire dagli anni sessanta sono nati e si sono sviluppati Movimenti in difesa dei diritti dei più deboli, donne e minori: ne consegue la maggiore affermazione dei diritti individuali rispetto all'interesse familiare; il fenomeno è legato al mutato pensiero sociale, che si mostra maggiormente sensibile all'interesse individuale piuttosto che a quello collettivo.

Secondo una tendenza comune a tutti i paesi occidentali, anche in Italia il riconoscimento dei diritti individuali ha attivato importanti riforme (L. 431/67; L. 151/75; L. 184/1983). Ma è stata l'introduzione del criterio di *interesse del minore*, cui il giudice deve fare preminente riferimento nelle decisioni sui figli, a causare i cambiamenti più rilevanti. Per quanto riguarda il divorzio, ad esempio, l'uso del suddetto criterio ha spostato l'attenzione dai genitori ai figli, mettendo fine ai giudizi di legalità o illegalità dei comportamenti dei genitori coniugati. Al posto di tali giudizi è cresciuta la rilevanza del benessere del figlio minore.

L'attuazione della riforma del diritto di famiglia ha inoltre evidenziato una incapacità di fondo del diritto ad assolvere da solo la questione del minore. Trascorso il primo decennio dall'applicazione della nuova normativa, la prassi giudiziaria, infatti, ha rilevato l'esigenza di garantire l'interesse del minore non più in un'ottica preminentemente assistenziale, bensì ponendo particolare attenzione alle componenti psicologiche e emotive di ogni individuo. Si parla ormai in termini di «storia psicologica» e di «vissuto emozionale» del «bambino». Si può dire che l'attuazione della riforma del diritto di famiglia abbia avuto il merito di sottolineare l'incapacità di fondo del diritto di analizzare la sfera psicologica e emotiva con i propri codici e strumenti: oltre ad un uso più diffuso di prescrizioni ai genitori, le nuove esigenze hanno determinato un maggiore ricorso agli operatori delle scienze sociali.

Nel decennio successivo, il concetto di interesse del minore e la sua stessa definizione giuridica hanno subito diverse modifiche e aggiustamenti che sembrano trovare un punto di arrivo nella Convenzione Internazionale sui Diritti del bambino del 1989.

Le esperienze pregresse e la crescente attenzione per gli interessi individuali hanno favorito lo sviluppo di una nuova impostazione ideologica che riconosce al minore lo *status* di «soggetto», conferendogli il *diritto* di esprimere la propria opinione e di essere ascoltato su tutte le questioni che lo riguardano. In altre parole, la minore età è stata ridefinita come capacità di apprendere l'esercizio dei diritti, secondo un processo di maturazione diverso per ogni individuo.

2. *Scopi della ricerca*

Questa affermazione offre interessanti spunti per uno studio sociologico, poiché solleva alcuni problemi di prassi giudiziaria di non facile soluzione.

Con essa si attribuisce indirettamente al giudice il compito di valutare se il minore sia «maturo» abbastanza da esercitare i propri diritti o se, al contrario, qualcun altro dovrà rappresentarlo nel processo e garantire i suoi interessi. In tal modo emerge un duplice problema relativo alle tecniche di osservazione e di giudizio per determinare la maturità di ogni minore, e alla figura «professionale» che deve garantirne gli interessi in caso di accertata incapacità. Per quanto riguarda il «rappresentante» dei minori, la Carta non offre indicazioni precise: con essa ci si limita invece a proporre un professionista preparato, capace di ascoltare, interpretare e tradurre i suoi pensieri, senza per questo sostituirsi alla volontà del «fanciullo» (art. 40 Conv.).

In altri termini, anche quando le sue parole sono «interpretate» da un adulto, se si tratta di un adulto capace e competente, il minore può conservare lo *status* di soggetto di diritto. Queste indicazioni potrebbero indurre ad assegnare il ruolo di «portavoce» del minore agli operatori extra-giuridici. Ad essi infatti è attribuita la competenza per comprendere il linguaggio, anche preverbale, attraverso il quale ogni minore esprime i propri bisogni e desideri. Si tratta di un'affermazione rilevante, destinata ad influenzare il modello istituzionale e le relazioni fra gli operatori del diritto e gli esperti.

Occorre poi considerare che la ratifica della Convenzione ha favorito orientamenti diversi dei singoli Stati a livello locale. In Italia, la cultura giuridica ha riconosciuto il diritto del minore di

partecipare attivamente alle decisioni che lo riguardano (L. 176/91) e ha valorizzato la sua capacità decisionale, senza tuttavia dimenticare forme di protezione e di tutela. Una recente proposta di legge ha preferito ricorrere al termine «soggetti in età evolutiva», per ricordare che l'infanzia è caratterizzata anche da alcune immaturità e per non usare il termine «minore»¹. In altri termini il minore è considerato portatore di diritti autonomi, ma raramente può farli valere senza la tutela di una figura adulta (il «difensore» dei bambini). Fra i contenuti della proposta assume rilevanza lo spazio riservato alla questione dell'intervento giuridico. Nel trattamento dei procedimenti civili che vedono coinvolte persone minorenni, infatti, è prevista la cooperazione di diverse figure professionali che, interagendo fra loro, concorrono all'attuazione dell'interesse del minore. Si parla di un giudice esperto e non solo tecnico e di un *pool* di esperti nelle scienze umane (si tratterebbe di uno stimolo verso la costituzione di un gruppo informale di operatori cui affidare la decisione dell'interesse del minore).

Sotto questa prospettiva, il modello tradizionale di terzietà appare del tutto inadeguato ad affrontare la questione del minore. Modelli alternativi possono essere cercati attraverso una attenta analisi dei nuovi indirizzi giurisprudenziali, verificando cosa concretamente accade nella prassi. I problemi sollevati dalla Convenzione e il nuovo orientamento della legislazione italiana sembrano infatti destinati a modificare, almeno per quanto ci riguarda, il modello tradizionale di giudice. I risultati di uno studio quanto-qualitativo su un campione rappresentativo di separazioni personali e di famiglie di fatto dimostreranno che la giurisprudenza, a seconda del Tribunale competente e del tipo di procedimento, si orienta verso due indirizzi: l'uno, tradizionale, va nel senso di un giudice «decisore» dei migliori interessi del minore; l'altro, di moderna concezione, verso un giudice «porta-

¹ Calzolaio n. 2191 *Norme e tutela per lo sviluppo dei soggetti in età evolutiva* proposta di legge Calzolaio n.2191, presentata come strumento per definire in tempi brevi un adeguamento della vigente normativa ai principi della Convenzione. Fra i contenuti assume particolare rilevanza la proposta di istituire uffici regionali per il benessere del bambino, al cui interno è prevista anche la figura del rappresentante legale che ha il compito di difendere e tutelare i minori nei procedimenti (con rif. all'art. 40 Conv.).

voce» dei diritti del minore. La scelta fra uno dei due modelli ipotizzati ha un notevole impatto sulle decisioni che riguardano i figli. Il primo, può portare ad un'exasperazione del formalismo; l'altro può causare un nuovo allontanamento del diritto, spostando l'area della decisione dai tribunali agli ambienti informali delle scienze non giuridiche. *L'ipotesi che qui si vuole sostenere è che il diffondersi di quest'ultimo nuovo orientamento spinga anche il sistema giuridico italiano verso la creazione dei cosiddetti «tribunali familiari».* È verosimile che, nel tempo, l'indirizzo prevalente favorisca nuove «forme» processuali, gestite da diverse figure professionali, attraverso l'uso di una pluralità di tecniche e di metodologie tipiche delle molte discipline che verranno chiamate in causa.

Le informazioni sulla situazione familiare di ogni minore sono esaminate con rinnovata attenzione dai magistrati nel corso del procedimento; ciononostante, per quanto riguarda gli esiti dei procedimenti (sentenza di affidamento dei figli minori), i dati degli ultimi cinque anni, trattati nelle prossime pagine, mostrano un quadro di sostanziale stabilità legato più al «conformismo popolare» che alle caratteristiche dei nuclei familiari interessati.

Le trasformazioni in atto all'interno dei tribunali, e dei tribunali minorili in particolare, sembrano avere un importante effetto sul decorso dei processi: come mostreremo nelle prossime pagine, infatti, le differenti modalità di intervento incidono significativamente sui tempi di conclusione e sul sostegno offerto alle famiglie, anche nel dopo separazione. (v. tab. 5).

3. Metodologia

Prima di passare alla trattazione dei risultati ritengo importante fornire alcune indicazioni sulla metodologia della ricerca. Data la complessità di quest'area di intervento, ho ritenuto opportuno delimitare il campo senza per questo rinunciare ad un raffronto fra i tribunali ordinari e minorili. In tal senso la questione dell'affidamento del minore, dovuta alla separazione dei genitori, sembrava costituire un valido tema di analisi.

Ho analizzato un campione di fascicoli e di sentenze relativi a 812 procedimenti trattati dai Tribunali Ordinari di Milano e

Genova e dai Tribunali per i Minorenni di Genova e Torino². La fase di rilevazione ha ricoperto un intervallo compreso fra novembre 1993 e ottobre 1994, dopo di che i dati sono stati trattati statisticamente. L'esame dei documenti ha reso possibile allargare l'analisi ad un campione più ampio e favorire uno studio allargato nel tempo. Tuttavia ha comportato anche alcuni svantaggi per lo più riferibili agli errori, interni al Tribunale, che possono essere intervenuti nella stesura dei verbali e nella classificazione dei fascicoli. Occorre infatti tener conto che i dati qui registrati in origine non erano stati raccolti per scopi scientifici.

Questo studio ha consentito di analizzare il processo decisionale e di desumere dai dati i meccanismi e le tecniche di intervento attuati dagli operatori del diritto nella pratica quotidiana.

² Inizialmente si era previsto di circoscrivere l'analisi ai Tribunali di Genova e Milano, ma i tempi e le modalità necessari per ottenere l'autorizzazione ad accedere all'archivio del Tribunale per i Minorenni di Milano si sono rivelati non compatibili con le esigenze della ricerca. Per non complicare ulteriormente la fase di rilevazione, di per sé già impegnativa, ho optato per il Tribunale per i Minorenni di Torino, calato su un territorio sociografico ed economico abbastanza affine alle aree geografiche di competenza del Tribunale di Milano.

Il periodo considerato va dal 1986 al 1993, con alcune eccezioni per i procedimenti regolati dall'art.317 bis c.c. (terminati nel periodo 1992-1994). Nei casi di separazione fra coniugi è stato preventivamente deciso il numero delle separazioni necessario a formare il campione. Poi sono stati selezionati, con metodo di campionamento sistematico casuale, 270 fascicoli per il Tribunale Ordinario di Milano (l'1% del totale) e 355 per quello di Genova (il 3% del totale).

Per quanto riguarda i Tribunali per i Minorenni, si è reso necessario censire tutti i fascicoli in archivio classificati nel registro interno ai Tribunali e selezionare quelli che rispondevano agli obiettivi della ricerca. Questo metodo è stato imposto dal tipo di archiviazione interno ai tribunali e dall'impossibilità di accedere direttamente ai fascicoli. Complessivamente sono stati esaminati 58 procedimenti del Tribunale di Torino (conclusi fra gennaio 93 e settembre 94) e 129 del Tribunale di Genova (conclusi fra gennaio 92 e giugno 94).

Competenza territoriale. Tribunale Ordinario di Genova: bassa Valle Stura, riviera di Ponente sino al comune di Cogoleto, riviera di Levante sino al comune di Sestri Levante ad eccezione del tratto Camogli Santa Margherita. Tribunale per i Minorenni di Genova: ricopre tutto il territorio ligure ed estende le proprie competenze alla provincia di Massa e Carrara. Tribunale Ordinario di Milano: Milano e provincia. Tribunale per i Minorenni di Torino: territorio delle Regioni Piemonte e Valle d'Aosta.

Prenderò in esame solo questi dati. Inoltre mi pare opportuno ricordare che i temi analizzati in queste pagine sono stati successivamente proposti ad un campione di magistrati attraverso la realizzazione di un esperimento audiovisivo. Non è questo il contesto per approfondire i risultati, sebbene rilevanti, dell'esperimento. Mi sembra peraltro opportuno rimarcare che ciò ha reso possibile ampliare l'analisi qualitativa dell'intervento giudiziario, approfondendo sia gli elementi soggettivi del processo decisionale, sia le dinamiche relazionali riferite al dibattimento processuale. Questi dati integrati con i risultati dell'analisi dei documenti, che esporrò di seguito, hanno restituito una fotografia più definita del ruolo del diritto nel trattamento delle separazioni.

4. Analisi dei dati: il criterio dell'interesse del minore

4.1 Le riviste giuridiche in Italia (dottrina)

Prima di procedere con la ricerca vera e propria ho ritenuto opportuno analizzare le sentenze in materia di separazione personale dei coniugi e delle famiglie di fatto (art.317 bis c.c.) pubblicate sulle principali riviste italiane negli ultimi trenta anni (v. bibliografia).

Lo studio di questo materiale verteva esclusivamente sulla questione dell'affidamento dei figli minori. Aveva inoltre lo scopo di definire i problemi e gli elementi «oggettivi» della decisione introdotti dalle moderne concezioni di benessere e di infanzia, attraverso una lettura degli elementi che i giudici avevano ritenuto validi o irrilevanti ai fini della scelta del genitore affidatario.

I risultati sono stati utilizzati per costruire una definizione più puntuale del criterio di interesse del minore, osservandone con maggiore attenzione contenuti e limiti. Ciò è stato particolarmente utile ai fini dell'analisi, specie se si considera che, unitamente alla moderna concezione di minore età («fanciullo», secondo la Convenzione ONU dell'89), tale criterio costituisce la direttiva cui devono appellarsi i giudici che si occupano di minori.

Di seguito riporto i dati registrati durante la lettura delle ri-

viste giuridiche con l'ausilio di una griglia appositamente strutturata (v. appendice) relativa ai contenuti del dibattimento processuale³ e alle motivazioni alla sentenza di affidamento⁴. Questa stessa griglia è stata impiegata nella seconda fase della ricerca - «Analisi dei fascicoli e delle sentenze di un campione di procedimenti di separazione con figli minori di competenza in alcuni Tribunali Ordinari e per i Minorenni» di cui parlerò nelle prossime pagine.

Tab. 1. Sentenze secondo i criteri e gli elementi di giudizio (1960-1994)

Elementi e/o criteri di giudizio	fino 1969	1970-1979	1980-1989	1990-1994
Relazioni interfamiliari	7,3	7,4	6,8	18,1
Situazione del minore	12,1	19,7	15,4	20,1
Status genitori	29,2	19,8	16,9	8,1
Principio materno	12,1	12,3	11,8	10,8
Situazione di fatto	6,0	7,4	8,4	4,1
Interessi contrastanti	6,1	7,4	8,2	8,4
Minor danno per il minore	4,6	4,9	9,0	26,3
Colpa e/o responsabilità	21,1	18,5	13,1	4,1
Altro	1,5	2,6	10,4	0
Tot. %	100	100	100	100
N	65	81	83	49
(Tot. sentenze)	(24)	(47)	(58)	(20)

Più voci possono fare riferimento ad un'unica sentenza.

Calcolo percentuale: numero di volte che ogni categoria di informazione è presente nei procedimenti, rapportato al n. totale dei 'criteri' e degli 'elementi' citati nelle sentenze secondo l'anno.

³ Elementi di giudizio. Rientrano sotto questa categoria i riferimenti, le considerazioni e le valutazioni in merito a: il minore (vissuti, esperienze, bisogni...), la natura e la qualità dei rapporti interfamiliari (padre-madre-figlio), la posizione dei genitori, gli interessi perseguiti dai coniugi, la capacità genitoriale, ...espressi durante il dibattimento processuale e riportati a verbale.

⁴ Criteri di giudizio espressi dal magistrato come motivazione ai provvedimenti che regolano le modalità di affidamento e del diritto di visita. Rientrano sotto questa categoria le giustificazioni in merito all'idoneità/inidoneità o capacità/incapacità genitoriale, intesa in particolare come: capacità genitoriale della madre in quanto donna, natura dei rapporti affettivi e posizione sociale e economica, piuttosto che necessità di mantenere una situazione di fatto o di attuare provvedimenti che risultino essere di minor danno possibile per il minore, etc...

I dati presentati nella tabella mettono in evidenza orientamenti comuni che, sostanzialmente, rimandano alla necessità di fare riferimento al minore come individuo, prendendo in considerazione le sue specificità e il suo vissuto personale (20% degli articoli letti dopo il 1990).

I riferimenti ai vecchi principi, che indicavano nella «condotta genitoriale» (moralità, colpa, responsabilità, malattia mentale...) e nella differenza di genere (uomo-donna) le linee guida della decisione, sono stati tendenzialmente meno frequenti negli ultimi dieci anni. Nel campione di articoli letti, per quanto riguarda i giudizi di responsabilità e/o colpevolezza si passa dal 13% negli anni Ottanta al 4% nel 1990; anche il principio materno viene citato meno dopo il 1990. Al loro posto subentra il riferimento all'interesse dei figli, realizzabile attraverso analisi specifiche dei bisogni del minore, del suo modo di porsi nella realtà, di ciò che ha acquisito nella sua esperienza (inseriti in tabella nella categoria «Situazione del minore»). Di questo riferimento si deve inoltre tener conto rilevando le capacità genitoriali, valutando cioè quale genitore risponde meglio alle esigenze psicologiche e fisiologiche dei minori. In merito acquista sempre maggiore importanza l'ambiente relazionale entro il quale il minore è inserito o dovrà vivere dopo la separazione: negli anni Novanta, infatti, aumenta l'attenzione per la qualità delle relazioni che il minore ha con i genitori e con eventuali nuovi componenti del nucleo familiare (18%).

Negli ultimi anni la dottrina sembra pertanto puntare con maggiore decisione verso affermazioni di carattere non giuridico, riferite ai bisogni psico-affettivi (vissuti, desideri, ...) e sociali (relazioni) del minore, tanto che lo stesso criterio di interesse assume contenuti e valori prossimi ai codici delle scienze extragiuridiche (psicologia, pedagogia...) (v. tab. 1). Ne deriva un quadro evolutivo certamente influenzato dai cambiamenti sociali che hanno caratterizzato l'ultimo ventennio, in linea con le riforme legislative in materia di diritto minorile e di famiglia, e, aspetto più importante, orientato verso una impostazione extragiuridica della questione del «minore».

Si trattava, arrivati a questo punto, di verificare se e come l'indirizzo prevalente in dottrina influenzasse gli orientamenti

seguiti dai magistrati nelle aule di tribunale. La fase successiva della ricerca, a tal scopo, ha previsto l'analisi della prassi giudiziaria attraverso lo studio di un campione di procedimenti trattati dai tribunali di Milano, Genova e Torino.

4.2 *Le separazioni trattate dai tribunali di Milano, Genova e Torino (prassi)*

Come già precisato nei paragrafi precedenti, l'analisi ha riguardato i fascicoli e le sentenze di un campione rappresentativo dei procedimenti di separazione con figli minori di competenza dei tribunali ordinari⁵ e minorili⁶ di alcune città dell'Italia Nord-occidentale (v. nota 2). Va ricordato che per i procedimenti trattati dai Tribunali per i Minorenni sono state prese in esame le cause di scioglimento di famiglie di fatto, regolate dall'art. 317bis c.c.⁷.

I documenti rientrati nel campione sono stati letti attraverso una griglia strutturata sul modello di quella precedentemente impiegata per lo studio delle sentenze pubblicate in dottrina (v. par. 4.1). Anche in questo caso sono stati rilevati dati relativi sia agli elementi discussi nel corso del dibattimento processuale («elementi di giudizio»), sia ai criteri e alle motivazioni che hanno determinato i provvedimenti provvisori e/o le sentenze di affidamento («criteri di giudizio»)⁸. La possibilità di analizzare direttamente i fascicoli ha inoltre consentito di rapportare questi dati a quelli relativi sia alla situazione socio-grafica dei nuclei familiari coinvolti, sia all'iter burocratico e amministrativo del processo di affidamento dei figli minori.

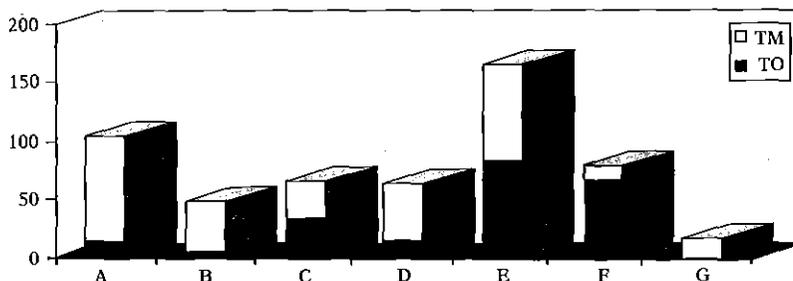
⁵ Tribunale Ordinario di Genova e di Milano.

⁶ Tribunale per i Minorenni di Genova e di Torino.

⁷ Procedimenti affini per natura e caratteristiche alle separazioni con figli minori.

⁸ Si fa riferimento a: situazione del minore, relazioni interfamiliari, minor danno per il minore, situazione di fatto, *status* dei genitori, principio materno, principio di colpevolezza, interesse dell'adulto. Per una precisazione delle singole voci si rimanda alla tab. 1.

Grafico 3. Procedimenti secondo gli elementi di giudizio e il Tribunale competente.



A=Relazioni interfamiliari; B=Situazione del minore; C=Storia della coppia genitoriale; D=Principio materno-idoneità del genitore; E=Sit di fatto-interesse dell'adulto-minor danno per il minore; F=Colpa-responsabilità nella separazione; G=Altro.

Ad ogni procedimento possono fare riferimento più voci che misurano gli elementi di giudizio.

Calcolo percentuale: numero di volte che ogni categoria di informazioni è presente nei procedimenti, rapportata al totale degli stessi (es.: la colpa compare nel 64% dei procedimenti archiviati nei T.O. e nel 10% dei T.M.; la situazione di fatto nell'84% dei procedimenti del Tribunale Ordinario e nell'81% dei procedimenti del Tribunale per i Minorenni).

Tale lavoro ha avuto il merito di evidenziare alcuni elementi comuni a tutte le sentenze, decisivi per cogliere i significati *reali* dell'espressione «interesse del minore».

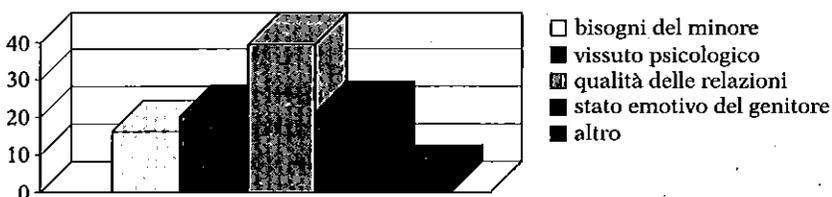
Esaminando i risultati, in linea con quanto riscontrato in dottrina, nel lavoro dei magistrati, in particolare dei giudici minorili, si nota una nuova attenzione per la qualità dei rapporti («relazioni interfamiliari», oltre l'80% nei T.M.) e la «situazione del minore» (vissuti e bisogni, oltre il 40% nei T.M).

Cercando un orientamento comune ai due tribunali (T.O. e T.M.), trova sostanziale conferma la necessità di fare riferimento al minore come individuo, prendendo in considerazione le sue specificità (30% circa dei fascicoli rientrati nel campione). Le evocazioni di vecchi criteri, che indicavano nella «condotta genitoriale» (citato nel 30-40% dei procedimenti) e nel «principio materno» (citato nel 20% dei procedimenti) le linee guida della decisione, sembrano conservare un certo peso. In genere, però,

sono accompagnate da riflessioni specifiche sul minore⁹ (30-40% dei procedimenti), di cui i magistrati tengono conto anche esprimendosi in materia di idoneità del genitore (in particolare, diventano rilevanti le dinamiche relazionali).

Questo dato acquista valore soprattutto se si considera che i fascicoli sono ricchi di richiami ad affermazioni di carattere non giuridico, riferite ai bisogni psico-affettivi (vissuti, desideri, ...) e sociali (relazioni) del figlio. Osservando il grafico 4, che precisa i dati che rientrano nella categoria «situazione del minore», si nota infatti la prevalenza di richiami alla qualità dei rapporti genitore-figlio (39%), allo stato emotivo del genitore (20%), ai vissuti psicologici del minore (19%).

Grafico 4. Procedimenti secondo l'interesse del minore («situazione del minore» e «relazioni interfamiliari»).



È evidente, qui, il riferimento a modelli e codici estranei alla scienza del diritto.

Pressoché aboliti i vecchi principi giuridici, che ingabbiavano il procedimento di separazione in un giudizio di legalità/illegalità dei comportamenti del coniuge, con le ultime riforme in materia, il legislatore ha determinato una sostanziale assenza di linee guida alla decisione. L'esclusivo riferimento a cosa è *bene* o *male*¹⁰ per il minore ha alimentato un clima di generale indeterminazione, che per gli studiosi più critici proverebbe l'incapacità del diritto a soddisfare la funzione di garante dell'interesse del minore in modo oggettivo e affidabile¹¹.

⁹ Bisogni, modo di porsi nella realtà, vissuti, etc.. -inseriti in tabella nella categoria «Situazione del minore».

¹⁰ M. King, cit.

¹¹ V. premessa.

L'esempio che riporto è utile per capire le ragioni di critiche così dure. Dai grafici precedenti si può notare come l'affermazione del diritto dei figli «...ad una corretta crescita psicofisica e ad essere educati nel pieno rispetto della *loro* personalità» (art. Cost.), nella prassi, trovi le sue conseguenze più rilevanti nel diritto a «subire il minor danno possibile dalla separazione» (30%) e a «mantenere i legami affettivi con le figure parentali per lui significative» (25%). La tutela di questi diritti dovrebbe necessariamente avvenire attraverso un intervento mirato, adatto o adattabile alla situazione, particolarissima, di ogni minore coinvolto. In tal senso, in un processo di affidamento dei figli minori, per conferire lo stato di idoneità genitoriale, diventa importante non solo e non tanto la disponibilità del genitore verso i figli (o la correttezza «legale» verso l'ex coniuge), quanto la dimensione affettivo-relazionale del nucleo familiare allargato (in riferimento sia a figure parentali, sia a nuclei ricostituiti dopo la separazione).

Mettere il minore in condizione di «subire il minor danno possibile» e «mantenere [nel tempo] i legami affettivi», quindi, richiede, oltre ad una competenza scientifica specifica (scienze del benessere), una capacità previsionale circa gli eventi futuri della vita del minore, che il magistrato non sembra poter garantire. In altre parole, non sembra possibile valutare in modo scientifico oltre i risultati immediati delle disposizioni che regolano l'affidamento, né si possono prevedere tutte le possibili conseguenze future del provvedimento.

Si tratta di un limite, e fra i più importanti, alla decisione di affidamento, particolarmente sentito nelle aule dei Tribunali; si legge, ad esempio, in un fascicolo¹²:

«...non è possibile stabilire se l'affidamento al padre risulterà più o meno dannoso per il futuro benessere del minore rispetto ad una decisione diversa o al mantenimento delle attuali disposizioni [affidamento ai nonni materni].....».

o, ancora:

«...allo stato attuale la madre appare una presenza positiva per il mi-

¹² Proc. MI 275/93.

nore, ma non è chiaro, considerati i precedenti episodi, se saprà mantenere il rapporto stabile e duraturo...»¹³.

Fra le strategie adottate dai magistrati per far fronte all'incertezza determinata dalla nuova normativa e conferire «scientificità» alla decisione, sembrerebbe prevalere la «lettura psicologica» del minore, realizzabile attraverso la ricostruzione della situazione passata del nucleo familiare (storia della coppia genitoriale, 32% e situazione del minore, 46%). Per «ricostruzione storica» del nucleo familiare intendo la selezione, da tutte le informazioni note sul minore, degli elementi utilizzabili ai fini della decisione, che peraltro dipende dalla disponibilità di concetti e di significati che possono spaziare dalle teorie psicopedagogiche, ai criteri etico-normativi, a tutto ciò che rientra nel senso comune. È naturale quindi che i dati raccolti abbiano evidenziato una certa eterogeneità delle opinioni circa ciò che deve essere ritenuto più o meno rilevante ai fini della realizzazione del benessere di ogni minore.

L'incapacità di svolgere il compito della decisione in modo affidabile e oggettivo, la mancanza di linee guida del diritto e di un ordine condiviso fra i diversi modi di interpretare il benessere del minore, in sede di giudizio possono portare alla riaffermazione implicita di quegli stessi vecchi principi di diritto (colpa, idee politiche e/o religiose, status...) rinnegati in dottrina.

Abbiamo visto nel precedente paragrafo come in dottrina si suggerisca di porre particolare attenzione a considerazioni in ordine alla discriminazione della colpa, della malattia mentale e del sesso o, ancora, ai riferimenti alla moralità, ai credi religiosi, allo status socioeconomico. Sono queste tradizionali linee guida alla scelta del genitore affidatario che oggi si considerano «inaccettabili», anche in considerazione delle trasformazioni ideologiche dell'istituto del divorzio e della nozione di famiglia. Nulla toglie, però, che, in assenza di criteri «oggettivi», questi stessi *pregiudizi*, a seconda dei casi e delle circostanze, investiti di rinnovata legittimità, siano recuperati in sentenza sotto forma di interesse del minore. L'informazione che riporto, tratta da fa-

¹³ Proc.GE 175/92.

scicoli relativi a casi reali, fornisce esempi tipici di analisi basata sulla colpa e sullo stile di vita del genitore non affidatario:

«...l'abbandono del tetto coniugale e la formazione di una nuova famiglia hanno contribuito ad allontanare il padre dal figlio; la nascita del fratellastro può aumentare i sentimenti di abbandono e gelosia...»¹⁴.

O, ancora,

«lo stile di vita della madre e i numerosi rapporti extraconiugali generano insicurezza nel minore...»¹⁵.

I dati rilevati nella lettura dei fascicoli evidenziano una significativa presenza di richiami alla colpa analoghi a quelli sopra citati (citata nel 30% circa dei procedimenti di separazione presi in esame, la «colpa» generalmente è identificata nel tradimento e nell'abbandono del tetto coniugale). Ciononostante, nella formulazione della sentenza l'accertata responsabilità del coniuge non viene mai esplicitamente segnalata come motivazione alla decisione di non affidargli il figlio.

Gli elementi di giudizio e i criteri ora descritti sono stati classificati in tre diverse categorie i cui confini, naturalmente, non possono considerarsi rigidi e ben delineati. Lo scopo era quello di individuare gli orientamenti comuni e oggettivabili che guidano la decisione di affidamento. Le categorie fanno riferimento ai dati sulla personalità del genitore (e in genere alle espressioni quali «comportamento scorretto», «disinteresse verso il figlio», «disponibilità verso il figlio», «capacità di cura e custodia, guida e affetto»), alle valutazioni che considerano lo *status* dei genitori e che forniscono informazioni sulla posizione sociale, con particolare riferimento alle scelte ideologiche, etiche e politiche; ai criteri, infine, che rimandano a considerazioni sull'ambiente e sulla località in cui i genitori andranno a vivere dopo la separazione, con particolare riferimento alle possibilità materiali che il contesto offre e alle persone che compongono la nuova compagine familiare e con le quali, in caso di affidamento, il minore si troverebbe a relazionare.

¹⁴ Fascicolo GE 1975/92.

¹⁵ Fascicolo MI 1145/90.

4.2.1 Elementi e criteri di giudizio

La personalità del genitore

Al primo gruppo di elementi, riferito alle caratteristiche personali dei genitori, appartengono i dati che informano sull'effettiva capacità educativa ed affettiva.

Tab. 2. Elementi che descrivono la «personalità» dei genitori

Personalità	Tribunale Ordinario	Tribunale per i Minorenni
capacità educativa	13,8	25,2
comportamento scorretto	19,3	8,6
colpa	31,2	9,4
incapacità educativa	16,5	28,3
genesi	35,3	30,8
età minore	8,3	4,8
situazione di fatto	7,8	11,8

Calcolo percentuale: numero di volte che ogni categoria di informazione che misura le personalità è presente nei procedimenti, rapportato al totale degli stessi (es.: la capacità educativa compare nel 14% dei casi trattati dai Tribunali Ordinari e nel 25% dei casi trattati dai Tribunali per i Minorenni).

In merito la giurisprudenza sembrerebbe far riferimento al diverso e contrastante atteggiamento psicologico e affettivo dei genitori verso i figli, misurato secondo l'interesse e la disponibilità. Non sembra invece avere più rilevanza il tipo di professione svolta dai genitori. In alcuni fascicoli¹⁶ i legali hanno chiesto l'affidamento del minore al padre perché la sua professione di medico gli avrebbe consentito di seguirlo al meglio nel corso del suo sviluppo psicofisico. I giudici però hanno reputato irrilevante la professione paterna, stabilendo l'affidamento dei figli alla madre.

L'effettiva presenza dei genitori nella vita dei figli è risultata secondaria rispetto al «valore affettivo» del rapporto, secondo il principio per cui l'assistenza dei genitori poteva anche essere

¹⁶ Fascicoli: GE 1868/68; MI 3070/88; MI 2870/89.

temporalmente limitata a una parte del giorno, purché opportunamente integrata con l'assistenza di persone qualificate (8% dei fascicoli).

Nella valutazione della personalità del genitore rientra anche il comportamento parentale scorretto, che si riconosce nel tentativo di screditare agli occhi del figlio l'ex coniuge, suscitando sentimenti ostili, forzando il figlio in un'alleanza contro l'altro genitore, insinuando sospetto e diffidenza sino al conseguente allontanamento affettivo, a volte spostando gli affetti dall'altro genitore al proprio convivente. La questione giuridica è stata risolta sia affidando il figlio al genitore «vittima» dell'opera diseducativa dell'ex compagno (36% dei casi in cui è stata rilevata la scorrettezza), sia privilegiando una situazione di fatto che vedeva ormai radicate le ostilità del figlio verso il genitore non affidatario (64% dei casi).

Nel primo caso sembra prevalere una risposta di tipo «giuridico»: i magistrati hanno valutato gli effetti negativi dell'azione illegale di denigrazione e hanno ritenuto opportuno «sanzionare» il genitore che ha agito in tal senso, negandogli l'affidamento.

Nel secondo caso, che apparentemente premia il comportamento scorretto con l'affidamento, la sentenza tiene conto dei sentimenti negativi che il minore ormai prova nei confronti del genitore «vittima» della denigrazione. Generalmente i magistrati hanno agito in tal senso, ritenendo di dover decidere sulla base del risentimento che il figlio nutre verso il genitore «denigrato», indipendentemente da chi ha provocato questo stesso risentimento. Non si rispetta l'interesse del minore se lo si costringe ad avere un rapporto continuativo con il genitore che lui «crede» di non amare.

Da questi dati emerge che nella ricerca dell'interesse del minore non può rilevare il diritto del genitore al figlio né un comportamento scorretto, per quanto deprecabile esso sia, nei confronti dell'ex coniuge, ma soltanto l'interesse del minore ad una certa stabilità nei rapporti affettivi. In questi casi si presume che ogni cambiamento che non sia vissuto dal minore come una normale conseguenza dei suoi bisogni e delle sue esigenze, potrebbe non essere compreso né accettato, degenerando così in traumi anche gravi. In merito, è invece emersa in dottrina una negazione del principio della situazione di fatto, motivata dalla

considerazione che nulla autorizza a ritenere che questa corrisponda alla situazione ottimale per il minore. «Denigrare» costituirebbe di per sé un segnale di mancata capacità educativa, mentre una decisione che premia il «prepotente» «...sovertirebbe le impostazioni etiche» dei rapporti familiari e non rispetterebbe i veri desideri del minore, che non può essere consapevole di sentimenti che gli sono stati impartiti in modo subdolo¹⁷.

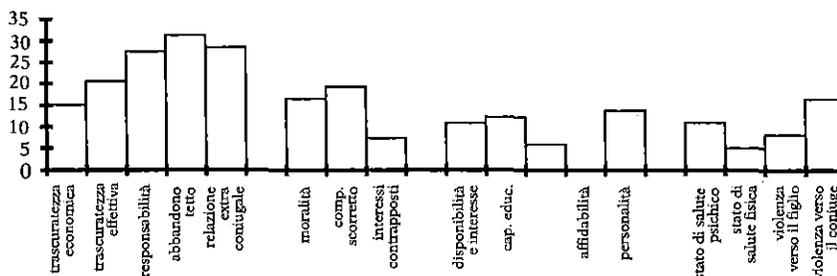
Se il dibattito intorno alla situazione di fatto presenta evidenti contraddizioni, al contrario appare risolta la questione giuridica della colpa e della responsabilità riguardo la fine dell'unione. Tale criterio appare confinato nell'ambito dei rapporti fra i coniugi ed è ritenuto irrilevante ai fini di un provvedimento di affido, dato che più volte si legge anche in sentenza che un pessimo coniuge può essere un ottimo genitore. Eppure, fra gli argomenti oggetto di discussione durante il dibattimento processuale sono ancora numerosi i riferimenti alla responsabilità e/o alla colpa nella separazione (v. gr. 5), sebbene questi stessi elementi non siano poi indicati in modo esplicito nella sentenza. Da notare anche il peso della «genesì» della separazione (v. tab. 2), sempre presente nel dibattimento processuale nonostante più volte sia stato affermato che il rapporto fra i coniugi non deve rilevare ai fini dell'affidamento del figlio.

La malattia mentale costituisce da sempre un indicatore di incapacità genitoriale, pregiudicando ogni possibilità di affidamento. In dottrina, ricordando che l'antica paura della follia non deve necessariamente giocare nelle decisioni dei magistrati, si invita a non escludere aprioristicamente il genitore «malato» o con precedenti di malattia mentale dalla vita del figlio. Tuttavia, l'esigenza di accertare lo stato psicologico di quel genitore impone la moderazione e rende inaccettabile la posizione di taluni Servizi di Igiene mentale che hanno trasformato l'affidamento del minore e le disposizioni che regolano i suoi incontri con il genitore non affidatario in uno strumento ad uso terapeutico. Le tristi condizioni di vita di un malato di mente suscitano immediata simpatia e pietà, ma questi stessi sentimenti non devono oscurare le conseguenze, anche irreversibili, che la malattia può avere sul normale equilibrio emotivo e psicologico del figlio. Se

¹⁷ Dogliotti/1988.

il genitore non può essere considerato «responsabile» delle proprie incapacità, questa stessa responsabilità non deve ricadere sul figlio che, evidentemente, non può essere condannato a divenire egli stesso malato. Queste valutazioni trovano naturale conferma nella prassi, anzi proprio la sussistenza o il semplice sospetto di malattia mentale è una delle motivazioni prevalenti della decisione di non affidare il figlio alla madre.

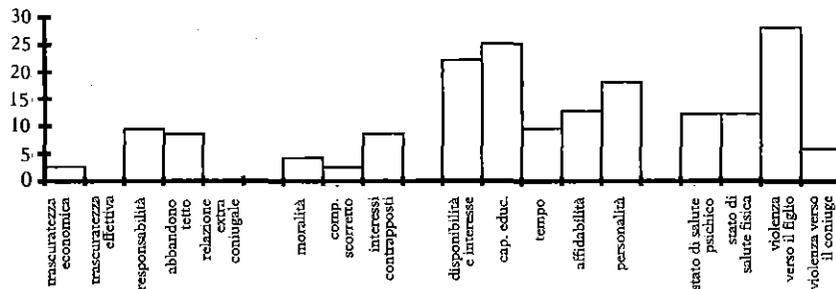
Grafico 5. Elementi descrittivi della personalità. 5.1 Tribunale Ordinario.



Ad ogni procedimento possono fare riferimento più voci che misurano la personalità.

Calcolo percentuale: numero di volte che ogni categoria di informazioni è presente nei procedimenti, rapportata al totale degli stessi.

Grafico 5. Elementi descrittivi della personalità. 5.2 Tribunale per i Minorenni.



Ad ogni procedimento possono fare riferimento più voci che misurano la personalità.

Calcolo percentuale: numero di volte che ogni categoria di informazioni è presente nei procedimenti, rapportata al totale degli stessi.

Di questo gruppo di elementi fa parte anche la discriminazione di genere: i minori tendono ad essere affidati alla madre che, nella sua figura di donna, rappresenterebbe un riferimento concreto e quotidiano nella vita dei figli (il cd. principio materno), mentre il padre costituirebbe solo un simbolo evocato dalla madre per favorire l'interiorizzazione, da parte dei figli, della realtà e della norma. L'apporto delle scienze umane ha peraltro ridimensionato l'esclusività del ruolo delle madri: dato che un legame significativo per lo sviluppo del figlio si crea con l'adulto quando questi si dimostra disponibile al «dialogo» con lui, la posizione primaria della madre, sottolineata in passato dagli psicanalisti e condivisa dal senso comune, si dimostra un fenomeno determinato culturalmente. Di conseguenza in questi ultimi anni si è assistito ad una progressiva rivalorizzazione del padre, mentre si è attenuata la divisione tra ruoli maschili e ruoli femminili nell'azione genitoriale. Tuttavia, se l'indirizzo della corrente dottrina rifiuta il principio materno valutandolo una discriminante, la prassi giudiziaria sembra prediligere ugualmente la figura materna, disponendo forme di affidamento al padre quasi esclusivamente nei casi di evidente e grave inidoneità della madre e ricorrendo apertamente all'affermazione del principio materno nei procedimenti che coinvolgono i minori della prima infanzia.

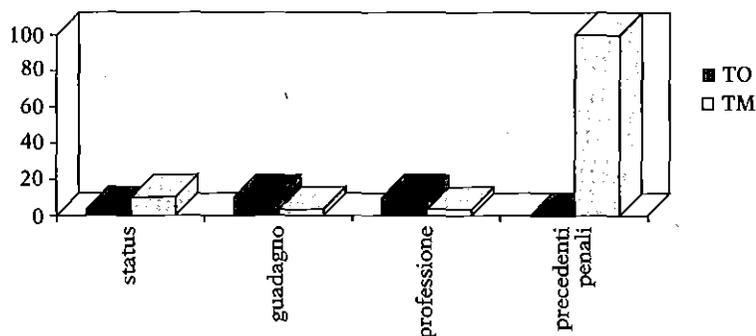
Lo status del genitore

Tra le informazioni sullo *status* dei genitori, non sembra rilevante la fede religiosa: in conformità con la libertà di educare dedotta dai principi della nostra Costituzione, l'indirizzo giurisprudenziale moderno sottolinea l'estraneità del diritto da una questione di principio così intima e privata quale è la scelta religiosa. Unico limite è posto dalle finalità dell'azione giudiziaria, orientata verso la ricerca del miglior interesse della prole¹⁸.

¹⁸ In conformità con gli artt. 30 Cost. e 147 c.c. sull'obbligo di educare che riconoscono ai genitori autonomia delle scelte e dei contenuti circa il loro ruolo di educatori.

Non sembra costituire un valido indicatore di idoneità neppure il tipo di professione svolta dal genitore, valutata sia nei termini della qualità che del trattamento economico. In ordine ad una condotta che potesse essere giudicata «immorale» o all'esercizio di un'attività considerata essa stessa immorale, poiché l'affidamento non può assumere carattere punitivo nei confronti del genitore, la giurisprudenza contemporanea evita di esprimere giudizi, né esclude prioritariamente dall'affido il genitore che attua detti comportamenti. Si osserva ad esempio che attività legate alla prostituzione, alla pornografia o alla professione di entraineuse, precedenti penali o episodi di microcriminalità non hanno costituito di per sé un elemento per la valutazione della non affidabilità e della non idoneità alla cura dei figli. In

Grafico 6. Elementi che descrivono lo status dei genitori.



Ad ogni procedimento possono fare riferimento più voci che misurano lo *status*. Calcolo percentuale: numero di volte che ogni categoria di informazioni è presente nei procedimenti, rapportata al totale degli stessi.

dottrina si afferma lo stesso principio, specificando però che all'esercizio di una professione deviante non deve accompagnarsi una vita disordinata e immorale anche dentro le pareti domestiche, potendo la stessa mettere gravemente in pericolo una normale crescita psicologica dei figli. In tal senso il giudice deve valutare con particolare attenzione le considerazioni che il minore ha di detta attività, il suo possibile senso di vergogna nonché i pericoli derivanti dai rapporti con persone che vivano

ai limiti della legalità e della moralità e che non possono costituire un valido modello educativo. Nella prassi, i tribunali minorili affidano generalmente il compito di accertare gli effetti della condotta genitoriale sui figli agli assistenti sociali o ad altri operatori dei Servizi Pubblici.

Il nucleo familiare del minore come ambiente fisico e relazionale

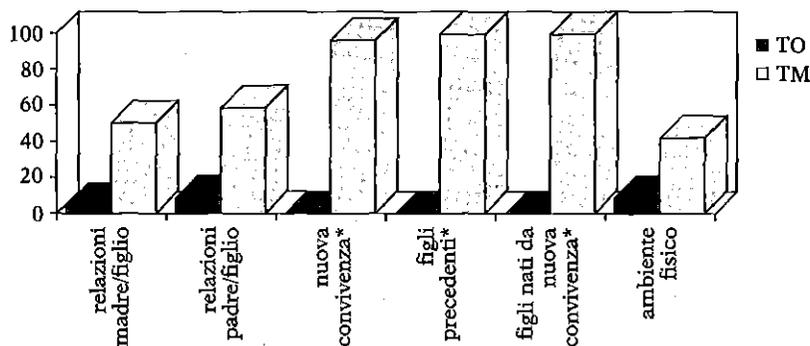
L'ambiente in cui andranno a vivere o resteranno i genitori dopo la separazione è stato valutato facendo riferimento sia al luogo fisico e alle opportunità che esso potrebbe offrire, in caso di affidamento, al minore, sia all'insieme delle persone e delle relazioni possibili che compongono la nuova compagine familiare e il vicinato.

Ad esempio, è stato disposto l'affidamento al genitore perché aveva offerto alla figlia «un alloggio sito in un complesso fornito di parco e di zona giochi», e che aveva creato attorno alla minore «...quel calore di vita negato dalle concezioni di vita dell'altro genitore, che aveva preferito delegare al personale degli asili nido l'allevamento e l'educazione..»¹⁹.

La presenza di persone estranee nel nuovo nucleo familiare conseguente la separazione, rimanda necessariamente al discorso in merito alla convivenza extraconiugale del genitore affidatario. L'indirizzo corrente tende a considerare in positivo l'ingresso del minore nella nuova famiglia, potendo per lui significare un nuovo rapporto affettivo che, se non preclude la continuità dei rapporti con il genitore non affidatario, potrebbe arricchire il suo vissuto emotivo. La giurisprudenza ha dichiarato che la circostanza della convivenza non costituisce di per sé « fatto censurabile o elemento sintomatico di personalità non affidabile e non idonea», incompatibile con l'educazione dei figli, escludendo così che la presenza di una persona estranea sostitutiva del genitore assente possa essere fattore di turbamento per i figli. Ciò è particolarmente vero per i casi trattati dai Tribunali per i Minorenni, dove sono più frequenti i nuclei familiari allargati.

¹⁹ Fascicolo n. 169/90.

Grafico 7. Elementi che descrivono l'ambiente fisico e relazionale in cui andrà a vivere il figlio.



Ad ogni procedimento possono fare riferimento più voci che misurano l'ambiente fisico e relazionale.

Calcolo percentuale: numero di volte che ogni categoria è stata riscontrata nella lettura dei fascicoli, rapportata al totale degli stessi.

4.2.2 La posizione del minore nel processo di separazione

Tra i possibili contenuti attribuiti al criterio dell'interesse, rientrano anche il diritto del minore ad essere ascoltato e capito e il dovere del giudice del Tribunale di disporre provvedimenti tesi a salvaguardare i legami affettivi che il minore ha instaurato con i propri familiari. Se, da un lato, l'indirizzo teorico preme per il rispetto della capacità di scelta del minore, soggetto del processo che vede impegnati i genitori; dall'altro, il legislatore, per questi stessi procedimenti, non ha previsto il consenso dell'adolescente. Nonostante questa mancata previsione, l'orientamento comune attribuisce al giudice la facoltà di ascoltare i minori e di tenere nella giusta considerazione le loro aspirazioni, richiamandosi all'art. 155 c.c. Pertanto, «pur non disponendo l'audizione obbligatoria del minore (la legge) non esime il giudice dal procedere all'ascolto e dal valorizzare i desideri espressi...»²⁰.

I motivi oggettivamente validi per non affidare il minore al genitore da lui prescelto rimandano alla possibilità che tale

²⁰ Manera, 1991.

scelta si riveli fortemente condizionata e pilotata dalle pressioni esercitate dai genitori. Per una comprensione migliore del vero «volere» del figlio, la dottrina ha pertanto invitato i magistrati ad avvalersi della perizia tecnica, così riconoscendo all'esperto, più che al giudice, una maggior competenza in materia di ascolto del minore.

Tab. 3. Procedimenti secondo le fonti e il Tribunale competente

Fonti	TO	TM
genitori	98,3	96,4
ascolto minore	4,6	13,3
parenti e conoscenti	11,9	67,3
nuovi conviventi*	7,0	75,0
CTU (privati e pubblici)	11,9	56,7
altro	4,6	11,3

Il calcolo percentuale relativo ai procedimenti trattati dai Tribunali Ordinari è stato limitato ai procedimenti giudiziari che vertono sulla questione dell'affidamento. In tutti gli altri procedimenti, infatti, la questione del minore è stata risolta in privato dai coniugi prima dell'*iter* processuale.

* Il calcolo percentuale è stato limitato ai procedimenti in cui almeno uno dei due genitori ha dato vita ad una nuova convivenza.

I dati presentati in tabella evidenziano come la prassi giudiziaria in realtà abbia preferito rinunciare all'ascolto del minore, forse temendo di coinvolgerlo nella disputa coniugale. Anche la scelta di ascoltare indirettamente il minore, attraverso il consulente esterno, caratterizza solo in minima parte l'operato dei giudici che, normalmente, preferiscono limitarsi ad interpretare la testimonianza resa dai genitori. Esistono naturalmente differenze anche rilevanti interne ai tribunali considerati, che verranno approfondite più avanti. In generale possiamo però già affermare che il minore coinvolto nella separazione non è mai soggetto attivo del procedimento e che, di conseguenza, i suoi bisogni e i suoi interessi sono dedotti dai contenuti delle deposizioni dei genitori (meno frequentemente da altre figure adulte). Quando le testimonianze rese dagli adulti sono contrastanti, è l'impressione comunicata a livello non verbale dagli stessi che sembra decidere quali siano i bisogni del minore. Non è questa

la sede opportuna per approfondire il tema della comunicazione; mi sembra in ogni modo interessante ricordare che questo dato trova conferma nei risultati di un esperimento da me condotto con un campione di magistrati: in particolare, è emerso che i giudici sono particolarmente attenti al linguaggio non verbale per ampliare il senso delle parole espresse dai genitori, per accertare quanto siano sincere,¹ per verificare il loro stato d'animo (ansia/ serenità,...)²¹.

Il diritto di visita

Il diritto di visita risponde all'interesse del minore a mantenere vivi i rapporti affettivi con entrambi i genitori. Generalmente e in assenza di particolari controindicazioni il giudice ha il dovere di garantirne e favorirne l'esercizio. Per converso, il genitore non affidatario ha il dovere di continuare ad interessarsi del minore e di esercitare un controllo sulla sua istruzione e sulla sua educazione. In tal senso vanno quindi interpretate espressioni del tipo «il genitore non affidatario (...) non solo ha il diritto di avere con sè i figli periodicamente, bensì ha un proprio obbligo in tal senso» rilevate in alcune sentenze²².

²¹ L'esperimento mirava ad evidenziare i meccanismi e le tecniche messi a punto dagli operatori del diritto nella pratica quotidiana. A tal fine ho costruito un originale metodo di rilevazione, in grado di fornire una valutazione qualitativa di alcuni aspetti essenziali del processo decisionale e di comprendere le dinamiche relazionali in gioco. La metodologia e gli strumenti impiegati nell'esperimento costituiscono uno degli aspetti più interessanti di questo lavoro. Sono stati pensati e costruiti come «strumento» di comunicazione con i magistrati, allo scopo di favorire una partecipazione «attiva» e di stimolare i loro interessi professionali e personali. Prendendo spunto dai fascicoli giudiziari ho ideato una serie di video denominati «La storia di...» che riproducevano, sotto forma di monologo, 3 storie di separazione di coniugi con figli minorenni, che ho poi sottoposto a tre campioni di magistrati e di esperti operativi presso i tribunali di Milano e Genova. I soggetti sono stati intervistati individualmente con un questionario autocompilato somministrato dopo la visione di ogni filmato. Le risposte ai questionari sono state codificate e elaborate attraverso l'analisi del contenuto. Si è fatto riferimento alla formula della «content analysis», una tecnica di ricerca che ha lo scopo di realizzare una analisi obiettiva e sistematica dei contenuti.

²² Fascicolo n. 71/91.

Da ciò si evince che gli incontri fra il genitore non affidatario e il figlio, in nome dell'interesse in sé superiore e preminente del minore, possono essere imposti, piuttosto che limitati o negati, qualora ricorrano gravi e comprovate ragioni di incompatibilità del suo esercizio con il benessere del figlio. Considerato che l'orientamento attualmente dominante sottolinea con enfasi l'importanza degli affetti e la continuità dei rapporti, le regolamentazioni del diritto di visita diventano importanti per trattare il delicato equilibrio affettivo ed emotivo del minore.

Perché al trauma della divisione familiare non si aggiunga anche un trauma legato al distacco dal luogo di residenza e dalle persone con cui il minore ha sempre vissuto, i giudici talvolta decidono di mantenere le condizioni di vita antecedenti la separazione, disponendo che gli incontri del figlio con il genitore non affidatario, anche per il periodo estivo, si attuino nel luogo di residenza del minore. In alcuni casi queste decisioni possono rispondere anche alla necessità di esercitare un «controllo» sul genitore non affidatario. In una recente sentenza, in cui si dichiarava che «Il diritto di visita del genitore non affidatario e l'interesse della figlia minore devono ritenersi pregiudicati dalla modifica del luogo di residenza del genitore non affidatario»²³, ad esempio, il giudice intendeva obbligare la madre, persona psichicamente instabile, «senza fissa dimora e in continuo vagabondare», a non allontanarsi dal luogo di residenza del padre e a limitare gli incontri madre figlia nella stessa residenza.

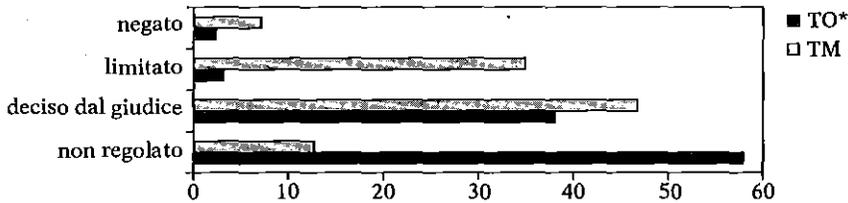
Nei casi in cui persiste una rapporto conflittuale fra i coniugi, o quando il genitore affidatario ha dato vita ad una nuova convivenza, queste stesse limitazioni possono tuttavia rivelarsi di ostacolo all'esercizio del diritto di visita. In tal senso, una sentenza accoglieva l'istanza avanzata dal padre non affidatario, accordandogli di poter tenere presso di sé la figlia minore per un fine settimana ogni quindici giorni; contro le disposizioni iniziali, che prevedevano che gli incontri avessero luogo presso l'abitazione del genitore affidatario, il giudice aveva considerato che la nuova convivenza costituita dalla madre e i pessimi rapporti sussistenti fra gli ex coniugi impedivano un valido rapporto affettivo padre-figlia²⁴.

²³ Fascicolo n. 3070/89.

²⁴ Fascicolo n. 1470/92.

Non sembra pertanto possibile prescindere da un esame attento e competente del complesso insieme dei vissuti che, diversi per ogni individuo, sono difficilmente generalizzati. Dall'analisi globale dei dati in merito è abbastanza evidente che nella maggioranza dei casi il giudice non interviene nella regolazione del diritto di visita, lasciando piena libertà di decisione ai genitori.

Grafico 8. Disposizioni che regolano il diritto di visita.



Dalle considerazioni fatte in questi paragrafi sembrerebbe confermata la tendenza dell'attuale pensiero giuridico a spiegare l'idoneità genitoriale e il benessere dei minori attraverso una analisi psicologica della relazione genitore/figlio. Il genitore «idoneo» all'affidamento, pertanto, è quella figura adulta che, con atteggiamento disponibile ed attento ai suoi bisogni, sa capire il proprio figlio – in alcune sentenze si legge *stimola le sue capacità, favorisce esperienze gratificanti, contiene le sue angosce, comprende e rispetta i suoi interessi...* – e, al tempo stesso, può offrirgli continuità e stabilità di rapporto. Si tratta di un andamento generale, riscontrato sia in dottrina sia in giurisprudenza. Occorre peraltro tener conto, come vedremo nelle prossime pagine, delle differenze anche notevoli che si riscontrano fra i tribunali e, al loro interno, a seconda del tipo di procedimento esaminato.

Resta quindi da valutare *chi* e attraverso quale *orientamento* applica quotidianamente (e/o applicherà negli anni a venire) il principio di interesse del minore all'interno dei tribunali.

4.2.3 Separazioni giudiziali e scioglimento di famiglie di fatto

Nonostante una sostanziale uniformità nel giudizio, come in parte hanno evidenziato anche i dati sull'interesse del minore sopra riportati, dall'analisi è emerso che i tribunali ordinari e minorili seguono due diverse strategie. L'una è tesa a valorizzare la procedura e l'intervento istituzionale (Tribunali per i Minorenni di Genova e Torino); l'altra è prevalentemente orientata ad applicare forme di autoregolazione anche nell'affidamento dei figli minori (Tribunali Ordinari di Genova e Milano).

Tribunale Ordinario

Per ciò che riguarda le separazioni fra coniugi, all'interno dei tribunali ordinari prevale la formula consensuale. In questi casi (oltre il 70% dei procedimenti trattati negli ultimi anni), il giudice formalizza l'accordo raggiunto dai coniugi, tralasciando di indagare la situazione familiare, soprattutto per quanto riguarda i figli minori.

Tab. 4. Rapporto delle separazioni giudiziali su tutte le separazioni secondo il tribunale competente e il tipo di procedimento

T.O.	Tipo procedimento	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	M
Milano	questione economica	38,1	33,3	40,3	76,9	66,7	60,0	n.r.	n.r.	52,5
	questione figlio	28,6	25,0	13,0	7,7	0,0	0,0	n.r.	n.r.	12,4
	entrambe	33,3	41,7	46,7	15,4	33,3	40	n.r.	n.r.	35,1
	Tot.%	100	100	100	100	100	100	100	100	100
Genova	questione economica	54,2	73,6	68,4	64,7	57,2	72,7	64,3	90,0	68,1
	questione figlio	8,4	0,0	5,2	0,0	21,4	9,2	14,3	0,0	7,3
	entrambe	37,4	26,4	26,4	35,3	21,4	18,1	21,4	10	24,6
	Tot.%	100	100	100	100	100	100	100	100	100

Il Tribunale di Genova affronta una quota maggiore di procedimenti di tipo giudiziale che vertono solo su questioni economiche. Questo dato è forse dovuto ad una maggiore presenza di casalinghe nel campione genovese. Inoltre a Genova è maggiore la quota percentuale di procedimenti che, avviati in forma giudiziale, si concludono in tempi relativamente brevi con accordo consensuale fra gli ex coniugi.

Osservando il trattamento delle separazioni giudiziali che vertono solo sulla questione economica, non è molto chiaro come sia assolta dal magistrato la funzione di garante dei diritti. Anche in questi procedimenti, infatti, gli operatori sembrano poco interessati alla situazione familiare dei minori.

I procedimenti giudiziali che prevedono disaccordo dei coniugi sul figlio sono in costante diminuzione. In questi casi il giudice mostra maggiore attenzione alle dinamiche familiari e alla qualità dei rapporti. Tuttavia sembra preferire una valutazione indiretta dell'interesse del minore, affidandosi alle testimonianze dei genitori e, ma più raramente, di altre figure parentali. Sono stati ascoltati direttamente dai giudici solo il 5% del totale dei minori coinvolti nei procedimenti giudiziali; nel 12% dei casi trattati, gli operatori hanno invece preferito delegare tale compito a consulenti esterni o, in misura minore, a operatori dei Servizi Sociali. Pertanto, per quanto riguarda la posizione dei minori nel processo, prevale un atteggiamento paternalistico che suggerisce di non coinvolgerli. (V. tab. 3)

Gli esperti, come i minori, hanno scarsa probabilità di intervenire nel processo. Il giudice richiede una consulenza tecnica in 11 procedimenti giudiziali ogni 100. Il limite agli interventi degli esperti nei processi è probabilmente una conseguenza dei rapporti fra Tribunale e Servizi Sociali, avviati solo di recente e ancora sotto utilizzati. Non va poi dimenticato che nelle separazioni consensuali, che costituiscono la stragrande maggioranza dei procedimenti, la consulenza tecnica non è neanche prevista (v. tab. 3).

I dati inoltre evidenziano un uso improprio della perizia, generalmente psicologica, che i giudici sembrerebbero considerare uno strumento per «giustificare» e rendere accettabile la decisione. A conferma di ciò, nel 46% dei casi in cui era stata chiesta una perizia psicologica, con la formulazione del quesito da proporre all'esperto il giudice chiedeva di valutare «se e in che misura» i coniugi sono in grado di accettare la sentenza e le relative disposizioni. Altrettanto diffusa sembra inoltre la consuetudine di utilizzare l'esperto come figura cui delegare il compito della decisione. In oltre la metà dei casi, infatti, il giudice finalizzava la perizia ad una diagnosi tesa ad individuare il genitore più idoneo all'affidamento del figlio. Quindi si adeguava alle

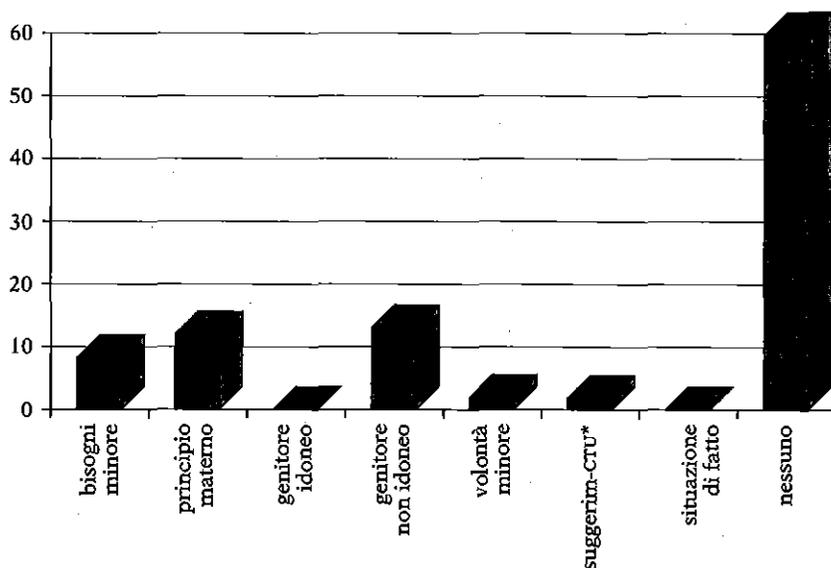
risultanze, motivando la sentenza con i contenuti stessi della perizia.

Un altro importante elemento che emerge dall'analisi é costituito dal calo progressivo dei procedimenti di tipo giudiziale, cui naturalmente corrisponde una diminuzione della durata dei procedimenti. Le vertenze sulla questione dell'affidamento del figlio si riducono notevolmente nel tempo ed il conflitto coniugale si manifesta sempre più apertamente attraverso una contrapposizione a carattere economico (oltre il 60% dei procedimenti giudiziali; v. tab. 4). Per quanto riguarda la durata, nel 1992 si concludono entro l'anno il 20-30% dei procedimenti giudiziali, secondo un significativo incremento che denota la tendenza a ridurre notevolmente la durata dell'iter processuale.

Si riducono drasticamente anche i procedimenti di revisione, passando dal 30% circa dei casi nel 1986 a meno del 10% nel 1992/93.

Il magistrato tende a rigettarli, in particolare quando essi

Grafico 9. Procedimenti di separazione giudiziale secondo i criteri.



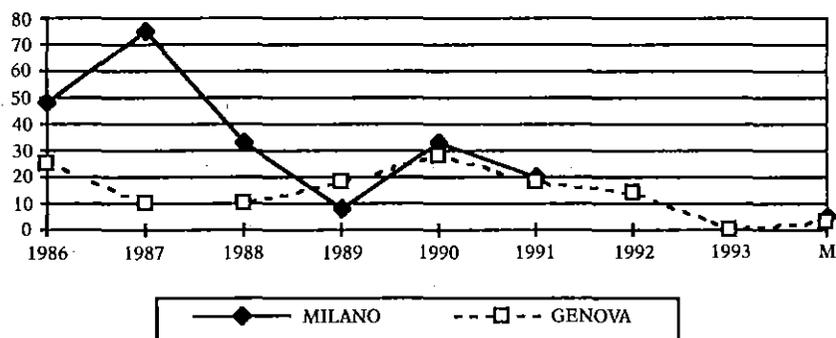
Il valore percentuale è stato calcolato sul totale dei procedimenti giudiziali che vertono sulla questione dell'affidamento.

* Se riferito ai soli procedimenti nei quali è effettivamente intervenuto un Esperto, il peso dei risultati della perizia psicologica sale al 44,8%.

Tab. 5. Procedimenti giudiziari secondo la durata e il Tribunale competente

Anno	T.O.	Durata			Tot. %
		1 anno	2 anni	3 anni	
1986	Genova	62,5	33,3	4,2	100
	Milano	28,6	61,9	9,5	100
1987	Genova	78,9	21,1	0,0	100
	Milano	25,0	41,7	33,3	100
1988	Genova	89,5	5,3	5,3	100
	Milano	20,0	60,0	20,0	100
1989	Genova	70,6	23,5	5,9	100
	Milano	30,8	61,5	7,7	100
1990	Genova	78,6	21,4	0,0	100
	Milano	66,7	33,3	0,0	100
1991	Genova	72,7	23,5	0,0	100
	Milano	70,0	33,3	0,0	100
1992	Genova	72,7	27,3	0,0	100
	Milano	76,7	20,0	10,0	100
1993	Genova	64,3	35,7	0,0	100
	Milano	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.

Grafico 10. Evoluzione dei procedimenti di revisione (1986-1993).



sono stati avviati dal genitore non affidatario e/o vertono sulla questione dell'affidamento del figlio. Sono state accolte solo 14 richieste di revisione sulle 51²⁵ proposte. Di queste ben 11 erano state avviate dai genitori affidatari, solo 3 dai genitori non af-

²⁵ 14 istanze di revisione sono state ritirate.

fidatari. Per converso, su 23 domande respinte 20 erano state avviate dai genitori non affidatari. Ciò potrebbe significare che le domande contrarie allo stereotipo culturale non hanno molte probabilità di essere accolte dal giudice, specie se si considera l'uniformità della decisione, visto che il 90% circa²⁶ dei minori è affidato alla madre.

La diffusione del modello di autoregolazione nel trattamento delle separazioni potrebbe quindi essere finalizzata a privatizzare gli accordi fra i coniugi e a semplificare e velocizzare i tempi e le pratiche dei procedimenti. In tal modo, evidentemente, da un lato diminuiscono i costi economici e psicologici della separazione, dall'altro i tribunali rispondono in modo efficace all'incremento del fenomeno in sé.

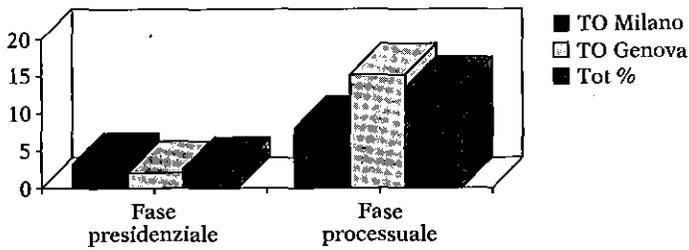
Tuttavia, il ricorso a formule consensuali è anche lo specchio di un clima di generale diffidenza dei coniugi verso il sistema giudiziario: situazione confermata dal fatto che 10 genitori non affidatari e 4 genitori affidatari hanno preferito ritirare la domanda di revisione prima che il giudice si pronunciasse in merito, probabilmente nella convinzione che essa non avrebbe portato ad esiti sperati. Il persistere degli elementi di disaccordo fra i coniugi, invece, rende difficile sostenere che la decisione di desistere da tali richieste sia frutto di una positiva soluzione del problema all'interno della coppia.

Occorre poi ricordare i casi in cui i coniugi stessi, dopo non meno di un anno di dibattimento e senza il sopraggiungere di una sentenza definitiva, hanno deciso di raggiungere un accordo fra loro in forma consensuale. In 33 procedimenti, infatti, il dibattimento processuale si risolve in forma consensuale, senza l'intervento del giudice e, soprattutto, in assenza di elementi tali da far pensare ad un superamento delle controversie.

I dati registrati sin qui dimostrano ampiamente che la politica dell'autoregolazione delle separazioni ha portato ad una effettiva riduzione della litigiosità, tuttavia evidenziano anche che questa stessa riduzione si realizza attraverso un orientamento finalizzato a «scoraggiare» piuttosto che ad affrontare il conflitto fra i genitori.

²⁶ ma il valore percentuale di affidi alla madre si assesta intorno al 70% nelle sentenze emesse dai Tribunali per i Minorenni (v. Tab. 6).

Grafico 11. Procedimenti giudiziari conclusi in forma consensuale secondo la fase del dibattimento.



Questi dati confermano l'andamento nazionale che segnala il «successo» del modello di autoregolazione anche per la questione dei minori e del loro benessere, garantito in buona parte dal *buon senso* dei genitori. Spetta ai coniugi definire in privato le condizioni essenziali della separazione, mentre al giudice – come affermavo nelle pagine precedenti – non resta che dare una copertura di diritto all'accordo già definito. Una consuetudine che non sembra rispettare le intenzioni del legislatore: in base alle attuali disposizioni di legge, il coinvolgimento di figli minori nella separazione dovrebbe imporre una presenza *attiva* del giudice quale «garante» dei diritti di tutte le parti coinvolte, e dell'interesse del minore in particolare. E questo indipendentemente dalla forma che assumerà il procedimento, se cioè esso verrà risolto consensualmente fra i coniugi o in forma giudiziale. I dati dimostrano invece che solo nei procedimenti giudiziari che presentano disaccordo fra i coniugi in merito alla questione dell'affidamento, il giudice prende concretamente in considerazione il minore e i suoi interessi. In questi casi assume informazioni sui minori e prescrive direttamente le regole per i futuri rapporti con i genitori. Preferisce non procedere al loro ascolto indipendentemente dall'età. In genere rinuncia anche alla presenza degli esperti. Ciò vale a dire che l'interesse del minore è valutato semplicemente ascoltando e interpretando le testimonianze dei genitori, in alcuni casi dei familiari.

Abbiamo inoltre avuto modo di vedere che fra gli elementi di giudizio considerati durante il dibattimento prevalgono i riferimenti alla idoneità /non idoneità genitoriale. Per lo più si parla della loro capacità/incapacità educativa nei termini di una gene-

rica disponibilità verso i figli (v. gr. 5) e di trascuratezza morale e/o economica (v. gr. 5). Non mancano poi riferimenti generici riguardanti la moralità (gr. 5) e la personalità (v. gr. 4) dei genitori, oltre ad un'attenta ricostruzione della storia della loro separazione (v. gr. 4).

In altre parole, l'interesse del minore è ricercato e dedotto da un accertamento vago e soggettivo della validità genitoriale, dove la «colpa» – identificata nei casi di abbandono del tetto coniugale e di infedeltà – continua ad avere una discreta importanza (v. gr. 5). Coerentemente con questa valutazione, le motivazioni delle sentenze di affidamento fanno riferimento prevalente alla incapacità genitoriale. (V. gr. 9)

Questo atteggiamento presenta rischi piuttosto evidenti: l'assenza di una posizione paritaria fra i coniugi evidenziata dai dati sul campione delle famiglie (vedi oltre), ad esempio, potrebbe favorire una discriminazione della moglie, economicamente più debole. Questo modello di intervento, se non corrisponde ad una reale sospensione del conflitto, può riproporre la contrapposizione degli interessi nei momenti successivi, ad esempio in sede di divorzio²⁷.

Un altro importante fattore di rischio è dato dal fatto che l'autoregolazione difficilmente viene decisa dai coniugi come coppia. È invece probabile una guida esterna. Oltre il 10 % dei procedimenti avviati in forma giudiziale (il 18% delle separazioni a Genova, il 13% a Milano) si è concluso entro l'anno in accordi consensuali (v. gr. 11). È probabile che gli operatori del diritto, specialmente i legali della coppia, abbiano utilizzato questi spazi per esporre le ragioni sociali, economiche e psicolo-

²⁷ L'esame di un piccolo campione mirato di procedimenti (avviati come separazioni consensuali di coppie con figli minorenni) archiviati presso il T.O. di Genova, ha rivelato che la metà circa di essi (11), in sede di divorzio o nel tempo intercorso fra la sentenza di separazione e quella di divorzio, presentava momenti di conflitto tra gli ex-coniugi. Tali scontri in parte sono stati mediati dai rispettivi avvocati, in parte portati in aula di Tribunale. Il piccolo campione delle separazioni è stato selezionato attraverso un'indagine informatizzata che ha consentito di seguire l'iter giudiziario del nucleo familiare sino alla sentenza di divorzio, di individuare i legali che hanno seguito i procedimenti e avere con loro colloqui informativi rispetto al grado di litigiosità della coppia. L'esiguo numero dei procedimenti esaminati (22), naturalmente, non rende rappresentativi tali risultati.

giche per cui è preferibile un accordo consensuale. Forse la cultura e gli atteggiamenti dei legali hanno determinato le scelte degli ex coniugi orientandole verso una regolazione di tipo amministrativo finalizzata alla ricomposizione degli interessi, quello del minore innanzitutto; o forse, e come è più probabile, tali operatori hanno messo da parte l'interesse del minore, sottolineando i vantaggi economici (reciproci) di una soluzione consensuale.

Quando l'azione degli operatori è tesa a favorire forme auto-regolative, l'interesse del minore appare scarsamente tutelato. È difficile soprattutto credere che i genitori siano in grado di garantire i diritti dei figli nelle loro decisioni, quando queste sono raggiunte in solitudine piuttosto che sotto la spinta delle pressioni o degli inviti alla «ragionevolezza» di quanti li circondano (operatori giuridici e sociali compresi).

Tribunale per i Minorenni

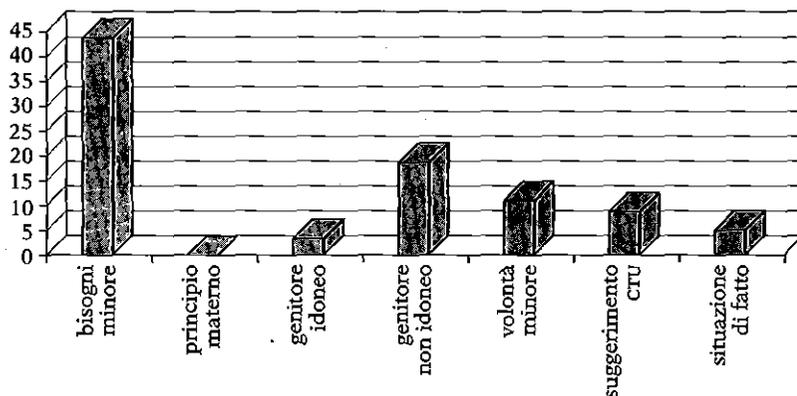
L'atteggiamento dei giudici dei Tribunali per i minorenni è diverso. Qui la questione del minore è stata valutata direttamente e mai subordinata ai problemi degli adulti. Per quanto riguarda il diritto di visita, ad esempio, le prescrizioni che regolano il comportamento degli adulti sono state decise dal giudice proprio in funzione di questo interesse. (V. gr. 8)

Nelle aule dei Tribunali per i Minorenni è inoltre aumentata la probabilità che i minori, compatibilmente con l'età, siano direttamente ascoltati dal giudice (13%). In questi casi, la decisione rispondeva positivamente alle loro richieste dato che, nel pronunciare la sentenza, il giudice faceva appello alla volontà del minore (12% dei casi).

In ogni modo, come avveniva per le separazioni, anche nei Tribunali per i Minorenni i giudici hanno preferito delegare l'ascolto a figure extragiuridiche, prevalentemente dei Servizi Sociali (55%) (v. tab. 3).

È evidente, rispetto ai tribunali ordinari, il maggiore peso delle revisioni – avviate nel 51% dei casi (43% a Torino, 57% a Genova) –, andamento spiegato in parte da una propensione maggiore dei giudici minorili ad accogliere la domanda, dato che è stato accolto il 42% delle istanze. Peraltro anche tra le fa-

Grafico 12. Convivenze di fatto secondo i criteri.



miglie di fatto permane la tendenza a ritirare la domanda prima che il giudice abbia potuto esprimere un parere al riguardo (17% dei casi). D'altra parte il peso dei procedimenti di revisione è comprensibile anche in considerazione della natura stessa dei procedimenti regolati dall'art. 317 bis c.c. Il carattere di provvisorietà dei decreti di affidamento infatti consente ai genitori di opporsi alla decisione di affidamento sino a che permane lo stato di minore età del figlio. A questo dato possiamo aggiungere una minore uniformità di giudizio sull'affidamento. La consuetudine di affidare i minori alla madre rimane ma il numero degli affidi ai padri in questo caso aumenta sensibilmente. Occorre poi considerare la giovane età di una parte considerevole dei genitori (il 40% circa ha un'età compresa tra i 18 e i 25 anni; il 12% è minorenni) cui spesso si accompagna uno stato di dipendenza socioeconomica dal nucleo di origine (oltre il 20% è in attesa di un'occupazione; nel 10% circa dei casi il figlio è nato da una relazione senza stabile convivenza fra i genitori). Queste caratteristiche hanno favorito il coinvolgimento attivo dei nonni nel procedimento: nell'11% dei casi gli avi hanno avviato personalmente il dibattimento, generalmente con la speranza di ottenere l'affidamento del nipote.

Dai dati sul dibattimento processuale è emersa una maggiore attenzione al vissuto del minore e alla qualità delle relazioni interfamiliari. Generalmente, per acquisire le informazioni sul figlio, il giudice ha ascoltato anche le figure non parentali per lui importanti e gli operatori dei Servizi Sociali con i quali ha atti-

vato e promosso forme di collaborazione. All'esperto è stato affidato sia il compito di «dare voce» ai minori (63% dei casi in cui è intervenuto), sia quello di seguire la famiglia con opere di mediazione per periodi medio-lunghi (52%). Fra gli elementi che rientrano nel giudizio prevalgono valutazioni circa la qualità dei rapporti interfamiliari e i bisogni del minore. Per quanto riguarda l'idoneità genitoriale, oltre alla capacità educativa è frequente il richiamo alla affidabilità. Fra gli elementi generici, è costante l'attenzione per l'ambiente in cui andrà a vivere il minore (in particolare la presenza di figli nati da nuove convivenze o il distacco da legami affettivi non parentali ma importanti per il minore). Generalmente sono proprio gli accertati bisogni del minore a determinare il senso della decisione (v. gr. da 4 a 7).

Queste differenze possono essere in parte interpretate come una conseguenza del diverso contesto operativo. I procedimenti di affidamento dei figli minori in caso di separazione dei genitori costituiscono solo una piccola percentuale dei procedimenti trattati dai Tribunali per i Minorenni, che, per quanto riguarda le questioni di diritto civile, fa prevalente riferimento ai casi di abbandono o trascuratezza. Al contrario, i tribunali ordinari si occupano di minori solo nei casi di separazione e divorzio dei genitori.

Sappiamo inoltre che i giudici minorili hanno attivato da molti anni forme di collaborazione con i servizi territoriali e con esperti privati, ma in misura minore. Lo stesso non può dirsi per i giudici dei tribunali ordinari che hanno attivato di recente, e per lo più solo occasionalmente, forme di collaborazione con figure di esperti dei problemi minorili non giuristi.

Non ultimo, infine, merita di essere ricordato che molte famiglie di fatto rientrate nel campione dei casi esaminati dai Tribunali per i minorenni in media hanno già vissuto esperienze analoghe per il fallimento di precedenti relazioni (matrimoni o convivenze nel 20% dei casi), con presenze all'interno del nucleo di figli nati da precedenti relazioni. Lo stesso non si ha per il campione di coppie coniugate, dove solo il 2% del campione ha avuto analoghe esperienze. In merito è interessante evidenziare alcune differenze significative che caratterizzano la famiglia tipo che si rivolge al Tribunale Ordinario piuttosto che al Tribunale per i Minorenni. Nel primo caso si tratta di famiglie nella «norma», di estrazione socioculturale media (con tendenza verso

il basso). Diverso il discorso per quanto riguarda le famiglie che si rivolgono al Tribunale per i Minorenni. In parte si tratta di nuclei familiari in forte stato di disagio (con problemi di ordine economico), in parte ancora inseriti nelle famiglie di origine. È evidente che tali differenze incidono sul modo di operare dei due tribunali.

Nel complesso l'esame dei dati presentati in queste pagine ha identificato nel giudice delle famiglie di fatto la figura giuridica che meglio rappresenta il punto di cerniera fra le direttive della Convenzione del 1989 e la questione dell'interesse dei minori. Il suo modo di operare rientra infatti nell'indirizzo teorico che ha idealizzato il modello di giudice portavoce dei diritti del minore.

Commentando i dati relativi al tipo di intervento realizzato all'interno dei tribunali ordinari sollevavo alcune perplessità sull'effettiva possibilità, per il giudice, di garantire il benessere del minore qualora la sua azione fosse mirata a favorire forme più o meno esplicite di autoregolazione della separazione. Anche all'interno dei Tribunali per i Minorenni mi pare concreta la possibilità di perdere di vista il minore e i suoi interessi, per quanto ciò sia dovuto ad un indirizzo sostanzialmente diverso. A mio avviso infatti la costante presenza dei Servizi Sociali con funzioni di controllo e di mediazione sulle famiglie comporta il rischio di un controllo eccessivo e indiscriminato sui genitori e, di riflesso, sul loro modo di rapportarsi con i figli.

La sentenza

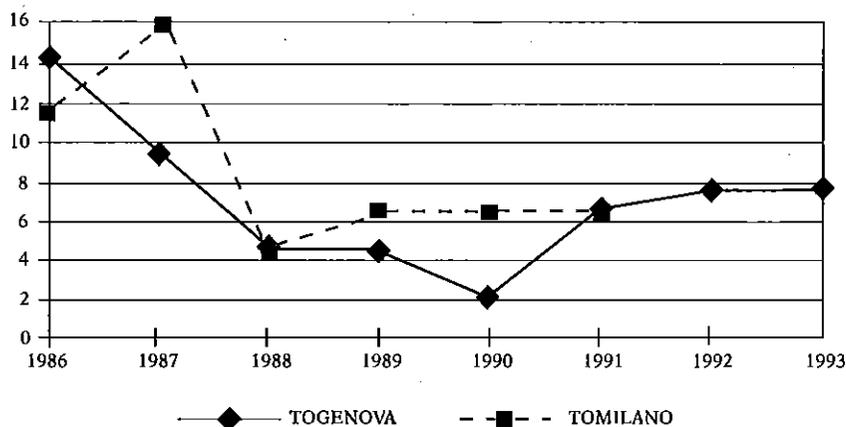
I dati sugli affidamenti hanno confermato il carattere uniforme delle decisioni sui minori, affidati prevalentemente alla madre (80% circa dei casi). Per le separazioni coniugali è stato possibile ricostruire l'evoluzione storica degli affidamenti (1986-1993).

In conformità con la tendenza nazionale, questi dati indicano un progressivo calo degli affidi al padre.

La tab. 6, che rapporta i dati sugli affidi secondo la tipologia dei procedimenti e il Tribunale competente, ha evidenziato alcune differenze rilevanti.

Si nota ad esempio una relativa caduta degli affidi alla madre

Grafico 13. Separazioni giudiziali secondo l'evoluzione degli affidi al padre.



Tab. 6. Tipologia affidi secondo il Tribunale e il tipo di rocedimento

Tipologia affido	Tipo procedimento	Tribunale		
		Genova	Milano	Torino
Madre	consensuale	89,9	86,3	n.r.
	giudiziale	87,6	81,3	n.r.
	art. 317 bis c.c.	65,9	n.r.	67,2
Padre	consensuale	6,4	8,4	n.r.
	giudiziale	8,7	10,0	n.r.
	art. 317 bis c.c.	13,2	n.r.	8,6
Altro	consensuale	3,7	5,3	n.r.
	giudiziale	3,7	8,7	n.r.
	art. 317 bis c.c.	21,0	24,2	n.r.

nei Tribunali per i Minorenni e, limitatamente al campione delle separazioni personali, nei procedimenti con sentenza. Sempre nei Tribunali per i Minorenni, i nonni hanno le stesse probabilità dei padri di diventare affidatari del minore. Probabilmente questo dato è direttamente conseguente alla giovane età e alle condizioni socio economiche della coppia convivente, descritte nelle pagine precedenti.

Tab. 6.1 Tipologia affidi «altro»

Affidi «altro»	T.O Genova	T.O Milano	T.M Genova	T.M Torino
un figlio per genitore	4,5	6,4	23,1	100,0
nonni	0,0	0,0	10,1	8,6
alternato	1,5	1,5	0,0	10,3
congiunto	0,0	1,5	4,7	3,4
sostitutivo	0,0	0,0	3,9	0,0

* Il valore percentuale degli affidi di un figlio per genitore è stato ottenuto rapportando il numero degli affidi sul totale dei nuclei familiari con 2 o più figli minori.

Considerata l'esiguità numerica dei casi di affidi «altro», questa tabella, pur suggerendo interessanti considerazioni, non è statisticamente significativa.

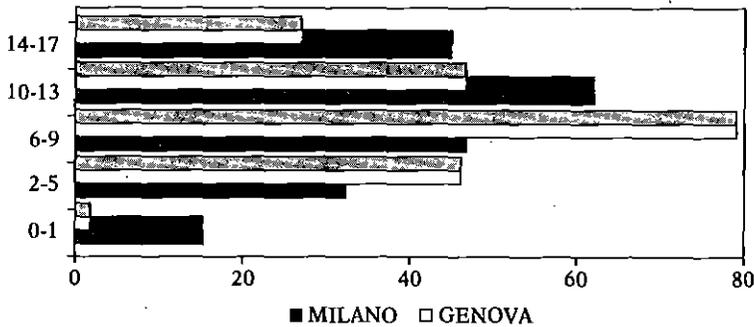
Accanto a questi dati si può aggiungere che, in tutto il periodo osservato, le disposizioni di affidamento in favore del padre sembrano più frequenti nei casi di minori in età adolescenziale.

Tab. 7. Affidi al padre o ai nonni secondo l'età dei minori

Tribunale	tipo affido	0-1	2-5	6-9	10-13	14-17
T.O Genova	padre	0,0	5,6	4,8	9,0	11,5
	nonni	0,0	0,0	0,0	0,	0,0
T.O Milano	padre	5,6	7,1	7,0	12,1	15,0
	nonni	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
T.M. Genova	padre	0,0	0,0	15,4	25,0	100,0
	nonni	0,1	3,8	12,5	25,0	0,0
T.M. Torino	padre	5,0	3,7	13,9	25,9	33,3
	nonni	0,0	5,6	11,1	18,5	11,1

In pratica, nei primi anni di vita vale il principio secondo cui i minori hanno bisogno della costante presenza materna. Una convinzione che sembra appartenere ai genitori stessi. Dall'osservazione dei dati dei tribunali ordinari, infatti, si rileva che nei procedimenti di tipo consensuale i coniugi concordano per l'affidamento dei figli alla madre, e ciò è tanto più frequente quanto minore è l'età dei figli in questione. Le coppie con figli in età

Grafico 14. Rapporto dei procedimenti che prevedono il dibattimento sul figlio sulle separazioni giudiziali.



CHI QUADRO = 10,41 (P:0,5 < 0,2)

prescolare, inoltre, ricorrono in giudizio sulla questione dell'affidamento meno frequentemente delle altre.

Per spiegare questa tendenza certamente occorre fare riferimento al senso comune, che, nonostante gli studi più recenti lo smentiscano, ritiene indispensabile per il bene dei figli, specie se piccoli, la presenza materna. È in ogni modo probabile che le nuove scoperte in campo medico e psicologico, divulgate dalla nascita dei movimenti in difesa dei padri non affidatari, di recente costituzione, così come l'ormai consolidata affermazione delle donne nelle politiche sociali ed economiche del paese, nel tempo potrebbero portare a modificare le credenze tradizionali circa i ruoli genitoriali.

Peraltro si deve considerare che l'affidamento alla madre è dato per scontato quando i figli rientrano nella prima infanzia, i primissimi mesi di vita, che richiede un notevole impegno di cura quotidiana. Rimane difficile capire se ciò sia conseguente all'applicazione del principio materno o, piuttosto, non corrisponda ad un atteggiamento psicologico dei singoli genitori, per cui, ad esempio, i padri potrebbero non essere realmente motivati ad ottenere l'affidamento.

Dall'analisi dei dati sulle motivazioni che hanno determinato la scelta del genitore affidatario è emersa una corrispondenza abbastanza evidente fra le prove di «non idoneità» della madre (disturbi mentali) e la decisione di non affidarle il figlio. Vale a

Tab. 8.1 Tipologia affidi secondo i criteri di giudizio

Criteri/Affidi	T.O			T.M		
	madre	padre	altro	madre	padre	altro
bisogni minore	9,8	14,6	7,3	44,6	8,9	27,2
volontà minore	2,0	6,3	51,3	15,6	17,5	3,7
idoneità genitore	6,0	0,0	0,0	3,6	37,6	12,8
non idoneità genitore	15,9	47,9	0,0	21,5	47,6	0,0
principio materno	11,7	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0

Ad ogni procedimento possono fare riferimento più voci che misurano i criteri di giudizio.

Calcolo percentuale: numero di volte che ogni categoria è stata rilevata dalla lettura di ogni fascicolo, rapportata al totale dei procedimenti.

Tab. 8.2 Tipologia affidi secondo gli elementi di giudizio

Criteri/Affidi	T.O			T.M		
	madre	padre	altro	madre	padre	altro
relazioni interfamiliari	14,6	15,7	18,0	94,8	100,0	79,3
vissuto minore	3,5	30,0	4,3	44,8	35,7	34,1
idoneità genitore	15,1	25,7	13,5	31,1	100,0	40,8
non idoneità genitore	90,3	98,9	71,3	69,7	95,7	83,7
colpa	90,5	95,7	81,3	10,3	10,0	13,8

Ad ogni procedimento possono fare riferimento più voci che misurano gli elementi di giudizio.

Calcolo percentuale: numero di volte che ogni categoria è stata rilevata dalla lettura di ogni fascicolo, rapportata al totale dei procedimenti.

dire che se l'aspetto della coppia è normale i figli vanno alla madre, se è percepito come anormale si aprono le altre soluzioni.

Le altre forme di affidamento hanno tuttavia minore consistenza e raramente raggiungono valori percentuali rilevanti. Fra queste, in presenza di due o più figli minori, si osserva prevalsa la scelta di affidare un figlio per genitore secondo forme diverse, dall'affidamento congiunto a quello alternato.

I dati ora descritti suggeriscono che l'idea guida di fondo

verso la scelta del genitore affidatario corrisponde a una netta distinzione dei ruoli genitoriali. Relativamente al padre sembra che i giudici considerino su tutto la sua funzione di esempio per i figli (tempo, disponibilità, morale, tipo di professione...). La madre, al contrario, sembrerebbe valutata in funzione di un rapporto più intimo e profondo con i figli, in continui riferimenti alla personalità e all'equilibrio personale. Ciò è confermato anche dal fatto che nei casi in cui le prove di non idoneità sono a carico di entrambi i genitori, il minore tendenzialmente è affidato alla madre.

Per quanto riguarda il diritto di visita, le restrizioni sono più frequenti nei casi di affidamento del minore al padre (generalmente dovuto ad una incapacità materna). Probabilmente il giudice interviene con autorevolezza, ponendo dei limiti ai luoghi e agli orari degli incontri, per salvaguardare un rapporto - quello con la madre - giudicato pericoloso ma necessario per il minore.

5. *Note conclusive*

Nelle questioni che riguardano la famiglia e i minori, il diritto dovrebbe rinunciare a schemi tipicamente giuridici del tipo «legale/ illegale» in favore di valutazioni circa ciò che è «bene/ o male» per il minore. Naturalmente, anche il contenuto del procedimento dovrebbe cambiare, passando da un giudizio sui comportamenti degli adulti a valutazioni psicologiche della qualità dei rapporti genitore-figlio.

La decisione di affidamento, secondo le attuali normative, dovrebbe quindi essere il risultato di un'attenta valutazione dell'interesse di ogni minore, in considerazione delle sue specificità.

I dati presentati nelle pagine precedenti hanno evidenziato, nella fase processuale del dibattimento, una certa attenzione al minore e ai suoi vissuti, ma con differenze nei Tribunali Ordinari e per i Minorenni.

Nei Tribunali Ordinari prevale la spinta alla deregolazione delle separazioni, secondo un orientamento astensionistico. Le modalità di intervento riscontrate hanno il merito di ridurre i tempi di conclusione del processo, ma rendono difficile per il

magistrato conciliare il ruolo di «certificatore» di diritto con quello di «garante» dell'interesse del minore.

L'orientamento dei giudici dei Tribunali per i Minorenni, a prima vista, sembra più idoneo a recepire il contributo delle scienze psicologiche e sociali e ad attivare forme di collaborazione con figure di esperti non giuristi. I dati in particolare registrano l'emergere di proposte nuove (ad esempio la mediazione familiare) che hanno il merito di offrire alla coppia che si separa servizi di sostegno e di aiuto psicologico, anche nel dopo separazione. (v. tab. 5) Tali interventi tuttavia presentano un duplice rischio di eccessivo controllo sulla famiglia e di delega ai Servizi Sociali delle questioni giuridiche.

In questo contesto di certificazione del diritto o di delega ai Servizi Sociali, appare evidente la contraddizione in merito al ruolo del giudice, che da un lato sembra disposto a delegare ai coniugi o ai Servizi Sociali la decisione, dall'altro non può rinunciare alla funzione di «garante» dell'interesse del minore.

Bibliografia essenziale

- AA.VV., *Les familles d'aujourd'hui*, Editione l'ined, Parigi, 1986.
- AA.VV., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, ESI, 1988.
- AA.VV., *I figli contesi. L'affidamento dei minori nelle procedure di separazione*, Milano, Unicopli, 1990.
- M. Barbagli, *Provando e riprovando. Matrimonio e divorzio in Italia e negli altri paesi occidentali*, Bologna, Il Mulino, 1991.
- Barone-Ligas, *Nuova generazione*, Roma, Nuova Italia Scientifica, 1995.
- Berghè-Bertolotti, *L'adozione dei minori nelle legislazioni europee, storie di servizi e di minori*, Milano, F. Angeli, 1994.
- N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990.
- E. Caffo, *Bambini divisi*, Milano, Unicopli, 1984.
- I. Cividali, «Quale è il ruolo del giudice dei minori?», in *Esperienze di giustizia minorile*, n. 2, 1988, pp. 9 e ss.
- A. De Cupis, «Crisi della famiglia legittima e supplenza della famiglia di fatto», in *riv.dir.civ.* II, 1982, pp. 610 ss.
- G. De Leo, *La perizia psicologica in età evolutiva*, Milano, Giuffrè ed, 1990.
- A.M. Dell'Antonio, *Ascoltare il minore*, Milano, Giuffrè, 1990.
- De Marco, «Il giudice tra genitore e minore nelle procedure di azione e affidamento», in *dir.fam.pers.*, 1988, pp. 512 ss.
- M. Dogliotti, *L'interesse dei figli nella sep.* in «Dir. di Fam. e Pers.» 1986, pp. 221-225.
- J. Elster, *Solomonic judgements: against the best interest of the child*, 1989.

- L. Friedman, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, Il Mulino, 1985.
- C. Galimberti-M. Farina, *Analisi del contenuto*, Milano, Centro Studi e Ricerche sulla Famiglia, Università Cattolica, 1987.
- A. Giasanti-C. Carabetta, *Quale giustizia per i minori?*, Milano, Unicopli, 1987.
- M. King-Trowell, *Children's welfare and the law*, Londra, Sage publ., 1992.
- M. King-C. Kratz, «La notion d'interêt de l'enfant en droit», in *eui working papers in law*, n. 26, Badia Fiesolana, 1992.
- M. King, «Il paradosso arriva in Scozia. La protezione dei bambini nel sistema dei Children's hearing», in *Come il diritto tratta le famiglie*, pp. 31 ss.
- N. Luhmann, *La differenziazione del diritto*, Bologna, Il Mulino 1990.
- G. Maggioni, *Il divorzio in Italia*, Milano, Angeli, 1988.
- G. Maggioni-V. Pocar-P. Ronfani, *La separazione senza giudice*, Milano, Angeli, 1988.
- G. Maggioni, (a cura di), *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell'infanzia*, Urbino, Quattroventi, 1995.
- G. Manera, *Criteri di affidamento della prole nel giudizio di separazione*, «Giurisprudenza» 1991, pp. 41-47.
- A.C. Moro, *Il bambino è un cittadino*, Milano, Mursia, 1991.
- A. Podgorecki, «Verso una sociologia dei diritti dell'uomo», in *Sociologia del diritto*, 1989, pp. 131 ss.
- M. Pradi-C. Saraceno, *I figli contesi*, Milano, Unicopli, 1991.
- A. Quadrio-D. Pajardi, *Interazione e comunicazione nel lavoro giudiziario*, Milano, Giuffrè, 1993.
- D. Richer, *Il bambino estraneo*, Scandicci, La Nuova Italia, 1992.
- P. Ronfani, *I diritti del minore*, Milano, Guerini scientifica, 1998.
- C. Saraceno, *Sociologia della famiglia*, Bologna, Il Mulino, 1988.
- R. Treves, *Sociologia del diritto*, Torino, Einaudi, 1987.
- G. Zagrebelski, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

**GRIGLIA DI RILEVAZIONE DATI
ANALISI DI FASCICOLI E SENTENZE**

Numero di identificazione del fascicolo: Nr. _____ / 19...

a) Identificazione del procedimento

1 - Città

- Genova
- Milano
- Torino

2 - Tipo Tribunale

- Tribunale Ordinario
- Tribunale per i Minorenni

3 - Tipo di procedimento

- Separazione Consensuale
- Separazione Giudiziale
- art. 317bis c.c.

4 - Solo se Separazione Giudiziale, tipologia contenzioso

- questione economica
- questione del figlio
- entrambe

b) Nucleo familiare

5 - Numero dei figli

- 1
- 2
- 3 e più

6 - Età figli

- fino a 1 anno
- 2-5
- 6-9
- 10-13

7 - sesso figli

- (M) (F)
- (M) (F)
- (M) (F)
- (M) (F)

14-17 (M) (F)

8 - Et  genitore affidatario

- fino 29
 30-39
 40-49
 50-oltre

9 - Sesso genitore affidatario

- (M) (F)
(M) (F)
(M) (F)
(M) (F)

9 - Et  genitore non affidatario

- fino 29
 30-39
 40-49
 50-oltre

10 - Sesso genitore non affidatario

- (M) (F)
(M) (F)
(M) (F)
(M) (F)

11 - Residenza dei genitori dopo la separazione

- stesso Comune
 Comuni diversi della stessa Regione
 Regioni diverse
 Nazioni diverse

12 - Diritto di visita del genitore non affidatario

- a) stabilito dal giudice concordato dai genitori
b) limiti di: (tempo) (luogo) (altro) _____
c) negato a: (genitore non affidatario) (altro) _____
d) concordato dai genitori

13 - Altro _____

c) Procedimento

14 - Durata (espressa in anni)

- meno di 1
 1-3
 4 e oltre

15 - Affidamento dei figli a:

- madre
 padre
 altro (alternato)
(congiunto)
(nonni) (paterni)
(materni)
(altro) _____

16 - Istanza di revisione

- si
 no

Se no, passa alla domanda 20

17 - Se si, avanzata da

- genitore affidatario
 genitore non affidatario
 altro _____

18 - Orientata verso la trasformazione dell'affidamento in

- affidamento al genitore non affidatario
 affidamento alternato
 affidamento congiunto
 variazione del diritto di visita (specificare _____)
altro (specificare _____)

19 - Esito dell'istanza di revisione

- accolta (in parte) (in tutto) (Motivazione _____)
 respinta (Motivazione _____)
 ritirata

20 - (in tutti i casi) Fonti di informazioni

- ascolto dei genitori (insieme)
(separatamente)
 ascolto del minore
 ascolto di terzi (parenti)
(amici)
(altro)
 perizia di Esperti (Tecnica)
(Psichiatrica)
(Altro _____)
 CTU di parte
 ascolto di Operatori dei Servizi Sociali (_____)
 altro (_____)

d) Elementi di giudizio

21 - Relazioni

- rapporti padre-figlio
 rapporti madre-figlio
 analisi psicologica delle dinamiche relazionali del nucleo

altro (_____)

22 - Minore

- caratteristiche specifiche
- situazione personale
- vissuti psicologici
- situazione di fatto
- sesso
- età
- altro (_____)

23 - Genitore

- personalità
- capacità educativa
- moralità
- responsabilità nella separazione
- relazione o convivenza con nuovo partners
- atti di violenza contro (il coniuge)
(il figlio)
(altro _____)
- tempo dedicato ai figli
- trascuratezza (economica)
(affettiva)
- comportamento pregiudizievole
- stato di salute (psichica)
(fisica)
- sesso
- età
- altro _____

24 - Riferimenti generici

- genesi della frattura coniugale
- status sociale dei genitori
- capacità di guadagno del coniuge
- professione
- ambiente in cui i genitori andranno a vivere dopo la separazione
- litigiosità

e) Criteri di giudizio

25 - Motivazioni alla sentenza

- soddisfa quotidianamente i bisogni psico-biologici del figlio
- protegge sinceramente agli occhi del figlio l'immagine dell'altro genitore
- sopperisce meglio ai bisogni fisici e naturali del figlio

- genera nel minore un senso di fiducia e sicurezza
- nessuna
- altro _____

f) Esperti

26 - Affidi proposti dal CTU nella perizia

- madre
- padre
- altro (_____)

Motivazione _____

27 - Sono stati

- (accolti) (in parte)
- (in tutto)

(respinti)

Motivazione _____

28 - Affidi proposti dal CTU di parte

- madre
- padre
- altro (_____)

Motivazione _____

29 - Sono stati

- (accolti) (in parte)
- (in tutto)

(respinti)

Motivazione _____

30 - Strumenti di rilevazione delle informazioni acquisite dal CTU nel colloquio con gli ex-coniugi

- test proiettivi interazione così come è percepita dai soggetti
- test non proiettivi interazione così come è percepita dal CTU

31 - Osservazione dei soggetti e acquisizione di informazioni in

- risoluzione dei problemi
- assunzione di decisioni
- risoluzione di conflitti
- vita quotidiana

32 - Utilizzo del videotape

- si
- no

OSSERVAZIONI

