

La struttura della decisione e i limiti dell'intervento giudiziario nell'affidamento della prole

di Valerio Pocar

Le tematiche connesse ai limiti dell'intervento giudiziario nella soluzione dei problemi concernenti la prole nei casi di separazione e di divorzio sono molteplici e possono essere affrontate da differenti punti di vista, tanto sotto il profilo del metodo quanto sotto il profilo disciplinare. Il mio contributo sarà limitato alla considerazione dei limiti dell'intervento giudiziario con riferimento alla struttura delle decisioni che il processo giudiziario consente e utilizza.

È del tutto banale osservare che il conflitto nella coppia genitoriale – e poco importa che si tratti del conflitto di una coppia unita in matrimonio o del conflitto tra due soggetti conviventi *more uxorio* – rappresenta una situazione segnata da contraddizioni e da tensioni particolari e particolarmente acute, tra le quali si segnala, per quanto ora c'interessa, la contraddizione tra gli interessi degli adulti e gli interessi del minore. D'altro canto, è ben noto che, in accordo con la nostra legislazione, come del resto con la legislazione della grande parte almeno dei paesi occidentali, è sancito il criterio della prevalenza dell'interesse del minore rispetto all'interesse degli adulti.

Ora, il criterio del preminente interesse del minore è appunto un criterio, non una regola precisa. La nozione dell'interesse del minore è quanto mai vaga, tanto da potersi rendere, per taluni versi, anche profondamente equivoca, e in un certo senso appare priva di un contenuto definito. Più precisamente, tale indicazione normativa può scindersi in due parti: l'aggettivo «premi-

* *Presentato dall'Istituto di Sociologia.*

nente» possiede un autentico contenuto normativo e si traduce in una regola o meglio uno schema deontologico che orienta l'agire degli operatori del diritto e degli altri operatori eventualmente implicati, mentre la locuzione «interesse del minore» resta, sotto il profilo normativo, una pura astrazione che non fornisce precise indicazioni in merito a ciò che concretamente è opportuno o non è opportuno per il minore in caso di conflitto tra o con i suoi genitori.

Sotto questo profilo, come del resto sotto tanti altri profili, il diritto mostra carenze di carattere strutturale, come tali forse non sormontabili. Da un punto di vista molto generale, possiamo assumere che il diritto, tra le sue molteplici funzioni, abbia anche quella di rappresentare un complesso meccanismo attraverso il quale un conflitto sociale o individuale si ristrutturava in termini di conflitto giuridico (quindi, per sua natura, individuale) e costituisca un complesso meccanismo mediante il quale il conflitto giuridico si definisce tramite la produzione di regole particolari valide per i particolari soggetti implicati. Come c'insegnano i giuristi, ma il punto può essere benissimo condiviso dai sociologi del diritto, la decisione del giudice è la legge del caso particolare. E queste regole particolari sono naturalmente destinate ad essere valide e a dispiegare la loro efficacia per la durata del rapporto conflittuale ovvero di quello che ha portato al conflitto, per un tempo più o meno breve secondo il tipo di rapporto che viene in considerazione. La loro efficacia dunque potrà esaurirsi in un unico punto di tempo ovvero potrà essere destinata a durare per un tempo indefinito e magari per sempre. Per chiarire il concetto: se una sentenza condanna Tizia a pagare una somma a Caio, quando il pagamento è avvenuto, la questione è interamente esaurita, almeno dal punto di vista del diritto (Tizia e Caio resteranno egualmente contenti o scontenti e il loro conflitto potrà essere tutt'altro che esaurito o risolto, ma questo al diritto non interesserà più).

Nel caso di un conflitto matrimoniale, la decisione del giudice viceversa non esaurisce affatto la questione, perché le regole dettate sono destinate ad estendere nel tempo la loro efficacia, e ciò tanto più se la coppia ha figli: in tal senso, l'efficacia della decisione tenderà a prolungarsi all'infinito, giacché, se si può cessare di essere coniugi, non si può evidentemente cessare di essere genitori, per tutta la vita.

Sotto questo profilo, dunque, il diritto potrà produrre soluzioni definitive e irrevocabili, come nel caso di una sentenza passata in giudicato di condanna al pagamento di una somma, ovvero potrà produrre soluzioni valide solo *rebus sic stantibus*, legate dunque alla situazione concreta del momento in cui sono state pronunciate, ma sempre necessariamente rivedibili, se tale situazione venisse a modificarsi. Quest'ultimo è precisamente il caso delle soluzioni che il diritto offre in caso di conflitto tra i membri di una coppia genitoriale.

Orbene, la struttura giudiziaria (e con questa espressione alludo a tutto il complesso meccanismo che porta alla definizione di soluzioni per un caso, e quindi non alludo evidentemente solo al giudice) è organizzata per produrre piuttosto soluzioni del primo tipo, di quelle cioè che si esauriscono in un punto, piuttosto che di quelle del secondo tipo. In altri e più precisi termini: la struttura giudiziaria è organizzata per individuare soluzioni fondate sulla diade ragione / torto, che in termini legali si traduce in quella legale / illegale (giuridico / anti-giuridico), tramite un procedimento logico di tipo decisorio e dicotomico. Le soluzioni del secondo tipo richiedono invece, e di fatto necessariamente così accade, di essere trattate con provvedimenti di tipo ordinatorio, utilizzando le diadi utile / inutile o opportuno/non opportuno.

L'obiettivo dunque non è quello di qualificare certi comportamenti secondo uno schema di legalità, bensì quello di temperare gli interessi concreti che vengono in considerazione.

Proprio in relazione alla natura dei diversi provvedimenti dei quali ho appena detto acquista un particolare significato la questione della loro esecuzione. Per il primo tipo di provvedimento sono infatti disponibili tutti gli strumenti tradizionali del processo esecutivo e in primo luogo l'esecuzione forzata e, a prescindere dalla reale capacità del processo esecutivo di realizzare i propri obiettivi (la percezione dell'inefficacia del processo esecutivo, almeno nel nostro paese, è largamente diffusa, anche se si deve deplorare la carenza di indagini al riguardo), almeno dal punto di vista teorico la questione è semplice. Non così per il secondo tipo di provvedimenti, l'esecuzione dei quali è per sua natura protratta nel tempo e quindi sottoposta a una continua temperie di modificazioni delle situazioni oggettive e soggettive sulle quali i provvedimenti stessi vengono a incidere. D'altro

canto, gli strumenti tradizionali del processo esecutivo si rivelano del tutto inadatti e comunque sono destinati a un livello d'inefficacia estremamente elevato, indipendentemente dall'efficienza degli apparati.

Ma torniamo al conflitto d'interessi tra i coniugi e al conflitto d'interessi tra genitori e figli.

Per quanto attiene al conflitto tra coniugi l'intervento istituzionale opera secondo lo schema tradizionale decisorio secondo il criterio torto / ragione. La questione era ancor più chiara fino a che dal modello della separazione per colpa o del divorzio per colpa non si è passati al modello della separazione o del divorzio fondati sul fallimento del matrimonio. È ben vero che in ogni caso il trattamento istituzionale ha un carattere ordinatorio, ma è tuttavia possibile operare l'intervento in termini decisi, giacché l'evoluzione del diritto rivela un fondamentale disinteresse sotto il profilo pubblicistico per l'esito della controversia. In altre parole, non è più, culturalmente, credibile l'antico criterio fondato sul torto e la ragione, ma lo schema processuale che su quel criterio si fondava riesce tuttavia a funzionare almeno dal punto di vista pratico. E vi riesce appunto dichiarando la carenza di pubblico interesse e favorendo processi di autoregolazione che possono essere versati in un processo che viene così a rappresentare una scatola vuota, una mera cornice formale, nella quale si sancisce solamente una scelta operata al di fuori del processo stesso.

Per quanto attiene invece al conflitto d'interessi tra genitori, che si riverbera o può riverberarsi in un conflitto d'interessi tra genitori e figli, l'ordinamento giuridico dichiara, addirittura enfaticamente, l'esistenza di un'attenzione di natura eminentemente pubblicistica. A questo proposito, appare ormai largamente condivisa l'opinione che il canale del controllo sociale sulle relazioni familiari sia andato trasformandosi, passando da un controllo sulle relazioni stesse in quanto tali, veicolato dalla concezione istituzionale della famiglia, ad un controllo veicolato dall'attenzione verso i rapporti di filiazione. E tale controllo avviene precisamente tramite le prescrizioni che, direttamente in caso di conflitto manifesto, indirettamente quando il conflitto è latente, la giurisprudenza e la legislazione stessa impartiscono ai genitori nella gestione del loro rapporto coi figli.

In conclusione, si passa così da uno schema tipicamente giu-

risdizionale ad uno schema tipicamente amministrativo. Più precisamente, il processo mantiene la sua struttura tipicamente giurisdizionale, ma il suo contenuto appare tipicamente amministrativo, nel senso appunto ch'esso non tratta più di decidere in merito al torto o alla ragione, ma di elaborare prescrizioni e accorgimenti per il futuro.

Da quest'analisi, s'essa è corretta, discende anche la consapevolezza dell'inadeguatezza e della incapacità della struttura giudiziaria, da un lato, e della cultura e del sapere giuridico stessi, dall'altro, ad affrontare il problema della tutela dell'interesse del minore. E ciò vale tanto dal punto di vista della percezione sociale, la quale sembra rifiutare l'intervento giuridico tradizionale, quanto dal punto di vista della struttura giudiziaria stessa, la quale appare pervasivamente orientata in modi nuovi e all'interno della quale si riscontrano forti contraddizioni di ruolo e una diffusa consapevolezza della propria delegittimazione, in quanto istituzione giudiziaria, nei confronti del problema che ci occupa.

Per fare solo un esempio, però molto significativo e illuminante, in merito a tale contraddizione di ruolo, ricorderò l'atteggiamento alquanto diverso che si può riscontrare tra i tribunali ordinari, che si occupano dell'affidamento dei minori nei casi di separazione e di divorzio, nei casi cioè di scissione coniugale, e i tribunali per i minorenni, che della medesima questione sono investiti nei casi di scissione di unioni non matrimoniali. Prescindendo qui dal problema tecnico dei possibili conflitti di competenza e della disseminazione delle competenze, è interessante osservare come il giudice ordinario – tale è almeno il caso italiano – adotti un atteggiamento che in altra occasione ho ritenuto di definire come «astensionistico», un atteggiamento cioè che demanda alla autoregolazione dei coniugi anche la soluzione dei problemi relativi ai minori. Ciò comporta in particolare che ai saperi di altre discipline, psicologiche, pedagogiche e via dicendo, non si faccia ricorso, sia perché nelle separazioni consensuali non vi è neppure lo spazio per farlo, sia perché la consulenza tecnica psico-pedagogica viene utilizzata dai tribunali ordinari con grande parsimonia. Ben diverso è l'atteggiamento adottato dai tribunali per i minorenni nei casi, peraltro assai meno frequenti, di loro competenza, atteggiamento che possiamo definire invece «interventistico». Questi organi giudiziari

tendono a considerare direttamente il caso, subordinando i problemi degli adulti alla tutela dell'interesse del minore e anzi, proprio con riferimento all'interesse del minore, determinando prescrizioni di comportamento per gli adulti stessi. Proprio ciò che i tribunali ordinari di regola non fanno, se non talora seguendo schemi del tutto stereotipati.

Nella situazione italiana, sia detto tra parentesi, la questione presenta un rilievo tutt'altro che insignificante, anche per ragioni di cifre, perché il ricorso a meccanismi di autoregolazione – più esattamente, di regolazione extragiudiziaria – è la regola. Le separazioni in Italia – presento qui numeri largamente approssimati – sono qualcosa più di cinquantamila all'anno e coinvolgono pressappoco quarantamila minori (anche se la cifra è per difetto, dal punto di vista sostanziale, perché è naturalmente possibile che un figlio da poco maggiorenne abbia problemi analoghi a quelli di un figlio che si accinge a raggiungere la maggiore età, anche se ovviamente la questione non si pone dal punto di vista giuridico). Orbene, la stragrande maggioranza delle separazioni si conclude nella forma consensuale, cioè in una forma almeno apparentemente affidata all'autoregolazione dei coniugi-genitori e comunque senza una statuizione del giudice. In sostanza, i tribunali «decidono» in situazioni che coinvolgono mediamente all'anno poco più di duemila bambini, anche a voler ammettere che tali decisioni abbiano un reale carattere discrezionale e non piuttosto, come sembra invece plausibile, un carattere appunto stereotipato e allineato sulla prassi delle separazioni consensuali.

A fronte di siffatta situazione, connotata da una marcata incidenza di forme autoregolatrici, si pone un dilemma. Per un verso, ammessa la inadeguatezza del sapere giuridico tradizionale, si potrebbe pensare di rivalorizzare l'intervento istituzionale e la posizione della struttura giudiziaria; per l'altro verso, si potrebbe puntare proprio sull'autoregolazione, anche in tema di affidamento.

La prima soluzione mostra una certa carenza di credibilità, anche se tanto in questo paese quanto in altri vi sono proposte precisamente in questo senso. Molte proposte di riforma del tribunale per i minorenni miravano infatti ad affidare al trattamento istituzionale da parte di questo organo giudiziario la questione dell'affidamento dei minori nei casi di separazione e di-

vorzio. Ciò che peraltro significherebbe accentuare il carattere «amministrativo» che a questo organo giudiziario, come già ho ricordato, si può attribuire, secondo un'opinione che mi sento di condividere, con la conseguenza di una rischiosa confusione o sovrapposizione di ruoli. D'altro canto, anche l'ipotesi di affidare il problema dell'affidamento ad organismi amministrativi, o già esistenti, come i consultori familiari, o appositamente creati, porrebbe non diversi problemi di «amministrativizzazione» con rischi di pregiudizio per le garanzie che, non per caso e in ossequio a un principio generale, affidano alla giurisdizione le questioni concernenti lo stato delle persone.

La seconda soluzione non va anch'essa esente da critiche. Ne ricorderò solo alcune, soffermandomi su una in particolare che sollecita la considerazione di un problema emergente di grande interesse. Non dò pregio alla critica di coloro che contrastano l'autoregolazione perché questa farebbe cadere il controllo istituzionale sulle famiglie, non perché l'osservazione non abbia una sua fondatezza, ma perché mi sembra rivelare una posizione di retroguardia legata all'idea della famiglia e del matrimonio come istituzioni sovraordinate agli interessi e alle scelte dei componenti della famiglia stessa.

Altri hanno ritenuto che l'autoregolazione – è questa una critica che proviene soprattutto da taluni movimenti femminili – rappresenta uno schema di componimento valido tra soggetti dotati di egual potere, mentre nella famiglia e in particolare nella coppia raramente alla parità formale si accompagna una parità sostanziale. Non vi è difficoltà ad accordare che nel rapporto di coppia, come del resto in qualsiasi interazione, si presenti una disparità di potere. Si osserva che di conseguenza l'abbandono della regolazione istituzionale sottrarrebbe alla parte più debole, di norma alla donna, la tutela che il diritto può garantire e in definitiva si tradurrebbe in una discriminazione sulla base del genere.

Queste osservazioni hanno validità, ma toccano il problema che ci occupa solo in modo indiretto. La questione più rilevante appare viceversa la seguente, se la cosiddetta autoregolazione sia davvero tale o non sia piuttosto una regolazione comunque guidata dall'esterno. Si osserva che i coniugi, di norma, non sono affatto in grado di autoregolarsi, nel senso che non possiedono né la strumentazione né la disponibilità psicologica a farlo.

La soluzione alla quale essi pervengono in modo apparentemente autonomo sarebbe invece il frutto dell'intervento di coloro che gestiscono il loro conflitto, e in particolare degli avvocati. Se così stanno effettivamente le cose (e molti risultati di ricerca inducono a ritenerlo), si riprodurrebbe a livello privato la stessa contraddizione che abbiamo sopra rilevato tra giurisdizione e amministrazione, nel senso che la cultura e gli atteggiamenti dei legali che assistono i coniugi possono orientare le scelte da un lato verso una regolazione di tipo amministrativo, finalizzata in primo luogo alla composizione degli interessi e alla tutela di quello dei minori in particolare, ovvero a una regolazione individuata sulla base del torto e della ragione. Se poi gli orientamenti dei legali sono di segno diverso, possono crearsi ulteriori contraddizioni e finalmente un'enfatizzazione stessa del conflitto, a discapito anzitutto proprio della tutela dell'interesse della prole.

Questa critica è certamente fondata: l'autoregolazione è apparente e non può non essere in qualche modo assistita. L'interrogativo si sposta allora su quale possa essere il migliore meccanismo per assicurare un'assistenza che consenta ai coniugi di pervenire ad una soluzione ragionevole nel rispetto di un'effettiva autonomia.

La proposta emergente, com'è noto, è quella della mediazione familiare, un modello di trattamento del conflitto coniugale peraltro assai variegato e difficile da ridurre a un tipo unitario. Del resto, in questa sede sarebbe fuor di posto scendere nei dettagli, e basterà indicare alcune caratteristiche essenziali.

Il carattere essenziale della mediazione è rappresentato dalla presenza di un tecnico specializzato, in genere con una preparazione psicologica, dotato altresì di una formazione specifica per gestire il processo di mediazione, capace in particolare di mantenere o creare canali comunicativi tra i contendenti e di indurli ad abbandonare l'ottica della rivalsa e dell'affermazione dei reciproci torti e ragioni, bensì ad entrare nella prospettiva di contemperare i loro contrastanti interessi, individuando quindi gli interessi autenticamente rilevanti e in primo luogo quelli del minore, al fine di costruire una soluzione ragionevole. È ovvio che in tale complessa e delicata operazione il sapere giuridico risulta del tutto secondario (al più, rilevante solo nella formalizzazione delle scelte alle quali il processo di mediazione ha con-

dotto) e lo schema torto/ragione appare definitivamente abbandonato, anche perché in un certo senso del tutto disfunzionale.

Lo schema così succintamente delineato si ritrova comune a tutti i modelli di mediazione, la quale appare così, almeno in via di principio, una tecnica favorevole all'individuazione della soluzione migliore per i minori, anche per via dell'attività pedagogica che il mediatore può svolgere nei confronti degli adulti, attraverso una loro responsabilizzazione nei confronti delle specifici problema.

In particolare, rendendo possibile il mantenimento di corretti canali comunicativi, la mediazione aprirebbe le porte alla soluzione dell'affidamento congiunto, istituto del quale unanimemente si decantano i pregi, salvo doversi ammettere che esso funziona in una esigua minoranza di casi. L'affidamento congiunto, nelle sue varie forme, consentirebbe la presenza piena di entrambe le figure genitoriali, che rappresenta una condizione ovviamente auspicabile per la costruzione della personalità del bambino, ma esso richiede la cooperazione di entrambi i genitori in uno spirito di effettiva collaborazione, ciò che di regola appunto non si dà, se i canali comunicativi s'interrompono o si mantiene uno spirito di rivalsa.

Tuttavia, non si può trascurare il fatto che la mediazione pone anch'essa questioni tutt'altro che lievi e in un certo senso ripropone, rovesciati, i problemi posti dalla soluzione giudiziaria.

Anche a prescindere dal rischio che acquisti prevalenza un orientamento tecnico tale da rendere asettici problemi che asettici non sono e che, per così dire, si pervenga a una «medicalizzazione» del conflitto, dove conterebbero i problemi per se stessi e non gli interessi di coloro che tali problemi devono affrontare e risolvere, si prospetta il rischio di una carenza di garanzie, proprio quelle garanzie che il processo giudiziario, con tutti i suoi limiti, assicura. E il tema delle garanzie, in situazioni che coinvolgono direttamente questioni di stato delle persone, sollecita preoccupazioni non trascurabili. Più precisamente, occorre interrogarsi su quali siano in concreto le garanzie per il minore, nel processo di mediazione, che si vorrebbe inteso proprio alla tutela del suo interesse. Il processo di mediazione, infatti, sembra confacente ad assicurare una soluzione se non serena, almeno ragionevole del conflitto tra i coniugi, ma in esso l'inte-

resse del minore troverebbe garanzie solo in affermazioni di buoni intenti (se non in petizioni i principio). Per utilizzare un'espressione abusata: chi darebbe voce a chi non ne ha?

I casi sono solamente due: o il mediatore stesso si fa garante dell'interesse del minore nel processo di mediazione e vi partecipa in questa veste (con la conseguenza di una confusione di ruolo e di serie difficoltà nell'attività di mediazione) oppure la garanzia è offerta dalla partecipazione di un terzo, sicché la mediazione si svolge a tre voci, con la supervisione del mediatore (con la conseguenza di un turbamento dell'attività di mediazione e la presumibile prevalenza degli elementi tecnici, giacché anche il garante del minore sarebbe di necessità un tecnico istituzionale, dotato del corrispondente potere tecnico e istituzionale, ciò che comporterebbe un'ulteriore amministrativizzazione dell'intero procedimento).

Concludendo, ci troviamo di fronte a una situazione nella quale il controllo sociale sulle famiglie si è andato trasformando ed è passato dal controllo giuridico al controllo delle discipline psicologico-sociali, tramite l'individuazione di un modello di «buon genitore». A prescindere dall'estrema vaghezza di questo concetto, tale controllo sociale opererebbe al di fuori di un sistema di garanzie tanto per gli adulti quanto tutto sommato per il minore stesso, secondo un indirizzo di amministrativizzazione perfetta del trattamento della dissociazione coniugale, proprio tramite l'amministrativizzazione della soluzione dei problemi dei minori coinvolti. Appare dunque evidente la contraddizione che lacera il sistema giuridico, il quale da un lato si sente delegittimato e sembra disposto a rinunciare alla propria autorità epistemologica e, dall'altro lato, non può rinunciare al proprio ruolo di garante dei diritti. La riflessione deve indirizzarsi verso l'elaborazione di soluzioni atte a sciogliere questa aporia, nella quale sembrano oggi trovarsi tanto i giudici minorili quanto i giudici della famiglia in generale.