

Seminario di ricerca su:

## **FIGLI E GENITORI SEPARATI. QUALI SOLUZIONI PER GARANTIRE IL DIRITTO AI MINORI DI INCONTRARE I GENITORI**

Malosco (TN), 9-12 luglio 2003

Alfredo Carlo Moro

### ***La separazione dal genitore: i diritti del figlio***

1. Non infrequentemente accade che particolari situazioni di vita impongano l'interruzione del quotidiano rapporto di convivenza tra uno o entrambi i genitori ed il figlio. Spesso l'allontanamento non pone problemi: si pensi al caso di un genitore che deve lasciare temporaneamente un figlio per recarsi in una sede lontana a causa del suo lavoro. Altre volte invece l'allontanamento è conseguenza di una situazione di crisi familiare ed in questo caso sono indispensabili alcune regole per disciplinare i rapporti del figlio con il genitore da cui è stato allontanato.

Il caso più frequente è sicuramente quello della dissoluzione della comunità familiare conseguente alla crisi di coppia.

Una situazione che diviene sempre più frequente: nel 2000 la percentuale di separazioni per ogni 100 matrimoni è salita al 25/7 % ma con profonde e preoccupanti differenze regionali che rendono poco significativa la media: nelle regioni dell'Italia nord occidentale, per esempio, la percentuale è del 37,5% ( e nella Valle d'Aosta del 49,3% ) mentre la percentuale scende nell'Italia meridionale al 13,2 % ( e in Calabria all' 8,5%). Se attualmente nel meridione la famiglia regge c'è da domandarsi, preoccupati, se la progressiva omogeneizzazione della cultura e la cosiddetta estensione della modernità non porterà ad un incremento delle fratture familiari anche in zone in cui oggi la famiglia sembra più salda.

Certo non sempre e inevitabilmente questa situazione comporta difficoltà di rapporto e quindi la necessità di una regolamentazione precisa dei rapporti conseguenti al fallimento dell'esperienza familiare: la grande maggioranza delle separazioni tra coniugi sono separazioni consensuali e non giudiziarie (nell' anno 2000 vi sono state per esempio 62.205 separazioni consensuali contro solo 9.763 separazioni giudiziali) il che dovrebbe eliminare i più vistosi contrasti dato che le parti sono addiventate ad una comune ed accettata regolamentazione dei rapporti non solo tra gli ex coniugi ma anche di loro con i figli.

Debbo sottolineare l'uso — voluto e non accidentale - del condizionale perché in realtà anche nel corso dell'esecuzione delle separazioni consensuali insorgono spesso contrasti alcune volte feroci come possono testimoniare i giudici tutelari chiamati molto spesso a dirimere le questioni relative alla interpretazione delle modalità esecutive delle regole liberamente fissate consensualmente tra le parti: evidentemente o gli accordi originali sono stati in qualche modo imperfetti ed estorti ovvero dopo una separazione civile riesplodono contrasti sopiti.

Ma nella maggior parte delle separazioni giudiziarie il conflitto tra i coniugi a seguito della disgregazione del rapporto di coppia tende a trasferirsi sul possesso del figlio, trofeo da conquistare

nella guerra coniugale e strumento da usare per la vendetta verso il compagno/compagna che ha tradito l'alleanza siglata con il matrimonio o con la decisione di affrontare insieme la vita. La lotta per vedersi affidate le "spoglie del figlio" diviene così funzionale a far emergere — sulla base dello stereotipo culturale che il cattivo coniuge è anche un cattivo genitore - una responsabilità morale nel fallimento di coppia nonché all'esigenza di non essere perdenti su tutti i fronti e di poter ricostruire con il figlio, o i figli, un rapporto che abbia valore compensativo di quello perduto.

Inoltre la vittoria attraverso l'affidamento è funzionale anche a realizzare una vendetta e ad irrogare una punizione nei confronti del partner su cui si tende a far ricadere in via esclusiva la colpa del fallimento, rassicurandosi e autoassolvendosi.

Ma se la posta in gioco è percepita così nella controversia giudiziale gli interessi del figlio, i suoi reali bisogni, le sue aspettative, il rispetto della sua personalità divengono per i genitori contendenti del tutto sfuocate e in realtà inesistenti: nella contesa in questione restano solo le esigenze degli adulti. E non ci si può allora meravigliare se i mezzi adoperati nella lite divengono funzionali solo ad appropriarsi del figlio anche se col rischio di distruggerlo: del tutto assente o comunque secondaria è la preoccupazione di cercare di aiutare il figlio a superare felicemente quella crisi personale che lo ha già pesantemente segnato.

Avviene così frequentemente, nelle procedure giudiziarie di separazione, che l'aggressività scatenata nella coppia in crisi porti a rappresentare il partner non solo come colpevole della rottura ma anche come persona equivoca, disturbata, "cattiva". E questo non solo di fronte al giudice ma anche di fronte al bambino, chiamato ad assumere un ruolo di alleato e testimone delle incapacità dell'altro genitore, sottilmente influenzato perché esprima giudizi pesanti sull'altro genitore rendendo così impossibile l'affidamento a questi (non sono infrequenti i casi di bambini spinti da un genitore a dichiarare falsamente di aver subito abusi di ogni genere da parte dell'altro genitore). La conseguenza è che il rapporto con il genitore, così pesantemente contestato, sarà irreversibilmente distrutto perché il bambino assimilerà le valutazioni negative che gli sono state suggerite e sarà indotto a nutrire sentimenti di rancore nei confronti di chi gli viene rappresentato come colui o colei che lo ha abbandonato e tradito. Ma la distruzione di un rapporto genitoriale di cui il ragazzo si sente in qualche modo responsabile proprio per i giudizi negativi espressi priverà il ragazzo di un apporto necessario, lo renderà orfano di un vivo con una accentuazione di risentimenti non facilmente superabili, lo farà sentire corresponsabile nel fallimento della sua comunità di vita.

Né la conflittualità sorta nell'ambito giurisdizionale termina con la decisione del giudice relativa all'affidamento dei figli minori: l'aggressività - e l'equivocità dei rapporti tra tutti i soggetti del dramma - può permanere anche dopo la chiusura della lite giudiziaria. Anzi, in molti casi, essa si accentua, sia da parte del genitore che "ha vinto" - avendo ottenuto l'affidamento - sia da parte del genitore che "ha perso" e che vuole in qualche modo rifarsi.

Così il genitore affidatario - che vuole stravincere — tenderà a ostacolare, anziché facilitare, i rapporti del figlio con l'altro:

- inizierà non infrequentemente una sottile, assillante, continua opera di denigrazione dell'altro genitore perché i rapporti si rarefacciano o comunque non siano pienamente soddisfacenti per il ragazzo;
- si cercherà un legame compensativo per la perdita del naturale partner e si spingerà il ragazzo ad assumere un nuovo ed assai equivoco ruolo di partner sostitutivo del genitore, il che inquina non solo i rapporti con il genitore non affidatario ma anche i rapporti con il genitore con cui il ragazzo vive;
- si inventeranno continue scuse per non ottemperare alle disposizioni relative alle visite dell'altro genitore e ai suoi rapporti col figlio, coinvolgendo il bambino.

Da ciò una continua microconflittualità che avvelena i rapporti e rende estremamente precaria la vita del ragazzo.

Il genitore non affidatario, da parte sua, reagisce spesso in modo speculare:

- cercando di denigrare il genitore affidatario; approfittando dei necessari dinieghi - che il genitore, con cui il ragazzo quotidianamente vive, deve di necessità esprimere alle troppe richieste, anche di natura compensativa, che il ragazzo avanza - rappresentando il genitore affidatario come non liberale e tarpante;
- catturando l'attenzione e l'affetto del ragazzo attraverso doni di rilevante valore e divertimenti a profusione che non compensano affatto il ragazzo di ciò che ha perduto ma lo fanno vivere delle giornate irreali che si contrappongono alla grigia quotidianità della esistenza presso il genitore affidatario;
- intravedendo in ogni difficoltà del ragazzo al rapporto con lui - dovuto solo all'insufficiente comunicazione che si instaura e all'imbarazzo per incontri fugaci e troppo programmati - una azione di "plagio" da parte dell'altro genitore con conseguente esplosione di nuove aggressività nei confronti di lui.

Da una simile guerra continua il ragazzo esce spesso sostanzialmente distrutto.

2. L'allontanamento di un figlio da un genitore non è conseguente solo al caso di disgregazione dell'unità familiare a seguito della crisi di coppia: vi sono diversi altri casi in cui diviene necessario - per provvedimento giurisdizionale - disporre a tutela dei diritti del ragazzo una separazione del figlio da uno o da entrambi i genitori.

a) Innanzitutto in quei casi in cui il ragazzo è stato vittima di abusi sessuali in famiglia: la separazione tra vittima e persecutore diviene quasi sempre necessaria per lo meno finché non si sia potuto ricostituire un corretto rapporto genitoriale.

b) Poi in tutti i casi in cui si riscontrino maltrattamenti in famiglia che rendono impossibile la permanenza della convivenza.

c) Infine in alcuni casi in cui gravi malattie mentali o l'uso continuativo di droga mettano seriamente in pericolo l'armonico sviluppo della personalità infantile e quindi impongono un allontanamento.

In tutti questi casi occorre decidere se e in che modo possono permanere rapporti tra il genitore incapace di svolgere la sua funzione genitoriale ed il figlio.

Prima di affrontare il tema del diritto del minore al mantenimento della genitorialità in tutte queste situazioni di profonda crisi del rapporto genitoriale mi sembra opportuno spendere qualche considerazione su un assioma che viene continuamente propagandato anche dai mezzi di comunicazione: il conflitto tra i genitori separati sul figlio si stempererebbe d'incanto se il legislatore introducesse nel nostro ordinamento il principio dell'obbligatorietà del regime dell'affidamento congiunto. Persino nel caso della truce uccisione di un figlio da parte di un genitore non affidatario i commenti della stampa, e di qualche sedicente esperto, sono stati che ciò non sarebbe avvenuto se fosse stato in atto il regime dell'affidamento congiunto.

Ed è attualmente all'esame del Parlamento una legge in tal senso.

Ora è innegabile che deve ritenersi ottimale un regime dell'affidamento conseguente alla separazione che riesca a mantenere la comune responsabilità genitoriale non deresponsabilizzando né il padre né la madre;

- assicurarsi un comune accordo dei genitori nella gestione del figlio;
- eviti le troppe meticolose regolamentazioni dei poteri e dei doveri di entrambi i genitori;

- escluda la vittoria giudiziaria di un coniuge sull'altro e quindi eviti che si inneschi una guerra senza fine.

Ma è anche vero che la esasperata conflittualità tra i coniugi non sempre scaturisce a seguito e a causa dell'insorgenza di una procedura giudiziaria: per lo più è preesistente ad essa ed è la ragione per cui non si giunge ad una separazione consensuale ma si apre una aspra contesa. . Una contesa che solo apparentemente è sul figlio ma che in realtà è essenzialmente funzionale a colpire attraverso il figlio il coniuge che si ritiene abbia tradito il patto e rotto l'alleanza.

Credere che in questi casi l'adozione delle formula giuridica dell'affidamento congiunto risolva per incanto la latente o esplosa spirito di conflittualità e porti magicamente serenità e collaborazione costituisce una pia illusione.

Potrebbe anzi costituire un drammatico boomerang:

- perché comunque si dovrebbe stabilire con chi il ragazzo deve prevalentemente stare - essenziale per assicurare a chi si affaccia alla vita un minimo di stabilità e di radici — e questo solo costituirebbe per coniugi in forte contrasto una vittoria o una sconfitta personale;

- perché si moltiplicheranno le occasioni di discussione e di contrasto essendo di necessità affidata a ex coniugi in continua forte polemica la gestione quotidiana del bambino e dei suoi problemi;

- perché non infrequentemente alla base della disgregazione familiare vi sono anche insufficienze caratteriali e mentali che non scompaiono certo solo perché

l'affidamento diventa congiunto.

4.1 Negli ultimi decenni — nell'ambito del riconoscimento che il cittadino di età minore è non solo oggetto ma anche soggetto di diritto e quindi titolare di fondamentali diritti di personalità — è stato riconosciuto un diritto del minore alla propria famiglia.

La recente legge di riforma delle adozione e dell'affido viene sintomaticamente intitolata come la legge sul diritto alla famiglia; la Convenzione sui diritti dell'infanzia dell'ONU — divenuta legge dello Stato attraverso lo strumento di ratifica del 27 maggio 1991 n. 179 — prevede all'articolo 8/1 il diritto del bambino a conservare le sue relazioni familiari con entrambi i genitori.

E' stato così affermato che esiste un diritto del bambino alla genitorialità che l'ordinamento riconoscerebbe e che in virtù di questo diritto dovrebbe essere sempre favorito al massimo il mantenimento di un continuo rapporto tra il bambino e il genitore da cui vive separato.

Mi sembra importante rilevare subito che in ordine a questo diritto riconosciuto l'ordinamento pecchi talvolta per difetto e talvolta per eccesso.

a) Innanzi tutto, se vi è questo diritto, l'ordinamento dovrebbe espressamente prevedere un obbligo per i genitori separati di mantenere ed anzi incrementare la relazione genitoriale: in particolare il genitore affidatario dovrebbe vedere sanzionato la violazione del suo obbligo di favorire e non ostacolare i rapporti del figlio con l'altro genitore ed il genitore non affidatario dovrebbe vedere sanzionato la violazione dell'obbligo di partecipare attivamente e di collaborare lealmente ed efficacemente al processo evolutivo del ragazzo/a.

Invece l'ordinamento prevede solo una sanzione per il caso del genitore che si sottragga ai suoi doveri sul piano economico ( art 570 codice penale ) e la stessa legge sul divorzio ha sentito il bisogno di prevedere l'applicazione della pena di cui all'art. 570 cod. pen. al divorziato che non versi l'assegno di divorzio e quello di mantenimento mentre nulla prevede per il caso del genitore non affidatario che non visiti mai i figli, che non scriva, non telefoni, non dia in alcun modo notizia di sé. Potrebbe in realtà ritenersi ipotizzabile in questi casi il ricorso alla prima ipotesi contemplata dal reato di cui all' art 570 - il fatto di colui che, abbandonando il domicilio domestico o comunque serbandone una condotta contraria all'ordine e alla morale delle famiglia, si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla potestà dei genitori - ma non si rinvergono nella giurisprudenza casi di

ricorso a tale norma per il disinteresse non economico del genitore non affidatario. Ed è comunque assai significativo il fatto che il legislatore del divorzio abbia limitato l'applicazione del reato in questione solo all'ipotesi del mancato versamento di quanto dovuto sul piano economico.

Inoltre potrebbero essere previste alcune sanzioni civili per la violazione del diritto del bambino alla piena genitorialità con entrambi i genitori: per esempio potrebbe essere prevista una dichiarazione di abbandono unilaterale per il genitore non affidatario sostanzialmente assente ( il che renderebbe possibile e agevole una adozione ex art 44 da parte del partner del genitore affidatario che svolge di fatto le funzioni genitoriali dimesse dal genitore biologico) o, per il genitore affidatario che ingiustificatamente sabota e rende difficili i rapporti del figlio con il genitore non affidatario la revoca dell'affidamento.

E dovrebbe essere riscritto il secondo comma dell'art. 388 cod. pen. (sull'inottemperanza ai provvedimenti giudiziari in materia di affidamento) per ricomprendere anche i casi in cui il coniuge affidatario eluda il provvedimento del giudice in merito al mantenimento dei rapporti del figlio con l'altro genitore, istigando - come spesso succede - il ragazzo a rifiutare lui i rapporti con il genitore non affidatario: il che costituisce il modo più subdolo di elusione del provvedimento del giudice.

b) Il diritto, inoltre, è troppo assolutizzato dall'ordinamento non riconoscendo che esso possa essere anche vanificato quando non diviene più funzionale agli interessi della persona. Eppure da tempo il nostro ordinamento giuridico ha riconosciuto che il diritto alla propria famiglia — per secoli ritenuto incompressibile ed irreversibile — poteva essere posto nel nulla nell'interesse dello sviluppo umano del minore attraverso la dichiarazione di adattabilità. ed il conseguente inserimento in una famiglia degli affetti che diviene anche giuridicamente non una nuova famiglia ma la sua unica famiglia.

La nozione assoluta di diritto alla famiglia ed alla genitorialità non può non essere condizionata dalla valutazione se l'esercizio di tale diritto sia o non funzionale allo sviluppo umano della persona.

Da tempo mi sono convinto che nel diritto minorile il concetto di interesse richiamato dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo — non si pone - come qualcuno ha affermato criticandone ferocemente la nozione - in contrapposizione al concetto di diritto ma è un elemento essenziale per integrarlo e chiarirlo.

A questa nozione l'ordinamento ha dovuto sempre più frequentemente fare ricorso (nella legislazione e nelle sentenze della Corte Costituzionale) non per sostituire quella di diritto soggettivo, che ha costituito per il minore una conquista di civiltà, ma per valutare, nella concretezza dei casi di vita, se il diritto astrattamente riconosciuto sia opportuno o non che sia utilizzato. Il minore infatti, al contrario dell'adulto, non è in grado di valutare liberamente se l'esercizio del diritto astrattamente riconosciutogli sia conveniente o non per i suoi specifici interessi e non può conseguentemente optare per la sua concreta attuazione o per il suo accantonamento.

Certo nessuno può seriamente contestare che la nozione di “interesse del minore sia una nozione sfumata, dai contorni non ben delineati. Ma è questo il necessario prezzo che si deve pagare se si voglia dare non risposte formali e stereotipe al bisogno espresso dal ragazzo e se si vuole tenere presente non un ragazzo tipicizzato ma il ragazzo del caso concreto con le sue specifiche peculiarità, con un suo particolare vissuto, con le sue specifiche esigenze.

Del resto tutto il diritto minorile ha continuamente bisogno di ricorrere a clausole generali proprio per essere un diritto attento alle diversità profonde dei vari soggetti ed alle diverse situazioni ( basta pensare al termine di “abbandono” o al termine “maturità” o alla nozione di “pregiudizio “ ). Né per la verità i feroci critici della nozione di interesse sono in grado di individuare altre strade per radicare il giudizio su la peculiarità della situazione in esame e per assicurare altrimenti che i bisogni del soggetto in formazione non siano sacrificati alle esigenze di un adulto che ha mezzi per rappresentare e difendere i propri interessi.

Se fosse espunta dall'ordinamento - come qualcuno richiede - la nozione di interesse, per sostituirla solo con quella giuridicamente più consueta di diritto, non ne deriverebbe una tutela più accentuata del bisogno ( spesso sfumato) che è sottostante al diritto. Due esempi tra i tanti che si potrebbero fare.

- Se per esempio si verificasse una situazione — peraltro necessariamente delineata sulla base di precisi canoni interpretativi dal legislatore — di abbandono bisognerebbe sempre automaticamente inserire il minore in una famiglia sostitutiva in attuazione del suo diritto ad una famiglia: ma la esperienza della vita insegna che in alcuni casi rapporti che oggettivamente appaiono gravemente insoddisfacenti sono invece per il ragazzo soggettivamente importanti e comunque insuperabili. E se il ragazzo ha instaurato nuovi rapporti, anche se non pienamente soddisfacenti, con figure sostitutive delle figure genitoriali può risultare non opportuno troncare questi rapporti per inserire il ragazzo in una famiglia astrattamente migliore.

- Se giustamente l'ordinamento riconosce un diritto del ragazzo ad avere un rapporto stabile e significativo con chi lo ha generato bisognerebbe riconoscere una automaticità di effetti del riconoscimento anche tardivo del figlio da parte del genitore biologico o una automatica ricerca della paternità ove essa sia appena possibile ma assai opportunamente l'ordinamento, proprio per salvaguardare le esigenze più profonde del ragazzo, ha previsto che non sempre la ricomparsa, dal buio del passato, di un genitore sconosciuto aiuta il ragazzo nel suo itinerario formativo poiché talvolta può distruggere invece totalmente le sue già scarse sicurezze, sconvolgendo la sua vita. E per questo ha consentito al figlio sedicenne di rifiutare, e quindi mettere nel nulla, il riconoscimento tardivo ed ha imposto al giudice — quando il ragazzo sia infrasedicenne e non vi sia il consenso del genitore che per primo ha riconosciuto il figlio — di valutare se dare valore giuridico al riconoscimento sia o non nell'interesse del ragazzo. E sempre per questo ha affermato che la ricerca della paternità sia possibile solo ove ciò corrisponda all'interesse, non meramente economico, del ragazzo.

5. Anche per il diritto al mantenimento della genitorialità diviene essenziale ricorrere al canone interpretativo dell'interesse del minore per valutare se il mantenimento del rapporto sia utile o non allo sviluppo umano del soggetto in formazione. Il che vale ovviamente sia nel caso della separazione nei confronti del genitore non affidatario sia, e a maggior ragione, nel caso del genitore abusante sessualmente o gravemente maltrattante.

Non possiamo non riconoscere che vi sono casi della vita in cui il mantenimento di un rapporto tra il figlio e un genitore può essere, anziché positivo, disturbante e talvolta fortemente disturbante; in cui l'obbligo di mantenere rapporti puramente formali segna solo negativamente la vita del ragazzo; in cui la ripresa di rapporti con genitori lungamente assenti e disinteressati ed affettivamente aridi può suscitare solo aspettative presto deluse o imposizioni che divengono per il ragazzo inaccettabili

Basta pensare ai casi che la dottrina ha espressamente enucleati, della fobia di un figlio verso un genitore che si rifiuta e nei cui confronti scatta un atteggiamento repulsivo conseguente spesso ad una «elaborazione di una angoscia abbandonica o per l'associazione di un genitore a situazioni ansiogene o spiacevoli» ( Scanziani., Il divorzio e la fobia dei genitori, in *Minori Giustizia*, n. 1. 1998 ); alla sindrome di alienazione genitoriale che si riscontra quando il comportamento di uno o più figli nel contesto del conflitto intergenerazionale diviene ipercritico e denigratore nei confronti di uno dei genitori perché l'altro lo ha influenzato in questo senso indottrinandolo adeguatamente (Gullotta, La sindrome di alienazione genitoriale in *Pianeta Infanzia* n. 4); al caso, nei maltrattanti e negli abusi sessuali in famiglia, del terrore della vittima nei confronti del suo carnefice; al caso del ritorno improvviso di un genitore a lungo assente e disinteressato del figlio che voglia improvvisamente riprendere i rapporti.

In molti di questi casi la giurisprudenza incomincia ad affermare il principio che - nel caso di un eventuale conflitto tra diritto di visita dei genitori e interesse del minore a non mantenere rapporti

per lui soggettivamente sgradevoli — debba prevalere il desiderio del minore a non vedersi imporre coattivamente rapporti non solo per lui dolorosi ma sostanzialmente solo formali.

La giurisprudenza aveva da tempo riconosciuto la possibilità per il giudice di limitare, fino a sospendere totalmente gli incontri con il genitore non affidatario nell'interesse del minore (Cass. 17 gennaio 1996 n 364 in fam edir, 1996, 227; Cass. 12 luglio 1994 n 6548 in Dir. Fam e pers. 1995,129; Cass. 22 marzo 1993, n 3363, ibidem, 1994 , 839 ) ma aveva anche affermato che la possibilità di intrattenere rapporti con il figlio potesse essere del tutto esclusa solo in presenza di gravi motivi «non strettamente desumibili e connessi ai pregressi comportamenti del genitore stesso ma riscontrabili ad esito di una approfondita analisi dell'impatto psicologico esercitato sul minore dai singoli fatti che sono all'origine di gravi e comprovate ragioni d'incompatibilità dell'esercizio del diritto di visita con la salute psicofisica del minore» (Cass. 12 luglio 1984, n 6548, ibidem 10995, 129).

Con la sentenza 15 gennaio 1998 n 317 la possibilità di sospendere il diritto di visita (rectius il diritto di relazione significativa col figlio) viene a radicarsi essenzialmente sulla volontà dal minore: la massima afferma « Qualora un figlio, ormai adolescente, provi nei confronti del genitore non affidatario sentimenti di avversione e di ripulsa e dia del proprio distacco affettivo e psicologico una motivazione seria e consapevole può il giudice, nell' interesse poziore del figlio ed allo scopo di evitargli seri e forse irreversibili pregiudizi, sospendere totalmente o a tempo indeterminato il diritto di visita del genitore dal figlio rifiutato, tanto più che l'imposizione coattiva di rapporti con il genitore stesso potrebbe sortire effetti controproducenti per entrambi dannosi (in Dr, fam, pers, 1998, p 561).

E' questo un indirizzo giurisprudenziale che si va estendendo: la Commissione europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo ( 21 ottobre 1998) ha espressamente sancito che « anche se il genitore separato, divorziato o comunque non convivente più con il partner e non affidatario e della prole ha il diritto! dovere di visitarla, di permanere con essa, di mantenere costanti rapporti parentali, l'esercizio ditale diritto! dovere può essere, anche a tempo indeterminato, sospeso qualora la prole, a prescindere dai meriti o dai demeriti del genitore non affidatario, manifesti nei confronti di quest'ultimo, anche in virtù dell' influenza esercitata da persone che la circondano, radicati, costanti sentimenti di rifiuto e di ripulsa, dovendosi riconoscere al diritto del minore alla serenità personale e familiare ed all'integrale suo benessere psicologico poziortà assoluta (in Dir. Fam. Pers. 1999 p. 1003 ); il Tribunale di Catania con la sentenza 6 dicembre 1995 ha affermato che il giudice non può prescindere dalla particolare situazione psicologica della minore il cui rapporto con la genitrice sia talmente difficile e conflittuale, fino all'esasperazione,, da indurre il minore a rifiutare gli incontri con la madre secondo modalità preordinate dal giudice e controllate dagli operatori sociali; allo scopo pertanto di evitare la radicalizzazione, forse irreversibile, ditale stato d'animo e di favorire anzi il recupero del rapporto parentale , nel rispetto della volontà del minore, va disposto che i suoi incontri con la madre avvengano ma con le modalità prescelte solo dallo stesso minore.» ( in Dir. Fam e pers. 1998 , p. 98 ) e nel decreto del 17 aprile che « il giudice deve tener conto della volontà della prole adolescente per cui, qualora essa abbia dimostrato il rifiuto di incontrare il padre in giorni ed in orari prestabiliti, allegando di non voler subire l'ossessionante, continuo recriminare paterno contro la madre, il giudice non deve coartare la volontà della prole ma deve disporre che gli incontri con il genitore non affidatario avvengano una volta al mese ma nel giorno liberamente scelto dalla prole stessa » ( ibidem, p. 104). Ed un richiamo alla volontà del figlio nelle determinazione dell'avere o non una frequentazione con genitore a lungo assente è contenuto anche in una sentenza della Corte d'appello di Roma del 27 febbraio 1995 (ibidem 1995, p. 1450)

Il richiamo alla volontà del minore quando esso dimostri sufficiente maturità per esprimere una valutazione in qualche modo meditata e radicata mi sembra assai significativo sia per valorizzare la personalità del minore e le sue serie aspettative sia per non imporre con un regime di visite non gradite e causative di ansie e di turbamenti una nuova violenza ad un bambino già troppo provato. Del resto un regime di incontri coatti e sgraditi assicurerebbe un diritto di “ visita” del genitore ma

non quel” diritto ad una relazione genitoriale significativa e costruttiva” che è l’unico diritto che in questi casi può essere considerato.

Ma è anche vero che il richiamo alla volontà del ragazzo può essere un richiamo in realtà ambiguo perché non sempre è facile identificare quella che, al di là delle volontà meramente verbalizzata, costituisce il reale sentire e volere del ragazzo. Quello che il ragazzo esprime può essere il riflesso di ciò che gli è stato imposto con un serrato “lavaggio del cervello” ; può essere soltanto il cedere al ricatto affettivo del genitore affidatario e quindi al terrore di essere abbandonato anche da questo; può essere l’istintivo desiderio di punire chi viene percepito come colui che ha rotto l’alleanza familiare e cagionato così sofferenze; e così via di seguito.

Inoltre teorizzare troppo il fatto che la decisione sul mantenimento dei rapporti genitoriali e sulle modalità in cui essi devono essere tenuti spetta esclusivamente al ragazzo, anche se adolescente, significa gravarlo spesso di un peso insostenibile, causa di successivi pesanti sensi di colpa.

Né sembra del tutto opportuna una espropriazione del diritto! dovere del genitore di mantenere i suoi rapporti con figlio solo sulla base di una mera soggettiva posizione di quest’ultimo legata alla sua “ manifesta avversione o ripulsa “: anche per il ragazzo devono esserci accanto ai diritti anche i doveri ed un dovere è anche quello di mantenere rapporti con genitori forse non perfetti ma comunque non dannosi.

E’ anche da rilevare come non possa compensare il genitore espropriato dal suo diritto alla relazione genitoriale per colpa del genitore affidatario il fatto che il diritto gli riconosca un risarcimento dei danni morali e biologici di permanente non trascurabile rilevanza ex art 1226,2043, 2059 e 2727 cc nel caso che il coniuge genitore separato e affidatario impedisce costantemente , continuativamente e per lungo tempo, senza alcun vero adeguato motivo, di visitare la prole e di permanere con essa per instaurare e mantenere con essa il necessario e doveroso rapporto parentale (Trib. Roma, 13 giugno 2000, in Dir Fam Pers, 2001, 209).

Inoltre le situazioni non restano sempre statiche, i conflitti possono — come l’esperienza dimostra — essere anche appianati, le incomprensioni possono essere superate ed è anche vero che più relazioni si riescono a coltivare, specie se con i propri genitori, e più si è umanamente arricchiti e sostenuti.

Una sospensione totale dei rapporti deve, mi sembra, essere giustificata da elementi oggettivi che rendano non solo non utile ma anche dannosa la relazione.

6. In questi casi sorge il problema — che l’ordinamento non ha preso in considerazione forse perché ancor legato al mito del sangue che non può essere cancellato giammai — se non è possibile eliminare, a tutela del ragazzo e del suo sereno itinerario maturativo , una genitorialità che anziché essere utile risulti solo dannosa.

Il principio che la genitorialità carente può essere messa nel nulla è un principio che ormai è entrato nel nostro ordinamento attraverso la legge sull’adozione legittimante. Perché dovrebbe valere solo nel caso in cui entrambi i genitori o l’unico genitore conosciuto appaia inadeguato a sviluppare la sua funzione e non anche nei casi in cui uno solo dei genitori è pesantemente negativo nella vita del ragazzo pur se rimane valido l’altro genitore?

Basta in particolare riferirsi ai casi di abuso sessuale sul figlio o di gravissimi maltrattamenti fisici o di assoluto abbandono o di gravi insufficienze legate a malattie mentali. Mi sembra che non possa bastare in questi casi solo la previsione di ablazione o di riduzione della potestà poiché un provvedimento giudiziario di questo tipo comporta la perdita dei poteri sul minore e per il minore non la permanenza di relazioni con il figlio che possono continuare ad essere traumatiche e pericolose (per esempio la decadenza dalla potestà non comporta il venir meno della coabitazione a meno che non vi sia un provvedimento di allontanamento del minore ovvero oggi anche un provvedimento di allontanamento del genitore).

Non possiamo non riconoscere che in alcuni casi la presenza, anche solo saltuaria, di un genitore incapace di costituire un rapporto sicurizzante e strutturante col proprio figlio diviene causa di gravi disfunzioni nell' itinerario formativo del minore, cagione di ansietà ed incubi per il ragazzo, un elemento di sofferenza e di confusione del soggetto in età evolutiva.

Non vorrei che l'affermazione del diritto del ragazzo al suo genitore, molto assolutizzata, finisca con il nascondere e contrabbandare solo un diritto dell'adulto ad avere in proprio potere il figlio per esercitare su lui le proprie onnipotenze.

7 . Il problema dei rapporti tra genitore e figlio sicuramente si complica quando si delinea l'ipotesi di famiglie ricostituite sia nell' ipotesi di ricostituzione di un nuovo nucleo familiare di fatto che del nuovo matrimonio del genitore.

Se la famiglia ricostituita è quella del genitore non affidatario può essere difficile il periodico inserimento in essa di un ragazzo che si percepisce come estraneo al nuovo nucleo e che può sviluppare sensi di rivalsa nei confronti di chi ha assunto il ruolo di partner del genitore; se la famiglia che si ricostituisce è la famiglia del genitore affidatario può avvenire che si instauri un solido legame affettivo con il nuovo partner del genitore affidatario che, svolgendo un ruolo di aiuto e guida continuo, assume di fatto funzioni genitoriali sostitutive di quelle che dovrebbero essere svolte dal genitore non affidatario. Vi è il rischio in questi casi che le saltuarie frequentazioni con quest'ultimo siano percepite come insignificanti o anche fastidiose per un ragazzo costretto a rinunciare ai suoi ordinari ritmi di vita ed alle sue usuali frequentazioni amicali per incontri che spesso gli appaiono un pò' artefatti e comunque troppo rituali.

8. Particolarmente difficile è la situazione del bambino quando la comunità familiare che si disgrega è composta da genitori appartenenti a nazioni diverse.

Un fenomeno che in Italia è in aumento per la massima mobilità delle persone e per la ormai rilevante presenza di stranieri in modo quasi stabile sul nostro territorio. Se a seguito della disgregazione familiare uno dei genitori torna nel suo paese di origine diviene estremamente complessa sul piano umano e sul piano giuridico la posizione dei figli. Il mantenimento della genitorialità è in questi casi piuttosto difficile date le distanze e non sono infrequenti i casi in cui il bambino che vada a trovare all'estero il suo genitore viene poi trattenuto nel paese del genitore non venendo restituito al genitore che risiede in Italia.

Né sono mancati casi non solo di trattenimento all'estero del bambino in visita - anche attraverso compiacenti forme di affidamento da parte dei giudici del paese in cui momentaneamente il bambino si trova - ma anche di veri e propri rapimenti coattivi dal nostro paese ( anche con celamento di essi in bauli per passare impunemente la dogana).

In questi casi non solo si viola il diritto del bambino ai suoi genitori ( ed il diritto dei genitori al figlio) ma si perpetra anche una grave violenza sul ragazzo segnandone l'esistenza: perde il bambino non solo il genitore affidatario a cui è particolarmente legato ma anche il suo ambiente di vita, la sua abituale cultura, i suoi amici, i suoi legami affettivi.

Ancora più difficili sono queste situazioni assai incresciose quando il padre appartiene ad un paese a religione mussulmana in cui è profondamente diverso dal nostro il modo di concepire il sistema familiare perché nè la donna nè il figlio si vedono riconosciuti diritti di fronte all'assoluto predominio accordato all'uomo e al padre.

Sono stati attivati sul piano giuridico degli strumenti per recuperare i minori illecitamente sottratti o illecitamente trattenuti : la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 e la Convenzione del Lussemburgo del 20 maggio 1980 hanno cercato di porre un freno all'inconveniente. Si deve però rilevare innanzi tutto che le Convenzioni in parola non solo state ratificate da tutti i paesi (mancano per esempio del tutto i paesi a legislazione musulmana); poi che nei paesi stranieri vi è stata spesso una difesa ad oltranza del proprio connazionale da parte delle autorità straniere; infine che non

infrequentemente l'avvio delle procedure può avvenire solo attraverso una obbligatoria assistenza legale dai costi spesso inavvicinabili.

Manca inoltre nelle Convenzioni la possibilità di intervento di un organismo supranazionale allo scopo di fare rispettare i principi e le finalità della Convenzione stessa nel caso in cui uno Stato per difendere il suo cittadino non ottemperi alle prescrizioni patrizie. E' vero che la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha cercato di superare questa grave carenza affermando - in una decisione di Strasburgo del 25 gennaio 2000 - che l'omissione di uno Stato di far rispettare un ordine di ritorno potrebbe costituire una violazione dell'art 8 della Convenzione europea che contempla il diritto di ciascuno al rispetto della propria vita familiare: per la Corte dunque l'art 8 contempla da un lato il diritto per i genitori di avere contatti con i propri figli e dall'altro l'obbligo per la autorità statali di assumere positivi provvedimenti a tal fine.

E' un passo avanti ma solo un piccolo passo perché l'unica sanzione ipotizzabile per lo Stato inadempiente è quella della condanna al risarcimento dei danni morali per il genitore ricorrente: la tutela del minore è così del tutto vanificata.

E' anche da aggiungere che, secondo la responsabile della Autorità italiana prevista per le Convenzioni (Ufficio minori del Ministero della Giustizia) le principali cause di non attuazione piena della Convenzione sono nella difficoltà di localizzare i minori per carenza di risorse e infrastrutture; nella eccessiva durata dei casi; nella non coercibilità degli ordini di rientro; nell'ampio riconoscimento della eccezione al rientro consistente nel rifiuto del minore ovvero nella richiesta per il genitore di condizioni per il rientro ( spese di viaggio per esempio).

9. Un ultimo problema riguarda i rapporti di un bambino con i suoi parenti ed in particolare con la famiglia del genitore a cui il bambino non è affidato. Questo tanto nel caso di separazione tra coniugi quanto nel caso di allontanamento da un genitore per altri motivi ( abuso, maltrattamento, malattia mentale ecc).

E' innanzi tutto da sottolineare come il nostro ordinamento - recependo la distinzione sociologica tra famiglia allargata e famiglia nucleare e l'attuale preferenza espressa dal costume a quest'ultimo modello familiare - sembra effettuare una netta distinzione tra "famiglia coniugale" - su cui gravano non solo meri obblighi di tipo patrimoniale ma anche significativi obblighi relazionali e di solidarietà integrativa - e "famiglia parentale" , o meglio parentela, da cui discendono solo eventualmente, e in via sostanzialmente indiretta, significativi obblighi giuridici anche di natura personale.

Non è senza significato per esempio che la Corte Costituzionale abbia ripetutamente affermato, mutando la sua precedente giurisprudenza ( Cort. Cost. 5 luglio 1960 n. 54), che la famiglia legittima alla quale fa riferimento l' art 30 comma 3 della Costituzione non è quella estesa, comprensiva degli ascendenti e dei collaterali, ma solo quella nucleare composta dal coniuge e dai figli legittimi ( Cort. Cost. 14.4.1969 n. 79; 30.4.1973 n. 50; 27.3.1974 n. 82; 4.7.1979 n. 55).

Di conseguenza l' ordinamento relega le figure parentali, nell'ambito dei rapporti intergenerazionali, in ruoli e funzioni di mera supplenza non privilegiando in alcun modo la relazione personale: è significativo notare come, anche nell' ambito della famiglia legittima, l'ascendente è tenuto esclusivamente a corrispondere gli alimenti e non incombe su lui alcun obbligo di mantenere e istruire i nipoti ma solo quello di fornire ai genitori i mezzi necessari perché essi possano provvedere all'espletamento dei compiti che sono solo loro (art. 148 cod. civ. ). Come è assai significativo che l'ordinamento non preveda in alcun modo un diritto degli ascendenti a mantenere significativi rapporti relazionali con i propri nipoti.

E' anche da segnalare che la giurisprudenza ha espressamente affermato che non incombe ai nonni l'obbligo di mantenere, istruire ed educare il nipote ma solo un obbligo alimentare e di fornire ai figli i mezzi necessari per l'allevamento dei nipoti ( C.A.Sez . Mi Bologna, 27.2.1985 in Giur. it., 1986, I, 282).

Ed è significativo che, nell'ambito della filiazione naturale, si considerino estranei ad ogni rapporto gli ascendenti naturali prossimi - e i discendenti - pur facendo discendere dal fatto naturalistico obblighi e diritti sul piano patrimoniale.

Del tutto contraddittorio - nei confronti di questo preciso orientamento - appare invece la posizione dell'ordinamento nel campo adozionale in cui, non si comprende perché, il diritto improvvisamente riscopre e valorizza la famiglia allargata. E' del tutto anacronistico che l'ordinamento - dopo aver ritenuto giuridicamente non rilevanti le relazioni parentali nell'ambito dell'ordinaria vita familiare ( con l'unica eccezione del piano patrimoniale ) - riscopra la famiglia allargata non tanto per garantire maggiormente i diritti del minore quanto piuttosto per tutelare fino allo stremo i vincoli di sangue ed evitare la definitiva fuoriuscita di un membro dalla rivalorizzata " grande famiglia ". La legge sulla adozione infatti finisce con l'essere fortemente radicata sul riconoscimento e sulla tutela delle più ampie relazioni parentali che in tutti gli altri campi del diritto sono considerate per lo più irrilevanti, e su un riscoperto spirito di solidarietà familiare, anche tra parenti, che, al di fuori della situazione abbandonica, non trova alcun giuridico riconoscimento.

Questa posizione francamente schizofrenica dell'ordinamento si riverbera anche nella posizione che il diritto assume nel caso di disfacimento dell'unità familiare e conseguentemente di allontanamento del figlio da un genitore che comporta spesso anche l'allontanamento del bambino/a dall'ambiente familiare del genitore non affidatario.

Se esplose la conflittualità genitoriale sul figlio non è infrequente che i parenti dell'uno o dell'altro coniuge si schierino a difesa del loro congiunto e che questo determini una forte difficoltà di mantenimento di sereni e continuativi rapporti; e non è neppure infrequente che il genitore affidatario tenda a rarefare i rapporti del proprio figlio con i parenti del proprio ex partner per punire in qualche modo il coniuge percepito come traditore: se non si possono impedire gli incontri con lui che almeno si impediscano gli incontri con la sua sfera familiare.

Ancora una volta il colpito da questa difficile situazione è il bambino che vede svanire figure di riferimento a cui nella sua breve vita si era affezionato e che si vede invischiato in una faida tra due gruppi familiari in forte contrapposizione.

Nell'assoluto silenzio dell'ordinamento sul punto la giurisprudenza ha fatto qualche timido passo per regolamentare la situazione.

Si è così innanzi tutto riconosciuto - con qualche difficoltà e comunque solo partendo dall'interesse del minore - un diritto al mantenimento dei rapporti personali tra nonni e nipoti. Pur riconoscendo che « l'ordinamento non attribuisce ai nonni alcun diritto da far valere in contrasto con i poteri spettanti ex potestate ai genitori ed alcun potere che non si esaurisca nella mera facoltà di far controllare giudizialmente il comportamento genitoriale verso il nipote al fine di evitare che i genitori arrechino pregiudizio, anche economico, al figlio » ( Trib. Mm. Roma, 8.9.1986 in Dir. fam., 1987, 247 ) e che « non spetta ai nonni ( e agli altri parenti ) un vero e proprio diritto soggettivo di visita nei riguardi del nipote mancando nel sistema una norma esplicita che tale diritto direttamente preveda » ( Trib. Mm. Roma, 7.2.1987 in Dir. fam., 1987, 739 ) si è comunque affermato che il genitore non può, senza plausibili ragioni in relazione al preminente interesse del minore, vietargli ogni rapporto con i parenti più stretti, quali i nonni, « tenuto conto del potenziale danno a lui derivante dall'ostacolo a relazioni affettive che sono conformi ai principi etici del nostro ordinamento » ( Cass, 24.2.1981 n. 1115 in Dir. Fam., 1981, 697 ).

Credo che in sede interpretativa sarebbe necessario riequilibrare le due posizioni e rovesciare una giurisprudenza che consente rapporti nonni-nipoti solo se la privazione produca danno mentre bisognerebbe partire dall'ipotesi contraria che il mantenimento di significative relazioni affettive anche con i nonni costituisce sempre una positività per il ragazzo e che pertanto tali relazioni possono essere escluse solo quando positivamente si risolvano in un danno per il minore.

