



# la Paziienza

rassegna dell'ordine degli avvocati di torino

APRILE 2008 98



# la Paziienza

rassegna dell'ordine degli avvocati di torino

## DIRETTORE RESPONSABILE

Mauro RONCO

## COMITATO DI REDAZIONE

Luigi CHIAPPERO

Anna CHIUSANO

Stefano COMMODO

Paolo DAVICO BONINO

Vincenzo ENRICHENS

Giulia FACCHINI

Silvana FANTINI

Guido JORIO

Pier Giuseppe MONATERI

Davide MOSSO

Elena NEGRI

Carlo PAVESIO

Fabio Alberto REGOLI

Manuela STINCHI

Filippo VALLOSIO

Romana VIGLIANI

Registrato al n. 2759 del Tribunale  
di Torino in data 9 giugno 1983

IMPAGINAZIONE

Studio Beta - TO

FOTOCOMPOSIZIONE

Smile Grafica - TO

STAMPA

MARIOGROS - Torino

Si ringrazia per le foto interne  
il fotografo Michele Pellegrino e  
l'Editore Mario Astegiano

**7** La delibera del Consiglio dell'Ordine relativamente alla Fondazione Croce

### Famiglia: profili internazionali

**8** Il diritto internazionale privato e la famiglia *di Germana Bertoli*

**11** Matrimoni misti: occasione di aggiornamento professionale  
*di Magda Naggar*

**13** Uniformazione del diritto europeo e armonizzazione  
del diritto di famiglia *di P.G. Monateri*

### Famiglia: principi fondativi

**17** Famiglia e convivenza *di Mauro Ronco*

**20** La famiglia, oggi *di Romana Vigliani*

**22** La famiglia: dal sentire comune al precetto penale *di Silvana Fantini*

**26** Le trasformazioni della famiglia *di Elena Sormano*

### Famiglia: problemi attuali ed emergenti

**29** Capaci di tutto? *di Stefano Commodo*

**32** Figli legittimi e figli naturali nella crisi della coppia genitoriale:  
tutele processuali e prassi nel distretto della Corte d'appello  
di Torino *di Giulia Facchini*

**34** Cohousing – condominio solidale – comunità di famiglie  
e altro ancora *di Davide Mosso*

**36** La difficile attesa di un figlio adottivo *di Fulvio Villa*

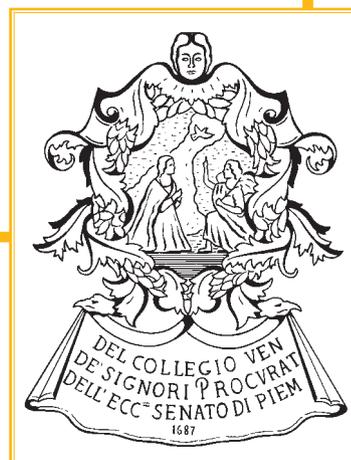
**38** L'attualità del delitto di maltrattamenti in famiglia *di Valentina Zancan*

**41** La deontologia dell'avvocato familiarista *di Marina Notaristefano*

**44** Nasce la Camera minorile di Torino *di Assunta Confente*

**46** Palazzo di Giustizia e umanità limitrofe *di Gianpaolo Zancan*

**47** In ricordo di Fiorino Giuseppe



Pubblicità  
STUDIO BETA  
10023 Chieri (TO)  
Via Massa, 13  
Tel./Fax 011/4230062  
Cell. 3405768325



Ritengo indispensabile che tutti gli avvocati possano conoscere con agio il tenore integrale della delibera approvata il 23 aprile 2008 dal Consiglio dell'Ordine a riguardo degli obiettivi, degli assetti e del funzionamento della Fondazione dell'Avvocatura Torinese Fulvio Croce.

Per questo motivo l'editoriale di questo numero de *la Paziienza* è dedicato in esclusiva alla pubblicazione di questo importante documento, con il quale tutti gli avvocati di Torino sono invitati a confrontarsi in vista di ogni possibile approfondimento e miglioramento futuro.

**Mauro Ronco**

#### *Il Consiglio,*

- *esaminata la situazione attuale della Fondazione dell'Avvocatura Torinese Fulvio Croce;*
- *richiamati gli scopi delineati all'art. 3 dello Statuto della Fondazione e confermata la validità della scelta deliberata a suo tempo dall'Ordine e sostenuta dall'adesione dei Soci Fondatori;*
- *richiamata altresì la delibera del Consiglio dell'Ordine del 29.01.2007 nella quale il Consiglio manifestava l'intento di «offrire ai propri iscritti un articolato insieme di iniziative formative idonee a garantirne la doverosa formazione permanente», instaurando «una stretta collaborazione con la Fondazione dell'Avvocatura Torinese Fulvio Croce nell'organizzazione delle dette iniziative formative» (delibera che si allega alla presente);*
- *ritenuta la necessità di un intervento complessivo di carattere qualitativo, quantitativo e finanziario, coordinato tra l'Ordine, la Società Capris s.r.l. e la Fondazione stessa, finalizzato a una ripresa dell'attività e a un potenziamento di quest'ultima;*
- *verificata altresì la necessità di rendere più stretto il coordinamento tra l'attività di formazione e aggiornamento professionale propria dell'Ordine e l'attività culturale svolta dalla Fondazione;*

#### *auspica*

*che la Fondazione possa costituire il centro di riferimento per il coordinamento dell'attività di programmazione per la formazione e l'aggiornamento professionale e l'attività culturale di più ampio respiro, precisandosi che, mentre l'attività culturale potrà essere decisa autonomamente, le decisioni in ordine alla formazione e all'aggiornamento spettano unicamente al Consiglio dell'Ordine (la Fondazione proporrà ed attuerà quanto deliberato e approvato dall'Ordine). La Fondazione potrà affiancare al proprio Consiglio di Amministrazione un più ampio organismo costituito, oltre che dalla Commissione Scientifica dell'Ordine, da tutti coloro che intenderanno valorizzare l'attività della Fondazione, proponendo iniziative ed incontri da attuarsi anche in sede diversa da quella della Fondazione;*

#### *auspica altresì*

*che la Fondazione estenda il più possibile le opportunità di utilizzo della sede a beneficio non soltanto dei singoli colleghi per motivi di aggiornamento e di cultura, ma altresì di tutte le Associazioni Forensi e degli Studi Legali, che verranno*

*no invitati ad avvalersi dei locali della Fondazione sia per gli incontri interni sia per le loro iniziative culturali;*

#### *auspica altresì*

*un collegamento permanente della Fondazione con la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino (già socio fondatore), nonché con gli altri Enti collettivi pure soci fondatori (Comune, Provincia, Regione, ecc.), nonché con le altre categorie appartenenti all'universo dei giuristi, trasmettendo le informazioni circa i programmi e le iniziative della Fondazione tanto ai Magistrati, quanto ai Commercialisti e ai Notai.*

#### *Si impegna*

*a valorizzare e pubblicizzare l'attività della Fondazione attraverso la Paziienza, le newsletters, la stampa dei programmi mensili ed ogni altra utile promozione;*

#### *si impegna*

*a versare alla Fondazione una dotazione finanziaria annua – previa specifica deliberazione del Consiglio dell'Ordine – a titolo di riconoscimento delle attività svolte per l'organizzazione e l'attuazione del programma di formazione e aggiornamento nella misura di € 50.000,00 (cinquantamila);*

#### *invita*

*la Società Capris s.r.l. a dar corso al rimborso progressivo del finanziamento ricevuto dal socio unico, nei limiti di legge, oppure a distribuire gli utili conseguiti;*

#### *invita*

*la Società Capris s.r.l., che incasserà tutti i proventi derivanti dai servizi svolti nell'interesse degli avvocati, nonché derivanti dall'attività formativa e di aggiornamento, e che gestirà tutti i rapporti con i fornitori ed i gestori dei servizi offerti nella sede della Fondazione (tenendo conto altresì che la licenza di ristorazione è intestata alla Fondazione), a consentirne l'utilizzo da parte della Fondazione a titolo di comodato gratuito non esclusivo, in ragione dell'attività svolta da quest'ultima nell'interesse dell'intera Avvocatura;*

#### *invita altresì*

*la Società Capris s.r.l. a completare la dotazione di strumentazione all'interno della Fondazione, a supporto dell'attività degli iscritti.*

#### *Invita infine*

*il Consiglio di Amministrazione della Fondazione a vagliare al più presto forme e condizioni per la ripresa dell'attività di ristorazione e per assicurare una ragionevole apertura della sede di Palazzo Capris.*



## Famiglia: profili internazionali

# IL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E LA FAMIGLIA

Per capire quali siano le basi su cui si fonda il complesso sistema del diritto internazionale privato si può partire da una domanda che ci si pose agli inizi del XIV secolo nelle più famose Università italiane quali Perugia e Bologna, ossia: “Se a Modena viene chiamato in giudizio un Bolognese, cosa accade?”. Le risposte furono molte e di diverso contenuto fino a quando Bartolo da Sassoferrato giunse alla conclusione che: “Se si parla di diritti personali, si applica il diritto di Bologna, se si parla di diritti reali, quello di Modena”.

Da allora molta strada è stata fatta ed oggi nell’Ordinamento Giuridico Italiano il diritto internazionale privato è disciplinato dalla l. 218/95 che trova collocazione tra le leggi complementari al Codice Civile.

La legge è composta da cinque titoli: il primo ne indica l’oggetto; il secondo si occupa della competenza giurisdizionale; il terzo contiene le norme per l’individuazione del diritto applicabile; il quarto si occupa del riconoscimento ed esecuzione di atti o decisioni straniere; il quinto porta le disposizioni transitorie.

Interessante notare come la l. 218/95 sia molto più aperta all’internazionalismo rispetto al codice del 1942, il quale come è ovvio, ha risentito dei fattori caratterizzanti il periodo in cui ha avuto origine (il fascismo, la guerra) contrari allo “straniero”.

Negli anni passati la l. 218/95 era predominio di pochi tecnici del diritto (fortuna o sfortuna?) in quanto la disciplina dei rapporti tra soggetti con nazionalità differenti o con la collocazione dei propri interessi patrimoniali in Stati diversi erano l’eccezione alla regola. L’evoluzione del tessuto sociale, sempre più multietnico e globalizzato, porta invece oggi molti avvocati a tro-

varsi nella necessità di avvalersi del diritto internazionale privato regolamentato, oltre che dalla l. 218/95 anche da numerose convenzioni. Tale necessità sta divenendo propria anche degli avvocati che si occupano di diritto di famiglia, dato l’aumento dirompente dei matrimoni misti e della necessità di regolare la crisi coniugale che investe unioni celebrate in Italia tra cittadini stranieri o celebrata in altri Stati tra cittadini italiani o che successivamente risiedono in Italia.

Il primo problema che deve essere affrontato quando ci si trova in tali situazioni è quello della giurisdizione, che in passato era affrontato dall’art. 4 del c.p.c., secondo cui il coniuge straniero poteva essere convenuto davanti al giudice italiano, se era residente o domiciliato, anche elettivamente in Italia, oppure se aveva accettato la giurisdizione italiana e nel caso reciproco, il giudice dello Stato al quale lo straniero apparteneva, poteva conoscere delle domande proposte contro un cittadino italiano. Tale norma è stata abrogata dalla l. 218/95 che ha disciplinato le questioni inerenti la competenza giurisdizionale in materia di nullità e di annullamento del matrimonio, di separazione personale e di scioglimento del matrimonio, sia all’art. 3 stabilendo che la giurisdizione italiana sussiste quando il convenuto è domiciliato o residente in Italia sia all’art. 32 secondo cui la giurisdizione italiana sussiste, oltre che nei casi previsti dall’articolo 3, anche quando uno dei coniugi è cittadino italiano o il matrimonio è stato celebrato in Italia.

È evidente, dunque, che la l. 218/95 prescinde completamente dal principio *actor sequitur forum rei*, con un ampliamento della giurisdizione alle ipotesi in cui nessuno dei coniugi possiede la cittadinanza italiana, il matri-

monio sia stato celebrato all’estero e il convenuto sia residente all’estero o irreperibile. Il solo legame territoriale della residenza o del domicilio del ricorrente è stato considerato sufficiente per l’esercizio della giurisdizione italiana.

Affrontata la questione della giurisdizione e quindi individuato quale sia il giudice da adire, sarà necessario stabilire quale sia la legge applicabile per la regolamentazione della crisi coniugale. Viene a tal fine in soccorso l’art. 31 della l. 218/95 secondo cui ci si dovrà riferire alla legge nazionale comune ai due coniugi al momento della domanda di separazione o di scioglimento del matrimonio o, in mancanza di una cittadinanza comune, alla legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale risultava prevalentemente localizzata, facendo riferimento comunque alla legge italiana sia nel caso in cui la separazione o lo scioglimento del matrimonio non siano previsti dalla legge straniera applicabile, sia nel caso in cui i coniugi abbiano più cittadinanze comuni tra cui quella italiana.

La preferenza data dall’art. 31 n. 1 al criterio della cittadinanza comune dei coniugi si giustifica in quanto si tratta del collegamento più utilizzato in materia nei sistemi di conflitto dell’Europa continentale e costituisce il principio fondamentale di regolamentazione internazionale-privatistica delle relazioni giuridiche familiari. Ciò però non ha impedito che nella norma di conflitto di cui all’art. 31 sia stato introdotto, seppure in via sussidiaria, un elemento di flessibilità rappresentato dal ricorso alla prevalente localizzazione della vita comune che ha investito il metodo tradizionale di soluzione dei conflitti di leggi. Ovviamente si tratta di un criterio

meno semplice da applicare perché necessita di una certa esperienza da cui far derivare le circostanze che definiscano la localizzazione della vita matrimoniale, ma il frequente ricorso alla residenza abituale dei coniugi, determinerebbe una sostanziale coincidenza con la soluzione prevalente in altri sistemi europei.

Il comma 2 dell'art. 31, è invece la chiara espressione dell'applicazione di un principio di ordine pubblico del Foro. La norma in questione infatti prevede che se il sistema normativo straniero applicabile alla fattispecie da regolare non preveda l'istituto della separazione o dello scioglimento del matrimonio, si dovrà applicare la legge del Foro a prescindere da qualsiasi connessione della fattispecie con lo Stato Italiano. Questa scelta legislativa è il sintomo della volontà del legislatore di tutelare il diritto alla separazione, tanto da poterci spingere a dire che il sistema di conflitto italiano si ispira al *favor divortii*.

Il criterio della *lex Fori*, però, rischia di creare il problema del riconoscimento della pronuncia italiana all'estero, soprattutto quando si tratti di pronunce concernenti soggetti entrambi stranieri, che abbiano ottenuto risultati che non avrebbero avuto intraprendendo l'iniziativa innanzi al giudice che dovrebbe effettuare il riconoscimento. Va comunque detto come oggi le pronunce di separazione e di divorzio possono circolare in modo assai agevole nell'ambito della Comunità Europea in virtù del Regolamento n. 2201/03, che ha consentito l'esercizio di competenza comunitaria in un settore come quello del diritto di famiglia tradizionalmente escluso dai poteri normativi di un'organizzazione internazionale originariamente ispirata a finalità di carattere economico.

Il giudizio sul riconoscimento automatico delle decisioni straniere, sicuramente più semplice perché libero dagli ostacoli frapposti dalle singole leggi nazionali, può non essere univoco a seconda che si auspichi o meno l'apertura del nostro ordinamento verso quelli stranieri con modelli normativi a noi sconosciuti quali le unioni registrate e i matrimoni tra omosessuali.

Ad oggi, però, la diffidenza mostrata dai giudici italiani nonché la chiusura manifestata dalla Corte Europea dei diritti umani, così come dalla stessa Corte di Giustizia dell'Unione europea, non può escludere che in un futuro il principio del mutuo riconoscimento, oggi conosciuto in altri ambiti, non venga ad applicarsi anche al diritto di famiglia.

In merito alla determinazione della legge applicabile ai rapporti di filiazione, gli artt. 33, 34, 35, 36 sono tutti contraddistinti dal fatto che la figura del "figlio" in essi citata è al centro dell'attenzione giuridica. Infatti, lo status del "figlio" è determinato dalla legge nazionale del suddetto al momento della nascita, salvo (anche in tal caso) discostarsene quando l'applicazione della legge nazionale di uno dei genitori possa condurre a un risultato più favorevole alla condizione giuridica del figlio stesso. Ed è sempre la legge nazionale del figlio a disciplinare anche i rapporti con i genitori (soprattutto ove si consideri che questi ultimi possono avere cittadinanze diverse), confermando la centralità del primo all'interno della famiglia.

www.indagini.com



## AGENZIA INVESTIGATIVA DELLE ALPI

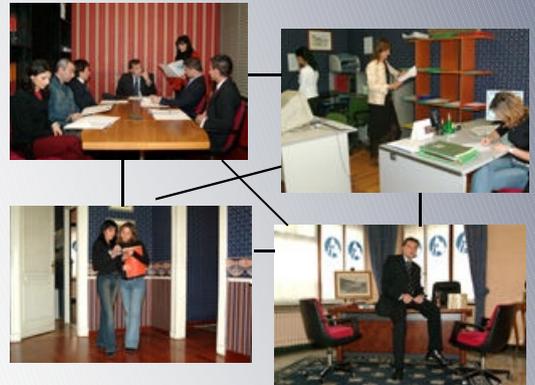
### LE NOSTRE INDAGINI

- Recupero crediti
- Analisi imprenditoriale di una persona fisica
- Indagini su collaboratori, soci, rappresentanti
- Indagine tutela marchi e brevetti
- Bonifiche telefoniche e ambientali
- Indagini matrimoniali e prematrimoniali
- Separazioni o divorzi e ridiscussioni degli alimenti
- Indagini relative a furti o sottrazione di beni
- Indagini per la tutela delle persone
- Ricerca persone scomparse
- Indagini per la difesa nel processo penale

### ALCUNI PUNTI DI FORZA

- Totale ed assoluta riservatezza
- Protezione dei dati con le più sofisticate tecniche
- Prove fotografiche e giudiziali valide in tribunale
- Account personale per ogni Cliente *on line* 24 h 24
- 250 studi legali come Clienti
- Dottore in legge in sede

### IL NOSTRO STAFF



**Agenzia Investigativa delle Alpi**  
 Via Ventimiglia, 76 Torino  
 tel. 011.66.70.949, fax. 011.66.71.418  
 indagini@indagini.com, www.indagini.com

Altro problema da affrontare riguarda il cosiddetto rinvio, ossia quando la legge italiana rimanda alla legge di uno stato straniero.

Per cogliere appieno la delicatezza e la potenziale complessità di tale aspetto è utile ricordare il noto caso Collier contro Rivaz deciso il 3 agosto 1841 dalla *Prerogative Court* di *Canterbury*. Si trattava della validità formale di alcuni codicilli contenuti nel testamento di un suddito britannico il quale, secondo il diritto inglese, era domiciliato in Belgio al tempo della morte. Tali codicilli erano redatti secondo le forme richieste dal diritto materiale inglese e non, invece, secondo le forme richieste dalla legge belga che avrebbe dovuto applicarsi quale *lex domicilii*. La corte si pronunciò affermando che i giudici inglesi, nelle particolari circostanze del caso, dovevano decidere come se si trovassero in Belgio. E poiché venne accertato, sulla base delle testimonianze di esperti uditi nel corso del giudizio,

che i giudici belgi avrebbero fatto ricorso al diritto inglese, fu proprio questo diritto ad esser applicato, con la conseguenza che i codicilli furono dichiarati formalmente validi.

Questa fortunata situazione è però solo una di quelle potenzialmente innescabili da un rinvio legislativo che sono almeno tre: la legge straniera è conforme (in questo caso tutto bene); la legge straniera rinvia indietro (in questo caso si applica la legge italiana); la legge straniera rinvia oltre (la legge italiana rimanda a quella belga, quella belga rimanda a quella tedesca, la legge tedesca rimanda a quella francese, e così via). Fortunatamente nella maggior parte dei casi, come in quello citato, ci si trova innanzi alla seconda ipotesi. Ciononostante, per ovviare a questi teorici pericoli, la legge di riferimento italiana fornisce opportune limitazioni ben elencate nel secondo comma dell'art. 13.

È indubbia la complessità dei casi che vedono come protagonisti soggetti

legati a Stati differenti per interessi o nazionalità, complessità che grava sugli avvocati, ma soprattutto sui magistrati chiamati a decidere in applicazione di leggi che come è ovvio non conoscono nel quotidiano, scontrandosi a volte con legislazioni povere di principi scritti e basate prevalentemente su pronunce giurisprudenziali. Da ciò l'esigenza di una compatta collaborazione tra avvocati e magistrati e proprio per tale ragione nella bozza di protocollo per i procedimenti di separazione e divorzio, redatto dall'Osservatorio per la giustizia civile di Torino – Gruppo famiglia e minori – è stata inserita all'art. 3 l'indicazione che nel caso in cui debba applicarsi la legge straniera, gli avvocati delle parti si adopereranno al fine di indicarne al Giudice gli estremi o comunque di individuare la fonte normativa straniera per una maggiore celebrità del processo.

**Germana Bertoli**





## MATRIMONI MISTI: OCCASIONE DI AGGIORNAMENTO PROFESSIONALE

L'apertura delle frontiere, i massicci fenomeni migratori sia di soggetti singoli che di nuclei familiari già formati all'estero, nonché la mobilità all'interno dell'Unione europea hanno favorito il contatto fra i cittadini dei vari Stati, anche extraeuropei, e determinato un sensibile aumento dei matrimoni extranazionali, caratterizzando la nostra società in chiave necessariamente multietnica.

Ma anche nel nostro mondo globalizzato, in cui l'amore non ha certamente confini, nella scelta del partner continuano a giocare un ruolo determinante tradizioni e radici culturali, con la conseguenza che le unioni avvengono più frequentemente fra persone appartenenti a paesi storicamente o culturalmente vicini.

Anche a prescindere dal caso limite dell'ottantatreenne italiano che cerca di sposare la badante rumena di 44 anni (è di questi giorni la notizia del matrimonio che avrebbe dovuto essere celebrato il 25 aprile scorso a Bologna, ma è stato sospeso dal PM ai sensi dell'art. 102 c.c.), o delle italiane affascinate dai giovani *khabibi* (termine arabo che letteralmente vuol dire tesoro e con il quale si indicano i bei giovani orientali), va osservato che l'incidenza dei matrimoni misti nel 1995 era meno del 5% di quelli complessivamente celebrati; nel 2003 la percentuale è passata all'8,8% su un totale di 258.580 matrimoni, mentre nel 2005 i matrimoni misti rappresentavano ben il 13,5% di quelli registrati in Italia.

Nel 2007 questa percentuale è arrivata sino al 14,3% del totale (Fam. Min., 2008, 2,13), e cioè un matrimo-

nio su sette presenta un elemento di estraneità: nel frattempo è diminuito il numero dei matrimoni (dai 270.000 nel 2002 ai 242.000 nel 2007), vale a dire che è diminuito il numero dei matrimoni italiani ed è cresciuto quello dei matrimoni misti o tra stranieri.

Vediamo in particolare i numeri di Torino: su 1480 matrimoni civili celebrati nella nostra città nel 2006, 266 (17,97% del totale) erano stati contratti da stranieri ed in 476 di essi (32,16% del totale) uno solo dei coniugi era straniero, quindi con una incidenza complessiva di matrimoni con elementi di estraneità di oltre il 50% (riferita, ripetiamo, ai soli matrimoni civili); nel 2007, su 1434 matrimoni, 235 (16,37%) sono tra stranieri e 435 (30,31%) tra un cittadino italiano ed uno straniero (in sei di essi la sposa italiana aveva almeno vent'anni in più del marito, mentre in quindici matrimoni era il maschio italiano ad avere vent'anni di più della sposa straniera).

Poiché l'amore può anche finire, ed a volte finisce malamente, con litigi su tutto e tensioni per i figli, capire quale legge applicare per la regolamentazione dei rapporti personali tra i coniugi, per l'affidamento dei figli ed il loro mantenimento, per la divisione dei beni comuni ed altre fondamentali questioni, diventa per noi avvocati di basilare importanza per la qualità della vita di quelle persone e per l'affermazione dei loro diritti.

La Commissione europea ci fa sapere che nell'Unione il numero totale dei divorzi fra il 2000 e il 2004 è stato in netto aumento, ad eccezione di Portogallo ed Estonia.

Alcune cifre: ogni anno si celebra-

no circa 2,2 milioni di matrimoni, di cui 350.000 internazionali, mentre i divorzi toccano quota 875.000, e fra questi 170.000 internazionali.

In Italia l'aumento delle separazioni delle coppie miste è stato sbalorditivo: nel 2000 si sono separate 4.266 coppie, che nel 2005 sono diventate ben 7.536 con un incremento quindi del 76,6%.

È evidente che è già difficile di per sé affrontare i problemi che derivano dalla semplice convivenza; quando vi associamo anche le profonde differenze culturali, capiamo perché la percentuale di fallimenti di queste unioni è pari all'80% (quindi circa il doppio di quelli italiani), senza contare il "sommerso", ovvero le scissioni delle coppie miste che convivono senza essere sposate.

Se a tutto ciò aggiungiamo la presenza, sempre più numericamente significativa, di persone singole provenienti da paesi extracomunitari, ci si rende conto di come non si possa più pensare di fare a meno di una buona conoscenza delle norme di diritto internazionale privato. Chi di noi infatti non ha mai ricevuto in studio una persona, residente o no in Italia, appartenente ad un paese Ue o extracomunitario, con problemi di affidamento di minori, soldi e casa, trovandosi anzitutto di fronte al problema di quale giurisdizione applicare? Oppure è stato nominato curatore speciale di un minore straniero presente sul nostro territorio in apparente stato di abbandono? Che dire poi al cliente italiano che intende sposare una donna appartenente ad un paese di ispirazione coranica, alla quale però viene

negato il nulla osta ex art. 116 c.c.? Ed ai due cittadini dello stesso sesso coniugati in Spagna, in Belgio o in Olanda, o che hanno contratto una *civil partnership* registrata secondo il diritto inglese ma che non viene riconosciuta in Italia?

Poiché il nostro legislatore non si è nemmeno posto il problema dell'esistenza e della compatibilità dei nuovi e diversi istituti familiari previsti da altri ordinamenti, in Italia le disposizioni fondamentali vanno ricercate nella legge 218/95 che riguarda – per quanto qui ci occupa – la sola famiglia legittima ed ha optato, nella scelta dei criteri di collegamento, anzitutto per la legge nazionale comune dei coniugi e in mancanza per la legge dello Stato in cui la vita matrimoniale risulta prevalentemente localizzata.

La Germania e l'Austria hanno invece scelto, come criterio successivo, quello della residenza abituale dei coniugi, il Regno Unito la *lex fori*, mentre la Francia ha inserito una norma unilaterale di conflitto.

Per evitare quindi disarmonie applicative, da diverso tempo l'Unione Europea sta valutando la possibilità di introdurre anche nel diritto di famiglia e delle persone – tradizionalmente ritenuto prerogativa interna del singolo Stato – regole comuni a livello europeo, che definiscano quale giurisdizione nazionale debba applicarsi in simili situazioni, a partire dall'importanza di informare gli sposi o i conviventi sulle implicazioni pratiche delle proprie scelte, sulla mediazione familiare, sulla possibilità di scegliere la legge nazionale da applicare, sull'obbligo di informare le parti su possibili cambiamenti della legge scelta o circa l'applicazione della *lex fori*.

Poiché l'Unione Europea non ha competenza legislativa al riguardo, in quanto legiferare spetta ai singoli Stati membri, questi ultimi si sono tutti resi conto della necessità di cominciare a pensare di darsi delle regole comuni.

Negli anni vi sono stati quindi diversi interventi della Comunità, sia con i regolamenti (il c.d. Bruxelles I in materia di competenza ed esecuzione delle sentenze rese in materia di separazione e di potestà genitoriale ed il Regolamento 2201/2003, c.d. Bruxelles II, in tema di riconoscimen-

to delle decisioni negli stati membri), che con il Libro Verde sul divorzio.

In questo disegno di armonizzazione del diritto sostanziale e processuale di famiglia si è inserito il convegno internazionale sulle procedure di divorzio in Europa tenutosi a Lione lo scorso 13-14 e 15 dicembre 2007 “*Divorcer en Europe: règles, choix et stratégies*” organizzato dalla Commissione di Diritto delle Persone del locale Consiglio dell'Ordine, con la collaborazione della sottocommissione di Diritto Comparato, convegno che prendeva le mosse dalla constatazione che in Francia ben l'8% dei litigi familiari presentano un elemento di estraneità.

Al termine di queste giornate, aperte da Adrien-Charles Dana, Presidente del Consiglio dell'Ordine di Lione, si può dire che siano stati centrati tutti gli obiettivi che gli organizzatori si erano preposti, a partire dalla esigenza di fare il punto di tutti i testi normativi applicabili relativi alle regole di competenza ed alla legge applicabile (le disposizioni nazionali, i regolamenti di Bruxelles I e II bis, il Roma III, i loro spazi applicativi e la compatibilità, la convenzione dell'Aja).

Particolarmente interessante è stata la giornata intitolata “*Divorcer en Europe: y a-t-il place pour une stratégie?*” dai contenuti più tecnico-giuridici ed alla quale sono stati invitati relatori da diversi paesi dell'Unione per conoscere ed approfondire le specificità delle singole legislazioni.

Dopo un approfondimento sulla genesi ed i contenuti del regolamento Bruxelles II bis, effettuato da Cyril Nourissat, prorettore dell'Università Jean Moulin di Lione e da Alain Devers, docente nella medesima università, l'indagine si è spostata sul regolamento Roma III e sulla legge applicabile al divorzio, operata da Christelle Huppert, presidente della sezione famiglia e persone del Tribunale di Lione.

Ai relatori intervenuti dai diversi paesi (Mallory Volker, Giudice della Corte Costituzionale tedesca, già Giudice della Famiglia presso il Tribunale cantonale di Sarrebruck per la Germania, Luis Zarraluqui, avvocato in Madrid per la Spagna, John Cross, Giudice distrettuale inglese per

la Gran Bretagna, Valerie Dupong, avvocato del foro del Lussemburgo e la sottoscritta), è stato proposto un articolato caso concreto e richiesto ai vari partecipanti di esporre le risposte giudiziarie nei rispettivi ordinamenti.

I risultati sono stati alquanto sorprendenti: salvo che per il Lussemburgo – dove non pare esservi una gran tutela del coniuge debole – le risposte sono apparse tutte abbastanza equilibrate ed in linea con i principi generali del diritto del minore alla bigenitorialità, dal mantenimento di un equilibrato rapporto con entrambe le figure parentali, ed anche circa le conseguenze economiche per i minori e per i coniugi.

Significative sono state invece le differenze circa il peso dato alla “colpa” di uno dei due nel fallimento dell'unità coniugale, nei tempi del divorzio (ricordo che nella Ue la separazione è prevista in 12 paesi su 25 ed i tempi variano dai sei mesi della Finlandia ai quattro anni dell'Irlanda, dove bisogna anche superare l'esame del Tribunale per appurare l'esistenza di ragionevoli prospettive di riconciliazione, mentre a Malta ci si può solo separare in quanto non è previsto il divorzio), nelle risposte processuali e nei tempi giudiziari.

Si è trattato di giornate volte ad evidenziare i problemi legati alle differenti legislazioni nell'ottica di armonizzare le diverse discipline nazionali, nel tentativo di darsi regole comuni applicabili e di dotarsi degli strumenti più idonei per risolvere tali questioni e per assicurare al cliente la scelta della strategia migliore.

Proprio in questi giorni si stanno chiudendo gli articoli della raccolta degli atti, che saranno quanto prima pubblicati.

Per concludere, aggiungo che le giornate, di per sé già interessanti, sono state vivacizzate dalla notizia, apparsa sui giornali il giorno prima, della proposta di legge di affidare ai notai la separazione consensuale (ricordo che in Portogallo, Estonia e Danimarca il divorzio congiunto viene richiesto ad organi amministrativi anziché giudiziari): i colleghi francesi, come potete immaginare, erano semplicemente furibondi.

Magda Naggar



## UNIFORMAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO E ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA

Nel decennio passato, l'attenzione rivolta al Diritto Europeo è andata sempre più concentrandosi sul diritto privato, in particolare sul diritto dei contratti. Al contrario, una scarsa attenzione è stata sin qui riservata al diritto di famiglia quale materia di armonizzazione o unificazione, al punto che ci si potrebbe chiedere se la famiglia sia in qualche modo oggetto

dell'integrazione europea. Di recente, anche l'intenso dibattito dedicato al Codice Civile Europeo sembra non accordare alcuna considerazione al diritto di famiglia. In apparenza, quest'ultimo viene ancora ritenuto una questione per lo più di interesse nazionale. Diversamente dall'armonizzazione del diritto dei contratti, la prospettiva di armonizzare il diritto di

famiglia in Europa viene comunemente intesa come una questione molto problematica e/o peculiare. Secondo l'impostazione tradizionale, il diritto di famiglia – molto più di altri settori nel diritto privato – si propone obiettivi politici. Esso è concepito come uno strumento di intervento a carattere politico. Inoltre, i condizionamenti posti dal diritto costituzionale sono



ritenuti determinanti nei sistemi di diritto di famiglia, in quanto la loro disciplina interferisce con i diritti fondamentali tanto degli individui, quanto dei gruppi.

La non-armonizzazione del diritto di famiglia in Europa rivela peraltro i suoi effetti paradossali in quanto si traduce in un fattore di incertezza nell'attuazione dei meccanismi basilari dell'integrazione europea, quali sono le disposizioni in tema di libertà di circolazione.

In tale contesto, le Istituzioni europee mostrano di concepire il diritto di famiglia e la sua armonizzazione riproponendo la questione dei limiti alla sovranità nazionale e la tradizionale opposizione mercato/famiglia.

Tuttavia, i sistemi europei di diritto di famiglia – come sottolineano i fautori dell'armonizzazione – stanno convergendo fronteggiando una sfida comune: la c.d. privatizzazione delle relazioni Familiari.

Nel far ciò, essi si propongono di promuovere l'autonomia e l'autodeterminazione delle persone; in una prospettiva di armonizzazione, ciò avvicinerrebbe il diritto di famiglia alla logica di mercato, offrendo ai membri del nucleo familiare l'opportunità di regolare i loro reciproci doveri ed obblighi mediante accordi alternativi al regime legale, cioè attraverso gli strumenti della libertà contrattuale.

È naturale però, che a questo punto si sollevino una serie di questioni: fino a che punto i contratti squilibrati saranno vincolanti in Europa? Quali accordi familiari che si concludano in alternativa al regime legale, saranno ritenuti validi? In che misura la disparità economica o sociale tra le parti, tra i coniugi – per esempio – sarà rilevante/irrilevante ai fini di una valutazione in termini di giustizia contrattuale?

## La Nozione Europea di Famiglia

Per confrontarci con queste domande occorre innanzitutto fare riferimento alla nozione stessa di famiglia che è stata ritagliata nel diritto giurisprudenziale comunitario.

La Corte di Giustizia, attraverso le sue pronunce, dimostra, in effetti, di uniformarsi alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e di far proprio un concetto di famiglia ristretto alle unioni matrimoniali tra persone di sesso diverso che esclude

dalla protezione del diritto comunitario altre forme di vita familiare. In particolare, la Corte enuncia tale concezione in due diversi ambiti: nel settore della libera circolazione delle persone e in tema di parità tra i sessi. In ordine al primo ambito, la pronuncia di riferimento è costituita dal caso Reed (sent. 17 aprile 1986, Paesi Bassi c. Reed, causa 59/85, in Racc., 1986, 1283).

Nella specie, Ann Florence Reed, cittadina britannica, convivente di un lavoratore britannico occupato nei Paesi Bassi, vede respinta la sua richiesta di un permesso di soggiorno in Olanda, in quanto compagna di un lavoratore cittadino di un altro Stato membro. La controversia che ne segue, dopo due pronunce favorevoli alla Reed, viene portata dinanzi alla Corte di Giustizia, che è chiamata a stabilire se la condotta del Governo olandese abbia un carattere discriminatorio nei confronti dei lavoratori cittadini di altri Stati membri. In particolare, la Corte stabilisce che “lo Stato Membro il quale consenta ai propri cittadini di ottenere che il compagno non coniugato, non cittadino di questo Stato membro, soggiorni nel suo territorio, non può negare di attribuire lo stesso vantaggio ai lavoratori migranti cittadini di altri Stati membri”. Nell'emettere tale sentenza, però, i giudici affermano che in nessun caso a questi fini il convivente possa essere equiparato al coniuge per rientrare nella nozione di “familiare” del lavoratore e beneficiare quindi del diritto di stabilimento.

La nozione di famiglia, quale si ricava dalle pronunce della Corte nel settore della libera circolazione delle persone, coincide quindi con le unioni tra persone di sesso diverso suggellate dal matrimonio, con la conseguenza che, secondo il ragionamento dei giudici, il divorzio ha l'effetto di estinguere lo status di familiare e i diritti ad esso legati: in tal senso si veda: Corte di Giustizia, sent. 13 febbraio 1985, Diatta c. Land Berlino, causa 267/83, in Racc., 1985, 567.

Tale concezione di famiglia trova un riscontro nelle pronunce della Corte concernenti il divieto di discriminazione per ragioni legate agli orientamenti sessuali. In particolare, nel caso Grant (Corte di Giustizia, sent. 17 febbraio 1998, Grant c. South-West Trains Ltd., causa C-249/96, in

Racc., 1998, I-621), i giudici qualificano come non discriminatoria la condotta dell'Amministrazione ferroviaria inglese la quale non aveva esteso ad una coppia di omosessuali i benefici previsti per i familiari dei lavoratori. Ciò sta a significare che, secondo la Corte di Giustizia, un'unione tra persone dello stesso sesso non può rientrare nella nozione di “famiglia” nel momento in cui le libertà di circolazione e di stabilimento vengono estese ai familiari dei lavoratori.

Tale posizione viene ulteriormente chiarita dalla Corte in una pronuncia del 2001 (Corte di Giustizia, sent. 31 maggio 2001, D. e Regno di Svezia c. Consiglio dell'Unione Europea, cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P, in Racc., 2001, I-4319). In tale circostanza, i giudici rilevano che le unioni omosessuali, anche quando siano registrate secondo la legge nazionale, rimangono distinte dalla nozione di “matrimonio” e non possono godere dello statuto giuridico dell'unione matrimoniale. Ora la Corte stessa, nel caso Reed del 1986, sopra descritto, aveva riconosciuto la possibilità di modificare l'interpretazione restrittiva da essa data al termine “coniuge” seguendo i futuri mutamenti sociali. Non si può fare a meno di notare che nel caso D. e Svezia c. Consiglio, intervenuto 15 anni dopo la pronuncia Reed, la Corte abbia invece ribadito le medesime valutazioni in merito al concetto di famiglia vigente nel diritto dell'Unione Europea.

In tali materie è intervenuto il Regolamento del Consiglio (CE) 27 novembre 2003, n. 2201 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale che abroga il Regolamento (CE) n. 1347/2000, in G.U.C.E. n. L338 del 23.12.2003 p. 0001-0029.

Questo nuovo atto normativo, che sostituisce il precedente a partire dal 1° marzo 2005, è destinato a colmare le lacune del Regolamento Bruxelles II, il quale non trovava applicazione in tutta una serie di ambiti, tra cui i procedimenti relativi a rapporti non basati su vincolo matrimoniale e le questioni attinenti alla potestà genitoriale, se disgiunte dal giudizio di scioglimento del matrimonio. Il Regolamento Bruxelles II bis si pone invece come strumento unico che disciplina sia le questioni matrimoniali, sia quelle atti-

menti alla responsabilità genitoriale<sup>1</sup>. Tale provvedimento si iscrive in quel più ampio processo di edificazione dell'Unione quale Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia (c.d. III Pilastro), le cui linee guida sono indicate dal Consiglio Europeo di Tampere (15 e 16 ottobre 1999) ed ora dalle Conclusioni del Consiglio Europeo di Bruxelles del 4 e 5 novembre 2004 (Tampere II). In questa occasione è stato adottato un nuovo programma pluriennale per i prossimi 5 anni, il c.d. Programma dell'Aja, il quale contempla gli aspetti principali delle politiche legate allo SLSG: diritti fondamentali e cittadinanza, asilo e migrazione, cooperazione in materia giudiziaria.

Ove, quindi, si considerino i passi ulteriori da compiere nel processo di armonizzazione del diritto privato europeo, un'ulteriore questione schiettamente politica si pone: quale modello nazionale europeo prevarrà questa volta?

### La difficile ricerca della regola migliore

Il diritto di famiglia in Europa converge verso un modello unitario?

Ritengo, in realtà, che i sistemi europei di diritto di famiglia siano troppo multiformi ed incoerenti al loro interno<sup>2</sup> per poter essere definiti semplicemente come convergenti o non convergenti, oppure come progressisti o conservatori (modo, questo, ampiamente diffuso di valutare il diritto di famiglia).

Ne deriva che l'eterogeneità dei sistemi di diritto di famiglia rappresenta necessariamente una questione con la quale confrontarsi. A tale riguardo, una parte della dottrina del diritto di famiglia coinvolta nel processo di armonizzazione si affida ad un approccio fondato sulla ricerca della regola migliore (better law approach). Tale approccio fa propria l'idea secondo cui, nel disciplinare determinate questioni di diritto di famiglia, alcuni ordinamenti giuridici europei rivelino un'attitudine maggiormente progressista rispetto ad altri. Tale visione è di solito presentata come non in contrasto con la ricerca di un common core e ciò poiché legislatori progressisti sarebbero in grado di anticipare tendenze di regolamentazione che ordinamenti giuridici conservatori seguiranno in seguito. In altre parole, i sistemi giuridici riformisti darebbero inizio ad un irresistibile processo di convergenza.

Tipico esempio di un'evoluzione di questo tipo è costituito dalla realizzazione della parità tra i coniugi negli ordinamenti giuridici scandinavi: in questo ambito, Svezia e Norvegia hanno giocato il ruolo di precursori molti anni prima che gli altri sistemi giuridici europei si orientassero lungo questa stessa via.

A tal proposito ritengo che ogni singolo diritto europeo della famiglia rechi in sé sviluppi riformisti ma anche involuzioni inaspettate.

Ad esempio, la legislazione belga riconosce i matrimoni tra omosessuali, ma per lungo tempo ha mantenuto in vigore una disciplina discriminatoria in ordine ai diritti e agli obblighi dei genitori verso i figli nati fuori dal matrimonio. Ancora, il diritto inglese nega capacità matrimoniale ai transessuali, mentre in Italia



## G. Giappichelli Editore

Un'offerta editoriale  
sempre aggiornata per il  
mondo del Professionista

- ▶ Trattati
- ▶ Opere multimediali
- ▶ Riviste
- ▶ Collane Professionali

Libreria  
Professionale  
Giappichelli  
Via F.lli Vasco, 2 - Torino  
tel. 011.81.70.551

[www.giappichelli.it](http://www.giappichelli.it)

(paese ritenuto fortemente condizionato dalla Chiesa cattolica, soprattutto per ciò che attiene le questioni di diritto di famiglia) i transessuali possono contrarre matrimonio (con partners eterosessuali) ed adottare bambini (quando siano sposati con una persona del sesso opposto). Tuttavia, il diritto inglese non vieta la pratica della maternità surrogata e, inoltre, la recente giurisprudenza mostra una graduale apertura nei confronti della vincolatività degli accordi di surrogacy; al contrario, la legge italiana proibisce l'inseminazione eterologa.

Tutte le norme menzionate riguardano la natura e il ruolo del matrimonio inteso quale istituzione. Tutte coinvolgono (e plasmano) il legame matrimonio-procreazione e le sue conseguenze giuridiche: la paternità, soprattutto. Ma, nell'ambito di una medesima legislazione nazionale, mentre una norma assume e qualifica la riproduzione come strettamente legata al matrimonio-istituzione, un'altra norma intende recidere tale legame.

Ora, assumendo la discriminazione basata sul genere e/o sull'orientamento sessuale quale parametro valutativo, dobbiamo riconoscere che l'Olanda è stata la prima nazione europea a superare la discriminazione contro le coppie dello stesso sesso, riconoscendo i matrimoni gay. Tuttavia, la giurisprudenza olandese rivela un'impostazione discriminatoria nei confronti del lavoro e dei diritti della moglie casalinga, ciò poiché il regime di separazione dei beni interpretato nella sua accezione letterale, quando questo sia scelto da entrambi i coniugi o partners, viene fatto prevalere su di una corretta valutazione circa l'effettivo apporto della donna alla produzione della ricchezza familiare. In questo modo le istanze egalarie, che si realizzano attraverso il riconoscimento del matrimonio gay, sono invece disattese in questo secondo contesto.

Quella appena esposta costituisce un'efficace argomentazione contro la ricerca della regola migliore: infatti, che cosa ci indica quale sia la regola

migliore? Quale concezione di modernità e di progresso? Forse una di tipo paternalistico/egalaritario? Oppure una concezione liberale che enfatizza il ruolo dell'auto-responsabilità?

Prendiamo in esame il seguente caso. Le questioni legate alla parità tra i sessi influenzano la disciplina del divorzio e dell'assegno di mantenimento in tutti i Paesi europei. Tuttavia, le strategie di regolamentazione si rivelano divergenti. Secondo la legislazione tedesca, ad esempio, la parità tra i sessi si realizza (anche) mediante la libertà contrattuale; di conseguenza, i futuri sposi, in vista del matrimonio, possono validamente rinunciare al mantenimento in caso di divorzio: in nome dell'uguaglianza formale tra i coniugi, l'interesse di mogli o sposi bisognosi di mantenimento non viene ritenuto degno di considerazione. Al contrario, la legge italiana considera gli accordi di questo tipo nulli perché lesivi della parità tra i coniugi, ciò in quanto essi finirebbero per minacciare le possibilità di negoziazione della parte più debole, compromettendo il suo diritto ad una difesa in giudizio in caso di divorzio.

Entrambi i modelli trovano attuazione in differenti legislazioni europee, entrambi sono mossi da determinanti egalarie. Perciò, l'opzione tra di essi nella ricerca della migliore disciplina non può fondarsi su di una semplice operazione di etichettatura, in base alla quale si dovrebbe preferire la soluzione fondata sulla libertà contrattuale perché volta ad accrescere l'autodeterminazione del singolo nelle questioni di diritto di famiglia, rifiutando invece l'altro modello come frutto di un paternalistico approccio a questo settore e alle relative questioni di genere. Ad un livello operativo, entrambi i modelli presentano nella sostanza implicazioni impreviste. Così, la Corte Costituzionale tedesca ha recentemente stabilito che un accordo prematrimoniale il quale comprometta gravemente la futura posizione finanziaria di uno dei coniugi non ne accresce certo l'auto-determi-

nazione, ma deve essere inteso come un atto di etero-determinazione, cioè: di subordinazione all'altro coniuge (e controparte contrattuale).

### Il carattere "nomico" del diritto di famiglia

A questo punto si può formulare una conclusione provvisoria. Tanto l'approccio fondato sull'individuazione di un common core, quanto la ricerca della migliore disciplina si rivelano arbitrari in linea di principio e dovrebbero quindi essere abbandonati.

La prospettiva di indagine e ricerca mi pare accolta anche dal recente libro di Linda McClain<sup>3</sup>, il cui titolo, non a caso, pone proprio in questione il posto riservato alla famiglia tanto nel dibattito politico, onde delineare la relazione tra apparato pubblico e di governo, diritto, società, individui, quanto nel dibattito giuridico per comprenderne le sue attuali potenzialità e funzionalità, nella consapevolezza che «*families have dual roles as both a site of private life and institution of public importance because of the goods they foster and the functions they serve*»<sup>4</sup>.

L'individuazione degli ambiti di competenza del diritto di famiglia, la definizione del modello di famiglia che si intende proporre e sostenere, i rapporti tra questo modello di famiglia e le altre istituzioni sociali, la regolazione delle relazioni che entro la famiglia prendono corpo, il riconoscimento giuridico e l'estensione della tutela anche ad altre unità sociali che non risultino conformi al modello di famiglia prescelto sono tutte questioni di *nomos*, che colgono, nella regione più intima, le reciproche determinazioni storiche dello spazio pubblico e privato nel loro costituirsi come ordinamenti discreti, ma al contempo strutturalmente coordinati<sup>5</sup>.

Sono questioni che attengono alla forma stessa dell'esistenza storica, per la determinazione della quale l'attuale establishment comunitario può anche a ragione apparire inadeguato.

P.G. Monateri

#### Note

<sup>1</sup> Sul punto si veda M. SESTA, *Diritto di famiglia*, Cedam 2005, 321.

<sup>2</sup> Si veda l'analisi condotta da M.R. MARELLA, *L'armonizzazione del diritto di famiglia in Europa. Metodo e Obiettivi*, comparsa anche in inglese sullo *European Law Journal* del 2005.

<sup>3</sup> L. McCLAIN, *The Place of Families: Fostering Capacity, Equality and Responsibility*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 2006.

<sup>4</sup> L. McCLAIN, *op. ult. cit.*, p. 22.

<sup>5</sup> Così C. COSTANTINI, *Diritto di famiglia: teorie e prospettive. Una indagine oltre le tradizioni*, in uscita, 2008.



# Famiglia: principi fondativi

## FAMIGLIA E CONVIVENZA

### 1. Introduzione

L'esperienza giuridica contemporanea a riguardo della famiglia è contrassegnata da due fenomeni apparentemente in conflitto, ma che sono in realtà strettamente interdipendenti. Per un verso, si assiste a un progressivo offuscamento delle ragioni intime che costituiscono la giuridicità della famiglia, di quelle ragioni profonde per cui essa non può fare a meno di un essenziale riferimento al diritto. Su questo versante è sempre più trascurata la dimensione metabiologica della familiarità, intrinsecamente informatrice della disciplina giuridica espressiva del ruolo sociale della famiglia. Per un altro verso, si assiste a un fenomeno inverso, di espansione legiferatrice, frutto della volontà di regolamentare positivamente, con proposizioni normative analitiche, intese a creare nuove tipologie di relazioni parafamiliari.

Questo fenomeno di "giuridificazione" (che i giuristi conoscono assai bene ormai da svariati decenni con l'incremento geometrico dei prodotti normativi nei diversi campi del diritto) dilata enormemente la normatività esterna o positiva, a scapito della razionalità interna dei singoli istituti giuridici. La "giuridificazione" costituisce espressione di un processo che Jürgen Habermas ha definito come di "colonizzazione dei mondi vitali", in virtù del quale, con l'eterogenesi dei fini cui aspira un mondo che vorrebbe liberarsi dalla costrizione del diritto, ogni rapporto viene all'opposto iper-giuridicizzato<sup>1</sup>. La sempre più diffusa tendenza a creare legislativamente, nei vari paesi occidentali, accanto al diritto della famiglia, un «diritto della convivenza» corrisponde al dinamismo intrinseco di questo processo, che è di svuotamento delle ragioni giuridiche della familiarità, surrogando la famiglia con forme di giuridicità alternativa, senza alcuna attenzione al significato essenziale

della familiarità per la continuità generazionale e per la sopravvivenza etica, sociale e, financo, economica, di qualsiasi popolo.

Inevitabili sono le tensioni che si producono tra coloro che vorrebbero rivitalizzare l'istituto familiare e coloro che, al contrario, sollecitano l'introduzione di un apparato normativo radicalmente innovativo. In questo quadro sembra ragionevole che gli appartenenti ai due campi opposti esaminino con rispetto intellettuale le ragioni del versante opposto, verificando se, forse, non sia possibile trovare soluzioni che rispettino sia le ragioni giuridiche profonde della familiarità, sia i bisogni, le esigenze, le aspettative e gli interessi di coloro che non hanno intenzione, per i motivi più diversi, di accedere all'istituto familiare.

### 2. Le dimensioni della giuridicità inerenti all'istituto familiare

È opportuno, anzitutto, delineare le dimensioni della giuridicità, come si esprimono, o dovrebbero idealmente esprimersi, secondo la loro propria natura, nell'ambito della famiglia. La prima dimensione della familiarità va alla radice del giuridico, attingendo linfa vitale da quello stabile riconoscimento reciproco che, al di là della pulsione biologica e del richiamo affettivo, fonda la relazione giuridica tra le persone, confermando ciascuno nella sua identità personale. Se nel riconoscimento dell'altro, che garantisce anche il riconoscimento di se stesso come persona, sta – come io credo – il fondamento della relazione giuridica, la famiglia è il luogo in cui si sperimentano concretamente, tanto nella linea orizzontale quanto in quella verticale, tutte le dimensioni del riconoscimento personale che vanno a costituire l'identità di ciascuno. Nel rapporto coniugale, in quello tra padre/madre e figli, tra i fratelli e le sorelle, nonché nel rapporto

tra le generazioni, delineato sia verticalmente nella figura dei nonni, sia lateralmente nella figura degli zii, si realizza e si compie l'identità personale, secondo una molteplicità di dimensioni, tutte definibili in termini di riconoscimento, ma ciascuna secondo una sua specifica modalità<sup>2</sup>.

La famiglia, in questo senso, è società naturale anteriore allo Stato, siccome portatrice essa stessa, in quanto tale, di diritti e doveri, come statuisce con icastica precisione l'art. 29 della Costituzione. Essa viene prima dello Stato, giacché in essa e grazie a essa avviene la formazione dell'identità di ciascuno, secondo una pluralità di profili, che intercettano le varie possibili polarità dell'esistenza: mascolinità, femminilità, fecondità, paternità, maternità, continuità generazionale, perduranza nel tempo e, insieme, senso del limite e della finitudine. La pedagogia interna alla famiglia si sprigiona, indipendentemente dalle parole pronunciate per bocca dei suoi componenti, dalla stessa realtà oggettiva. Ciascuno può così apprendere concretamente che l'io individuale non rappresenta la totalità, ma soltanto un frammento della realtà.

L'apprendimento di questa lezione spinge la persona al riconoscimento sia dell'altro che di se stesso, costituendo il preludio ineludibile del riconoscimento dello statuto ontologico dell'*humanum*, definito dalla radicale non autosufficienza, dalla povertà e dal bisogno, non soltanto sul piano biologico o materiale, ma anche spirituale. Assumono così consistenza nella famiglia, come più sopra accennato, la dimensione della sessualità, rispettivamente maschile e femminile, che è alla base della fecondità, nonché della genitorialità/filiarietà, che, nella asimmetria che la caratterizza, radica l'archetipo del principio di responsabilità. Hans Jonas ne *Il principio di responsabilità* ha scritto al riguardo che l'archetipo di

ogni responsabilità è quello dell'uomo per l'uomo, promanante dalla non autarchia di ciascuno, che non è ricusabile perché: «[...] ciascuno ha sperimentato anzitutto su se stesso la responsabilità originaria delle cure parentali»<sup>3</sup>. All'interno della famiglia ciascuno sperimenta, poi, il principio di fraternità, in perenne tensione tra le istanze della libertà e dell'uguaglianza, che si realizza con il riconoscimento della reciprocità dei diritti e dei doveri che astringono ogni componente della famiglia nella linea orizzontale. A fondamento e al centro della famiglia sta infine il rapporto di coniugio, che distende nel tempo l'impegno esistenziale di due persone<sup>4</sup>, costituendo la proiezione stabile e feconda di due valori essenziali nella vita dell'uomo, che definiscono la verità del suo rapportarsi alla totalità del mondo, che sono l'impegno per il bene e la fedeltà alla vocazione per i compiti liberamente assunti<sup>5</sup>. Infine, l'istituzione familiare, pur consentendo di sperimentare la stabilità dell'impegno personale e la durata nel tempo, è anche il luogo che evita l'assolutizzazione della dimensione temporale, imponendo a ciascuno di riconoscere, attraverso l'esperienza dell'avvicinarsi generazionale, la propria caducità e la propria finitudine.

### 3. Istituto familiare e formazione dell'identità personale

Francesco D'Agostino nel libro *Linee di una filosofia della famiglia*, da cui ho tratto ispirazione nello scrivere queste righe, menziona uno dei racconti chassidici tramandati da Martin Buber, in cui Rabbi Sussja riconduce l'allontanarsi del figlio dalla famiglia al pieno costituirsi della sua soggettività, in se stesso e di fronte a Dio, per ricordarci che la famiglia, ove si sperimenta la temporalità, è anche il luogo fondamentale di formazione della soggettività, che si consuma nel distacco del figlio dal genitore.

*Esci dal tuo paese*

Rabbi Sussja insegnava: «Dio disse ad Abramo: "Esci dal tuo paese, dal luogo della tua nascita, dalla casa di tuo padre, nel paese che ti mostrerò". Dio dice all'uomo: "Prima di tutto esci dal tuo paese, dal torbido che ti sei procura-

to tu stesso. Poi dal luogo della tua nascita, dal torbido procurato da tua madre. Infine dalla casa di tuo padre, dal torbido che ti ha procurato tuo padre. Solo allora sarai capace di andare nel paese che ti mostrerò"»<sup>6</sup>.

La famiglia è il luogo di formazione della personalità, ove però non tutto è limpido e trasparente, come icasticamente insegna Rabbi Sussja, tanto che bisogna liberarsi dal torbido di se stesso, dal torbido della madre e del padre per diventare veramente se stessi, ma ove sono offerti gli elementi indispensabili affinché ciascuno riconosca la propria identità personale e assuma la responsabilità di una vita indipendente. Con il distacco dalla famiglia l'uomo si emancipa dal legame parentale per diventare a sua volta padre o madre, secondo quanto è detto con durezza anche nel Vangelo (Mt. 19, 4-5)<sup>7</sup>. Ma si diventa compiutamente padre e madre all'interno della famiglia, apprendendo in essa, per essa e con essa le dimensioni della responsabilità, della fecondità, della complementarità, della reciprocità, della fraternità, della fedeltà e dell'impegno nella continuità del tempo, in uno sforzo di trascendimento continuo delle naturali pulsioni biologiche e delle contingenti tempeste emotive.

A queste dimensioni intrinseche della familiarità la legge fornisce consistenza giuridica precisa attraverso la definizione dei doveri e dei diritti, delle facoltà e delle soggezioni, secondo una 'libertà di forma', che articola variamente, alla luce del cambiamento del costume sociale, le molteplici interrelazioni che si danno nell'universo familiare. La vicenda della riforma del diritto di famiglia in Italia non è ancora conclusa. Il 'modello tradizionale', patriarcale, della famiglia è completamente superato. Ma il modello che si è profilato, per quanto sia positivamente contrassegnato dal principio costituzionale della pari dignità e uguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29, co. 2 Cost.), nonché dal primato del bene dei figli sugli interessi egoistici dei genitori, è tuttavia offuscato, almeno nella pratica, da una tendenza individualistica e utilitaristica, che non riesce a cogliere nella famiglia un valore permanente, più ricco e fecondo rispetto alla somma delle utilità e delle soddisfazioni individuali. Da questo punto di vista, molto potrebbero insegnare gli sforzi che sono stati compiuti, a

differenti livelli culturali e istituzionali, allo scopo di delineare importanti protocolli dei diritti relativi alla famiglia, in quanto tale, troppo spesso misconosciuti<sup>8</sup>, ovvero dei protocolli relativi ai diritti del fanciullo<sup>9</sup>.

Se le forme giuridiche della famiglia sono controverse e se è meritorio l'impegno di chi, sul terreno politico e legislativo, nonché su quello giurisdizionale e dei servizi sociali, cerca di curare le ferite che l'utilitarismo e l'individualismo infliggono ai bambini e, più in generale, alle parti deboli del rapporto familiare, sembra praticamente incongruo e concettualmente contraddittorio affrontare legislativamente la crisi dell'istituto familiare mediante l'affiancamento al diritto di famiglia di un «diritto della convivenza», che, esaltando le esigenze dell'individuo singolo e le prospettive dell'utilità individuale, non potrebbe non contribuire all'ulteriore depotenziamento dell'istituto familiare, soprattutto nei profili, oggi troppo trascurati, relativi alla tavola dei doveri e al rispetto dovuto al principio di responsabilità, che maggiormente contrastano la deriva disgregante degli egoismi individuali.

### 4. Le esigenze giuridiche delle relazioni di convivenza

Le relazioni di convivenza esprimono anch'esse esigenze di carattere intrinsecamente giuridico, che è giusto siano tenute in considerazione dal diritto. Si tratta di esigenze diverse da quelle espresse dalla relazione di familiarità, che vanno risolte al loro livello, che sta nel riconoscimento della tutela dei diritti individuali, contro il rischio della sopraffazione e dell'ingiustizia provocati da una delle parti del rapporto, ma non al livello della creazione di un nuovo istituto di carattere parafamiliare. Ciò costituirebbe una intrinseca contraddizione, giacché la convivenza, per volontà di coloro che a tale situazione si determinano di accedere (tenendo fuori da questo quadro le convivenze contingenti, per necessità, di coloro, cioè, che scelgono la convivenza in attesa di regolarizzare con il coniugio una situazione temporanea di difficoltà) non è normalmente accompagnata dai due aspetti fondamentali della relazione familiare, costituiti, come sopra si è visto, dalla apertura indeterminata nel tempo e dalla rilevanza sociale e pubblica del rapporto.

Il diritto vigente riconosce già, almeno in gran parte, alle convivenze lo spazio necessario alla tutela delle posizioni individuali. Ciò vale per il riferimento anagrafico, che parifica le famiglie alle convivenze (art. 1 d.p.r. 30.5.1999, n. 223); per il coinvolgimento del convivente *more uxorio* nelle decisioni in ordine alla salute del *partner* (art. 3 l. 1.4.1999, n. 91); per i profili relativi alla assistenza, che equiparano i conviventi ai familiari (art. 1 l. 29.7.1975, n. 405; art. 30 l. 26.7.1975, n. 354; art. 4 l. 8.3.2000, n. 53); per l'estensione ai conviventi delle disposizioni del codice civile su interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno (ex l. 9.1.2004, n. 6); per la tutela della parte debole e dei minori all'interno della convivenza (l. 4.4.2001, n. 154); per la successione nel contratto di locazione al convivente *more uxorio* in caso di morte del compagno conduttore dell'immobile, ovvero quando costui si sia allontanato dall'abitazione per cessazione del rapporto di convivenza in presenza di prole naturale (C. Cost. sentenza n. 404 del 7.4.1988); per il diritto al possesso della casa familiare in capo al convivente non proprietario, per tutelare gli interessi della prole, quando costui sia affidatario dei figli (C. Cost. sentenza n. 166 del 6.5.1998); per il diritto al subentro nell'assegnazione dell'alloggio popolare in caso di morte dell'assegnatario (C. Cost. sentenza n. 559 del 12.12.1989); per la tutela del rapporto di lavoro nell'impresa familiare (Cass. Civ., Sez. Lav., 13.12.1986, n. 7486); per la risarcibilità a favore del convivente del danno patrimoniale e non patrimoniale in caso di morte del *partner* provocata dal fatto ingiusto altrui, con la conseguente *legitimitatio ad causam* del soggetto che convive con la vittima del reato commesso dal terzo (così, tra le prime, Cass. Civ., Sez. III, 28.3.1994, n. 2988); per la assegnazione di provvidenze a favore delle vittime del terrori-

simo e della criminalità organizzata (art. 4, l. 20.10.1990, n. 202), nonché dell'usura (art. 8, l. 23.2.1999, n. 44); per la determinazione del reddito ai fini dell'ammissione al gratuito patrocinio (Cass. Pen., Sez. IV, 5.1.2006, n. 109); per vari profili della responsabilità e dei doveri processuali (cfr., tra i tanti, l'art. 199 c.p.p., co. 3, che riconosce la facoltà di astenersi dalla testimonianza al convivente dell'imputato). Infine, i figli generati dai conviventi hanno diritti uguali rispetto a quelli generati da coniugi: l'art. 30 della Costituzione pone in capo ai "genitori" il "dovere e diritto" di "mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio". La riforma del diritto di famiglia (l. 19.5.1975, n. 151), introducendo nel codice civile l'art. 317 bis, ha attribuito ai genitori naturali conviventi l'esercizio congiunto della potestà sui figli. La l. 22.5.1978, n. 194 ha previsto all'art. 5 la partecipazione alla procedura di interruzione volontaria della gravidanza del "padre del concepito", sia esso coniuge o convivente. La convivenza, qualora sia stabile e continuativa e preceda il matrimonio per un periodo minimo di tre anni, ha rilievo per determinare l'idoneità della coppia ad adottare un bambino (l'art. 6, co. 4, l. 4.5.1983, n. 184, come modificata alla l. 28.3.2001, n. 149). L'art. 44, co. 3 della stessa l. 184 permette l'adozione anche a chi non è coniugato in casi particolari. Infine, l'art. 5 della l. 19.2.2004, n. 40 permette l'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale per le "coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi".

## 5. Conclusione

A partire dalla seconda metà degli anni Ottanta il legislatore ordinario, nonché la giurisprudenza costituzionale e quella ordinaria hanno progressivamente esteso ai conviventi singoli diritti che venivano di volta in volta ricono-

sciuti, ampliati, o integrati per il coniuge o per gli altri familiari, a mano a mano che emergevano esigenze e necessità. Se il problema posto dalle convivenze è colmare eventuali vuoti di tutela per il *partner* del rapporto, il metodo tecnicamente adeguato è compiere interventi per materia mirati al riconoscimento, caso per caso, dei diritti non tutelati, quando essi siano meritevoli di tutela. Questa consolidata tecnica normativa corrisponde intrinsecamente alle esigenze delle relazioni di convivenza che, per definizione e per scelta libera dei soggetti che a essa accedono, non intendono aprirsi alla incondizionata durata nel tempo e al rilievo pubblicistico e sociale che caratterizzano il matrimonio.

Legiferare, invece, sul filo conduttore costituito dalla affermazione ideologica della esistenza di un tipo di famiglia radicalmente diverso da quello conosciuto, implicherebbe l'inevitabile depotenziamento dell'istituzione familiare, cui è demandato il compito imprescindibile, nell'attuale situazione sociale di egoismo esasperato, di contrastare, nel segno della solidarietà generazionale, i rischi di disgregazione sociale, che sono il portato inevitabile di una mentalità troppo spesso dimentica dei doveri verso il prossimo, specie se più vicino e più bisognoso di assistenza, di cure e di sostegno morale.

Rinunciare alla creazione di un nuovo, complesso, indefinibile nei principi e indefinito nelle pratiche applicazioni, diritto parafamiliare non significa dimenticare la tutela dei diritti e delle legittime aspettative individuali, bensì operare in vista del rilancio, anche tramite l'introduzione delle opportune provvidenze giuridiche, di una mentalità solidale in cui il 'principio responsabilità', ritrovi il suo ruolo di guida per il conseguimento del bene comune.

**Mauro Ronco**

### Note

<sup>1</sup> Cfr. il volume curato da J. HABERMAS, *Observations on "The spiritual Situation of the Age"*, Cambridge, Mass., 1984, citato da F. D'AGOSTINO, *Linee di una filosofia della famiglia. Nella prospettiva della filosofia del diritto*, Milano, 1991, 56.

<sup>2</sup> Cfr. D'AGOSTINO, *Linee di una filosofia della famiglia*, cit., passim e, in specie, 58-64.

<sup>3</sup> H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, tr. it. Torino, 1990, 124-125.

<sup>4</sup> Su questo punto insiste con particolare profondità la dottrina della Chiesa cattolica. Cfr. al riguardo il commento alla *Familiaris Consortio* di Joseph RATZINGER, *Matrimonio e famiglia nel piano di Dio*, in AA.VV., *La "Familiaris Consortio"*, Città del Vaticano, 1982, 79.

<sup>5</sup> Cfr. D'AGOSTINO, *Linee di una filosofia della famiglia*, cit., 74.

<sup>6</sup> M. BUBER, *I racconti dei Chassidim*, Milano, 1979, 289.

<sup>7</sup> «Non avete detto che il Creatore da principio li creò maschio e femmina e disse: Per questo l'uomo lascerà suo padre e sua madre e si unirà a sua moglie e i due saranno una carne sola?» (Mt. 19.4-5).

<sup>8</sup> Cfr. per esempio la *Carta dei diritti della famiglia*, che la Santa Sede ha emanato il 22 ottobre 1983, che si può leggere in *Carta dei diritti della famiglia*, a cura di L. CONCETTI, Roma, 1984.

<sup>9</sup> Cfr. soprattutto la *Convenzione sui diritti del fanciullo* sottoscritta a New York il 20 novembre 1989.



## LA FAMIGLIA, OGGI

*La Paziienza* si è proposta da ultimo di affrontare di volta in volta i grandi temi del momento.

Il tema scelto per primo è stato: “Il mercato”.

Per secondo “La famiglia, oggi”.

L’ampiezza degli argomenti lascia che, su ciascuno di essi, chiunque esponga le proprie osservazioni assumendo anche posizioni personali e dunque non impegnative. Della Famiglia, dei suoi nodi (o chiodi?) che riguardano non soltanto i nostri assistiti ma anche le questioni private di ciascuno di noi, si potrebbe dire oggi quello che dell’apparato parlamentare usava dire Winston Churchill: “per ora non abbiamo sotto mano niente di meglio”.

Una dichiarazione sospesa nel vuoto, capace di esprimere nel contempo amarezza, timori, speranze. Un atteggiamento polivalente che sorge dal profondo in vista di una società che si vorrebbe capace di trovare continue soluzioni alle sempre più complicate difficoltà di vita dei consociati.

Tutte le società moderne sono chiamate ogni giorno a farsi “istituenti” alla ricerca di assetti sempre più attuali: all’interno di una realtà globale giacché, come stiamo sperimentando, non si globalizzano oggi solo i mercati ma anche le idee.

Stando al nostro tema, per dare sulla realtà italiana un’occhiata panoramica all’istituto de “la Famiglia”, giova partire da quello del divorzio, conquista molto sofferta, introdotta, come è noto, nel dicembre del 1970 con una legge che si tentò, da parte di alcune forze politiche, di abrogare attraverso il ricorso al referendum. Gli italiani, chiamati il 12-5-1974 a decidere se abrogare la legge c.d. Fortuna-Baslini, a maggioranza, votarono quel no che pose una pietra tombale su un sofferto passato. Allorché per principio si impediva che il matrimonio civile non si sciogliesse all’infuori della eufemisticamente chiamata “naturale conclusio-

ne”. Insomma fino all’anno di grazia 1974, per un “sì”, pronunciato magari in un momento di giovanile entusiasmo, la convivenza di due persone si trasformava in una gabbia antropologica simile all’ergastolo dove soltanto la morte, in certi casi invocata, augurata (se non addirittura cagionata!), restava l’unico mezzo per riconquistare la perduta libertà.

Dicono che Amintore Fanfani, politico attento e acuto osservatore delle realtà sociali, la sera della sua sconfitta come paladino del vincolo matrimoniale, posizione in forte scontro con lo schieramento laico, ebbe a dire, guardando la piazza festante per la conquista del divorzio: “Questo è il principio della fine”.

In realtà, a pensarci bene, quel giorno segnò anche la fine di un principio. O meglio di alcuni principi. Quelli che risalgono all’Antico e Nuovo Testamento secondo l’impostazione religiosa di San Paolo. Chi invoca le radici cristiane del matrimonio e della famiglia non fa riferimento a Gesù (“di fronte al quale ogni ginocchio si pieghi!”) ma agli insegnamenti di San Paolo che attenendosi come ebreo alla tradizione ebraica ferocemente antifemminista, faceva dipendere la sicurezza della famiglia dalla donna, essere senza testa e senza anima, da tenere sotto controllo come pericolosa tentazione del demonio. Tentazione alla quale si doveva porre rimedio con qualche “regola di tenuta”. Attraverso le più importanti delle quali si arriverebbe al capolavoro della donna perfetta la cui fisionomia, tanti secoli dopo San Paolo, il nostro grande Carnelutti, con poche ma significative parole, così scolpiva: “la donna si vuole che piasa, che tasa, che staga a casa”.

A proposito del Carnelutti, alzando il tono della polemica come suggerisce il buon gusto, scrive molto bene la collega Silvana Fantini nel suo articolo “la

Famiglia: dal sentire comune al precetto penale”. Silvana Fantini, in tema di reato di violenza sessuale all’interno del rapporto matrimoniale, ricorda, riportando le loro personali opinioni, Francesco Carnelutti e Giuliano Vassalli.

Carnelutti, nel 1925, collocava il diritto del marito sul corpo della moglie fra i “diritti reali” alla stregua di quelli di proprietà. Il Vassalli nel 1944 valutava la possibilità di “configurare la donna come un fondo servente di una servitù di amore!”.

Ma in tema di regole di “tenuta” del matrimonio, ben in anticipo sulla proclamazione del divorzio, erano già stati inferti alcuni colpi ai principi sostenuti dai grandi Soloni e a quel dispositivo familiare che, basato sul padre, sulla madre e sulla prole doveva – come scrive Foucault – “servire da supporto alle grandi manovre di una società repressiva”. Con il 1919, grazie all’opera dell’intrepida Lidia Poet, le donne vennero ammesse ad esercitare tutte le professioni, anche quella dell’avvocatura per cui per la donna non sarebbe più stato “turpe” (aiscros) parlare in pubblico.

A partire dal giugno 1946 le donne poterono votare ed essere votate e col 1963 venne consentito alle donne (avvenimento da segnare albo lapillo) di entrare in Magistratura e quindi di aprire personalmente il vaso di Pandora per valutare e giudicare tutti i mali del mondo.

Fu la riforma del diritto di Famiglia del 1975 a sancire definitivamente l’uguaglianza formale dei due coniugi: parità di diritti del marito e della moglie tra loro e nei confronti dei figli legittimi o naturali. Dunque si assiste ad un incedere progressivo verso lo sfaldamento di quel patto granitico fra un uomo e una donna al quale il tempo e le leggi hanno tolto via via lo smalto simbolico. Oggi non esiste più un modello unico di Famiglia. Essa è diventata una entità camaleontica. Esistono in effetti al pre-

sente diversi modelli relazionali per cui il legislatore si vede obbligato a ricorrere al principio della “interpretazione adeguatrice”. Al pari della famiglia legittima viene tutelata la convivenza more uxorio. Una situazione alla quale in passato – è interessante notarlo – i c.d. “poveri” già ricorrevano spontaneamente. Senza attendersi alcun riconoscimento. Non avendo beni da dividere né una reputazione borghese da difendere i c.d. nullatenenti, spostandosi con una valigia di cartone, costruivano fuori del sistema le loro personali realtà.

L’orientamento della Cassazione oggi è consolidato nel riconoscere (almeno ai fini dell’applicazione dell’art. 572 c.p.) la famiglia di fatto come famiglia legittima dovendosi considerare Famiglia ogni consorzio di persone fra le quali siano sorti rapporti di assistenza e solidarietà. Talvolta senza nemmeno la necessità della convivenza essendo degno di tutela un regime di vita improntato a rapporti di umana assistenza e solidarietà.

È in crescita e in qualche modo tutelato, il fenomeno ad esempio della convivenza di chi, pur essendo libero o libera, non intende contrarre matrimonio con la persona convivente.

Anche in presenza di figli. Una aspirazione alla sincerità che il legislatore rispetta in vista della libera contrattazione della coppia.

Sull’onda della medesima sincerità si accetta al contrario che le coppie ritualmente sposate e anche rallegrate dalla presenza di figli e magari di nipotini, disfino liberamente il loro rapporto matrimoniale. Di qua l’amara riflessione del cardinale Tarcisio Bertone che (v. *La Repubblica* del 5 aprile ’08) in occasione della messa per la Giornata del Consiglio Pontificio per la Famiglia, rimarcando “la forza rassicurante dei nonni rispetto al nucleo familiare”, prendeva atto con amarezza che le coppie si disfano al presente anche in età matura quando abitudini e timori dovrebbero consigliare al meglio i sedicenti “prigionieri di lungo corso”.

Una serie di esempi di vita vissuta tratti dalla cronaca quotidiana (“tre donne uccise in ventiquattro ore: il colpevole è in famiglia”) suggeriscono, attraverso un’opera di svelamento, di non alimentare oltre misura “la propaganda rosa del tutto mio-tutta tua” che irritando i “desideri istintivi sepolti” sono oggi oggetto di studio da parte di

chi si occupa di psicopatologia dei processi interattivi.

È quindi ragionevolmente sostenibile che le antiche leggi che hanno regolato nei secoli i momenti fondamentali della vita dell’uomo e della donna si aprano ad opzioni di novità. Di fronte alle quali il nostro legislatore, premuto da spinte laiche e religiose si vede costretto a procedere per *ignes*. In cerca di nuovi valori verso quello che i filosofi chiamano “l’altrove”. Tutto da scoprire. Già Cavour metteva in guardia il legislatore riconoscendo che lo Stato “non deve produrre i valori di cui lo Stato ha bisogno per sopravvivere”. Quei valori devono prodursi appunto altrove. Nella sfera del pensiero che, spingendo in un angolo la Fede, anzi le Fedi, deve lasciare spazio alle libere laiche iniziative. Che non saranno dissenate o nutrite di false edonistiche volgarità. Laicità non significa bassezza di intenti, povertà di riferimenti etici. Al contrario. Vanno salvati dunque proprio i principi di laicità contro cui la Chiesa sferra oggi una vera crociata al grido: “sia la Famiglia il luogo stabile dell’amore”.

Ma proprio a proposito dell’amore o dell’Amoreiore non sarà che su di esso, temuto e tenuto nei secoli dalla Chiesa come un tabù, si siano all’improvviso scatenati tutti i venti più selvaggi dai vasti orizzonti dell’immaginazione?

Oggi l’antagonismo è veramente fra laicità e religiosità? O non piuttosto fra l’ortodossia cattolica e la secolarizzazione della società? Le armature logiche della religione e dei relativi canoni matrimoniali sono saltati sotto la spinta del progresso scientifico, della tecnica e, oggi, in mancanza di una diversa, seppur laica, educazione alla vita, di un edonismo volgare e senza regole.

Mentre la secolarizzazione avanza travolgendo ogni forma di ascetismo, il corpo, considerato fino a ieri carne da redimere o organismo da curare, sembra volere a tutti i livelli, scoprendo selvaggiamente se stesso, selvaggiamente appropriarsi della sua dimensione sensoriale. Il cristianesimo che pone a fondamento del suo credo una felicità lontana ed utopica si è sempre tenuto distante da quelle gioie del corpo al quale va dato tutto il dovuto riconoscimento. Come scriveva Nietzsche “c’è più ragione nel tuo corpo che nella tua migliore sapienza”. Mentre la metafisica e le sue discipline impediscono al corpo di sentirsi liberamente presso di sé, mentre la fede continua ad alimentare forzatamente un io decorporeizzato, il piacere viene lasciato allo sbando.

E alla malavita. Come merce da trafficare.

**Romana Vigliani**





## LA FAMIGLIA: DAL SENTIRE COMUNE AL PRECETTO PENALE

Lo Stato punisce con la sanzione penale le trasgressioni di norme etico giuridiche che sono ritenute, in un determinato momento storico, assolutamente indispensabili al mantenimento dell'ordine politico sociale.

Tuttavia non è infrequente che tra i valori tutelati con la sanzione penale e quelli del sentire comune sussista una discrasia. Essa spesso discende, banalmente, dal fatto che il legislatore dissemina qua e là fattispecie a rilevanza penale per garantire l'osservanza di precetti marginali, rispetto ai quali teme di non ottenere l'obbedienza dei cittadini. Talvolta, invece, essa si verifica in determinati momenti storici nei quali il legislatore o non riesce ad adeguare tempestivamente le norme all'effettivo mutamento dei costumi, oppure precorre le evoluzioni sociali.

In questi contesti di trasformazioni socioculturali la giurisprudenza ha svolto e svolge un ruolo importante di ricettore del sentire comune, che viene trasfuso nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme poste a tutela dei valori in evoluzione.

La famiglia, la sua fisiologia e la sua patologia costituiscono materia in cui è spesso presente uno scollamento tra sentire comune e precetti del legislatore penale: in alcune situazioni la norma risulta fattore trainante e di rottura rispetto a tradizioni secolari, mentre, in altre, troppo lentamente si evolve nel recepire valori nuovi o addirittura nell'attuare principi enunciati dalla Costituzione, o, ancora, nel confrontarsi con situazioni sociali complesse e repentinamente modificatesi.

Nel passato emblema di tale discrasia furono i reati di adulterio e di concubinato.

Nonostante la Costituzione avesse consacrato sin dal primo gennaio 1948, nell'art. 3, il principio di Uguaglianza

dei cittadini, senza distinzione di sesso, e, nell'art. 29, quello dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi all'interno della famiglia, nel codice penale sopravvissero per quasi venti anni due reati che trattavano i coniugi in maniera palesemente differente, essendo stabilita la reclusione fino ad un anno per la moglie che commettesse adulterio, aumentata a due in caso di relazione adulterina, e non essendo puniti, invece, i rapporti sessuali del marito al di fuori del matrimonio, se non quando essi, avendo caratteristiche di pubblica notorietà o essendo intrattenuti con persona coabitante nella casa coniugale, configurassero il reato di concubinato.

La spinta posta in essere dalla Costituzione verso l'eguaglianza di genere, valore ancora poco sentito dal contesto sociale, non venne percepita dal legislatore, che radicava il suo immobilismo interpretando la locuzione "con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare", inserita in fine all'art. 29 Cost., nel senso che fossero lecite disparità di trattamento tra i coniugi non solo connesse con la necessità di un unitario indirizzo della famiglia da stabilirsi ad opera del marito e padre, ma anche con le diversità fisiologiche relative alla procreazione.

Furono i giudici costituzionali ad eliminare la disuguaglianza normativa, ma ciò avvenne con enorme ritardo, persistendo a lungo l'interpretazione sopra richiamata sia nel sentire sociale sia nelle decisioni giurisprudenziali.

Infatti, la Corte Costituzionale, ancora nel 1961 (Sent. 28/11/1961 n. 64), aveva affermato che non fosse contraria ai principi costituzionali la previsione di reato solo per l'adulterio della moglie e non anche per quello dei coniugi in generale "posto che con tale norma non è stata creata a carico della moglie alcuna posizione di inferiorità, ma soltanto è stato preso atto di una situazione diversa"; nel

1965, poi, la Cassazione (Sez. II, 5/10/1965, n. 1310), quanto al reato di adulterio, riteneva punibile non solo la congiunzione carnale della moglie, ma anche i meri atti di libidine e affermava che non fosse necessaria la sorpresa in flagranza, ma sufficiente la desumibilità della condotta da elementi di carattere indiziario; nel 1968, invece, il marito che avesse una stabile convivenza con altra donna non era stato ritenuto punibile per il delitto di concubinato, non essendo la convivenza sufficiente ad integrare l'elemento della notorietà, essendo necessario che la relazione, anche se non connotata dal pubblico scandalo, fosse comunque a conoscenza di un determinato numero di persone (Cass. Sez. IV, 21/12/1968, n. 1926).

Solo nel 1968 la Corte Costituzionale affermò, con la sentenza n. 126, che "la discriminazione tra l'adulterio dell'uomo e della donna, lungi dall'essere utile, è di grave nocimento alla concordia ed all'unità familiare, lede la dignità della donna e costituisce mero privilegio assicurato al marito" e dichiarasse l'incostituzionalità della norma che puniva l'adulterio della moglie. Poco più tardi, nel 1969, con la sentenza n. 147, venne affermata anche l'incostituzionalità della fattispecie attinente alla relazione adulterina della moglie e, contemporaneamente, di quella relativa al concubinato.

L'evoluzione dei valori ai quali i giudici fanno riferimento nella loro opera interpretativa, che è stata così significativa per le condotte sopra ricordate, della cui rilevanza penale oggi nessuno più discute, è apprezzabile anche rispetto a quasi tutti i reati contro la famiglia.

Laboratorio di principi morali, educativi e della mutata concezione della rilevanza dei diritti della persona, anche se si tratta di bambini e bambine, è l'interpretazione degli artt. 571 e 572 del codice penale: abuso dei mezzi di

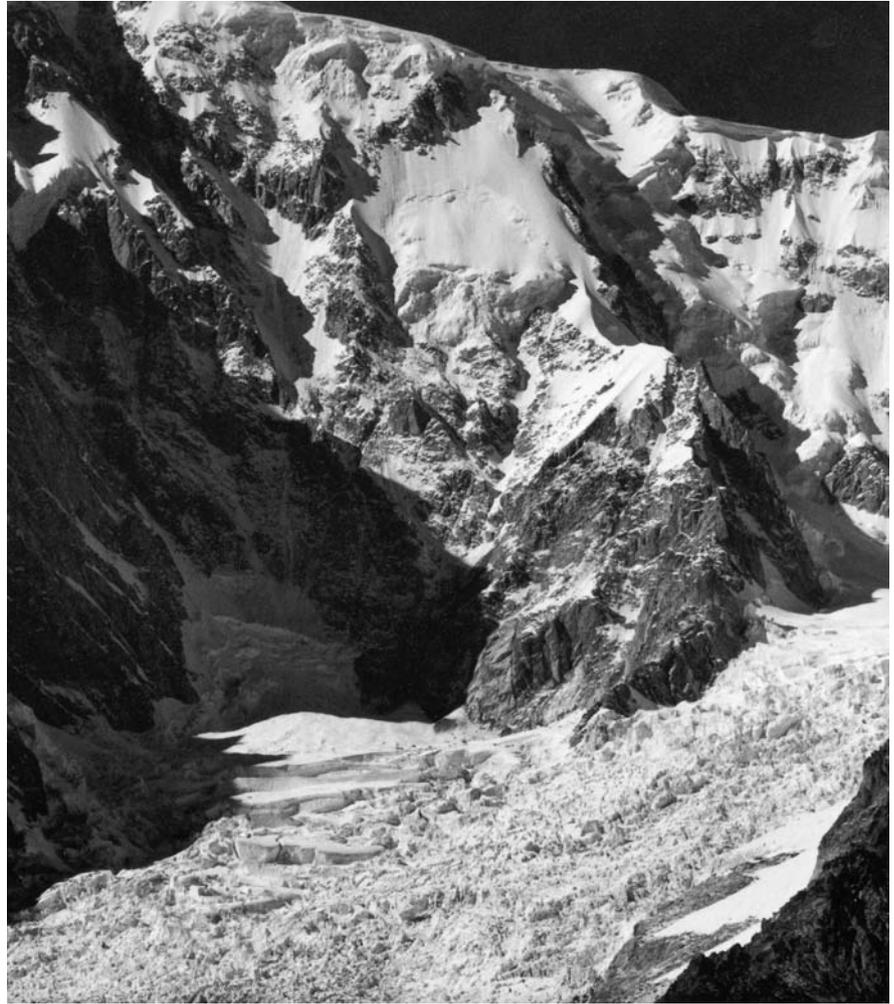
correzione e maltrattamenti in famiglia.

La consacrazione nell'art. 571 c.p. dello "jus corrigendi", che legittima l'uso della violenza come mezzo educativo e disciplinare, punibile solo se ne derivi il pericolo di una malattia nel corpo o nella mente, appariva anacronistica già negli Anni '50.

Negli ultimi decenni, con l'evoluzione dei rapporti intrafamiliari e con l'eliminazione della violenza, anche se limitata alla "vis modica", dai metodi disciplinari, educativi, di cura, di vigilanza, o di istruzione, il reato di abuso dei mezzi di correzione è stato sempre più spesso ritenuto soccombente rispetto al reato di lesioni o di maltrattamenti, mentre se ne sono ravvisate nuove condotte con riferimento agli aspetti psicologici.

Se, fortunatamente, sin dal 1950 (Cass. 29/5/1950) era stata dichiarata l'illiceità dell'uso della "vis modica" nei confronti dei figli maggiorenni e, ahimè, solo dal 1958 (Cass. 21/11/58) nei riguardi della moglie, in tempi più recenti la giurisprudenza ha preso atto del nascere e crescere nel contesto sociale di una visione del minore non più solo oggetto di protezione, ma titolare di diritti.

Di conseguenza, la giurisprudenza attuale manifesta una mera tolleranza per quegli atti di minima violenza fisica nei confronti della persona bambina che risultino necessari per rafforzare una proibizione, non arbitraria né ingiusta, di comportamenti oggettivamente pericolosi o dannosi o di sottovalutazione del pericolo (Cass. 28/6/2007 n. 42648); ravvisa nell'uso della violenza, anche se modica e a fini educativi, il più grave reato di cui all'art. 572 c.p. (Cass. Sez. VI, 18/3/1996) e, invece, afferma la sussistenza del reato di cui all'art. 571 c.p. nei casi in cui sia fatto uso in funzione educativa di un mezzo astrattamente lecito, di natura fisica, psicologica o morale, che trasmodi in abuso in ragione della intemperività della sua applicazione o dell'eccesso della misura, anche se quest'ultima non attinga a forma di violenza (Cass. Sez. VI, 7/11/1997 n. 3789). Inoltre, i giudici di legittimità hanno ravvisato tale reato anche nel caso in cui sia mantenuto per un tempo apprezzabile un comportamento che umilia, svaluta, denigra il minore, in quanto le modalità di educazione afflittiva e deprimente della personalità contrastano con la finalità della promozione della persona ad un grado di maturità tale da renderla capace di integrale e libera espressione delle sue attitudini, inclinazioni ed aspirazioni



(Cass. 28/6/2007 n. 45283 e Cass. Sez. VI, 7/2/2005 n. 16491).

Criterio ispiratore di questa evoluzione è la protezione del soggetto debole, criterio che è stato ritenuto determinante nelle scelte interpretative anche nel passato. Basti ricordare che la Suprema Corte nel 1959 (Cass. 16/6/59 n. 577), in un periodo di piena vigenza del reato di adulterio e di concubinato, nell'interpretazione della fattispecie di maltrattamenti in famiglia, ha esteso detto ultimo concetto anche alla situazione di due concubini, con ciò ritenendo degno di protezione il più debole dei due ipotetici correi di concubinato e dando dignità giuridica, ai fini della configurazione del reato di maltrattamenti, alla loro convivenza ed alla loro "affectio", pur essendo questi ultimi elementi costitutivi di altro reato. La stessa Corte ha, poi, ribadito, in altra pronuncia (Cass. Sez. II, 1/3/66, n. 320), che il reato di cui all'art. 572 c.p. può sussistere in ogni consorzio di persone tra le quali, per intime relazioni e consuetudini di vita, siano sorti legami di reciproca assistenza e protezione.

Il criterio della protezione del soggetto più debole è stato ritenuto, invece, per lungo tempo soccombente rispetto al diritto del marito di disporre del corpo della moglie quale "rimedio alla concupiscenza" tant'è che a lungo si è negata configurabilità del reato di violenza sessuale all'interno del rapporto di coniugio.

Infatti, l'affermazione della punibilità dei rapporti sessuali ottenuti senza il consenso del coniuge ha trovato molti ostacoli anche in dottrina, se si considera che il Carnelutti nel 1925 collocava il diritto del marito sul corpo della moglie tra i diritti reali, alla stregua di quello di proprietà. Il Vassalli, nel 1944, dissertando ironicamente su tale teorizzazione, incentrata sullo "jus in corpore", o "jus in corpus", spettante al marito, valutava la possibilità di "configurare la donna come un fondo servente di una servitù d'amore". Quale che fosse la soluzione della questione di diritto civile vigente prima della riforma del 1975, per molto tempo non si ritenne che la congiunzione carnale contro il volere della sposa ricadesse sotto la previsione dell'art. 519

c.p. (ora abrogato), a meno che non fosse effettuata nei confronti del coniuge separato o per atti "contro natura" o mettesse in pericolo la vita o la salute.

Si è dovuto attendere sino ad oltre la metà degli anni Settanta, non a caso dopo la riforma del diritto di famiglia, perché la Cassazione affermasse con la sentenza 12855 del 1976 la sussistenza del reato di cui all'art. 519 c.p. a carico del marito, anche non separato, che costringesse l'altro coniuge alla congiunzione carnale.

La legge 66/96, che ha inserito, finalmente, il reato di violenza sessuale tra quelli contro la persona, evidenziando come il bene giuridico tutelato sia, appunto, la persona e non, come precedentemente cristallizzato nel codice Rocco, la pubblica moralità ed il buon costume, è il frutto del recepimento da parte del legislatore di precise istanze provenienti dal contesto sociale e maturate nel corso di almeno due decenni.

Il diritto-dovere della soddisfazione della reciproca concupiscenza tra coniugi, secondo la giurisprudenza della fine degli anni Settanta sopra richiamata, non poteva più legittimare il potere di imporre con la violenza fisica o morale un rapporto non desiderato, ma il dissenso ingiustificato veniva ritenuto costituire ingiuria reale e violazione degli obblighi di assistenza nei confronti del coniuge respinto, rilevante sia ai fini di un eventuale addebito della separazione, sia come condotta riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 570 c.p.

Negli ultimi anni, però, anche a seguito di due sentenze del 2005 (Cass. 6276/05 e 9801/05), sembra sul viale del tramonto l'orientamento secondo il quale la negazione di rapporti sessuali renderebbe configurabile il reato di violazione degli obblighi di assistenza coniugale.

Quest'ultimo reato, al di là delle *querelles* che hanno assillato gli interpreti relativamente alle varie fattispecie di tutela penale del coniuge e del minore rispetto al versamento delle contribuzioni per il mantenimento dopo la separazione e dopo il divorzio, è stato soggetto ad evoluzioni interpretative connesse con il mutamento dei costumi, anche con riferimento alla fattispecie di abbandono del domicilio ed a quella configurata dalla condotta contraria all'ordine ed alla morale delle famiglie.

Nel 1964 e, ancora, nel 1970, la Corte Costituzionale dichiarò non fondata la questione sollevata relativamente alla prima parte dell'art. 570 c.p. per il sospetto contrasto con i principi di egua-

glianza dei coniugi e di libertà personale.

La Suprema Corte, negli Anni '60 (Cass. pen. 14/6/1960, e Cass. pen. 9/7/1962), aveva statuito che neppure il consenso di un coniuge all'allontanamento dell'altro bastasse ad escluderne la punibilità, in quanto trattavasi di condotta contraria all'ordine ed alla morale delle famiglie. Tuttavia, anche in quel periodo, l'allontanamento doveva essere caratterizzato dal rifiuto ingiustificato e persistente di coabitazione (Cass. sez. II 28/10/1963) e l'obbligo di seguire il marito doveva avere come presupposti la notorietà e serietà della di lui decisione, non potendo convertirsi in un dovere di inseguimento del consorte in vari e capricciosi mutamenti (Cass. sez. VI, 9/4/1969).

Dopo la riforma del 1975 si è consolidato l'orientamento che il reato previsto dall'art. 570 c.p. non sia integrato né dalla relazione extraconiugale di uno dei coniugi, né dall'allontanamento dalla casa familiare, a meno che tali condotte non siano connotate da una effettiva e persistente sottrazione agli obblighi di assistenza. Inoltre si è ampliato il numero dei casi in cui l'allontanamento è ritenuto giustificato, sino a ricomprendere anche la sola manifestazione da parte di uno dei coniugi dell'intenzione di rompere il vincolo matrimoniale.

L'evoluzione dei valori socialmente diffusi e il criterio della protezione dei soggetti deboli caratterizzano anche l'elaborazione giurisprudenziale di altri due reati posti a tutela della famiglia, quello di sottrazione consensuale di minorenni, previsto dall'art. 573 c.p. e quello di sottrazione di persone incapaci, previsto dall'art. 574 c.p.

Solo nel 1964 la Corte Costituzionale (sent. 22/2/1964 n. 9) ha riconosciuto l'illegittimità di entrambi detti articoli, nella parte in cui limitavano il diritto di querela al genitore esercente la patria potestà. Tale disposizione escludeva, infatti, implicitamente che detto diritto spettasse anche alla madre, sul presupposto che il bene tutelato dalle due norme è il diritto di esercitare la patria potestà, diritto che alla madre era riconosciuto solo eccezionalmente ed in via del tutto subordinata e sussidiaria.

Se una sentenza del 1967 (Cass. sez. II 24/10/1967) affermava che, in regime di separazione di fatto, la sottrazione del figlio minore ad uno dei coniugi ad opera dell'altro non fosse idonea ad integrare il reato di cui all'art. 574 c.p.,

altra sentenza dello stesso periodo (Cass. sez. VI 3/6/1969) sosteneva che il reato fosse configurabile da parte della madre che sottraesse il minore al padre, proprio in considerazione del marginale e subordinato esercizio della potestà spettante alla genitrice.

Nell'ambito del processo di valorizzazione del minore, come portatore di diritti e non mero oggetto di protezione, si è fatto strada un indirizzo dottrinale che ha ritenuto soggetto passivo dei reati di cui agli artt. 573 e 574 c.p. anche la persona minorenne, sul presupposto che la potestà viene esercitata non iure proprio, ma nell'interesse del minore, che pertanto è colui che viene direttamente danneggiato. Nell'ipotesi prevista dall'art. 573 c.p., che presuppone il consenso dell'ultraquattordicenne alla sottrazione, si verserebbe, dunque, in una delle ipotesi in cui l'interesse del quale è portatore il soggetto passivo del reato non è disponibile e viene perciò tutelato contro la sua stessa volontà (Manna 1993, Fiorella 1997).

In ultimo la Suprema Corte, vedasi in particolare la sentenza del 12/2/2007, n. 14102, ha stabilito che il delitto di sottrazione di persona incapace è configurabile anche da parte di un genitore nei confronti dell'altro, dal momento che entrambi sono contitolari dei poteri-doveri disciplinati dall'art. 316 c.c., e che la norma incriminatrice in questione punisce tanto la "sottrazione" del minore degli anni quattordici alla potestà dei genitori quanto una "specie" della sottrazione stessa e cioè la "ritenzione" del minore contro la volontà dei genitori, che si realizza con il ritenere indebitamente il minore che si trova nella disponibilità dell'agente per una causa lecita.

Entrambe le condotte sottraggono il minore ai compiti di vigilanza e di educazione riservati ai due genitori dall'ordinamento nell'interesse del minore stesso e della società. L'affermazione di tale principio unitamente alla ritenuta configurabilità del delitto di sequestro di persona concorrente con quello di sottrazione di persone incapaci, sia nel caso di infante privo di autonoma capacità di locomozione, sia in quello in cui non venga espletata alcuna forma di coercizione fisica sul bambino, assume una precipua rilevanza nella patologia delle famiglie allargate e, soprattutto, di quelle multiethniche o transnazionali.

Infatti, l'esigenza di garanzia del rientro in Italia del minore portato dal genitore non affidatario con il consenso

di quello affidatario per un breve soggiorno in un'altra Nazione ha indotto la Suprema Corte ad affermare, nella pronuncia sopra richiamata, da un lato, che il reato di cui all'art. 574 c.p. è da considerare plurioffensivo (perché lesivo del diritto di chi esercita la potestà di genitore e del diritto del figlio a vivere secondo le indicazioni e determinazioni del genitore stesso) e, dall'altro lato, che esso può concorrere con il reato di sequestro di persona previsto dall'art. 605 c.p. poiché anche il minore è titolare del bene giuridico della libertà personale, costituzionalmente garantito, che può essere lesa da qualsiasi apprezzabile limitazione della libertà stessa intesa quale possibilità di movimento privo di costrizioni.

Su questo tema sarà interessante verificare l'orientamento della Suprema Corte in casi simili a quello che ha originato la pronuncia ricordata, laddove si sia però in presenza non di un affidamento esclusivo ad uno dei coniugi, ma di un affidamento condiviso, regime divenuto normale dopo la recente novella legislativa.

La sottrazione internazionale dei minori è solo uno dei molteplici aspetti delle patologie familiari connesse con il nuovo panorama etnico, culturale e

religioso conseguente all'immigrazione da Paesi lontani e all'abbattimento delle frontiere intracomunitarie. La poligamia, la concezione dei figli come proprietà del padre, il ripudio, l'esercizio di mezzi vessatori di persuasione per l'educazione religiosa, il filicidio per la salvaguardia dell'onore, le mutilazioni genitali, il rifiuto del consenso alla effettuazione di terapie su minori, necessarie per garantirne la sopravvivenza, sono argomenti che sempre più vengono trattati nelle aule di giustizia.

Tali condotte, che configurano reati anche gravissimi e non solo contro la famiglia, sono commesse spesso con riferimento a valori religiosi o a concezioni della famiglia diverse da quelle alle quali si ispira il sentire comune della maggioranza del contesto sociale italiano. Escluso che, laddove i reati siano commessi per ottemperare a precetti religiosi, possa essere invocata la scriminante dell'esercizio del diritto costituzionale di praticare la propria religione, si è spesso discusso se dette motivazioni possano assumere rilievo sul piano circostanziale, nell'ambito della attenuante comune di cui all'art. 62, n. 1, c.p. (reato commesso per motivi di particolare valore morale e sociale). Un simile pro-

blema si è più volte affrontato nel passato nei numerosi processi contro testimoni di Geova, relativamente al loro rifiuto del servizio militare e, per quanto riguarda il tema della presente riflessione, rispetto alla omissione di cure per i minori non consentite da tale fede.

Così come da alcuni decenni in tema di delitto motivato dal fine di reintegrare l'onore dell'offeso si è affermato che per l'applicazione dell'attenuante in esame "non basta che l'agente abbia la convinzione di perseguire un fine moralmente apprezzabile, ma è necessaria l'obiettivo rispondenza del motivo a valori etici riconosciuti preminenti dalla coscienza della collettività" (Cass. sez. I del 2/7/1971), anche con riferimento al sentire morale e religioso di minoranze della popolazione, si sostiene che i motivi debbono corrispondere in forma particolarmente significativa alla morale corrente in quel momento storico, in modo da sminuire l'antisocialità dell'azione criminale e da riscuotere il consenso della collettività, non potendosi far discendere automaticamente la meritevolezza dal solo fatto che una certa azione sia stata dettata da ragioni di fede.

**Silvana Fantini**



## Nevada Bob's Golf Store **Torino**

[www.golfnevada.it](http://www.golfnevada.it) | [info@golfstore.to](mailto:info@golfstore.to)



### Golf Store opera esclusivamente nell'attività della vendita al dettaglio con due negozi:

**Nevada Bob's**  
 maggiormente orientato  
 verso l'attrezzatura



**Golf & Golf**  
 dedicato  
 all'abbigliamento  
 sportivo



**Nevada Bob's  
 Golf Store**  
 Via Carso, 12/A - 10141 Torino  
 Tel. 011.33.17.62

**Golf & Golf  
 Golf Fashion**  
 Via C. Colombo, 27/A - 10129 Torino  
 Tel. 011.568.28.35





## LE TRASFORMAZIONI DELLA FAMIGLIA

Sembra evidente che, per definire una trasformazione, è necessario partire da ciò che s'intende in genere con il concetto di "famiglia": di cosa parliamo, o almeno di cosa abbiamo parlato fino a non molto tempo fa, quando parlavamo di famiglia? Quali sono gli elementi strutturali che la caratterizzano e la specificano?

In un interessante libro (E. Scabini-R. Lafrate, *Psicologia dei legami familiari*, Bologna, Il Mulino, 2003), partendo dalle due questioni fondamentali nella riflessione delle scienze psicosociali sulla famiglia – ovvero l'identità (che cos'è la famiglia, come si definisce) e il mutamento (come evolve) – e dopo un'attenta disamina delle varie posizioni espresse dalla psicologia, le autrici individuano la specificità della famiglia nei tipi di legame che la caratterizzano strutturalmente e nell'obiettivo che essa si pone: essa ha il compito di dare forma alla struttura soggettiva dei nuovi nati, e questo attraverso una guida e un sostegno che consentano loro di strutturare in modo adeguato la propria personalità e di inserirsi adeguatamente nella realtà imparando man mano a conoscerla, a prenderla in conto per quello che essa è, a stabilire con essa una relazione sufficientemente sana e soddisfacente evitando chiusure o fughe patologiche.

A partire dalla mia esperienza terapeutica mi sembra di poter dire che, per assolvere tale compito, la famiglia deve porsi (ed è proprio questo che possiamo pensare come elemento strutturale che la caratterizza e la specifica) come il luogo all'interno del quale è possibile trasmettere qualcosa di un limite, di un impossibile, e che ciò può concretamente avvenire attraverso la circolazione di un discorso in cui tutti i suoi membri sono inseriti, vale a dire di un simbolico che preesiste alla famiglia e al quale tutti i suoi membri sono assoggettati, simbolico che definisce dei posti,

dei ruoli e delle funzioni. Detto in altri termini: la famiglia è il luogo all'interno del quale, in un ambiente affettivamente ricco e gratificante che si prende cura di lui con amore, il bambino può imparare, senza troppa fatica, ad accettare il fatto che non tutto si può, che siamo inevitabilmente messi a confronto con qualcosa che norma e pone un limite al nostro desiderio nella misura in cui tale desiderio non può porsi come assoluto ma deve fare i conti con quello degli altri, che non siamo onnipotenti e quindi inevitabilmente dobbiamo fare i conti con la rinuncia, la mancanza, la perdita di godimento. Cioè a dire: la funzione della famiglia è quella di rendere *familiare*, e quindi accettabile, il fatto che ci sia dell'impossibile; e tale funzione è strutturante per il soggetto, ossia dà forma alla struttura psichica soggettiva e getta le basi per un'integrazione non troppo difficile del bambino in un contesto sociale più ampio.

Il problema è che ciò implica qualcosa che può sembrare un paradosso. La dimensione dell'impossibile, di cui la famiglia consente al bambino di prendere atto in modo concreto nel campo della realtà, è infatti ciò che nutre il desiderio, che ne è addirittura la condizione; dire che la famiglia consente la nostra strutturazione come soggetti significa dire che ci forma come soggetti desideranti, destinati – ecco il paradosso, che è quello stesso del desiderio – a rincorrere continuamente il nostro desiderio, strutturalmente mai del tutto colmabile (in quanto non esiste l'oggetto "giusto" che lo colmerebbe completamente, che lo estinguerebbe; e, del resto, se il desiderio si estinguesse, si estinguerebbe con esso ciò che ci tiene in vita) e quindi come soggetti necessariamente votati ad un margine di insoddisfazione e di scacco la cui accettazione è il prezzo da pagare per poter sostenere un rapporto non patologico con la realtà.

Accettazione che, già di per sé non facile, viene resa oggi sempre più difficile dalla trasformazione del contesto sociale al cui interno la famiglia si colloca. L'elemento che maggiormente colpisce – per dirlo in estrema sintesi – mi pare il passaggio, avvenuto nell'arco degli ultimi decenni, da un'organizzazione sociale verticale, in cui era riconosciuta l'autorità e l'autorevolezza dei Padri simbolici (Dio, lo Stato, il re, il presidente...) e della loro parola ad un'organizzazione orizzontale, un funzionamento collettivo che sembra volersi emancipare da ogni riferimento ad una posizione di autorità, in cui ogni asimmetria e ogni gerarchia appaiono incongrue. Il legame sociale sembra non costituirsi più in nome di un'appartenenza simbolica ma dello schieramento sotto una bandiera, che può essere abbandonata in qualunque momento per sceglierne un'altra più confacente alla situazione: quello che fa legame non è un riferimento simbolico – il riferimento a una norma costituita che consenta di mediare tra posizioni diverse, garantendo un ambito all'interno del quale i conflitti, anziché esplodere, possano trovare una mediazione – ma piuttosto un riferimento immaginario, una posizione inter-soggettiva, un "fare gruppo" poggiante sull'identificazione a quei personaggi che sembrano capaci di sbarazzarci delle "vecchie" modalità di rapporto realizzando un progetto di società senza padri, fatta di pari, di simili, di fratelli, e questo in nome di una libertà individuale che non sopporta mediazioni né costrizioni.

Tale modificazione non è senza conseguenze sulla strutturazione psichica del soggetto, la quale implica necessariamente che venga riconosciuta la necessità di una perdita di godimento, di una rinuncia pulsionale, l'accettazione di un limite. Un sistema sociale retto sul riconoscimento dell'autorità del Padre simbolico sosteneva e veicolava

tale necessità, la quale veniva letta (ed era iscritta nell'immaginario collettivo) come limite imposto dal Padre e dal suo comandamento; e l'iscrizione di un impossibile, l'interiorizzazione di un interdetto aveva come contropartita, lo abbiamo visto, la costituzione di sé attorno all'inevitabile rinuncia pulsionale e dunque la lacerazione interiore.

Oggi assistiamo ad un doppio fenomeno:

- da un lato si va nella direzione, se non di eliminare, almeno di mascherare questa necessità: basta pensare al discorso della scienza, che sposta sempre più in là ogni limite, fino ad illuderci di eliminarlo, o al liberismo sfrenato che, mettendoci a disposizione sempre nuovi oggetti, ci illude che si possa avere tutto;
- dall'altro, non essendoci più un Padre ritenuto imporla, essendoci emancipati da ogni riferimento ad una posizione di autorità, è caduta la possibilità, per il sociale, di rendere visibile e di supportare la necessità della perdita, del limite.

L'unione di questi due fenomeni fa sì che si tenda a credere che la perdita non sia necessaria, non sia strutturale e strutturante per il soggetto, e che dunque nulla sia impossibile. Se il prezzo

da pagare per la propria strutturazione soggettiva fino a poco tempo fa era l'autolimitazione e la conseguente lacerazione interiore, oggi sembra essere in atto il rifiuto di tale modalità con la conseguente impossibilità di fare delle scelte (nella misura in cui scegliere significa necessariamente perdere qualcosa) assumendosene il rischio e la responsabilità: siamo cioè passati da un sintomo a un altro.

Come incide tutto questo sulla famiglia?

Fino a non molto tempo fa la famiglia era considerata la forma nucleare del legame sociale regolamentata dallo Stato e dalla Chiesa, il tassello di un ordine che da più parti veniva invocato come uno dei mattoni costitutivi della convivenza civile. Non tutti si riconoscevano in questo modo di funzionamento: anche senza evocare la continua trasgressione individuale dell'ordine riconosciuto (trasgressione che considererei piuttosto come pilastro fondante della permanenza dell'ordine stesso), c'era chi militava per il diritto individuale alla "libera" convivenza, alla "libertà" dei rapporti tra gli uomini, alla "libertà" dei rapporti degli uomini con le donne, alla "libertà" dei rapporti tra le donne e alla "libertà" dei rapporti tra

uomini, donne e i loro eventuali figli. La parola "libertà" è sempre virgolettata perché mi pare, e non vedo come potrebbe essere diversamente, che l'idea di "libertà" sia un'idea che nasce *contro*. Oggi direi che siamo invece in presenza dell'aspirazione a vedere riconosciuto dalla legge il proprio diritto individuale, qualunque esso sia, e la legge è chiamata a prendere atto e a riconoscere tale inalienabile diritto: non si tratta più di chiamarsi fuori dalla legge in nome di una propria scelta, politica, ideologica o sessuale, si tratta piuttosto di domandare alla legge di non esser più tale, di non produrre barriera tra chi è dentro e chi è fuori: il soggetto sembra rifiutarsi di essere "soggetto a" ed aspira piuttosto ad essere "soggetto di", soggetto dei propri diritti e fonte della propria autoaffermazione, senza riconoscere alcun limite.

Vorrei provare a sintetizzare tre elementi che mi sembrano rendere visibile questa differenza.

Il primo, e forse il più evidente, è costituito dal fatto che, non essendo più indissolubile e finalizzato alla riproduzione, il matrimonio si è trasformato da "patto sociale" in "impresa personale", al cui centro si pone oggi il legame sentimentale affettivo di coppia: da una parte





si assiste a un forte investimento in tale rapporto e nella richiesta di intese e condivisioni potenzialmente coinvolgenti tutti gli aspetti della vita, dall'altro si è affievolito l'aspetto sociale e istituzionale del vincolo: la coppia si fa "norma a se stessa" e diventa autoreferente, la famiglia istituzionale diventa una famiglia "intimizzata". Ciò comporta un paradosso: da un lato, infatti, la coppia è soggetta a una precarietà sempre incombente (il vincolo si rappresenta fin da subito come non necessariamente duraturo), dall'altro essa è vista come un referente centrale, ci si rappresenta la vita adulta come vita di coppia, si considera la vita di coppia un ideale altamente desiderabile. La sua fragilità è così il frutto sia di troppo elevate aspettative, più facilmente soggette a delusioni, sia dello sbilanciamento della relazione sul versante affettivo/espressivo a scapito di quello etico/normativo e di impegno del patto. E forse proprio questo sbilanciamento può aiutarci a capire la fortissima conflittualità che sempre più spesso accompagna le separazioni: se infatti già durante la convivenza l'aspetto simbolico del patto non costituiva un elemento dominante, perché pensare che un patto, sia pure diverso, possa funzionare una volta finita la convivenza, nel tentativo di salvaguardare il benessere dei figli?

Un secondo elemento mi sembra costituito dal fatto che anche nei confronti dei figli si è verificata un'analogia trasformazione: anch'essi non sono più il frutto – come avveniva fino a una trentina di anni fa – di un imperativo sociale

che affidava alla famiglia il compito di perpetuare la specie e di fornire nuovi membri alla comunità attraverso la riproduzione e l'educazione, tesa a fare dei nuovi nati degli esseri adeguati alla società, ma sono frutto di un desiderio privato, del legame sentimentale affettivo di coppia: oggi i figli si fanno per sé, perché li si vuole e quando si vuole. È una trasformazione che si presenta come una medaglia a due facce: da un lato, infatti, assistiamo ad una drastica diminuzione delle nascite, dall'altro al ricorso sempre più frequente a varie tecniche di riproduzione assistita e all'adozione, ad una ricerca a volte quasi ossessiva di un figlio "a tutti i costi", sostenuta dall'idea sempre più diffusa del "diritto ad un figlio": si è cioè passati, nell'arco di una trentina di anni, da una situazione di impotenza e di destino subito a una situazione di controllo e di sfida al destino. Quali effetti produce tutto questo? Non sono di poco conto le conseguenze che un così forte investimento affettivo avrà sui genitori, sulle loro aspettative (dal "figlio che desidero" al "figlio così come lo desidero" il passo è breve), sulle delusioni che queste potranno eventualmente subire. E conseguenze altrettanto pesanti ciò avrà sui figli, messi nella condizione di dover rispondere a tali aspettative e a un'impegnativa immagine di sé ("sono quello che i miei genitori hanno voluto?"), sospesi al senso della propria contingenza e della propria precarietà ("avrei anche potuto non essere voluto") e a un continuo bisogno di conferma di quel desiderio da cui sono nati.

E mi sembra che proprio la concezione del figlio come "diritto" provochi le vere e proprie guerre, senza esclusione di colpi, alle quali assistiamo spesso in situazioni di separazione per accaparrarsene l'affido.

Guerre che spesso utilizzano anche, per conseguire la vittoria, quello che costituisce, a mio parere, un terzo elemento importante di differenza, vale a dire il modo non solo di vivere ma anche di concettualizzare la famiglia cui oggi assistiamo: essa non è più vista come una struttura della parentela incentrata sull'autorità di genitori o il luogo di passaggio dalla natura alla cultura attraverso interdetti e funzioni simboliche, ma come il luogo di un potere decentrato e dai molti volti, un potere orizzontale equamente distribuito fra tutti i membri, senza distinzione di ruoli: la famiglia si configura come un nucleo fraterno, senza gerarchia né autorità e soprattutto senza disimmersione, in cui i genitori sembrano abdicare alla propria responsabilità educativa, inevitabilmente foriera di conflitti, a favore di un clima di amicizia e in nome dei "diritti" dei bambini. Bambini che, da un lato, sembrano non essere più considerati dei piccoli che bisogna socializzare, umanizzare, educare, perché possano divenire soggetti, ma fin da subito soggetti a tutti gli effetti, allo stesso titolo degli altri membri della famiglia e della società; e, dall'altro e paradossalmente, vengono sovrainvestiti (in quanto ardentemente desiderati) e iperprotetti, nel tentativo di metterli al riparo da ogni fatica, frustrazione e costrizione ritenute dannose al loro "libero" sviluppo, rendendo difficilissima l'accettazione della realtà che incontrano fuori dalla famiglia. Ed è sempre più frequente incontrare genitori che, nella guerra che li oppone in merito all'affido, fanno ricorso al "diritto" del figlio di esprimere il proprio parere, di "scegliere" un genitore piuttosto che l'altro, inconsapevoli della sua impossibilità di farlo e dell'angoscia in cui tale richiesta lo getta.

Sono solo alcune delle questioni con le quali l'epoca in cui viviamo ci mette a confronto. E l'apporto che al loro approfondimento può offrire lo scambio fra competenze diverse può aiutare tutti a muoversi con un po' più di consapevolezza, evitando sia gli inutili pessimismi sia le pericolose illusioni.

**Elena Sormano**



## Famiglia: problemi attuali ed emergenti

### CAPACI DI TUTTO?

### Suggerimenti e pericoli dell'ideologia gender

Thomas Beatie era una donna con tendenze omosessuali fino a dieci anni fa e si chiamava Tracy; incontrata la sua attuale compagna – Nancy – decise di cambiare sesso, mantenendo il suo apparato riproduttivo; non potendo Nancy avere figli, Thomas-Tracy è riuscito ad avere la gravidanza con una donazione di sperma congelato; un primo tentativo è fallito con un aborto, ma il secondo – come si vede chiaramente dalla foto – è andato a buon fine; Thomas-Tracy ha dichiarato: “*Sono una persona ed ho diritto ad avere un mio figlio biologico*”.

In una società dove tutto diventa spettacolo, Thomas-Tracy ha fatto un grande effetto comparando nel seguitissimo talk-show condotto da Oprah Winfrey, che lo ha presentato dicendo “*questo caso rappresenta una nuova definizione di quel che significa la diversità*”.

La storia di Thomas-Tracy, con i suoi evidenti interrogativi etici, soprattutto nella prospettiva dello status del nascituro e dell'impatto psicologico che potrà subire quando Thomas – come ha affermato – le dirà (si tratta infatti di una bimba) come è venuta al mondo, fa tornare in mente un'altra vicenda, conosciuta come la “Storia del bimbo che qualcuno volle bimba”: Bruce Reimer nato il 22 agosto 1965, a Winnipeg, in Canada.

Bruce, sottoposto a circa due anni di età ad un banale intervento per ovviare ad una fimosi, ebbe il pene completamente bruciato da una cauterizzazione disastrosamente eseguita dal medico; i genitori si chiusero in un isolamento assoluto sin quando non incontrarono John Money, chirurgo esperto di cambio del sesso presso il Johns Hopkins Hospital di Baltimora, che li convinse di trasformare il loro bambino in una bimba: non più Bruce ma Brenda.

Per il dottor Money, teorico militante della tesi secondo cui l'identità di genere

è socialmente costruita e assolutamente indipendente dal sesso genetico, Bruce era l'occasione perfetta per dimostrare la validità delle sue tesi: il 3 luglio 1967 asportò i testicoli di “Brenda” e modellò lo scroto dandogli la forma di grandi labbra, ordinò poi ai genitori di vestirla come bambina, trattarla da bambina, parlarle come si parla ad una bambina.

Brenda-Bruce però non ci stava: giocava da maschio, si picchiava con gli amichetti di suo fratello gemello, faceva la pipì in piedi: la vicenda (verificabile cercando Money su Google; vedere in particolare Wikipedia; cercare anche notizie su *As Nature Made Him* il libro che ha raccontato questa terribile storia) si complica con la crescita di Bruce-Brenda ed avrebbe aspetti comici su cui sorridere se non fosse per il suo esito tragico. Le visite presso il dottor Money continuavano ed il dottore le tentava tutte per indirizzare la sua “creatura” verso la femminilità, ma quando tentò di farla incontrare con un transessuale Bruce-Brenda, aveva tredici anni quando ciò avvenne, fuggì minacciando di suicidarsi se i genitori gli/le avessero imposto un nuovo incontro con il dottor Money; due anni dopo il padre confessò la verità, così Brenda seppe di essere Bruce; tentò di recuperare i caratteri maschili con la ricostruzione chirurgica del pene, tentò anche di uccidere il medico che lo aveva mutilato quando era bambino, infine il 5 maggio 2004 si è suicidato, mentre il dottor Money – morto nel frattempo il 7 luglio 2006 – era acclamato come uno dei più affermati psicosessuologi americani, divenendo anche il portabandiera della teoria secondo cui la pedofilia non sempre sarebbe sinonimo di violenza sui bambini.

Questi sono solo due esempi delle nuove ed inquietanti frontiere del diritto, che vedranno avvocati e giudici

impegnati a trovare – sotto la poderosa azione degli interessi economici che sostengono la “tecnoscienza” – il confine del giusto nel possibile.

È questo lo scenario creato dall'incontro tra le nuove tecniche e la cosiddetta teoria del *gender*, del “genere”, secondo cui le distinzioni sessuali sarebbero frutto esclusivamente della cultura di un paese e di un'epoca determinati; mentre il termine “sesso” è tratto dalla natura, il termine “genere” è tratto dalla linguistica, in cui come è noto si distinguono tre varianti: maschio, femmina e neutro; le differenze tra l'uomo e la donna sarebbero mere differenze culturali: “*il genere è una costruzione culturale; di conseguenza non è né il risultato causale del sesso, né è tanto apparentemente fisso come il sesso ... il genere è una costruzione radicalmente indipendente dal sesso, il genere stesso viene ad essere un artificio libero da vincoli, di conseguenza uomo e maschile potranno essere riferiti sia a un corpo femminile, sia a uno maschile; donna e femminile sia a un corpo maschile sia a uno femminile*” (Judith Butler, femminista radicale, docente a Berkeley, in *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge, New York; a sua volta criticata da chi, ancora più radicalmente, nega ogni incidenza della dimensione biologica).

*Nature or nurture?* Natura o educazione? La nostra identità di genere, ossia la coscienza dell'appartenenza a un determinato sesso, delle differenze con l'altro sesso, dei fattori psicologici e culturali connessi al ruolo che gli individui di un sesso o dell'altro svolgono nella società, è iscritta profondamente nella nostra natura o piuttosto è “socialmente costruita”, frutto dell'apprendimento, come affermano da decenni attive culture femministe e gay che accusano il maschio di aver progettato la società



occidentale allo scopo di conservare privilegi economici e sociali? Alcune recenti notizie su cui riflettere: un giudice spagnolo di Algeciras ha stabilito che in una coppia lesbica unita in matrimonio (in Spagna dal 2005 si può) ha diritto a essere riconosciuta automaticamente come madre non solo la donna che ha partorito un bambino da fecondazione artificiale, ma anche l'altra, che fino a oggi doveva ricorrere all'adozione; la *Commission on Parenthood's Future*, organizzazione indipendente americana, in un suo rapporto ("Revolution in parenthood. The emerging global clash between adult rights and children's needs", a cura di Elizabeth Marquardt in [www.americanvalues.org/parenthood/parenthood.htm](http://www.americanvalues.org/parenthood/parenthood.htm)) sottolinea come "il modello che prevede due persone, una madre e un padre, è oggetto di cambiamenti finalizzati ad assicurare il diritto degli adulti alla procreazione, anziché a tutelare il bisogno dei bambini di conoscere la propria madre e il proprio padre, e di essere da essi allevati".

Il rapporto segnala – tra i tanti esempi che confortano tale affermazione – che in Canada si prevede la sostituzione, nella legislazione federale, del termine "genitore naturale", con la dizione di "genitore legale" e che in Spagna, da quando è

diventato legale il matrimonio tra persone dello stesso sesso, nei certificati di nascita si legge ora "progenitore A" e "progenitore B" e non più padre e madre (e del resto in Massachusetts, nei certificati di nozze, non c'è più scritto "moglie" e "marito" ma "parte A" e "parte B"); mentre in Nuova Zelanda si sta considerando la possibilità, per i nati da donazione di gameti, di una trigenitorialità legale per il padre e la madre committenti e per il donatore, e che un'idea simile è al vaglio in Irlanda, allo scopo di garantire alla donna che affitta l'utero un ruolo materno legalmente riconosciuto, sempre in aggiunta alla madre committente e al padre. Sono solo alcuni tra le decine di esempi condensati nelle 44 pagine dello studio della *Commission on Parenthood's Future*. Tutti indicano un forte ruolo degli Stati nella forzata ridefinizione del termine "genitore".

In questa prospettiva, i termini "madre" e "padre" sono poco meno che insulti, ciarpane da azzerare con definizioni meno biologicamente deterministiche, mentre la via della liberazione passa per la possibilità di costruire ciascuno il proprio "genere": un'operazione che sembra una sorta di bricolage identitario, nel quale la natura (l'essere nati maschi o femmine) è qualcosa di cui sbarazzarsi al più presto e senza rimpianti.

Le teorie sul "genere" hanno avuto influenza anche in campo giuridico, come approfondito in un interessante articolo della prof. Maria Rosaria Marella (*Diritto e donne*, in Pòlemos – diretta dal prof. Pier Giuseppe Monateri – 1/2007, pag. 105) che mette bene in evidenza le diverse anime ed i diversi obiettivi del c.d. femminismo giuridico: l'ala *liberal*, che si batte per l'uguaglianza formale e predica la simmetria fra i sessi, quindi anche la garanzia di diritti simmetrici, le pari-opportunità; il suo obiettivo è quello di abolire la diversità di trattamento e con essa lo stereotipo della inferiorità culturale della donna; il femminismo *culturale* di Carol Gilligan, che muove dalle peculiarità morali delle donne e afferma la differenza femminile come valore; il femminismo *radicale* di Catharine MacKinnon, largamente ispirato al marxismo che ispira l'analisi della subordinazione della donna non dal punto di vista economico ma sessuale: "il genere è l'indice di un potere basato sulla sessualità: il sessismo che produce è un fatto del tutto indipendente dalla biologia, è un fatto unicamente sociale" (*Feminism Unmodified*, Harvard University Press, 1987).

In un numero de *la Pazienza* interamente dedicato alla famiglia ed alle

tematiche che la coinvolgono, ritengo inevitabile accennare – e solo di accenno si tratta stante la complessa vastità dei problemi che si porta dietro – alla teoria del *gender*, in particolare alle prospettive non sempre serene dell'incontro di tale ideologia, con la sua capacità di forzare la realtà ad un modello, con le scoperte della tecnica in campo genetico che stuzzicano l'eterna tentazione dell'Uomo di diventare padrone della vita e della morte.

Avvocati e Magistrati devono prendere atto che si sta proponendo una nuova frontiera per i diritti della Persona, con un impatto rivoluzionario sul nostro tessuto sociale, non sottraendosi ad una lettura critica di tale fenomeno se necessaria per la costruzione di una società che corrisponda ad una corretta visione antropologica e che – pur con le variabili anche dolorose proprie della natura e delle vicende umane – possa consentire a ciascuno il maggior tasso di possibile felicità.

*PERSONA e DIRITTI* sono sempre stati al centro dell'azione del giurista, in particolare di chi si occupa di famiglia, che è il luogo dove abitualmente la persona cresce e prende coscienza del suo stesso esistere e delle sue relazioni

(limiti) con gli altri, come ben illustrato dalla dott.ssa Elena Sormano nel suo articolo in questo numero, ma la famiglia che conosciamo, pur con le modificazioni che il variare dei costumi ha portato, è quella dell'art. 29 della Costituzione (“società naturale fondata sul matrimonio”), ovvero dallo spirito e dalla lettera della Convenzione sui Diritti del Fanciullo di New York del 20.11.1989, sempre vista come soggetto complesso, mentre le tendenze in atto – in cui un ruolo fondamentale ha la teoria del *gender*, privilegiano una visione prettamente individualistica e materialistica in cui “avere” ed “essere” si intrecciano in maniera inquietante: “*Sono una persona ed ho diritto ad avere un mio figlio biologico*”, dice Thomas-Tracy.

In un recente articolo comparso su *L'Osservatore Romano*, partendo dall'esame della contingenza economica ma con un approccio che ha senza dubbio portata più generale, Ettore Gotti Tedeschi, Presidente del banco di Santander Italia, scriveva: “*Lo sviluppo è squilibrato quando è troppo tecnologico e poco spirituale. E poiché l'uomo non è solo materia ma anche spirito, non solo corpo ma anche anima, come meravigliarsi se uno sviluppo solo tecnologico, trascurando l'aspetto spiri-*

*tuale, non riesce a soddisfare l'uomo? Come meravigliarsi se l'uomo di questi tempi pensa solo ai suoi diritti, soprattutto se acquisibili a breve termine, e ritiene di essere autorizzato a fare qualsiasi cosa, se si sente creatore di se stesso, autonomo e onnipotente? ... Se l'uomo rinuncia a pensare e si limita ad agire, senza domandarsi se ciò che fa è bene o male, il pensiero di quest'uomo non saprà influenzare il suo comportamento, cosicché a poco a poco sarà al contrario il suo comportamento a influenzarne il pensiero.*”

Ed oggi i diritti della Persona sono influenzati dall'evoluzione delle conoscenze scientifiche e dalle loro applicazioni tecniche, che assicurano risultati impensabili: se giusto e possibile coincidono, la genetica può divenire eugenetica e le nuove bioingegnerie possono mettersi al servizio di una visione consumistica in cui “*nulla sia impossibile*”, come rilevato dalla dott.ssa Sormano.

È quindi obbligatoria una riflessione, che dovrà avere carattere interdisciplinare, per considerare come ad ogni diritto affermato possa corrispondere un danno subito e come i bambini sono sempre i soggetti più deboli: una bella dose di buon senso è fortemente consigliata.

**Stefano Commodo**



# INVESTIGAZIONI MORETTI

Il vantaggio di sapere.

[www.investigazionimoretti.it](http://www.investigazionimoretti.it)

Prendere le giuste decisioni non è facile. La realtà è sempre più complessa, veloce, mutevole. Noi lavoriamo per semplificarla, chiarirla, risolverla e offrire alla persone e alle aziende le certezze che ritengono essenziali nella vita privata e professionale.



**MORETTI** AGENZIA INVESTIGATIVA

Corso Moncalieri, 413 - Torino Tel. 011.6613517 - Fax 011.6317741  
Cell. 3339536222 24/24



## FIGLI LEGITTIMI E FIGLI NATURALI NELLA CRISI DELLA COPPIA GENITORIALE: tutele processuali e prassi nel distretto della Corte di Appello di Torino

Prima dell'entrata in vigore della legge sull'affido condiviso (L. n. 54 del 2006), la situazione era chiara: dei figli legittimi si occupava il Tribunale Ordinario che, in forza dell'art. 155 c.c. e all'interno della procedura di cui agli artt. 706 e seguenti c.p.c., disponeva, in punto affidamento, regime di visite al genitore non affidatario, assegnazione della casa coniugale e contributo al mantenimento dei figli.

La tutela dei figli naturali era, invece, divisa tra il Tribunale per i Minorenni, che si occupava dell'affidamento e regime di visite al genitore non affidatario (e ciò tramite un'interpretazione ampia dell'art. 317 bis c.c. e con il rito di cui all'art. 336, ultimo comma, c.c.) e il Tribunale Ordinario che, in forza dell'art. 148 c.c. (anch'esso utilizzato in modo ampio, anche per la semplice liquidazione del contributo al mantenimento) o degli artt. 443-446 c.c. sugli alimenti, si occupava delle questioni economiche.

La legge 54 del 2006 sembra, finalmente, avere attuato quel "... processo unitario che coinvolge il momento della sorte dei figli comuni e quello della regolazione dei rapporti patrimoniali relativi al mantenimento della prole" auspicato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 166 del 1998.

L'art. 4 prevede, infatti, che: "Le disposizioni della presente legge – che ricordiamo sono sia sostanziali che processuali – si applicano anche

*in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati".*

Tralasciando le opposte interpretazioni della disposizione in esame date dai Tribunali ordinari e minorili nell'imminenza della pubblicazione della norma, si deve ricordare che la Corte di Cassazione, chiamata a dirimere il conflitto di competenza negativo sorto, tra gli altri, tra i Tribunali Ordinario e Minorile di Milano, con una ordinanza (n. 8362 del 3 aprile 2007) ha statuito: "**La contestualità delle misure relative all'esercizio della potestà e dell'affidamento del figlio da un lato, e di quelle economiche inerenti il loro mantenimento dall'altro, prefigurata dai novellati articoli 155 e ss. c.c., ha peraltro determinato – in sintonia con l'esigenza di evitare che i minori ricevano dall'ordinamento un trattamento diseguale a seconda che siano nati da genitori coniugati o meno, oltre che di escludere soluzioni interpretative che comportino un sacrificio del principio di concentrazione delle tutele, che è aspetto centrale della ragionevole durata del processo – una attrazione, in capo allo stesso giudice specializzato, della competenza a provvedere, altresì, sulla misura e sul modo con cui ciascuno dei genitori naturali deve contribuire al mantenimento del figlio".**

La Corte, in sostanza, ha sostenuto

che: l'art. 155 c.c., modificato dalla legge 54/2006, riplasma (e non abroga, come altri avevano sostenuto) l'art. 317 bis c.c.; il 317 bis c.c. è di competenza del T.M. in forza dell'art. 38 disp. att. c.c. che non è stato modificato; vi è, in ogni caso, necessità di evitare disuguaglianze processuali tra figli legittimi e naturali, anche nel rispetto del principio della "concentrazione delle tutele", che deriva dalla norma costituzionale (art. 111 Cost.) sul giusto processo ed ha a che fare anche con il criterio della "ragionevole durata del processo".

Dal 3 aprile del 2007, ovvero circa da un anno, dunque, è pacifico (!) che la competenza a decidere sulle questioni di affidamento, diritto di visita, contributo al mantenimento ed assegnazione della casa coniugale nella crisi delle coppie di fatto è del Tribunale per i Minorenni, nel caso che ci occupa, di Torino, quantomeno quando le domande siano proposte contestualmente.

Eccomi, dunque, al punto esclamativo ed interrogativo lanciato nel paragrafo precedente.

Vi è, infatti, da sottolineare che, a contrario, ovvero quando le domande non siano proposte congiuntamente, ad esempio quando le parti abbiano già in precedenza raggiunto un accordo o abbiano ottenuto un provvedimento sulle questioni relative ad affido e visite, ci si dovrebbe, invece, rivolgere, per la decisione sulle sole questioni economiche, al Tribunale Ordinario,

ma così non è o perlomeno così non è in tutti i Tribunali del distretto della Corte di Appello.

Se, infatti, i Tribunali cosiddetti minori hanno continuato tranquillamente a statuire sui ricorsi ex art. 148 c.c., in ossequio ad una marcata tendenza dei collegi dei loro Fori a risolvere, anche con qualche forzatura, in modo bonario le questioni legate ad affido e visite dei loro assistiti pur di non sobbarcarsi la fatica ed i costi di condurre la causa a Torino avanti al Tribunale per i Minorenni, non così il Tribunale Ordinario di Torino.

Con una sentenza 2/7-28/8 del 2007, ampiamente e coerentemente motivata la nostra Settima Sezione Civile sostiene al contrario che: *“Le due questioni, relative all’aspetto economico del mantenimento e all’affidamento e alla regolamentazione degli incontri con il genitore non convivente, sono strettamente intrecciate e le valutazioni da effettuare per la decisione in ordine alla previsione di un assegno a carico del genitore non convivente sono inscindibili dall’aspetto riguardante l’affidamento, la collocazione prevalente del minore e le modalità e i tempi di incontro con il genitore non convivente, secondo i criteri previsti dall’art. 155 comma 2 e comma 4 cod. civ. sopra riportati; stretto intreccio e inscindibilità di valutazione evidenziati dall’ordinanza della Corte di Cassazione. Solo una soluzione che ravvisi la competenza del Tribunale per i Minorenni per tutte le controversie relative al mantenimento dei figli minori naturali, siano esse proposte unitamente alla domanda di affidamento o siano proposte separatamente, è conforme ai principi enunciati dall’ordinanza della Suprema Corte ed in particolare ai principi costituzionali di eguaglianza e di concentrazione delle tutele”*.

Purtroppo, però, il Tribunale Minorile non regge il gioco e, con provvedimento in data 5 luglio 2007, a sua volta si è dichiarato incompetente con la seguente motivazione: *“... ritenuto che questo Tribunale non è competente a decidere in ordine al ricorso presentato, in quanto esso involge esclusivamente questioni di carattere economico non contestuali a quella sull’affidamento, a nulla rilevando*

*che quest’ultima sia stata precedentemente stabilita dal Tribunale per i Minorenni”*.

Quindi, per fare un bilancio su questo primo punto, nel nostro distretto di Corte di Appello non è ancora stata realizzata una piena parità di tutela dei figli naturali rispetto a quelli legittimi (anzi al momento i figli naturali che necessitano di sole disposizioni economiche non sanno a che giudice rivolgersi, tanto che, pare opportuno, suggerire ai collegi di presentare ricorsi al T.M. chiedendo, unitamente alla liquidazione o revisione dell’assegno di mantenimento, anche una qualche seppur minima modifica in punto affido o visite, in modo da radicare con certezza la competenza ed evitare situazioni di denegata giustizia).

Vi sono altri punti, invece, sui quali la tutela giudiziaria resta differenziata ma non necessariamente a sfavore dei figli naturali.

Occorre ricordare, infatti, che nel luglio del 2008 è entrata in vigore, a sorpresa e dopo anni di rinvii, la parte processuale della legge sull’adozione – legge 149 del 2001 –, la quale ha profondamente innovato il processo per la dichiarazione di adottabilità dei minori in stato di abbandono, rendendolo più consono all’art. 111 Cost. e modificando anche l’art. 336 c.c., con l’introduzione dell’obbligo della difesa tecnica di tutte le parti coinvolte, compreso il minore.

Tralasciando le complesse questioni sulla difesa del minore, deve, dunque, sottolinearsi che oggi i due genitori naturali che intendano regolamentare la cessazione della loro convivenza, anche se sono d’accordo, debbono presentarsi avanti al Tribunale Minorile **muniti di difensore**, a differenza dei coniugi che, per una interpretazione per nulla condivisa da chi scrive dell’art. 707, 1° comma, c.p.c., a sua volta modificato dal cosiddetto decreto competitività, possono, quantomeno a Torino – non così in tutti i Tribunali del distretto – proporre da soli il ricorso e presentarsi al Presidente senza l’assistenza del difensore, con tutti i noti soprusi nei confronti delle parti emotivamente o economicamente più deboli.

Sotto il profilo della difesa tecnica, dunque, i figli naturali sono oggi in vantaggio rispetto a quelli legittimi.

Vi è un altro punto che, recentemente, fa segnare un importante vantaggio alla tutela dei primi: si tratta della prassi e dei tempi processuali previsti al T.M. a seguito della nuova gestione delle questioni relative agli artt. 317 bis c.c. fortemente voluta dal nuovo Presidente, dott. Fulvio Villa.

Il dott. Villa, infatti, superata la precedente organizzazione tabellare che prevedeva che le cause ex artt. 317 bis e 155 c.c. venissero smistate tra i magistrati secondo un criterio di ripartizione territoriale, ha organizzato un gruppo di giudici, tra cui lui stesso, che si occuperanno di tutte le cause di cessazione della convivenza, indipendentemente dalla residenza delle parti, quantomeno fino all’emissione di un provvedimento provvisorio.

È dunque previsto che, per i ricorsi presentati successivamente al 1° marzo 2008, sia emesso un decreto che prevede: la data di fissazione dell’udienza entro 60 giorni dal deposito, il termine di notifica del ricorso e decreto al convenuto (entro giorni 30 dall’udienza), il termine di costituzione del convenuto 10 giorni liberi prima dell’udienza di comparizione (che sarà tenuta, a seconda delle problematiche dibattute dai magistrati togati o onorari), l’ordine alle parti di produrre la documentazione fiscale (e nella specie i modelli fiscali degli ultimi due anni), l’avviso che le parti possono rivolgersi alla mediazione familiare con alcuni dettagli su come funziona e gli indirizzi utili per individuare i centri di mediazione presenti sul territorio, l’avviso alle parti che debbono farsi assistere da un difensore con l’indicazione dei requisiti per il patrocinio a carico dello Stato. Nel decreto viene anche concesso un termine successivo all’udienza di comparizione di giorni 10 per le memorie conclusive e di giorni 5 per le repliche e viene indicata la data in cui la questione verrà discussa in Camera di Consiglio.

Non c’è dubbio, dunque, che, tenuto conto dei tempi di attesa di quattro/cinque mesi, per ottenere un’udienza di separazione, quantomeno avanti al Tribunale di Torino, la prassi instaurata vede la tutela dei figli naturali primeggiare nettamente su quella dei figli legittimi.



# COHOUSING - CONDOMINIO SOLIDALE - COMUNITÀ DI FAMIGLIE ED ALTRO ANCORA

A fronte delle profonde trasformazioni che, nel mondo occidentale in particolare, ha conosciuto e conosce la vita familiare, se si assume quale modello tradizionale quello nobiliare e borghese cittadino da un lato e quello contadino di fine '800 inizi '900 dall'altro, si assiste allo sviluppo di nuove forme di vita comune e comunitaria.

Volendo semplificare, e di molto, ciò può essere ricondotto tanto alla volontà di ottimizzare la propria qualità di vita quanto a quella di offrire nuove risposte ai desideri ed ai bisogni di condivisione e solidarietà.

Non si tratta ovviamente di fenomeni completamente nuovi, la storia è caratterizzata da vicende di vita comunitaria, ma vi sono degli aspetti per certi versi di novità ovvero di ritorno all'antico secondo nuovi paradigmi.

Ciò posto vediamo due di queste forme, senza la pretesa ovviamente di esaurire un argomento vastissimo, e cominciamo dal **cohousing**.

Il termine sta ad indicare unità abitative composte da più abitazioni private con spazi destinati all'uso comune ed alla condivisione.

Tra i servizi comuni in particolare vi possono essere cucine, lavanderie, spazi per gli ospiti e per il tempo libero, ludoteche, biblioteche, strutture sportive.

Nato in Danimarca verso la fine degli Anni '60 si è via via diffuso nel Nord America ed in Europa.

Con il passare del tempo questa forma di comunità di vicinato va raffinandosi, in linea con il tempo che

viviamo e con i temi che si fanno più urgenti del c.d. sviluppo sostenibile.

Così da un lato si presta sempre più attenzione agli aspetti ecologici (quanto al riscaldamento, all'uso delle cose, agli acquisti anche dei beni di primo consumo), dall'altro si possono prevedere servizi "condominiali" comuni: ad esempio di baby sitting ovvero di assistenza alle persone, per condizioni di salute o per età, più bisognose di accudimento.

Quanto al **condominio solidale** anche in questo caso, come le parole stesse attestano, siamo in presenza di un modello di comunità di vicinato.

Che però vede le famiglie che scelgono di andare a vivere nello stesso stabile fare fin da subito una scelta di condivisione più profonda anche di vita.

Si va oltre gli spazi fisici e le attività condivise solo dai membri della coabitazione; si guarda all'esterno, in particolare nella direzione di coloro i quali/le quali, a cagione delle proprie condizioni personali si trovano più in difficoltà.

Gli spazi comuni sono così deputati all'incontro anche con queste persone, e per loro possono essere tenuti a disposizione anche uno o più appartamenti per soggiorni temporanei.

È quanto ad esempio accade a Torino dal 2005 nell'esperienza di condominio solidale di Corso Farini di cui fanno parte 7 famiglie.

L'esperienza nasce nel solco di un'associazione - ACF ovvero Associazione Comunità e Famiglia - nata in Italia oltre 30 anni fa e che si propone un modello di condivisione

anche materiale (nel senso che coloro che partecipano al progetto condividono i loro guadagni traendo poi dalla massa comune quanto ogni nucleo familiare ritiene gli abbisogni) e destinando ciò che eventualmente resta volta a volta all'Associazione così da consentire a questa l'investimento in altri progetti comunitari.

La finalità è quella di superare la difficoltà del nostro tempo caratterizzata dalla frammentazione sociale instaurando relazioni di tipo "familiare" tra i membri del progetto e nelle forme di famiglia allargata (ad esempio attraverso affidi familiari ovvero, come si diceva, con l'accoglienza di terzi in difficoltà).

A tal fine nell'immobile ci sono altresì due appartamenti disponibili per accoglienze di lungo e medio periodo.

La circostanza che l'immobile in questione sia di proprietà del Comune di Torino, al quale viene perciò corrisposto l'affitto, rende questo esempio al contempo rappresentativo di un nuovo percorso svolto negli ultimi anni dal nostro Comune (e da molte altre amministrazioni locali) in tema di politiche abitative.

Si cerca attraverso questa, ed altre forme, di dare una risposta a situazioni in cui l'emergenza abitativa è solo uno degli aspetti del disagio, come tale non risolvibile con la sola via dell'edilizia residenziale pubblica.

Sempre a Torino il Comune ha così fatto nascere nel 2000 il servizio "Locare": si aiutano le famiglie in difficoltà a trovare un contratto d'affitto stimolando l'offerta con il riconoscimento ai proprietari di alloggi di

benefici economici e fiscali e con la previsione di un fondo di garanzia per le eventuali morosità.

In tempi più recenti poi, il Comune ha dato in locazione all'Associazione Acmos del Gruppo Abele degli appartamenti in un immobile del centro storico ove vivono più famiglie in rapporto con i servizi sociali.

Viene corrisposto un canone d'af-

fitto basso ma in cambio si "lavora" per vicini: doposcuola, spesa agli anziani, contatti con i servizi.

Iniziative per certi versi analoghe o quantomeno simili sono state assunte altresì da soggetti privati.

In particolare la Compagnia di San Paolo ha destinato a progetti di housing sociale 4 milioni di euro nell'arco di tre anni.

Un primo intervento è stato quello di ospitare in un immobile con affitti parametrati al reddito 40 famiglie in condizioni di difficoltà.

Un altro progetto di cui la Compagnia è promotrice è quello finalizzato ad offrire appartamenti in locazione a giovani (età 18-35 anni) disponibili a coabitare.

**Davide Mosso**





## LA DIFFICILE ATTESA DI UN FIGLIO ADOTTIVO

Nell'affrontare il tema della adozione, mettendosi dalla parte della coppia che aspira ad intraprendere una scelta di genitorialità adottiva, è inevitabile per un giudice che tratta questa materia fermarsi e riflettere sulle difficoltà e sulla sofferenza che caratterizzano il lungo iter finalizzato ad un abbinamento o comunque ad una auspicata pronuncia di idoneità dei coniugi alla adozione: esami medici, lunghe indagini sociali e psicologiche, corsi regionali, esame da parte del giudice.

Bisogna veramente volerlo molto intensamente questo figlio adottivo se la coppia (per lo più si tratta di coniugi che non riescono a procreare), spesso reduce da altrettanto estenuanti, invasive e prolungate indagini mediche finalizzate al concepimento di un figlio biologico, ha la capacità di non smettere di sperare e di continuare a coltivare il (legittimo) desiderio di avere comunque un figlio, anche se procreato da diversi soggetti. Salvo poi alla fine, dopo avere superato innumerevoli prove e difficoltà, correre il rischio di trovarsi come in un vicolo cieco, con il silenzio di una non chiamata da parte dell'Ufficio Adozioni, ovvero con un altrettanto difficile e lungo percorso di abbinamento con un bambino straniero, ovvero ancora infine con un decreto che motivatamente respinge l'istanza assumendo che nella coppia mancano i requisiti ritenuti necessari per poter intraprendere un percorso di genitorialità adottiva nei confronti di un bambino straniero.

Un primo punto deve subito essere chiarito allo scopo di ridimensionare determinate immaginabili aspettative: i dati di realtà ci dicono che le domande di adozione sono molte ed i bambini italiani dichiarati adottabili sono molto pochi.

Basta pensare che nell'anno 2007, a fronte di 884 domande di adozione nazionale (cioè finalizzata ad adottare un bambino italiano in stato di abbandono), in Piemonte ed in Valle d'Aosta sono stati 26 i neonati non riconosciuti alla nascita (figli di genitori ignoti) e 47 i bambini, figli di genitori noti, dichiarati adottabili. Di questi 47 bambini una buona parte non è in tenera età (molti superiori ai sei anni di età) ed è portatrice di problematiche personali non facili da gestire: maltrattamenti, abusi sessuali, deprivazioni, disturbi psicologici gravi. Inoltre alcuni di questi bambini (per fortuna pochi) sono portatori di handicap gravi dalla nascita e su di loro non esistono disponibilità per cui è difficilissimo trovare una famiglia (adatta) che sia disponibile alla loro adozione.

È quindi evidente che l'abbinamento con un bambino italiano in stato di abbandono ha alte probabilità di non realizzarsi, entro il termine di legge scaduto il quale la domanda decade.

Ed esaminiamo ora lo spinoso problema dei giudizi di idoneità alla adozione, giudizi contenuti nei provvedimenti del Tribunale per i minorenni e della Corte d'Appello.

Può avvenire, infatti, che l'iter procedurale si concluda con un decreto che respinge l'istanza di idoneità all'adozione di un minore straniero. Decreto che ha un significato evidente anche in relazione alla domanda di adozione di un bambino italiano, normalmente presentata cumulativamente.

Ciò che gli interessati dovrebbero comprendere è che non esiste un diritto ad avere un figlio adottivo (un figlio a tutti i costi) ma che invece esiste il diritto del minore, in stato di abbandono, ad avere comunque una famiglia,

che lo accolga con amore incondizionato e lo aiuti a crescere ed a superare le difficoltà di cui è portatore (quanto meno esiste lo stato di abbandono) e che sia la migliore possibile per "quel" bambino.

E dovrebbero altresì capire che le caratteristiche che la famiglia adottiva deve avere costituiscono un *quid pluris* rispetto alle generiche capacità genitoriali.

Con l'adozione si incontra e si accetta come proprio figlio un bambino abbandonato, che è portatore di una propria storia, connotata da legami, speranze, investimenti affettivi e anche da delusioni, spesso maltrattamenti, impossibilità di un sano attaccamento ad una figura genitoriale, talvolta da un esplicito abbandono. È un soggetto estraneo, che è portatore di una diversa appartenenza familiare (anche soltanto sul piano simbolico), spesso di esperienze di vita diversissime rispetto a quelle che hanno caratterizzato la vita degli aspiranti genitori adottivi. È un bambino che prima o poi potrà far nascere nel genitore adottivo confronti con il figlio idealizzato, anche involontariamente.

Chi si propone come genitore adottivo deve quindi avere determinate caratteristiche di personalità: apertura all'incontro ed all'accoglienza verso il prossimo, capacità di confronto adeguato con le novità e con gli imprevisti, flessibilità, apertura mentale, capacità di adattarsi a non avere sotto controllo la situazione; sotto l'aspetto emozionale profondo dovrà essere in grado di accettare la diversità, le diverse radici biologiche, simboliche ed esperienziali. Dovrà avere le capacità per far sentire il bambino appartenente alla nuova famiglia senza però mai dover negare il passato e le sue origini.

Spesso ciò non è facile.

L'adulto che si propone per l'adozione dovrà avere risolto i nodi fondamentali del proprio equilibrio personale ed avere instaurato col coniuge un rapporto di coppia armonico, che comprenda senza riserve la piena condivisione del progetto adottivo. La delusione provocata dalla impossibilità di procreare dovrà essere adeguatamente elaborata, senza pericolosi strascichi (il rischio è costituito dal fatto che l'adozione costituisca l'ultima possibilità per poter avere, nonostante tutto, un figlio, senza capire che il figlio adottivo non potrà mai prendere il posto del figlio sognato e mai nato).

L'adozione risponde alla realizzazione di un desiderio di genitorialità in senso lato: ciò è comprensibile e naturale e preoccupante sarebbe il contrario; significa però anche assumersi responsabilità durature verso un bambino reale che, prima di dare al genitore soddisfazioni, sarà molto richiedente, lo metterà alla prova, esprimerà esigenze evolutive che molto dipenderanno dai suoi precedenti vissuti e dalle sue condizioni sanitarie e psicologiche. Per poter aiutare il bambino ad evolvere il genitore adottivo dovrà necessariamente possedere determinate caratteristiche di personalità: attitudine al confronto con l'infanzia, capacità di empatia, di vedere oltre le apparenze, di cogliere i bisogni inespressi o negati, le sfumature, il non detto. Dovrà essere capace di tollerare le frustrazioni, di essere elastico, di avere la capacità di riagganciare la relazione, di reinventarla, di riflettere sulle più adeguate strategie educative; e nel contempo dovrà costantemente saper offrire con continuità, affetto e amore, emozioni, accoglienza incondizionata e accudimento adeguato.

Il bambino adottabile è un bambino che ha subito il trauma dell'abbandono, che non è stato accettato da chi lo ha generato, o che è stato gravemente trascurato (o anche maltrattato, abusato psicologicamente o sessualmente). Gli effetti di queste esperienze a volte sono devastanti, tali da incidere sul futuro equilibrio psicologico del soggetto, sia che vi sia stato un abbandono repentino e definitivo (evento traumatico anche per il neonato, privato delle prime necessarie cure materne), sia che tale abbandono sia stato preceduto da un doloroso, lungo e devastante alternarsi di speranze e di delusioni. Spesso l'am-

biente relazionale in cui è vissuto è anormale e patologico, ambiguo e precocemente adultizzante, violento e sessualmente anormale. Il genitore adottivo deve essere in grado di accogliere il dolore del bambino, specialmente quando questo dolore non riesce ad "uscire", ad essere espulso verso l'esterno (condizione necessaria per avviare una elaborazione mentale dei pregressi vissuti devastanti); deve saper tollerare il dolore mentale del ricorso e della rievocazione del passato senza cadere nella (naturale ma errata) tentazione di volerlo cancellare. Deve saper condividere con il figlio tale dolore per permettergli di dare un senso al passato; deve saper confrontarsi con il dolore, quello vero e più autentico che si può cogliere nello sguardo smarrito del bambino sofferente. Deve sapersi confrontare con realtà per lui sconvolgenti, lontanissime dal suo stile di vita e dai suoi valori, e saper far nascere nel bambino la speranza nell'adulto e nella vita.

Un giudice onorario dell'Ufficio Adozioni del Tribunale per i Minorenni di Torino recentemente ha scritto:

*"Adottare un bambino non può voler dire sperare che il bambino possa dimenticare, e quindi tanto meno favorire la crescita di un adattamento sociale del tutto apparente, ma accettare profondamente di potersi occupare di un bambino spesso gravemente danneggiato, in un processo educativo che si connota anche di valenze riparative molto specifiche".*

Nel caso di adozione di un minore straniero alle problematiche sopra evidenziate va aggiunta la capacità di aiutare il bambino ad adattarsi ad una cultura, ad una lingua e ad abitudini diverse dalle sue (sempre più spesso, ormai, il bambino che arriva da lontano non è in tenera età); ed inoltre non va sottovalutato il fatto che talvolta le pregresse esperienze e problematiche del minore non sono state sufficientemente evidenziate al momento dell'abbinamento. Non ultima per importanza è la differenza somatica a volte molto visibile che richiede piena accettazione intima della diversità e capacità ulteriore di aiutare il bambino ad inserirsi nel nuovo contesto sociale.

Tutto quanto esposto permette di comprendere quanto difficile sia la

valutazione preventiva della idoneità degli aspiranti genitori adottivi.

Man mano che il giudice si cala nella concreta realtà del diritto minorile ha occasione, purtroppo, di confrontarsi con abbinamenti che nella realtà dei fatti si rivelano problematici e difficili. Quando poi deve gestire una restituzione (fatto eccezionale, per fortuna), quale conseguenza di una adozione fallita, il giudice comprende che la precedente valutazione della coppia adottiva era stata sbagliata e che determinati aspetti erano stati evidentemente sottovalutati.

Il denominatore comune di queste situazioni è costituito dal sempre maggiore dolore del bambino.

La conseguenza, vista l'irreversibilità del danno subito dal bambino (che al precedente abbandono deve sommare il trauma del secondo rifiuto), è che saranno aumentate le cautele nel giudizio e che nel dubbio, si preferirà prendere tempo, svolgere ancora approfondimenti ed infine eventualmente invitare la coppia a riflettere ulteriormente sul proprio progetto.

Devo ammettere che spesso un giudizio negativo, un "no", ha effetti "terapeutici" sulla coppia nel senso che la spinge a proseguire nel cammino dell'approfondimento della propria motivazione (anche con colloqui psicologici o frequentando comunità per minori).

L'esperienza mi ha anche permesso di riconoscere spesso il ruolo positivo del difensore, professionista esperto del diritto minorile che riesce ad indirizzare la coppia verso soluzioni utili ed a sostenerla in un momento personalmente difficile. Sono il primo a dover ammettere che coppie, inizialmente ritenute inadatte alla adozione, a seguito di ulteriori percorsi personali, sono state in grado di evolvere e di pervenire ad una genitorialità adottiva con ottimi risultati.

In questi casi la mentalizzazione del bambino ideale è stata sostituita dal confronto con il bambino reale, totalmente accettato con tutto il suo bagaglio di sofferenze ed amato per quello che è e non per quello che avrebbe potuto essere.

**Fulvio Villa**

*già consigliere presso la Sezione Minori della Corte d'Appello di Torino, oggi Presidente del Tribunale per i Minorenni del Piemonte e della Valle d'Aosta*



## L'ATTUALITÀ DEL DELITTO DI MALTRATTAMENTI IN FAMIGLIA

La disamina degli elementi costitutivi del reato di “*maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*”, previsto e punito dall’art. 572 del codice penale, così com’è andato delineandosi nell’evoluzione giurisprudenziale, dà luogo ad alcune riflessioni su temi di stretta attualità.

È noto che la condotta tipizzata dal legislatore espressamente individua quali soggetti passivi da un lato i

minori degli anni quattordici, dall’altro coloro che hanno con l’autore del reato relazioni di “*famiglia*” ovvero sono “*sottoposti alla sua autorità*”, o a lui affidati per ragioni di “*educazione, istruzione, cura, vigilanza, custodia, o per l’esercizio di una professione o di un’arte*”, e può pertanto essere definita “*propria*” non potendosi prescindere dall’esistenza di un preciso rapporto tra i due soggetti in forza del

quale l’uno è titolare di un obbligo di assistenza nei riguardi dell’altro.

Proprio la tutela offerta dalla norma a diverse categorie di persone, ben più ampia di quella che la sua collocazione sistematica fra i delitti contro la famiglia lascerebbe presupporre, ne ha consentito la contestazione, in assenza di diversa e più specifica previsione legislativa, nelle ipotesi di c.d. “*mobbing*”.



Ma è sul versante che qui interessa, cioè l'ambito familiare, che l'articolo in esame si è rivelato un ottimo banco di prova in ordine all'estensione del suo ambito applicativo: non da oggi ma da oltre cinquant'anni la giurisprudenza considera "famiglia" non soltanto quel consorzio di persone avvinte da vincoli di parentela naturale o civile ma anche quell'insieme di persone tra le quali "per strette relazioni o consuetudini di vita, siano sorti rapporti di assistenza e solidarietà senza la necessità della convivenza e della coabitazione".

Ciò che conta, nella previsione del legislatore, è il riconoscimento dell'esistenza di un preciso dovere di solidarietà, esteso ad ogni "persona della famiglia", anche quando il grado di parentela non sia prossimo, o comunque nel caso dell'affidamento.

Si è pertanto ritenuto sussistente il reato ove realizzato al di fuori della famiglia legittima in presenza di un rapporto stabile di convivenza (nella specie esisteva un matrimonio contratto all'estero e non dichiarato efficace in Italia), ed anche laddove la convivenza non abbia avuto una certa durata "purché istituita in una prospettiva di stabilità", se realizzato nei confronti del convivente more uxorio, con il quale si è creato "uno stabile rapporto di comunità familiare, sia pure naturale e di fatto, con legami di reciproca assistenza e protezione", ovvero dell'ex coniuge o ex convivente in caso di separazione legale o di fatto e di conseguente cessazione della convivenza "restando integri anche in tal caso i doveri di rispetto reciproco, di assistenza morale e materiale e di solidarietà".

Può dunque affermarsi che l'oggetto giuridico del reato in questione sia allo stesso tempo pubblicistico e privatistico essendo costituito non soltanto dall'interesse dello Stato alla salvaguardia della famiglia, intesa nel descritto senso lato, da comportamenti vessatori e violenti, ma soprattutto dalla "difesa dell'incolumità fisica e psichica delle persone indicate nella norma, interessate al rispetto della loro personalità nello svolgimento di un rapporto fondato su vincoli familiari"<sup>1</sup>.

I comportamenti integranti maltrattamento, cioè aventi effetti offensivi

in quanto idonei a far soffrire, non sono in concreto precisati dal legislatore, ed infatti la fattispecie rientra tra quelle cosiddette "a forma libera".

La casistica degli atti malevoli si presenta nell'esperienza numerosa e variegata; in generale, può dirsi che il Supremo Collegio li ha individuati in tutti quegli "atti di vessazione continui e tali da cagionare sofferenze, privazioni, umiliazioni, le quali costituiscono fonte di un disagio continuo ed incompatibile con normali condizioni di vita"<sup>2</sup>.

A mero titolo esemplificativo si possono ricordare, tra le altre, la condotta di chi avendo un minore in affidamento "consente che viva in stato di abbandono per strada, per vendere piccoli oggetti e chiedere l'elemosina, appropriandosi poi del ricavato e disinteressandosi del suo stato di malnutrizione e delle situazioni di pericolo fisico e morale cui egli si trovi esposto"<sup>3</sup> (così ravvisandosi il delitto di maltrattamenti anziché l'assai più lieve contravvenzione dell'impiego di minori nell'accattonaggio), quella di chi "abbia tenuto ripetutamente nei confronti della figlia minore atteggiamenti diretti e idonei a stimolare in lei un'impropria e precoce inclinazione erotico-sessuale, con palese turbamento della sua equilibrata evoluzione psichica"<sup>4</sup>, di chi abbia abitualmente richiesto "atti sessuali contro natura alla convivente di cui si conosca l'indisponibilità e benché la donna resista ed esiga rispetto perché la ripetizione insistente della richiesta le cagiona sofferenze per il disprezzo che l'uomo mostra delle sue condizioni".

È evidente che il giudizio sulla portata offensiva di taluni comportamenti, specie quando gli stessi non siano oggettivamente prevaricatori ma incidano sull'onore, la reputazione e la dignità personale, dovrà comportare valutazioni approfondite sulla personalità della vittima, la quale, per età, sesso, livello socio-culturale, o sensibilità individuale, potrà avere differente percezione dell'abituale impiego nei suoi confronti di taluni comportamenti.

Al contrario, e rispetto all'autore del reato, non potrà essere esclusa la sussistenza del richiesto dolo generico di maltrattamento "per il solo fatto

che l'agente, straniero di religione mussulmana, ritenga la propria condotta conforme alla sua diversa concezione della convivenza familiare e delle potestà a lui spettanti quale capo famiglia, ponendosi tale concezione in contrasto ... con i diritti inviolabili della persona sanciti dalla Costituzione"<sup>5</sup>.

Si è discusso infine se potesse cagionarsi maltrattamento per omissione e la conclusione è stata affermativa poiché, ad esempio, anche "un costante disinteresse e rifiuto, a fronte di un evidente stato di disagio psicologico e morale del minore, può generare o aggravare una condizione di abituale e persistente sofferenza che il minore non ha alcuna possibilità né materiale né morale di risolvere".

Proprio con riferimento ai minori ed ai comportamenti violenti tenuti nei loro confronti per asseriti scopi educativi (c.d. eccesso disciplinare), si era, soprattutto in tempi passati, vista sostenere la configurabilità del solo delitto di "abuso dei mezzi correzione", previsto dall'art. 571 c.p.

La Suprema Corte ha ora chiarito che possono considerarsi mezzi di correzione soltanto quelli che per la loro natura sono a ciò destinati, che comportano al più l'utilizzo di una vis modicissima, e risultano "necessari per rafforzare la proibizione, non arbitraria né ingiusta, di comportamenti pericolosi o dannosi rispecchianti sottovalutazione del pericolo ovvero disobbedienza gratuita", mentre l'adozione di mezzi ulteriori, seppure a scopo educativo, integra la fattispecie di cui all'art. 572 c.p.

Ne è derivato che tale più grave fattispecie venga più frequentemente contestata rispetto a quella di cui all'art. 571 c.p., rispetto alla quale si pone in esplicito rapporto di sussidiarietà (art. 572 c.p.: "Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, ...").

È comunque pacificamente riconosciuto che non sono sufficienti a configurare il reato di maltrattamenti episodi sporadici e del tutto occasionali dovendo, al contrario, la condotta vessatoria avere carattere di ripetitività ed abitualità, sia pure con parentesi di normalità, tali da integrare un vero e proprio "sistema di vita di relazione dolorosa ed avvilita".

Il reato è procedibile d'ufficio mentre sono, come noto, procedibili a querela i fatti di ingiuria, minaccia, percossa e lesione: poiché spesso è difficile la dimostrazione del carattere continuativo e seriale che unisce i singoli episodi di maltrattamento, è possibile sostenere per ciascuno una diversa qualificazione giuridica ed il conseguente difetto di procedibilità per mancanza di querela.

Per la persona offesa denunciante è pertanto sempre consigliabile la presentazione di un atto di querela tempestivo quantomeno rispetto agli ultimi episodi vessatori subiti.

La sanzione prevista per il delitto di maltrattamenti, e cioè la reclusione da uno a cinque anni, consente l'adozione nei confronti dell'autore del reato di misure cautelari tra cui quella

coercitiva, di recente introduzione (ex lege n. 154 del 4/4/01), prevista dall'art. 282 bis c.p.p. e consistente nell'allontanamento dalla casa familiare, misura che appare più proporzionata, rispetto a quella tipicamente afflittiva della custodia in carcere, alla condotta in esame e comunque dotata di concreta efficacia.

Il termine massimo di prescrizione per il reato di maltrattamenti, in assenza di situazioni di recidiva aggravata o reiterata, è ora (art. 6 legge n. 251 del 5/12/05, che ha modificato l'art. 157 del codice penale) di sette anni e mezzo, a prescindere dalla concessione delle circostanze attenuanti generiche.

Meritano, da ultimo, un accenno le ipotesi aggravate previste dal comma 2 dell'art. 572 c.p. nei casi in cui dal

fatto derivi una lesione personale grave (di competenza del Giudice Monocratico così come l'ipotesi del primo comma), gravissima (di competenza del Tribunale Collegiale) ovvero la morte (di competenza della Corte di Assise).

Si tratta di eventi che vengono posti a carico dell'agente, con ovvio inculdelimento della sanzione, per il solo rapporto di causalità materiale, in quanto derivati, come conseguenze non volute, da atti dolosi costituenti maltrattamenti.

Laddove invece le lesioni o la morte siano sorrette da autonoma determinazione volitiva, cioè cagionate intenzionalmente, esse configureranno autonomo reato in concorso materiale con quello di maltrattamenti.

**Valentina Zancan**

#### Note

<sup>1</sup> Cass. pen., sez. VI, 27-5-2003, n. 37019, in *Riv. pen.*, 2004, pag. 1137.

<sup>2</sup> Cass. pen., sez. IV, 4-12-2003, n. 7192, in *Riv. pen.*, 2005, pag. 500.

<sup>3</sup> Cass. pen., sez. VI, 9-11-2006, n. 3419, in *Cass. pen.*, 2007, pag. 4593.

<sup>4</sup> Cass. pen., sez. VI, 13-7-2007, n. 38962.

<sup>5</sup> Cass. pen., sez. IV, 8-11-2002, in *Riv. pen.*, 2003, pag. 220.





# LA DEONTOLOGIA DELL'AVVOCATO FAMILIARISTA

## Intervento al Convegno di deontologia 8/2/2008 Ordine Avvocati Tortona

Credo che un approfondimento particolare meriti, nell'ambito di una riflessione sulla deontologia professionale, la figura dell'avvocato familiarista.

Come tutti gli avvocati – con il giuramento pronunciato all'ingresso nella professione dobbiamo “adempiere i doveri professionali per i fini della giustizia” e armonizzare questo dovere con quelli che ci fanno capo nei confronti della parte assistita (colei che è stata ed è la nostra Maestra Paola De Benedetti ha ben parlato di “doppia lealtà”). E molto spesso, con riferimento ai casi da noi trattati, è difficile comprendere quali siano questi “fini della giustizia”, dal momento che la legge nella nostra materia propone concetti necessariamente “in bianco”, da riempire di contenuto, quali ad esempio “*interesse morale e materiale della prole*”, “*interesse del minore*”, “*assistenza morale e materiale*”, “*rapporti significativi con il minore*” ed altri ancora.

I minori coinvolti nelle procedure non sono quasi mai rappresentati e quindi le conseguenze dei provvedimenti che il Giudice assumerà ricadranno su di loro senza che una loro voce sia presente in causa. Sappiamo infatti che la L. 149/2001, di recente entrata in vigore, prevede sì l'assistenza tecnica del minore (l'“avvocato del minore”), ma solamente nelle procedure di limitazione e decadenza della potestà ed in quelle per la dichiarazione di adottabilità. Nessuna previsione – per il momento – di difesa del minore in relazione alle procedure per separazione o divorzio ovvero a quelle di cui all'art. 317 bis c.c.

Non possiamo quindi non tenere in

debito conto il fatto che le difese da noi proposte – concorrendo a determinare la decisione del Giudice – avranno ricadute anche sugli eventuali minori.

Quali, allora, i particolari canoni deontologici che dovranno guidare il nostro operato?

Partiamo, naturalmente, dalle norme del nostro Codice Deontologico.

L'art. 12 è dedicato al dovere di competenza = “*l'avvocato non deve accettare incarichi che sappia di non poter svolgere con adeguata competenza ... l'accettazione di un determinato incarico professionale fa presumere la competenza a svolgere quell'incarico*”.

Anche il codice deontologico europeo prescrive: “*l'avvocato non accetta un incarico se egli sa o dovrebbe sapere che ... non ha la competenza necessaria per occuparsene*”.

Che cosa esattamente impone questa prescrizione all'avvocato che si occupa di famiglia e di minori?

Io credo certamente qualche cosa di più che la mera conoscenza delle norme che disciplinano le varie fattispecie che si troverà ad affrontare.

Sono possibili in questa materia due diversi tipi di approccio: l'uno meramente giuridico e l'altro, per così dire, giuridico-interdisciplinare.

Nel primo caso l'avvocato appronterà i mezzi legali per tutelare gli interessi del suo cliente, agendo in un certo senso acriticamente: metterà la sua competenza giuridica al servizio delle pretese che gli vengono prospettate dall'assistito, assumendo per veridica la rappresentazione della situazione complessiva e dell'eventuale conflitto che lo stesso gli propone, e lo inviterà a ridimensionare le sue pretese solo nel caso in cui non le ritenga tecnicamente sostenibili in giudizio. È, questo, certamente un approccio “facile”: totalmen-

te – o quasi – adesivo alle richieste del cliente (e quindi vissuto dallo stesso come molto confortante e solidale) e nello stesso tempo snello sotto il profilo della scelta delle azioni legali da intraprendere, delle quali è sufficiente verificare la proponibilità “giuridica”.

Ma non va dimenticato che se l'avvocato è tenuto ad un dovere di fedeltà nei confronti del proprio assistito (art. 7 Codice Deontologico Forense), è altresì obbligato ad un “dovere di indipendenza” (art. 10) ed all’“autonomia del rapporto” professionale (art. 36). Indipendenza ed autonomia che debbono sussistere anche nei confronti del cliente, come chiarito dalla nostra giurisprudenza disciplinare. E tanto più, io ritengo, in una materia come la nostra, con riferimento alla quale i “fini della giustizia” non possono non riguardare anche la tutela dei minori coinvolti.

Non mi pare sia in definitiva condizionale e deontologicamente accettabile un approccio acriticamente adesivo alle richieste del cliente nelle cause in materia di persone e famiglia.

Quello che ho prima definito approccio giuridico-interdisciplinare comporta invece che l'avvocato, escludendo un atteggiamento di aprioristica contrapposizione con l'altra parte, si ponga in una prospettiva di interazione cognitiva con l'intero contesto, e cioè non solo con la posizione del suo cliente, o la rappresentazione della situazione fornitagliene dallo stesso, ma con tutto il quadro familiare.

Ciò significa che in primo luogo sarà necessario approfondire quanto più possibile la situazione complessiva, in tal senso sollecitando l'assistito – il quale in genere al primo contatto con noi porta un vissuto di grande turbamento – ridiscutendola e rivalutandola insieme, soprattutto quando nel conflitto siano coinvolti dei minori.

Dovremo poi far presente al cliente che un'ottica di mediazione (intendendo il termine in senso lato) spesso consente di accedere a soluzioni della crisi più efficacemente tutelanti gli interessi dei minori, tanto direttamente che indirettamente (sappiamo infatti che un genitore scontento o "perdente" spesso interagirà negativamente coi figli).

Sarà necessario altresì, con correttezza e competenza, dare al cliente informazioni circa quali concreti risultati potrebbe presumibilmente ottenere rivolgendosi al giudice. Ciò significa che, caso per caso, potrà prospettarsi la necessità di invitarlo a ridimensionare le sue pretese, ovvero – se invece si tratta, ad esempio, di un coniuge psicologicamente "schiacciato" dall'altro – di rimarcargli i suoi diritti, non alimentando la conflittualità, ma tuttavia esponendoglieli con chiarezza, a maggior ragione se la loro tutela avrà ricadute su quelli dei figli minori.

È doveroso anche prospettare all'assistito, con la massima esaustività possibile, modalità e tempi delle azioni giudiziarie, così che egli possa valutarne la "tollerabilità" anche sotto il profilo psicologico. Occorre, in questo, molta cautela: l'avvocato familiarista (e ancora una volta mi richiamo all'insegnamento di Paola De Benedetti) può molto spesso trovarsi di fronte un cliente che vuole "vincere" tutto e non comprende che la causa non gli porterà ragionevolmente questo risultato (e se glielo portasse non sarebbe davvero una vittoria, il più delle volte). Altre volte, al contrario, capita che il cliente sia così "stremato" da anni di veri e propri soprusi patiti ad opera dell'altro coniuge, che debba essere per così dire "rafforzato" nella sua richiesta – sempre privilegiando ove possibile una soluzione concordata – perché sarebbe portato ad accettare condizioni vessatorie proposte dall'altra parte, spesso pregiudicanti la serenità dei figli o le loro esigenze anche materiali di crescita.

Se per attuare questo tipo di approccio è necessario – a mio avviso – avere conoscenza di psicologia, occorre essere ben attenti a non incorrere nell'errore di esercitare competenze di altre figure professionali, principalmente proprio quella dello psicologo: i saperi propri di altre professionalità acquisiti

dall'avvocato debbono costituire strumenti di miglior comprensione da utilizzare nell'ambito ben delimitato delle proprie competenze professionali.

Questi saperi saranno determinanti, peraltro, per valutare la necessità di richiedere l'intervento di un'altra figura professionale, quale quella dello psicologo o del mediatore.

Un esempio: l'avvocato che ha studiato i meccanismi della dissimulazione credo si possa spingere a porre in dubbio le "verità" che il cliente gli prospetta ed a compiere una propria valutazione del suo racconto alla luce dei suoi comportamenti, che spesso chiariscono ben più delle verbalizzazioni. Tutto ciò nell'ottica di una più compiuta comprensione del conflitto al fine di valutarne la possibilità di risoluzione, nell'interesse del cliente stesso e degli eventuali minori coinvolti. Questo approccio a mio avviso porterà frutti sia di trovare una soluzione concordata che nella prospettiva di rivolgersi al giudice. Sappiamo infatti che le decisioni del magistrato, quando le parti arrivano in Tribunale in un clima di conflitto ancora molto acceso, spesso non contentano nessuno e fanno crescere il disagio emotivo delle parti adulte e, conseguentemente, dei minori.

Ma quando l'avvocato constata che il suo intervento, pur arricchito dagli strumenti di cui si è dotato, non è sufficiente e che non è riuscito, ad esempio, a far superare atteggiamenti strumentalizzanti dei figli o persecutori nei confronti dell'altro coniuge, (ovvero a "rinforzare" il coniuge che subisce questi atteggiamenti), a mio parere ha il dovere di affiancare a sé una figura professionale competente (naturalmente si porrà la necessità del consenso del cliente e sappiamo che a volte il cliente si perderà perché non accetterà questa impostazione...).

Posso ora ritornare al mio punto di partenza: al dovere di competenza prescritto dal codice deontologico forense e dal codice deontologico europeo, per completare la citazione degli articoli che ho prima ricordato.

Entrambi i codici prescrivono che l'avvocato debba "*per il caso di controversie di particolare impegno e complessità, valutare l'opportunità della integrazione della difesa con un altro collega*" (art. 12 Cod. Deont.). Codice europeo: "*l'avvocato non accetta un incarico se egli sa o dovrebbe sapere*

*che ... non ha la competenza necessaria per occuparsene, a meno di collaborare con un altro avvocato che abbia tale competenza*".

Io credo che queste norme deontologiche potrebbero, in una rielaborazione giurisprudenziale e, auspico, anche normativa, del nostro codice, ritenersi applicabili altresì al caso in cui l'avvocato familiarista, per tutelare al meglio il cliente ed espletare con piena competenza il suo mandato, necessiti di ricorrere ai saperi di un'altra figura professionale.

Credo, in definitiva, che in alcune occasioni si venga a creare la doverosa opportunità da parte nostra di richiedere ad un altro professionista, lo psicologo il più delle volte, un intervento per una più efficace valutazione della situazione, nell'ottica del perseguimento di quegli scopi di cui già ho detto di attenuazione delle conflittualità e di mediazione tra le richieste del cliente ed i suoi effettivi interessi, tenuto conto altresì di quelli dei minori coinvolti.

Quindi, un dovere di competenza che in certe situazioni per l'avvocato familiarista potrebbe far sorgere – ma, sia chiaro, questa è la mia personale opinione – il dovere anche deontologico di ricorrere ad un'altra professionalità.

Richiesto l'intervento, occorrerà verificare se lo stesso, effettuato in fase pre-processuale, determini l'incompatibilità con un futuro ruolo di ctp (per lo psicologo potrà consultarsi l'art. 16 delle linee guida deontologiche per lo psicologo forense).

Mi pare che non dovrebbe ravvisarsi incompatibilità se l'intervento si è limitato ad una fase di "ascolto" sia pur con fini valutativi e prognostici e non è stata svolta attività terapeutica (sempre che sia possibile ben distinguere le due attività). Naturalmente, come sapete, parliamo di ascolto dell'adulto: lo psicologo non può avere contatti con il figlio minore se non con il consenso di entrambi i genitori.

Se non è possibile raggiungere una soluzione concordata – e noi avvocati sappiamo quante energie in questo senso si adoperino... spesso il magistrato non immagina quanto lavoro abbia preceduto un accordo che gli presentiamo e che magari appare "semplice" – e si giunge in fase giudiziale, a volte verrà disposta una consulenza tecnica. Vorrei ora approfondire il tema della consulenza d'ufficio e di parte sotto il

profilo delle prescrizioni deontologiche forensi.

L'art. 54 del Codice deontologico forense che titola "rapporti con arbitri e consulenti tecnici" recita: "*l'avvocato deve ispirare il proprio rapporto con arbitri e consulenti tecnici a correttezza e lealtà, nel rispetto delle reciproche funzioni*".

Il codice deontologico europeo prescrive che siano applicabili ai rapporti tra avvocato e consulente del giudice le stesse regole dettate per i rapporti tra avvocato e giudice; parallelamente, è stato ritenuto che nei rapporti tra avvocato e consulente tecnico di parte valgano le regole dettate per i rapporti tra avvocato e co-difensori.

Qualche spunto di applicazione: poiché l'art. 53 del codice deontologico forense prescrive che l'avvocato non possa discutere del processo civile in corso con il giudice incaricato dello stesso senza la presenza del legale avversario, ritengo che l'avvocato non possa chiedere al proprio consulente di parte un intervento presso il ctu senza la presenza del ctp dell'altra parte, diverso – naturalmente – da quelli già concordati tra i consulenti.

Quanto al consulente di parte, accogliendo il richiamo del Codice deontologico europeo l'avvocato dovrà improntare il proprio comportamento nei suoi confronti alle regole deontologiche, ovviamente in quanto applicabili, dettate per i suoi rapporti con il co-difensore.

La norma che disciplina tali rapporti è l'art. 23 numero 5 del codice deontologico: "*nei casi di difesa congiunta è dovere del difensore consultare il proprio co-difensore in ordine ad ogni scelta processuale ed informarlo del contenuto dei colloqui con il comune assistito, al fine della effettiva condivisione della strategia processuale*".

A parte la scelta – che spetta ovviamente all'avvocato – delle informazioni da condividere, valutato lo specifico ambito dell'incarico conferito al consulente, vi è da chiedersi quale valenza abbia in questo rapporto tra professionisti il dovere di segretezza e riservatezza di cui all'art. 9 del codice deontologico forense: in una precedente stesura il codice prevedeva espressamente che l'avvocato potesse fornire ai consulenti gli atti processuali necessari per l'espletamento dell'in-

carico e le informazioni in suo possesso anche nelle ipotesi di intervenuta secretazione dell'atto. La vigente versione ha eliminato questo specifico riferimento ed ha enucleato, tra le eccezioni alla regola generale, quella che prevede la divulgazione di informazioni relative alla parte assistita che siano necessarie per lo svolgimento delle attività di difesa.

Ed allora, trattandosi di informazioni definite "necessarie", occorrerà una nostra valutazione (sul punto relativo al consenso dell'assistito occorrerebbe un ulteriore, specifico approfondimento oggi non possibile).

Sull'altro fronte sappiamo che l'art. 15 del codice deontologico degli psicologi prescrive che "*nel caso di collaborazione con altri soggetti parimenti tenuti al segreto professionale, lo psicologo può condividere soltanto le informazioni strettamente necessarie in relazione al tipo di collaborazione*".

Che cosa allora il ctp può riferire all'avvocato di quanto ha appreso nell'espletamento del suo mandato? Ciò che riguarda strettamente lo specifico incarico di consulenza o anche notizie o valutazioni che potrebbero meglio orientare il legale nella sua attività di difesa? E che ruolo riveste in questo rapporto a due facce il consenso del "paziente-cliente"?

Ma torniamo alla nostra professione: che uso deve fare il difensore delle notizie apprese? Deve senz'altro comunicarle al cliente in nome del dovere di informazione (art. 40 codice deont. forense) che gli impone di riferire quanto appreso nel corso del mandato ovvero deve, consultatosi con il suo consulente, omettere la comunicazione che potrebbe determinare turbamento dell'assistito o riaccendere la conflittualità?

Giungiamo così a trattare dell'ultimo punto, quello dell'informazione al cliente, senz'altro di grande rilievo per l'avvocato familiarista.

Io credo che occorra una attenta lettura dell'art. 40 che recita "*il difensore ha l'obbligo di riferire al proprio assistito il contenuto di quanto appreso nell'esercizio del mandato se utile all'interesse di questi*".

Il riferimento al "contenuto" dà spazio ad una nostra valutazione – a mio avviso doverosa – sulla opportunità di sottoporre al cliente atti che potrebbero

creare a lui o a terzi, quali i figli minori, gravi danni.

Ad esempio, sottoporre all'assistito la relazione di consulenza psicologica o psichiatrica che formula determinate diagnosi o giudizi può creargli disagio o inasprire la conflittualità.

Altrettanto delicate sono le Relazioni dei Servizi: leggerle potrebbe a volte ulteriormente aggravare il conflitto o pregiudicare il rapporto del cliente con i Servizi stessi, i quali devono invece continuare ad essere un punto di riferimento.

L'avvocato familiarista dovrà farsi carico – ed è responsabilità non certo di poco momento – di decidere cosa comunicare e cosa no, ed in quali momenti, affidandosi alla sua esperienza ed attitudine professionale.

Non è certo un compito facile.

Voglio chiudere riallacciandomi al discorso iniziale: non è sufficiente la conoscenza delle leggi, dobbiamo ricorrere alla nostra – ed eventualmente a quella altrui – esperienza professionale per acquisire anche l'attitudine professionale.

È – quello dell'attitudine – un concetto espresso dall'art. 17-bis della Legge n. 134 del 29 marzo 2001 sul Patrocinio a spese dello Stato, che prevede che per formare gli elenchi dei difensori ogni Consiglio dell'Ordine degli Avvocati debba valutare la sussistenza di attitudini ed esperienza professionale.

È un segnale a mio avviso positivo, che delinea una figura professionale dell'avvocato sempre più attenta a curare, con riferimento alla materia in cui opera, non soltanto la preparazione giuridica, ma la formazione attitudinale, che per noi familiaristi significa, oltre all'esperienza, un bagaglio di conoscenze psicologiche e sociologiche, umanistiche in genere.

E potrà essere questa la nostra risposta ai tentativi di alcuni che vorrebbero assimilare la nostra professione ad una attività commerciale in nome di un dichiarato fine di tutela del "consumatore": noi avvocati curiamo la nostra formazione anche e ben al di là di quanto ci viene imposto, avendo di mira non solo la tutela del nostro assistito (consumatore) ma anche di soggetti indifesi – nel senso letterale di non difesi – sui quali le nostre scelte professionali possono ricadere.



## NASCE LA CAMERA MINORILE DI TORINO

La Camera Minorile di Torino, si è costituita in data 11.4.2008.

È aperta a tutti gli avvocati i quali, come dice il suo Statuto, “con passione e frequenza operano nel settore minorile e di famiglia nel distretto della Corte d’Appello di Torino” e che si propongono “lo studio, la promozione e la tutela dei diritti della persona bambina e della persona in età evolutiva all’interno di qualsiasi situazione giuridica o di fatto viva e cresca sino alla maggiore età”.

Oggi più che mai gli avvocati che frequentano le aule del Tribunale per i Minorenni sentono la necessità di incontrarsi e confrontarsi sui nuovissimi temi e problemi sorti con la riforma delle procedure di limitazione e decadenza della potestà genitoriale e di dichiarazione di adottabilità (legge n. 149 del 28.3.2001 entrata in vigore l’1.7.2007).

Una riforma di straordinaria importanza perché prevede – è il caso di scriverlo – finalmente l’obbligo di nominare un difensore al minore ed ai genitori, nella prospettiva di un processo più “giusto” di fronte ad un Tribunale per i Minorenni più “terzo”.

Al di là della disciplina introdotta – peraltro ancora assai lacunosa – l’evento è di portata storica perché la legge riconosce al minore la qualità di parte processuale e prevede la difesa dei suoi diritti all’interno delle regole del processo.

Viene così valorizzata ulteriormente l’esigenza di una tutela forte dei diritti dei minori intervenuta sulla scia delle disposizioni di alcune Convenzioni Internazionali quali quella di New York del 20.11.1989, ratificata con legge n. 176 del 27.5.1991, e quella di Strasburgo del 1996, ratificata con legge 20.3.2003.

L’entrata in vigore della sopraindicata riforma è stata per molti di noi un momento di riflessione importante sul nostro nuovo ruolo di avvocati dei minori, sui nostri limiti, sulle nostre competenze, sulle nostre possibilità di incidere nel processo, sul rapporto da tenere con i minori aventi capacità di discernimento, e ci è parso assolutamente evidente che solo una particolare specializzazione e formazione dell’avvocato del minore potrà davvero rendere operativa questa particolare figura.

Fondare la Camera Minorile di Torino è stato quindi logicamente conseguente alle esigenze prospettate, una risposta concreta ed una scommessa per il futuro.

L’avvocato del minore non può infatti essere un avvocato qualsiasi, deve essere un avvocato specializzato nella materia minorile che si ponga sempre come obiettivo la piena tutela dell’interesse della persona bambina, che abbia familiarità con le discipline psicologiche e sociologiche con particolare riferimento ai problemi relativi ai mutamenti sociali in corso ed ai problemi di integrazione delle varie culture e più in generale all’evoluzione in senso multietnico della nostra società, che sappia difendere il minore non solo da genitori e parenti abbandonici e/o abusanti, ma anche dalle Istituzioni, che pur perseguendo la stessa finalità di tutela del minore, a volte sono assenti, altre volte sono eccessivamente invadenti: deve essere insomma un avvocato che abbia piena consapevolezza del significato etico della propria professione.

La Camera Minorile ritiene che la funzione di assicurare una effettiva difesa del soggetto più debole del processo, cioè del minore, comporti una

attività processuale oltre che di controllo del rispetto delle regole procedurali anche di proposizione di soluzioni concrete affinché siano rispettati tutti i diritti dei minori, primo fra tutti il diritto ad una giustizia celere che rispetti le esigenze della persona bambina.

Il rispetto del diritto di difesa e del contraddittorio di tutti i soggetti interessati, la possibilità di discutere tutti i punti di vista, permetterà poi al giudice di assumere decisioni più consapevoli e quindi maggiormente equilibrate.

L’Associazione Camera Minorile di Torino aderisce all’Unione delle Camere Minorili Italiane e partecipa quindi al dibattito che si sta svolgendo a livello nazionale sulla giustizia minorile sostanziale e processuale, civile e penale.

Per il raggiungimento dei suoi scopi intende promuovere il dialogo con tutte le professioni che operano nel settore minorile e favorire la specializzazione delle tematiche minorili civili e penali attraverso la costituzione di apposite commissioni studio anche interdisciplinari.

I temi ed i problemi processuali, sostanziali e deontologici che l’associazione dovrà affrontare nei prossimi mesi sono numerosi e di volta in volta ne sarà data notizia attraverso il sito: [www.cameraminoriletorino.it](http://www.cameraminoriletorino.it). Il sito sarà uno strumento utile per tutti i colleghi che vorranno avere maggiori informazioni sulle attività dell’associazione e che vorranno mantenere contatti con la stessa.

Molti di noi peraltro ritengono che il nostro compito non possa fermarsi allo studio del diritto minorile finalizzato esclusivamente all’attività processuale, ma che si debba invece

essere portatori all'interno della società di una nuova cultura del rispetto dei diritti e degli interessi dei minori. In questo senso stiamo pensando di renderci promotori della diffusione tra gli studenti ed i giovani di ogni età della cultura del rispetto

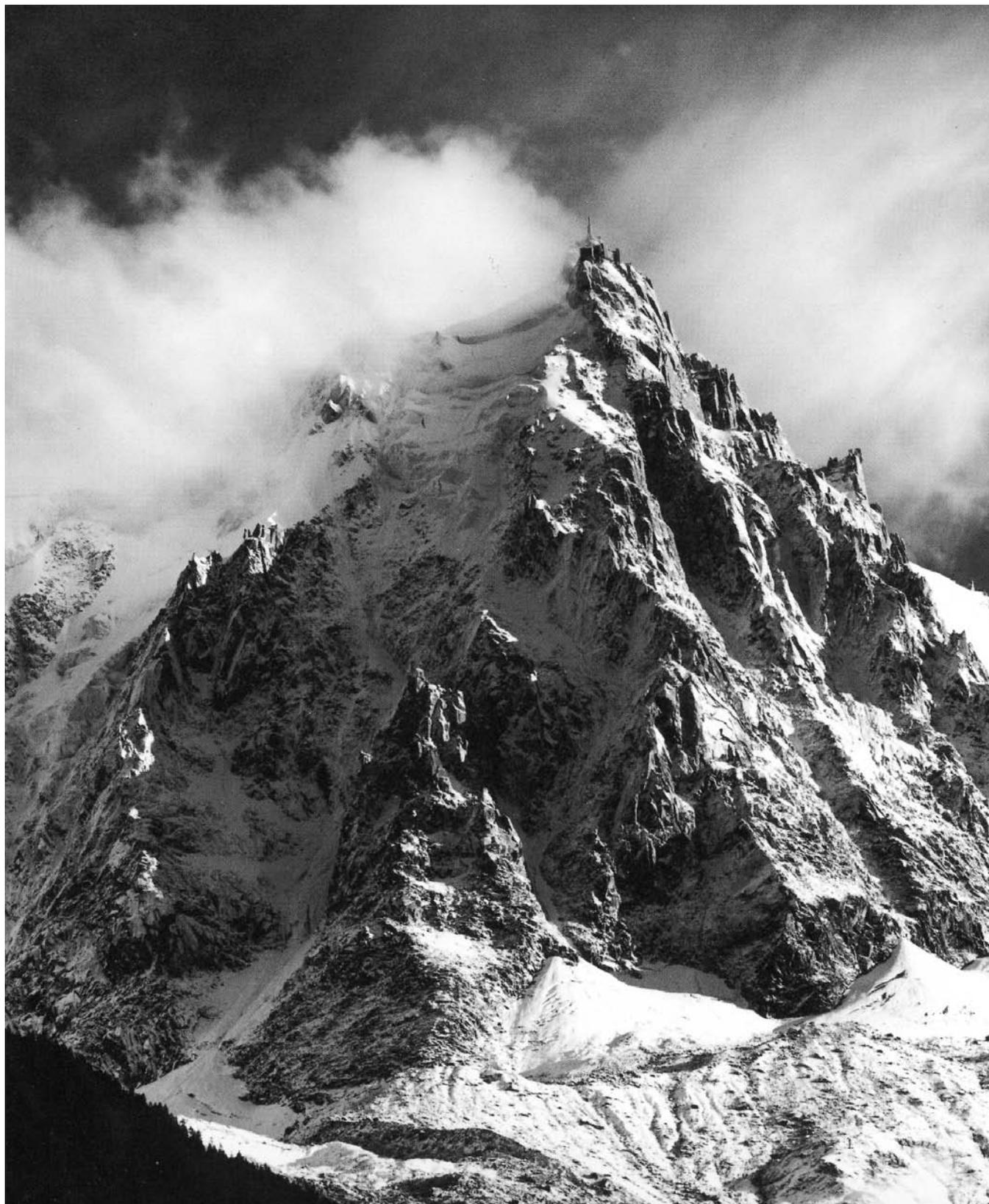
delle regole e della giustizia e della diffusione della conoscenza dei diritti delle persone minori.

La Camera Minorile di Torino si propone quindi come associazione con finalità molteplici, giuridiche e sociali, che sottolineano comunque

sempre il ruolo fondamentale dell'avvocato a fianco del minore nel processo civile e penale e più in generale nella società.

In una parola la difesa e la tutela dei minori a trecentosessanta gradi.

**Assunta Confente**





## PALAZZO DI GIUSTIZIA E UMANITÀ LIMITROFE

*Paolo Berti e Mario Napoli hanno pubblicato per i tipi di Paola Caramella Editrice un piccolo libro di filastrocche, poesie e pensieri sul Palazzo di Giustizia e sull'umanità che l'anima, con le illustrazioni di Albertina Bollati e la prefazione di Gianpaolo Zancan che qui di seguito riportiamo*

### Una chicca

*“Alla ricerca di equilibrio fra torto e ragione  
Alla difesa dei diritti senza alcuna distinzione”  
(pag. 32)*

Albertina, Mario e Paolo hanno confezionato una **chicca** per tutti gli avvocati e per tutti coloro che, secondo il prezioso suggerimento di Gide, per conoscere una città e suoi abitanti visitano per primo il Palazzo di Giustizia e si affrettano a conoscere *“Les gens de Justice”*.

Albertina – che ho scoperto danzare come disegna e disegnare come danza – ha preparato tavole di grande raffinatezza che fanno delicato contrappunto ai testi.

La mia preferita porta il titolo *“Quanto resta da fare”*: vi è dentro tutta la malinconica impotenza della Giustizia a riparare i misfatti di noi umani *“prigionieri sotto la luna”*.

Un evidente filo rosso lega i testi di Mario e Paolo: la passione per la professione più bella del mondo, quella dell'avvocato.

La penna di Mario è venata di ironia e dolcezza, quella di Paolo talora intrisa di tristezza, quasi che la professione forense fosse una malattia incurabile che deve essere accettata con superiore disincanto.

Dentro il piccolo libro c'è tutto il nostro mondo giudiziario torinese (per la verità più Via Corte d'Appello che Corso Vittorio Emanuele): c'è il grande eroe borghese *“chi sin dal nome porta in serbo la Croce”*, i tanti avvocati che lavorano *“con onestà e umile caparbietà”* e credono in una *“Giustizia a fari spenti”* lontana dai clamori mediatici, il finto Giudice del *“Diritto spaziale”*, gli operai che bussano alla porta del Tribunale per ottenere giusta mercede e conservazione del *“bene grande il lavoro”*.

C'è persino il parere che Mario, quale consigliere

dell'Ordine, mi predispose – ero appena stato eletto Presidente – per valutare se le colleghe avvocato potessero indossare il cappello in udienza (rimando al testo per l'importante decisione).

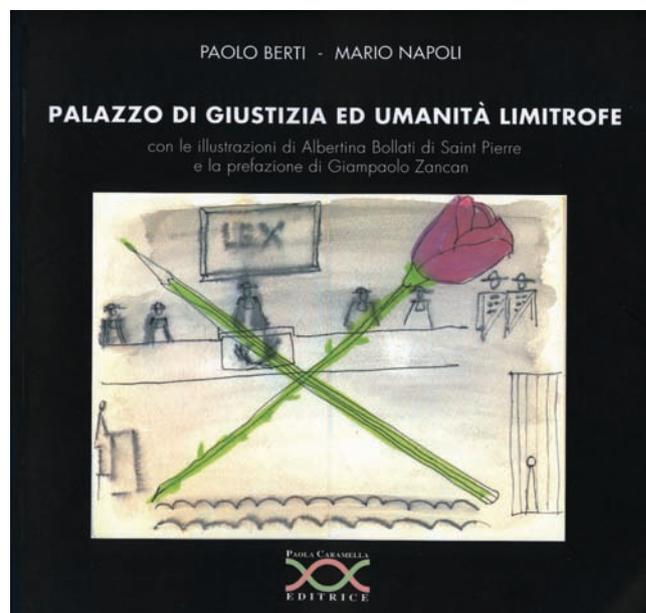
Ma ormai il medesimo filo rosso mi si sta avvolgendo addosso e non riesco a conservare il necessario distacco: questo è stato ed è il mio mondo da oltre quarant'anni, questi i miei compagni di avventura, questa la mia vita.

Meglio, molto meglio scacciare la malinconia con i versi di Gianni Rodari che ho sentito recitare da Mario in una sera di amicizia e di buona tavola:

*“Dice un proverbio chissà perché  
Chi fa da solo fa per tre  
Da questo orecchio io non ci sento  
Chi ha cento amici fa per cento”*

Grazie ai miei amici Albertina, Mario e Paolo per la loro **chicca**.

**Gianpaolo Zancan**





## In ricordo di Fiorino Giuseppe

Caro papà,  
sabato mattina 12 aprile non ti sei svegliato ... sei andato via così ... in silenzio e con un sorriso.

La tua morte è stata per tutti noi improvvisa e inaspettata, stavi bene, non avevi malattie, per cui noi non eravamo preparati. Ma forse non si è mai preparati alla morte dei propri cari, anche dopo lunghe malattie ed estenuanti cure.

La vita ti ha risparmiato la sofferenza. Abbiamo vissuto molti anni insieme con te e la mamma, siamo stati felici. Sei stato allietato dai nipotini e con uno in particolare hai condiviso partite accanite agli scacchi. Abbiamo condiviso opinioni, valori, idee politiche, l'amore per la natura nel nostro giardino e ultimamente anche il tuo lavoro di avvocato.

Sei stato per noi, ma anche per tutti quelli che ti hanno conosciuto, un esempio di rettitudine, di correttezza e di bontà. Eri semplice, non ti sei mai dato "arie" eri riservato e allegro. Ci hai insegnato, con le tue parole e il tuo comportamento, l'onestà, ci hai insegnato che è più importante essere che avere. Nel tuo lavoro di avvocato ogni cliente è stato importante e da te seguito con affetto, impegno e perizia, sia chi aveva un problema semplice sia chi arrivava con questioni complicate e ingarbugliate. Per te non è mai stata la parcella a stabilire la priorità e l'importanza di un caso. Alcune persone le hai assistite gratuitamente, "*perché non avevano soldi*".

Ci manchi molto, tantissimo, ma noi siamo una famiglia religiosa. Noi sappiamo che questa vita è un viaggio. È come prendere un treno per arrivare in un altro posto. Ora tu sei arrivato alla meta stabilita; ora tu conosci il vero significato della vita.

**Pasy, Patrizia, Paola, Dhebora e la mamma**

