

TUTELA SOCIALE E LEGALE DEI MINORENNI

Interpretazione e applicazione
del diritto minorile

Aggiornato alla riforma legge delega n. 206/2021

Elisa Ceccarelli, Margherita Gallina,
Francesca Mazzucchelli

Prefazione di Luigi Fadiga

POLITICHE
E SERVIZI
SOCIALI

FrancoAngeli

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: www.francoangeli.it e iscriversi nella home page al servizio “Informatemi” per ricevere via e.mail le segnalazioni delle novità.

TUTELA SOCIALE E LEGALE DEI MINORENNI

Interpretazione e applicazione
del diritto minorile

Aggiornato alla riforma legge delega n. 206/2021

Elisa Ceccarelli, Margherita Gallina,
Francesca Mazzucchelli

Prefazione di Luigi Fadiga

POLITICHE
E SERVIZI
SOCIALI

FrancoAngeli

Grafica della copertina: *Alessandro Petrini*

Copyright © 2018 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

Indice

Prefazione, di *Luigi Fadiga* pag. 9

Introduzione » 19

Parte prima **Le relazioni familiari e il diritto**

1. Le persone e il diritto » 25

1. Il diritto di famiglia in divenire » 25

2. Le famiglie ieri e oggi » 28

3. Un diritto per i minorenni » 31

2. I soggetti della cura e della tutela dei minorenni » 40

1. Genitori e famiglie » 40

2. Servizi psicosociali » 41

3. Gli organi giudiziari competenti » 47

4. I minorenni tra servizi e autorità giudiziaria » 56

3. Genitori, figli, provvedimenti giudiziari » 61

1. Stili educativi e protezione del minore » 61

2. I genitori e i provvedimenti » 63

3. I bambini e i provvedimenti » 65

Parte seconda

La cura e la tutela dei minorenni in condizioni critiche

1. Figli di genitori separati	pag.	73
1. L'affidamento condiviso	»	73
2. Il bambino e la separazione	»	80
3. Affidamento condiviso e servizi	»	83
2. Bambini trascurati e mal-trattati	»	87
1. La protezione del minore e la responsabilità dei genitori	»	87
2. Il bambino mal-trattato	»	94
3. I servizi e la valutazione del rischio	»	96
4. Gli operatori e l'affido del minore all'ente	»	100
3. Bambini separati dai genitori	»	103
1. Crescere tra due famiglie	»	103
2. L'affido familiare nella legge e nella sua applicazione	»	107
3. Il diritto alla continuità affettiva: la legge n. 173/2015	»	110
4. Bambini che crescono fuori dalla loro famiglia	»	112
5. Gli operatori e le scelte del collocamento	»	120
4. Bambini abbandonati	»	124
1. Il percorso adottivo	»	124
2. I bambini e l'adozione	»	133
3. I servizi e l'adozione	»	136
5. Adolescenti	»	139
1. Diritti e responsabilità crescono	»	139
2. Libertà e limiti	»	149
3. Servizi e adolescenti	»	156
6. Minori stranieri	»	158
1. Diritti riconosciuti dalla legge	»	158
2. Condizione giuridica del minore straniero	»	159
3. Minori stranieri non accompagnati	»	167
4. Ricongiungimenti familiari	»	169
7. Qualche esempio	»	173
Postfazione. Le Autorità di Garanzia, di Annamaria Caruso	»	181

Appendice

1. Responsabilità e obblighi dei servizi a tutela dei minorenni	pag.	191
1. Obbligo di riservatezza e di segreto	»	191
2. Rispetto del diritto alla riservatezza del minorenne	»	193
3. Obblighi di denuncia di reato a danno di minorenni	»	194
4. Gli operatori psicosociali e la collaborazione con i difensori	»	196
5. Presa in carico terapeutica del minore e consenso dei genitori	»	197
2. La relazione scritta alla magistratura	»	200
1. Premessa	»	200
2. Fonti normative	»	200
3. Finalità e significato della relazione scritta	»	202
4. Note di scrittura	»	204
Ringraziamenti	»	207
Riferimenti bibliografici	»	209

Prefazione

di *Luigi Fadiga**

Sotto la spinta di molteplici fattori convergenti, la normativa che regola le convivenze familiari le relazioni tra i componenti e i rispettivi diritti individuali e sociali ha avuto in questi ultimi anni modifiche e innovazioni profonde.

Sono innovazioni che toccano non soltanto l'aspetto giuridico ma anche l'operatività quotidiana dei professionisti che a diverso titolo devono intervenire su quei gruppi sociali nel loro complesso e/o su di un singolo membro del gruppo, per fornire il proprio specifico contributo in materia di salute fisica e mentale, di educazione, di aiuto e sostegno.

Ne consegue l'esigenza di un'esposizione aggiornata e ragionata che risponda alla forte richiesta di formazione proveniente da quei settori dove la formazione giuridica è scarsa o peggio manca affatto, cosicché l'operatore si trova ad affrontare situazioni dove le regole del gioco (per l'appunto, il diritto) assumono una rilevanza primaria. È la fascia dei professionisti che intervengono a vario titolo sull'età evolutiva: operatori sociali e sanitari, educatori, insegnanti. E viceversa – per dirla tutta – gli operatori giuridici sono ancora più digiuni delle materie non giuridiche: cosicché ugualmente necessita per loro una formazione di base nelle scienze umane e dell'età evolutiva. Senza di questa, la comunicazione tra operatori delle diverse discipline è impossibile, come è impossibile la comunicazione tra persone di lingue diverse che non conoscono nemmeno i segni e i rudimenti della lingua dell'altro.

A quelle esigenze vuole rispondere quest'opera, intelligente frutto della collaborazione di una giudice minorile, di un'assistente sociale e di una psicologa, tutte di grande esperienza nel campo della promozione e protezione dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

* Magistrato, già Presidente della Sezione Minori e Famiglia della Corte di Appello di Roma.

È in questo campo una collaborazione necessaria, dovuta al fisiologico intreccio fra norma e relazioni interpersonali osservato nella specificità della condizione minorile, dove il protagonista è un soggetto in età evolutiva che quindi presenta diritti interessi e bisogni specifici, per di più assai diversificati nelle fasce di età che compongono questa fase della vita.

La responsabilità e la cura di questi soggetti competono in primo luogo ai genitori. Sancisce la Costituzione della Repubblica che “è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli”, e la significativa inversione dei termini diritto e dovere sottolinea la pregnanza di quella responsabilità. Ad essa troppo a lungo ha fatto ombra nel nostro ordinamento il concetto romanistico di patria potestà, profondamente introiettato nella cultura e nel costume della famiglia mediterranea. Sono state così lungamente ignorate o peggio legittimate dalla giurisprudenza e dal costume violazioni gravi e gravissime dei diritti delle persone minorenni, e tra questi il diritto alla protezione da maltrattamenti, violenze fisiche, psichiche e sessuali, sfruttamento trascuratezza e abbandono.

È noto che la quasi totalità di tali violazioni si verificano all'interno dei nuclei familiari a opera o nell'indifferenza di genitori indegni o incapaci. E a questo proposito il dettato costituzionale prosegue affermando che “nel caso di incapacità dei genitori la legge provvede a che siano assolti i loro compiti”. A quest'obbligo costituzionale deve perciò provvedere un sistema organico di norme, la cui piena attuazione è ancora in divenire.

Correttamente le autrici del volume avvertono il lettore che il diritto minorile non è un corpus unico e organico¹ ma è il frutto della sedimentazione di norme che si sono succedute e ancora si succedono nel corso del tempo, con lacune, antinomie, sovrapposizioni di competenze e limiti nell'applicazione. Nonostante ciò, è dovere dell'interprete cercar di individuare le linee portanti di un sistema anche là dove, come un fiume carsico, esse scompaiono sotterra per ricomparire più oltre. Nel far questo occorre molta attenzione a non scambiare nuovi fiumiciattoli frutto di uscite estemporanee con la riemersione della vera linea portante. Occorre allora trovare il luogo della risorgiva, e per fare ciò è necessaria una bussola. Ce la forniscono la Costituzione della Repubblica, la Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, la Convenzione europea del 1996 sull'esercizio di quei diritti, le Raccomandazioni e le Linee guida delle Nazioni Unite e dell'Unione Europea, nonché la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Alla luce di questo grande corpus normativo, si può intravedere in filigrana nel nostro ordinamento un sistema in via di formazione e completa-

1. La classificazione del MIUR neppure parla di diritto ma solamente di “Legislazione minorile”, materia che colloca nella voce IUS 17 e quindi tra le discipline penalistiche.

mento: un vero e proprio modello integrato di protezione e promozione dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Mi piace immaginare questo sistema come una moderna bicicletta.

È un sistema infatti che, come la bicicletta, deve viaggiare su due ruote di uguali dimensioni: la ruota dei servizi sociali per l'infanzia e l'adolescenza, e la ruota della giustizia, in special modo quella minorile. Le ruote sono necessarie entrambe, e devono lavorare in modo integrato. E l'integrazione è rappresentata dal telaio, la parte più importante del veicolo, senza il quale la bicicletta nemmeno sta in piedi e anzi nemmeno esiste. Ed è un'integrazione di sistemi, di saperi e di operatori: assistenti sociali, psicologi e psichiatri dell'età evolutiva, educatori, medici e personale sanitario, magistrati specializzati e giuristi. Non servono i cavalieri solitari, come ci avvertono le autrici, e meno che mai quelli con i paraocchi verso le scienze altre.

Sono anche necessari i pedali e la catena di trasmissione: politiche sociali e risorse vi devono adeguatamente provvedere. E chi di volta in volta pedala e regge il manubrio deve dirigere la bicicletta verso l'obiettivo della implementazione dei diritti delle persone di minore età, nuovo soggetto titolare di diritti individuali sociali e politici che la Convenzione di N.Y. e la convenzione Europea sull'esercizio dei diritti hanno fatto emergere dall'unica fascia sociale rimasta priva di qualsiasi rappresentanza politica, sindacale e mediatica: quella delle persone in età evolutiva².

Nei fatti, la costruzione della moderna bicicletta è ancora in divenire, e lo stato dell'arte varia sensibilmente da luogo a luogo. Prevale per ora il vecchio modello del velocipede, cioè di quell'antico veicolo con una ruota anteriore a pedali molto grande sulla quale sta appollaiato il guidatore-pedalatore, e una ruota posteriore molto piccola, un ruotino, costretto a seguire la direzione imposta dal guidatore. Domina cioè una situazione di fatto dove il sistema della giustizia minorile rappresenta la ruota grande, e il ruotino il sistema dei servizi.

È la conseguenza del modello di *welfare* del nostro Paese, comune a quello degli altri Paesi del Sud Europa e chiamato perciò modello mediterraneo. È un modello dove le solidarietà familiari e parentali tengono luogo dei servizi pubblici per l'infanzia e spiegano ma non giustificano il loro scarso sviluppo, divenendo così un comodo alibi. La frammentazione delle politiche e delle normative regionali e la mancanza di indicatori minimi uniformi dei servizi per l'infanzia completano i motivi del divario tra ruota e ruotino. La giustizia minorile, che ha svolto spesso ruoli di supplenza e

2. G.B. Sgritta, *La condizione dell'infanzia*, FrancoAngeli, 1988; J. Qvortrup, *Childhood as a Social Phenomenon*, Vienna, European Centre for Social Welfare Policy and Research, 1994.

che per certi versi ha anticipato o influenzato anche alcune importanti riforme nel campo dei servizi, ha difficoltà a riconoscere e ad accettare un sistema che abbia ruote di pari dimensioni, e continua a considerare i servizi come ancillari della giustizia.

Da tutto questo deriva un sistema fortemente squilibrato dove, fatta eccezione per le grandi aree metropolitane (e non per tutte), la debolezza endemica dei servizi sociali territoriali non può trovare spazi di crescita sul piano operativo e lascia i singoli operatori in spazi angusti che ne bloccano la crescita ma offrono riparo dall'assessore di turno, dagli attacchi di certa avvocatura e dei media, dalle aggressioni anche fisiche di genitori e parenti che vivono come intrusivo ogni loro intervento³.

A conferma di ciò si pensi ai dati sull'affidamento familiare, che pensato e normato come intervento autonomo e proprio dei servizi, è invece del tutto minoritario di fronte agli affidamenti disposti autoritativamente dal giudice. E ancor più si consideri la formula dell'affidamento al servizio sociale, discutibile provvedimento costruito dalla prassi col quale il giudice attua una specie di subdelega al servizio di compiti che già esso dovrebbe svolgere in modo autonomo in forza delle normative socio assistenziali.

E infine si consideri che nessuna voce si è levata e si leva dagli operatori e dai dirigenti dei servizi per chiedere la legittimazione processuale attiva nei procedimenti civili di protezione del minore. L'obbligo di indirizzare le segnalazioni di abbandono al pubblico ministero minorile, unico legittimato a valutarne il fondamento secondo la legge 149/2001, pone infatti il servizio in una situazione di stallo, che non gli consente di svolgere i compiti istituzionali di protezione del minore e per di più nemmeno lo libera dalle sue responsabilità di carattere penale e civile⁴.

Il volume prende l'avvio da una disamina di carattere generale del diritto di famiglia, della sua evoluzione, e dei diritti delle persone minorenni. È un ampio approccio, che rende evidente la complessità del tema e le sue molte implicazioni e che ne facilita la comprensione a chi è digiuno di

3. Si veda in proposito Ordine Assistenti Sociali e Fondazione Assistenti sociali, *Conoscere per agire*, Ricerca sulla aggressività nei confronti degli assistenti sociali, a cura di Sicora, Nothdurfter, Sanfelici, presentata a Roma, CNEL, Villa Lubin, 11 ottobre 2017. Dalla ricerca emerge che il 28,9% degli intervistati è stato insultato, il 18% è stato maledetto, il 23,3% ha ricevuto minacce, il 15,4% è stato oggetto di aggressioni e di violenze fisiche. Il 35,8% dichiara di avere temuto per la propria incolumità o per quella di un familiare.

4. Emblematica in proposito Cass., III sez. civile, 16/10/2015 n. 20928, che undici anni dopo il fatto ha confermato la condanna di un Comune lombardo al risarcimento dei danni, censurando gravemente la condotta delle assistenti sociali che avevano effettuato un allontanamento per sospetti abusi sessuali ai sensi dell'art. 403 cod. civ. V. in proposito L. Lenti, *Nuova Giustizia Civile Commentata*, 2016, n. 3, p. 463, anche per riferimenti all'intera vicenda.

diritto. Ed è certamente una prospettiva utile e molto *friendly* per i non adetti ai lavori. Ma non è la sola.

Il diritto di famiglia nella sua accezione classica comprende infatti vaste zone che non riguardano i fanciulli, e reciprocamente il diritto minorile coincide solo in parte con i territori coperti dal primo. Da quello infatti si differenzia per la sua specificità, in quanto ha per destinatari soggetti della fascia di età 0/18, periodo durante il quale si attua una profonda evoluzione fisica e psichica della persona. Per di più, i soggetti titolari dei diritti sono minorenni e quindi tutti privi di capacità di agire. Nessun'altra branca del diritto ha queste caratteristiche, che comportano nella fase applicativa un approccio multidisciplinare, dove la norma viene maneggiata non dal titolare del diritto ma da operatori di diversa formazione e quindi non solo da giuristi.

Si tratta quindi di due insiemi solo in parte coincidenti, e questo a mio parere va sottolineato con forza perché oggi le caratteristiche di specificità del diritto minorile nei confronti del diritto di famiglia vengono messe pericolosamente in discussione sotto diversi pretesti⁵. Ma dopo la Convenzione delle N.U. sui Diritti del Fanciullo e le pronunce della Corte costituzionale nessuno può dubitare che il soggetto in età minore sia titolare di diritti, e che possa chiederne personalmente o tramite rappresentanti il riconoscimento e l'attuazione, come prevede la Convenzione Europea del 1996 sull'esercizio dei diritti.

In realtà, siamo in presenza di un fenomeno di grande portata: l'emersione sociale e giuridica della fascia minorile in quanto tale, una fascia che cerca un proprio spazio autonomo. È uno spazio che non può essere circoscritto all'essere figlio: uno spazio che prescinde dal rapporto di filiazione e a quello preesiste.

Sul piano giuridico sono già numerosi i sintomi di questo fenomeno, a partire dagli sviluppi della nozione di conflitto di interessi tra figlio e genitori, un tempo confinata nell'ambito patrimoniale e ora in progressiva espansione nell'ambito personale. In un'elencazione esemplificativa si possono citare:

- La nomina di curatori speciali e l'ingresso del minore come parte nel processo che ne è lo sviluppo conseguente, accelerato dalla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del 1996 e contemplato nella sentenza 2002 n. 1 della Corte costituzionale.
- Il Terzo protocollo aggiuntivo della CRC, ratificato con la legge 199 del 2015, che ha introdotto una procedura individuale di reclamo che per-

5. Basti pensare al ddl governativo 2284/S sull'efficienza del processo civile presentato nel corso della XVII legislatura appena conclusa, che prevedeva la soppressione del tribunale per i minorenni.

mette a una persona minorenni di presentare al Comitato per i Diritti del Fanciullo una denuncia per la violazione dei propri diritti sanciti dalla Convenzione.

- La legge 7 aprile 2017 n. 47 in materia di minori stranieri non accompagnati, la quale prevede che il minore possa richiedere personalmente il permesso di soggiorno in attesa che gli sia nominato un legale rappresentante.
- La legge 29 maggio 2017 n. 71 sulla prevenzione e il contrasto del cyberbullismo, che dà diritto al minore ultra quattordicenne vittima di aggressione o pressione telematica di presentare un'istanza al gestore per l'oscuramento del sito e la rimozione dei dati personali.
- Infine la ultimissima legge 22 dicembre 2017 n. 219, "Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento", che nell'art. 3 sancisce il diritto della persona minorenni alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione, e il diritto di ricevere informazioni per essere messa in condizione di esprimere la sua volontà.

Sul piano sociale, l'emersione è accelerata dai progressi scientifici in materia di riproduzione umana e di biotecnologie. Chi è padre? chi è madre? cos'è un figlio? Sono domande alle quali il diritto vigente spesso non risponde, mentre la giurisprudenza si affanna a fare le veci del legislatore senza tuttavia poter garantire un'applicazione uniforme sul territorio nazionale. Dunque, il principio *mater semper certa* non vale più come regola assoluta, e il noto caso dello scambio di embrioni verificatosi alcuni anni or sono in un ospedale romano tra due coppie di coniugi che avevano fatto ricorso alla p.m.a. eterologa è paradigmatico⁶.

Ancorare i diritti dei minorenni al diritto di famiglia è dunque un'operazione sempre più rischiosa e fuorviante. Prima ancora di essere figlio, il bambino è persona, e come tale è portatore e titolare di propri diritti. E la persona viene prima dello *status*, il soggetto è più importante del ruolo che svolge nell'ambito familiare⁷.

Già da tempo nella normativa dell'adozione è principio consolidato che non esiste un diritto degli aspiranti adottanti a ottenere un bambino in adozione, mentre esiste il diritto del bambino senza famiglia a essere inserito in quella maggiormente in grado di corrispondere alle sue esigenze. Ora

6. Trib. Roma, 8 agosto 2014. V. anche A. Nicolussi, "La natura dell'umana generazione", *Studi Interdisciplinari Famiglia*, 2018, n. 29, pp. 137-152.

7. Merita di essere segnalata a questo riguardo l'ordinanza 23 dicembre 2017 del Tribunale di Roma riportata in *Guida al Diritto*, 2018, n. 7, p. 78, che in un procedimento di separazione e in accoglimento delle richieste del figlio sedicenne ha inibito alla madre di diffondere sui *social network* immagini e notizie a lui relative, ordinando inoltre alla stessa di rimuovere quelle già diffuse.

però le moderne biotecnologie stanno dando spazio al principio opposto, quello di un diritto dell'adulto alla genitorialità sia come diritto individuale che di coppia, anche omogenitoriale.

Parallelamente, l'ambigua nozione di diritto alla bigenitorialità viene facilmente percepita come diritto del genitore non convivente a mantenere rapporti col figlio, mentre rimane in ombra il correlativo e più ampio diritto del figlio di mantenere i rapporti non solo con entrambi i genitori ma con tutto il suo mondo precedente alla separazione: nonni, ma non solo. E questo in forza della legge 2015 n. 173, sul diritto alla conservazione dei legami affettivi, e in applicazione del principio del miglior interesse del fanciullo, introdotto dalla Convenzione delle N.U. del 1989 e ormai richiamato da tutti gli strumenti internazionali successivi⁸.

In tale contesto socioculturale, la salvaguardia dei diritti del fanciullo così faticosamente affermati nella seconda metà del secolo scorso può trovare una valida difesa nel diritto del minore all'ascolto, sancito dall'art. 12 della Convenzione delle N.U. del 1989 e dall'art. 3 della Convenzione europea del 1996.

Il diritto all'ascolto ha potenzialità di crescita in gran parte inesplorate, capaci di travolgere le resistenze che cercano di frenarlo. Nel nostro Paese la normativa vigente lo garantisce a partire dal dodicesimo anno, e anche prima "in considerazione della capacità di discernimento". La Suprema Corte si è pronunciata affermando la nullità del processo quando l'ascolto non viene effettuato⁹.

Perché questo diritto possa dirsi rispettato, è necessario precisarne i contenuti come fissati dall'art. 3 della Convenzione Europea del 1996, vale a dire: a) diritto di ricevere ogni informazione pertinente; b) diritto di essere consultato e di esprimere la propria opinione; b) diritto di essere informato delle eventuali conseguenze dell'attuazione della sua opinione e delle eventuali conseguenze di ogni decisione.

Il successivo art. 4 della medesima Convenzione aggiunge il diritto della persona minorenni di chiedere, "personalmente o per il tramite di altre persone od organi", la designazione di un rappresentante o curatore speciale nelle procedure che lo concernono, se vi è conflitto di interesse con i genitori. Va sottolineata la possibilità che tale richiesta sia presentata da appositi organi di protezione dell'infanzia: ipotesi che si può presentare in tutti i casi di minori in tenera e tenerissima età.

8. Si veda in materia la recente pubblicazione del Consiglio d'Europa, *L'intérêt supérieur de l'enfant – Un dialogue entre théorie et pratique*, Consiglio d'Europa, novembre 2017.

9. Cass., 29/09/2015 n. 19327.

Nel nostro Paese gli organi di protezione ben possono essere individuati nei servizi sociali minorili dell'ente locale territoriale (Comune), al quale compete per legge il compito di protezione dell'infanzia (cfr. DPR 616/1977; l. 328/2000; l.r. Emilia Romagna 28 luglio 2008 n. 14¹⁰). Purtroppo, come si è osservato in precedenza, il ruolo dei servizi sociali minorili non è ancora svolto nel nostro Paese con la necessaria pienezza, efficacia e intensità e anzi in certe zone manca affatto.

In un simile contesto si è andata affermando una nuova figura: quella dei Garanti dell'infanzia e dell'adolescenza, che potrebbe utilmente affiancare e sostenere i servizi locali. Molte sono le potenzialità del Garante, non solamente a livello nazionale ma anche a livello locale. La legge 7 aprile 2017 n. 47 sui minori stranieri non accompagnati se ne occupa all'art. 11 che istituisce l'elenco dei tutori volontari, privati cittadini disponibili ad assumere la tutela di un minore straniero non accompagnato. La formazione e selezione dei tutori volontari è attribuita ai garanti regionali, e appositi protocolli d'intesa sono previsti al riguardo con i presidenti dei tribunali per i minorenni, competenti a nominare il tutore in forza dell'art. 2 del D.Lgs. 22 dicembre 2017 n. 220.

In conclusione, le tessere del mosaico che rappresenta il sistema di promozione e protezione dei diritti delle persone minorenni, oggi scomposte e mischiate tra loro spesso senza criterio, rendono difficile una visione d'insieme. Esse devono essere ripulite, riordinate e ricomposte. Alcune sono consumate e obsolete: facevano parte di un mosaico che non è più attuale, e devono essere scartate coraggiosamente. Altre invece sono nuove e qualcuna è di valore e molte sono di pregio. Si tratta di collegarle come in un difficile *puzzle*, i cui pezzi devono incastrarsi perfettamente tra loro senza forzature, per non falsare il disegno.

Questo processo di riordino è stato bruscamente interrotto da un fatto esterno: l'approvazione della legge 206/2021 e dei due decreti attuativi 149/2022 e 151/2022. La nuova normativa, approvata in tutta urgenza per non perdere i fondi europei, ha istituito fra l'altro il tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, unificando riti e organi.

L'obiettivo di rendere efficiente il processo civile evitando conflitti di competenza fra giudici ordinari e giudici minorili è stato perseguito secondo un'ottica adulto-centrica a spese della specializzazione e dell'interazione con i servizi. In tal modo, tornando alla metafora della bicicletta, non si sono rese uguali le due ruote, ma si è addirittura distrutto il telaio.

10. V. art. 17: “*Servizio sociale professionale ed équipe territoriali*. I Comuni, singoli o associati, tramite i servizi sociali, anche avvalendosi per quanto di competenza delle AUSL e delle aziende ospedaliere, esercitano le funzioni di tutela dei minori... anche ai sensi della Convenzione ONU di cui alla legge n. 176 del 1991”.

L'applicazione delle nuove norme sarà necessariamente graduale e darà spazio a correttivi imposti dall'esperienza e dalla giurisprudenza.

La Convenzione dei Diritti del Fanciullo e gli altri strumenti giuridici richiamati sopra forniscono la guida. Ma il solo diritto non basta, ed è fondamentale l'apporto delle scienze dell'età evolutiva, la multidisciplinarietà dell'approccio, e la capacità degli operatori della varie discipline di lavorare insieme e parlare un linguaggio comune. A quella preconditione, con questo volume le Autrici forniscono il contributo che mancava e che merita la più ampia diffusione fra gli operatori minorili di ogni provenienza professionale.

Introduzione

Questo libro si rivolge agli operatori dei servizi – assistenti sociali, psicologi, educatori, operatori sanitari – che si occupano di bambini e adolescenti in difficoltà e dei loro genitori ma la natura dell'argomento e il tipo di esposizione ci pare possano essere interessanti anche per altri professionisti che agiscono in loro favore, quali magistrati, avvocati o insegnanti.

A tutti coloro che si occupano professionalmente e istituzionalmente di bambini è richiesta una conoscenza della legge e delle sue implicazioni.

Agli operatori e ai magistrati è richiesta, oltre alla competenza professionale, una qualità umana particolare, capace di unire coraggio e prudenza, forza delle proprie convinzioni e capacità di valutare contesti e conseguenze, presenti e future, delle proprie decisioni.

Si pensi per esempio a situazioni di allontanamento del bambino dalla sua famiglia, alla decisione di dichiararlo adottabile oppure a situazioni particolarmente toccanti che hanno a che fare con la salute del minore o ancora con la sua condotta deviante e così via.

Ogni operatore deve sapersi assumere la piena responsabilità delle proprie azioni senza sentirsi d'altra parte il cavaliere solitario della giustizia, ma al contrario uno degli attori di vicende dolorose, complesse, instabili e talvolta di difficile interpretazione.

Il compito di cura e protezione dei minorenni, inoltre, non compete solo agli operatori chiamati direttamente in causa dalla magistratura, ma è una responsabilità di cui tutti gli adulti devono farsi carico.

Il concetto di tutela diffusa chiama alle proprie responsabilità la comunità, la società civile, vale a dire le relazioni interpersonali quotidiane, gli scambi formali o meno nei luoghi di vita e di lavoro, inoltre richiama gli amministratori a una specifica attenzione a pensare e costruire politiche per l'infanzia, infine ricorda che occorre promuovere cultura attorno a questi temi o, in altre parole, sviluppare attenzione, diffondere saperi.

L'argomento che il testo tratta, il diritto minorile, con accenni storici al diritto di famiglia, non rappresenta un corpus unico e organico di leggi, ma è il frutto della sedimentazione di anni di norme che si sono succedute nel corso del tempo, in relazione ai cambiamenti intervenuti nella società e nell'istituto della famiglia e alla maturazione culturale effetto e origine delle modifiche legislative.

Un sistema normativo che, nonostante presenti alcune sovrapposizioni di competenze e limiti nell'applicazione, offre molte garanzie e presenta grandi qualità, in una materia estremamente sensibile per le evidenti implicazioni sui diretti interessati, il bambino e la famiglia, e sull'opinione pubblica.

Le autrici, che hanno a lungo lavorato nel settore come magistrato, assistente sociale e psicologa, hanno cercato di illustrare i problemi in modo integrato, alla luce della personale esperienza e del compito specifico che hanno le tre professioni: il magistrato in quanto soggetto che assume i provvedimenti, l'assistente sociale che deve tradurli in un intervento di protezione e cura e la psicologa che aiuta gli operatori a leggere la situazione, a cogliere i bisogni e le richieste delle famiglie in difficoltà, a riconoscere il coinvolgimento personale che il compito comporta.

Siamo consapevoli che, in questa disciplina, sia necessario interpretare il senso di quanto il legislatore ha disposto, utilizzando tutte le competenze, declinando i provvedimenti caso per caso e praticando un sapiente relativismo che consideri le condizioni sociali, l'età del minore, le caratteristiche personali, le relazioni affettive con tutto il loro carico di ambivalenza e irrazionalità, l'evoluzione nel tempo della situazione.

L'operatore, infatti, si muove in direzione di molteplici interlocutori: coloro che chiedono aiuto, il servizio di appartenenza, la magistratura, le altre figure professionali e l'opinione pubblica nei casi che hanno risonanza al di fuori dello stretto campo assistenziale e possono esporre lo stesso e il suo servizio a giudizi controversi e critiche.

Il libro si propone come un manuale teorico-pratico: non si limita a esporre il contenuto e gli effetti delle leggi ma tenta di chiarire le possibili interpretazioni e le diverse applicazioni, sollecitando l'attenzione al margine di discrezionalità di ogni operatore.

Poiché la filosofia del sistema legislativo e delle professioni di aiuto è curare il miglior interesse del minore, abbiamo deciso un metodo espositivo, insolito nei manuali di diritto, che mette al centro la condizione esistenziale del minore.

Non abbiamo cioè scelto di procedere illustrando, in ordine cronologico o per tema, le leggi ma, dopo i primi tre capitoli introduttivi, esponiamo le possibili diverse condizioni in cui si trovano il minorenne e i suoi genitori e le leggi che possono intervenire in loro favore.

La seconda edizione del volume si rende necessaria a causa delle numerose modifiche al sistema di giustizia minorile introdotte con la legge 26 novembre 2021 n. 206 “Delega per l’efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata” e attuata dai Decreti Legislativi approvati 10/10/22 n.149 per l’efficienza del processo civile e n. 151 per l’istituzione nel futuro Tribunale unificato di un Ufficio per il processo.

Parte prima

Le relazioni familiari e il diritto

1. Le persone e il diritto

1. Il diritto di famiglia in divenire

Nell'ordinamento italiano il diritto di famiglia è costituito dall'insieme di norme, contenute nella Costituzione, nel codice civile e in altre leggi, che regolano le relazioni tra le persone legate da vincoli affettivi.

La Carta fondativa del nuovo Stato democratico, riconosce i diritti inviolabili dell'uomo e la pari dignità e uguaglianza di tutti i cittadini.

Costituzione della Repubblica italiana deliberata dall'Assemblea Costituente il 22 dicembre 1947

Art. 2

La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale

Art. 3

Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Anche per il diritto di famiglia la Costituzione pone principi diversi e contrastanti rispetto a quelli che erano alla base del sistema legale fascista, ancora vigente nel momento in cui veniva proclamata¹.

Costituzione della Repubblica italiana deliberata dall'Assemblea Costituente il 22 dicembre 1947

Art. 29

La repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio.

Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.

Art. 30

È dovere e diritto dei genitori, mantenere, istruire ed educare i figli anche se nati fuori dal matrimonio.

Nei casi di incapacità dei genitori. La legge provvede a che siano assolti i loro compiti.

La legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima.

La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità.

Mentre il dettato costituzionale afferma l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, e assicura ai figli, anche se nati fuori dal matrimonio, ogni tutela sociale e giuridica, il codice civile (in vigore dal 1942) riconosceva la famiglia solo se "legittima" cioè fondata sul matrimonio indissolubile e sulla potestà del marito e padre sugli altri membri, privi di ogni potere decisionale; discriminava i figli nati fuori dal matrimonio definiti "illegittimi" e in certi casi non riconoscibili.

I principi costituzionali hanno dovuto fare i conti con un assetto familiare radicato nel diritto e ancora in parte nel costume degli italiani. Sebbene ci fossero state alcune trasformazioni sociali che, a partire dai primi decenni del ventesimo secolo, aprendo alle donne nuove prospettive lavorative (derivate dalla perdita di lavoro maschile durante e dopo il primo conflitto mondiale) e culturali (con l'accesso all'istruzione anche universitaria) ne avevano consentito alcune parziali conquiste di autonomia sociale ed economica. Nel successivo ventennio fascista le donne erano tuttavia

1. La Costituzione approvata dall'Assemblea Costituente il 22 dicembre 1947 e in vigore dal gennaio 1948 afferma principi che in seguito sono stati proclamati nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, approvata dall'Assemblea dell'ONU il 10 dicembre 1948.

considerate socialmente in quanto mogli e madri ed erano prive di diritti politici: solo nel 1946 saranno ammesse al voto.

L'adeguamento del diritto di famiglia ai principi costituzionali non è stato facile né breve: in un percorso di quasi trent'anni l'affermazione dell'uguaglianza, favorita dalla rapida evoluzione del costume sociale e da specifiche pronunce dei giudici, anche costituzionali², ha prodotto graduali modifiche legislative che hanno introdotto nel nostro Paese istituti fortemente innovativi.

Nel 1970 il divorzio è stato riconosciuto dalla legge: l'opposizione della parte più conservatrice della politica e dell'opinione pubblica, che ne aveva chiesto l'abrogazione con il referendum del 1974 è stata superata dal voto contrario della netta maggioranza dei cittadini³.

Una sorte analoga ha avuto il percorso legislativo verso la depenalizzazione e regolamentazione dell'aborto, tanto diffuso nella clandestinità quanto accanitamente negato, da parte di forze politiche e sociali agguerrite e apparentemente prevalenti, che si sono ancora una volta rivelate nettamente minoritarie alla prova referendaria del 1981⁴. La legge 22 maggio 1978 n. 194 "*Norme per la tutela della maternità e sull'interruzione volontaria di gravidanza*" è frutto di una difficile mediazione parlamentare durata anni, accompagnata da una grande mobilitazione e dall'impegno di ampi settori della società civile in cui il movimento delle donne ha agito come lievito e come soggetto capace di promuovere conquiste storiche.

La riforma del diritto di famiglia è maturata nella cultura giuridica, nella giurisprudenza e infine nei progetti parlamentari: l'introduzione del divorzio ha agito come spinta finale per la sua approvazione avvenuta nel 1975⁵, a conclusione di un iter parlamentare durato anni.

2. Tra il 1968 e il 1971 la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionali sia la norma che puniva l'adulterio commesso dalla donna diversamente da quello maschile, sia il reato di propaganda anticoncezionale, previsti entrambi dal codice penale del 1930. Con la storica sentenza n. 27/1975 la Corte, pronunciando l'illegittimità della punizione dell'aborto "terapeutico", necessario per evitare gravi rischi alla salute della madre, ha aperto la strada verso la regolamentazione dell'interruzione volontaria di gravidanza introdotta con la legge n. 194/1978.

3. La legge 1/12/1970 n. 898 sullo scioglimento del matrimonio è stata sottoposta a referendum abrogativo che è stato respinto, con una maggioranza del 59,26%, il 13 maggio 1974.

4. Il Movimento per la vita che raccoglieva la parte più integralista del mondo cattolico si era opposta recisamente all'approvazione della legge e ne aveva chiesto l'abrogazione tramite referendum, che nel maggio 1981 ha ricevuto il 68% di no. Anche i referendum proposti dai Radicali per la liberalizzazione dell'aborto sono stati bocciati.

5. La legge 19/5/1975 n. 151 ha modificato il 1° libro del codice civile che regola la capacità delle persone, il matrimonio, la filiazione, le successioni.

La legge 19 maggio 1975 n. 151 ha riformato il regime legale della famiglia, abrogando e modificando gran parte della normativa contenuta nel 1° libro del codice civile fascista.

Il diritto di famiglia subisce sostanziali cambiamenti: è superata la subordinazione giuridica della moglie e viene riconosciuta l'uguale dignità delle sue scelte di vita rispetto a quelle del marito; l'unità familiare fondata sul predominio maschile non è più considerata valore prevalente sul rapporto di affetto e rispetto tra i membri della coppia. Anche ai figli minorenni viene riconosciuta una nuova dignità: l'autorità dei genitori, in precedenza indiscutibile, trova un limite nel rispetto delle capacità, inclinazioni, aspirazioni dei figli a cui devono ispirarsi l'educazione e l'esercizio della "potestà" non più attribuita solo al padre, ma a entrambi i genitori.

La riforma lascia invece in posizione defilata e in parte discriminata i figli nati fuori dal matrimonio, che dovranno attendere sino al 2014 per avere un pieno riconoscimento dei loro diritti pari a quelli dei figli nati da matrimonio, secondo criteri di uguaglianza affermatasi progressivamente nel diritto vivente grazie a pronunce giurisprudenziali.

2. Le famiglie ieri e oggi

A partire dagli anni '70 del '900 in relazione alle conquiste di uguaglianza e autonomia culturale ed economica delle donne, e al cambiamento della struttura normativa, la famiglia è riconosciuta come luogo di relazioni affettive e solidali tra pari, in cui i rapporti sono più liberi e meno definitivi, ma anche meno definiti. Le separazioni e i divorzi consentono la nascita di nuove coppie, in cui crescono figli nati dai precedenti legami e nascono nuovi figli; sempre più spesso le convivenze sono preferite ai matrimoni; il crescente fenomeno dell'immigrazione e della globalizzazione delle relazioni interpersonali, comporta la diffusione di famiglie multietniche o multinazionali in cui i rapporti sono regolati da sistemi legali disomogenei; si comincia a parlare di "famiglie" per sottolineare come un unico paradigma sociale e giuridico non sia più adeguato alle trasformazioni sociali in atto.

Nell'ultimo trentennio del secolo scorso la vita familiare subisce ulteriori rapide evoluzioni che producono modifiche nel diritto vivente, alimentato dalle pronunce della giurisprudenza nazionale e delle Corti europee e internazionali⁶.

6. La Corte di Giustizia Europea con sede a Lussemburgo è un'istituzione dell'Unione Europea che ha il compito di garantire l'osservanza dei trattati fondativi dell'UE nell'interpretazione della legge dei vari paesi aderenti. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con

All'inizio del nuovo millennio la concezione sociale e giuridica della famiglia subisce una nuova e più rilevante trasformazione dall'affacciarsi di nuove condizioni che mettono in discussione la "naturalità" della famiglia, costituita da un uomo e da una donna e dai figli da loro generati.

Il continuo progresso globale di nuove e sempre più varie biotecnologie⁷ fa sì che la procreazione non richieda più necessariamente il contributo della coppia genitoriale: uno o l'altro dei componenti, o entrambi, possono essere estranei, geneticamente o totalmente, alla nascita di un bambino che può essere determinata da gameti di terzi e/o da gestazione negoziata.

Il nostro legislatore si trova di fronte a una realtà che da altri paesi è penetrata nella nostra vita sociale: anziché prenderne atto e cercare di regolarla contemperando gli interessi eventualmente in conflitto, sceglie di limitare e contrastare le pratiche di procreazione medicalmente assistita.

La legge 19 febbraio 2004, n. 40 "*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*" approvata dopo un lungo e controverso iter parlamentare, stabilisce divieti e introduce sanzioni anche penali che tuttavia si sono rivelate inefficaci, sia perché sono state ripetutamente dichiarate illegittime da pronunce di Corti nazionali ed europee, sia perché non hanno potuto impedire il ricorso sempre crescente a tali pratiche, all'estero, da parte di coppie che non potrebbero esservi ammesse secondo il nostro diritto.

L'interconnessione tra diversi sistemi familiari legalmente riconosciuti in altri paesi e l'adeguamento della mentalità diffusa anche in Italia a un'idea di famiglia diversa da quella sancita dal costume e dalla legge, hanno portato all'attenzione dell'opinione pubblica realtà trascurate se non ignorate fino a pochi anni prima. Sono state così proposte al parlamento forme di riconoscimento delle relazioni di coppia non fondate sul matrimonio e nello stesso tempo, insieme con la messa in discussione della "naturalità" della procreazione, è stato messo in dubbio l'altro presupposto ritenuto tradizionalmente imprescindibile per la costituzione del legame coniugale, vale a dire quello della differenza di genere nella coppia. In tal modo è stata posta ed è via via cresciuta una forte richiesta di riconoscimento legale non solo delle relazioni familiari di fatto, ma in particolare di quelle esistenti tra persone dello stesso sesso, per ciò solo escluse dalla facoltà di contrarre matrimonio⁸.

sede a Strasburgo è un organismo internazionale (non dell'UE) che ha il compito di garantire l'osservanza dell'omonima Convenzione (CEDU). La Convenzione è stata adottata e la Corte è stata istituita dal Consiglio d'Europa, organismo internazionale composto da 47 membri, sorto dopo la 2^a guerra mondiale, con lo scopo di promuovere la democrazia e i diritti umani.

7. La nascita della prima "bambina in provetta" era avvenuta in Inghilterra nel 1978.

8. I primi disegni di legge per la regolamentazione delle coppie di fatto (Di Co) risalgono al 2007.

Tale istanza è stata trascurata dal legislatore quando ha riscritto in gran parte le norme del 1° libro del codice civile, integrando in esse le modifiche introdotte da alcune leggi speciali e riformulando il “nuovo codice della famiglia” in vigore dal 2014⁹. Il principale effetto di tale riforma, che va idealmente a completare l’adeguamento ai principi costituzionali di quella del 1975, è la cancellazione di ogni residua differenza tra figli “legittimi” e “illegittimi” o “naturali” e l’affermazione della piena parità di diritti per ogni figlio, indipendentemente dallo *status*, matrimoniale o meno, dei genitori.

Il nostro Paese era tra i pochi nel mondo occidentale che non regolamentava per legge le forme di vita familiare non rientranti nello schema matrimoniale, nonostante venisse richiamato a farlo da pronunce della Corte EDU e della nostra Corte costituzionale. Era ormai difficile continuare a discriminare situazioni pacificamente accolte e riconosciute nelle legislazioni di paesi storicamente e giuridicamente affini al nostro e parte della stessa Comunità Europea.

Dopo vari tentativi falliti, e a conclusione di lunghe battaglie parlamentari e di vivaci dibattiti nell’opinione pubblica, è stata finalmente varata la legge 20 maggio 2016 n. 76.

Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze

Art. 1

Istituisce l’unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione e reca la disciplina delle convivenze di fatto.

La legge riconosce quindi non una “nuova” famiglia, ma solo una formazione sociale in cui si sviluppa la persona, ai cui membri devono essere riconosciuti e garantiti i diritti inviolabili dell’uomo, senza alcuna discriminazione. L’unione civile non è assimilabile al matrimonio, per il quale la diversità di genere rimane presupposto indiscutibile.

Sul tema eticamente sensibile del riconoscimento del rapporto di genitura tra i membri delle coppie *same sex* e i bambini che vivono al loro interno un legame affettivo e sociale ma non necessariamente genetico, il legislatore non ha saputo raggiungere una sintesi tra le diverse e contrastanti posizioni emerse in parlamento e nel Paese. Il tema del riconoscimento alla

9. La riforma è stata disposta dal Parlamento con la legge 10/12/2012 n. 219 che ha delegato al Governo la riscrittura delle norme, integrando le modifiche intervenute. Il successivo Decreto Legislativo 28/12/2013 n. 154 è entrato in vigore il 7 febbraio 2014.