

IL GOVERNO DELLA FAMIGLIA. INTRODUZIONE AI LAVORI

Valeria Fabj¹

Il titolo del nostro Seminario non è casuale. Lo usò il Santoro Passarelli nel 1953 pubblicando un saggio sulla rivista “Justitia”. Noi lo abbiamo mutuato dal linguaggio di coloro che studiano le società politiche proprio perché, venuta meno l’immunità del diritto di famiglia come diritto speciale, ora contaminato dal diritto comune sostanziale e processuale a causa del fenomeno massiccio del numero dei processi di separazione e divorzio, che **ha causato l’implosione delle strutture giudiziarie** (per non parlare dell’implosione di quelle del Tribunale per i Minorenni, che oggi non ha strutture idonee per la tutela giurisdizionale dei figli minori di genitori non coniugati). È dunque **necessario più che mai ampliare il confronto e la collaborazione tra gli avvocati e i magistrati** perché la famiglia in crisi sia governata – **non tutelata o protetta** – da norme sostanziali lineari e da regole processuali semplici, uguali per tutti questi processi, caratterizzati non più dalla “discrezionalità”, ma dalla “garanzia” del governo dei diritti, siano essi di cittadino persona minore, che di cittadino adulto.

L’AIAF è rimasta colpita negativamente dal disegno di legge n. 577 (Senatore Saro) che propone di conferire ai notai la competenza, in materia di separazione consensuale e divorzio congiunto, prevedendone la stipula nelle forme delle convenzioni matrimoniali (con il solo vincolo dell’omologa del Tribunale nell’ipotesi di presenza dei figli minori) e dalle proposte emerse al Congresso di Torino dei “dottori commercialisti e degli esperti contabili” tese a sottrarre agli avvocati ambiti di attività loro riservata per legge, così come dai suggerimenti sul **diritto collaborativo**.

L’AIAF ribadisce come principio irrinunciabile l’attribuzione, in via esclusiva, **alla giurisdizione togata** dei procedimenti che hanno ad oggetto i diritti e lo status delle persone, nonché i conflitti familiari, mentre le proposte in corso contrastano con i progetti di legge di riforma dell’ordinamento forense, nei quali si riconosce la funzione e il valore della specializzazione forense, e con il progetto, da sempre obbiettivo dell’AIAF, dell’istituzione di **sezioni specializzate** (nel diritto

¹ Avvocato del Foro di Bologna, componente del Direttivo nazionale AIAF e presidente AIAF Emilia Romagna.

della famiglia e delle persone) presso il Tribunale ordinario, affinché la tutela giurisdizionale dei diritti personali e relazionali dei soggetti, coincidano col principio di legalità.

L'AIAF ha sempre considerato "altra" la funzione amministrativa del Tribunale per i Minorenni (che ha ambiti di competenze, magari complementari, ma diverse da quelle della tutela giurisdizionale) perché l'obsoleto concetto di "protezione" della persona o "della famiglia" non può essere il criterio fondante del "governo" della famiglia che, nella sua dinamica, presuppone l'intervento dell'autorità giudiziaria ordinaria là ove sia necessario tutelare la persona – anche minore di età – che si trovi per cause personali o familiari in condizione di dover ricorrere alla legge.

La legge nazionale e le convenzioni internazionali non lasciano spazio a che i diritti soggettivi del minore non siano tutelati in sede giurisdizionale! Così come nessun dubbio deve sorgere sulla funzione giudicante del giudice, terzo imparziale, nel procedimento che si deve svolgere nel rispetto dei principi sanciti dall'art. 111 Costituzione.

Il giudice, nel processo, **giudica e tutela i diritti delle persone**. E il giudice del processo della famiglia e della persona, sa bene che non esiste giustizia senza il rispetto **del principio del contraddittorio, del diritto di difesa, della parità delle parti e della ragionevole durata del processo**.

L'attuale segnale che il Senato della Repubblica manda ai giuristi della famiglia, con i due disegni di legge n. 1211 e n. 1411 in discussione davanti alla Commissione Giustizia (primo firmatario il suo Presidente) ci dà concreta speranza che gran parte di competenze civili inerenti la materia familiare, vengano – in tempi brevi – attratte nell'ambito del Tribunale ordinario, sia per quanto attiene le questioni di stato, sia per quanto attiene la problematica inerente i figli naturali. L'uno abroga l'art. 317 *bis* c.c. e l'altro demolisce gran parte dell'art. 38 disp. att. c.c.

Così, al Tribunale per i Minorenni resterebbe la giurisdizione penale sui minori e – in sede civile – l'istituto dell'adozione e i problemi relativi alla decadenza dalla potestà (art. 330 c.c.), in attesa di una più complessiva riforma.

Gli avvocati esperti in materia e in particolare i nostri Colleghi associati che sono impegnati a "sperimentare" la difesa del minore nei procedimenti davanti al Tribunale per i Minorenni, sanno come questo giudice sia ancora lontano dall'estensione del principio del contraddittorio, del diritto di difesa, della parità delle parti, tuttora ritenuti non compatibili con la finalità del procedimento minorile, strutturato per favorire la protezione del minore (comunicato stampa dell'AIMMF ottobre 2008).

Mesi e mesi occorrono per ottenere la fissazione di procedimenti urgentissimi... anni, per arrivare a un decreto definitivo, quando oramai – spesso – non serve più... Costi alti, morali e materiali, per i cittadini (che vanno eliminati al più presto) perché possono trovarsi con due processi uguali e contemporanei.

La Legge n. 54/06 (affido condiviso), licenziata dal Parlamento dopo una serie di modifiche processuali che hanno inutilmente appesantito i processi di separazio-

ne e di divorzio, aveva dato speranza che fossero accorpate davanti al Tribunale ordinario anche le questioni inerenti i figli di genitori non coniugati.

Proprio perché – come sottolinea Andrea Graziosi² – *“all’art. 4 delle disposizioni finali, la Legge n° 54/06 recita al punto 2: Le disposizioni della presente legge si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati”*.

“Purtroppo, la dottrina si è divisa su questo punto tra coloro che sostenevano che la permanenza dell’art. 317 bis c.c. – regolato giurisdizionalmente dall’art. 38 disp. att. c.c. – confermava la competenza del Tribunale per i Minorenni, per le questioni inerenti l’affidamento dei figli naturali e chi, viceversa, affermava che i riformati art. 155 c.c. e 155 bis c.c. dettavano criteri nuovi e assorbenti, rispetto all’art. 317 bis c.c. (da ritenersi tacitamente abrogato) per cui anche la sorte dei figli naturali sarebbe stata decisa dal Tribunale ordinario che, oltre che sull’affidamento condiviso o non, avrebbe provveduto anche sulle questioni inerenti il mantenimento”.

Ricorderete che proprio il Tribunale per i Minorenni di Milano sollevò l’eccezione di competenza e che la Cassazione con l’oramai famosa ordinanza 3 aprile 2007 n. 8362 tolse ogni speranza, azzerando il contrasto in dottrina.

Il lineare commento all’ordinanza, di Andrea Graziosi³, fa comprendere quanto risulti deteriore, per il figlio naturale una risposta frazionata con la perdita di quella valutazione globale (*tota regiudicata perfecta*) che soltanto una cognizione, estesa anche alle conseguenze patrimoniali dell’affidamento, può assicurare.

“Lo sdoppiamento di competenze ‘comporta un evidente sacrificio del principio della concentrazione delle tutele che è aspetto centrale del canone della ragionevole durata del processo, oggi costituzionalizzato dall’art. 111 Cost.”.

Grazie dunque al Presidente della Commissione Giustizia del Senato che, senza attendere i tempi necessari con i quali, inevitabilmente, il Governo nella persona della sottosegretario senatrice Alberti Casellati, dovrà confrontarsi prima di trovare un accordo sull’auspicato Tribunale della Famiglia, ci fornirà – ce lo auguriamo – il mezzo tecnico col quale attuare la tutela giurisdizionale della famiglia e delle persone.

Il “Tribunale della Famiglia”

L’AIAF nutre perplessità non da oggi, e ha sempre pensato a sezioni presso i Tribunali ordinari, con giudici e avvocati specializzati che governino la crisi familiare in tempi rapidi, seguendo il principio costituzionale del giusto processo, abbandonato il concetto di protezione della persona o della famiglia, e valutata la

² Graziosi, *I processi di separazione e divorzio*, Torino, 2008.

³ Graziosi, *Il diritto di famiglia e delle persone*, 4, Milano, 2007, 1629-1637.

capacità della persona⁴. Non più, dunque, interventi fondati su una valutazione discrezionale del giudice, ancorato a invasione della sfera di libertà della persona e a una limitazione dei suoi diritti soggettivi, ma un giudice togato con formazione specialistica. Percorso che noi tutti, avvocati AIAF, perseguiamo da anni e con continuo aggiornamento.

Accorpendo questi principi, ai processi così detti “familiari e della persona”, noi miriamo a una riforma che **salvaguardi totalmente da ingerenze (come l’ipotetico preventivo ausilio/controllo da parte di centri di mediazione familiare, o di servizi sociali, o di “uffici di conciliazione”) l’autonomia negoziale dei coniugi, sia nella regolamentazione dei loro rapporti personali che economici e anche nella veste di genitori con il riconoscimento della loro piena capacità e responsabilità genitoriale nell’assunzione di decisioni che riguardano i loro figli.** Fatta ovviamente salva la funzione del Tribunale, riunito in Camera di Consiglio, per le decisioni di sua competenza.

Tra gli argomenti che abbiamo scelto, per parlare del governo della famiglia, vi sono quelli della **posizione della famiglia nella Costituzione italiana... del matrimonio: da negozio giuridico a contratto** (con quello che segue). Tema fortemente dibattuto a causa del problema della sistemazione dogmatica delle invalidità del matrimonio con riferimento alle categorie (peraltro non da tutti ammesse) e per le limitazioni circa gli accordi prematrimoniali, non consentiti dall’ordinamento, per contrasto con gli **articoli 5 e 9** della legge n. 898/70 (divorzio)... **della concorrenza giurisdizionale Stato/Chiesa** (che vede quasi sempre soccombente la giurisdizione dello Stato, a causa della velocità con cui la Chiesa affronta i due gradi del giudizio, necessari per la pronuncia di nullità) e la conseguente azione per la delibazione della sentenza, da parte del giudice dello Stato (la Corte d’Appello civile)...

Non intendo elencare i temi sui quali gli Illustri Oratori argomenteranno. Sono tutti di estremo interesse!

Mi limito a ringraziare tutti gli straordinari docenti che ci consentono di vivere questo momento di studio.

Un ringraziamento particolare al Senato della Repubblica che – con fiducia – patrocina i nostri lavori; al senatore e collega Berselli che, giuridicamente, è vicino alle tesi AIAF (e ha mobilitato il Governo). Ringrazio ovviamente il senatore Caliendo e la senatrice Alberti Casellati che partecipano ai nostri lavori, il presidente della Corte d’Appello, il presidente del Tribunale, i consiglieri, i presidenti dei Tribunali della Regione che hanno espresso la loro solidarietà, infine – proprio perché ci rappresenta – l’avvocato Lucio Strazziari presidente del Consiglio dell’Ordine degli avvocati di Bologna e, per ultimo, ma indubbiamente primo nel pensiero di noi tutti, il primo presidente della Corte di Cassazione che ci dedica il suo appoggio.

• • •

⁴ Intervento dell’avvocato Milena Pini al XXVII Convegno Nazionale AIMMF “Il giusto processo e la protezione del minore”, Brescia, 23-25 ottobre 2008.