

AFFIDAMENTO AI SERVIZI SOCIALI

Lucrezia Mollica

Per aiutare tutti noi, all'inizio di questi tre incontri, a capire di cosa vogliamo parlare, mi è parso utile non dare nulla per scontato, tornare con la fantasia sui banchi di scuola e aprire il vocabolario: Ed ecco allora, alcuni termini con cui avremo parecchio a che fare:

- **Affidamento**: dare in custodia, deriva da fides ad, fiducia verso. Consegnare all'altrui capacità, cura e discrezione
- **Potestà**: deriva da potestas, atis, s. f. potere:diritto giuridicamente riconosciuto all'esercizio di un potere e delle funzioni con questo connesse.
- **Patria potestà**: complesso di poteri e protezione a tutela del figlio minore non emancipato, un tempo attribuiti al padre e attualmente ad entrambi i genitori, per cui alla patria potestà è sostituita la potestà dei genitori.
- **Responsabilità** (dal latino responsum): l'essere chiamati a rispondere delle proprie azioni e dei propri comportamenti rendendone ragione e subendone le conseguenze.

Vorrei soffermarmi sulla differenza tra la potestà e la responsabilità

Mi sembra che la prima, indicando un potere verso un terzo, sia pure un figlio, trasmetta il messaggio di un ruolo essenzialmente normativo che si interrompe con il sopraggiungere della maggior età (se non per un residuo dovere al mantenimento del figlio non economicamente autosufficiente), mentre alla seconda si accompagna l'idea di un'attenzione che prosegue negli anni, si affievolisce, si modifica, ma non scompare. **Meno potere, dunque, nell'esercizio della responsabilità genitoriale, ma senza dubbio un impegno maggiore rendendone ragione e subendone le conseguenze** (ho due figli ampiamente maggiorenni, mentre so perfettamente che la potestà è cessata, la responsabilità me la sento ancora tutta...)

E non a caso ho voluto sottolineare questo riferimento alla responsabilità, concetto che tornerà sotto diversi aspetti , nel corso di questi nostri incontri.

Dal concetto di potestà a quello di responsabilità.

Il codice civile del 1942 prevedeva ancora la patria potestà 315- 316 (ricordiamo che era prevista ancora la potestà maritale 144), termini che suggeriscono atmosfere di padre-padrone, di figlio come proprietà del padre. Questo concetto subì già un primo ridimensionamento con l'avvento della costituzione che recita all'art 30 **“E` dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio.”**Art. 147 Doveri verso i figli **“ Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli”.**

Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli.

Il legislatore nel 1975 ha compiuto un passo avanti, abolendo la potestà maritale, abolendo la patria potestà e sostituendola con la potestà dei genitori; un concetto che racchiude in sé una contraddizione tra il potere di chi decide ed il contestuale riferimento ad entrambi i genitori.

Forse nel 1975 era troppo presto per accogliere il concetto di responsabilità, tuttavia quanto meno con la novella 54/06 che ha introdotto l'affido condiviso, sarebbe stata cosa buona e giusta sostituire al termine potestà, il ben più completo e ricco concetto di responsabilità genitoriale. Così non è stato e, come vedremo, l'art 155 fa ancora riferimento alla potestà genitoriale.

Il concetto di responsabilità è invece assolutamente in uso nella legislazione convenzionale.

Si legge, infatti, nell'art 5 della Convenzione dei diritti del fanciullo di NY ,1989, ratificata nel 2001: **“Gli Stati parti rispettano la responsabilità, il diritto e il dovere dei genitori o, se del caso, dei membri della famiglia allargata o della collettività, come previsto dagli usi locali, dei tutori o altre persone legalmente responsabili del fanciullo, di dare a quest'ultimo, in maniera corrispondente allo sviluppo delle sue capacità, l'orientamento e i consigli adeguati all'esercizio dei diritti che gli sono riconosciuti dalla presente Convenzione.”**

Responsabilità è dunque l'onere di contribuire alla crescita dei minori, non tanto imponendo la propria volontà, ma rispettando le sue inclinazioni e orientamenti.

E addentrandoci nel tema specifico di questi incontri, osserviamo come la Convenzione faccia riferimento ad una eventuale responsabilità a carico della collettività e alle persone legalmente responsabili del fanciullo; e dunque una responsabilità che non strettamente e necessariamente genitoriale.

Altro fondamentale punto di riferimento in tema di responsabilità genitoriale è IL REGOLAMENTO (CE) n. 2201/2003 DEL CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA.

Nel quadro di un progressivo ampliamento della cooperazione giudiziaria in materia civile, il 29 maggio 2000 il Consiglio dell'Unione Europea approvava il Regolamento (CE) n.1347/2000, **relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi**. Come si comprende dall'intitolazione, esso riguardava fundamentalmente i casi di scioglimento del matrimonio e, in caso di figli comuni, i conseguenti provvedimenti sull'affidamento e sul cosiddetto diritto di visita. Ne restavano quindi escluse tutte le questioni estranee alla materia matrimoniale, vale a dire le decisioni sull'affidamento di figli naturali (e dunque la materia della famiglia di fatto), e quelle concernenti la decadenza e la limitazione della potestà genitoriale, attribuite in Italia ai tribunali per i minorenni.

A distanza di nemmeno due anni, il 27 novembre 2003, il Consiglio dell'Unione Europea ha approvato un nuovo strumento normativo comunitario: **il Regolamento n. 2201/2203 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che è entrato in vigore il 1° agosto 2004 ed è pienamente applicabile dal 1° marzo 2005**. Viene conseguentemente sostituito ed abrogato a far tempo da quella data il Regolamento (CE) n. 1347/2000.

Su tutta questa materia interviene ora il nuovissimo **Regolamento Comunitario 2201/2003**, comando una lacuna sempre più avvertita e ponendo d'altra parte all'interprete italiano delicati problemi di coordinamento. Vediamo in estrema sintesi di cosa si tratta.

L'ambito di applicazione del Regolamento è definito nell'art. 1, secondo il quale esso si applica alle materie civili relative al divorzio alla separazione e all'annullamento, e a quelle relative “all'attribuzione, all'esercizio, alla delega, alla revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale”. La nozione di responsabilità genitoriale è chiarita nell'art. 2: essa comprende **“i diritti e i doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge, o di un accordo”** e comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita. In tutte queste materie, in base alla disposizione contenuta nell'art. 21, **“le decisioni pronunciate in uno Stato membro sono riconosciute negli altri Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento.”**

Sono tuttavia previsti (art.23) alcuni casi in cui le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non vengono riconosciute. I più significativi sono i seguenti: **a) quando, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico; b) quando (salvi i casi di urgenza) la decisione è stata presa senza che il minore**

abbia avuto la possibilità di essere ascoltato; c) quando è stata presa con violazione dei diritti del contraddittorio; d) su richiesta del genitore che non ha avuto la possibilità di essere ascoltato e che considera la decisione lesiva della sua responsabilità genitoriale.

In nessun caso la decisione del giudice dell'altro Stato può formare oggetto di un riesame nel merito (art. 26).

C'è da augurarsi che il nostro legislatore riesca ad adeguarvi la nostra normativa, così da rendere meno ardua l'opera dell'interprete, e più agevole la piena e leale applicazione delle nuove disposizioni comunitarie. In tal modo, le decisioni dei giudici italiani che abbiano trascurato l'ascolto del minore rischiano di non essere riconosciute in ambito comunitario.

Ancora per dare uno sguardo generale di natura giuridica alla materia che stiamo trattando mi sembra importante chiarirci e distinguere fra *titolarità* ed *esercizio* della potestà genitoriale.

La *titolarità* "astratta" della potestà spetta ad entrambi i genitori nei confronti dei figli legittimi o dei figli naturali riconosciuti e viene meno solo in casi gravissimi ed eccezionali: morte del genitore o del figlio; decadenza; disconoscimento, ecc.

Titolarità della potestà ed esercizio della stessa coincidono, nel caso in cui la famiglia sia unita: la potestà dei genitori è esercitata infatti di comune accordo da entrambi i genitori (coniugati) (art. 316 c.c.) e **"se il riconoscimento del figlio naturale è fatto da entrambi i genitori, l'esercizio della potestà spetta congiuntamente ad entrambi qualora siano conviventi"** (art. 317 *bis* c.c.).

Ma cosa accade invece laddove si verifichi una rottura della compagine familiare? In che modo la nuova legge sull'affido condiviso, la legge n. 54/2006, incide sull'esercizio della potestà genitoriale?

La distinzione appariva in prima battuta più comprensibile prima della 54/06 laddove l'affido esclusivo faceva ben intendere come la titolarità rimanesse in capo a entrambi i genitori, mentre l'esercizio della stessa era compito dell'affidatario.

Rimaneva il diritto/dovere dell'altro genitore di vigilare e partecipare alle decisioni di maggior rilievo.

L'esercizio della potestà genitoriale segue dunque il regime di affidamento concordato dai genitori (in caso di definizione consensuale della vertenza coniugale) o stabilito dal giudice (in caso di conflitto processuale) nei seguenti termini.

In caso di affidamento condiviso – elevato con la legge 54/2006 a regola generale – **l'esercizio della potestà** genitoriale spetta ad entrambi i genitori, che limitatamente alle questioni di ordinaria amministrazione possono anche esercitarla separatamente, se così disposto dal giudice.

Nell'ipotesi, oramai residuale, di affidamento dei figli in via esclusiva ad un solo genitore, l'esercizio della potestà – per tutto quanto concerne le questioni di ordinaria amministrazione spetta unicamente al genitore affidatario.

Resta fermo che sia in caso di affido condiviso sia nell'ipotesi di affido esclusivo, l'esercizio della potestà per quanto concerne **"le decisioni di maggior interesse per i figli, relative all'istruzione, all'educazione e alla salute, sono assunte di comune accordo fra i genitori..."**

L'unica differenza dunque, fra le due ipotesi di affido condiviso e affido esclusivo, rimane dunque confinata alla gestione della ordinaria amministrazione dei figli, ove le quotidiane decisioni sulla vita dei bambini sono rimesse unicamente ai genitori che ne hanno l'affidamento.

Vediamo dunque come l'aver elevato il regime di affido condiviso a regola generale non abbia poi modificato più che tanto la quotidianità, e direi anche la litigiosità delle relazioni personali tra genitori separati; ha cambiato di molto però la percezione culturale della frattura delle convivenze, siano esse matrimoniali o di fatto: non si è più coppia, si è comunque e sempre genitori: con la medesima responsabilità, ancorchè con compiti differenti.

E se anni fa sembrava fantascienza poter accettare l'idea di un affido condiviso come criterio generale (ricordo ancora i dibattiti, le prese di posizione contro...) altrettanto fantascientifica

appare ancor oggi l'idea di una accettazione se non proprio condivisa, almeno compresa di affido ai servizi sociali.

Ricordo come fosse posta quasi l'alternativa tra affido condiviso e affido a terzi: o tutti i nessuno. Ebbene, dovrebbe passare il messaggio che affido ai servizi è un affido non sanzionatorio, ma di aiuto e sostegno: in un momento di crisi, di delicata ridefinizione dei ruoli vi solleviamo provvisoriamente dalla responsabilità genitoriale per sostenervi ed aiutarvi a riconquistarla. Fantascienza? Forse! Ma è una sfida interessante, alla quale tutti noi siamo chiamati, ma direi in misura maggiore proprio i servizi..

Occorre una precisazione in merito alla possibilità, alla luce dell'art 155 di affidamento a terzi della prole.

Il nuovo art 155 sembra aver "dimenticato" la possibilità di un affido a terzi, fattispecie che invece era presente nella precedente formulazione ed esiste tuttora nella disciplina del divorzio, sia pure con un anomalo riferimento all'affidamento familiare

In realtà laddove si afferma **"per realizzare la finalità indicata dal primo comma, il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa."** Questa ampia allocuzione è stata interpretata nel senso che, nell'interesse del minore, può essere assunto qualunque provvedimento, ivi compreso dunque l'eventuale, se necessario, affido a terzi. I nonni talvolta, ma quasi sempre l'Ente e dunque i servizi sociali (V sentenza cassazione 24907/08).

E anche qui vale la pena soffermarsi sul profondo significato di tale scelta. E ancora una volta occorre dire che un affidamento in termine di responsabilità piuttosto che di affidamento fine a se stesso. Perché responsabilità significa seria assunzione di un onere di guida e non tanto di potere, nell'ottica della responsabilità forse può individuarsi l'apparentemente impossibile quadratura del cerchio tra funzione di sostegno e funzione di controllo che da sempre appesantisce la funzione del servizio sociale. Approfondiremo questo aspetto parlando della comunicazione e delle relazioni

Milano ritiene rientrare nella competenza del Tribunale Ordinario la competenza e il potere per affievolire la potestà genitoriale in pendenza di un giudizio di separazione o divorzio.

La competenza del Tribunale per i Minorenni rimane per 317 bis, costanza di matrimonio e, ovviamente, decadenza.

In sintesi:

L'idea di responsabilità dovrebbe proprio essere lo snodo che vanifica l'antico, odioso divario tra sostegno e controllo. Il genitore, il servizio responsabile e non "potente" è quello che può anche assumere decisioni dure e spiacevoli, ma deve essere in grado di comunicare tali decisioni come sostegno alla crescita e non mera sanzione.

E' necessaria la collaborazione e comunicazione per raggiungere lo scopo comune dell'avvocato e dei servizi.

I servizi in alcuni casi sono contrari ad incontri che prevedono la presenza dell'avvocato: cosa ne pensate voi?

C.App. Bologna, 15 maggio 2009 - "ELEVATA CONFLITTUALITA' TRA CONIUGI ED AFFIDAMENTO DEI MINORI AI SERVIZI SOCIALI"

Qualora la conflittualità tra i coniugi sia talmente radicata da condurli a considerare i figli uno strumento per conquistare la supremazia l'uno sull'altro, non può escludersi l'opportunità di affidare i minori ai Servizi Sociali, in considerazione dell'incapacità dei genitori di rapportarsi ai figli in maniera adeguata.

È questo il nucleo della decisione con cui la Corte d'Appello di Bologna, allineandosi alla pronuncia dei giudici di prime cure, ha confermato l'affidamento di due fratellini ai Servizi Sociali, rilevata la perdurante incapacità dei genitori di relazionarsi idoneamente ai figli.

Tuttavia, in parziale riforma della sentenza impugnata, la Corte Territoriale ha accolto la richiesta materna di ottenere la collocazione di entrambi i minori presso di sé, favorendo in tal modo il riavvicinamento dei fratellini, interrotto a causa della separazione e dell'allontanamento della madre dalla casa coniugale. Con tale accortezza, i giudici hanno mostrato di privilegiare il forte legame esistente tra i due minori, oltre a prendere atto del disagio manifestato dal bambino collocato presso il padre, nell'esclusivo interesse del minore stesso.

Proprio tale ultima finalità, ossia l'interesse morale e materiale della prole, consente di assumere i necessari provvedimenti e giustifica, altresì, la possibilità dell'affidamento etero familiare, sebbene la soluzione non sia espressamente menzionata dalla legge 54/2006.

In conclusione, i minori restano affidati ai Servizi Sociali, con collocamento degli stessi presso la madre, nell'auspicio - osservano i giudici - anche di una comprensione da parte dei genitori delle proprie responsabilità per il malessere del minore, e di un appianamento dei contrasti finalizzato ad un recupero della serenità familiare.

Un certo disappunto di fondo è, tuttavia, inevitabile. Appaiono, infatti, alquanto fumose e sibilline le argomentazioni dei giudici circa le carenze genitoriali poste alla base del rigido provvedimento di affidamento ai Servizi Sociali. La Corte territoriale si limita a imputare una generica incapacità dei genitori di rapportarsi in maniera adeguata ai figli, prendendo così le distanze dal consolidato orientamento dei giudici di legittimità i quali, viceversa, circoscrivono il provvedimento de quo alle ipotesi in cui le carenze genitoriali siano connotate da una particolare - e minuziosamente decritta - gravità e serietà.