

Genitori separati e diritto di visita tra diritto interno e diritto internazionale

Avv. Manuela Angela Galli

E' di recente attualità il caso apparso in numerosi quotidiani del portiere del Brescia Sereni che a seguito di un'intervista rilasciata a fine partita ha dedicato la vittoria ai propri figli che non vede da diversi mesi. Altrettanto attuale è l'allarme denunciato dalla Caritas: *"Alle nostre mense aumentano i papà separati"* e, ancora, *"Tre utenti su dieci delle mense diocesane sono ex mariti che nonostante uno stipendio non riescono a far fronte alle spese di mantenimento, casa dove vive il figlio e proprio alloggio"*, indicando la percentuale del 25%.

E' indubbio che il sistema giuridico odierno, a seguito dell'introduzione della novella legislativa sull'affido condiviso improntata al principio della bigenitorialità, abbia cercato di approntare una sempre maggiore tutela ad entrambi i coniugi nella loro veste di genitori e, soprattutto, nel rapporto con i figli. Tuttavia, l'evoluzione delle leggi e della prassi nelle aule giudiziarie, ma anche dello stesso diritto vivente, è stata così intensa negli anni che oggi si assiste ad un panorama giuridico di decisioni alquanto variegata, spesso frutto di lacune nelle norme o anche solo di una diversa interpretazione delle stesse in un settore delicato qual è il diritto di famiglia e dei minori.

Com'è noto, la novella operata con la Legge n. 54/2006 ha inteso, tra l'altro, valorizzare l'esigenza del figlio minore di continuare a godere, anche nelle ipotesi di crisi coniugale, di un intenso rapporto con entrambi i genitori (art. 155 c.c.)¹. Diversamente quindi dal passato, ove la regola generale era quella dell'affidamento esclusivo e l'eccezione quella dell'affidamento ad entrambi i genitori, oggi la Legge impone di applicare in prima battuta l'affido condiviso e, solo residualmente, qualora ciò risulti contrario all'interesse del minore, che il Giudice disponga per quello esclusivo a favore di un solo genitore (art. 155 bis c.c.)².

Spesso e volentieri, è bene precisarlo, il rapporto difficoltoso con i figli nasce dal fatto che sono gli stessi genitori a non osservare (a volte a non comprendere) i provvedimenti emessi dai vari Tribunali ma, soprattutto, a non utilizzare quel minimo di "buon senso" che eviterebbe ai figli di trovarsi coinvolti, loro malgrado, nelle liti giudiziarie tra genitori. I Giudici, più o meno esperti nel campo del diritto di famiglia, non possono far altro che regolamentare gli accordi consensuali presi dalle parti ovvero stabilire dei criteri guida minimi da osservare, anche in contrasto con il principio ispiratore della Legge sull'affido condiviso che, nell'ottica sopra richiamata del principio del rispetto del minore alla bigenitorialità e quindi a mantenere rapporti equilibrati con entrambi i genitori, con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale, parrebbe lasciare ai genitori una più ampia libertà, per esempio di poter vedere i propri figli anche ogni giorno. Ciò presupporrebbe in prima battuta che vi siano tra i genitori rapporti civili anche soltanto in nome di quell'interesse morale e materiale del minore tanto invocato dalla Legge stessa.

Cosa fare quindi se, ad esempio, come accade oggi molto spesso, uno dei genitori priva l'altro coniuge del diritto di visitare il minore quando vuole o anche solo nel rispetto degli accordi raggiunti nelle aule giudiziarie? La tutela civilistica (art. 709 *ter* c.p.c.)³ e penalistica (art. 388 c.p.)⁴ appresta alcune misure atte a consentire al genitore privato di un diritto fondamentale, anche a livello costituzionale, di ottenere giustizia, riconoscendo

¹ Art. 155, I comma, c.c. *"Anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha diritto a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale"*.

² Art. 155 bis, I comma, c.c. *"Il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore"*.

³ Art. 709 *ter* c.p.c. *"Per le soluzioni delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento è competente il giudice del procedimento in corso. Per i procedimenti di cui all'art. 710 è competente il tribunale del luogo di residenza del minore. A seguito del ricorso il giudice convoca le parti e adotta i provvedimenti opportuni. In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento, può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente:*

1) ammonire il genitore inadempiente;
2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore;
3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro;
4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende.

I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari".

⁴ Art. 388, I e, in particolare per quanto concerne la trattazione, Il comma, c.p. *"Chiunque, per sottrarsi all'adempimento degli obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna, o dei quali è in corso l'accertamento dinanzi l'Autorità Giudiziaria, compie, su propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri atti fraudolenti, è punito, qualora non ottemperi alla ingiunzione di*

**STUDIO LEGALE
TSEMBERTZIS & GALLI**
Associazione professionale

nei casi più gravi, ma non solo, un diritto al risarcimento del danno morale, in ogni caso commisurato all'entità e alla gravità del fatto commesso.

Tuttavia, è anche vero che tra le mura domestiche, per la paura dei singoli di denunciare simili abusi all'Autorità Giudiziaria o invocarne la tutela, l'intervento del Giudice spesso non viene compreso né tanto meno eseguito, creando situazioni che sfuggono alla possibilità ultima di tutelare a 360° la figura del minore o, più in generale, della famiglia.

Nella puntata di Matrix andata in onda il 15 settembre 2010, vari esperti del diritto tra avvocati, magistrati, redattori della legge sull'affido condiviso, assistenti sociali, parlamentari e padri separati di pubblica notorietà hanno tentato di far chiarezza su questo complesso panorama giuridico di norme e sulle possibili soluzioni pratiche, ponendo particolare accento sulla situazione odierna di alcuni padri separati.

Rimane il fatto, comunque, che il Legislatore potrebbe fare sempre di più nell'interesse del minore che, ricordiamo, è l'unico soggetto in questi casi a non ricevere una forma adeguata di tutela.

Bisogna quindi arrivare ad istituire una figura professionale che si limiti alla sola tutela del minore? Un soggetto qualificato che entri nelle aule di giustizia per opporsi tenacemente alle continue liti tra i coniugi con l'utilizzo strumentale dei figli al fine di ottenere un maggior contributo economico o la suddivisione del patrimonio comune in misura diversa rispetto a quella concordata?

Perché, bisogna dirlo con chiarezza, la questione è quasi sempre economica nei casi più gravi di conflittualità tra coniugi: riuscirebbe infatti davvero difficile credere che una madre e/o un padre si sottraggano volontariamente ad un provvedimento giudiziale recando un danno ben maggiore al proprio figlio, soprattutto se di tenera età, e privandolo degli affetti familiari.

Guardando all'impianto normativo (sebbene spesso lacunoso), si legge che l'art. 155 *bis* c.c. rimanda ad un'idea di compartecipazione dei genitori nei compiti di cura e crescita del figlio, non consistendo l'affido condiviso nella suddivisione tra i genitori del tempo di permanenza con i figli, ma, in primo luogo, nell'assunzione condivisa della responsabilità e delle scelte genitoriali, almeno più importanti, e nel mantenimento di un costante rapporto di frequentazione e cura della prole.

Una sorta dunque di contitolarità dell'esercizio della potestà genitoriale riconosciuta ad entrambi i genitori che dovrebbe portare gli stessi ad un continuo confronto sulle decisioni da assumere nell'interesse dei figli, posto che quelle ritenute di "maggiore interesse" (di istruzione, di educazione e della salute) è evidente che debbano essere assunte di comune accordo, con la norma di chiusura che prevede l'intervento del Giudice come *extrema ratio*, in caso di disaccordo, e con un potere sostitutivo alla potestà primaria dei genitori.

Il diritto di visita del genitore non affidatario è quindi un dovere, ma anche un diritto dello stesso, che non può subire limitazioni nel suo esercizio, se non in casi gravi e comprovati, pena in difetto il ricorso alla tutela civile e penale.

Ricordiamo, sia pure sinteticamente, che alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione in materia di "diritto di visita del genitore non affidatario" hanno escluso la sussistenza di un rapporto di sinallagmaticità tra il diritto di visita del genitore non affidatario e il dovere del medesimo di fornire i mezzi necessari di sussistenza alla famiglia. Qualora al padre venisse impedito di vedere i propri figli, scatterebbe quindi automaticamente (naturalmente rivolgendosi all'Autorità Giudiziaria) il diritto di ottenere una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno morale, oltre alla condanna per chi commette il fatto ai sensi dell'art. 388 c.p. per non aver dato esecuzione dolosamente ad un provvedimento del Giudice.

E ancora si segnala che la Cassazione ha accolto la domanda di un padre separato che chiedeva di poter visitare e frequentare il figlio oltre gli orari ed i giorni stabiliti dal Tribunale, e che tale decisione è stata avallata anche dalla richiesta in tal senso da parte del figlio sentito dall'Autorità Giudiziaria.

Per inciso, l'ascolto del minore, previsto per legge a partire da una certa età (anche di età inferiore ai 12 anni, limite previsto dalla norma, se il minore è capace di discernimento) e con misure di protezione per le modalità in cui lo stesso viene esplicito, consente al Giudice di comprendere meglio quelle situazioni frutto di rapporti difficili sorti tra genitori e figli al fine della decisione finale e dell'addebitabilità ad un coniuge rispetto all'altro del grado di colpa per aver ingenerato tale situazione.

Per la Corte di Cassazione, un buon genitore dovrebbe prima di tutto sensibilizzare ed educare il figlio affidatogli (inteso come "collocato" materialmente presso la casa familiare, quindi ancora oggi normalmente alla madre) al rapporto con l'altro genitore, non creando situazioni complesse in cui il minore è evidentemente strumentalizzato per ottenere altri risultati o anche soltanto per una rivalse morale di un coniuge nei confronti

eseguire la sentenza, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da € 103 a € 1.032. La stessa pena si applica a chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile, che concerna l'affidamento di minori o di altre persone incapaci, ovvero prescriva misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito".

**STUDIO LEGALE
TSEMBERTZIS & GALLI**
Associazione professionale

dell'altro. Occorrerebbe quindi adottare comportamenti attivi e non limitarsi, tanto per fare un esempio, ad aprire la porta al coniuge che esercita in quel momento il proprio diritto di visita, in modo da non rendere troppo gravoso l'esercizio dello stesso sia dal punto di vista affettivo, pratico, sia da quello economico (il riferimento è alla distanza dai luoghi di residenza dei genitori separati).

Da ultimo, per completezza di analisi e senza pretesa di esaustività, vista l'ampiezza della materia, si segnala l'orientamento internazionale sul diritto di visita del genitore non affidatario nel caso di minore illecitamente trasferito o trattenuto all'estero dal genitore unico affidatario.

La Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori (l'Aja 25 ottobre 1980)⁵, resa esecutiva con legge in Italia, afferma che l'immediato rientro del minore illecitamente trasferito o trattenuto all'estero, ai sensi dell'art. 20 di questa Convenzione, possa essere domandato soltanto nel caso in cui il suddetto trasferimento o trattenimento abbia violato il diritto di custodia, e non quando abbia violato il solo diritto di visita dell'altro genitore.

Secondo la Convenzione, il "diritto di affidamento" comprende i diritti concernenti la cura della persona del minore e in particolare il diritto di decidere riguardo al luogo di residenza, mentre il "diritto di visita" comprende il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla residenza abituale del minore per un periodo limitato di tempo.

E' chiaro che da tale distinzione emerge una tutela affievolita del diritto di visita rispetto al diritto principale di affidamento. Da ciò consegue che, quando il genitore unico affidatario legittimamente si trasferisca all'estero portando con sé il minore, l'altro non possa pretendere il rientro immediato ai sensi della Convenzione dell'Aja, ma possa soltanto domandare all'Autorità Centrale indicata nella stessa Convenzione che siano adottate le misure necessarie per il ripristino del suo diritto di visita.

Prima facie sembrerebbe la creazione all'interno della Convenzione di un diritto più importante nel primo caso di intervenuta violazione della custodia rispetto al secondo di violazione del diritto di visita, ma tale non è, dal momento che nella motivazione della Sentenza questa sproporzione viene giustificata considerando il rischio maggiore di applicare, per situazioni di differente gravità, uno stesso rimedio, irragionevole dal punto di vista dell'interesse del minore.

Tra le tante pronunce in ambito nazionale e che riguardano questo aspetto di diritto interno-internazionale, si citano: Cassazione penale, sezione VI, pronuncia del 29 luglio 2008, n. 31717, che esclude la configurabilità di "legal kidnapping" se il genitore affidatario si trasferisce appunto all'esterno con il minore; Cassazione penale, pronuncia 4 aprile 2006, n. 7864.

In proposito è altresì da considerare il principio per cui le norme internazionali qualora esecutive nel nostro Paese debbono prevalere, in caso di conflitto, sulle norme interne. Un simile svilimento del rapporto genitore non affidatario-figlio non potrebbe trovare legittimazione nel nostro ordinamento, poiché in evidente contrasto con valori ed interessi costituzionalmente riconosciuti e garantiti (art. 30 Cost., art. 317 e 317 *bis* c.c. e art. 155 e 155 *bis* c.c.). Proprio l'art. 155 c.c. attribuisce infatti al genitore non affidatario il diritto, e al tempo stesso dovere, di partecipare alle scelte relative alla vita del figlio, quali possono il trasferimento della residenza del minore e il diritto di visita.

Naturalmente, l'esame concreto del singolo caso potrà – e dovrà – portare i Giudici e tutti gli operatori del diritto a trattare i singoli casi a volte in maniera differente tra loro: sebbene si possa ben comprendere come tale circostanza possa determinare nell'opinione pubblica una certa diffidenza ed incomprensione delle norme via via applicate dai Giudici, non bisogna infatti dimenticare che il diritto è anche "buon senso".

⁵ Tra le altre in materia: Convenzione sul riconoscimento delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento (Lussemburgo 20 maggio 1980); Convenzione in materia di protezione dei minori (l'Aja 5 ottobre 1961); Regolamento 2201/2003 (Bruxelles II). Per inciso la sottrazione di minore costituisce ipotesi di reato ex art. 574 c.p.