Inammissibile il ricorso al giudice per questioni di microconflittualità

Il presupposto per l'attivazione dell'intervento del giudice è che il mancato accordo tra i genitori sia insuperabile e che il contrasto costituisca un blocco delle funzioni decisionali inerenti alla vita del soggetto minore determinando un pregiudizio dei suoi interessi (Trib. Milano, sez. IX civ., 5 dicembre 2012).

Quindi, la procedura di cui all'art. 709 ter c.p.c. non è accessibile per dirimere ogni scontro genitoriale ma limitatamente agli "affari essenziali" del minore ossia istruzione, educazione, salute, residenza abituale (Trib. Milano, sez. IX, 7 luglio 2015).

TRIBUNALE MILANO

SEZIONE IX CIVILE

Ordinanza 23 marzo 2016 (est. G. Buffone)

Osserva

In fatto. Le parti hanno contratto matrimonio in data ….. e sono genitori di …., nata … 2012 e, dunque, in tenerissima età. Pende presso questo ufficio, giudizio di separazione giudiziale. La prima udienza (presidenziale) è stata tenuta in data …febbraio 2015.
Dall'udienza presidenziale, ad oggi, sono già stati emessi sette provvedimenti, sia del Presidente f.f. che del giudice istruttore. Sempre nell'arco di questo limitato periodo, sono intervenuti i Servizi Sociali e una consulenza tecnica

d’ufficio, i cui lavori sono in corso. Sono state celebrate sei udienze. In data 11 marzo 2016, sono stati pronunciati i provvedimenti provvisori urgenti ex art. 708 c.p.c. La trama argomentativa dell’ordinanza ex art. 708 c.p.c. ha messo in evidenza una gravissima, patologica e allo stato insanabile conflittualità dei genitori caratterizzata, tra l’altro, dal mancato rispetto dei provvedimenti giurisdizionali, dall’inadempimento delle parti agli obblighi a diverso titolo sanciti ex lege o per provvedimento del giudice (ad es., già quanto al padre, l’obbligo del mantenimento della figlia). Sin dalla data del 10 luglio 2015, la figlia della coppia è stata affidata al Comune di residenza, ex art. 333 c.c., con suo prevalente collocamento presso la madre. L’affidamento all’ente terzo non è venuto meno nel tempo e, anzi, è stato rafforzato con la cennata ordinanza dell’11 marzo 2016 che ha anche dato mandato ai Servizi Sociali di iniziare a valutare un collocamento protettivo della bimba, in famiglia ospitante o comunità. Con i provvedimenti provvisori, ancora per quanto qui interessa, il giudice ha regolato i tempi di frequentazione tra minore e genitori. Al capo IV, lettera d) del dispositivo (di particolare dettaglio, per prevenire litigiosità) il Presidente f.f. ha previsto quanto segue: «Festività pasquali. Con il criterio dell’alternanza, l’intero periodo delle festività pasquali con il padre e con la madre. Per l’anno 2016, il padre terrà la figlia con sé per le festività pasquali, fermo il criterio dell’alternanza per gli anni successivi». In data 22 marzo 2016, la difesa della madre ha presentato “istanza urgente” richiedendo quanto segue: «*voglia l’Ill.mo Giudice chiarire e specificare cosa occorra intendere per “festività pasquali”, in particolare se da intendersi dalla domenica di Pasqua alla sera del lunedì dell’Angelo e a che ora il prelievo ed il successivo riaccompagno della bambina e l’esatto luogo di prelievo e di riaccompagno*».

In Diritto. Ammissibilità dell’istanza.
L’istanza è palesemente inammissibile e della inammissibilità

dovrà tenersi conto anche ai fini del patrocinio a spese dello Stato, di cui sta beneficiando la parte attrice. La ricorrente non qualifica la propria istanza e, dunque, non individua la norma da cui discenderebbe il potere del giudice di intervenire in simile questione. D'altro canto, con uno sforzo interpretativo e di qualificazione, il Tribunale colloca la richiesta nell'ambito dell'art. 709-ter c.p.c. (potere di intervento per risolvere le controversie genitoriali). Così stando le cose, non è predicabile una competenza della giurisdizione adita. Questo Tribunale, con giurisprudenza consolidata, ha ripetutamente affermato quanto segue. La massiccia ingerenza voluta dal legislatore con l'innesto nel codice di rito dell'art. 709-ter c.p.c. presuppone, per potersi considerare legittima e in reale sintonia con gli obiettivi segnati dall'impianto normativo, che il mancato perfezionamento dell'accordo tra i genitori esercenti la responsabilità genitoriale sia accertato come insuperabile e che lo stesso integri, attraverso un significativo blocco delle funzioni decisionali inerenti alla vita del soggetto minore, un consistente pregiudizio dei suoi più pregnanti interessi. Diversamente opinando, in presenza di una forte difformità di vedute e di orientamenti educativi tra i genitori – difformità affatto rara ove si verta in vicende separative o divorzili connotate da accesa conflittualità interpersonale, nelle quali spesso si verifica l'incapacità delle parti di scindere la compromessa relazione di coppia dai profili di gestione del compito genitoriale – si avrebbe quale effetto che l'esercizio della responsabilità genitoriale, e proprio con riguardo alle questioni di maggior rilievo, finirebbe per concentrarsi sulla figura istituzionale del Giudice, con conseguente sostanziale svuotamento dello stesso esercizio da parte dei titolari della potestà medesima e accumulo di responsabilità in capo all'organo giudiziario. Di conseguenza, la pur prevista ingerenza giurisdizionale è da intendersi quale estremo rimedio nell'interesse della prole minore, quanto a dire come intervento del tutto residuale per i casi nei quali qualsiasi tentativo di accordo tra i genitori

sia definitivamente accertato come infruttuoso e, inoltre, tale disaccordo sia destinato a ripercuotersi sul minore in termini di serio, oggettivo ed altrimenti inemendabile pregiudizio (Trib. Milano, sez. IX civ., decreto 5 dicembre 2012, Pres. Servetti, est. Blandini).

In ogni caso, l'accesso al modulo risolutivo di cui all'art. 709-ter c.p.c. non è consentito al cospetto di qualsivoglia scontro genitoriale ma limitatamente agli "affari essenziali" del minore ossia istruzione, educazione, salute, residenza abituale (Trib. Milano, sez. IX, 7 luglio 2015); quanto a dire, per risolvere problemi di macro-conflittualità non essendo ipotizzabile un intervento del giudice per problemi di micro-conflittualità. In altri termini, non è dato ricorso al giudice per dirimere controversie aventi ad oggetto (guardando ai casi decisi in modo analogo), a titolo di esempio, "il taglio dei capelli del minore", "la possibilità per un genitore di delegare un parente per prelevare il figlio da scuola", "l'acquisto di un tipo di vestito piuttosto che un altro" e, così, la specificazione di dati di estremo dettaglio in ordine ai tempi di frequentazione. L'odierna controversia – cosa debba intendersi per "festività pasquali" – rientra nell'ambito di quei litigi, sintomo di patologica conflittualità – per cui non è dato ricorso all'art. 709-ter c.p.c. La richiesta è dunque inammissibile.

In Diritto. Problema sostanziale oggetto della controversia. L'inammissibilità dell'istanza non pregiudica il minore. Al cospetto di una conflittualità patologica che travolge finanche aspetti per i quali non è dato ricorso al giudice, il tribunale, attestata la inidoneità di padre e madre a svolgere il ruolo genitoriale, deve apporre limiti ex art. 333 c.c. alla loro responsabilità genitoriale, delegando il Comune di residenza per svolgere le funzioni di rappresentanza del fanciullo in loro vece; in caso di micro-conflittualità, ciascuno dei genitori, ben può rivolgersi in tal modo all'ente affidatario che può indirizzare i coniugi verso uno dei

servizi loro messi a disposizione (mediazione familiare, sostegno psicologico, supporto terapeutico, etc.).

In Diritto. Problema sostanziale oggetto della controversia. Inesistenza della materia del contendere. Nel caso concreto, tuttavia, occorre rilevare come la richiesta “urgente” sia, in realtà, fondata sulla omessa corretta valutazione del problema. Come è ben noto, le festività nazionali sono individuate direttamente dalla Legge e, per quanto qui interessa, per festività pasquali (cd. feste mobili) si intende, ex lege, il giorno della domenica (pasquale) e il giorno di lunedì dopo Pasqua, individuate per ciascun calendario annuale. Sfugge alla richiedente, in tal senso, l’art. 2 della legge 27 maggio 1949 n. 260 (disposizioni in materia di ricorrente festive) ove sono espressamente individuate le festività nazionali e, in particolare, i giorni di festa per la Pasqua. Sempre la legislazione prevede che la festività nazionale occupi il completo orario del giorno (da qui il diritto del genitore a cui compete la festività, di prelevare i figli sin dal mattino). Ne consegue che nessun intervento del giudice è ammesso ove è la legge (che, giova ricordare, le parti e soprattutto i difensori hanno l’obbligo di conoscere) a prevedere espressamente una soluzione esplicita al cospetto di dubbi interpretativi. Sotto tale aspetto non può non sottolinearsi la pretestuosità del conflitto tra i genitori. E’ opportuno ricordare che la conflittualità patologica dei genitori, ove consapevolmente coltivata in spregio alle misure giurisdizionali poste in essere dal giudice civile, è idonea a costituire in astratto notizia di reato, relativamente alla fattispecie di cui all’art. 572 c.p., ai danni del minore coinvolto. Su questo va fatta sin da ora ogni riserva riguardo alle comunicazioni all’ufficio di Procura. Si rendono, poi, necessarie delle ulteriori precisazioni, per il fatto che la controversie qui sub iudice sia riuscita a pervenire al Tribunale, non incontrando alcun filtro di contenimento.

In Diritto. Ruolo dell’Avvocato nei processi in cui coinvolti minori.
Al cospetto di una litigiosità esasperata dei genitori, avente ad oggetto finanche una res litigiosa inesistente e frutto, dunque, del solo desiderio di creare nuove occasioni di scontro, ove soprattutto si tratti di micro-conflittualità, gli Avvocati del processo hanno non solo il dovere ma invero l’obbligo di svolgere un ruolo “protettivo” del minore, arginando il conflitto invece che alimentarlo. Ciò alla luce di una interpretazione sistematica ed evolutiva dell’Ordinamento vigente, come risultante per effetto delle normative sopravvenute nel tempo. Giova muovere dalla primaria considerazione che l’Avvocato svolge un servizio di pubblica necessità (art. 359 c.p.) ed opera nel contesto di un ordinamento (quello forense) la cui primaria funzione è quella di «garantire la tutela degli interessi individuali e collettivi» sui quali incide la sua attività (art. 1, comma II, lett. a, legge 31 dicembre 2012 n. 247) assicurando, dunque, anche la realizzazione di interessi pubblici primari. Al lume della nuova legge professionale, l’Avvocato è esso stesso parte del servizio pubblico di Giustizia, onerato del dovere di proteggere anche gli interessi pubblici che “incontra” in occasione del processo cui prende parte. Nella doverosa rappresentanza degli interessi egoistici difesi deve, dunque, anche farsi carico di assistere e presidiare gli “interessi altri” coinvolti, nei casi in cui l’Ordinamento gli affidi questo ruolo e questa responsabilità. Lo testimonia espressamente il nuovo codice deontologico forense ove, proprio all’art. 1, è previsto che l’Avvocato «vigila sulla conformità della legge ai principi della Costituzione e dell’Ordinamento dell’Unione Europea sul rispetto del medesimi principi, nonché di quelli della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali». In alcuni settori in particolare, l’Avvocato diventa, dunque, esso stesso uno strumento di tutela degli interessi prioritari in gioco senza che ciò comporti una rinuncia al suo suolo di “parte del processo”. Con specifico

riguardo al procedimento in cui coinvolti minori, è sempre il Codice Deontologico forense a delineare una funzione del difensore di tipo protettivo. Giova ricordare, ad esempio come l'Avvocato non possa ascoltare il minore di età o avere con questi colloqui sulle circostanze oggetto di controversie genitoriali (art. 56). Nel processo in cui è coinvolto il minore, come noto, questi assume la qualifica di parte "sostanziale" del processo (Cass. Civ., Sez. Un., 2238 del 2009; Corte Cost. n. 83 del 2011): ebbene, l'Avvocato non assiste mai uno dei genitori "contro" il minore ma, semmai, in favore e nell'interesse "del minore". Il minore, dunque, non è un "antagonista" processuale né rispetto all'attore, né rispetto al convenuto. Al contrario, nelle dinamiche avversariali (formate dalle posizioni attorea e di convenuto), i figli sono in posizione "neutrale" e gli Avvocati, assumendo la difesa dei loro genitori, si impegnano a proteggerli e ad operare anche nel loro interesse. Nel processo di famiglia, dunque, l'avvocato è difensore del padre o della madre; ma certamente è anche difensore del minore. Qualunque sia la sua posizione processuale. Il valore "protettivo del minore" che ispira anche l'attività dell'Avvocato è pure desumibile dalle "Linee Guida del Comitato dei Ministeri del Consiglio d'Europa sulla Giustizia a Misura di minore", proprio di recente richiamate dal progetto normativo di riforma della giustizia minorile, in via di prima approvazione in data 10 marzo 2016. Ebbene, in questo testo europeo, tra l'altro, si richiamano le autorità giudiziarie e tutti i professionisti in contatto con i minori (inclusi gli Avvocati) affinché «in tutti i procedimenti giudiziari i minori siano protetti da eventuali pregiudizi, tra cui intimidazioni, rappresaglie e vittimizzazione secondaria». E' persino dedicata una serie di puntuali istruzioni per gli Avvocati, già per i percorsi di formazione e assistenza legale al fanciullo. Il Diritto Ue e le convenzioni internazionali convergono nell'affermare che «in tutti gli atti relativi ai minori (…) l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente» (v. ex multis, art. 3 par. 1, Convenzione di New York sui diritti

del fanciullo; art. 24, par. 2. della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). Da ultimo – ma non per importanza – certamente merita menzione il d.l. 132 del 2014, convertito in l. 162 del 2014. Come noto, questa normativa di nuovo conio ha conferito agli Avvocati il potere di concludere accordi in materia di famiglia e minori così valorizzando il ruolo dei difensori che, infatti, devono, tra l'altro, occuparsi di garantire il primario interesse dei minori coinvolti. Come è stato autorevolmente evidenziato in Dottrina, si è di fatto inaugurata una sorta di «giurisdizione forense» che muove da una idea dell'Avvocatura "attrezzata" per presidiare anche gli interessi dei fanciulli, in questo tipo di procedimento. Alla luce di tutto quanto sin qui evidenziato, reputa questo Tribunale che quando l'Avvocato stipula il contratto di patrocinio con un genitore, per assisterlo in un procedimento minorile in cui coinvolti i figli, di fatto perviene alla conclusione di un contratto «ad effetti protettivi verso terzi» ove terzi sono i figli, secondo il modello negoziale collaudato in settori affini, come quello sanitario. Ne consegue ancora che l'Avvocato può essere, per l'effetto, destinatario di un rimprovero nelle sedi competenti (in primis quella della responsabilità civile) per condotte attive od omissive che abbiano contribuito a causare un nocumento al minore, per effetto della omessa o mancata protezione dell'interesse superiore del fanciullo. In altri termini, nella doverosa assistenza del padre o della madre, l'Avvocato deve sempre anteporre l'interesse primario del minore e, in virtù di esso, arginare la micro-conflittualità genitoriale, scoraggiare litigi strumentali al mero scontro moglie-marito, proteggere il bambino dalle conseguenze dannose della lite. In particolare, assumendo una posizione "comune" a difesa del bambino e non assecondando diverbi fondati su situazioni prive di concreta rilevanza. Nel caso di specie, ad esempio, gli Avvocati, investiti dello scontro genitoriale sulle "festività pasquali", nell'interesse della bambina, ben avrebbero potuto riferire agli assistiti che, per legge, il cennato riferimento include Pasqua e lunedì

di pasquetta; ben avrebbero potuto riferire agli stessi che per la questione sollevata poteva offrire supporto risolutivo l'ente affidatario. Nel caso di specie, dunque, la «giurisdizione forense» avrebbe potuto fare da argine e filtro, nell'interesse della bambina.

Conclusioni.
Per tutte le considerazioni sin qui espresse: a) l'istanza è inammissibile; b) lo scontro genitoriale è approdato in Tribunale senza sussistenza di una reale ragione del contendere; c) nel caso di specie, l'interesse primario della minore coinvolta non risulta adeguatamente considerato. Ogni rilievo qui messo in evidenza, viene rimesso alla valutazione del Collegio affinché, a definizione del processo, possa assumere ogni decisione.

P.Q.M.

Dichiara la manifesta inammissibilità dell'istanza.

Rimette al collegio ogni decisione consequenziale

Dispone che l'odierna decisione sia comunicata alle parti e all'ente affidatario

Milano, lì 23 marzo 2016

Il giudice