

Università degli Studi di Milano



Facoltà di Scienze Politiche
Corso di Laurea in Relazioni Internazionali

L'affidamento dei minori nel diritto statunitense

Elaborato finale di:
Sara Masiello
Matricola 719908

Relatore: Prof. Fabio Emilio Ziccardi
Correlatore: Prof. Pier Filippo Giuggioli

-ANNO ACCADEMICO 2009-2010-

"... cerca sempre di trovare la tua strada e non accontentarti di scelte facili, perché quelle scelte saranno a breve termine, mentre se lavorerai sodo per un progetto in cui credi davvero, sono sicuro che la gioia per avercela fatta sarà immensa, Quindi ricordati sempre: Non sono quello che voglio, ma voglio essere quello che sono."

Luca

L'AFFIDAMENTO MINORILE NEL DIRITTO STATUNITENSE

<u>INTRODUZIONE</u>	I -
<u>CAPITOLO 1: LA FAMIGLIA: DEFINIZIONE ED EVOLUZIONE NELLA SOCIETA' STATUNITENSE</u>	1 -
<u>1.1 LA FAMIGLIA</u>	1 -
<u>1.1.2 LA FAMIGLIA:LE DEFINIZIONI</u>	2 -
<u>1.2 IL DIRITTO DI FAMIGLIA</u>	3 -
<u>1.2.1 LA FORMAZIONE DEL VINCOLO MATRIMONIALE</u>	6 -
<u>1.3 I FIGLI</u>	8 -
<u>1.4 IL DIVORZIO</u>	10 -
<u>1.4.1 IL DIVORZIO IN INGHILTERRA</u>	11 -
<u>1.4.2. II DIVORZIO NEGLI STATI UNITI</u>	12 -
<u>1.5 L'EVOLUZIONE DELLA FAMIGLIA AMERICANA</u>	16 -
<u>1.5.1 EFFETTI DEL DIVORZIO SULLE RELAZIONI GENITORI-FIGLI</u>	23 -
 <u>CAPITOLO 2: L'AFFIDAMENTO MINORILE</u>	
<u>NEL DIRITTO STATUNITENSE</u>	32 -
<u>2.1 INTRODUZIONE</u>	32 -
<u>2.2 LA COMPETENZA GIURIDISDIZIONALE IN MATERIA DI AFFIDAMENTO</u>	34 -
<u>2.2.1 LIMITI COSTITUZIONALI ALL'ESERCIZIO DELLA GIURISDIZIONE</u>	37 -
<u>2.2.2 LO UNIFORM CHILD CUSTODY JURISDICTION ACT</u>	39 -
<u>2.2.3 IL PARENTAL KIDNAPPING PREVENTION ACT</u>	43 -
<u>2.2.4 LO UNIFORM CHILD ABDUCTION PREVENTION ACT</u>	48 -

2.2.5	<u>LO UNIFORM CHILD WITNESS TESTIMONY BY ALTERNATIVE METHODS ACT</u>	- 48 -
2.2.6	<u>LO UNIFORM DISPOSITION OF COMMUNITY PROPERTY RIGHTS AT DEATH ACT</u>	- 49 -
2.2.7	<u>LO UNIFORM GUARDIANSHIP AND PROTECTIVE PROCEEDINGS ACT</u>	- 49 -
2.2.8	<u>LO UNIFORM INTERSTATE ENFORCEMENT OF DOMESTIC VIOLENCE PROTECTION ORDERS ACT</u>	- 50 -
2.2.9	<u>LO UNIFORM INTERSTATE FAMILY SUPPORT ACT</u>	- 50 -
2.2.10	<u>LO UNIFORM PARENTAGE ACT</u>	- 51 -
2.2.11	<u>LO UNIFORM PREMARITAL AGREEMENT ACT</u>	- 52 -
2.2.12	<u>LO UNIFORM TRANSFERS TO MINORS ACT</u>	- 53 -
2.2.13	<u>IL MODEL ADOPTION ACT</u>	- 53 -
2.2.14	<u>INDIAN CHILD WELFARE ACT</u>	- 54 -
2.3	<u>I CASI DI MODIFICA DELLA GIURISDIZIONE</u>	- 56 -
2.4	<u>I CRITERI UTILIZZATI DALLA GIURISPRUDENZA PER LE SCELTE CHE CONCERNONO L'AFFIDAMENTO</u>	- 58 -
2.5	<u>I FATTORI CHE INCIDONO SULLE SCELTE OPERATE DAI GIUDICI</u>	- 64 -
2.5.1	<u>IL CRITERIO DEL MIGLIOR INTERESSE DEL MINORE</u>	- 65 -
2.5.1.2	<u>GLI STANDARDS PER L'ACCERTAMENTO DEL MIGLIOR INTERESSE DEL MINORE</u>	- 67 -
2.6	<u>I MODELLI DI AFFIDAMENTO</u>	- 71 -
2.7	<u>IL DIRITTO DI VISITA (Visitation)</u>	- 76 -
2.8	<u>LA MODIFICA DELLA SENTENZA DI AFFIDAMENTO</u>	- 80 -
2.9	<u>RELOCATION</u>	- 83 -
<u>CAPITOLO 3: CHILD SUPPORT</u>		- 89 -
3.1	<u>INTRODUZIONE</u>	- 89 -
3.1.2	<u>LEGGI FEDERALI</u>	- 94 -

<u>3.2</u>	<u>FORMA E DURATA DELLE DISPOSIZIONI AVENTI PER OGGETTO IL MANTENIMENTO ECONOMICO DEI MINORI</u>	- 98 -
<u>3.3</u>	<u>FATTORI RILEVANTI PER LA CONCESSIONE DEL CHILD SUPPORT</u>	- 101 -
<u>3.4</u>	<u>LE MODIFICHE AL CHILD SUPPORT: GIURISDIZIONE E PROCEDURE</u>	- 107 -
<u>3.4.1</u>	<u>II MANCATO PAGAMENTO DEL CHILD SUPPORT</u>	- 110 -
<u>3.5</u>	<u>L'INCREMENTO DEI CONTROLLI SULL'APPLICAZIONE DELLE DECISIONI GIUDIZIALI SUL MANTENIMENTO DEI MINORI</u>	- 112 -
<u>3.5.1</u>	<u>IL FEDERAL CHILD SUPPORT ENFORCEMENT PROGRAM</u>	- 114 -
<u>3.5.2</u>	<u>LE DIFESE CONTRO L'APPLICAZIONE DEI PROVVEDIMENTI DI CHILD SUPPORT</u>	- 116 -
<u>3.6</u>	<u>IL CONTROLLO SULL'APPLICAZIONE DEI PROVVEDIMENTI SUL MANTENIMENTO ECONOMICO DEI MINORI A LIVELLO INTERSTATALE ED INTERNAZIONALE</u>	- 119 -
<u>3.7</u>	<u>ALCUNI DATI</u>	- 125 -
	<u>CONCLUSIONI</u>	- 131 -

INTRODUZIONE

Da ormai molti decenni gli studiosi di sociologia e gli storici hanno considerato “la famiglia” argomento meritevole di analisi e di studio specifico.

Il diritto di famiglia è una branca del diritto privato che disciplina i rapporti familiari in genere: parentela e affinità, matrimonio, i rapporti personali fra i coniugi, i rapporti patrimoniali nella famiglia, la filiazione, i rapporti fra genitori e figli, la separazione e il divorzio.

Nel mondo occidentale, a partire almeno dalla seconda metà degli anni Sessanta, la struttura tipo della famiglia coniugale ha subito una serie di trasformazioni, prima fra tutte un progressivo abbassamento della nuzialità accompagnato ad un aumento delle persone che vivono sole. Il numero dei figli che ha deciso di vivere soli varia molto a seconda delle condizioni sociali ed economiche delle rispettive famiglie, anche se la tendenza all'abbandono del tetto familiare da parte dei giovani è aumentata molto a partire dagli anni Settanta.

Nel 2003 le ricerche dello *United States Census Bureau* hanno evidenziato che gli americani aspettano sempre di più prima di sposarsi, pospongono di conseguenza anche la decisione di avere figli, ed il numero dei divorzi è straordinariamente cresciuto negli ultimi vent'anni. Inoltre anche il numero delle persone single è aumentato nel corso degli anni, passando da 10.851.000 nel 1970 a 32.167.000 nel 2008. Anche questo dimostra i cambiamenti avvenuti all'interno della famiglia e il sempre più frequente rinvio del matrimonio.

Nel 2007 il numero dei nuclei familiari negli Stati Uniti ha superato i 112 milioni dai 63 milioni del 1970. Di questi, 56 milioni sono coppie sposate, 5 milioni sono composti da solo padri e 14 milioni da solo madri. La maggior parte dei minori viene affidata alle madri a seguito della separazione o del divorzio, anche se negli ultimi anni è aumentato il numero di affidamenti ai padri, e questo perché essi hanno cominciato a fare sentire la loro voce, fondando gruppi e associazioni per sensibilizzare l'opinione pubblica sulla loro situazione.

Questi dati fanno capire che separazione, divorzio e affidamento minorile sono processi ampi, estesi, multifattoriali, che alterano, ma non concludono le relazioni familiari. Se da un lato infatti essi implicano inevitabilmente disgregazione, dall'altro lato segnano l'inizio di un delicato periodo di ridefinizione dei ruoli, delle interazioni e delle funzioni familiari, che nell'insieme costituisce una nuova fase evolutiva della famiglia stessa.

All'aumentare delle separazioni è cresciuta anche la tendenza da parte dei genitori a decidere giudizialmente l'affidamento dei propri figli; si assiste sia all'incremento delle controversie giudiziarie in tema di affido minorile, sia all'incremento della conflittualità all'interno della coppia di genitori e ciò porta con sé una serie di conseguenze e di nuovi problemi emergenti.

Una separazione comporta infatti un periodo di negoziazione dal cui esito dipende il benessere fisico e psicologico di tutti i componenti della famiglia: i più esposti ai rischi sono in questo caso i figli minori che spesso vivono in situazioni di povertà, disagio e instabilità affettiva e relazionale.

Questo elaborato finale ha lo scopo principale di delineare l'evoluzione dei nuclei familiari nella società americana e gli strumenti messi in atto prima dai singoli governi statali e poi dal governo federale per la regolarizzazione e l'esecuzione dei provvedimenti in materia di affidamento e mantenimento economico dei minori. Entrambi sono argomenti molto attuali e in continua evoluzione, soprattutto per la tendenza propria della popolazione americana allo spostamento che causa continue incertezze a livello normativo.

Nel primo capitolo, intitolato "La famiglia: definizione ed evoluzione nella società statunitense", si è partiti da una definizione di famiglia per poi affrontare l'evoluzione del diritto di famiglia in tema di matrimonio, separazione, divorzio e affidamento minorile in Inghilterra e negli Stati Uniti, sottolineando in particolar modo le conseguenze per i minori dovute alla rottura del vincolo matrimoniale.

Per ultimo si sono forniti dei dati, presi da ricerche condotte dallo *U.S. Census Bureau*, inerenti all'evoluzione della composizione dei nuclei familiari dagli anni Novanta ai giorni nostri.

Nel secondo capitolo, intitolato "L'affidamento minorile nel diritto statunitense", è stata evidenziata l'importanza della disciplina dell'affidamento

minorile negli Stati Uniti, dovuta al fatto che, ogni anno, più di un milione di genitori con figli minori di diciotto anni chiedono ed ottengono il divorzio, con ripercussioni ovvie anche sulla vita della prole. Si è descritto il significato di affidamento minorile e gli strumenti utilizzati dai giudici nella scelta della persona che è maggiormente in grado di prendersi cura del minore; si è poi spiegato a chi spetta la competenza (regola del domicilio o dei legami più significativi) in materia di affidamento, riportando anche casi a testimonianza delle numerose incertezze normative che si continuano ad avere a riguardo. Si è svolta poi un'analisi delle norme in vigore in tema di affidamento minorile, soffermandosi in particolar modo sulle due più importanti: lo *Uniform Child Custody Jurisdiction Act* (UCCJA) e il *Parental Kidnapping Prevention Act* (PKPA). Gli scopi principali dello UCCJA sono evitare i conflitti fra gli Stati in riferimento ai casi di affidamento, sottolineando che le vertenze in materia di custodia devono essere discusse nello Stato con il quale il minore e la sua famiglia hanno i legami maggiori (*significant connection*) e dove è possibile garantire al minore stesso un maggiore benessere, scoraggiando la riapertura di casi già conclusi, la pratica di *forum-shopping* e promuovendo la cooperazione tra gli Stati.

Nel 1980 il Congresso approvò il PKPA con lo scopo primario di dare piena applicazione alla *Full Faith and Credit Clause*, contenuta nella Costituzione, nelle cause di affidamento. Questa legge contiene obiettivi, tutti molto simili a quelli contenuti nello UCCJA: la riduzione dei conflitti interstatali in tema di affidamento, l'agevolazione nell'applicazione delle sentenze e la riduzione delle pratiche di illegittima sottrazione dei minori da parte di un genitore.

Oltre a ciò il capitolo analizza i vari modelli di affidamento soffermandosi soprattutto su quello ora maggiormente utilizzato, cioè l'affido congiunto, per poi concludersi con un accenno ai diritti di visita (*visitation*) e alle modalità di modifica delle sentenze di affidamento.

Nel terzo ed ultimo capitolo, "*Il Child Support*", si offre una descrizione delle tecniche utilizzate per determinare il corretto importo da destinare al mantenimento dei minori.

La presenza di minori nella famiglia rende i giudici più sensibili in materia di controllo e regolarizzazione del pagamento degli alimenti, almeno fino a quando i minori frequentano la scuola dell'obbligo. La responsabilità principale del *child support* grava, ovviamente, sui genitori naturali, indipendentemente dalle circostanze che hanno portato al concepimento.

Anche in questo capitolo si fornisce una visione d'insieme delle leggi uniformi in vigore negli Stati Uniti in tema di *child support*, tra le quali vanno ricordate lo *Uniform Parentage Act* del 1973, adottato per intero in diciannove Stati e parzialmente in molti altri, e sottoposto a revisione poi nel 2000. Il *Family Support Act* (FSA) del 1974 trasferisce i costi di mantenimento dei minori dal pubblico al privato, e stabilisce che ciascuno Stato che aderisce a tale sistema deve creare agenzie (IV-D Agency) allo scopo di diffondere la corretta applicazione dei diritti di mantenimento dei minori. I *Child Support Enforcement Amendments*, sono parte del programma noto con il nome di *Aid to Families With Dependent Children* (AFDC); lo scopo di questa legge è di imporre agli Stati requisiti federali riguardo all'esecuzione dei provvedimenti di *child support*, per sé in realtà questo è solo uno dei tanti obiettivi che suddetta norma si pone. Infine, il *Full Faith and Credit Act* del 1994 ha lo scopo di stabilire standard nazionali per facilitare il pagamento del *child support*, scoraggiare i conflitti interstatali ed eliminare i problemi di competenza giurisdizionale; questa legge richiede che i giudici riconoscano le sentenze di *child support* emesse in altri Stati e limitino le modifiche a casi assolutamente eccezionali.

Si affronta poi la questione delle modifiche al *child support*, possibili solo a seguito di un cambiamento sostanziale della situazione originaria.

Per finire si sottolineano i meccanismi di controllo sull'applicazione dei provvedimenti di *child support*, sia a livello statale che federale. Nel 1975 il Congresso, rendendosi conto dell'inadeguatezza dei meccanismi di applicazione del *child support* ad opera degli Stati, ha cominciato ad approvare molteplici strumenti legislativi per meglio attuare il rispetto e l'esecuzione delle disposizioni aventi per oggetto il mantenimento economico dei minori, anche per evitare che ciò gravasse ulteriormente sulle finanze federali. L'autorità statale e le leggi statali sono rimaste comunque il principale veicolo per stabilire

la paternità e la raccolta delle somme del *child support*, ma il governo federale ha assunto il ruolo di sorvegliante e finanziatore del sistema statale.

Dalle ricerche condotte e dal contenuto dell'elaborato si comprende come l'evoluzione della società ha inevitabilmente portato a conseguenze su tutti i fronti, giurisdizionale, finanziario, oltre che sociale, e le difficoltà più evidenti nel panorama americano sono dovute alla mobilità interstatale, caratteristica predominante della società statunitense, e al solo recente intervento dello Stato centrale in ambiti che fino a poco tempo fa erano di esclusiva competenza statale.

CAPITOLO 1: LA FAMIGLIA: DEFINIZIONE ED EVOLUZIONE

NELLA SOCIETA' STATUNITENSE

1.1 LA FAMIGLIA

Da ormai molti decenni gli studiosi di sociologia e gli storici hanno considerato "la famiglia" argomento meritevole di analisi e di studio specifico. Nell'antichità e nell'epoca classica la famiglia era basata su regole molto ampie e poteva esserci una sorta di equazione tra il concetto di famiglia (inteso come somma di una struttura abitativa e dei suoi componenti) e quello di economia: l'economia è "domestico-familiare" in quanto dispensatrice di sussistenza che, in molti casi, è di tipo circolare e nasce, si sviluppa e si conclude in se stessa.

Nel 1700, invece, comincia a svilupparsi una trasformazione di tali elementi che condurrà gran parte dell'attività economica ad uscire dall'ambito familiare-domestico per unirsi all'ambito del "pubblico" e della "politica", dando così origine "all'economia politica", retta da elementi legati a dinamiche non più solamente di autolimitazione e di sussistenza¹.

Non è un caso che per molti, filosofi e pensatori politici in primo luogo, solo il "buon cittadino", cioè chi è libero dal lavoro e che mantiene sé e la propria famiglia, potrà occuparsi di politica risultando un buon patriota².

Gli studi sulla famiglia, inizialmente, videro forti differenziazioni metodologiche tra storici, sociologi e demografi, ma negli ultimi decenni si è assistito ad un riavvicinamento tra questi diversi campi di indagine, anche se le differenti scuole e correnti di studio hanno prodotto risultati in forte conflitto fra

¹ The American Bar Association ,Guide to Marriage, Divorce and Families, Random House Reference, New York, 2006, pp.1-2

² ibidem, p.3

loro, la cui comparazione ed analisi risulta molto interessante e stimolante.

1.1.2 LA FAMIGLIA:LE DEFINIZIONI

Con il termine “famiglia” si è soliti indicare tre differenti e distinte realtà:

a) un gruppo di individui che vivono insieme nella medesima abitazione, le regole con le quali si forma tale gruppo, la sua ampiezza, la sua composizione, le modalità secondo cui si trasforma, si sviluppa e si divide.

In questo caso il termine più corretto per indicare tale situazione è “struttura familiare”;

b) i rapporti (affetto, autorità) esistenti in tale gruppo e le dinamiche con le quali i coresidenti sotto il medesimo tetto interagiscono e le emozioni che provano l'uno per l'altro.

Il termine più adatto per indicare questa condizione è “relazioni familiari”;

c) i legami ed i rapporti esistenti fra distinti gruppi di coresidenti tra i quali vi siano dei rapporti di parentela e tutto ciò che intercorre fra di loro (aiuto, frequenza degli incontri, ecc.).

“Rapporto di parentela” è il termine più esplicito per indicare questa situazione.

Le analisi e gli studi compiuti secondo i tre angoli visivi sopracitati hanno condotto ad affermare che essi sono molto distinti ed indipendenti l'uno dall'altro, e che quanto studiato in un singolo ambito non può essere automaticamente esteso agli altri, poiché le dinamiche interne sono indipendenti le une dalle altre e conducono ad esiti disomogenei³.

³ Fonte: <http://cronologia.leonardo.it/mondo47b.htm>, Divorzi e divorziati, Luca Molinari, Bologna, 1990

1.2 IL DIRITTO DI FAMIGLIA

Il diritto di famiglia è una branca del diritto privato che disciplina i rapporti familiari in genere: parentela e affinità, matrimonio, i rapporti personali fra i coniugi, i rapporti patrimoniali nella famiglia, la filiazione, i rapporti fra genitori e figli, la separazione e il divorzio⁴.

Il problema della disciplina giuridica moderna dei rapporti familiari inizia a porsi nel momento della nascita dello stato moderno nel secolo XIX.

Due grandi tradizioni hanno caratterizzato la disciplina giuridica della famiglia a partire dal secolo XIX:

- gli ordinamenti di diritto scritto, diffusi nella maggior parte dei paesi europei, fortemente influenzati dal Code Civil francese, o Codice Napoleonico, hanno supportato un'idea di famiglia forte, a cui corrisponde la struttura della famiglia incentrata sulla potestà paterna sui figli e maritale sulla moglie, nonché quella di filiazione che si fonda sulla legittimità e quindi sulla distinzione tra figli legittimi e illegittimi.
- gli ordinamenti di *Common Law*, prevalenti nei paesi anglosassoni, contraddistinti dalla mancanza di una legislazione organica e unitaria, si caratterizzano per la scarsità di formazione giuridica anche nel campo della regolazione della famiglia. Le norme di questi ordinamenti disciplinavano solo in parte il rapporto di coppia, mentre mancavano regole chiare sulla filiazione e sugli obblighi dei genitori verso i figli, che erano considerati avere una natura più morale che giuridica. Tuttavia anche nella famiglia regolata dal "common law" era chiara la divisione dei ruoli per genere ed età, così come le relazioni di tipo gerarchico basate sulla paternità⁵.

Nell'ordinamento inglese, questo settore del sistema giuridico, tradizionalmente aveva una sua collocazione peculiare dovuta al fatto che le corti aventi competenza sulle "cause matrimoniali" furono le prime ad essere

⁴ P. Ungari, Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975), Il Mulino, Bologna, 2002, p.8

⁵ E. Hinrichs, Alle origini dell'età moderna, Laterza, Roma - Bari, 1984, p.21

create nell'ambito di quel movimento di riforma del sistema giurisdizionale, che si è svolto durante tutta la seconda metà del 1800; e del resto, a partire dal 1966, la terza sezione (*division*) della High Court of Justice è dedicata esclusivamente al diritto di famiglia (si chiama infatti oggi *Family Division*), e ha perduto le altre competenze in materia di diritto marittimo e delle successioni.

All'interno del diritto di famiglia dei paesi anglosassoni permane una preminenza del diritto matrimoniale (ed in particolare della materia del divorzio) rispetto all'altra grande branca del diritto di famiglia, cioè al diritto della filiazione.

Questa differenza fra le “famiglie” di sistemi giuridici si è accentuata a partire dalla seconda metà del XX secolo, quando i paesi continentali, o di “Civil Law”, cioè, hanno dedicato una serie di riforme al diritto della filiazione, di cui sono esempi l'adozione speciale, introdotta nel 1967 in Italia, e prima ancora l'adozione legittimante introdotta in Francia attorno agli anni Cinquanta.

Rispetto a tali esperienze, le riforme introdotte nel sistema anglosassone appaiono assai ridotte, perché presumibilmente non vi è, tradizionalmente, molta fiducia nella promozione su base puramente normativa delle posizioni familiari deteriori, e si è preferito operare con interventi parziali destinati a migliorare le singole situazioni⁶.

La prevalenza del diritto matrimoniale rispetto a quello della filiazione trova anche una precisa ragione di carattere storico nel fatto che fino al 1857 la giurisdizione in materia di matrimonio era riservata alle corti ecclesiastiche, con conseguenti disuguaglianze di trattamento fra i sudditi inglesi di religione anglicana (che trovavano piena tutela davanti alle corti) e i sudditi di altre religioni (ad esempio, gli irlandesi cattolici).

Il conflitto matrimoniale era portato davanti alle corti ecclesiastiche, che non riconoscevano la possibilità di sciogliere il matrimonio, che poteva essere sciolto solo dopo un giudizio ecclesiastico di separazione, dopo un giudizio civile di adulterio, ed infine con un provvedimento legislativo, un “*private bill*”, che consentiva lo scioglimento del vincolo e la celebrazione di un nuovo

⁶ Fonte: F. Ziccardi, Appunti di diritto angloamericano, Cusl, Milano, 1986, p. 30

matrimonio. È chiaro che tale procedura era riservata, di fatto, solo ai ricchissimi.

Accanto alla funzione di risolvere una disparità determinata dalla differenza di religione, si sentì l'esigenza di accostarsi a quella tendenza di laicizzare il diritto di famiglia che era iniziata nel continente europeo dopo la Rivoluzione Francese con il Codice Civile⁷.

L'attività delle *Courts for Divorce and Matrimonial causes* è stata fondamentale nel processo di laicizzazione del diritto matrimoniale; è altrettanto vero, però, che in un sistema basato sul Case Law ciò ha ulteriormente approfondito l'originale prevalenza del conflitto matrimoniale rispetto alla altre parti del diritto di famiglia.

Molti Stati degli Stati Uniti definiscono il matrimonio un contratto civile tra un uomo e una donna che diventano marito e moglie. Nel momento in cui un uomo e una donna si sposano il loro rapporto acquista un valore legale. Come afferma la Corte Suprema degli Stati Uniti in *Maynard v. Hill*, nel 1888:

the relation once formed, the law steps in and holds the parties to various obligations and liabilities⁸. (*Maynard v. Hill*, 125 U.S. 190)

Il matrimonio è quindi un legame privato fra due persone ma è anche un importante istituzione sociale.

⁷ Fonte: F. Ziccardi, *Appunti di diritto angloamericano*, cit., pp. 30-31

⁸ Fonte: <http://supreme.justia.com/us/125/190/case.html>

1.2.1 LA FORMAZIONE DEL VINCOLO MATRIMONIALE

Attualmente lo Stato britannico e gli Stati americani si riservano solo il potere di autorizzare la celebrazione del matrimonio mediante il rilascio di una “*Licence*” (licenza di matrimonio), che è un atto amministrativo rilasciato dall’Ufficiale di Stato Civile.

Il Black’s Law Dictionary definisce il termine “licenza” come:

the permission by competent authority to do an act which without such permission would be illegal⁹.

Nel rilasciare tale documento lo Stato accerta l’assenza degli impedimenti dirimenti che impediscono assolutamente il matrimonio, quali ad esempio i vincoli di sangue; la richiesta di tale licenza è anche giustificata dal fatto che lo Stato ha il diritto di tutelare il benessere sociale di tutti i cittadini proteggendoli da malattie, da qui l’introduzione in alcuni Stati del *Blood Test*, e dalla formazione di matrimoni illegali¹⁰.

All’inizio del XX secolo la richiesta di licenza matrimoniale era motivata dal fatto che si volevano evitare matrimoni tra bianchi e neri, mulatti, giapponesi, cinesi, indiani, mongoli, malesiani e filippini. Successivamente, però, queste leggi vennero abolite.

L’unica eccezione è rappresentata dall’introduzione, nella metà del IX secolo, con sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Meister v. Moore* (1877), dei matrimoni di Common Law che, se ammessi (ad oggi solo in 11 Stati sono accettati), sono validi anche in assenza di una licenza¹¹.

Ci sono molte controversie a riguardo, in quanto molti gruppi credono che la richiesta di licenza matrimoniale non sia necessaria e sia immorale. Il *Libertarian Party*, ad esempio, ritiene che tutti i matrimoni dovrebbero essere

⁹ Fonte: <http://www.blackslawdictionary.com>

¹⁰ Nolan, L.C., Wardle, *Fundamental principles of family law*, Wm. S. Hein Publishing, 2005, pp.118-119

¹¹ C. O. Graham, *Colorado Divorce and Family Law Guide*, Black & Graham, estratto luglio 2009

civili senza la necessità di un'autorizzazione da parte dello Stato. Alcuni gruppi di religione cristiana sostengono che il matrimonio sia un contratto tra due persone e Dio, perciò non dovrebbe essere richiesta nessuna autorizzazione dallo Stato. Inoltre in alcuni Stati americani, lo Stato stesso è citato come parte del contratto matrimoniale e ciò è considerato da alcuni come una violazione dei diritti soggettivi¹².

Ottenuta la licenza di matrimonio, il nubendo ha un'ampia scelta circa il luogo dove celebrare il matrimonio; la celebrazione è affidata ad un Ufficiale di Stato Civile oppure ad un Ministro del Culto che possa celebrare il matrimonio civilmente valido. Il celebrante non è altro che un delegato dell'Ufficio di Stato Civile ed opera come tale; l'atto che viene formato è un atto civile uguale a quello formato in Comune. Negli Stati Uniti per l'emissione della licenza vi è un requisito fondamentale che è quello della dimora (*residence*), per un certo periodo di tempo (minimo quindici giorni), nel luogo dove si chiede. Da una ventina di anni, inoltre, la maggior parte degli Stati ha introdotto l'obbligo di un esame del sangue (*blood test*) per accertare l'inesistenza di incompatibilità di carattere genetico; alcuni Stati non lo richiedono se la coppia in questione vive già insieme. A partire dal 2010, Mississippi e Montana richiedono gli esami del sangue, invece Connecticut, Wisconsin, Georgia, Indiana, Oklahoma, Massachusetts, e il District of Columbia hanno ritirato i requisiti di analisi del sangue negli ultimi anni. Vi sono poi Stati che per incrementare una strana forma di turismo, quella matrimoniale, rinunciano al requisito della dimora e all'esame del sangue (per esempio il Nevada)¹³.

Gli individui che decidono di sposarsi devono avere la capacità (*capacity*) di farlo. In altre parole, devono capire ciò che stanno per fare e cosa significa essere sposati. Molti Stati richiedono un periodo di attesa dopo l'emissione della licenza (in genere da uno a cinque giorni) per permettere un periodo di riflessione durante il quale le parti possono anche cambiare opinione.

In definitiva, gli Stati dell'Unione hanno un sistema molto simile a quello inglese: l'*applicant* richiede la licenza; una volta ottenuta, si sposa; l'ufficiale

¹² C. O. Graham, Colorado Divorce and Family Law Guide, Black & Graham, cit.

¹³ Fonte: F. Ziccardi, Appunti di diritto angloamericano, cit., p. 32

celebrante rilascia una copia del certificato di matrimonio e provvede ad ottenere la registrazione sui registri locali di stato civile¹⁴.

Un matrimonio viene dichiarato invalido se, per esempio, uno degli sposi era precedentemente sposato e non ha ancora divorziato, oppure se il matrimonio è tra parenti o minorenni o tra incapaci di intendere e di volere. Se un matrimonio viene proclamato invalido per uno dei motivi appena citati, la Corte pronuncia l'annullamento invece che il divorzio. Un annullamento è l'accertamento giudiziale che non è mai esistito un matrimonio valido, al contrario del divorzio che è una dichiarazione legale che il matrimonio è esistito ma che ora non è più in essere. Quando un tribunale dichiara l'annullamento, le parti sono libere di prendere ciascuna la propria strada senza ulteriori obblighi legali. Nonostante ciò, alcuni Stati tutelano la parte che credeva di aver contratto un valido matrimonio (*putative spouse*), che può essere riconosciuta titolare, comunque, di diritti e benefici¹⁵.

1.3 I FIGLI

La decisione di avere figli è protetta dal diritto della privacy contenuto nel quattordicesimo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America che recita:

XIV EMENDAMENTO

Sezione I

Tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti e soggette alla loro sovranità sono cittadini degli Stati Uniti e dello Stato in cui risiedono. Nessuno Stato porrà in essere o darà esecuzione a leggi che disconoscano i privilegi o le immunità di cui godono i cittadini degli Stati Uniti in quanto tali; e nessuno Stato priverà alcuna persona della vita, della libertà o delle sue proprietà, senza due process of law, né

¹⁴ Fonte: F. Ziccardi, Appunti di diritto angloamericano, cit., pp.32-33

¹⁵ The American Bar Association, Guide to Marriage, Divorce and Families, cit., pp.13-20

rifiuterà ad alcuno, nell'ambito della sua sovranità, la equal protection of the laws¹⁶.

Gli individui possono scegliere liberamente se avere figli e nessuno può essere obbligato legalmente, anche perché tutto ciò comporta dei diritti e molte responsabilità.

I genitori devono prendersi cura dei figli e della loro educazione. Questo dà loro il diritto di prendere varie decisioni, riguardanti l'abitazione, la scuola, la religione, le cure mediche. Normalmente gli Stati non intervengono, eccetto in situazioni estreme, per esempio se i genitori si rifiutano di assistere i figli al punto da mettere in pericolo la loro salute, il giudice può decidere che lo Stato si assuma la tutela del minore e provveda a tutte le cure necessarie.

Entrambi i genitori sono obbligati a mantenere la prole, ne sono responsabili legalmente fino al raggiungimento della maggiore età (di solito diciotto anni) o fino al matrimonio o ancora fino a quando non abbandonano l'abitazione familiare e sono in grado di mantenersi da soli; inoltre hanno la potestà di controllare il comportamento e la vita sociale dei figli.

Le legge considera reato l'ammissione da parte dei genitori di sovvenire alle necessità basilari dei figli minori, che definisce "*child neglect*"¹⁷.

I diritti dei minori sono anche disciplinati a livello internazionale nella Convenzione sui diritti dell'infanzia dell'Unicef del 1989¹⁸, suddivisa in 54 articoli e due Protocolli opzionali, nei quali vengono elencati i diritti umani basilari, fra i quali il diritto alla sopravvivenza, allo sviluppo, alla protezione dalle malattie, dagli abusi e dallo sfruttamento, alla partecipazione alla vita familiare, culturale e sociale.

I quattro principi fulcro della Convenzione sono: la non discriminazione; il dovere alla tutela del miglior interesse del minore; il diritto alla vita, alla

¹⁶ Fonte: United States Constitution, 1787, XIV Emendamento, Sezione I, introdotto nel 1868

¹⁷ The American Bar Association, Guide to Marriage, Divorce and Families, cit., pp.59-61

¹⁸ La Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia è una convenzione delle Nazioni Unite approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 a New York

sopravvivenza e allo sviluppo; il rispetto per l'opinione dei minori. Lo stesso testo incoraggia i genitori al rispetto di questi principi¹⁹.

Coloro che vengono definiti "*mature minors*", ossia i bambini che anno compiuto i dodici anni, possono prendere decisioni riguardanti certe cure mediche senza il consenso dei genitori. Per esempio, in molti Stati americani i genitori non hanno un potere di veto assoluto su alcune decisioni riguardanti l'uso da parte dei figli di contraccettivi o sull'aborto. I minori possono anche richiedere cure per malattie veneree senza il consenso dei genitori, infine possono richiedere cure di breve durata per disturbi mentali. Se un minore ha disponibilità di grandi somme di denaro, frutto di eredità, risarcimento danni o partecipazione a trasmissioni televisive, la legge protegge questo denaro nominando un tutore che può anche non essere un genitore, anzi di solito ci sono due tutori, il padre o la madre e un membro estraneo alla famiglia, ad esempio un avvocato o un funzionario di banca. I tutori devono assicurarsi che il denaro sia speso nell'interesse del minore senza essere utilizzato dalla famiglia per trarne beneficio proprio²⁰.

1.4 IL DIVORZIO

Con divorzio (dal latino *divortium*, da *di-vertere*, "separarsi") si intende il procedimento legale che pone fine al matrimonio.

La disciplina del divorzio ha sempre costituito il fulcro del diritto di famiglia anglo-americano. La separazione personale è eminentemente una separazione "di fatto", con possibilità, in alcuni Stati, di ottenerla in forma giudiziale o contenziosa²¹.

Analizziamo ora l'evoluzione di tale disciplina prima nel diritto inglese e successivamente in quello americano.

¹⁹ Fonte: Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia, 1989, art.2

²⁰ The American Bar Association, *Guide to marriage, divorce and families*, cit., pp. 61-63

²¹ Fonte: F. Ziccardi, *Appunti di diritto angloamericano*, cit., p. 35

1.4.1 IL DIVORZIO IN INGHILTERRA

In Inghilterra, il regime del divorzio nasce nelle corti ecclesiastiche, ed il presupposto di esso era il previo accertamento di un fatto colposo (adulterio, crudeltà, abbandono), sulla cui base veniva pronunciata sentenza di “*separatio a mensa et thoro*”, cui seguiva un *Act* del Parlamento, che concedeva lo scioglimento del vincolo.

Questo legame di necessarietà tra colpa matrimoniale e divorzio sopravvisse alla laicizzazione del diritto di famiglia, ed ha costituito la base del regime del divorzio fino alla fine degli anni Sessanta quando, per effetto di una contemporanea maturazione sociale e giuridica, in Inghilterra come altrove si passò dal sistema del divorzio per colpa a quello per fatti non colposi (*no fault divorce*). Ciò avvenne in Italia nel 1970, in Inghilterra nel 1969, mentre fra i primi Stati americani che riformarono la legge troviamo lo Iowa (1969), la California (1970) ed il Michigan (1971).

Tale principio consiste nella trasformazione del fondamento sociale del divorzio dalla colpa del coniuge alla “impossibilità di continuare la vita coniugale” od alla “insanabile rottura del matrimonio” (*irretrievable break down of marriage*)²².

Per ottenere la sentenza di divorzio è necessario fornire prova di uno dei seguenti fatti:

- adulterio;
- comportamento tale, da parte del coniuge, che renda irragionevole ogni possibilità di vivere assieme;
- abbandono (*desertion*): deve essere fornita prova che esso duri da almeno due anni, immediatamente precedenti alla presentazione della domanda;
- separazione biennale e accordo: in seguito a vita separata nei due anni immediatamente precedenti, per ottenere il divorzio è necessario presentare la prova del consenso del coniuge;

²² Fonte: Legge di riforma del divorzio, 1969 (entrata in vigore il 1 gennaio 1971), art. 11.3

-separazione quinquennale: ove la separazione si sia protratta per almeno cinque anni, non è necessario il consenso del coniuge²³.

Il divorzio non è quindi un processo veloce, c'è un potere inquisitorio della Corte per verificare i fatti e le prove, e c'è soprattutto la "regola di chiusura dell'anno", secondo la quale non è consentito presentare ricorso per divorzio prima del decorso di un anno dalla data del matrimonio, a meno che non si ottenga un permesso dalla Corte basato sull'eccezionale gravità della situazione del ricorrente o sulla particolare depravazione del coniuge.

La disciplina si conclude con alcune indicazioni normative in tema di obblighi di mantenimento di un coniuge verso l'altro, affidamento dei figli nati dal matrimonio e mantenimento per gli stessi, lasciando ampia discrezionalità al giudice il quale assegnerà l'affidamento (*custody*) dei figli, determinerà il loro mantenimento (*support*) e quello a favore del coniuge (*maintenance*) "as it may think fit", cioè come egli riterrà opportuno.

1.4.2. II DIVORZIO NEGLI STATI UNITI

Come il matrimonio, anche il divorzio negli Stati Uniti è responsabilità del governo statale e non di quello federale. Come già detto in precedenza, il divorzio, o dissoluzione del matrimonio, è un procedimento legale per mezzo del quale un giudice o altra autorità, dissolve il vincolo del matrimonio tra due persone. Il procedimento legale necessario per il divorzio può includere questioni ancillari ma non meno importanti, come il sostegno finanziario del coniuge e dei figli minori, la loro custodia, la distribuzione della proprietà e la spartizione dei debiti. Ancora oggi negli Stati americani la procedura è molto diversa da Stato a Stato, sia per quanto riguarda la velocità del processo che per la tecnica adottata. In alcune giurisdizioni è ancora presente il sistema del

²³ Fonte: F. Ziccardi, Appunti di diritto angloamericano, cit., p.35-37

divorzio per colpa, sostituito, a partire dagli anni Settanta in molti Stati, primo fra tutti la California nel 1969, da quello per fatti non colposi (*no fault divorce*). Prima del 1970 un coniuge che chiedeva il divorzio doveva accertare che l'altro fosse colpevole di adulterio o di abbandono del tetto familiare. Il passaggio al sistema del divorzio per fatti non colposi iniziò in Oklahoma nel 1953 ma si completò in South Dakota nel 1985. Lo Stato di New York è l'unico in cui sia rimasto il sistema del matrimonio per colpa e richiede un anno di separazione legale e fisica prima della pronuncia della sentenza di divorzio²⁴.

Negli Usa si è giunti a tali riforme anche a causa di diffusi comportamenti delle parti disposte ad assumersi ogni colpa pur di ottenere il divorzio in sostanziale frode alla legge.

Anche se il divorzio è regolato da legge statale, negli ultimi anni la legislazione federale è stata più volte coinvolta in ciò che riguarda i diritti e le responsabilità concernenti la dissoluzione del vincolo matrimoniale. Per esempio, alcune riforme sociali federali hanno elaborato le linee guida del *child support*, diffuse in tutti i cinquanta Stati dagli anni Ottanta in poi.

Non si ottiene una sentenza di divorzio prima che tutte le questioni relative alla custodia e cura dei minori, alla divisione dei beni e al sostegno finanziario non vengano risolte²⁵.

Oggi un matrimonio su due termina con un divorzio e molte di queste situazioni inevitabilmente hanno riflessi sui figli.

Married adults now divorce two-and-a-half times as often as adults did 20 years ago and four times as often as they did 50 years ago... between 40% and 60% of *new* marriages will eventually end in divorce. The probability within... the first five years is 20%, and the probability of its ending within the first 10 years is 33%... Perhaps 25% of children ages 16 and under live with a stepparent²⁶.

²⁴ Fonte: F. Ziccardi, Appunti di diritto angloamericano, cit., p.38

²⁵ Brian K. Williams, Stacy C. Sawyer, Carl Wahlstrom M., *Marriages, Families & Intimate Relationships*, Boston, MA, Pearson, 2005, pp.81-84

²⁶ *ibidem*

Uno studio del 1980 del Pennsylvania State University College of Medicine ha riscontrato che meno del 10% dei figli riceve sostegno dai genitori durante le fasi acute del divorzio. I genitori colpiti duramente dalle difficoltà coniugali molto spesso riversano le loro tensioni e preoccupazioni sui figli che pensano troppo frequentemente di essere la causa del conflitto con conseguente insorgere di problemi fisici e mentali. Parlare ai figli del divorzio può essere difficile ma sicuramente è la decisione migliore. Il dolore che provano i bambini all'inizio è composto da senso di vulnerabilità, dispiacere, abbandono, paura ed impotenza. Spesso pensano che se uno dei genitori li ha lasciati, può farlo anche l'altro.

Ovviamente le reazioni sono differenti a seconda anche dell'età:

-fino ai diciotto mesi: un neonato è un minuscolo, vulnerabile essere umano dipendente da chi si prende cura di lui, raggiungendo in tal modo un senso di fiducia e confidenza nel mondo essenziale per la sua crescita futura. Se l'ambiente attorno è caotico ed imprevedibile, il neonato può diventare insicuro ed ansioso. Infatti si definisce "sensorimotor", cioè attraverso i sensi impara a controllare e interagire con il mondo. Nei primi tre mesi di vita, il neonato è completamente dipendente dai genitori, dagli otto ai dodici mesi comincia a provare la cosiddetta "ansia da separazione" o paura dell'abbandono che viene superata quando capisce che il genitore che sembra scomparire ritornerà. I neonati tendono ad assorbire le tensioni familiari, che sono molto più acute durante la fase della separazione e del divorzio, e in questi momenti il loro senso di stabilità e fiducia può subire gravi conseguenze²⁷.

-dai tre ai cinque anni: questo è un periodo di crescita sia fisica che intellettuale, in cui i bambini cominciano a provare e volere indipendenza e ogni successo, dal riuscire a mangiare da soli, ad andare in bicicletta, rinforza il senso di iniziativa e la voglia di indipendenza. I bambini a questa età sono

²⁷ Wallerstein, JS, Corbin SB, The Child and the Vicissitudes of Divorce, in Lewis M.(ed.) Child and adolescent psychiatry: a comprehensive textbook, 2nd ed., MD, Williams and Wilkins, Baltimore, 1996, pp.1118-1126

molto sensibili anche ai più piccoli cambiamenti della vita quotidiana, e perciò incontrano molte difficoltà durante la fase della separazione o del divorzio. Si riscontrano disturbi del sonno e paura dell'abbandono da parte del genitore non affidatario. Molti bambini a questa età non sono in grado di comprendere il concetto di "divorzio" e si ritengono responsabili di quanto accade.

-dai sei agli otto anni: per la prima volta i bambini fanno esperienze fuori dall'ambiente familiare e passano molto tempo lontani dai genitori. Il loro senso di sicurezza dipende dal fatto che sanno di poter tornare a casa quando vogliono e di trovare in ogni momento un ambiente caldo e amorevole. Provano tristezza per l'abbandono di uno dei genitori e spesso fantasticano sulla possibilità di una riconciliazione tra il padre e la madre.

-dagli otto agli undici anni: paura ed impotenza sono le emozioni dominanti.

-gli adolescenti dai dodici ai diciotto anni sono invece affetti da acuta depressione, istinti suicidi e violenza. Spesso giudicano le decisioni e le azioni dei genitori, diventano ansiosi e timorosi riguardo al loro futuro²⁸.

Il processo che conduce allo scioglimento del matrimonio è lento e macchinoso. Sono di solito le donne le prime a chiedere il divorzio per i seguenti motivi: tendenziale incapacità dei mariti di mantenere fede al patto matrimoniale, meno rischi economici (i mariti economicamente hanno alti costi dal divorzio) ed il fatto di essere in molti casi il soggetto debole della coppia. Ciò avviene maggiormente nelle realtà geografiche e sociali in cui la loro subalternità culturale al marito e il dislivello di istruzione tra i due coniugi è minore. Il fatto che il divorzio sia diffuso soprattutto nei paesi occidentali non lo collega direttamente all'industrializzazione, che è condizione necessaria, ma non sufficiente per la diffusione di tale fenomeno sociale che, nei paesi non industrializzati, è ostacolata da tradizioni religiose e non religiose ben sedimentate nel tessuto culturale locale. Si deve sottolineare che i matrimoni contratti in cui almeno uno dei due coniugi sia figlio di genitori divorziati sono più esposti al rischio di divorzi, in quanto la mentalità e la cultura di tali coniugi è

²⁸ Wallerstein, JS, Corbin SB, The Child and the Vicissitudes of Divorce, in Lewis M.(ed.) Child and adolescent psychiatry: a comprehensive textbook, cit., pp.1118-1126

più individualista e meno refrattaria all'ipotesi del divorzio. Si deve anche sottolineare come il lavoro extradomestico delle donne abbia aumentato le fragilità dei legami matrimoniali. Le donne sono i soggetti per cui il divorzio provoca un maggiore impoverimento ed un abbassamento dello standard di vita medio; discorso analogo vale per gli uomini. La legge prevede che il coniuge a cui il figlio viene assegnato abbia diritto a ricevere dall'altro coniuge degli assegni per il mantenimento dei figli che, spesso e soprattutto in Italia, Stati Uniti e Gran Bretagna, sono però insufficienti poiché non tengono conto dei mutamenti di esigenze dovute alla crescita dei bambini, discorso che verrà approfondito nel secondo capitolo.

1.5 L'EVOLUZIONE DELLA FAMIGLIA AMERICANA

Nel mondo occidentale a partire almeno dalla seconda metà degli anni Sessanta la struttura tipo della famiglia coniugale ha subito una serie di trasformazioni, prima fra tutte un progressivo abbassamento della nuzialità accompagnato ad un aumento delle persone che vivono sole. Il numero dei figli che ha deciso di vivere soli varia molto a seconda delle condizioni sociali ed economiche delle rispettive famiglie, anche se la tendenza all'abbandono del tetto familiare da parte dei giovani è aumentato molto a partire dagli anni Settanta.

Il modello di vita di coppia ha visto una lenta trasformazione verso forme di convivenza *more uxorio* e coppie di fatto, realtà in cui due persone vivono sotto lo stesso tetto comportandosi come marito e moglie senza essere sposati e che, in alcuni casi e specialmente in Italia, formalmente conservano due diverse abitazioni anche se vivono stabilmente entrambe in una sola di queste.

La tradizionale forma di fidanzamento si è progressivamente trasformata in una scelta libera e consapevole a favore di forme di convivenza prematrimoniale, per cui le nozze diventano la convalida e non più la stipulazione della vita di coppia. Studi recenti hanno dimostrato che i matrimoni

che seguono a tali convivenze sono però meno solidi, perché i coniugi li sentono meno forti in quanto intrisi di una visione individualistica nella quale gli interessi del singolo prevalgono su quelli della coppia.

La famiglia è un'istituzione vitale nella società americana. Le famiglie sono spesso, per gli individui, la prima e frequentemente l'ultima risorsa di supporto.

Nel 2003 le ricerche dello *United States Census Bureau*²⁹ hanno evidenziato che gli americani aspettano sempre di più a sposarsi, pospongono di conseguenza anche la decisione di avere figli, ed il numero dei divorzi è straordinariamente aumentato negli ultimi vent'anni³⁰.

²⁹ Lo *United States Census Bureau*, la cui denominazione ufficiale è *Bureau of the Census* (Ufficio del Censimento), è una parte dello *United States Department of Commerce* (Dipartimento del Commercio degli Stati Uniti). Le sue finalità sono stabilite nella Costituzione, la quale ordina che la popolazione venga contata almeno una volta ogni dieci anni (attraverso un censimento definito *U.S. Census*), in modo da poter poi determinare il numero dei Deputati nel Congresso per ogni Stato. È anche incaricato di raccogliere statistiche riguardo la nazione, i suoi abitanti e l'economia

³⁰ The American Bar Association, *Guide to marriage, divorce and families*, cit., pp.4-5

<u>Number of persons (1,000)</u>								
<i>Sex and age</i>								
	1970	1980	1990	2000	2005	2008		
						TOTAL	MALE	FEMALE
TOTAL	10.851	18.296	22.999	26.724	30.137	32.167	13.870	18.297
15 to 24 years old	556	1.726	1.210	1.144	1.521	1.650	845	805
25 to 34 years old	1.604	4.729	3.972	3.848	3.836	3.931	2.361	1.570
35 to 44 years old	(/2)	(/2)	3.138	4.109	3.988	3.800	2.320	1.480
45 to 64 years old	3.622	4.514	5.502	7.842	10.180	11.574	5.427	6.147
65 to 74 years old	2.815	3.851	4.350	4.091	4.222	4.542	1.459	3.083
75 years old and over	2.256	3.477	4.825	5.692	6.391	6.671	1.457	5.213

Tabella 1³¹: Numero di persone che vivono da sole divise per età e sesso

Da quello che si evince dalla tabella qui presentata, che si riferisce ad un indagine condotta sulla popolazione statunitense tra il 1970 e il 2008, si nota subito come il numero delle persone single sia aumentato nel corso degli anni, passando da 10.851.000 nel 1970 a 32.167.000 nel 2008. Anche questo dimostra i cambiamenti avvenuti all'interno della famiglia e il sempre più frequente posticiparsi del matrimonio.

La frase “sì, lo voglio” implica un impegno sia personale che giuridico e quello che molto spesso non si comprende è che esso comprende una grande quantità di diritti e responsabilità legali molti dei quali vengono alla luce solo in occasione della separazione o del divorzio.

Una delle caratteristiche dei divorziati consiste, in numerosi casi, nel risposarsi e nel ricostruire un proprio autonomo nucleo familiare (“famiglie ricostruite”), in cui l'età media dei componenti varia a seconda dell'età in cui è

³¹ Fonte: U.S. Census Bureau, Current Population Reports, Persons living alone by sex and age, 2008

avvenuto il divorzio. Le famiglie ricostruite sono generalmente più fragili di quelle frutto di prime nozze essenzialmente per tre motivi:

- personalità difficile dei coniugi che hanno attraversato l'esperienza di un divorzio;
- chi ha già divorziato una volta è meno disposto ad accettare un'unione infelice e, quindi, più propenso ad interromperla in caso di problemi;
- il secondo matrimonio è meno istituzionalizzato anche dal punto di vista della legislazione. Ad esempio, negli Usa chiunque sposi delle persone che hanno dei figli di primo letto è tenuto a contribuire al loro mantenimento; in Gran Bretagna è previsto l'affidamento dei figli di primo letto del coniuge in modo da mantenere un legame con il padre naturale, ma anche di crearne uno con il nuovo genitore sociale³².

Tra il 1970 e il 1996, l'età media per il matrimonio è aumentata ma dal 1996 è abbastanza stabile sia per gli uomini che per le donne³³.

I mutamenti del numero e del tipo di famiglie sono influenzati da fenomeni come l'aumento della popolazione e del tenore di vita³⁴. Anche la tendenza demografica riguardo al matrimonio, convivenza, divorzio, fertilità e mortalità condizionano la composizione della famiglia moderna. Come si evince dalla tabella sottostante, nel 2007 il numero dei nuclei familiari negli Stati Uniti ha superato i 112 milioni dai 63 milioni del 1970. Di questi, 56 milioni sono coppie sposate, 5 milioni sono composti da solo padri e 14 milioni da solo madri.

³² Fonte: estratto da Sotto lo stesso tetto, M. Barbagli, Il Mulino, Bologna, 1984

³³ Fonte: Annual Social and economic Supplement (ASEC) to the 2003 Current Population Survey (CPS), US Census Bureau

³⁴ Fonte: www.cds.gov/nchs/products/pubs/pubd/nvsr/nvsr.htm

Households by Type and Selected Characteristics: 2007

Characteristic	All households		Family households				Nonfamily households		
	Number	Margin of error ¹	Total	Married couple	Other families		Total	Male householder	Female householder
					Male householder	Female householder			
All households	112,377,977	144,356	75,119,260	55,867,091	5,208,231	14,043,938	37,258,717	17,311,243	19,947,474
Age of Householder									
15 to 24 years	5,272,168	36,535	2,412,856	1,032,811	432,914	947,131	2,859,312	1,498,217	1,361,095
25 to 34 years	17,994,353	53,749	12,401,621	8,268,306	1,148,871	2,984,444	5,592,732	3,375,048	2,217,684
35 to 44 years	22,780,724	48,979	17,706,306	12,655,622	1,323,364	3,727,320	5,074,418	3,181,397	1,893,021
45 to 54 years	24,371,368	45,761	17,732,762	13,432,098	1,220,128	3,080,536	6,638,606	3,539,731	3,098,875
55 to 64 years	18,923,772	35,775	12,608,488	10,489,266	590,587	1,528,635	6,315,284	2,710,019	3,605,265
65 years and over	23,035,592	48,672	12,257,227	9,988,988	492,367	1,775,872	10,778,365	3,006,831	7,771,534
Race and Hispanic Origin of Householder									
White alone	87,486,191	90,775	57,921,125	46,062,058	3,520,505	8,338,562	29,565,066	13,586,789	15,978,277
White alone, non-Hispanic	80,690,054	77,261	52,678,325	42,527,367	2,975,321	7,175,637	28,011,729	12,735,808	15,275,921
Black or African American alone	13,247,930	44,321	8,463,809	3,787,030	804,587	3,872,192	4,784,121	2,171,574	2,612,547
American Indian and Alaska Native alone	787,328	13,605	537,496	314,635	59,073	163,788	249,832	125,840	123,992
Asian alone	4,182,621	24,463	3,118,102	2,532,763	205,078	380,261	1,064,519	540,157	524,362
Native Hawaiian and Other Pacific Islander alone	122,106	5,024	93,748	62,701	8,731	22,316	28,358	15,564	12,794
Some Other Race alone	5,029,193	35,292	4,003,022	2,477,448	520,177	1,005,397	1,026,171	611,764	414,407
Two or more races	1,522,608	25,459	981,958	630,456	90,080	261,422	540,650	259,555	281,095
Hispanic (any race)	12,311,308	43,179	9,585,261	6,203,200	1,108,316	2,273,745	2,726,047	1,534,949	1,191,098
Size of Household									
1 person	30,645,140	81,159	(X)	(X)	(X)	(X)	30,645,140	13,503,106	17,142,034
2 people	37,431,760	88,770	32,010,072	24,216,690	2,098,437	5,694,945	5,421,688	2,985,304	2,436,384
3 people	17,822,974	63,841	17,052,676	11,150,020	1,542,327	4,360,329	770,298	519,243	251,055
4 people	15,350,166	58,861	15,053,279	11,922,128	859,420	2,271,731	296,887	211,289	85,598
5 people	7,110,486	36,038	7,024,110	5,561,333	417,489	1,045,288	86,376	65,204	21,172
6 people	2,514,461	25,706	2,491,164	1,918,937	168,661	403,566	23,297	17,038	6,259
7 or more people	1,502,990	18,231	1,487,959	1,097,983	121,897	268,079	15,031	10,059	4,972
Average size	2.61	0.01	3.28	3.25	3.37	3.36	1.26	1.34	1.20
Number of Related Children Under 18									
No related children	74,325,814	103,667	37,067,097	30,416,731	2,249,585	4,400,781	37,258,717	17,311,243	19,947,474
With related children	38,052,163	86,010	38,052,163	25,450,360	2,958,646	9,643,157	(X)	(X)	(X)
1 child	16,172,607	57,961	16,172,607	9,766,692	1,673,624	4,732,291	(X)	(X)	(X)
2 children	13,951,879	52,022	13,951,879	10,056,101	866,221	3,029,557	(X)	(X)	(X)
3 children	5,619,485	32,602	5,619,485	4,043,841	291,878	1,283,766	(X)	(X)	(X)
4 or more children	2,308,192	22,857	2,308,192	1,583,726	126,923	597,543	(X)	(X)	(X)
Presence of Own Children Under 18									
No own children	77,378,393	103,077	40,119,676	31,780,788	2,643,221	5,695,667	37,258,717	17,311,243	19,947,474
With own children	34,999,584	89,168	34,999,584	24,086,303	2,565,010	8,348,271	(X)	(X)	(X)
With own children under 12	25,157,759	82,096	25,157,759	17,702,694	1,763,239	5,691,826	(X)	(X)	(X)
With own children under 6	14,933,718	66,597	14,933,718	10,758,792	1,038,560	3,136,366	(X)	(X)	(X)
With own children under 3	8,724,619	52,665	8,724,619	6,395,333	628,793	1,700,493	(X)	(X)	(X)
With own children under 1	3,123,384	29,596	3,123,384	2,276,565	248,524	598,295	(X)	(X)	(X)
Tenure									
Owned home	75,515,104	227,236	56,131,865	46,337,300	2,964,726	6,829,839	19,383,239	8,341,031	11,042,208
Rented home	34,674,969	114,886	17,811,123	8,805,707	2,129,733	6,875,683	16,863,846	8,461,664	8,402,182
Occupied without payment	2,187,904	22,916	1,176,272	724,084	113,772	338,416	1,011,632	508,548	503,084

Tabella 2³⁵: Nuclei familiari per tipo e caratteristiche: 2007 (dati in migliaia) (la "X" significa: non applicabile)

³⁵ Fonte: U.S. Census Bureau, Current Population Survey, Annual Social and Economic Supplement, 2007

Le dimensioni dei nuclei familiari sono diminuite. Le famiglie con figli propri costituiscono solo un terzo del totale.

Households by Type: 1970 to 2007

(Percent distribution)

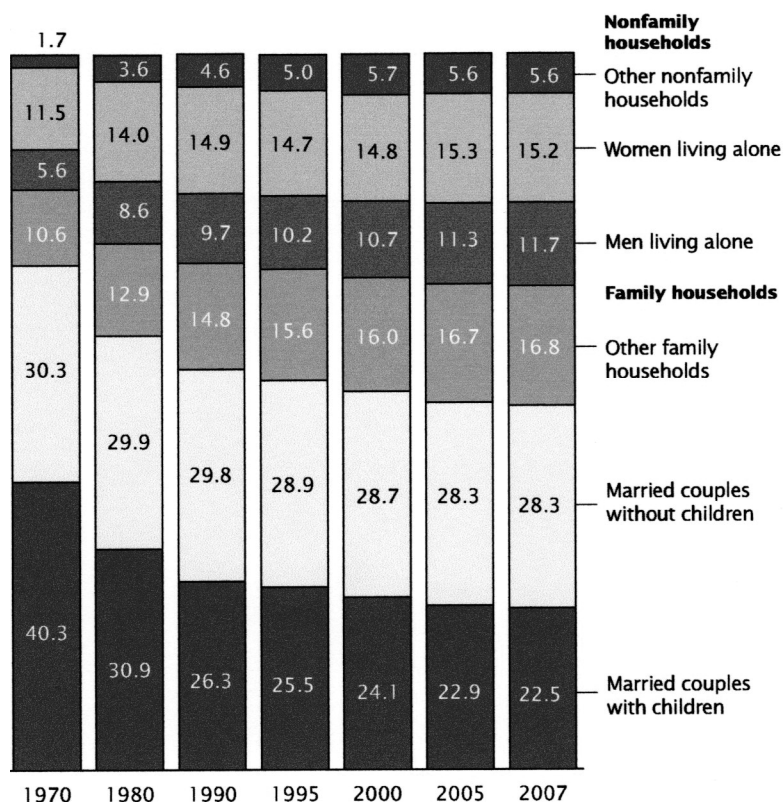


Tabella 3³⁶: Nuclei familiari per tipo: dal 1970 al 2007

La Tabella 3 divide i nuclei familiari in varie categorie: coppie sposate con o senza figli, donne e uomini single. Ciò che va sottolineato è il declino del numero delle coppie sposate con figli propri, dal 40% del 1970 al 23% del 2007. In secondo luogo, il numero dei nuclei familiari composti da coppie senza figli è

³⁶ Fonte: U.S. Census Bureau, Current Population Survey, Annual Social and Economic Supplement, 2007

sceso dal 30% del 1970 al 28% del 2007. La figura mostra anche chiaramente come il numero delle persone che ormai vivono da sole sia aumentato di ben dieci punti percentuali (dal 17% del 1970 al 27% del 2007).

Households by Size: 1970 to 2007
(Percent distribution)

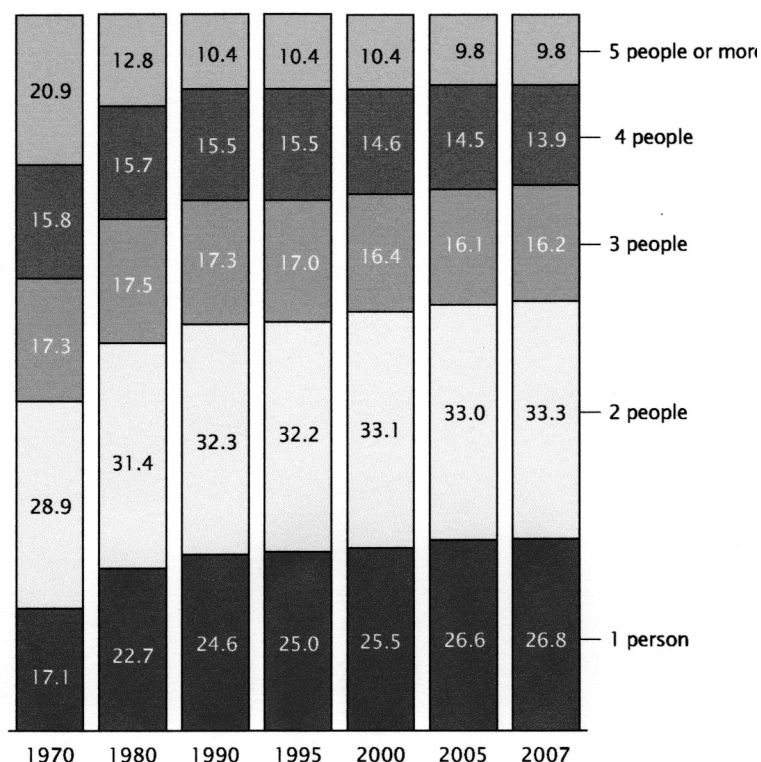


Tabella 4³⁷: Nuclei familiari per dimensioni: dal 1970 al 2007

I nuclei familiari hanno subito variazioni anche per ciò che concerne le dimensioni, come dimostra la tabella 4. Tra il 1970 e il 2007 le famiglie con

³⁷ Fonte: U.S. Census Bureau, Current Population Survey, Annual Social and Economic Supplement, 2007

cinque o più figli sono passate dal 21% al 10%. Nello stesso periodo la quota di quelle composte da solo uno o due bambini è aumentata dal 46% al 60%.

1.5.1 EFFETTI DEL DIVORZIO SULLE RELAZIONI GENITORI-FIGLI

Sulla scia del divorzio molti genitori affidatari esprimono vari gradi di disorganizzazione, rabbia, minori aspettative riguardo la vita sociale dei figli e ridotte capacità di separare i bisogni dei minori dai loro. C'è un serio rischio che questi cambiamenti diventino cronici se il genitore affidatario non ristabilisce entro breve tempo il rapporto con il figlio. Un'altra conseguenza può essere quella di far gravare eccessivamente sui figli il peso del divorzio, il cosiddetto "overburden child phenomena": circa il 15% dei bambini intervistati ha mostrato di soffrire di forme di depressione perché si sentono responsabili del fallimento del rapporto matrimoniale e questo influisce sulla loro crescita e sul loro inserimento sociale.

Quando il tasso dei divorzi è iniziato ad aumentare, intorno agli anni Settanta, si pensava che l'assenza della figura paterna fosse la causa principale delle difficoltà di adattamento dei minori alla separazione dei genitori. Molti studi, tra cui quelli condotti dalla *National Survey of Children*, hanno dimostrato che un aumento dei contatti con il padre non corrisponde comunque ad un miglioramento consistente della situazione psicologica dei figli³⁸.

Le conseguenze peggiori si hanno, però, nel lungo periodo: più del 66% delle donne intervistate, tra i 19 e 23 anni, affermano che dopo dieci anni dal divorzio dei genitori esse hanno subito un ritorno di stato di ansia, rabbia, paura, senso di colpa, che avevano cercato di reprimere per molti anni e questo emerge soprattutto nel momento in cui le giovani donne si trovano faccia a

³⁸ Furstenberg FF. Morgan SP. Allison PD., *Paternal Participation and Children's Well-being after Marital Dissolution*, American Sociological Review, 1987, pp.695-701

faccia con le scelte più importanti della loro vita (come ad esempio il matrimonio)³⁹.

I cambiamenti succedutisi nell'evoluzione della composizione dei nuclei familiari possono essere esaminati da un altro punto di vista: lo status coniugale dei genitori con i quali i bambini risiedono. Nel 2003, negli Stati Uniti, 39 milioni di gruppi familiari comprendevano figli, dai 30 milioni del 1970.

Le famiglie composte da sole donne madri sono passate dai 3 milioni del 1970 ai 10 milioni nel 2003, mentre il numero dei nuclei composti dal solo padre è cresciuto di ben 2 milioni. Allo stesso tempo, il numero di famiglie "classiche" composte, cioè, da due genitori con figli è rimasto relativamente stabile intorno a circa 26 milioni. I bambini che vivono con madri divorziate godono, spesso, di un vantaggio quanto meno economico rispetto a coloro che vivono con genitori che non si sono mai sposati. I genitori divorziati sono, in media, più vecchi, più istruiti e con un reddito maggiore.

³⁹ Wallerstein, JS, Children After Divorce: Wounds That Don't heal, The Psychiatric Times: Medicine and Behavior, 1989, pp.8-11

	TOTAL	
ALL RACES	NUMBER	PERCENT
Children	74.230	100,0
<i>Living with:</i>		
Two parents	51.835	69,8
married parents	49.550	66,8
unmarried parents	2.286	3,1
Biological mother and father	46.364	62,5
married parents	44.328	59,7
Biological mother and stepfather	3.316	4,5
Biological father and stepmother	894	1,2
Biological mother and adoptive father	163	0,2
Biological father and adoptive mother	37	0,1
Adoptive mother and father	834	1,1
One parent	19.415	26,2
mother only	16.911	22,8
biological	16.645	22,4
father only	2.504	3,4
biological	2.417	3,3
No parent	2.979	4,0
Grandparents only	1.538	2,1
Other relatives only	780	1,1
Nonrelatives only	559	0,8
Other arrangement	102	0,1
At least 1 biological parent	69.837	94,1
At least 1 stepparent	4.550	6,1
At least 1 adoptive parent	1.302	1,8

Tabella 5⁴⁰: caratteristiche dei nuclei familiari in cui vivono i minori, 2009

⁴⁰ Fonte: U.S Census Bureau, Current Population Survey, Annual Social and Economic Supplement, 2009

Race of family reference person					
	TOTAL	White alone	Black alone	Asian alone	Hispanic
TOTAL NUMBER	83.215	67.237	10.152	3.807	11.731
Married couple	60.844	52.039	4.522	3.080	7.425
With children under 18	25.799	21.574	2.043	1.545	4.572
Without children under 18	35.045	30.465	2.480	1.535	2.853
Unmarried parent couple	1.522	1.161	253	27	441
Mother only with children under 18	9.880	6.232	3.093	201	2.041
Father only with children under 18	1.742	1.325	294	56	283
Householder and other relatives	9.227	6.479	1.990	443	1.541
Grandparents with grandchild under 18	1.164	732	357	26	190
Householder with adult child	4.864	3.492	1.085	165	645
Householder with young adult child age 18-24	1.963	1.380	466	62	306
Householder with parent	2.045	1.422	363	177	438
PERCENT					
Married couple	73,1	77,4	44,5	80,9	63,3
With children under 18	31,0	32,1	20,1	40,6	39,0
Without children under 18	42,1	45,3	24,4	40,3	24,3
Unmarried parent couple	1,8	1,7	2,5	0,7	3,8
Mother only with children under 18	11,9	9,3	30,5	5,3	17,4
Father only with children under 18	2,1	2,0	2,9	1,5	2,4
Householder and other relatives	11,1	9,6	19,6	11,6	13,1
Grandparents with grandchild under 18	1,4	1,1	3,5	0,7	1,6
Householder with adult child	5,8	5,2	10,7	4,3	5,5
Householder with young adult child age 18-24	2,4	2,1	4,6	1,6	2,6
Householder with parent	2,5	2,1	3,6	4,6	3,7

Tabella 6⁴¹: caratteristiche etniche dei nuclei familiari, 2008

⁴¹ Fonte: U.S Census Bureau, Current Population Survey, Annual Social and Economic Supplement, 2009

Number of persons (1,000)							
<u>Sex and age</u>	<u>Total</u>	<u>Never married</u>	<u>Married</u>	<u>Married spouse present</u>	<u>Married spouse absent</u>	<u>Separated</u>	<u>Divorced</u>
Male 2008	108.783	31.969	64.129	60.120	1.912	2.097	9.772
18 to 19 years old	3.998	3.907	90	42	14	34	1
20 to 24 years old	10.380	9.064	1.229	1.027	103	99	78
25 to 29 years old	10.711	6.299	4.078	3.661	222	195	318
30 to 34 years old	9.471	3.270	5.581	5.108	243	230	603
35 to 39 years old	10.283	2.387	6.938	6.474	242	222	935
40 to 44 years old	10.585	2.088	7.180	6.595	308	277	1.264
45 to 54 years old	21.530	3.087	15.079	14.217	353	509	3.136
55 to 64 years old	16.072	1.213	12.211	11.663	215	333	2.250
65 to 74 years old	8.973	399	7.104	6.853	104	147	851
75years old and over	6.781	255	4.640	4.481	108	51	338
Female 2008	115.766	26.299	64.521	60.107	1.422	2.992	13.551
18 to 19 years old	3.856	3.658	181	124	29	28	14
20 to 24 years old	10.127	7.990	1.978	1.721	87	170	139
25 to 29 years old	10.326	4.695	5.106	4.653	135	318	479
30 to 34 years old	9.596	2.504	6.255	5.776	143	336	780
35 to 39 years old	10.438	1.675	7.476	6.910	166	400	1.193
40 to 44 years old	10.806	1.462	7.538	7.001	135	165	1.640
45 to 54 years old	22.389	2.298	15.415	14.356	300	759	3.930
55 to 64 years old	17.215	1.181	11.346	10.812	179	355	3.225
65 to 74 years old	10.602	444	6.023	5.739	127	157	1.472
75years old and over	10.411	392	3.205	3.016	122	67	678

Tabella 7⁴²: stato civile della popolazione americana divisa per età e sesso, 2008

Una delle ragioni di tutti questi cambiamenti nella composizione della famiglia tradizionale è stata sicuramente la posticipazione del matrimonio. Nel 1970 l'età media per sposarsi era 20.8 anni per le donne e 23.2 per gli uomini. Dal 2003 questa età è cresciuta fino a raggiungere rispettivamente i 25.3 e i 27.1 anni. I figli che vivono con entrambi i genitori godono di maggiori vantaggi educativi e finanziari rispetto ai loro coetanei che vivono con genitori separati,

⁴² Fonte: U.S. Census Bureau, Current Population Reports, 2008

come attestano molte ricerche effettuate dallo *U.S Census Bureau*. Al giorno d'oggi più di un quarto dei minorenni americani vivono con un solo genitore.

Nel 1995, 48.3 milioni dei 70.3 milioni di minori di diciotto anni vivevano con entrambi i genitori (69%); 18.9 milioni vivevano con un solo genitore (27%); e 3 milioni vivevano senza genitori (4%).

Dei minori con un solo genitore, il 38% viveva con genitore divorziato, il 35% con uno mai sposato, 19% con uno separato e il 4% con uno il cui sposo o sposa viveva lontano per motivi di lavoro. Quattro milioni di minori vivevano con i nonni, l'11% di questi anche con i genitori, il 52% con un solo genitore e il 37% senza la presenza di genitori.

La maggior parte dei genitori single vive in aree metropolitane (14.5 milioni) e 9.2 milioni in città con una popolazione superiore a 1 milione di abitanti⁴³.

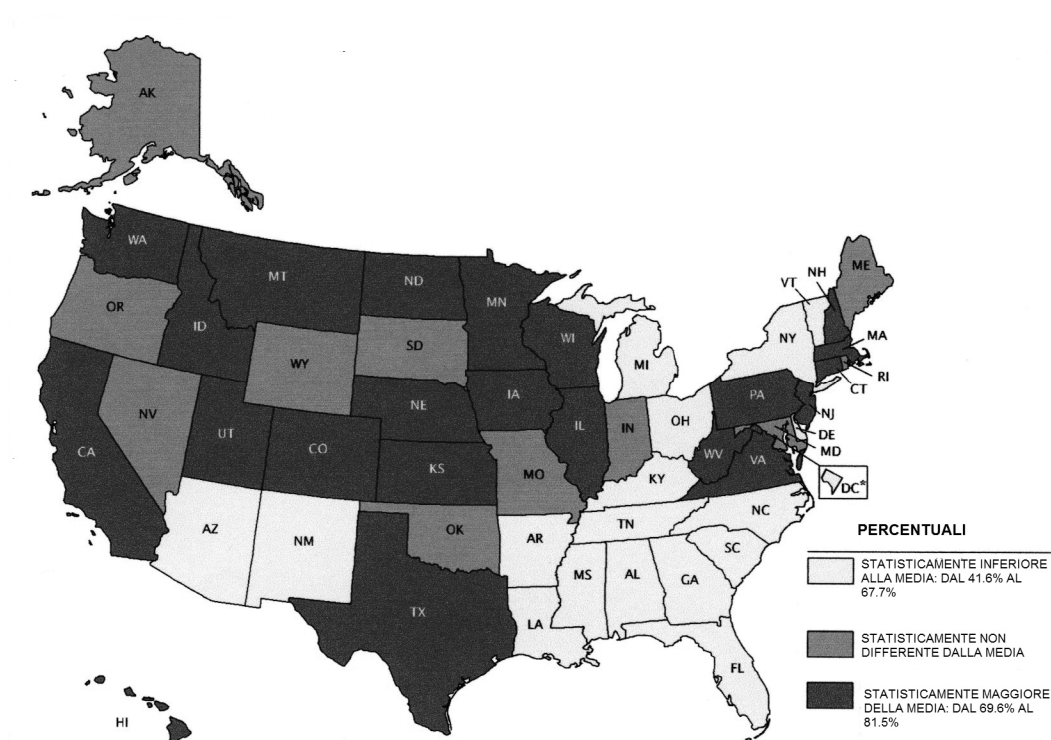


Tabella 8⁴⁴: Variazione percentuale Stato per Stato dei nuclei familiari formati da coppie sposate con figli propri minori di diciotto anni, 2007

⁴³ Fonte: Census Brief, U.S Department of Commerce Economics and Statistics Administration, September 1997

La ricerca condotta dallo *U.S. Census Bureau* nel 2007 fornisce indicazioni a livello geografico circa i nuclei familiari con o senza figli, sposati o non. Le tabelle 8, 9 e 10 sono cartine geografiche che mostrano le variazioni Stato per Stato del tipo di famiglia .

La tabella 8 mostra la percentuale di nuclei familiari composti da coppie sposate con figli propri minori di diciotto anni (69%) e mostra come i valori stimati per ogni Stato siano o no superiori alla media. La maggior parte degli Stati con stime inferiori alla media nazionale si trovano ad est del Mississippi. Gli unici Stati ad ovest sono l'Arkansas, Louisiana, New Mexico e Arizona. Il District of Columbia registra la percentuale più bassa (42%), al contrario dello Utah (82%).

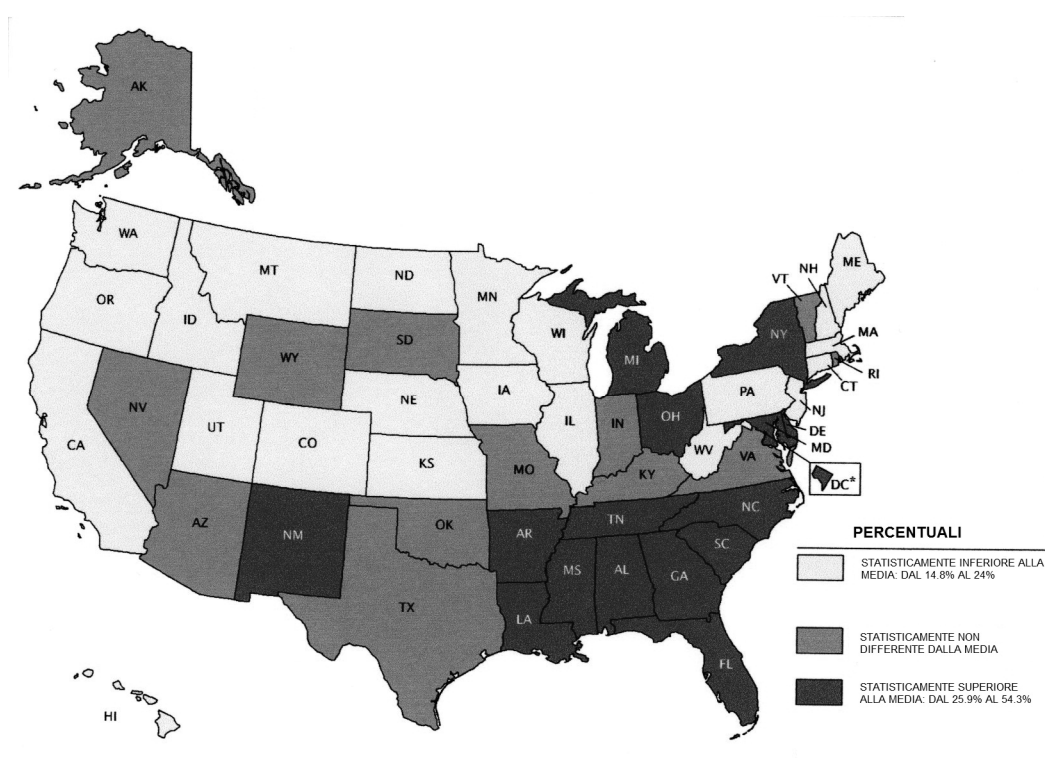


Tabella 9⁴⁵: Variazione percentuale Stato per Stato dei nuclei familiari composti da genitori single con figli propri minori di diciotto anni, 2007

⁴⁴ Fonte: U.S Census Bureau, American Community Survey, 2007

⁴⁵ ibidem

PERCENTUALI

- STATISTICAMENTE INFERIORE ALLA MEDIA: DAL 3.7% AL 5.9%
- STATISTICAMENTE NON DIFFERENTE DALLA MEDIA
- STATISTICAMENTE SUPERIORE ALLA MEDIA: DAL 6.8% AL 9.5%

La tabella 10 mostra la variazione in percentuale dei nuclei familiari composti da genitori non sposati e con figli minori di diciotto anni comparata con la percentuale media corrispondente al 6%. Gli Stati con la percentuale più alta

- 30 -

tendono ad essere situati a nord e ad ovest, con l'eccezione della Florida. Tra gli Stati con la percentuale più alta si riscontra il New Mexico e il Maine; invece quello con la percentuale più bassa risulta essere lo Utah con il 4%.

Con questa breve analisi si è voluto fornire un quadro generale dell'evoluzione della famiglia statunitense negli ultimi quaranta'anni, nel capitolo seguente si passerà ad analizzare con precisione l'evoluzione della legislazione americana in tema di custodia e sostegni finanziari dei minori.

CAPITOLO 2: L’AFFIDAMENTO MINORILE

NEL DIRITTO STATUNITENSE

2.1 INTRODUZIONE

L’importanza della regolamentazione dell’affidamento minorile è data dal fatto che, negli Stati Uniti, annualmente, più di un milione di genitori con figli minori di diciotto anni chiedono ed ottengono il divorzio, con ripercussioni ovvie anche sulla vita della prole. Molte controversie sono risolte per mediazione o sull’accordo delle parti, ed in tali casi il sistema giuridico protegge gli interessi dei minori, assiste i genitori nella difficile fase di ricostruzione del loro rapporto con i figli e conduce, molto spesso, a buoni risultati per entrambe le parti. Ma non sempre tutto ciò avviene nei modi sperati, ed ecco che si rivela necessario l’intervento del giudice e della legge⁴⁷; molto spesso, però, le risorse sono limitate, i principi giuridici sono imprecisi e i giudici non possono avere ampi poteri di controllo al di fuori delle aule dei tribunali.

Con il termine affidamento minorile si definiscono le modalità di ripartizione ed esercizio della potestà parentale sui figli minori in situazioni di non-convivenza dei genitori. Negli Stati Uniti si utilizzano i termini *child custody* e *guardianship* per descrivere il rapporto giuridico ed affettivo tra genitore e figlio, come ad esempio il diritto del genitore di prendere decisioni per il minore e l’obbligo di prendersi cura di lui.

L’affidamento prevede la cura, il controllo e il mantenimento dei minori, che il giudice affida ad uno dei genitori, a seguito di una sentenza di divorzio o separazione. L’avvio di tale pratica può derivare anche da una istanza da parte del minore, di un parente o di un terzo, se il genitore risulta assente, detenuto o

⁴⁷ R.E.Oliphant, N.Ver Steegh, *Family Law: Examples and Explanations*, Aspen Publishers, New York, 2004, pp. 97-98

pericoloso per la salute del minore stesso. In questi casi, i minori possono essere affidati ai nonni, ad altri parenti, affidati ad un orfanotrofio o ad istituzioni e organizzazioni apposite⁴⁸.

Il diritto di famiglia negli Stati Uniti riconosce cinque fonti: la prima, ovviamente, è la legge statale (e quindi la Costituzione dello Stato, le sue leggi ed il Common Law) che regola i comportamenti ed i rapporti familiari; al secondo posto si trova la Costituzione Americana; al terzo le leggi federali; al quarto l'ampio complesso di norme tributarie e sociali (*welfare laws*) sia federali che statali; mentre la quinta fonte è costituita da norme emanate a livello locale, ossia infrastatale⁴⁹.

La *U.S. Supreme Court* in *Popovici v. Agler*⁵⁰ ha affermato che:

The whole subject of the domestic relations of husband and wife, parent and child, belongs to the laws of the States and not to the laws of the United States.⁵¹

Per molti anni, si è pensato che la Costituzione Americana ponesse particolare rilievo al diritto di famiglia e proteggesse le prerogative statali nei confronti dell'eccessiva invadenza federale. Il X Emendamento recita infatti:

the power not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.⁵²

⁴⁸ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, Second edition, West publishing Company, Minnesota, 1988, p. 786

⁴⁹ Harry d. Krause, David Meyer, *Family Law*, Thomson West, Minnesota, 2003, p.5

⁵⁰ *Popovici v. Agler*, 208 U.S. 379 (1930)

⁵¹ Harry d. Krause, David Meyer, *Family Law*, cit., p.5

⁵² *ibidem*, p.8

Ciò sta a significare che il diritto di famiglia è competenza degli Stati; ma nel testo della Costituzione non esiste una garanzia specifica in tal senso, e dagli anni Settanta si è assistito ad una sempre maggiore interferenza della giustizia federale in tema di matrimonio, procreazione, contraccezione, aborto, e sentenze recenti della *U.S. Supreme Court* testimoniano come essa sia fortemente impegnata nell'esercizio della giurisprudenza in tema di diritto di famiglia. In alcuni casi il suo intervento è servito solo a colmare lacune presenti nelle leggi statali, regolando l'applicazione interstatale (*interstate*) del diritto di famiglia, come è avvenuto con il *Child Support Recovery Act* del 1992 e con il *Parental Kidnapping Prevention Act* del 1980, di cui si parlerà in seguito.

A ciò si devono aggiungere le numerose convenzioni internazionali in materia di adozioni internazionali e di riconoscimento internazionale dei divorzi. Queste materie, tradizionalmente, erano di esclusiva competenza degli Stati, perciò il governo federale si è per molto tempo astenuto dall'aderire a questi accordi. Recentemente, però, si sono verificate eccezioni: la *Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction* del 1980, la *United Nations Convention on the Rights of the Child* del 1995 e la *Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption* del 2000⁵³.

2.2 LA COMPETENZA GIURISDIZIONALE IN MATERIA DI AFFIDAMENTO (Jurisdiction to award custody)

Con il termine competenza giurisdizionale si fa riferimento all'autorità conferita ad un particolare giudice riguardo al controllo delle controversie sull'affidamento. Se detta autorità viene riconosciuta significa che tale corte può

⁵³ Harry d. Krause, David Meyer, *Family Law*, cit., pp. 12-13

emanare decreti di prima istanza, ma denota anche che gli altri Stati devono riconoscere le sentenze da essa emanate⁵⁴.

Questo principio si trova espresso nella Costituzione Americana, in quanto la *Full Faith and Credit Clause*, nome comune utilizzato per riferirsi all'articolo IV, Section 1, della Costituzione medesima, stabilisce che ciascuno Stato deve rispettare gli atti, le decisioni e le procedure giudiziarie degli altri Stati.

Full faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State. And the Congress may by general Laws prescribe the Manner in which such Acts, Records and Proceedings shall be proved, and the effect thereof.⁵⁵

La maggior parte delle decisioni relative all'affidamento vengono prese dai tribunali civili (*Family Court*). Nel caso in cui il tribunale minorile riscontri che la decisione sull'affidamento possa mettere in serio pericolo il minore, lo stesso tribunale può affidare la custodia fisica del minore allo Stato, emettendo una *Chips petition* (Children in need of protection or services), cioè un'istanza emanata per assistere il minore in caso di bisogno, nella quale viene dichiarata l'esigenza di protezione del minore, se l'attuale genitore affidatario è negligente o abusa di lui.

Per ciò che concerne la giurisdizione, l'opinione tradizionale sostenuta dal Professor Beale⁵⁶ e adottata nella prima edizione del *Restatement of the Conflict of Laws*⁵⁷, riteneva che un giudice avesse il potere di statuire su una vertenza di affidamento solo nel caso in cui il minore fosse domiciliato nel territorio dello Stato. Vi sono, però, delle eccezioni, per esempio una corte statale può emanare provvedimenti temporanei, anche se non c'è il presupposto del domicilio ma il minore è solo presente fisicamente nel territorio dello Stato, se è a serio rischio la sua incolumità. La *ratio* alla base di una simile

⁵⁴ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., p. 456

⁵⁵ Fonte: www.law.cornell.edu/uscode

⁵⁶ J. Beale, *Conflict of Laws*, Baker, Voorhis & Co., New York, 1935, p.144

⁵⁷ G. Stumberg, *Conflict of Laws*, 3d ed., The Foundation Press, Chicago, 1963, p.256

affermazione consiste nel fatto che l'affidamento è uno *status*, e solo nello Stato di domicilio esisteva quella relazione permanente tra minore e Stato tale da fare in modo che quest'ultimo avesse un interesse a regolare suddetto *status*.

Molti studi hanno mostrato perplessità a riguardo, esprimendo la convinzione che l'affidamento non sia uno *status* e che più di uno Stato dovrebbe assumere, e molte volte assume, il potere di giudicare in merito. Le ragioni più valide per respingere la regola del domicilio erano che il benessere del minore spesso richiede l'intervento di un tribunale diverso da quello dello Stato di domicilio, in quanto si trova in una posizione che meglio può tutelare gli interessi coinvolti. Il risultato di queste critiche portò molte corti a concludere che ad ogni Stato che ha un interesse sostanziale al benessere del minore viene riconosciuta la competenza di decidere in tema di affidamento. Alla base di questo potere, può esservi il domicilio, la residenza, la presenza occasionale e temporanea, il domicilio di uno o di entrambi i genitori o il fatto che uno o entrambi i genitori abbiano adito precedentemente tale corte, come deciso ad esempio dal caso *Sampsell*⁵⁸ (1948).

Ciò conduce a casi di *forum-shopping*: se la sentenza iniziale non è soddisfacente, il genitore deluso può rivolgersi ad un altro tribunale cercando di persuadere la corte a modificare la precedente decisione. A questo riguardo nel caso *Sampsell* il giudice Traynor sottolineò l'esigenza di limitazioni nelle modifiche, la necessità del rispetto reciproco delle sentenze pronunciate in altri Stati, e il fatto, pur ovvio, che l'esistenza del potere di giudicare non significa che esso debba sempre essere esercitato⁵⁹.

Dato che il principio contenuto nel *Common Law* non fu sufficiente a ridurre gli abusi e le irregolarità nelle controversie sull'affidamento, il passo successivo fu l'intervento della legislazione.

⁵⁸ *Sampsell v. Superior Court In and For Los Angeles County*, 32 Cal.2d. 763 (1948)

⁵⁹ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., pp.458-459

2.2.1 LIMITI COSTITUZIONALI ALL'ESERCIZIO DELLA GIURISDIZIONE

La *Full Faith and Credit Clause* e la *Due Process Clause* (clausola del giusto processo) sono tra di loro collegate e hanno generato molte interpretazioni critiche. La posizione generale sostenuta dalla Corte Suprema e dalle corti statali è che queste clausole, contenute nella Costituzione, richiedano adeguate comunicazioni dell'inizio dei procedimenti e la necessità di ascoltare entrambe le parti, soprattutto nelle cause di affidamento⁶⁰. Il periodo che intercorre tra la notifica e la presentazione di fronte al giudice deve essere calcolato ragionevolmente, tenendo conto del luogo di residenza delle parti, per far in modo che la parte intimata abbia il tempo di presentare le sue obiezioni. Questo però non esclude la possibilità di modificare le sentenze di affidamento, ma molte corti ritengono che senza giurisdizione personale su colui che è chiamato in giudizio, esse non possono sottoporre a riesame un provvedimento giudiziario emanato da altro tribunale.

Alla fine degli anni Settanta, il requisito della giurisdizione sulla persona nei casi di affidamento provocava ancora molta confusione. In questo periodo fu compiuto uno sforzo per cercare di fare maggiore chiarezza, con l'emanazione di due leggi importanti: l'*Uniform Child Custody Jurisdiction Act* (UCCJA) e il *Parental Kidnapping Prevention Act* (PKPA), con lo scopo di ridurre il ricorso al forum-shopping applicando in maniera più estesa la *Full Faith and Credit Clause* ai casi di affidamento.

It is the purpose of the Conference to promote uniformity in the law among the several States on subjects as to which uniformity is desirable and practical⁶¹.

La *Uniform Law Commission* (ULC), conosciuta anche con il nome di *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL), dal

⁶⁰ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., pp.458-459

⁶¹ *Family Law Quarterly*, Vol.42 No.3 Fall 2008, Section Of Family Law America Bar Association, Washburn University School of Law, Kansas, p.673

1892 redige e promulga leggi uniformi (*uniform laws*) e leggi modello (model acts).

Oltre ai due testi sopracitati, la commissione, nel corso degli anni, ha emanato 143 leggi uniformi e 43 leggi modello. Di questi solo 10 affrontano il tema del diritto di famiglia:

- Uniform Child Abduction Prevention Act, UCAPA (2006)
- Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act, UCCJEA (1997); UCCJA (1968)
- Uniform Child Witness Testimony by Alternative Methods Act (2202)
- Uniform Disposition of Community Property Rights at Death Act (1971)
- Uniform Guardianship and Protective Proceedings (1982) (1987) (1997)
- Uniform Interstate Enforcement of Domestic Violence Protection Orders Act (2000) (2002)
- Uniform Interstate Family Support Act, UIDS (1996) (2001) (2008)
- Uniform Parentage Act, UPA (2000) (2002)
- Uniform Premarital Agreement Act, UPPAA (1983)
- Uniform Transfers to Minors Act, UTMA (1983)
- Model Adoption Act, UAA (1994)
- Model Marital Property Act, UMPA (1983)
- Model Marriage and Divorce Act, UMDA (1983)

I commissari sono tutti avvocati, giudici statali, federali o professori di diritto, scelti dai governi dei vari Stati con lo scopo di redigere e promuovere l'applicazione di leggi statali uniformi⁶².

⁶² Family Law Quarterly, cit., Fall 2008, pp.674-675

2.2.2 LO UNIFORM CHILD CUSTODY JURISDICTION ACT

Lo UCCJA fu redatto principalmente dalla Professoressa Brigitte M. Bodenheimer, sotto la supervisione del comitato del *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*.⁶³ Approvato dall'American Bar Association nel 1968, nel 1983 è stato adottato da tutti gli Stati, compreso il District of Columbia.

I suoi scopi principali sono evitare i conflitti fra gli Stati in riferimento ai casi di affidamento, sottolineando che le vertenze in materia di custodia devono essere discusse nello Stato con il quale il minore e la sua famiglia hanno i legami maggiori (*significant connection*) e dove è possibile garantire al minore stesso un maggiore benessere, scoraggiando la riapertura di casi già conclusi, la pratica di forum-shopping e promuovendo la cooperazione interstatale.⁶⁴

(...) avoid jurisdictional competition in conflict with courts of other states in matters of child custody which have in past resulted in the shifting of children from state to state with harmful effect on their well-being.⁶⁵

Lo *Uniform Child Jurisdiction Act* non si applica nei casi in cui come oggetto si ha la custodia di minori non ancora nati.

Lo UCCJA (ma anche il PKPA) contiene tre tipi di disposizioni: un gruppo riguarda il tipo di notificazioni necessarie per la validità di un processo in materia di affidamento; il secondo gruppo si occupa delle circostanze nelle quali poteri giurisdizionali esistenti sui soggetti in esame devono o meno essere esercitate e le forme di comunicazione tra corti che apparentemente hanno tutte giurisdizione in merito. Il terzo gruppo contiene disposizioni specifiche relative alle circostanze nelle quali le sentenze emesse da corti di altri Stati devono essere rafforzate o modificate⁶⁶.

⁶³ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., p. 463

⁶⁴ *ibidem*

⁶⁵ H.D.Krause, D.Meyer, *Family Law*, cit., p. 206

⁶⁶ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., p. 464-465

Lo UCCJA riconosce il potere giurisdizionale in materia di affidamento su presupposti oggettivi (*subject matter jurisdiction*), in quattro categorie di casi:

- nello Stato dove risiede il minore (*home state*) da almeno sei mesi consecutivi prima dell'inizio della controversia; nel caso di un minore di sei mesi, dal momento della nascita;
- se è nel miglior interesse del minore, se il minore e la sua famiglia presentano legami significativi con lo Stato e se in tale Stato esso può ricevere tutto il necessario per la sua educazione e crescita futura.

A court of this State which is competent to decide child custody matters has jurisdiction to make a child custody determination by initial or modification decree if this State is the home state of the child at the time of commencement of the proceeding, or had been the child's home state within six months before commencement of the proceedings (...)or it is in the best interest of the child that a court of this State assume jurisdiction because the child and his parents, or the child and at least one contestant, have a significant connection with this State, and there is available in this State substantial evidence concerning the child's present or future care, protection, training and personal relationship⁶⁷.

L'applicazione di questa legge ha condotto, nella pratica, a risultati molto differenti. Nel caso *Settle*⁶⁸, gli sposi vivevano in Indiana, dove perciò fu decisa la causa di divorzio. Prima della sentenza definitiva la madre portò il figlio in Oregon, senza comunicarlo al padre che lo scoprì solo dopo diciotto mesi. Nel procedimento aperto in Oregon per l'esecuzione o la modifica della decisione presa dal tribunale dell'Indiana, che aveva assegnato l'affidamento al padre, la Corte Suprema dell'Oregon ritenne che lo Stato era diventato la residenza del minore e che l'Indiana non aveva più alcun legame con il medesimo.

Diverso fu quanto affermato dalla stessa Corte Suprema nel caso *Ross*⁶⁹. Le parti si erano sposate e vivevano in Montana. Poco dopo la separazione il padre portò i figli in Oregon, all'insaputa della madre che ottenne

⁶⁷ Fonte: Uniform Child Custody Jurisdiction Act, art.3, (1968)

⁶⁸ *Matter of Marriage of Settle*, 276 Or. 759 (1976)

⁶⁹ *Matter of Custody of Ross*, 291 Or. 263 (1981)

la sentenza di divorzio in contumacia (*default divorce*). Circa diciotto mesi dopo, la donna accertò dove era l'ex marito ed agì in Oregon chiedendo l'esecuzione della sentenza emanata in Montana. La Corte Suprema dell'Oregon, non tenendo conto di quanto affermato nel caso *Settle*, ritenne che il Montana continuava ad avere giurisdizione sul caso. La Corte affermò che il minore continuava da avere legami significativi con lo Stato del Montana, nel quale la madre e la sorella maggiore ancora vivevano.

Alcuni ritennero che nel caso *Ross* la Corte si preoccupò più di punire il padre per aver portato via il figlio che di garantire il miglior benessere del minore.

Indubbiamente la diversità dei risultati spesso dipende dalla presenza o assenza di altri fattori, che richiedono l'applicazione di altre disposizioni della legge e dipendono da ciò che i tribunali considerano il miglior interesse del minore.

-la terza categoria di giurisdizione creata dallo UCCJA si riferisce alla giurisdizione di emergenza. Se il minore è fisicamente presente nello Stato ed è stato abbandonato o maltrattato, la corte ha il potere di statuire sulla sua custodia.

If the child is physically present in this State and the child has been abandoned or it is necessary in an emergency to protect the child because he has been subjected to or threatened with mistreatment or abuse or is otherwise neglected⁷⁰.

-la quarta categoria sussiste quando nessun altro Stato ha giurisdizione in merito o quando un altro Stato si rifiuta di esercitarla.

Or if it appears that no other state would have jurisdiction under prerequisites substantially in accordance with paragraphs 1, 2, or 3, or another state has declined to exercise jurisdiction on the ground that this State is the more

⁷⁰ Fonte: Uniform Child Custody Jurisdiction Act, cit., 1968

appropriate forum to determine the custody of the child, and it is in the best interest of the child that this court assume jurisdiction⁷¹.

La stessa importanza rivestono le norme che richiedono o permettono alle corti che hanno giurisdizione di non esercitarla. La prima di queste (art.6 UCCJA), vieta l'esercizio di tale giurisdizione se nel momento di presentazione della domanda di affidamento, un'altra è già pendente davanti alla corte di un altro Stato che esercita la giurisdizione in conformità con uno dei requisiti contenuti nell'*Uniform Child Custody Jurisdiction Act*. Perciò la corte successivamente adita deve determinare se effettivamente essa ha il potere di decidere secondo quanto contenuto nello UCCJA, altrimenti essa deve respingere la domanda. Se invece la corte riscontra di avere giurisdizione, deve verificare se esiste un altro processo pendente di fronte ad un'altra corte. Se la verifica ha esito positivo, deve mettersi in contatto con la corte dell'altro Stato per far in modo che la causa sia decisa avanti il giudice con miglior competenza, constatando se questo ultimo ha giurisdizione sostanziale sul caso secondo lo UCCJA; in caso contrario procede ad emettere sentenza. Se la sentenza della corte successivamente adita prevede la modifica di una precedente pronuncia, emessa da altra corte in altro Stato, essa deve verificare di avere il potere di intervenire sul provvedimento secondo i requisiti posti dallo UCCJA⁷².

La sezione 7 autorizza una corte che ha giurisdizione a rifiutarne l'esercizio se essa accerta che un altro tribunale ha miglior competenza per giudicare la controversia.

A court which has jurisdiction under this Act to make an initial or modification decree may decline to exercise its jurisdiction any time before making a decree if it finds that it is an inconvenient forum to make a custody determination under the circumstances of the case and that a court of another state is more appropriate forum⁷³.

⁷¹ Fonte: Uniform Child Custody Jurisdiction Act, cit., 1968

⁷² H.H.Clark Jr., The Law of Domestic Relations in the United States, cit. p. 470-471

⁷³ Fonte: Uniform Child Custody Jurisdiction Act, art.7, 1968

La sezione 8 non fornisce indicazioni in ordine al comportamento da tenere nei casi, per fortuna poco frequenti, in cui entrambi i genitori sono colpevoli di avere tolto il minore alla custodia del genitore affidatario. Alcune corti semplicemente ignorano il problema, dato che è impossibile decidere quale genitore sia il più idoneo ad occuparsi del figlio. Altre rinunciano ad esercitare la giurisdizione se il genitore che chiede l'intervento della corte ha violato una sentenza in materia di affidamento, indipendentemente dalla condotta dell'altro.

If the petitioner for an initial decree has wrongfully taken the child from another state or has engaged in similar reprehensible conduct the court may decline to exercise jurisdiction if this is just and proper under the circumstances⁷⁴.

Poche corti hanno interpretato più a fondo le parole contenute nella sezione 8, affermando che la regola della residenza non deve essere tenuta in considerazione se il minore è stato portato in un altro Stato illegittimamente in violazione di un precedente provvedimento. Come conseguenza, se tale corte emanasse una decisione, questa non dovrebbe essere rispettata dagli altri Stati. Questa opinione è però incoerente con il resto del contenuto della sezione 8, anche perché non tiene in considerazione il benessere del minore⁷⁵.

2.2.3 IL PARENTAL KIDNAPPING PREVENTION ACT

Nel 1980 il Congresso approvò il PKPA con lo scopo primario di implementare l'applicazione della *Full Faith and Credit Clause*, contenuta nella Costituzione, alle cause di affidamento. Ci si chiese se questa legge facesse sorgere una giurisdizione federale nel caso di controversie interstatali ma la risposta fu subito negativa. Nonostante ciò, alcune corti sostennero che se un

⁷⁴ Fonte: Uniform Child Custody Jurisdiction Act, art.8, 1968

⁷⁵ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., p.476

tribunale viola il PKPA, rifiutandosi di applicare una sentenza di affidamento pronunciata da un altro Stato, una corte federale ha l'autorità di imporre tale applicazione. Data la portata sia dello UCCJA che del PKPA, le corti federali vennero sempre più spesso chiamate ad intervenire nelle questioni relative all'affidamento dei minori⁷⁶.

Questa legge contiene obiettivi, tutti molto simili a quelli contenuti nello UCCJA: la riduzione dei conflitti interstatali in tema di affidamento, l'agevolazione nell'applicazione delle sentenze e la riduzione delle pratiche di illegittima sottrazione dei minori da parte di un genitore⁷⁷.

Anche il PKPA prevede che, prima che venga presa qualsiasi decisione, la parte controinteressata debba ricevere adeguata notificazione della pendenza di un procedimento, ma a differenza dello UCCJA, esso non ne definisce i tempi. I requisiti utili ai fini dell'esercizio della giurisdizione sono molto simili a quelli contenuti nello *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*, e includono la residenza, il legame significativo, le situazioni di emergenza, e i casi in cui nessun altro Stato esercita giurisdizione.

A child custody or visitation determination made by a court of a State is consistent with the provisions of this section only if such court has jurisdiction under the law of such State; and one of the following conditions is met: such State is the home State of the child on the date of the commencement of the proceeding, or had been the child's home State within six months before the date of the commencement of the proceeding and the child is absent from such State because of his removal or retention by a contestant or for other reasons, and a contestant continues to live in such State; it appears that no other State would have jurisdiction under subparagraph, and it is in the best interest of the child that a court of such State assume jurisdiction because the child and his parents, or the child and at least one contestant, have a significant connection with such State other than mere physical presence in such State, and there is available in such State substantial evidence concerning

⁷⁶ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., p.476-478

⁷⁷ *ibidem*

the child's present or future care, protection, training, and personal relationships;

the child is physically present in such State and the child has been abandoned, or it is necessary in an emergency to protect the child because the child, a sibling, or parent of the child has been subjected to or threatened with mistreatment or abuse;

it appears that no other State would have jurisdiction under subparagraph (A), (B), (C), or (E), or another State has declined to exercise jurisdiction on the ground that the State whose jurisdiction is in issue is the more appropriate forum to determine the custody or visitation of the child, and it is in the best interest of the child that such court assume jurisdiction; or the court has continuing jurisdiction pursuant to subsection of this section⁷⁸.

La principale differenza che si riscontra tra il PKPA e lo UCCJA è il rapporto che intercorre tra il requisito della residenza e quello del legame significativo. Secondo quanto previsto dallo UCCJA, queste due prerogative sono da esercitarsi in alternativa tra loro; per il PKPA il legame significativo tra il soggetto e lo Stato può esserci solo se egli non ha la residenza in nessun altro Stato. Inoltre, il *Parental Kidnapping Prevention Act*, a differenza dello UCCJA, vieta di esercitare giurisdizione se il medesimo caso è già pendente di fronte ad un'altra corte, che esercita tale potere in conformità a quanto previsto dal PKPA.

A court of a State shall not exercise jurisdiction in any proceeding for a custody or visitation determination commenced during the pendency of a proceeding in a court of another State where such court of that other State is exercising jurisdiction consistently with the provisions of this section to make a custody determination⁷⁹.

In aggiunta a queste due leggi fondamentali, è stato adottato in tutti i cinquanta Stati, incluso in District of Columbia e le Virgin Islands, l'*Interstate*

⁷⁸ Fonte: Parental Kidnapping Prevention Act, 28 U.S.C. § 1738A, (1980)

⁷⁹ ibidem

Compact on the Placement of Children, contenente dieci articoli che regolano lo spostamento interstatale dei minori. Lo scopo principale è di assicurare che venga applicata la corretta giurisdizione e che gli interessi dei minori siano garantiti⁸⁰.

The purpose of this compact is to:

- A. Provide a process through which a children subject to this compact are placed in safe and suitable homes in a timely manner.
- B. Facilitate ongoing supervision of a placement, the delivery of services and communication between the states.
- C. Provide operating procedures that will ensure that children are placed in safe and suitable homes in a timely manner.
- D. Provide for the promulgation and enforcement of administrative rules implementing the provisions of this compact and regulating the covered activities of the member states.
- E. Provide for uniform data collection and information sharing between states under this compact.
- F. Promote coordination between this compact, the Interstate Compact for Juveniles, the Interstate Compact on Adoption and Medical Assistance and other compacts affecting the placement of and which provide services to children otherwise subject to this compact.
- G. Provide for a state's continuing legal jurisdiction and responsibility for placement and care of a child that it would have had if the placement were intrastate.
- H. Provide for the promulgation of guidelines, in collaboration with Indian tribes, for interstate cases involving Indian children as is or may be permitted by federal law⁸¹.

La principale differenza tra questa legge e lo UCCJEA o lo UCCJA è che essa non viene applicata per determinare la giurisdizione, ma solo per stabilire

⁸⁰ Family Law Quarterly, Vol. 41 No. 1, Washburn University School of Law, Kansas, Spring 2007, pp. 145-146

⁸¹ Interstate Compact on the Placement of Children, Va Code Ann. §63.1-219.1, art.1 (1995)

delle procedure da seguire per regolare il trasferimento interstatale dei minori. In *J.D.S. v. Franks*⁸² la Corte Suprema dell'Arizona affermò:

compliance with the ICPC is not a prerequisite for exercising jurisdiction because ... the ICPC merely establishes a procedure to follow when a placement is made⁸³.

In *Adoption of Asente*⁸⁴ la Corte Suprema dell'Ohio sostenne che:

these commentators contend that the ICPC helps to determine the legality of an interstate placement only after a court has properly asserted jurisdiction under the UCCJA and the PKPA, and that the term "jurisdiction" as used in the ICPC merely refers to which party in an adoption proceeding has responsibility for a child's well-being⁸⁵.

Successivamente venne emanato anche il *Revised Interstate Compact for the Placement of Children*, entrato in vigore solo nello Stato dell'Ohio⁸⁶.

⁸² *J.D.S. v. Franks*, 893 P.2d 732 (Ariz. 1995)

⁸³ *ibidem*

⁸⁴ *Adoption of Asente*, 734 N.E.2d 1224, 1225-26 (Ohio 2000)

⁸⁵ *ibidem*

⁸⁶ *Family Law Quarterly*, cit., Spring 2007, p. 155

2.2.4 LO UNIFORM CHILD ABDUCTION PREVENTION ACT

Nonostante la credenza comune, la maggior parte dei rapimenti sono perpetrati da familiari. Le leggi statali hanno lo scopo di limitarne il verificarsi e di determinare l'affidamento ma spesso forniscono esigue prevenzioni di tale pratica.

Lo UCAPA fornisce uno strumento prezioso per scoraggiare la sottrazione di minori sia a livello domestico che internazionale ad opera di genitori o di persone che agiscono per loro conto. Gli Stati hanno sviluppato un corpo di leggi aventi per oggetto la definizione dell'affidamento dei minori. Lo UCCJA, UCCJEA e UCAPA sono stati realizzati per essere compatibili e per integrare leggi statali esistenti.

Fino ad ora esso è stato adottato da sette Stati: Colorado, Kansas, Louisiana, Nebraska, Nevada, South Dakota e Utah. Dato che è molto recente, sette adozioni in quattro anni fanno prevedere una considerevole applicazione⁸⁷.

2.2.5 LO UNIFORM CHILD WITNESS TESTIMONY BY ALTERNATIVE METHODS ACT

Questa legge stabilisce procedure riguardanti la testimonianza dei minori nei processi civili o penali. Per ovvie ragioni, il minore può testimoniare fuori dall'aula del tribunale con la presenza del difensore. Tale legge prevede un metodo chiaro ed efficace per proteggere il minore da traumi emotivi, continuando ad affermare i diritti degli imputati come previsto dal sesto emendamento della Costituzione americana.

⁸⁷ Family Law Quarterly, cit., Fall 2008, p.675

Adottato da solo tre Stati, Idaho, Nevada e Oklahoma, dopo otto anni dalla promulgazione, sembra non riscuotere il successo sperato.

2.2.6 LO UNIFORM DISPOSITION OF COMMUNITY PROPERTY RIGHTS AT DEATH ACT

I coniugi domiciliati in uno Stato che possiede un regime di proprietà comune particolare, frequentemente si spostano in una giurisdizione che possiede un sistema di diritti matrimoniali differente e a loro più favorevole. Questo spostamento non deve essere condannato in quanto non priva gli sposi dei diritti di proprietà preesistenti. Uno Stato di *Common Law* deve prescrivere i diritti dei suoi domiciliati sia riguardo la proprietà personale che la proprietà reale localizzata dentro i suoi confini ma spesso ciò non avviene perciò, si è resa necessaria una legislazione uniforme per minimizzare il potenziale insorgere di liti e per facilitare la suddivisione dei beni.

Dopo quarant'anni la legge è entrata in vigore solo in 14 Stati (Alaska, Arkansas, Colorado, Connecticut, Florida, Hawaii, Kentucky, Michigan, Montana, New York, North Carolina, Oregon, Virginia, Wyoming) e ciò rappresenta solo un successo modesto⁸⁸.

2.2.7 LO UNIFORM GUARDIANSHIP AND PROTECTIVE PROCEEDINGS ACT

Promulgato nel 1968 e sottoposto a revisione nel 1982 e nel 1997, la legge ha come materia la tutela e la protezione dei minori. I tutori sono scelti dalle corti o ufficialmente dai genitori per prendersi cura del minore emancipato (*wards*) che ha perso i genitori o i cui genitori non sono in grado di prendersi

⁸⁸ Family Law Quarterly, cit., Fall 2008, p.676

cura di lui. Questo tipo di autorità tutoria (*guardianship*) è considerata una sostituta dell'affidamento ma ha riscosso poco favore da parte degli Stati, tanto che è stato applicato solo in cinque di essi: Alabama, Colorado, Hawaii, Minnesota e Montana⁸⁹.

2.2.8 LO UNIFORM INTERSTATE ENFORCEMENT OF DOMESTIC VIOLENCE PROTECTION ORDERS ACT

La suddetta legge stabilisce un sistema uniforme per il rafforzamento della prevenzione della violenza domestica. L'atto promuove l'obiettivo della clausola della *Full Faith and Credit*. Nonostante la disposizione federale, questa legge fu un importante passo verso la prevenzione, essa lasciò aperte alcune questioni cruciali riguardanti gli aspetti procedurali di tale potenziamento, alle quali lo *Uniform Interstate Enforcement of Domestic Violence Protection Orders Act* cerca di dare una risposta.

In dieci anni, diciannove Stati (Alabama, California, Delaware, District of Columbia, Idaho, Indiana, Kansas, Mississippi, Montana, Nebraska, Oklahoma, North Dakota, Rhode Island, South Dakota, Texas, U.S. Virgin Islands, Utah e West Virginia) l'hanno adottato e ciò è un'ottima prospettiva per il futuro⁹⁰.

2.2.9 LO UNIFORM INTERSTATE FAMILY SUPPORT ACT

Nel 1992, la NCCUSL promulgò lo UIFSA per fornire regole universali ed uniformi per il consolidamento delle disposizioni relative al *child support*. L'obiettivo principale dello UIFSA era di eliminare il sistema di ordinamenti multipli, generato dalle leggi allora in vigore: lo *Uniform Reciprocal Enforcement*

⁸⁹ Family Law Quarterly, cit., Fall 2008, p.678

⁹⁰ ibidem

of Support Act (URESAs) e il *Revised Uniform Reciprocal Enforcement of Support Act* (RURESAs)⁹¹. Nell'estate del 1996, trentacinque Stati avevano attuato l'UIFSA; nel 2001 furono apportati ulteriori emendamenti allo UIFSA, alcuni procedurali, altri sostanziali, comunque nessuno ha provocato cambiamenti rilevanti delle politiche e delle procedure. Infine, una nuova versione fu approvata nel 2008 con lo scopo di adattarlo alla nuova *Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*.

Ventidue Stati hanno adottato lo UIFSA così come revisionato nel 2001: Arizona, California, Delaware, District of Columbia, Idaho, Illinois, Maine, Mississippi, Nebraska, Nevada, New Mexico, Oklahoma, Rhode Island, South Carolina, Texas, Utah, Virginia, Washington, West Virginia e Wyoming.

Trentuno Stati avevano precedentemente adottato quello del 1996: Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Connecticut, Delaware, District of Columbia, Florida, Georgia, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, New York, North Carolina, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Puerto Rico, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, U.S. Virgin Islands, Utah, Virginia, Washington, West Virginia, Wisconsin e Wyoming⁹².

2.2.10 LO UNIFORM PARENTAGE ACT

Lo UPA introdusse una rivoluzione legale, in quanto, secondo il sistema di *Common Law*, un minore, la cui madre non era sposata, veniva considerato illegittimo. Per porre rimedio a tutto ciò, la *U.S. Supreme Court* eliminò

⁹¹ W.J. Brockelbank & F. Infausto, *Interstate Enforcement of Family Support*, 2d ed., 1971

⁹² *Family Law Quarterly*, cit., Fall 2008, pp. 679-680

l'illegittimità come barriera legale a partire dagli anni Sessanta e Settanta. Lo UPA confermò questi cambiamenti affermando:

The parent and child relationship extends equally to every child and every parent, regardless of the marital status of the parent⁹³.

Nello UPA revisionato nel 2002 si ribadisce lo stesso principio molto criticato e politicizzato.

Lo UPA 2002 è stato adottato da: Alabama, Delaware, North Dakota, Oklahoma, Texas, Utah, Washington e Wyoming. Uniform Parentage Act del 1973 da: California, Colorado, Hawaii, Illinois, Kansas, Minnesota, Missouri, Montana, Nevada, New Jersey, New Mexico, Ohio, e Rhode Island.

Solo l'Alabama ha applicato anche la nuova versione.

2.2.11 LO UNIFORM PREMARITAL AGREEMENT ACT

Questa legge definisce gli accordi prematrimoniali come patti tra coniugi fatti in osservanza del matrimonio ed effettivi durante esso. Tali accordi sono validi se scritti e firmati da ambo le parti. Il futuro partner può includervi una vasta gamma di questioni, inclusi diritti ed obblighi delle parti concernenti la proprietà e le disposizioni della proprietà a seguito della dissoluzione del matrimonio, della separazione, o della morte. Riassumendo, lo UPAA permette di regolare tutto ciò che riguarda il patrimonio, tenendo conto dei desideri e dei ruoli assunti dalle parti. Un accordo prematrimoniale non è valido se non esiste consenso, in caso contrario non potrà mai essere impugnato. Un coniuge deve equamente e ragionevolmente rivelare il suo patrimonio; questa regola è, però, soggetta ad eccezioni: una rinuncia volontaria ed espressa del patrimonio dell'altro coniuge; nel caso non venga reso pubblico l'ammontare del patrimonio dei coniugi, le informazioni in possesso al momento della sigla dell'accordo

⁹³ Family Law Quarterly, cit., Fall 2008, p.681

sono ritenute sufficienti per poterlo impugnare. La possibilità di concludere tali patti incoraggia le parti ad esprimere e far valere i loro interessi.

Questa legge è stata adottata da: Arizona, Arkansas, California, Connecticut, Delaware, District of Columbia, Florida, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Maine, Nebraska, Nevada, New Mexico, North Carolina, North Dakota, Oregon, Rhode Island, South Dakota, Texas, Utah, Virginia e Wisconsin⁹⁴.

2.2.12 LO UNIFORM TRANSFERS TO MINORS ACT

Tutti gli Stati hanno adottato questa legge, ad eccezione di South Carolina, Puerto Rico e U.S. Virgin Islands.

Il trasferimento di proprietà ai minori crea problemi significativi. Molti genitori non sono disposti a porre il loro patrimonio nelle mani di minori inesperti e preferiscono che il controllo della proprietà sia gestito da persone competenti. Questa legge si occupa di regolamentare tale trasferimento.

2.2.13 IL MODEL ADOPTION ACT

Il *Model Adoption Act* definisce procedure esaurienti e complete di tutte le fasi del procedimento di adozione e si occupa sia dell'adozione privata che di quella tramite agenzie. Questa legge è stata emanata in sostituzione di due precedenti disposizioni, una del 1953 e la sua versione aggiornata del 1969, dichiarate obsolete. Nonostante il carattere innovativo, lo UAA è stato adottato solo dal Vermont e ha incontrato più opposizione che supporto ed è caduto nel dimenticatoio. La stessa sorte è toccata al *Model Marital Property Act* del 1983, il quale crea una categoria di proprietà chiamata proprietà del matrimonio, che

⁹⁴ Family Law Quarterly, cit., Fall 2008, pp. 682

non è quella individuale degli sposi. Ciascun coniuge possiede la metà del patrimonio in comune anche se il suo nome non compare in nessun documento inerente il patrimonio.

2.2.14 INDIAN CHILD WELFARE ACT

Lo *Indian Child Welfare Act* (ICWA) è una legge federale, entrata in vigore nel 1978, in materia di rimozione dei minori indiani (*native american children*) dalle loro famiglie. Questa norma dà ampio potere ai governi tribali che hanno competenza esclusiva se il minore risiede nella riserva o se è sotto la tutela della tribù⁹⁵.

the special relationship between the United States and the Indian tribes and their members and the Federal responsibility to Indian people, the Congress finds:

(1) that clause 3, section 8, article I of the United States Constitution provides that "The Congress shall have power to regulate commerce with Indian tribes" and, through this and other constitutional authority, Congress has plenary power over Indian affairs;

(2) that Congress, through statutes, treaties, and the general course of dealing with Indian tribes, has assumed the responsibility for the protection and preservation of Indian tribes and their resources;

(3) that there is no resource that is more vital to the continued existence and integrity of Indian tribes than their children and that the United States has a direct interest, as trustee, in protecting Indian children who are members of or are eligible for membership in an Indian tribe;

(4) that an alarmingly high percentage of Indian families are broken up by the removal, often unwarranted, of their children from them by nontribal public and private agencies and that an alarmingly high percentage of such children are placed in non-Indian foster and adoptive homes and institutions; and

⁹⁵ Family Law Quarterly, Vol.43 No.4, Washburn University School of Law, Kansas, Winter 2010, p.961

(5) that the States, exercising their recognized jurisdiction over Indian child custody proceedings through administrative and judicial bodies, have often failed to recognize the essential tribal relations of Indian people and the cultural and social standards prevailing in Indian communities and families⁹⁶.

Venne emanato con lo scopo di ridurre il tasso di minori indiani che venivano portati via dalle riserve e fu essenziale per la preservazione della cultura indiana.

The Congress hereby declares that it is the policy of this Nation to protect the best interests of Indian children and to promote the stability and security of Indian tribes and families by the establishment of minimum Federal standards for the removal of Indian children from their families and the placement of such children in foster or adoptive homes which will reflect the unique values of Indian culture, and by providing for assistance to Indian tribes in the operation of child and family service programs⁹⁷.

Lo *Indian Child Welfare Act* definisce gli standard minimi in materia di adozione, potestà genitoriale, e trasferimento dei minori, escludendo, però, il divorzio.

Le corti tribali possono avere giurisdizione esclusiva o concorrente, il che significa che condividono la giurisdizione con le corti statali in tutti i casi in cui non hanno potere esclusivo. Si tratta di casi in cui il minore non risiede nella riserva; in tali occasioni suddetta legge esprime, comunque, una preferenza in favore delle corti tribali⁹⁸.

⁹⁶ 25 U.S.C., art.1901 (1978)

⁹⁷ ibidem, art.1902 (1978)

⁹⁸ Family Law Quarterly, cit., Winter 2010, p.961

2.3 I CASI DI MODIFICA DELLA GIURISDIZIONE

Generalmente, tutte le sentenze possono essere modificate se viene accertato un mutamento di circostanze tale da necessitare la revisione della decisione iniziale. Ma le leggi relative all'affidamento hanno tutte cercato di limitare questa eventualità. Per esempio, lo *Uniform Marriage and Divorce Act* vieta qualsiasi variazione per due anni dalla pronuncia della sentenza, eccetto nei casi in cui con deposizione scritta e giurata una parte non dichiara espressamente che il provvedimento precedente mette in pericolo la salute fisica, mentale, morale ed emotiva del minore. Secondo quanto sostenuto dall'opinione tradizionale, un tribunale che ha l'autorità di decidere, la mantiene fino all'emanazione della sentenza definitiva. Il giudice Holmes affermò ciò, nel dispositivo della sentenza *Michigan Trust Co. v. Ferry*⁹⁹, ma la pratica non si è conformata a questo modello.

Anche se si è ritenuto che quando una corte ha giurisdizione, l'allontanamento delle parti o del minore dallo Stato prima del processo o prima dell'emissione della sentenza definitiva non priva tale corte della competenza, alcuni casi affermano che, se quest'allontanamento avviene dopo che la sentenza viene emessa, la corte può essere privata del potere di modificarla. Un'uguale quantità di casi affermano, invece, che il giudice originario mantiene la giurisdizione, nonostante il trasferimento delle parti.

Con l'entrata in vigore dello UCCJA e del PKPA si cercò di fare maggiore chiarezza, ma nonostante ciò la pratica è soggetta ancora ad incertezze ed imprevedibilità. Secondo quanto contenuto nello UCCJA, se il genitore non affidatario porta il minore in un altro Stato e vi risiede per più di sei mesi, la giurisdizione originaria non viene modificata, anche se il minore ha cambiato residenza. Ma non spiega le motivazioni di tale affermazione, e il perché ciò non avviene se l'allontanamento del minore è effettuato dal genitore affidatario. Il PKPA crea ancora più confusione, sostenendo che la giurisdizione permane fino a quando i requisiti contenuti nello UCCJA sono rispettati, e lo Stato rimane

⁹⁹ *Michigan Trust Co. v. Ferry*, 228 U.S. 346 (1913)

la residenza del minore o di una delle parti. Quindi questa legge pone alla base dell'autorità di decidere solo la residenza, facendo presumere che se questa si modifica, cambia anche la corte titolare della giurisdizione¹⁰⁰.

Nella pratica, ciò ha condotto a decisioni che spesso non offrono stabilità al minore e possono essere lesive del suo benessere. La questione della permanenza o meno della giurisdizione è importante, soprattutto nei casi in cui viene chiesta una modifica della sentenza di affidamento, ed essa implica una continua interazione tra lo UCCJA e il PKPA. La confusione nella pratica è spesso dovuta ad un'errata lettura ed interpretazione delle disposizioni contenute nel PKPA e da giurisdizioni speciali autorizzate dallo UCCJA¹⁰¹.

Nel 1997 gli *Uniform Law Commissioners* cercarono di fare maggiore chiarezza con lo *Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act* (UCCJEA), che, ad esempio, modifica lo UCCJA affermando che il requisito della residenza prevale su quello dei legami significativi, come stabilito dal PKPA. Inoltre esso precisa che la giurisdizione di emergenza, prevista dallo UCCJA, è solo temporanea. Ad oggi 48 Stati hanno adottato lo UCCJEA, compresi il District of Columbia, Guam e le Virgin Islands (gli unici Stati che non l'hanno recepito sono il Massachusetts e il Vermont).

A queste leggi va aggiunta l'approvazione nel 1985 da parte del Senato federale della *Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* che agevola i diritti di visita se i genitori si trovano in Stati differenti e afferma che se un minore è stato erroneamente portato via dal genitore affidatario, questo può chiedere che si ristabilisca la situazione iniziale, anche se ciò non è nel miglior interesse del minore. Si applica solo ai minori di sedici anni. Dal 2001 questo trattato è in vigore in tutti gli Stati degli Stati Uniti e in altri cinquanta Paesi¹⁰².

¹⁰⁰ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., p. 482-484

¹⁰¹ *ibidem*, p.485

¹⁰² H.D.Krause, D.Meyer, *Family Law*, cit., p. 206-207

2.4 I CRITERI UTILIZZATI DALLA GIURISPRUDENZA PER LE SCELTE CHE CONCERNONO L’AFFIDAMENTO

Le parti di una controversia in materia di affidamento sono i genitori e tutte le altre persone che possono avere un interesse alla custodia, come ad esempio i nonni. Inoltre il giudice di prima istanza può ordinare l'intervento di consulenti legali nei casi in cui i genitori necessitino di una rappresentanza particolare¹⁰³.

Nel corso del procedimento di divorzio il giudice può concedere in via provvisoria la custodia del minore ad un genitore, disponendo indagini prima di giungere alla decisione finale (in alcuni Stati se i genitori non sono d'accordo, la custodia è automaticamente affidata ad un mediatore). Nella maggior parte degli Stati la decisione sull'affidamento si basa sulla tutela del miglior interesse del minore. Quasi sempre, al genitore non affidatario viene riconosciuto il diritto di far visita al figlio, il che può comprendere la facoltà di trascorrere con lui fine settimana, vacanze e altre occasioni. La corte si riserva il diritto di cambiare genitore affidatario in caso di pericolo per il minore.

Ovviamente tutto ciò da origine, molto spesso, a controversie tra genitori; mentre molti di loro cooperano e cercano di mediare per fare in modo che gli attriti non ricadano sui figli, altri scelgono la via della lotta accusandosi l'un l'altro; perciò frequentemente le pratiche di affidamento risultano lunghe e difficoltose.

La prassi varia da Stato a Stato, anche se con l'adozione, da parte dei cinquanta Stati, dello *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*, redatto dalla *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* nel 1997, si è cercato di uniformare la legislazione al riguardo.

Quando viene dato inizio ad una causa di divorzio, l'affidamento dei minori, di solito, diviene parte della sentenza di divorzio, la quale definisce a chi dei genitori ne è affidata la custodia, come devono essere gestite le visite e chi

¹⁰³ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., p. 795

si occupa del sostegno finanziario (*child support*), necessario per la crescita del minore.

In un caso tipico di divorzio, in presenza di figli minori, la custodia fisica permanente viene assegnata al genitore con il quale il figlio trascorre la maggior parte del tempo. Di solito poi, il genitore affidatario divide la custodia legale con quello non affidatario, e ciò significa che il genitore affidatario deve informare e consultarsi con l'ex coniuge circa l'istruzione, le cure mediche, e altri ambiti di interesse per il minore. In alcune situazioni il giudice può ordinare visite, chiamate affidamento temporaneo, del minore al genitore non affidatario.

La procedura standard può essere soggetta ad eccezioni. Alcune corti autorizzano l'affidamento congiunto, il che significa che il minore trascorre la stessa quantità di tempo con entrambi i genitori. In California, il *Family Code*, per esempio, considera l'affidamento congiunto la soluzione che meglio tutela l'interesse del minore¹⁰⁴.

3040. (a) Custody should be granted in the following order of preference according to the best interest of the child as provided in sections 3011 and 3020:

(1) To both parents jointly pursuant to Chapter 4 (commencing with Section 3080) or to either parent. In making an order granting custody to either parent, the court shall consider, among other factors, which parent is more likely to allow the child frequent and continuing contact with the noncustodial parent, consistent with section 3011 and 3020, and shall not prefer a parent as custodian because of that parent's sex. The court, in its discretion, may require the parents to submit to the court a plan for the implementation of the custody order.

(2) If to neither parent, to the person or persons in whose home the child has been living in a wholesome and stable environment.

(3) To any other person or persons deemed by the court to be suitable and able to provide adequate and proper care and guidance for the child.

(b) This section establishes neither a preference nor a presumption for or against joint legal custody, joint physical custody, or sole custody, but allows

¹⁰⁴ Fonte: www.leginfo.ca.gov

the court and the family the widest discretion to choose a parenting plan that is in the best interest of the child.

3041. (a) Before making an order granting custody to a person or persons other than a parent, over the objection of a parent, the court shall make a finding that granting custody to a parent would be detrimental to the child and that granting custody to the nonparent is required to serve the best interest of the child. Allegations that parental custody would be detrimental to the child, other than a statement of that ultimate fact, shall not appear in the pleadings. The court may, in its discretion, exclude the public from the hearing on this issue.¹⁰⁵

Altre corti, invece, si dimostrano scettiche nei confronti di tale tecnica, soprattutto se i genitori non sono d'accordo, dato che essa richiede un alto grado di cooperazione fra gli stessi, specialmente se i minori sono assai piccoli, e se i genitori vivono distanti.

La necessità di proteggere i minori, e l'obbligo dei giudici di perseguirla è molto radicata nel diritto anglo-americano. Si ritiene che fosse già parte della giurisdizione di *equity* in Inghilterra agli inizi del XVII secolo, anche se le sue origini rimangono incerte. Essa è stata subito accolta nel diritto statunitense, ed è oggi, come affermato in precedenza, regolata da leggi statali. Le leggi sul divorzio, in tutti gli Stati, conferiscono alla magistratura il potere di decidere in ordine all'affidamento, laddove ciò sia necessario. Un provvedimento sull'affidamento può essere richiesto anche in un momento successivo alla sentenza di divorzio.

Un secondo mezzo di tutela previsto dall'*equity* per la protezione degli interessi del minore è il *writ of habeas corpus*, originariamente utilizzato solo allo scopo di ottenere la cessazione di un arresto illegale. Solo nel XVIII secolo al *writ* fu affidata anche la funzione di liberare i minori dalla custodia illegittima. L'uso dell'*habeas corpus* nelle questioni di affidamento diventò parte del diritto americano ed oggi è riconosciuto come un rimedio attraverso cui una persona

¹⁰⁵ Cal. Fam. Code. Ann. 3040 West 1995

può richiedere la custodia di un minore precedentemente affidato all'altro genitore¹⁰⁶.

Dato che l'*habeas corpus* aveva dei limiti, la procedura migliore, che lo rimpiazzò largamente, fu la *petition in equity* (ora *petition in a civil law action*). Quest'azione giudiziaria è basata sul potere di equity di agire al fine di proteggere i minori e non su specifiche norme di legge.

Prima del 1800, secondo quanto previsto dalla dottrina di *Common Law* inglese, solo i padri potevano esercitare il diritto di patria potestà sul minore. Con il matrimonio, la personalità giuridica delle donne si fondeva con quella dei mariti, ed esse perdevano tutti i diritti, sia di proprietà, che di potestà sui figli nati dal matrimonio.

Questa dottrina, chiamata *Parental Presumption*, portava beneficio ai minori, in quanto le madri non avevano i mezzi per prendersi cura di loro in assenza dei mariti. Il padre poteva anche affidare i figli ad un tutore in caso di sua morte, escludendo completamente la moglie. Solo nel caso in cui il padre conducesse una vita fortemente immorale, la madre poteva essere incaricata, in via assolutamente eccezionale, dell'educazione e crescita dei figli. Questa visione fu adottata anche dal diritto statunitense, ma la preferenza a favore del padre cominciò a declinare verso la fine del XVIII secolo.

Dal 1800 in poi, i giudici cominciarono ad affidare i minori alle madri, in quanto venivano ritenute più adatte ad occuparsi della loro cura. Fino al 1970, molti Stati incoraggiarono una tendenza chiamata *Tender Years Doctrine* e statuarono a favore delle stesse questa preferenza materna; in questo modo le madri riuscirono ad ottenere quasi sempre l'affidamento dei figli e ad occuparsi dei loro bisogni fisici ed affettivi, in quanto il padre era normalmente fuori casa per lavoro.

Negli Stati Uniti l'origine di questa dottrina è da attribuirsi alla decisione presa nel 1830 dalla Corte del Maryland nel caso *Helms v. Franciscus*¹⁰⁷, che pur riconoscendo i diritti generali dei padri, statuí che:

¹⁰⁶ H.D.Krause, D.Meyer, *Family Law*, cit., p.180

¹⁰⁷ *Helms v. Franciscus*, 2 Bl. Ch. (Md.) 544 (1830)

the father is the rightful and legal guardian of all his infant children; and in general, no court can take from him the custody and control of them, thrown upon him by the law, not for his gratification, but on account of his duties, and place them against his will in the hands even of his wife... Yet even a court of common law will not go so far as to hold nature in contempt, and snatch helpless, pulling infancy from the bosom of an affectionate mother, and place it in the coarse hands of the father. The mother is the softest and safest nurse of infancy, and with her it be left in opposition to this general right of the father¹⁰⁸.

Successivamente, molti Stati ritennero questa preferenza incostituzionale, giudicando che i padri fossero competenti quanto le madri, e in 45 Stati iniziarono a diffondersi a partire dagli anni '90 leggi contro la discriminazione per sesso, in quanto contraria alla *Equal Protection Clause*¹⁰⁹.

In *Reed v. Reed*¹¹⁰, la Corte Suprema affermò proprio questo principio.

To give a mandatory preference to members of either sex over members of the other, merely to accomplish the elimination of hearings on merits, is to make the very kind of arbitrary legislative choice forbidden by Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment (...).

Nel 1994 uno studio dell'American Bar Association sul divorzio in Utah, dimostrò che dopo che la preferenza per l'affidamento alle madri era stata dichiarata incostituzionale nel 1986, il numero delle donne che aveva ricevuto l'affidamento diminuì, mentre erano aumentate le decisioni a favore dell'affidamento congiunto e, come conseguenza, i padri erano stati maggiormente coinvolti.

Nonostante ciò, le madri continuarono a ricevere l'affidamento nella maggior parte dei casi, perché erano loro che avevano la responsabilità primaria della cura dei minori.

¹⁰⁸ D.K. Weisberg, S.F. Appleton, *Modern Family Law – Cases and Materials*, Fourth Edition, Aspen Publishers, 2009, p. 684

¹⁰⁹ H.D.Krause, D.Meyer, *Family Law*, cit., p.181

¹¹⁰ *Reed v. Reed*. 404 U.S. 71, (1971)

Giudici ed avvocati considerano i casi di affidamento minorile tra i più difficili da gestire, in quanto gravano su di loro scelte che poi avranno ripercussioni sulla vita futura dei minori. Dato che nessun caso è uguale all'altro, le decisioni devono essere prese su base individuale, e tenendo conto di vari fattori differenti da caso a caso.

Con la cessazione della *Tender Years Doctrine*, molte corti abbracciarono la *Primary Caregiver Doctrine*. Secondo questa regola, se un genitore si è occupato per primo dell'educazione del minore, egli viene ritenuto il più adatto a riceverne l'affidamento. Viene definito *primary caretaker* il genitore che adempie ai seguenti compiti educazione, formazione religiosa, cura della salute, acquisto dei vestiti, ed insegnamento delle conoscenze basilari¹¹¹.

Questa dottrina favorisce, nella pratica, e senza ombra di dubbio le madri. Perciò alcune opinioni critiche la ritengono una variante della *Tender Years Doctrine*. I suoi difensori, invece, affermano che essa ha il solo fine di permettere la continuità nell'educazione del minore, il mantenimento di una certa stabilità nella sua vita, che consente al genitore che è sempre stato più vicino al minore di non soffrire e favorisce il lavoro dei giudici, i quali sono più agevolati nelle loro decisioni. Comunque la tendenza in favore della *Primary Caregiver Doctrine* è diminuita negli ultimi anni, dato che è sempre più difficile determinare chi dei due genitori sia il *primary caretaker* se entrambi lavorano e si dividono in maniera paritaria la cura dei figli¹¹². Come risultato, oggi giorno in molti Stati le decisioni sull'affidamento sono soggette alla esclusiva discrezionalità dei giudici, causando un aumento dell'incidenza delle controversie¹¹³.

Recentemente ci si è mossi verso la teoria del miglior interesse del minore, la quale però non deve essere presa alla lettera, in quanto un giudice deve tener conto anche di altri fattori. L'interrelazione tra gli interessi del minore e quelli dei genitori è la principale fonte di difficoltà per le corti.

¹¹¹ R.E.Oliphant, N.Ver Steegh, *Family Law: Examples and Explanations*, cit., p.103

¹¹² H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., p. 799-802

¹¹³ H.D.Krause, D.Meyer, *Family Law*, cit., pp.182-183

Negli ultimi anni si è fatto strada un nuovo approccio chiamato *approximation standard*, approvato dall'*American Law Institute*¹¹⁴, secondo il quale le corti devono statuire sulla custodia in modo che vengano attribuite responsabilità educative già presenti prima della separazione. Basandosi sull'impostazione dei ruoli precedenti alla rottura del matrimonio e non su un ideale di famiglia, l'*approximation standard* si propone lo scopo di:

(...) represent the optimal response to the current pluralism in family structure¹¹⁵.

Nonostante ciò, nel 1992 un'importante analisi riguardante 1100 famiglie divorziate della California, ha riscontrato che le madri battono ancora i padri e che solo nell' 1,5 % dei casi si richiede l'intervento dei giudici¹¹⁶.

2.5 I FATTORI CHE INCIDONO SULLE SCELTE OPERATE DAI GIUDICI

I genitori naturali sono titolari della custodia dei loro figli, a meno che vi sia una chiara prova della loro inidoneità; in questi casi essi possono essere sostituiti da nonni, patrigni o matrigne. La preferenza per i genitori naturali è di regola, ma ci sono casi in cui le corti si sono dibattute in quanto il genitore che reclamava la custodia aveva pochi o nulli contatti con il minore e quest'ultimo viveva da lungo tempo con una terza persona. Per questo l'ALI (American Law Institute) ha coniato termini quali: *parent by estoppel*, che è colui che è incaricato del mantenimento del minore, vive con esso e accetta le responsabilità genitoriale per un periodo non inferiore a due anni in quanto genitore naturale o vive con il minore dalla nascita pur non essendo il genitore naturale.

¹¹⁴ American Law Institute, Principles of the Law of Family Dissolution, Matthew Bender, 2002, p.203

¹¹⁵ ibidem

¹¹⁶ H.D.Krause, D.Meyer, Family Law, cit, p.184

L'altro termine coniato dall'ALI è *de facto parent* che è la persona che per almeno due anni vive con il minore e si occupa della sua crescita e ciò può avvenire per mezzo di un accordo o per l'incapacità del genitore legale di prendersi cura del figlio¹¹⁷.

2.5.1 IL CRITERIO DEL MIGLIOR INTERESSE DEL MINORE

Molte leggi statuali e la maggior parte della giurisprudenza hanno adottato, come principale criterio per l'affidamento, il miglior interesse del minore, anche se il concetto è stato a lungo criticato e dibattuto perché alquanto 'vago' (vague), secondo la classica definizione critica statunitense delle norme di contenuto non univoco.

La sezione 402 dello *Uniform Marriage and Divorce Act* definisce il miglior interesse del minore come un criterio composto dai seguenti fattori:

(1) the wishes of the child's parent or parents as to his custody; (2) the wishes of the child as to his custodian; (3) the interaction and interrelationship of the child with his parent or parents, his siblings and any other person who may significantly affect the child's best interest; (4) the child's adjustment to his home, school and community; (5) the mental and physical health of all individuals involved. The court shall not consider conduct of a present or proposed custodian that does not affect his relationship to the child¹¹⁸.

Di solito si preferisce affidare un minore ad un genitore piuttosto che ad un altro parente; si preferisce non cambiare genitore affidatario così da assicurare al minore continuità nella sua vita; e la preferenza va quasi sempre al genitore scelto con consenso delle parti.

Alcuni Stati hanno aggiunto altri fattori per determinare questo criterio di giudizio; vengono considerati rilevanti ai fini delle decisioni di affidamento anche

¹¹⁷ H.D.Krause, D.Meyer, *Family Law*, cit., p.185

¹¹⁸ *ibidem*, p.178

considerazioni sul *primary caretaker*, sul contesto culturale, sull'effetto di abusi domestici e sulla propensione di ciascun genitore ad incoraggiare continui contatti con l'altro. Nonostante sia molto utilizzato, questo parametro è stato spesso sottoposto a molte critiche per la sua indeterminatezza¹¹⁹.

Indagini recenti dimostrano come i giudici siano molto spesso influenzati da un'ampia gamma di teorie, supposizioni ed intuizioni in contrasto tra di loro.

La principale preoccupazione evidenziata da molti esperti sarebbe il garantire continuità e stabilità all'educazione e alla crescita della prole, senza provocargli stress e traumi psicologici. I giudici danno molto peso alla volontà espressa dai minori, i quali vengono ascoltati separatamente, per far sì che non si sentano obbligati a schierarsi pubblicamente a favore di uno o dell'altro genitore.

Le corti, durante le loro indagini, devono dare rilievo per prima cosa al rapporto esistente tra genitori e figli. Questo è l'elemento essenziale per accertare il miglior interesse del minore. È facile intuire, come affermato anche nello *Uniform Marriage and Divorce Act*, che la condotta dei genitori è rilevante solo nei casi in cui essa incide sul rapporto genitore-figlio. Risulta facile, perciò, criticare alcune decisioni che rifiutano di concedere la custodia ad un genitore solo sulla base del fatto che, nella sentenza di divorzio, è risultato colpevole o per il fatto che la madre è adultera (la condotta sessuale di un genitore è rilevante solo se essa ha effetti diretti sulla sua capacità di gestire il rapporto con i figli e sulla capacità di prendersi cura di loro)¹²⁰. In alcuni casi il minore può essere turbato dalla presenza di un'altra persona al posto del genitore non affidatario, il che succede, per esempio, quando un genitore si risposa, ma in questi casi non sussiste nessuna forma di immoralità, e le corti devono solo affrontare il problema del rapporto con lo *stepparent* (genitore 'adottivo'). I giudici dovrebbe tenere semplicemente in considerazione la propensione del nuovo compagno/a ad accettare il minore e il tipo di futuro che sarebbe in grado di offrirgli.

¹¹⁹ R.E.Oliphant, N.Ver Steegh, *Family Law: Examples and Explanations*, cit., pp.105-106

¹²⁰ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., pp.802-804

La risoluzione delle controversie legate all'affidamento in cui sono coinvolti genitori omosessuali è invece un esempio di coinvolgimento delle corti in questioni di moralità sessuale. Nonostante sia cresciuta la tolleranza sociale in tema di omosessualità, al riguardo, comunque si riscontra una certa ostilità da parte della legge. Ciò è dimostrato dai numerosi casi in cui viene negato l'affidamento o addirittura il semplice diritto di visita ai genitori omosessuali per il solo motivo della loro inclinazione sessuale, anche se tutte le testimonianze degli psicologi evidenziano come essi siano in grado di prendersi cura dei figli e di dar loro amore come qualsiasi altro genitore. L'omosessualità dovrebbe costituire un problema solo se ha effetti devastanti sul benessere del minore o sulla relazione genitore-figlio¹²¹.

Altro argomento è quello che concerne le malattie psichiche, le quali possono incidere sui rapporti e sulla capacità di prendersi cura dei figli, e ciò è ovviamente rilevante ai fini delle decisioni dei giudici. I pericoli sono che le corti spesso hanno risorse poco adeguate per determinare la natura ed effettuare una prognosi dettagliata della malattia (i tribunali in molti Stati hanno il potere di ordinare esami psichici quando la stabilità mentale è in dubbio), e spesso le indagini possono portare ad esagerare o sottostimare il problema. I giudici devono, poi, effettuare una distinzione tra le condizioni serie come alcolismo o droga, e le forme irrilevanti di comportamento personale.

2.5.1.2 GLI STANDARDS PER L'ACCERTAMENTO DEL MIGLIOR INTERESSE DEL MINORE

LE PREFERENZE DEI MINORI

Le leggi di molti Stati richiedono ai giudici di considerare la volontà della prole. Non esistono regole assolute che stabiliscano quanto peso dare al loro volere; nella prassi, però, viene dato un peso diverso a seconda dell'età del

¹²¹ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., pp.802-804

minore. Il desiderio di un bambino di sei anni di vivere con suo padre non è di solito preso molto in considerazione dalle corti. Lo stesso desiderio espresso da un dodicenne ha maggior peso. Laddove la preferenza manifesta del minore non appare volontaria e sembra influenzata, anche la volontà di un dodicenne non viene onorata. Perciò quando un minore viene ascoltato, i giudici devono valutare le ragioni che ripongono alla base delle preferenze espresse, nonché il suo grado di intelligenza e maturità. Per esempio, in re Marriage of Mehlmauer¹²² la corte non ha tenuto in considerazione la volontà del figlio quattordicenne che voleva vivere con il padre perché gli permetteva di tenere i capelli lunghi e di stare fuori fino a tardi. Al contrario, nel caso McMillen v. McMillen¹²³, il tribunale ha considerato rilevante la volontà del minore che non voleva vivere con il patrigno che lo turbava e non si occupava di lui e sua madre non faceva nulla per impedire che ciò si verificasse¹²⁴.

(...) Emmett's best interest will be served most appropriately by placing him in the custody of his father because of Emmett's desire to live with his father as well as the fact that each home is a suitable environment for Emmett¹²⁵.

Anche in re Marriage of Carney¹²⁶, caso in cui si richiede una modifica di precedente sentenza, la corte d'appello ha tenuto molto in considerazione l'opinione dei due minori. Essi erano stati affidati al padre e dopo cinque anni la madre ne chiese la custodia perché il padre, militare, era stato gravemente ferito e ora era paralizzato. La corte d'appello della California sostenne che la paralisi del padre non doveva essere considerata un ostacolo per la crescita dei figli e che il volere dei due minori doveva essere rispettato:

(...) it is also a matter of common knowledge that many persons with physical handicaps have demonstrated their ability to adequately support and control their children and to give them the benefits of stability and security through love

¹²² Re Marriage of Mehlmauer, 60 Cal. App. 3d (1976)

¹²³ McMillen v. McMillen, 602 A.2d 845 (1992)

¹²⁴ R.E.Oliphant, N.Ver Steegh, Family Law: Examples and Explanations, cit., p.108

¹²⁵ McMillen v. McMillen, cit. (1992)

¹²⁶ Re Marriage of Carney, 24 Cal.3d 157 (1979)

and attention (...). It is the policy of this state to encourage and enable disabled persons to participate fully in the social and economic life of the state¹²⁷.

La sezione 404 dello *Uniform Marriage and Divorce Act* fornisce due alternative: per prima cosa, il giudice deve intervistare privatamente il minore. Successivamente può richiedere l'analisi e il consiglio di un professionista, il quale sottoscrive una relazione per la corte¹²⁸.

LA RAZZA

In alcuni casi, in passato, si è sostenuto che la razza dovesse essere presa in considerazione nelle sentenze di affidamento, ma non dovesse essere il solo fattore rilevante.

Successivamente le discriminazioni di razza vennero fermamente respinte, ad esempio in *Palmore v. Sidoti*¹²⁹, la *U.S. Supreme Court* deliberò che togliere la custodia del minore di quattro anni alla madre, solo a causa del suo matrimonio con un afroamericano, in quanto la figlia avrebbe sofferto a sua volta per i pregiudizi razziali insiti nella comunità di appartenenza, era da considerarsi discriminatorio e perciò non ammesso, perché contrario alla *Equal Protection Clause* contenuta nel XIV emendamento della Costituzione Americana.

La corte affermò:

The effects of racial prejudice, however real, cannot justify a racial classification removing an infant child from the custody of its natural mother found to be an appropriate person to have such custody¹³⁰.

Ci sono casi, molto rari, in cui la razza può provocare effetti negativi sul benessere dei minori, ma ciò che conta è non considerarla rilevante ai fini delle

¹²⁷ J.Areen, M.C.Regan Jr., *Family Law-Cases and Materials*, Fifth Edition, Foundation Press, New York, 2006, p.532

¹²⁸ R.E.Oliphant, N.Ver Steegh, *Family Law: Examples and Explanations*, cit., p.108

¹²⁹ *Palmore v. Sidoti*, 466 U.S. 429 (1984)

¹³⁰ *ibidem*

decisioni di affidamento, o comunque non come l'unico fattore determinante. Principio dell'American Law Institute è che ogni forma di discriminazione, razziale, etnica, sessuale, deve essere proibita e lo standard del miglior interesse del minore deve prevalere.

LA RELIGIONE

Il fattore della religione conduce a questioni differenti. Storicamente, le corti inglesi rifiutavano di concedere la custodia ad un genitore se accertavano che la sua fede religiosa e la sua visione sociale fossero inaccettabili, anche se la sua condotta era morale e onesta. Nel diritto americano, secondo quanto contenuto nella Costituzione e nelle varie costituzioni statali, si fa divieto di interventi dello Stato nelle questioni religiose. Il I Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti d'America impedisce alle corti di favorire una religione piuttosto che l'altra nei casi di affidamento, anche nei casi in cui una di queste credenze è poco diffusa.

La Corte Suprema nel caso *Prince v. Commonwealth of Massachusetts* ha affermato che lo Stato può disciplinare le attività dei genitori, comprese quelle religiose, se questo è ragionevolmente necessario per la protezione del minore. La domanda ora è se il giudice deve tenere in considerazione la fede religiosa dei genitori nei casi in cui essa ha effetti diretti sulla salute e sull'educazione dei figli. Un'ampia gamma di casi contemporanei dimostra che il giudice è tenuto a farlo. Per esempio, alcune credenze vietano di ricorrere a cure mediche o semplicemente all'uso di farmaci in caso di malattia, e questo può mettere a serio rischio la salute del minore, e perciò deve essere considerato dal giudice un fattore determinante¹³¹.

In passato alcune corti hanno dimostrato di favorire il genitore con ferma fede religiosa al posto di quello ateo o agnostico, ma ciò è considerato ora inaccettabile. Solo nei casi in cui il minore sia abbastanza grande da avere delle

¹³¹ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit, pp.809-810

proprie convinzioni religiose, e ciò gli venga negato dal genitore, questa è una circostanza rilevante ai fini della sentenza di affidamento.

Le opinioni politiche e sociali dei genitori non sono invece affatto significative, anche se sono poco popolari o anticonvenzionali.

LA VIOLENZA DOMESTICA

L'esistenza di situazioni di abuso o violenza domestica è fondamentale nelle decisioni dei giudici e nella determinazione del miglior interesse del minore.

L'American Law Institute richiede indagini accurate per accordare la custodia ad un genitore coinvolto in casi di violenza domestica.

Le corti danno molto peso al giudizio degli esperti, come psicologi e assistenti sociali, ai quali può essere chiesto di intervenire. Secondo quanto previsto dalla sezione 404 del UMDA, ciascuna parte può richiederne l'intervento. Ma questa fase processuale può essere lunga e molto costosa, perciò nella prassi poco utilizzata.

Quando la corte accerta che nessuno dei genitori è adatto a ricevere l'affidamento del minore, essa può decidere che l'affidamento medesimo venga assegnato ad un altro parente, se quest'ultimo esprime la volontà di prendersene cura e dopo aver accertato che egli sia in grado di farlo. In caso contrario può rimetterlo alla custodia dello Stato o di organizzazioni apposite.

2.6 I MODELLI DI AFFIDAMENTO

PHYSICAL CUSTODY: un genitore ha il diritto di vivere con i figli; alcuni Stati sono propensi all'applicazione della *joint physical custody* ad entrambi i genitori quando i minori trascorrono la stessa quantità di tempo con entrambi, ciò funziona meglio se gli stessi vivono vicini, in quanto tale tecnica reca meno stress al minore e permette di mantenere la routine della vita quotidiana; quando invece il minore vive con uno dei genitori e riceve visite dall'altro, il

primo detiene la sola custodia fisica con la concessione di visite da parte dell'altro genitore¹³².

LEGAL CUSTODY: è il diritto e l'obbligo di prendere decisioni sull'educazione del minore, in tema, per esempio, di istruzione, religione e cure mediche; in molti Stati le corti concedono la *joint legal custody*, ciò sta a significare che le decisioni vengono prese da entrambi i genitori e viene favorita una più intensa collaborazione tra loro.

SOLE CUSTODY: le corti possono concedere o la *sole legal custody* o la *sole physical custody* e di solito non esitano a concedere la *sole physical custody* ad un genitore quando l'altro è considerato non idoneo, per esempio per dipendenza da alcool, droga o quando è accusato di abuso o violenza.

JOINT CUSTODY: i genitori che non convivono hanno, di solito, la custodia congiunta (chiamata anche *shared custody*), quando condividono le responsabilità circa la crescita, l'educazione e la cura del minore. Tale tipo di custodia esiste quando i genitori sono divorziati, separati, non vivono più insieme o non hanno mai convissuto. Esistono vari tipi di custodia congiunta:

-*joint legal custody*

-*joint physical custody*

-*joint legal and physical custody*

Joint legal custody means that both parents shall share the right and the responsibility to make the decisions relating the health, education, and welfare of a child¹³³.

Joint physical custody means that each of the parents shall have significant periods of physical custody. Joint physical custody shall be shared by the

¹³² Fonte: www.nolo.com

¹³³ California Family Code, 3003, West 1994

parents in such a way so as to assure a child of frequent and continuing contact with both parents¹³⁴.

Sole legal custody means that one parent shall have the right and the responsibility to make the decisions relating to the health, education, and welfare of a child¹³⁵.

Sole physical custody means that a child shall reside with and be under the supervision of one parent, subject to the power of the court to order visitation¹³⁶.

Vi sono anche casi in cui il minore rimane nella stessa casa e sono i genitori ad alternarsi; questa pratica è chiamata *bird's nest custody*.

La custodia congiunta presenta il vantaggio di assicurare la continuazione dei contatti e dei rapporti del minore con i genitori. Ma ha anche degli svantaggi: i minori devono continuamente spostarsi dal domicilio della madre a quello del padre e viceversa, e la mancanza di collaborazione tra i genitori può avere ripercussioni negative sui figli¹³⁷.

Nessuno Stato è favorevole in via di principio all'affidamento congiunto, e i giudici decidono, caso per caso, in base al miglior interesse del minore.

Questo modello di affidamento si è diffuso a partire dagli anni Settanta, quando i divorzi si facevano sempre più frequenti e la maggior parte dei minori rischiava di perdere il contatto con il padre. Ovviamente il fatto che, dopo il divorzio, entrambi i genitori siano in grado di collaborare per qualsiasi decisione sui figli, riduce o addirittura elimina le difficoltà e gli atteggiamenti disonesti che spesso corrodono le pratiche di affidamento. Ma altrettanto ovviamente, la custodia condivisa può essere lesiva se, dopo il divorzio, i genitori continuano a litigare, o non riescono a trovare un accordo sulla crescita dei figli.

Il principale difetto del sistema è in realtà connesso alla propensione della società americana a cambiare residenza. Ciò conduce all'impossibilità di

¹³⁴ California Family Code, cit., 3004

¹³⁵ ibidem, 3006

¹³⁶ ibidem, 3007

¹³⁷ Fonte: www.nolo.com

rispettare l'affidamento congiunto se i genitori vivono molto distanti e questo porta le corti ad optare per l'affidamento esclusivo¹³⁸.

Il problema principale è che i giudici, chiamati a dirimere controversie tra genitori che condividono la custodia dei minori, spesso non sanno come comportarsi, in quanto il ricorso continuo al giudizio delle corti non è nell'interesse né del minore né della corte stessa. Molte volte è più utile rivolgersi ad un arbitro o ad un mediatore. Se questo rimedio non dà risultati, spesso i giudici ordinano l'abbandono dell'affidamento congiunto e concedono l'affidamento esclusivo al genitore ritenuto più idoneo¹³⁹.

Le opinioni negli Stati al riguardo sono molto varie. In alcuni si ritiene che l'affidamento congiunto sia semplicemente un'alternativa che i giudici devono tenere in considerazione, altri nelle loro leggi statuali indicano una lista dettagliata di fattori che le corti devono considerare nel decidere su una controversia in materia di affidamento.

Ad esempio la legge dell'Alaska recita:

(...) some factors as the child's preference and needs, the stability of the home environment, the child's education, the advantages of keeping the child in the community, the optimal time for the child to be with each parent, findings of a mediator, and whether there is a history of violence between parents¹⁴⁰.

Altri Stati, invece, richiedono alle parti di sottoscrivere un piano, che indichi come si deve svolgere l'affidamento condiviso. Altri infine concedono questo tipo di custodia solo se c'è accordo fra le parti¹⁴¹.

L'affido condiviso dovrebbe essere un modo per incoraggiare le parti al dialogo, alla cooperazione e al sostegno. Ma così come non sono permesse discriminazioni di sesso, razza, religione, anche la preferenza dell'affido

¹³⁸ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit, pp.815-819

¹³⁹ H.D.Krause, D.Meyer, *Family Law*, cit., pp.192-193

¹⁴⁰ Alaska Stat. 25.20.090 (1983)

¹⁴¹ S.M.Davis, E.S.Scott, W.Wadlington, C.H.Whitebread, *Children in the Legal System-Cases and Materials*, 3rd edition, Foundation Press, New York, 2004, pp. 419-420

esclusivo è vietata. In ogni caso si deve determinare quale sia la scelta migliore basandosi sull'interesse del minore.

Un rapporto redatto nel 1983 dal comitato *Family Dissolution* della *Kentucky Psychological Association* intitolato *Custody and Visitation Patterns in Children of Divorce* afferma:

it should be recognized that joint custody is not a panacea. It requires the parents have the emotional capacity and the psychological commitment to resolve their differences and engage in communication, cooperation, and compromise. Obviously, it cannot be imposed on a fighting couple as a way of resolving their dispute. It is also not for those who have not thought through its implication...It should not be used as a 'cop-out' by the court to avoid the careful weighing of all of the variables determining the child's best interests¹⁴².

Eleanor E. Maccoby e Robert H. Mnookin, professori di diritto della Stanford University, nel loro studio condotto su 1000 famiglie divorziate, dal titolo *Dividing Child: Social and Legal Dilemmas of Custody* (1992), sostengono che:

joint legal custody had no significant effects on [parental] contact or [child] support, once the initial income differences between custodial groups had been taken into account. Furthermore, it did not increase non-resident fathers' involvement in decision-making. It also had little bearing on parental relations¹⁴³.

we like the affirmation that both mothers and fathers have rights and responsibilities with respect to their children after divorce. Joint legal custody will not make divorced parents equal partners in the lives of their children, but it does affirm the idea that in the eyes of the law fathers should play a continuing role in their children's lives despite the divorce¹⁴⁴.

¹⁴² J.Areen, M.C.Regan Jr., *Family Law-Cases and Materials*, cit., p.578

¹⁴³ *ibidem*, p.579

¹⁴⁴ *ibidem*

2.7 IL DIRITTO DI VISITA (Visitation)

Solitamente ai genitori non affidatari viene concesso il diritto di visita del minore, che può essere limitato o vietato se ciò lo danneggia, e, come illustrato ampiamente nel caso *Turner v. Turner*¹⁴⁵, il diritto di visita non può essere condizionato dal pagamento del *child support*.

Lo *Uniform Marriage and Divorce Act* statuisce che :

a parent not granted custody of the child is entitled to reasonable visitation rights unless the court finds, after a hearing, that visitation endangers seriously the child's physical, mental, moral, or emotional health¹⁴⁶.

Molte leggi statali dispongono le visite in base a ciò che è nel miglior interesse del minore, e sono tutte a favore del mantenimento dei contatti con il resto delle famiglia; ciò risulta dai casi in cui la corte ha ordinato visite nonostante l'osservazione di tale diritto danneggiasse il minore, come ad esempio nel caso *Morgan v. Foretich*¹⁴⁷, nel quale la Corte del District of Columbia confermò la decisione del tribunale di primo grado che concedeva il diritto di visita al padre nonostante i sospetti di violenza sessuale nutriti dalla madre, in quanto non potevano essere confermati in nessun modo mediante prove certe.

Gli interessi dei minori, come già rilevato in precedenza, non sono gli unici a dover essere tenuti in considerazione, anche i genitori hanno interessi importanti in gioco che devono essere protetti senza danneggiare il minore stesso.

Anche in questo caso, le difficoltà nell'applicazione dei diritti di visita sono rappresentate dalla propensione della società americana alla mobilità interstatale, che, come si può ben comprendere, incide sull'esercizio di tali

¹⁴⁵ *Turner v. Turner*, 919 S.W.2d. 340 (1995)

¹⁴⁶ *Uniform Marriage and Divorce Act*, § 407 (a), 1971

¹⁴⁷ *Morgan v. Foretich*, 546 A.2d 407 (D.C. 1988)

diritti¹⁴⁸. Nei casi in cui le corti devono decidere se concedere o meno la custodia ad un genitore che intende trasferirsi con il minore in un altro Stato, la giurisprudenza è orientata nel senso che non devono essere prese decisioni a sfavore di questo genitore se egli assicura il benessere del minore, anche se l'applicazione dei diritti di visita è più difficoltosa. Il rifiuto di accordare la custodia basandosi solo sul fatto della residenza è inopportuno, quando il trasferimento è fatto in buona fede.

Oltre a ciò, si ritiene necessaria un'analisi anche dei casi in cui il trasferimento da uno Stato all'altro del genitore affidatario è soggetto a valutazione critica

La Corte del New Jersey in un importante caso, per risolvere la controversia tra genitore affidatario e non affidatario, statui:

we hold that to establish sufficient cause for the removal, the custodial parent initially must show that there is a real advantage to that parent in the move and that move is not inimical to the best interests of the children. Removal should not be allowed for a frivolous reason. The advantage, however, need not be a substantial advantage but one based on a sincere and genuine desire of the custodial parent to move and a sensible good faith reason for the move¹⁴⁹.

Questa affermazione da parte della corte mostra come nelle decisioni in materia di affidamento i giudici devono tenere in considerazione gli interessi dei minori, quelli dei genitori affidatari e quelli dei genitori non affidatari.

A partire dagli anni Novanta molte leggi statali introdussero norme al fine di assicurare diritti di visita anche ai nonni. I nonni si differenziano dai patrigni o dalle matrine in quanto essi sono biologicamente legati ai minori. Nonostante questo, per anni essi sono stati considerati, da un punto di vista giuridico, degli estranei. Essi riuscirono con grandi sforzi a convincere la giurisprudenza statale di essere legittimati a chiedere diritti di visita ai loro nipoti. Il problema principale che essi dovettero affrontare fu il principio fondamentale del diritto americano,

¹⁴⁸ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit, pp.812-813

¹⁴⁹ *Cooper v. Cooper*, 99 N.J. 42 (1984)

basato su una serie di casi decisi dalla Corte Suprema, che protegge la libertà dei genitori riguardo alla cura, alla custodia e al controllo dei loro figli¹⁵⁰.

Questo conflitto tra genitori e nonni fu portato davanti alla Corte Suprema in un caso proveniente dallo stato di Washington, *Troxel v. Granville*¹⁵¹.

Lo Stato di Washington aveva all'epoca una legge che permetteva:

any person to petition a superior court for visitation rights at any time and authorizes that court to grant such visitation may serve the best interests of the child¹⁵².

Nel caso *Troxel* la controversia si svolgeva tra i nonni paterni, che chiedevano che fossero incrementate le loro occasioni di visita ai nipoti, e la madre dei minori che respingeva la loro richiesta, pur se non vietava le visite da parte dei nonni. I *Troxel* non chiedevano che la madre fosse privata della custodia perché incapace di prendersi cura dei minori e il giudizio della corte di primo grado fu ritenuto contrario al diritto fondamentale della madre (due process clause) di decidere in materia di cura, custodia e controllo delle figlie¹⁵³.

Nella legge dello Iowa si legge:

the grandparents or great-grandparent of a child may petition the district court for grandchild or great-grandchild visitation rights when any of the following circumstances occur:

a parent of the child unreasonably restricts to allow visitation by the grandparent or great-grandparent or unreasonably restricts visitation. This subsection applies to but is not limited in application to a situation in which the parents of the child are divorced and the parent who is the child of the grandparent or who is the grandchild of the great-grandparent has legal custody of the child. A petition for grandchild or great-grandchild visitation rights shall be granted only upon a finding that the visitation is in the best interest of the child and that the

¹⁵⁰ S. N. Katz, *Family Law in America*, Oxford University Press, 2003, pp.118-119

¹⁵¹ *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57 (2000)

¹⁵² Wash. Rev. Code. Ann. 26.10.160(3) West (1997)

¹⁵³ D.K. Weisberg, S.F. Appleton, *Modern Family Law – Cases and Materials*, cit., pp. 739-743

grandparent or great-grandparent had established a substantial relationship with the child prior to the filing of the petition¹⁵⁴.

L'unica cosa che i nonni devono dimostrare davanti alle corti è di avere un buon rapporto con i nipoti e che se questo mancasse ne risentirebbero, e che perciò, garantire il diritto di visita è nel miglior interesse del minore stesso. Ciò che deve comunque essere assicurato è l'autonomia dei genitori nelle decisioni riguardanti i loro figli e il miglior interesse di essi¹⁵⁵.

Quando le controversie sull'affidamento si svolgono tra i genitori naturali, l'unico fattore rilevante è il benessere del minore; quando, invece, ciò avviene tra genitori e terzi, il fulcro della questione non ruota attorno solo agli interessi del minore, ed i giudici in questi casi attribuiscono molto peso anche agli interessi delle altre parti. Nel sistema giudiziario americano esiste una ferma convinzione secondo la quale i genitori naturali, nonostante i loro sbagli e le loro colpe, sono i più adatti a prendersi cura dei minori rispetto agli estranei. È diffusa anche la convinzione che esista un legame emotivo profondo tra genitore e figlio che deve essere rispettato dallo Stato, anche se il minore può vivere in condizioni più agiate con terzi.

I genitori devono essere privati della custodia dei minori solo se è evidente che essi non possono soddisfare le loro esigenze basilari, il che richiede prove di inadeguatezza, come ad esempio abuso, negligenza, incapacità di prendersi cura dei figli, o condizioni tali da far ritenere che il minore può soffrire fisicamente ed emotivamente se lasciato con i genitori naturali. L'abbandono del minore, inoltre, può essere alla base di una disposizione di custodia a favore del genitore non biologico¹⁵⁶.

La regola che il genitore biologico debba essere privato della custodia solo se ritenuto non adatto, non è universale. Nella prassi esistono casi nei quali si afferma che neanche il genitore naturale ha il diritto di custodia del minore e quest'ultima deve essere decisa solo in base al miglior interesse di

¹⁵⁴ Iowa Code 598.35, 2009

¹⁵⁵ S. N. Katz, *Family Law in America*, cit., pp.119-121

¹⁵⁶ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit, pp.823-824

esso. Alcuni casi ritengono che il benessere del minore è assicurato dai genitori biologici, altri che ad essi spetta la custodia a meno che ciò crei un danno al minore, o a meno che esistano circostanze straordinarie che richiedano l'affidamento ad un terzo soggetto.

Diverso è il caso in cui un minore vive con il genitore naturale e quello adottivo (*stepparent*), e alla morte di quello biologico nasce una controversia tra il genitore adottivo e l'altro genitore naturale. In questo caso i giudici devono valutare sia il rapporto con il genitore biologico sia quello che si è instaurato con quello adottivo, e verificare quale sia la decisione che assicuri il benessere del minore¹⁵⁷.

2.8 LA MODIFICA DELLA SENTENZA DI AFFIDAMENTO

Le sentenze di affidamento non sono definitive e possono essere modificate quando si verifica un cambiamento importante delle circostanze.

Dato che la stabilità dell'ambiente in cui il minore vive è una delle priorità del giudice, le corti sono poco propense a modificare facilmente le decisioni precedentemente prese¹⁵⁸, anche se istanze in tal senso vengono effettuate per garantire il migliore interesse del minore stesso.

La modifica di una sentenza avviene, dunque, solo se si verifica un cambiamento delle circostanze che non fanno più ritenere idonea la decisione precedente, e per mutamento delle circostanze si intende variazioni nella condizione fisica e lavorativa delle parti o altri sviluppi che intaccano il benessere del minore.

Con l'intento di ridurre le controversie che normalmente seguono il divorzio, lo *Uniform Marriage and Divorce Act* stabilisce che una sentenza di affidamento non può essere modificata prima di due anni, a meno che si verifichino delle condizioni che possono seriamente danneggiare fisicamente,

¹⁵⁷ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit, p.826

¹⁵⁸ H.D.Krause, D.Meyer, *Family Law*, cit., p.201

mentalmente, moralmente o emotivamente la salute del minore¹⁵⁹, come ad esempio se viene accertata la capacità del genitore non affidatario di prendersi cura di esso o se viene meno la capacità di quello affidatario di educare e garantire una vita dignitosa al minore o se si verifica una continua violazione delle disposizioni di custodia.

The court shall not modify a prior custody decree unless it finds, upon the basis of facts that have arisen since the prior decree or that were unknown to the court at the time of entry of the prior decree, that a change has occurred in the circumstances of the child or his custodian, and that the modification is necessary to serve the best interest of the child¹⁶⁰.

Alcuni casi iniziali basarono le modifiche su fattori religiosi, ma fu subito chiaro che le corti non dovevano preferire una fede religiosa piuttosto che un'altra, o preferire un genitore credente rispetto ad uno ateo o agnostico.

Inoltre, le seconde nozze di uno dei genitori sono considerate un fattore determinante che può richiedere una variazione del provvedimento di custodia¹⁶¹.

Le procedure e gli standards utilizzati per le modifiche variano da Stato a Stato e possono svolgersi in conformità con le leggi statali o, in assenza di queste, in conformità con il *Common Law*. Ad esempio la legge del Michigan stabilisce che una corte può modificare un precedente decreto di affidamento:

for proper cause shown or because of change of circumstances until the child reaches 18 years of age, or for certain purposes until the child reaches 19 years and 6 months of age¹⁶².

¹⁵⁹ Uniform Marriage and Divorce Act, cit., § 409

¹⁶⁰ ibidem

¹⁶¹ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit, p.846

¹⁶² Mich. Stat. Ann. §25.312 (1991)

Nella legge del North Dakota, invece, si afferma che:

For a change of custody determination, the trial court must engage in a two-step analysis. First, the trial court determines whether a significant change of circumstances has occurred since the original custody decree. If the court finds a significant change of circumstances, then it must decide whether that change so adversely affects the child that it compels or requires a change in custody to foster the child's best interests¹⁶³.

Il potere di una corte di modificare una precedente sentenza dipende dagli eventi che si sono susseguiti dal momento in cui è stata presa la decisione originaria; la sentenza di una corte può essere modificata da un'altra corte di un altro Stato solo se ciò è ammesso dalle disposizioni contenute nello *Uniform Child Custody Jurisdiction Act* e nel *Parental Kidnapping Prevention Act*.

Quando la modifica è richiesta ad un'altra corte rispetto a quella che aveva emesso il primo provvedimento, la richiesta stessa deve essere presentata sotto forma di petizione di *habeas corpus* o di *equity*. Il nuovo giudice può modificarla ma deve verificare che l'altra parte abbia ricevuto adeguata comunicazione del procedimento e che possa essere ascoltata. I giudici sono tutti d'accordo nell'affermare che sulla parte che richiede una variazione della sentenza gravi l'onere della prova delle circostanze dedotte.

Di solito le corti osservano i mutamenti delle circostanze dal momento della pronuncia della sentenza iniziale, e non considerano fatti precedenti ad essa, anche se questi erano sconosciuti alle parti; ovviamente tali cambiamenti devono essere provati e deve essere dimostrato che ciò incide negativamente sul benessere del minore e che, perciò, è necessario un riesame della sentenza precedente¹⁶⁴.

Alcune corti ritengono che le sentenze basate sull'accordo fra le parti sono più idonee e facili da modificare e il fatto che nascano da un accordo non le rende immuni da modifiche successive. Una corte, per esempio, può

¹⁶³ Dalin v. Dalin, 512 N.W.2d 685, 687 (1994)

¹⁶⁴ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit, pp.836-838

approvare un provvedimento di custodia anche se inizialmente non favorevole, in quanto se necessario può essere poi modificato. Un pericolo però è che le corti siano sempre così pronte alla modifica che ciò può condizionare la crescita del minore in un ambiente stabile. Molti giudici si sono resi conto di questo e sono diventati, specialmente negli ultimi anni, più restii alla modifica delle sentenze di affidamento.

Un ulteriore problema si presenta nel caso di affido condiviso o di necessità di modifica di disposizioni di visita. Se la sentenza iniziale di affidamento statuisce l'affido condiviso e una delle parti decide di trasferirsi in un altro Stato, la giurisprudenza è divisa sul fatto se sia necessaria una modifica o meno della disposizione di custodia congiunta. Alcuni giudici respingono l'istanza di modifica secondo la teoria per cui il trasferimento non costituisce un cambio di circostanze tale da rendere necessaria una nuova disposizione. Altri casi ritengono necessaria la modifica per permettere al minore di non perdere il contatto con l'altro genitore.

In alcuni Stati il trasferimento è permesso se viene dimostrato che è nel miglior interesse del minore. Se questo standard è applicato alla lettera, serve già per prevenire il trasferimento stesso. Al contrario molte altre corti lo approvano se porta ad uno stile di vita migliore per il genitore affidatario e il minore.

2.9 RELOCATION

La mobilità geografica e il desiderio di cambiare domicilio dopo il divorzio producono difficoltà pratiche nell'esercizio del diritto di visita.

Tradizionalmente, le corti hanno cercato di risolvere il problema limitando la libertà del genitore affidatario di spostarsi in un'altra città. Esse facevano ciò inserendo nella disposizione di affidamento un obbligo per cui il genitore affidatario non poteva lasciare la giurisdizione senza un permesso specifico, o

in assenza di tale obbligo, permettendo al genitore non affidatario di richiedere una modifica dell'affidamento¹⁶⁵. Il fulcro della questione era permettere al genitore non affidatario di poter continuare ad esercitare i suoi diritti di visita. Queste limitazioni sono state a lungo criticate dai genitori, in quanto ostacolavano ingiustamente la loro libertà di muoversi, specialmente quando questo avveniva in buona fede. Tutto ciò con il passare del tempo si è andato affievolendo; la Corte Suprema della California, per esempio, ha affermato che data la realtà di una società sempre più mobile, è poco realistico pensare che i genitori divorziati rimangano sempre nello stesso paese dopo la separazione o fare pressioni perché ciò avvenga¹⁶⁶.

Una volta che il genitore affidatario dimostra la volontà di cambiare residenza, spetta a quello non affidatario il compito di dimostrare che ciò non è nel miglior interesse del minore. La corte deve, perciò, considerare le ragioni di entrambi i genitori a favore o contro il trasferimento, la qualità dei rapporti con ciascuno di essi, l'impatto del trasferimento sulla qualità e quantità dei contatti futuri con il genitore non affidatario, il grado di miglioramento della vita economica ed affettiva sia del genitore affidatario che del minore, e la possibilità di mantenere facilmente il rapporto con il genitore non affidatario.

Gli adolescenti devono essere trattati diversamente rispetto ai minori più piccoli, in quanto:

stability may not lie with either parent, but may have its source in a circle of friends or particular sports or academic activities within a school or community. These adolescents should be given the choice, if a choice is to be made, as to whether they wish to move with the moving parent. It should also be made clear to them that their decision can be changed, if parents can arrange this. It would seem appropriate to their age and development that mature adolescents be encouraged to exercise their free choice about whether they wish to live, provided parenting and supervision are available in both homes, and the arrangements are otherwise feasible¹⁶⁷.

¹⁶⁵ H.D.Krause, D.Meyer, Family Law, cit., p.203

¹⁶⁶ Re Marriage of Burgess, 13 Cal. 4th 25 (1996)

¹⁶⁷ S.N. Katz, Family Law in America, cit., p.114

Nei casi di affido condiviso, il genitore che vuole trasferirsi con il minore deve ottenere l'autorizzazione scritta dell'altro genitore. Se quest'ultimo non gliela concede, esso deve, prima di lasciare lo Stato, presentare la sua richiesta alla corte che effettuerà un esame del miglior interesse del minore¹⁶⁸.

Di solito quando un genitore che divide equamente la custodia fisica del minore vuole trasferirsi, non è più una questione di ottenere il permesso di trasferimento ma il punto diventa chi dovrebbe, tenuto conto delle circostanze, ricevere la custodia primaria del minore. Se nessuno dei genitori ha esercitato una significativa maggior parte delle responsabilità di affidamento, le corti decidono in base al miglior interesse del minore, prendendo in considerazione tutti i fattori rilevanti.

When relocation such cases makes it necessary to choose one parent to be the primary custodial parent, there is little choice but to reassess the custodial arrangements under the best interests of the child test. In applying this test, the court should consider all relevant factors, including the potential disruptive effects of the relocation itself and its potential benefits¹⁶⁹.

Più ostici sono i casi che hanno per oggetto il trasferimento in uno Stato estero. La Corte Suprema del South Dakota permise ad una madre di portare sua figlia di cinque anni in Scozia, suo Paese di origine, con privilegi generosi per le visite estive da parte del padre e con la sanzione di consentire, altrimenti, di non osservare l'obbligo degli alimenti¹⁷⁰. Una corte di New York, invece, negò il permesso ad una madre di portare sua figlia in Australia per preservare la sua cittadinanza americana¹⁷¹.

La legge che risolve le controversie sull'affidamento dei minori tra Stati Uniti e resto del mondo, è contenuta nella *Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* e nello *International Child Abduction*

¹⁶⁸ R.E.Oliphant, N.Ver Steegh, Family Law: Examples and Explanations, cit., pp. 127-128

¹⁶⁹ American Law Institute, Principle of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendation, cit., Part I Section 2.20

¹⁷⁰ Bolenbaugh v. Bolenbaugh, 89 S.D. 639 (1975)

¹⁷¹ O'Shea v. Brennan, 387 N.Y.S.2d 212 (1976)

Remedies Act, i quali stabiliscono i diritti e le procedure per il ritorno dei minori che sono stati ingiustamente portati in un'altra Nazione.

Quando un cittadino di uno Stato straniero inizia un'azione davanti ad una corte degli Stati Uniti, deve dimostrare che il minore era abitualmente residente nel paese straniero nel momento in cui l'altro genitore l'ha portato negli Stati Uniti; e che i diritti di trasferimento sono suoi secondo la legge del loro paese di residenza. La controparte deve dimostrare, invece, che esiste un grave rischio che riportando il minore nel suo paese lo si esporrebbe a danni fisici e psicologici¹⁷².

Portare un minore fuori dagli Stati Uniti o trattenerlo negli Stati Uniti con l'intento di ostacolare il pieno esercizio dei diritti parentali è un crimine federale punibile con una pena fino a tre anni di reclusione¹⁷³.

La tabella sottostante descrive i criteri rilevanti suddivisi per Stato da tenere in considerazione nei casi di affidamento, quali la propensione dei vari Stati al rispetto dei fattori normativi, che anche se esistono le corti possono decidere di ignorare o di adeguarli alle circostanze che differiscono da caso a caso, il rispetto dei desideri dei minori, le possibilità di affidamento congiunto, la capacità dei genitori di collaborare nel miglior interesse del minore, il peso della violenza domestica come fattore rilevante da considerare da parte del giudice nei casi di affidamento e il ricorso ad un avvocato o ad un *guardiam ad litem* che sono d'aiuto alle corti nelle scelte difficili che concernono l'affidamento e il *child support*. È ben evidente come in quasi tutti gli Stati si considerino di assoluta rilevanza i desideri dei minori (ad eccezione di Massachusetts, Puerto Rico e Vermont) e come ormai in tutti gli Stati l'affidamento congiunto venga considerato un'ottima alternativa ma pochi Stati sono assolutamente favorevoli ad esso. Infine la violenza domestica è un fattore di primaria importanza che nessun giudice può ignorare (solo nel South Dakota ciò non avviene ed è un dato alquanto preoccupante).

¹⁷² Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, art. 13b, (1985)

¹⁷³ R.E.Oliphant, N.Ver Steegh, Family Law: Examples and Explanations, cit., pp. 130-131

Tabella 11: Criteri di affidamento per ciascun Stato¹⁷⁴

<u>STATO</u>	<u>Fattori normativi</u>	<u>Desideri dei minori</u>	<u>Possibilità di affidamento congiunto</u>	<u>Presunzioni in favore dell'affidamento congiunto</u>	<u>Collaborazione tra genitori</u>	<u>Violenza domestica</u>	<u>Avvocati o guardians ad litem*</u>
Alabama		x	x		x	x	
Alaska	x	X	x		x	x	x
Arizona	x	x	x		x	x	x
Arkansas		x	x			x	x
California		x	x	x	x	x	x
Colorado	x	x	x		x	x	x
Connecticut	x	x	x	x	x	x	x
Delaware	x	x	x			x	x
District of Columbia	x	x	x	x	x	x	x
Florida	x	x		x	x	x	x
Georgia	x	x	x			x	x
Hawaii		x	x			x	x
Idaho	x	x		x	x	x	
Illinois	x	x	x		x	x	x
Indiana	x	x	x		x	x	x
Iowa	x	x	x		x	x	x
Kansas	x	x	x		x	x	
Kentucky	x	x	x			x	
Louisiana	x	x	x	x	x	x	x
Maine	x	x	x		x	x	x
Maryland		x	x		x	x	x
Massachusetts			x		x	x	x
Michigan		x	x		x	x	x
Minnesota	x	x		x	x	x	x
Mississippi		x	x	x		x	x
Missouri	x	x	x		x	x	x
Montana	x	x	x			x	x
Nebraska		x	x			x	x
Nevada	x	x	x		x	x	
New Hampshire	x	x		x	x	x	x
New Jersey	x	x	x		x	x	x
New Mexico	x	x		x	x	x	x
New York		x			x	x	x
North Carolina		x	x			x	
North Dakota	x	x	x		x	x	x
Ohio	x	x	x			x	x
Oklahoma		x	x		x	x	x
Oregon	x	x	x	x	x	x	
Pennsylvania		x	x		x	x	x
Puerto Rico						x	x
Rhode Island		x	x			x	x
South Carolina		x	x			x	
South Dakota		x	x				
Tennessee	x	x	x		x	x	x
Texas		x	x		x	x	x
Utah	x	x	x		x	x	x
Vermont	x		x		x	x	x
Virginia	x	x	x		x	x	
Washington	x	x	x			x	x
West Virginia	x	x	x			x	x
Wisconsin	x	x	x	x	x	x	x
Puerto Rico						x	x
Wyoming	x	x	x		x	x	

¹⁷⁴ Family Law Quarterly, cit., Winter 2010, p.973

- * Il guardian ad litem è un avvocato, laureato in legge, che svolge il ruolo di rappresentare gli interessi del minore. Egli indaga sui fatti, partecipa alle negoziazioni e prende una posizione di fronte alla corte in relazione all'affidamento e al child support. Anche se spesso il suo ruolo viene confuso con quello dell'avvocato, il gal si batte unicamente per salvaguardare il miglior interesse del minore, che non equivale a difendere ciò che il minore vuole. Il guardian ad litem viene assegnato dai giudici nei casi in cui le parti non riescono a trovare un accordo in materia di affidamento e il ricorso alla mediazione non porta nessun risultato¹⁷⁵.

¹⁷⁵ <http://www.wisbar.org/>

CAPITOLO 3: CHILD SUPPORT

3.1 INTRODUZIONE

Alimony (alimenti) è il termine che definisce il pagamento di somme determinate di denaro effettuato da un coniuge all'altro. Alcuni Stati utilizzano il termine “*alimony*”; altri usano i termini “*maintenance*” (mantenimento) o “*spousal support*”, ciascuno di questi termini ha però, oggi, il medesimo significato. La maggior parte dei pagamenti posti sotto la categoria di alimenti gravano sui mariti a beneficio delle mogli, ma in circostanze particolari, ad esempio quando il marito si prende cura dei figli e della casa se la moglie è fuori per lavoro, può avvenire il contrario.

Ci sono vari tipi di *alimony*:

- *Temporary alimony* o *alimony pendente lite* sono gli alimenti che vengono pagati quando le parti sono separate ma non ancora divorziate.
- *Rehabilitative alimony* si riferisce a somme corrisposte per permettere all'altro coniuge di riabilitarsi, cioè per permettergli di diventare autosufficiente da un punto di vista finanziario.
- la *Permanent alimony*, invece, continua indefinitamente e le uniche cause di cessazione possono essere la morte dell'obbligato, del destinatario o le nuove nozze del medesimo.

La presenza di minori nella famiglia rende le corti più sensibili in materia di controllo e regolarizzazione del pagamento degli alimenti, almeno fino a quando i minori frequentano la scuola dell'obbligo¹⁷⁶.

¹⁷⁶ The American Bar Association, Guide to Marriage, Divorce & Families, cit., pp.131-137

Le leggi statali autorizzano le varie corti ad inserire nelle sentenze di divorzio disposizioni riguardanti il mantenimento economico dei minori da parte del genitore non affidatario. Questi provvedimenti possono essere assunti mentre la controversia è ancora in corso per assicurare al minore condizioni di vita dignitose¹⁷⁷.

L'area del diritto di famiglia che ha subito cambiamenti fondamentali negli ultimi cinquant'anni è, oltre al matrimonio, proprio il *child support*.

In passato il dovere di *child support* si basava sul principio che ogni minore avesse il diritto di essere mantenuto dai genitori. Nel corso della metà del XVIII secolo, Blackstone non parlava ancora di una responsabilità di ogni genitore per il mantenimento del minore, ma faceva riferimento solo ad un'ammenda di venti scellini al mese che doveva essere imposta al genitore che non manteneva finanziariamente il figlio, ed avveniva solo per evitare che ciò gravasse sulle finanze statali.

The duty of parents to provide for the maintenance of their children is a principle of nature law¹⁷⁸. (Blackstone)

Oggi, molte democrazie europee accettano i costi connessi all'educazione e alla crescita dei minori come una responsabilità sociale¹⁷⁹; per contro, il diritto americano moderno continua a ritenere che i costi per la cura dei minori siano di competenza dei privati, riflettendo la tradizione del *Common Law* che considerava un crimine per un genitore non prendersi cura economicamente dei figli.

The Poor Relief Act of 43 Eliz.Ch.2 required the father and the mother, among other relatives, of every poor, old, blind, lame, and impotent person, or other

¹⁷⁷ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit, pp.709-710

¹⁷⁸ *Family Law Quarterly*, cit., Fall 2008, p.365

¹⁷⁹ Harry d. Krause, David Meyer, *Family Law*, cit., p.151

poor person unable to work, to relieve and maintain such person at their own charges, if they were of sufficient ability to do so¹⁸⁰.

In *Plaster v. Plaster*¹⁸¹ la corte osservò che:

nature has implanted in all men a love for their offspring that is seldom so weak as to require the promptings of law, to compel them to discharge the duty of shielding and protecting them from injury, suffering and want, to extent of their ability. Hence the courts are seldom called upon to enforce the duty of parents. The law of nature, the usages of society, as well as the laws of all civilized countries, impose the duty upon the parent of the support, nurture and education of children.

Unfortunately, the hoped-for natural inclination of a parent to provide support for a child, should a divorce occur, has not been realized. Today, with thousands of divorce, involving large numbers of children, occurring on an annual basis, extensive state and federal legislation drive a variety of programs intended to ensure that minor children receive financial support from their parents, and as a last resort, from the state¹⁸².

Tradizionalmente, secondo il diritto americano, era il padre il primo responsabile del mantenimento della famiglia. Oggi, invece, su entrambi i genitori gravano le stesse responsabilità, e molte leggi statali impongono che il mantenimento sia equamente diviso tra i genitori e se ciò non avviene, sia la *Equal Protection Clause* che i diritti di eguaglianza contenuti nelle varie leggi statali, proibiscono qualsiasi distinzione di genere in materia. Recentemente, alcuni Stati hanno emanato leggi che rendono i nonni responsabili del *child support* nei casi in cui i genitori sono minorenni e vivono ancora nella loro casa¹⁸³.

¹⁸⁰ M.C. Dransfield, Annotation, Parent's Obligation to Support Adult Child, Second Edition, 1948, p.935

¹⁸¹ *Plaster v. Plaster*, 47 Ill. 290 (1868)

¹⁸² *ibidem* 291

¹⁸³ *Whitman v. Kiger*, 139 N.C. App. 44 (2000)

L'importo stabilito dalle corti come *child support* risulta spesso inadeguato a soddisfare le esigenze dei minori. Studi condotti a riguardo confermano questa tesi¹⁸⁴. Essi dimostrano che anche nei casi in cui la famiglia è benestante, l'importo del mantenimento non riesce a coprire le spese per gli alimenti, il vestiario e l'educazione del minore. Come risultato, il genitore affidatario, spesso la madre, è obbligato a trovarsi un lavoro per evitare di cadere in povertà¹⁸⁵. La ragione dell'inadeguatezza degli assegni sembra dovuta al fatto che i giudici sono poco propensi a riconoscere quali sono i reali bisogni dei minori.

A differenza di ciò che veniva prima definito con il termine 'alimenti', il *child support* può essere riconosciuto anche se durante la causa di divorzio esso non viene esplicitamente richiesto. Altro caso invece, si verifica quando si dispone il *child support* ancora prima di statuire sulla separazione e senza perciò la certezza che il divorzio venga concesso. Questo principio è contenuto nello *Uniform Marriage and Divorce Act*, il quale alla sezione 309 autorizza il *child support* anche senza la certezza che vi sarà il divorzio, in quanto raramente la domanda per quest'ultimo viene respinta.

Quando la sentenza di divorzio non contiene nessun riferimento al mantenimento dei figli, o espressamente statuisce che questo non venga concesso, possono sorgere due differenti quesiti. Il primo riguarda il dubbio se questo possa essere chiesto e concesso successivamente; e il secondo esprime la necessità di un rimborso delle spese effettuate per il minore nel tempo in cui il mantenimento non era stato esplicitamente disciplinato. Ovviamente la giurisprudenza afferma che la richiesta di mantenimento dei minori può essere inoltrata anche in un momento successivo alla sentenza di divorzio e che qualsiasi provvedimento avente per oggetto il *child support* può sempre essere modificato per incontrare le esigenze dei minori¹⁸⁶.

La responsabilità principale del *child support* grava, ovviamente, sui genitori naturali, indipendentemente dalle circostanze che hanno portato al

¹⁸⁴ L. Weitzman, *The divorce Revolution*, The Free Press, New York, 1985, pp. 504

¹⁸⁵ *ibidem*

¹⁸⁶ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., p.711-713

concepimento. Dato che gli obblighi di mantenimento dei padri riguardano i figli legittimi, e anche quelli illegittimi ma riconosciuti, le corti hanno il potere di determinare la paternità nell'ambito delle controversie di divorzio portate alla loro attenzione. Se, durante il processo, viene posta la questione della paternità e viene accertato che il figlio è legittimo, l'accertamento è definitivo¹⁸⁷.

Lo *Uniform Parentage Act* approvato dalla *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* nel 1973 è stato adottato per intero in diciannove Stati e parzialmente in molti altri, e sottoposto a revisione poi nel 2000; esso ha lo scopo di fornire ai giudici regole per la corretta determinazione della paternità e dei diritti e obblighi derivanti.

La presunzione di paternità è una teoria giuridica di *Common Law* che risale al XVI secolo. Secondo tale teoria, un marito era ritenuto il padre biologico di ogni figlio nato durante il matrimonio e ciò aveva lo scopo di proteggere i minori dal rischio di essere considerati illegittimi (ricordiamo che ai tempi i figli nati al di fuori del vincolo matrimoniale erano soggetti ad ampie discriminazioni legali e sociali), e tale presunzione serviva a preservare il tradizionale modello di famiglia unitaria e poteva essere superata solo provando l'impotenza o la sterilità del marito.

Lo *Uniform Parentage Act* nella sezione 608 accoglie la teoria della *paternity by estoppel*, dando ai giudici un ampio potere discrezionale di rifiutare i test genetici in alcune circostanze, e dichiarando che il padre presunto è il padre legale. Questo accade quando il padre legale ha assunto un ruolo fondamentale nella vita del minore indipendentemente dai legami biologici. Perciò, secondo quanto contenuto nell'UPA, le corti devono valutare la condotta di tali soggetti, la durata e la natura del rapporto tra il genitore naturale e il minore e tra quest'ultimo e il padre presunto, l'età del minore e le conseguenze che il minore potrebbe subire se fosse privato del padre legale. Tutto ciò risulta necessario al fine di stabilire la paternità e i diritti e doveri che ne conseguono.

¹⁸⁷ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., p.711-713

Diversa è la posizione dei patrigni e delle matrigne; essi, infatti, non sono responsabili del mantenimento dei figli nati dalle precedenti unioni dei coniugi. Anche se ci sono delle eccezioni:

The universal rule is that a stepfather, as such, is not under obligation to support his stepchildren, but that, if he takes the children into his family or under his care in such a way that he places himself *in loco parentis*, he assumes an obligation to support them, and acquires a correlative right to the services¹⁸⁸.

Un patrigno o una matrigna sono responsabili del mantenimento dei figli nati dalla precedente unione del coniuge se c'è una legge che impone ciò o se si assumono l'impegno di agire al posto dei genitori (*in loco parentis*)¹⁸⁹.

3.1.2 LEGGI FEDERALI

In questo paragrafo si fornirà una visione d'insieme delle principali norme in vigore emanate a partire dalla seconda metà del XX secolo.

Il *Family Support Act* (FSA) del 1974 trasferisce i costi di mantenimento dei minori dal pubblico al privato, e stabilisce che ciascuno Stato che aderisce a tale sistema deve creare delle agenzie (IV-D Agency) allo scopo di diffondere la corretta applicazione dei diritti di mantenimento dei minori.

I *Child Support Enforcement Amendments* (CSEA) del 1984 mettono in atto gli obiettivi contenuti nel *Family Support Act* del 1974, chiedendo agli stati di:

(1) require employers to withhold child support from paychecks of delinquent parents for one month, (2) provide for the imposition of liens against the

¹⁸⁸ Zellmer v. Zellmer, 188 P.3d 497 (Wash. 2008)

¹⁸⁹ Family Law Quarterly, cit., Fall 2008, p.378

property of defaulting support obligors, and (3) deduct from federal and state income tax refunds unpaid support obligations¹⁹⁰.

Il *Child Support Act* del 1991, entrato in vigore nel 1993, contiene le seguenti disposizioni principali:

- the establishment of the Child Support Agency, responsible for the assessment of all child maintenance payments and their collection where requested.
- the creation of a universally applicable but complex formula to calculate liability for child maintenance. The formula was originally based upon income support levels and did not take into account an 'absent parent's actual expenditure', other than some housing costs. Subsequent amendments to the formula have aimed to reduce the levels of hardship reported by some 'absent parents' and their new families.
- all 'parents with care' claiming means-tested income support, family credit or disability working allowance are required to authorize the Secretary of State to recover maintenance from the 'absent parent', and to co-operate with the Child Support Agency in tracing an 'absent parent', assessing and collecting any maintenance owed. Only where a 'parent with care' can demonstrate 'reasonable grounds' for believing that this would cause her or a child to suffer 'harm or undue distress' is this requirement waived.
- where a 'parent with care' refuses to co-operate without being able to demonstrate a 'risk of harm or undue distress', the personal allowance element of her benefit is reduced by 20% for six months and 10% for a further twelve months. Both the level and the duration of this deduction are to be increased.
- 'parents with care' on income support have all maintenance deducted from their benefit¹⁹¹.

Il *Child Support Recovery Act* del 1992 considera un reato il mancato pagamento del *child support* da parte del genitore non affidatario ad un minore che vive in un altro Stato.

¹⁹⁰ Family Law Quarterly, cit., Fall 2008, p.367

¹⁹¹ Child Support Act, 1991 in A. Diduck and F. Kaganas, Family Law, Gender and The State-Texts, Cases and Materials, Second Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006, pp.201-203

(a) Offense – any person who –

(1) willfully fails to pay a support obligation with respect to a child who resides in another State, if such obligation has remained unpaid for a period longer than 1 years, or is greater than \$5000;

(2) travels in interstate or foreign commerce with the intent to evade a support obligation (...)

(3) willfully fails to pay a support obligation with respect to a child who resides in another State, if such obligation has remained unpaid for a period longer than 2 years, or is greater than \$10,000; shall be punished as provided.

(...)

(c) Punishment- The punishment for an offense under this section is-

(1) in the case of a first offense under section (a)(1), a fine under this title, imprisonment for not more than 6 months, or both; and

(2) in the case of an offense under paragraph (2) or (3) of subsection (a), or a second or subsequent offence under subsection (a) (1), a fine under this title, imprisonment for not more than 2 years, or both.

(d) Mandatory restitution – Upon a conviction under this section, the court shall order restitution under section 3663A in an amount equal to the total unpaid support obligation as it exists at the time of sentencing¹⁹².

Lo *Omnibus Budget Reconciliation Act* del 1993 statui che gli Stati promuovessero programmi per facilitare il riconoscimento della paternità nei casi di minori nati al di fuori del matrimonio.

Il *Full Faith and Credit Act* del 1994 ha lo scopo di stabilire standard nazionali per facilitare il pagamento del *child support*, scoraggiare i conflitti interstatali ed eliminare problemi di competenza giurisdizionale. Questa legge richiede che le corti riconoscano le sentenze di *child support* emesse in altri Stati e limitino le modifiche a casi assolutamente eccezionali.

La sezione 1738B di tale legge recita infatti:

a child support order may be modified by a sister state only if the rendering state has lost continuing, exclusive jurisdiction over the child support order, which in turn

¹⁹² Child Support Recovery Act, 18 U.S.C. 1992

occur only if (1) neither the child nor any of the parties continue to reside in the state, or (2) each of the parties has consented to the assumption of jurisdiction by another state¹⁹³.

Il *Welfare Reform Act* del 1996 ordinò che gli Stati adottassero una versione dello *Uniform Interstate Family Support Act* dal gennaio del 1998. Quest'ultima legge è stata emanata nel 1992 ed è in vigore in tutti gli Stati, compreso l'Alaska e il Massachusetts, con lo scopo di risolvere il problema delle disposizioni contrastanti relative al mantenimento emanate da corti diverse, sostenendo la necessità di riconoscere la giurisdizione esclusiva ad una sola corte¹⁹⁴; ciò significa che quando uno Stato emana una sentenza in materia di *child support*, nessun altro Stato può modificare questa disposizione fino a quando le parti continuano a risiedere in quello Stato, perciò se una parte vuole modificare il decreto precedentemente emanato lo deve fare presso la corte che ha preso la decisione originaria. Se invece le parti e il minore hanno lasciato lo Stato che ha emesso la sentenza e una di queste ne chiede la modifica, essa deve presentare istanza presso la corte dello Stato in cui risiede la controparte. Ad esempio poniamo che marito e moglie ottengano la sentenza di divorzio in Minnesota, dove hanno vissuto durante il loro matrimonio. Dopo il divorzio, la madre e il minore si trasferiscono nel Wisconsin, e il padre in Iowa. Se la madre volesse chiedere un aumento della somma per il mantenimento del minore corrisposta a lei dall'ex coniuge, dovrebbe rivolgersi alla corte dello Iowa, che in questo caso sarebbe titolare di giurisdizione in quanto Stato di residenza della controparte. Se invece fosse il padre a chiedere una modifica della sentenza originaria, dovrebbe presentare istanza davanti alla corte del Wisconsin.

Il *Welfare Reform Act* richiese che gli Stati sviluppassero procedure amministrative facilitate per la raccolta delle somme da destinare al mantenimento dei minori. Oltre a ciò, tale atto, conosciuto anche con il nome di *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act* (PRWORA), richiese ad ogni Stato che voleva ottenere sovvenzioni di sviluppare precise

¹⁹³ Full Faith and Credit for Child Support Orders Act, 28 U.S.C. §1738B, 1994

¹⁹⁴ J.Areen, M.C.Regan Jr., *Family Law-Cases and Materials*, cit., p.827

direttive statali che venissero incontro alle richieste federali entro l'Ottobre del 1997.

Gli ultimi cinquant'anni hanno portato ad un'espansione dei soggetti ritenuti responsabili del mantenimento dei minori, il che era sconosciuto e probabilmente impensabile nel 1958.

3.1 FORMA E DURATA DELLE DISPOSIZIONI AVENTI PER OGGETTO IL MANTENIMENTO ECONOMICO DEI MINORI

La forma più semplice di *child support* consiste nel trasferimento periodico al genitore affidatario delle somme stabilite; quest'ultimo diviene perciò un tutore fiduciario con il compito di destinare tali somme esclusivamente al mantenimento del minore¹⁹⁵.

Le disposizioni inerenti il *child support* possono essere modificate periodicamente per stare al passo con le mutevoli esigenze dei minori, ma al fine di evitare conflitti su questo, nel momento della stipulazione può essere inserita la cosiddetta *escalation clause*, che statuisce in anticipo che i pagamenti devono aumentare in proporzione all'indice dei prezzi al consumo (*consumer price index*) definiti dal Dipartimento del Lavoro degli Stati Uniti d'America, con la limitazione che se le entrate del genitore affidatario non crescono della stessa proporzione, l'aumento del *child support* deve essere adeguato anche a questo fattore.

Il provvedimento ha effetto sino al raggiungimento della maggiore età del minore. Durante gli anni Settanta la maggiore età è passata da ventuno a diciotto anni nella maggior parte degli Stati, apparentemente in base alla convinzione che i giovani maturano prima e di conseguenza devono avere prima tutti i riconoscimenti legali; ma essi rimangono comunque dipendenti economicamente dai genitori, e questa discrepanza tra previsione normativa e regole sociali porta alla questione più dibattuta, cioè, se le corti debbano

¹⁹⁵ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., p.711-713

ordinare il mantenimento dei figli anche quando essi hanno raggiunto la maggiore età. Le leggi di molti Stati sono contrarie (California, Connecticut, Delaware, Florida, Georgia, Indiana, Kansas, Maine, Michigan, Nebraska, New Mexico, New York, North Carolina, North Dakota, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Texas, Utah, Virginia, West Virginia)¹⁹⁶; in questi Stati sono previste altre norme che regolano il mantenimento dei figli adulti (*adult children*). In molti altri Stati, invece, non viene indicato se il *child support* debba o meno continuare oltre la maggiore età e perciò la giurisprudenza spesso è oscillante; alcuni giudici lo concedono se il maggiorenne è incapace mentalmente o fisicamente di mantenersi da solo.

Altri casi riguardano il problema del mantenimento quando il figlio frequenta l'università. Al giorno d'oggi è fondamentale che i giovani ricevano un'istruzione universitaria in base alle loro capacità; è vero che le spese da sostenere per il college sono aumentate negli ultimi anni, ma va anche sottolineato che grazie a borse di studio, prestiti e lavori part-time, molti studenti riescono a mantenersi agli studi senza il supporto finanziario dei genitori. In ogni caso un giovane con genitori separati non deve essere privato di queste possibilità, perciò le corti nelle loro sentenze quasi sempre prevedono, laddove ne venga fatta richiesta, l'obbligo di mantenimento anche per gli studi universitari dei figli.

Il *Common Law* affermava che la morte del padre comporta la fine degli obblighi di mantenimento, ma le leggi statali successive hanno modificato questa prospettiva. È riconosciuto che un figlio non è più dipendente dal genitore dopo la morte di quest'ultimo e che l'onere del mantenimento debba gravare sulla società se il genitore in vita non è in grado di mantenerlo da solo.

Lo *Uniform Marriage and Divorce Act* rifiuta il principio contenuto nel *Common Law*, ossia che il dovere di mantenimento cessa con la morte del genitore che provvede ad esso, e afferma che l'obbligo di *child support* termina:

¹⁹⁶ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., pp.717-718

by emancipation of the child but not by the death of a parent obligated to support the child. When a parent is obligated to pay support dies, the amount of support may be modified, revoked, or commuted to a lump sum payment to the extent just and appropriate in the circumstances¹⁹⁷.

Gli obblighi di mantenimento, come affermato in precedenza, cessano quando il figlio è emancipato, il che avviene quando il rapporto di dipendenza con i genitori si conclude, essi rinunciano alla custodia e non sono più obbligati al suo mantenimento. Questo può avvenire quando un figlio si sposa, per mezzo di una sentenza del tribunale o al raggiungimento di una certa età.

In *Bishop v. Bishop*¹⁹⁸ si legge:

the emancipation issue is fact specific and the essential inquiry is whether the child has moved beyond the sphere of influence and responsibility exercised by a parent and obtains an independent status of his or her own.

Il consenso dei genitori è un prerequisito fondamentale per ottenere l'emancipazione.

In *Harris v. Rattini*¹⁹⁹ la corte d'appello del Missouri ritenne che un minore che si ritira dalla scuola prima dei diciotto anni, ha un lavoro part-time e non è incapace mentalmente e fisicamente, è emancipato e il *child support* non è più necessario²⁰⁰.

Al contrario in *Detwiler v. Detwiler*²⁰¹ la Corte Suprema della Pennsylvania decise che un diciassettenne che abbandona la scuola, ha il suo stipendio ma vive ancora sotto lo stesso tetto dei genitori non può essere considerato emancipato.

¹⁹⁷ Uniform Marriage and Divorce Act, §316, 9A U.L.A. 573 (1998)

¹⁹⁸ *Bishop v. Bishop*, 671 N.J. 644, 1995

¹⁹⁹ *Harris v. Rattini*, 855 S.W.2d 410, 412 (1993)

²⁰⁰ R.E.Oliphant, N.Ver Steegh, *Family Law: Examples and Explanations*, cit., pp. 184-185

²⁰¹ *Detwiler v. Detwiler*, 57 A.2d 426, 1948

3.3 FATTORI RILEVANTI PER LA CONCESSIONE DEL CHILD SUPPORT

La somma erogata per il mantenimento può variare da caso a caso. In molti Stati le leggi statuiscono in termini più o meno generali i fattori che i giudici devono tenere in considerazione nella concessione del *child support*, ad esempio i bisogni dei minori, lo standard di vita seguito dal minore prima del divorzio, i bisogni sanitari ed educativi, ed infine le risorse economiche dei genitori. Dato che, come affermato in precedenza, entrambi i genitori devono contribuire al mantenimento dei figli, le corti devono adeguatamente considerare il patrimonio e le entrate di entrambi. Questo non vuol dire che entrambi i genitori contribuiscano equamente al mantenimento dei minori, ma che vi devono partecipare in proporzione alle risorse economiche di cui dispongono, e se i genitori hanno le risorse grossomodo uguali, gli obblighi di mantenimento devono essere equamente divisi²⁰².

(...) the financial resources of the child; the financial resources of the custodial parent; the standard of living the child would have enjoyed had the marriage not been dissolved; the physical and emotional condition of the child, and his educational needs; and the financial resources and needs of the noncustodial parent²⁰³.

Le corti nel determinare la capacità dei genitori non affidatari di corrispondere il mantenimento devono valutare il patrimonio, le entrate effettivamente disponibili da destinare al *child support* e le condizioni fisiche e psichiche del genitore. Un altro fattore che incide sulle decisioni dei giudici sono le seconde nozze del genitore non affidatario; in questo caso il nuovo coniuge non deve contribuire al mantenimento dei figli nati dal primo matrimonio del marito o della moglie, ma i giudici ne devono prendere atto, in quanto questo

²⁰² H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., p.720

²⁰³ Uniform Marriage and Divorce Act, §309, 9A U.L.A. 573 (1998)

incide sulle disponibilità economiche effettive che il genitore non affidatario può destinare al mantenimento del minore.

A partire dal 1984, gli Stati stanno sviluppando linee guida (*guidelines*) che fungono da aiuto per il calcolo dei livelli adatti di *child support*. Queste linee guida furono poi rese più efficaci nel 1988, con l'approvazione del *Family Support Act* e tengono in considerazione le entrate dei genitori, il numero dei figli ed altri fattori; esse sono basate su studi che analizzano quanto le famiglie spendono in media per far crescere un figlio. Il loro scopo è quello di calcolare importi che siano commisurati a ciò che la famiglia avrebbe speso se fosse stata unita, e facilitano i giudici nella determinazione degli importi da destinare al mantenimento del minore, ma non devono essere considerate delle regole fisse, in quanto esse hanno il fine di mettere solo dei livelli di massimo e di minimo utili a determinare con ragionevolezza le scelte dei giudici. Questo ha fatto sì che l'ammontare delle somme erogate per il *child support* sia cresciuto del 50% e si siano uniformate tra Stato e Stato²⁰⁴.

I rischi dell'utilizzo di queste linee guida sono molto forti, in quanto nelle mani di giudici particolarmente rigidi, esse possono diventare semplici regole automatiche e inflessibili²⁰⁵.

Per determinare le linee guida, gli Stati devono calcolare il reddito lordo e netto di ciascun genitore. Il reddito lordo riguarda tutte le entrate senza la deduzione delle tasse; quello netto è il reddito meno le tasse federali e statali. Inoltre ciascuno Stato ha le sue linee guida, e utilizza tecniche diverse per redigerle, anche se generalmente i modelli si possono raggruppare in quattro categorie: il primo modello, il più utilizzato, ed adottato in 33 Stati, si basa sulla teoria che ciascun minore coinvolto dovrebbe ricevere la stessa percentuale delle entrate dei genitori come se la famiglia fosse ancora unita, e perciò considera il reddito di entrambi i genitori, ed il numero dei minori, e l'ammontare del *child support* viene adeguato a queste cifre (*income shares model*). Tale modello si articola in tre momenti: nel primo si calcola il reddito netto di entrambi i genitori; poi si combinano questi risultati ad una tabella che dà

²⁰⁴ The American Bar Association, *Guide to Marriage, Divorce & Families*, cit., p.145

²⁰⁵ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., pp.721-722

indicazioni circa l'ammontare di *child support* che dovrebbe essere pagato; infine l'applicazione di questo modello permette alle corti di tenere in considerazione anche spese eccezionali ed improvvise, come ad esempio, le spese mediche straordinarie.

Il secondo, il più semplice, è chiamato *percentage of income model*, adottato da quindici stati²⁰⁶; quando un genitore ottiene l'affidamento esclusivo, tale tecnica considera solo le entrate nette del genitore non affidatario e il numero dei figli.

L'Illinois e lo Stato di New York sono esempi di Stati che utilizzano linee guida basate sulla percentuale delle entrate del genitore non affidatario. Queste erano le linee guida in vigore nei due Stati nel 2005²⁰⁷:

NUMERO DI FIGLI	PERCENTUALE DEL REDDITO DEI GENITORI NON AFFIDATARI DESTINATI AL MANTENIMENTO DEI MINORI	
	ILLINOIS	NEW YORK
1	20%	17%
2	28%	25%
3	32%	29%
4	40%	31%
5	45%	Non meno del 35% per cinque o più minori; non meno del 50% per sei o più minori

Tabella 12: linee guida in vigore in Illinois e Stato di New York nel 2005

Gli Stati utilizzano metodi differenti per calcolare i redditi dei genitori. L'Illinois considera il reddito netto, cioè il reddito lordo meno le deduzioni seguenti: tasse federali e statali gravanti sul reddito; i contributi per la pensione; l'assicurazione sanitaria; i contributi sindacali (union dues); i Social Security

²⁰⁶ J.Areen, M.C.Regan Jr., *Family Law-Cases and Materials*, cit., p.784

²⁰⁷ The American Bar Association, *Guide to Marriage, Divorce & Families*, cit., p.148

payments (FICA); i debiti; gli alimenti. Lo Stato di New York considera invece il reddito lordo²⁰⁸.

Il metodo Melson, applicato nel Delaware, Hawaii e Montana, è una variante dello *income share model* e tra le sue caratteristiche c'è la valutazione del fatto che il genitore non affidatario sia per prima cosa in grado di mantenersi da solo, in base alla teoria per cui chi non ha la possibilità di mantenersi non può essere il candidato perfetto al mantenimento di un'altra persona²⁰⁹.

Il *Californian Model*, adottato in California, è uno dei più complessi ed è stato spesso criticato per la sua inflessibilità. È stato così descritto:

an algebraic formula yielding the guideline number. Strictly speaking, the statute is impossible to actually read. It must be studied by plugging in numbers and seeing what happens. The first several subdivisions of the statute are really more in the nature of a glorified math problem²¹⁰.

Qui di seguito viene presentata una tabella che riassume i vari modelli utilizzati nei diversi Stati; come è ben evidente la tecnica più utilizzata è lo *income share model* e in quasi tutti gli Stati vengono concesse deduzioni fiscali per spese sanitarie straordinarie, che non possono ovviamente essere calcolate a priori. L'unico dato che lascia perplessi è la scarsa propensione a forme di sostegno per l'istruzione universitaria, che sono sì presenti ma non in tutti gli Stati.

²⁰⁸ The American Bar Association, Guide to Marriage, Divorce & Families, cit., p.148

²⁰⁹ R.E.Oliphant, N.Ver Steegh, Family Law: Examples and Explanations, cit., pp. 168-171

²¹⁰ Clark v. Superior Court, 62 Cal. App. 4th 576, 1998

STATO	INCOME SHARE	PERCENT OF INCOME	DEDUZIONI SANITARIE STRAORDINARIE	DEDUZIONI PER LA CURA DEI MINORI	FORME DI SOSTEGNO PER IL COLLEGE
Alabama Ala. Code §30-3-1	x	x	x p	x m	x
Alaska Alaska Stat. §25.27.060		x	x m	x	x
Arizona Ariz. Rev. Stat. Ann. §25-320	x		x m	x p	
Arkansas Ark. Code Ann. §9-12-312		x	x d	x d	
California Cal. Fam. Code §4001 Cal. Fam. Code §3585	x		x m	x m	
Colorado Col. Rev. Stat. §14-10-115	x		x m	x m	
Connecticut Conn. Gen. Stat. §466-81	x		x d		x
Delaware Del. Code Ann. tit. 13 §1513			x m	x m	
District of Columbia D.C. Code §16-916.01		x	x d	x	x
Florida Fla. Stat. §61.30	x		x p	x m	
Georgia Ga. Code Ann. §16-6-15		x	x p	x m	
Hawaii Haw. Rev. Stat. §5760-7	x	x	x m	x	x
Idaho Idaho Code Ann. §32-706	x		x m	x p	
Illinois 750 Ill. Comp. Stat. 5/505		x			x
Indiana Ind. Code §31-16-6-1	x		x p	x m	x
Iowa Iowa Code §598.21		x		x m	x
Kansas Kan. Stat. Ann. §38-1595	x			x m	
Kentucky Ky. Rev. Stat. Ann. §403.212	x		x m	x p	
Louisiana La. R.S. §9:315	x		x m	x m	
Maine Me. Rev. Stat. Ann. tit. 19 §2007	x		x m	x m	
Maryland Md. Code Ann. Fam. L. §12-204	x		x m	x m	
Massachusetts Mass. Gen. Laws. ch. 208, §28		x	x m	x	x
Michigan Mich. Comp. Law §722.27	x		x m	x m	x
Minnesota Minn. Stat. §518.17		x		x m	
Mississippi Miss. Code Ann. §43-19-101		x	x d	x d	
Missouri Mo. Rev. Stat. §452.340	x		x	x	x
Montana Mont. Code Ann. §40-4-204			x m	X m	
Nebraska Neb. Rev. Stat. §42-364	x		x d	X m	

STATO	INCOME SHARE	PERCENT OF INCOME	DEDUZIONI SANITARIE STRAORDINARIE	DEDUZIONI PER LA CURA DEI MINORI	FORME DI SOSTEGNO PER IL COLLEGE
New Hampshire N.H.Rev.Stat.§458-C:3	x		x	x	x
New Jersey N.J.Stat.Ann.§2A:34-23	x			x	
New Mexico N.M.Stat.Ann.1978§40-4-11			x d		
New York Dom.Rel.§240		x		x m	x
Nevada Nev.Rev.Stat.§125B.080		x	x m	x d	
North Carolina N.C.Gen.Stat.Ann.§50-13.4	x		x m	x m	
North Dakota N.D.Century Code Ann.§14-09-09.7		x	x m		
Ohio OH St.§3119			x	x	
Oklahoma Okla.Stat.tit.43§118	x		x a	x m	
Oregon Or.Rev.Stat.§107.108	x		x p	x m	x
Pennsylvania 23Pa.Cons.Stat.Ann.§4322	x		x m/d	x m	
Rhode Island R.I.gen.Laws§15-5-16.2	x		x d	x m	
South Carolina S.C.Code Ann.§20-3-160	x		x d	x m	x
South Dakota S.D.Codified Law§25-7-6.2	x		x d	x d	
Tennessee Tenn.Code Ann.§36-5-101		x	x m		x
Texas Tex.Fam.Code.Ann.§154		x	x m	x d	x
Utah Utah Code Ann.§30-3-5	x		x m	x m/p	
Vermont Vt.Stat.Ann.tit.15§654	x		x m	x m	
Virginia Va.Code ann.§20-108.2	x		x a	x a	
Washington Wash.Rev.Code §266.09.170	x		x m	x m	x
West Virginia W.Va.Code§48-6-301	x		x m	x m	
Wisconsin Wis.Stat.§767.57		x	x m	x d	
Wyoming Wyo.Stat.Ann.§20-2-307	x		x d	x d	

Tabella 13: linee guida del *child support* suddivise per Stato²¹¹

²¹¹ Family Law Quarterly, Vol.43 No.4 Winter 2010, p.974-975

m= deduzioni obbligatorie

p= deduzioni concesse

d= fattori devianti

1= Un dato rilevante risulta essere quello relativo al sostegno per l'istruzione universitaria in Tennessee, il quale viene concordato con le parti ma non è mai imposto dalla corte; comunque, un genitore non affidatario può, quando il figlio è minorenne, creare un conto bancario sul quale depositare del denaro che poi egli utilizzerà per l'istruzione universitaria. Ciò avviene di frequente negli Stati Uniti, anche nelle famiglie non divorziate, proprio perché l'università è molto costosa e spesso i giovani frequentano college lontani da casa con tutte le spese che ne derivano.

3.4 LE MODIFICHE AL CHILD SUPPORT: GIURISDIZIONE E PROCEDURE

Le decisioni relative al *child support* possono essere modificate in qualsiasi momento, purché si verifichi un cambiamento sostanziale delle circostanze dal momento in cui la statuizione iniziale è stata emanata. Quando, per esempio, viene stabilito il pagamento di una somma unica per il mantenimento di due o più minori, e uno di essi raggiunge la maggiore età, erroneamente si pensa che si possa ridurre il pagamento senza ottenere una modifica della disposizione da parte del giudice; ciò non può avvenire, invece, senza che la corte competente modifichi la decisione originariamente presa.

Per cambiamento sostanziale delle circostanze si intende una modifica, per esempio, dei redditi dei genitori dovuta alla perdita del lavoro da parte di uno dei due, il conseguimento di un'eredità consistente²¹² o di una vincita alla lotteria, oppure un mutamento della situazione che riguarda direttamente il minore, come la necessità di cure odontoiatriche, particolari cure sanitarie non coperte dall'assicurazione o esigenze scolastiche speciali.

²¹² Wood v. Wood, 407 A.2d 282 (Me.1979)

Lo stesso *Uniform Marriage and Divorce Act* nella sezione 309 autorizza le modifiche delle disposizioni relative al mantenimento solo nel caso in cui si verifichino dei cambiamenti tali da far ritenere la decisione iniziale non più applicabile.

Support orders may be changed if there is: (1) a substantial increase or decrease in either parent's earnings, or (2) a substantial increase or decrease in the needs of a parent or child, or (3) a change in a child's or parent's cost of living, or (4) a change in custody and any of these changes makes the terms of the original order unreasonable or unfair²¹³.

Questi mutamenti devono essere sostanziali, significativi, materiali, involontari, permanenti, o fatti in buona fede, come affermato nella sentenza *Deatherage v. Deatherage*²¹⁴, e devono verificarsi dopo che la decisione originaria è divenuta efficace²¹⁵.

La ragione più ovvia che giustifica la modifica è un aumento delle necessità del minore, che può essere causato da inflazione, un aumento delle spese mediche o di istruzione o semplicemente perché esso crescendo ha esigenze diverse.

Anche le seconde nozze dei genitori, come affermato in precedenza, possono rappresentare un motivo valido per la richiesta di una modifica delle precedenti disposizioni in materia di *child support*; se è il genitore non affidatario che si risposa, la sua capacità di pagare il *child support* può diminuire in quanto incorre in nuove responsabilità di mantenimento della seconda moglie e degli eventuali figli; può anche succedere, però, che questo fatto aumenti le sue disponibilità finanziarie perché aiutato dalla nuova moglie. Tutto ciò deve essere tenuto in considerazione dai giudici, anche se non giustifica automaticamente un aumento o una diminuzione della somma da destinare al mantenimento dei figli naturali.

²¹³ R.E.Oliphant, N.Ver Steegh, *Family Law: Examples and Explanations*, cit., pp. 179-180

²¹⁴ *Deatherage v. Deatherage*, 395 So.2d 1169 (Fla.App.1981)

²¹⁵ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., p.727

Quando una parte cambia volontariamente lavoro e prende uno stipendio minore, le corti non modificano automaticamente il *child support*, e la parte non è automaticamente liberata dal pagare l'importo del mantenimento se si licenzia o se viene licenziata per cattivo comportamento²¹⁶.

Se viene richiesta una modifica della disposizione sul *child support* perché il genitore non affidatario ha cambiato lavoro, egli deve dimostrare che questo cambiamento non è avvenuto con il fine di non pagare più il *child support*, e deve esporre i motivi per cui ha accettato un nuovo lavoro ad uno stipendio minore. Le corti poi effettuano dei test per verificare la veridicità delle prove presentate. Il primo è il test della buona fede, e considera i guadagni attuali ed effettivi delle parti e non le loro capacità di guadagno²¹⁷, presupponendo che esse abbiano agito in buona fede. Questo test è stato criticato in quanto ritiene che le parti continuino ad agire nell'interesse della famiglia come se non avessero mai divorziato. Il secondo test, lo *strict rule test*, trascura qualsiasi riduzione volontaria delle entrate e considera le capacità di guadagno. Tale test è visto come poco flessibile in quanto considera un unico fattore. L'*intermediate test*, infine, dà medesimo peso a molteplici fattori per valutare se prendere in considerazione le entrate effettive o le capacità di guadagno, e viene criticato perché considera troppi fattori disomogenei.

Controversie inerenti l'affidamento e i diritti di visita molto spesso conducono alle modifiche delle disposizioni aventi per oggetto il *child support*. Pensiamo ad un caso tipico in cui una madre ha la custodia del minore e il padre ha garantite le visite ed essa si trasferisce in un altro Stato. La sentenza di divorzio può vietare o meno il trasferimento; inoltre la donna può avere importanti ragioni che giustificano lo spostamento, tra le quali, ad esempio, il ritorno alla casa dei genitori o le seconde nozze. In ogni caso il trasferimento rende impossibile o difficoltosa l'applicazione dei diritti di visita da parte dell'ex coniuge. Perciò egli potrebbe anche decidere di cessare il pagamento del *child support*.

Nell'affrontare questa questione le corti hanno assunto, nel corso degli anni, posizioni diverse. Alcune rifiutano di modificare le disposizioni riguardante

²¹⁶ Schuler v. Schuler, 416 N. E. 2d 197, 203 (Mass. 1981)

²¹⁷ Re Marriage of Horn, 650 N.E. 2d 1103, 1106 (1995)

il mantenimento²¹⁸ ignorando, però, alcuni fattori essenziali; se nella sentenza di divorzio non è esplicitamente proibito il trasferimento, la madre ha tutti i diritti di spostarsi in un altro Stato e ciò non giustifica il mancato pagamento del *child support* da parte del genitore non affidatario, anche se ciò comporta una diminuzione, se non addirittura la perdita, dei contatti con il figlio. Un altro fattore rilevante è il benessere del minore: se la madre non è in grado da sola di provvedere al suo mantenimento una corte non può modificare il decreto di *child support* permettendo al padre di non pagare. L'unica soluzione sarebbe di spostare l'affidamento dalla madre al padre; alcune corti l'hanno fatto, ma questa può non essere la soluzione migliore perché molte volte in questi casi il padre non è in grado di occuparsi del figlio o perché il cambiamento non è nel miglior interesse del minore o ancora perché le corti non sono d'accordo nell'utilizzare la disposizione di affidamento come una forma di punizione, perciò questo avviene solo in casi eccezionali²¹⁹.

3.4.1 II MANCATO PAGAMENTO DEL CHILD SUPPORT

È piuttosto comune che il genitore non affidatario che è in ritardo con i pagamenti del *child support* chieda una modifica della decisione originaria.

Dagli anni Ottanta l'apparato burocratico statale e federale sta cercando di risolvere la questione dei mancati pagamenti del *child support*.

Lo *U.S. Census Bureau* nell'ambito di un'analisi condotta nel 2003 ha stimato che solo la metà dei genitori ricevono l'intera somma che spetta loro; un quarto riceve la metà di essa, e un quarto non riceve nulla. Inoltre ci sono molte madri (circa il 27%) che non hanno ottenuto nessun provvedimento in ordine al mantenimento dei loro figli, e la maggior parte di esse ha minori nati al di fuori del vincolo matrimoniale.

²¹⁸ Reiter v. Reiter, 225 Ark.157 (1955)

²¹⁹ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., p.731-733

Secondo i dati emersi, i genitori affidatari ottengono circa \$5,044 all'anno, o \$420 al mese²²⁰; il 77% dei genitori non affidatari con custodia congiunta o diritti di visita pagano regolarmente il *child support*, mentre solo il 56% di quelli che non condividono l'affidamento e a cui non viene riconosciuto nessun diritto di visita, lo pagano. I costi per cercare di ridurre il mancato pagamento di queste somme sono molto elevati per lo Stato americano, ad esempio nel 2003 le agenzie responsabili di tale controllo hanno speso \$5.2 miliardi per raccogliere \$21.2 miliardi da destinare al *child support*²²¹.

Dagli anni Settanta il governo federale ha iniziato a raccogliere dati riguardanti i riconoscimenti del *child support*, in quanto si rese conto che i minori e le loro famiglie divise cominciavano a gravare pesantemente sulle finanze federali.

Uno dei primi risultati fu l'emanazione del *Child Support and Establishment of Paternity Act* del 1974²²². Questa legge era rivolta ai beneficiari dell'assistenza pubblica e ordinava che essi collaborassero al fine di diffondere e promuovere la corretta applicazione delle disposizioni inerenti il *child support*. La norma contiene tre obiettivi principali, ridurre le spese federali, aiutare le famiglie ad ottenere delle somme sufficienti al mantenimento dei minori ed infine stimolare gli Stati a stabilire la paternità dei figli nati fuori dal matrimonio, così che potesse essere regolarizzato anche il loro mantenimento economico. Ma, nonostante questa legge, le principali responsabilità per l'amministrazione e il controllo dei programmi di sostegno furono lasciate agli Stati e ai governi locali²²³.

Il governo federale e i governi statali utilizzano molteplici tecniche per far rispettare l'obbligo di pagamento del *child support*; fra esse il provvedimento di attribuzione di una quota dello stipendio, l'ipoteca su case o automobili, la revoca della patente di guida; inoltre, i responsabili possono essere accusati anche del reato di oltraggio alla corte.

²²⁰ The American Bar Association, *Guide to Marriage, Divorce & Families*, cit., pp.161-162

²²¹ *ibidem*

²²² Child Support and Establishment of Paternity Act, 42 U.S.C. §§651-655, 1974

²²³ R.E.Oliphant, N.Ver Steegh, *Family Law: Examples and Explanations*, cit., pp. 160-161

Il Maine è stato uno dei primi Stati ad utilizzare la tecnica di revoca delle licenze, e da quanto emerge dai dati raccolti in un'indagine del 1999, delle 23,500 persone che hanno ricevuto lettere di premonizione della revoca (della patente di guida o di licenze professionali che colpiscono medici, avvocati, giornalisti, etc.) se non provvedevano al pagamento del mantenimento dei loro figli, più della metà hanno effettuato immediatamente il pagamento, dimostrando l'utilità di questa tecnica come deterrente²²⁴.

Per ciò che concerne le offese alla corte, esse possono essere sanzionate sia in sede detta civile che in sede penale, anche se non sempre i tribunali distinguono tra queste. Per oltraggio in sede detta civile si intende l'obbligo del debitore, che è in grado di pagare ma non lo fa, ad un periodo indeterminato di incarcerazione; si dice che egli ha nelle sue tasche le chiavi della cella, nel senso che se non paga dovrà andare in prigione²²⁵, e tutto dipende da lui. Al contrario, l'oltraggio penale consiste nell'inflizione di una pena per un periodo di tempo specificato e ha scopo punitivo²²⁶.

3.5 L'INCREMENTO DEI CONTROLLI SULL'APPLICAZIONE DELLE DECISIONI GIUDIZIALI SUL MANTENIMENTO DEI MINORI

Dagli anni Novanta del secolo scorso si sono intensificati i meccanismi di controllo contro l'inadempienza e si sono ampliate le tecniche per la raccolta automatica delle somme da destinare al *child support*, per mezzo, come detto in precedenza, di deduzioni dagli stipendi, dalle tasse e dalle vincite alla lotteria, anche per quei soggetti che solitamente sono sempre puntuali nei pagamenti.

La strategia più utilizzata è una sentenza, emanata dalla corte, che ha per oggetto la riduzione dello stipendio, con la quale una parte di questo viene automaticamente prelevato e depositato presso un'agenzia che poi lo fa recapitare direttamente al genitore affidatario. La deduzione dallo stipendio

²²⁴ The American Bar Association, *Guide to Marriage, Divorce & Families*, cit., pp.164-165

²²⁵ R.E.Oliphant, N.Ver Steegh, *Family Law: Examples and Explanations*, cit., pp. 187-188

²²⁶ Harry d. Krause, David Meyer, *Family Law*, cit., pp.159-160

entra subito in vigore anche se le parti non sono d'accordo; ovviamente questo si verifica quando il genitore non affidatario ha un lavoro regolare e non lo cambia frequentemente.

Nel 1975 il Congresso, rendendosi conto dell'inadeguatezza dei meccanismi di applicazione del *child support* ad opera degli Stati, ha cominciato ad approvare molteplici strumenti legislativi per meglio attuare il rispetto e l'esecuzione delle disposizioni aventi per oggetto il mantenimento economico dei minori, anche per evitare che ciò gravasse ulteriormente sulle finanze federali. L'autorità statale e le leggi statali sono rimaste comunque il principale veicolo per stabilire la paternità e la raccolta delle somme del *child support*, ma il governo federale ha assunto il ruolo di sorvegliante e finanziatore del sistema statale. A seguito della legge emanata nel 1975, il *Family Support Act*, ogni Stato doveva creare delle agenzie, chiamate *IV-D Agency*, preposte al controllo e all'applicazione delle disposizioni emanate dalle corti, ed era richiesto a ciascuno di essi di adeguarsi agli standards imposti dallo *Office of Child Support Enforcement* (OCSE), altrimenti avrebbe perso i finanziamenti da parte del governo federale. In poche parole, la legge federale richiedeva ai singoli Stati di attuare programmi sociali (*welfare programs*) e di agire come agenzie con lo scopo di raccogliere le somme da destinare al *child support*²²⁷.

Un secondo problema che scaturisce dalle recenti indagini condotte dal Governo Federale, è l'inadeguatezza delle somme erogate a titolo di *child support*; anche se esse sono abbastanza consistenti da permettere al minore e al genitore affidatario uno stile di vita al di sopra del livello di povertà, non sono abbastanza da permettergli di seguire lo stile di vita precedente al divorzio. In ogni caso l'adeguatezza o meno della decisione è solo l'inizio delle difficoltà che il genitore affidatario e il minore devono affrontare, in quanto un'ampia percentuale di questi provvedimenti non viene adempiuta o viene eseguita solo in parte, anche nei casi, molto frequenti, in cui il genitore non affidatario ne abbia le possibilità.

²²⁷ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., p.734

Tutto ciò costituisce un serio problema sociale a livello nazionale, come notato e le ragioni non sono un mistero. Innanzitutto, è difficile, se non impossibile, per il beneficiario del *child support* ottenere un provvedimento che ordini l'esecuzione della sentenza del giudice, perché spesso non è in grado di pagare un avvocato. Inoltre, anche se lo *Uniform Reciprocal Enforcement of Support Act* è in vigore in tutti gli Stati, non c'è prova che sia efficace quanto si sperava. A ciò si deve aggiungere il fatto che la mobilità interstatale rende veramente difficile per un avvocato che volesse prendersi carico del caso localizzare il debitore, e pochi giudici sono d'accordo sull'applicazione delle pene più severe, quali la reclusione, che però sicuramente avrebbero l'effetto di ridurre gli evasori²²⁸.

3.5.1 IL FEDERAL CHILD SUPPORT ENFORCEMENT PROGRAM

Il riconoscimento delle difficoltà ad ottenere il rispetto delle disposizioni aventi per oggetto il *child support* ha condotto il Congresso nel 1974 ad aggiungere il titolo IV-D al *Social Security Act* e nel 1984 quest'ultimo è stato emendato dai *Child Support Enforcement Amendments*²²⁹, parte, a loro volta, del programma noto con il nome di *Aid to Families With Dependent Children* (AFDC).

Lo scopo di tale legge è di imporre agli Stati requisiti federali riguardo all'esecuzione delle provvedimenti di *child support* (in realtà questo è solo uno dei tanti obiettivi che suddetta norma si pone). Gli emendamenti apportati al titolo IV-D nel 1984 resero questi requisiti molto precisi e dettagliati, ora è la legge federale che disciplina i metodi di esecuzione dei provvedimenti di *child support*.

Anche se la principale funzione del titolo IV-D è di obbligare gli Stati ad adottare procedure più efficaci, essa autorizza anche la creazione di istituzioni

²²⁸ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., p.734

²²⁹ *ibidem*, p.735

statali e federali con il compito di assistere coloro che devono ottenere il pagamento del *child support*.

Una di queste istituzioni è l'*Office of Child Support Enforcement* (OCSE), creato all'interno del *Department of Health and Human Services*, le cui responsabilità includono la costituzione di parametri per i programmi statali, la valutazione di tali piani, la conservazione di registrazioni del loro operato, e la redazione e approvazione della modulistica che le corti devono utilizzare per l'esecuzione delle disposizioni di *child support*.

Il titolo IV-D postula anche che gli Stati debbano creare un organo chiamato *Parent Locator Services* che sia in comunicazione con le varie agenzie sparse nel territorio dello Stato le quali devono essere in grado di dare informazioni riguardo gli indirizzi e i posti di lavoro dei genitori non affidatari.

Per mezzo del titolo IV-D le corti sono autorizzate a porre vincoli sui beni mobili dei debitori per recuperare le somme non pagate, oppure a trattenere tali somme dal loro stipendio o dalle tasse²³⁰.

(...) provides that the maximum proportion of aggregate disposable earnings for any week which may be garnished for support may not exceed fifty percent if the person is supporting a spouse or dependent child; sixty percent if the person is not supporting a spouse or dependent child; with the additional provision that the proportions are fifty-five and sixty-five percent if the support is more than twelve weeks in arrears²³¹.

If there is more than one withholding notice outstanding against the same obligor, the state must allocate the amounts available, giving priority to current support up to the maximum limits²³².

Il genitore affidatario è il responsabile dell'inizio del procedimento di adempimento delle sentenze per il mantenimento dei minori, anche se in certe occasioni può esserlo anche un pubblico ufficiale o il minore stesso²³³.

²³⁰ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., pp736-737

²³¹ 15 U.S.C.A. § 1673(b)

²³² 42 U.S.C.A § 666(b)(1)

²³³ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., p.740

3.5.2 LE DIFESE CONTRO L'APPLICAZIONE DEI PROVVEDIMENTI DI CHILD SUPPORT

L'impossibilità di effettuare il pagamento da parte del debitore rappresenta una difesa di fronte all'accusa di oltraggio alla corte, ma il genitore non affidatario deve comunque portare prove a supporto della sua condizione economica, di cui la corte potrà valutarne l'ammissibilità. Se, ad esempio, le prove dimostrano che egli non è in grado di pagare perché non ha effettuato gli sforzi necessari per trovare lavoro, l'accusa non sarà ritirata; in caso contrario le corti quasi sempre vanno incontro alle esigenze della parte più debole, non trascurando, però, il benessere del minore.

Nel caso *Pappas v. Pappas*²³⁴, la moglie ottenne la custodia del minore e un provvedimento per il pagamento a suo favore del *child support*. Lei si risposò e decise di rinunciare alla somma dovuta dall'ex coniuge per il mantenimento, in quanto quest'ultimo le aveva promesso di dare il suo consenso a che il nuovo marito potesse adottare il minore. Per varie ragioni il decreto di adozione non fu mai emanato, e dopo due anni la donna pretese nuovamente la somma del mantenimento e tutti gli arretrati. La corte respinse la sua domanda perché la rinuncia era ancora valida e lei e il nuovo coniuge avevano tutti i mezzi economici per mantenere il minore. La corte sottolineò che ciò era valido solo nei confronti della moglie, e se il minore in futuro avesse avuto bisogno di mantenimento, il padre non poteva rifiutarsi nonostante la dichiarazione di rinuncia effettuata anni prima dalla madre; infatti gli atti del genitore affidatario hanno valore e sono effettivi purché non ledano il benessere del minore.

Altri giudici, in casi successivi, accettarono il principio espresso nella sentenza *Pappas v. Pappas*, anche se vi furono tribunali che si rifiutarono di omologare accordi nei quali il genitore affidatario rinunciava al mantenimento, non rendendosi conto, però, che non c'era nessun obbligo di versare tali somme se questo non pregiudicava il benessere del minore in questione²³⁵.

²³⁴ *Pappas v. Pappas*, 247 Iowa 638, (1956)

²³⁵ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., p.745-746

Ci si è anche interrogati sulla questione della condotta del genitore affidatario, e se essa possa essere un motivo di difesa da parte del genitore non affidatario contro l'applicazione dei diritti di mantenimento. Di solito accade che il genitore che ottiene la custodia si trasferisce con il minore in un altro Stato, rendendo difficili se non impossibili i contatti con quello non affidatario, e questo per contromisura interrompe il pagamento del *child support*.

Nella maggior parte dei casi i giudici affermano che egli deve continuare ad erogare tale somma anche se non ha contatti con il figlio, e la ragione è che il benessere di quest'ultimo è ciò che conta di più, ed egli non deve soffrire a causa delle azioni dei suoi genitori. Inoltre in molti casi il trasferimento non avviene in violazione della sentenza di custodia, e perciò non può essere considerato una valida ragione per interrompere il pagamento del mantenimento del minore. Può però essere possibile chiedere che vengano equamente divise le spese delle visite, a meno che ci siano evidenti prove che testimoniano che il trasferimento è avvenuto con il chiaro scopo di ostacolare l'esercizio dei diritti di visita da parte del genitore non affidatario, e colui che ne ha la custodia è in grado di mantenere economicamente il figlio; in questo caso il giudice può optare a favore di un'interruzione del *child support*²³⁶.

Nei casi in cui il genitore affidatario richieda che non vengano più rispettati i diritti di visita in quanto l'ex coniuge non adempie agli obblighi di mantenimento, le corti di solito rigettano la domanda per il semplice motivo che i contatti tra genitore e minore sono fondamentali e il benessere di esso non deve essere pregiudicato per gli inadempimenti del padre²³⁷.

La bancarotta invece non costituisce una difesa per l'obbligato a versare *child support*.

The custodian's claim to arrears of child support in equity belongs to the child not to her, and therefore is not part of the custodian's assets on her bankruptcy, and so is not 'assigned' to her trustee in bankruptcy²³⁸.

²³⁶ Sharum v. Dodson, 264 Ark. 57 (1978)

²³⁷ Johnson v. Johnson, 52 Ohio App.2d 180 (1977)

²³⁸ 42 U.S.C.A. § 602(a)(26)(A)

Una difesa è, invece, rappresentata dalla conformità completa o parziale ai provvedimenti emanati per il mantenimento. Il problema sorge quando il genitore non affidatario paga ma in una forma differente rispetto a quella contenuta nel decreto del giudice. Si parla di 'conformità sostanziale' per intendere che il genitore non affidatario ha rispettato comunque i fini contenuti nel provvedimento, cioè quelli di mantenere il minore.

Altro caso si verifica quando il genitore non affidatario non corrisponde nessun pagamento in denaro ma fa solo dei regali al minore. Nella maggior parte dei casi le corti hanno sostenuto che il valore di tali regali non può essere sottratto dalla somma che egli deve erogare a titolo di *child support* per differenti ragioni. La prima è che questi doni possono essere senza continuità e perciò non sono significativi per il mantenimento del minore e di conseguenza non rispettano le finalità del provvedimento. In secondo luogo, hanno l'effetto di sottrarre parte del mantenimento del minore al controllo del genitore affidatario; l'ex coniuge ha il dovere di provvedere al mantenimento ma non ha il diritto di decidere come questi soldi sono utilizzati. Se viene permesso di fare regali o di corrispondere somme di denaro direttamente al minore, viene violata l'autorità e la responsabilità del genitore affidatario di prendersi totalmente cura del figlio²³⁹.

Un problema che si pone oggi con le concessioni di affidamento condiviso è che entrambi i genitori, per legge, hanno gli stessi diritti e la stessa autorità per quanto riguarda l'educazione del minore, anche se poi la custodia fisica di esso viene riconosciuta solo a uno dei due. Il genitore che non la ha può effettuare regali e pagamenti diretti al minore, chiedendo che queste somme costituiscano un credito nei confronti del provvedimento di *child support*, sostenendo che egli ha gli stessi diritti dell'altro genitore di decidere come il denaro destinato al minore debba essere utilizzato. Tutto ciò crea un conflitto che può essere risolto solo ponendo l'autorità nelle mani di una sola persona, cioè colei che si occupa della cura del minore quotidianamente, vale a dire il genitore che dispone della custodia fisica²⁴⁰.

²³⁹ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., p.748

²⁴⁰ *ibidem*, p.749

3.6 IL CONTROLLO SULL'APPLICAZIONE DEI PROVVEDIMENTI SUL MANTENIMENTO ECONOMICO DEI MINORI A LIVELLO INTERSTATALE ED INTERNAZIONALE

La grande mobilità della popolazione ha prodotto problemi seri in termini di applicazione delle disposizioni concernenti il *child support*. L'allontanamento di un genitore dalla giurisdizione che ha emanato la sentenza ha creato per lungo tempo difficoltà pratiche e giuridiche. Nonostante gli Stati siano costituzionalmente obbligati a dare piena esecuzione alle sentenze emanate dalle corti di un altro Stato, ciò non era valido per la materia del *child support*, in quanto questi provvedimenti non erano definitivi ma soggetti a continui mutamenti. Nel 1994, il Congresso intervenne per regolamentare questa questione con l'emanazione del *Full Faith and Credit for Child Support Orders Act*²⁴¹.

Se una sentenza di *child support* emanata da uno Stato presenta gli standards richiesti dal *Full Faith and Credit for Child Support Act*, essa deve essere applicata e osservata in tutti gli Stati e deve essere modificata solo in circostanze limitate.

Un'importante esempio di applicazione di tale norma da parte della Corte Suprema fu il caso *Yarborough v. Yarborough*²⁴²; una corte della Georgia aveva emanato una sentenza di divorzio nella quale si stabiliva, fra l'altro, che il padre dovesse provvedere al mantenimento del minore. Secondo le leggi della Georgia, tale sentenza era definitiva e non modificabile. Il minore si trasferì poi in South Carolina dove agì in giudizio contro il padre e richiese un aumento della somma a titolo di *child support* necessario per la sua istruzione. La Corte Suprema sostenne che la *Full Faith and Credit Clause* richiedeva al South Carolina di rispettare la sentenza emanata dal giudice della Georgia, nonostante il minore ora visse in South Carolina²⁴³; il principio contenuto in tale caso è valido solo se il debitore è ancora residente nello Stato in cui è stata emanata la sentenza di divorzio; in altre parole, è il contatto esistente tra

²⁴¹ 28 U.S.C. §1738B

²⁴² 290 U.S. 202 (1933)

²⁴³ H.H.Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, cit., p.751

debitore e foro che è determinante, non la residenza del minore²⁴⁴. Oggi poi, con il problema della mobilità interstatale, si è andati un po' oltre la lettera della *Full Faith and Credit Clause*, stabilendo che il genitore affidatario e il minore possano ottenere un rimedio efficace sia nello Stato di residenza originario che nel nuovo; ovviamente il secondo Stato può solo dare applicazione al provvedimento originario.

Per evitare l'insorgere di controversie interstatali aventi per oggetto i provvedimenti di *child support*, gli Stati a partire dagli anni Cinquanta e Sessanta, hanno attuato universalmente anche se in forme diverse, lo *Uniform Reciprocal Enforcement of Support Act*²⁴⁵ (URES), pubblicato nel 1950 grazie all'intenso lavoro di William J. Brockelbank, che permise che una causa di *child support* iniziata davanti alla corte di uno Stato potesse continuare nello Stato di residenza del debitore. Recentemente, questa norma è stata riformata dallo *Uniform Interstate Family Support Act* (UIFSA), approvato nel 1992, e nel 1996 il governo federale ha posto l'attuazione di tale legge come requisito fondamentale per ricevere i finanziamenti federali²⁴⁶.

Lo *Uniform Interstate Family Support Act* ha il seguente fine di politica normativa:

The interstate establishment and enforcement of spousal and child awards, and to eliminate the possibility of multiple exercises of jurisdiction over support awards with attendant multiple, conflicting support awards from more than one state. Jurisdiction to modify an award is meant to be held by one and only one state at a time. This is accomplished by providing comprehensive long-arm provisions so that a state can take jurisdiction over a party to a child or spousal support dispute, who is outside of the state, but who has a significant connection with the state and the dispute. A state that has taken jurisdiction, and which is the state of residence for any party, retains continuing exclusive jurisdiction as long as residency of a party

²⁴⁴ Family Law Quarterly, Vol.43, No.1, Spring 2009, p.28

²⁴⁵ 9A Unif. L. Ann 747 (1979)

²⁴⁶ Harry d. Krause, David Meyer, Family Law, cit., pp.164-165

continues. Continuing exclusive jurisdiction prevents other states from establishing a competing award or modifying the existing award²⁴⁷.

Recentemente, è stata posta l'attenzione sui problemi dell'applicazione a livello internazionale delle disposizioni concernenti il mantenimento economico dei minori. Le corti statunitensi, in generale, hanno concesso l'esecuzione dei provvedimenti di *child support* emanati da corti straniere sulla base del rispetto reciproco delle leggi e delle consuetudini internazionali.

Inoltre, nel 2003 gli Stati Uniti hanno partecipato agli sforzi compiuti dalla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato (anche l'Italia è un paese membro della conferenza) al fine di creare una nuova convenzione multilaterale sulla corretta applicazione delle disposizioni di *child support*²⁴⁸. A questo scopo nel 2007 si sono conclusi i lavori della *Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*²⁴⁹ e gli Stati Uniti furono i primi a firmarla nel Novembre del 2007 (dall'Italia non è stata ancora ratificata).

L'adesione a questa convenzione sta portando e porterà molti vantaggi alla Nazione americana; un sistema globale uniforme con le stesse norme in vigore in tutti i paesi fa sì che i casi possano essere risolti in maniera più efficace; la nuova convenzione, con le sue procedure dettagliate, definisce come le autorità centrali devono riconoscere ed eseguire le decisioni sul mantenimento dei minori. Probabilmente, però, il beneficio principale è la reciprocità. Le corti e le agenzie operanti nel settore in molti casi già applicano i provvedimenti emessi da altri Stati, anche se gli Stati Uniti non hanno accordi con essi. Molti Stati stranieri, però, non danno esecuzione a disposizioni emesse dalle corti americane in assenza di un trattato. Con la ratifica della convenzione, una quantità maggiore di minori risiedenti negli Stati Uniti riceveranno il sostegno finanziario di cui hanno bisogno, sia che il genitore non

²⁴⁷ National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Short Summaries, 1992

²⁴⁸ Harry d. Krause, David Meyer, Family Law, cit., pp.166

²⁴⁹ Family Law Quarterly, cit., Spring 2009, p.1

affidatario risieda nel territorio americano sia che viva in uno Stato straniero che è parte della convenzione²⁵⁰.

La convenzione non riguarda solo il riconoscimento e l'applicazione di una sentenza straniera esistente, ma anche l'emanazione di nuove decisioni, tra le quali quelle aventi per oggetto la paternità, fondamentale ai fini della determinazione del *child support*.

Il governo degli Stati Uniti ritiene che tale convenzione creerà un sistema di applicazione internazionale della disposizioni in materia di mantenimento economico dei minore che è

accessible, prompt, efficient, cost-effective, responsive and fair²⁵¹.

Qui di seguito alcuni estratti dalla convenzione:

Article14

Effective access to procedures

(1) The requested State shall provide applicants with effective access to procedures, including enforcement and appeal procedures, arising from application under this chapter. (2) To provide such effective access, the requested State shall provide free legal assistance in accordance with Articles 14 to 17 unless paragraph 3 applies. (3) The requested State shall not be obliged to provide such free legal assistance if and to the extent that the procedures of that State enable the applicant to make the case without the need for such assistance, and the Central Authority provides such services as are necessary free of charge. (4) Entitlements to free legal assistance shall not be less than those available in equivalent domestic cases. (5) No security, bond or deposit, however described, shall be required to guarantee the payment of costs and expenses in proceedings under the Convention.

²⁵⁰ Family Law Quarterly, cit., Spring 2009, pp.28-29

²⁵¹ ibidem, p. 35

Article 15

Free legal assistance for child support applications

(1) The requested State shall provide free legal assistance in respect of all applications by a creditor under this Chapter concerning maintenance obligations arising from a parent-child relationship towards a person under the age of 21 years. (2) Notwithstanding paragraph 1, the requested State may, in relation to applications other than those under Article 10(1) *a*) and *b*) and the cases covered by Article 20(4), refuse free legal assistance if it considers that, on the merits, the application or any appeal is manifestly unfounded.

Article 18

Limit on proceedings

(1) Where a decision is made in a Contracting State where the creditor is habitually resident, proceedings to modify the decision or to make a new decision cannot be brought by the debtor in any other Contracting State as long as the creditor remains habitually resident in the State where the decision was made.

(2) Paragraph 1 shall not apply –

a) where, except in disputes relating to maintenance obligations in respect of children, there is agreement in writing between the parties to the jurisdiction of that other Contracting State; *b*) where the creditor submits to the jurisdiction of that other Contracting State either expressly or by defending on the merits of the case without objecting to the jurisdiction at the first available opportunity; *c*) where the competent authority in the State of origin cannot, or refuses to, exercise jurisdiction to modify the decision or make a new decision; or *d*) where the decision made in the State of origin cannot be recognised or declared enforceable in the Contracting State where proceedings to modify the decision or make a new decision are contemplated.

Article 20

Bases for recognition and enforcement

(1) A decision made in one Contracting State ("the State of origin") shall be recognised and enforced in other Contracting States if -

a) the respondent was habitually resident in the State of origin at the time proceedings were instituted; b) the respondent has submitted to the jurisdiction either expressly or by defending on the merits of the case without objecting to the jurisdiction at the first available opportunity; c) the creditor was habitually resident in the State of origin at the time proceedings were instituted; d) the child for whom maintenance was ordered was habitually resident in the State of origin at the time proceedings were instituted, provided that the respondent has lived with the child in that State or has resided in that State and provided support for the child there; e) except in disputes relating to maintenance obligations in respect of children, there has been agreement to the jurisdiction in writing by the parties; or f) the decision was made by an authority exercising jurisdiction on a matter of personal status or parental responsibility, unless that jurisdiction was based solely on the nationality of one of the parties.

Article 22

Grounds for refusing recognition and enforcement

Recognition and enforcement of a decision may be refused if -

a) recognition and enforcement of the decision is manifestly incompatible with the public policy ("*ordre public*") of the State addressed; b) the decision was obtained by fraud in connection with a matter of procedure; c) proceedings between the same parties and having the same purpose are pending before an authority of the State addressed and those proceedings were the first to be instituted; d) the decision is incompatible with a decision rendered between the same parties and having the same purpose, either in the State addressed or in another State, provided that this latter decision fulfils the conditions necessary for its recognition and enforcement in the State addressed; e) in a case where

the respondent has neither appeared nor was represented in proceedings in the State of origin - when the law of the State of origin provides for notice of proceedings, the respondent did not have proper notice of the proceedings and an opportunity to be heard; or when the law of the State of origin does not provide for notice of the proceedings, the respondent did not have proper notice of the decision and an opportunity to challenge or appeal it on fact and law; or the decision was made in violation of Article 18²⁵².

3.7 ALCUNI DATI

Una ricerca condotta dallo *U.S. Census Bureau* nel 2008 ha evidenziato la presenza di 13.7 milioni di genitori che hanno la custodia di 21.8 milioni di minori al di sotto dei ventuno anni mentre l'altro genitore vive lontano. Un quarto di questi (24.6%) ha entrate al di sotto dei livelli di povertà, e nella stessa situazione si trova il 18.2% di coloro che ricevono il *child support*, ma nonostante ciò solo un quarto di essi (27.3%) ha chiesto l'intervento degli agenzie preposte all'applicazione e all'esecuzione dei provvedimenti aventi per oggetto il mantenimento economico dei minori²⁵³. L'aumento dell'occupazione ha portato ad un declino della partecipazione ai programmi di assistenza, che è precipitata dal 40.7% al 31.5% tra il 1993 e il 2007.

Secondo la medesima ricerca, nella primavera del 2008 il numero di genitori affidatari è rimasto pressoché invariato dal 1994. Le madri rappresentano la maggioranza di essi (82.6%), mentre il restante 17.4% è costituito dai padri.

Il dato più preoccupante è costituito dai livelli di povertà; come visto, circa un quarto (24.6%) dei genitori che hanno ottenuto la custodia del minore hanno redditi inferiori al livello di povertà e questo dato è aumentato nel corso degli anni. Per i genitori che si trovano in questa situazione, le somme erogate dal

²⁵² http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=131

²⁵³ Fonte: U.S. Census Bureau, Custodial Mothers and Fathers and their Child Support, 2007

genitore non affidatario a titolo di *child support* rappresentano una parte rilevante dei guadagni; per esempio, per coloro che ricevono tale somma regolarmente, il *child support* rappresenta il 47.9% dei redditi²⁵⁴.

Nel 2008 dei 13.7 milioni di genitori affidatari, 7.4 milioni (54%) ha concluso accordi o ha ottenuto provvedimenti giudiziari dalle corti per ricevere supporto finanziario dal genitore non affidatario. La maggior parte di questi accordi (6.8 milioni) sono formali e solo 600.000 sono informali.

Il numero totale dei provvedimenti per il *child support* varia anche in relazione alle caratteristiche demografiche della popolazione, come rappresentato nella tabella alla pagina seguente. Genitori affidatari non sposati, separati, neri, ispanici o che hanno un'istruzione limitata stipulano il 45% circa degli accordi; mentre i bianchi, non ispanici, sposati o divorziati, che hanno una laurea o vivono con due o più minori, stipulano il 60% circa degli accordi di *child support*²⁵⁵.

²⁵⁴ Fonte: U.S. Census Bureau, Custodial Mothers and Fathers and their Child Support, 2007

²⁵⁵ ibidem

Characteristic	With child support agreements or awards										
	Total	Total	Per- cent	Due child support payments in 2007							
				Total	Average due (in dollars)	Average received (in dollars)	Per- cent re- ceived	Received all payments		Did not receive payments	
								Total	Per- cent	Total	Per- cent
Total	13,743	7,428	54.0	6,375	5,350	3,354	62.7	2,986	46.8	1,511	23.7
Standard error	286	213	1.1	197	114	100	1.7	136	1.6	97	1.3
Sex											
Male	2,387	965	40.4	825	5,239	3,343	63.8	371	45.0	213	25.8
Female	11,356	6,463	56.9	5,551	5,366	3,355	62.5	2,615	47.1	1,298	23.4
Age											
Under 30 years	3,214	1,422	44.2	1,248	3,837	1,940	50.6	399	32.0	378	30.3
30 to 39 years	4,767	2,775	58.2	2,472	4,978	3,086	62.0	1,137	46.0	481	19.5
40 years and over	5,762	3,231	56.1	2,655	6,407	4,267	66.6	1,450	54.6	652	24.6
Race and Ethnicity¹											
White alone	9,519	5,471	57.5	4,780	5,650	3,710	65.7	2,323	48.6	1,081	22.6
White alone, not Hispanic	7,409	4,493	60.6	3,924	5,807	3,815	65.7	1,936	49.3	850	21.7
Black alone	3,431	1,563	45.6	1,276	3,980	2,185	54.9	532	41.7	362	28.4
Hispanic (any race)	2,334	1,052	45.1	911	5,430	3,267	60.2	408	44.8	248	27.2
Current Marital Status²											
Married	2,643	1,603	60.7	1,417	5,506	3,877	70.4	695	49.0	288	20.3
Divorced	4,790	3,010	62.8	2,640	5,823	3,756	64.5	1,352	51.2	643	24.4
Separated	1,712	798	46.6	633	6,116	3,419	55.9	270	42.7	132	20.9
Never married	4,380	1,904	43.5	1,587	4,163	2,207	53.0	629	39.6	420	26.5
Educational Attainment											
Less than high school diploma	2,104	898	42.7	716	4,621	2,047	44.3	260	36.3	215	30.0
High school graduate	4,776	2,479	51.9	2,080	4,872	2,868	58.9	854	41.1	492	23.7
Less than 4 years of college	4,585	2,657	57.9	2,326	5,278	3,371	63.9	1,107	47.6	555	23.9
Bachelor's degree or more	2,279	1,394	61.2	1,253	6,691	4,874	72.8	766	61.1	248	19.8
Selected Characteristics											
Family income below 2007 poverty level ..	3,375	1,580	46.8	1,278	4,380	2,352	53.7	514	40.2	392	30.7
Worked full-time, year-round	7,368	4,156	56.4	3,638	5,353	3,537	66.1	1,793	49.3	849	23.3
Public assistance program participation ³ ..	4,323	2,057	47.6	1,732	4,294	2,203	51.3	597	34.5	499	28.8
With one child	7,784	3,808	48.9	3,235	4,994	3,138	62.8	1,569	48.5	760	23.5
With two or more children	5,960	3,620	60.7	3,140	5,716	3,576	62.6	1,417	45.1	751	23.9
Child had contact with other parent in 2007	8,883	5,148	58.0	4,483	5,591	3,804	68.0	2,300	51.3	876	19.5

Tabella 14: caratteristiche demografiche dei genitori affidatari che ricevono un *child support*, 2007²⁵⁶

Nel 1993 il 36.9% dei genitori affidatari ricevevano l'intero importo del *child support*, e questa percentuale è aumentata al 46.2, mentre il 29.5% riceve una parte dell'importo e il 23.7% non lo riceve affatto.

²⁵⁶ Fonte: U.S. Census Bureau, Custodial Mothers and Fathers and their Child Support, 2007

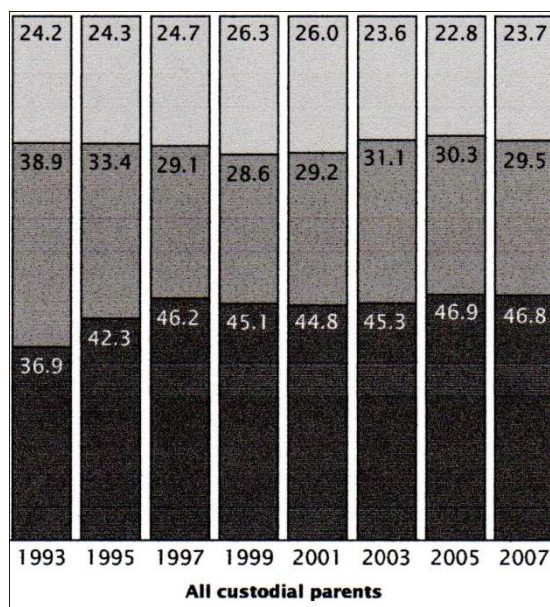


Tabella 15: variazione percentuale dei genitori affidatari che ricevono l'intero importo di *child support* o parte di esso dal 1993 al 2007²⁵⁷

Nel 2007 la maggioranza (81.7%) dei genitori affidatari a cui viene versato regolarmente il *child support* hanno l'affidamento congiunto o privilegi di visita concordati con il genitore non affidatario. Ma questo dato è andata diminuendo, poiché nel 1993 esso si aggirava intorno al 85.6%. Nel 2007 l'ammontare medio corrisposto a titolo di *child support* era di \$ 4,400, passando da \$ 5,000 all'anno (23.4%) a \$ 1,000 (36.6%).

²⁵⁷ Fonte: U.S. Census Bureau, Custodial Parents receiving full, part or no child support payments due: 1993 to 2007

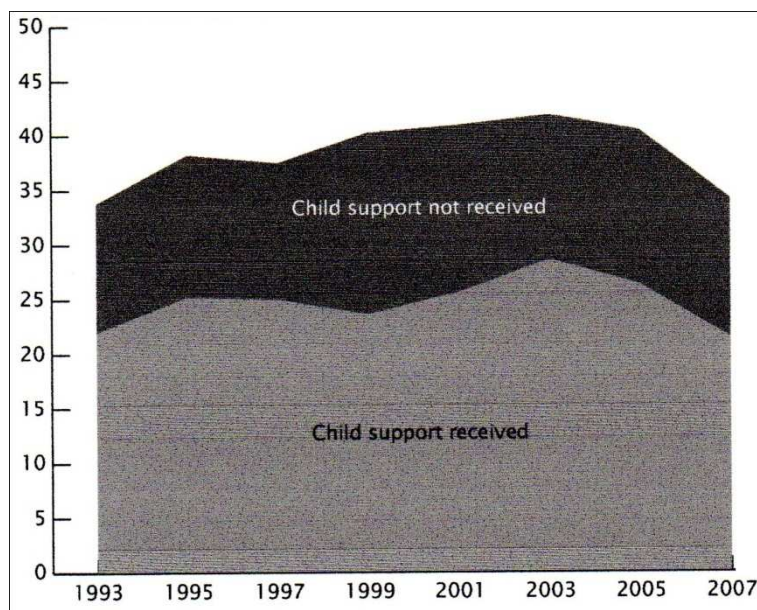


Tabella 16: quantità di *child support* dovuta in miliardi di dollari percepita o meno: 1993 - 2007²⁵⁸

È opportuno ricordare che molto spesso i genitori non affidatari preferiscono corrispondere forme di mantenimento non in denaro, come ad esempio regali per il compleanno, vacanze (54.8%); vestiti (37.7%); cibi (28.3%); pagamento per cure mediche o altre assicurazioni sanitarie (18%); e pagamento parziale o totale per le cure del minore o per campeggi estivi (10.3%), come mostrato nella tabella 5.

²⁵⁸ Fonte: U.S. Census Bureau, Current Population Survey, April 1994 to 2008

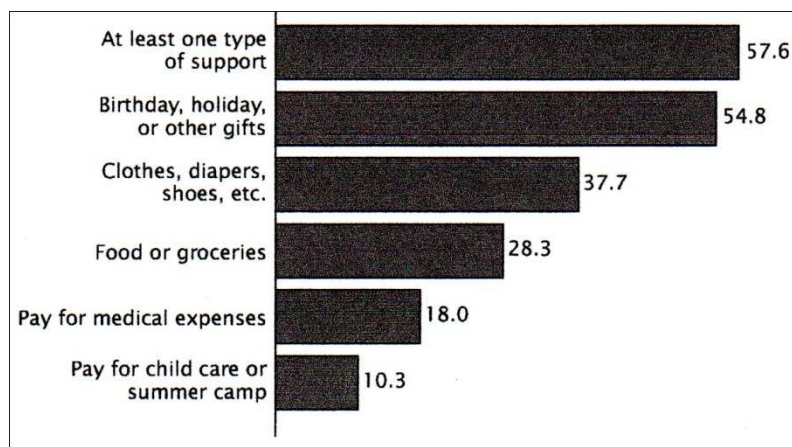


Tabella 17: percentuali di mantenimento non monetario ricevute dai genitori affidatari nel 2008²⁵⁹

Nel 2008 il 27.3% dei genitori affidatari non aveva mai contattato l'ufficio preposto all'applicazione dei provvedimenti sul mantenimento (IV-d office); questa percentuale è in diminuzione, e ciò sta a significare che gli sforzi compiuti dal governo federale stanno portando i loro benefici, anche se con lentezza.

²⁵⁹ Fonte: U.S. Census Bureau Current Population Survey, April 2008

CONCLUSIONI

An American will build a house in which to pass his old age and sell it before the roof is on; he will plant a garden and rent it just as the trees are coming into bearing; he will clear a field and leave others to reap the harvest; he will take up a profession and leave it, settle in one place and soon go off elsewhere with his changing desires²⁶⁰.

La mobilità è una delle caratteristiche peculiari della società americana, come affermato nel corso di questo lavoro. Questa Nazione così vasta presenta notevoli differenze tra Stato e Stato sia a livello normativo che a livello culturale, anche se dal punto di vista legislativo, come rilevato in materia di *child custody* e *child support*, il Governo federale ha ritenuto opportuno intervenire per permettere una disciplina uniforme, valida in tutti gli Stati, data l'importanza e la delicatezza della materia; a questo scopo è stata creata la *National Conference of Commissioners on Uniform Laws* (NCUSL) sin dal 1892 su raccomandazione dell'American Bar Association, al fine di promuovere uniformità delle leggi dello Stato in tutte le materie in cui l'uniformità è ritenuta auspicabile e praticabile.

Per quanto riguarda le differenze culturali, esse hanno radici molto profonde nella storia statunitense; si riscontrano, ad esempio, differenze a livello regionale tra la costa occidentale, chiamata anche *Left Coast*, per il suo orientamento politico di sinistra, seppur oscillante, e la tendenza verso leggi liberali e valori popolari, e quella orientale; tra nord e sud, non si possono dimenticare gli attriti tra nordisti e sudisti per la schiavitù, che portò allo scoppio della Guerra Civile americana; e le forti differenze culturali a livello regionale ancora presenti.

David Heckett Fisher nel suo libro intitolato "Albion's Seed" del 1989 ha individuato quattro differenti culture regionali; il libro analizza i quattro gruppi originari di coloni provenienti dall'Inghilterra, che emigrarono da diverse regioni durante il XVII e XVIII secolo, e che posero le basi delle quattro culture regionali

²⁶⁰ Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, 1834

moderne presenti negli USA: i puritani provenienti dall'est dell'Inghilterra formarono la cultura chiamata del *New England*; gli *squires* e i loro domestici irlandesi provenienti dal sud si stanziarono nella Chesapeake Bay, e svilupparono la cosiddetta *Southern american culture*; migliaia di 'quakers' irlandesi, inglesi e tedeschi occuparono la Delaware Valley, e formarono ciò che oggi viene considerata la cultura americana in generale. Infine, irlandesi, scozzesi e inglesi provenienti dalle periferie emigrarono nella regione degli Appalachi, e formarono la *Upland South culture*.

L'autore sostiene che gli Stati Uniti non sono caratterizzati da un'unica cultura generale, ma da tre o più subculture regionali. Ovviamente ciò comporta tutta una serie di conseguenze a livello normativo e sociologico.

A queste differenze culturali, con il trascorrere del tempo, si devono aggiungere le numerose trasformazioni della società intervenute per la evoluzione inevitabile dei valori, degli stili di vita, dell'economia, della politica e del mondo in generale. Negli ultimi decenni, come scritto nel primo capitolo, si è verificato un vero e proprio mutamento della famiglia americana tradizionale. L'età in cui i giovani d'oggi si sposano si è notevolmente alzata, la composizione dei nuclei familiari, a partire più o meno dal 1980, ha subito notevoli trasformazioni, che riguardano il numero di adulti che si sposa, il numero di nuclei familiari composti da genitori sposati, il numero di figli concepiti ed il ruolo economico delle madri. Il declino dei matrimoni tra i bianchi è diminuito più lentamente rispetto a quanto avvenuto nella popolazione afroamericana, ma nessun gruppo etnico è rimasto immune a questi cambiamenti²⁶¹.

Questa tendenza è comune a tutto il mondo industriale occidentale; ora la famiglia americana, come le famiglie europee, è caratterizzata da un nucleo composto da pochi figli, in cui entrambi i genitori lavorano, e con donne che concepiscono figli anche ad un età matura. Allo stesso tempo, un numero sempre maggiore di adulti vive da solo o convive ed un numero sempre maggiore di donne dà alla luce figli al di fuori del vincolo matrimoniale. Questa

²⁶¹ H.S. Klein, *Population History of the USA*, Cambridge University Press, 2004, pp.34-39

tendenza ha cambiato profondamente la società americana e non accenna a fermarsi²⁶².

Una controversia relativa all'affidamento dei minori ha influenze su molteplici aspetti della vita sociale, come il benessere, i beni, la cura e l'educazione del minore. La questione non è chi delle parti deve avere una parte di beni o una somma di denaro, ma quali soluzioni sono le migliori nell'interesse del minore coinvolto. Perciò, nelle sentenze in materia di affidamento i giudici devono essere in grado in un certo senso di fare delle previsioni sul futuro²⁶³.

L'affidamento dei figli consiste nell'obbligo di custodia inteso come obbligo per ciascun genitore di provvedere a tutto ciò che occorre per garantire una esistenza civile e dignitosa ai figli. Il principio giuridico comunemente accettato considera l'affido come uno *status* e ritiene che la corte avente competenza di decidere su questa materia è quella dello Stato di residenza del minore. Ormai, come scritto nel secondo capitolo, a questa regola si aggiunge quella dei legami più significativi, secondo la quale ciascuno Stato con un interesse sostanziale al benessere del minore ha giurisdizione sui casi di affidamento, come previsto nello *Uniform Child Custody Jurisdiction Act* (UCCJA), promulgato dalla *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* nel 1968 e adottato in tutti gli Stati Uniti. Ma ciò ha generato problemi di *forum-shopping*, in quanto ogni soggetto che si crede leso nei suoi diritti si può rivolgere ad un'altra corte che potrebbe dimostrarsi a lui più favorevole.

Il problema del riconoscimento e dell'esecuzione interstatale dei provvedimenti di affidamento è stato superato a livello federale con l'entrata in vigore del *Parental Kidnapping Prevention Act* (PKPA) del 1978. Questa legge contiene obiettivi, tutti molto simili a quelli contenuti nello UCCJA: la riduzione dei conflitti interstatali in tema di affidamento, l'agevolazione dell'applicazione delle sentenze e la riduzione delle pratiche di illegittima sottrazione dei minori da parte di un genitore. La principale differenza che si riscontra tra il PKPA e lo

²⁶² H.S. Klein, *Population History of the USA*, cit., pp.34-39

²⁶³ H.H. Clark Jr., A.L. Estin, *Domestic Relations: Cases and Problems*, cit., p.938

UCCJA è il rapporto che intercorre tra il requisito della residenza e quello del legame significativo. Secondo quanto previsto dallo UCCJA, questi due criteri di giurisdizione devono essere applicati in alternativa tra loro; per il PKPA il legame significativo tra il soggetto e lo Stato può esserci solo se egli non ha la residenza in nessun altro Stato. Inoltre, il *Parental Kidnapping Prevention Act*, a differenza dello UCCJA, vieta di esercitare il potere giurisdizionale se il medesimo caso è già pendente avanti ad un'altra corte, che esercita tale potere in conformità a quanto previsto dal PKPA.

A queste due leggi ne seguì un'altra, che è un po' una revisione dello *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*, lo *Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act* (UCCJEA) del 1997, adottato per eliminare alcune delle difficoltà sorte per la poca chiarezza dello UCCJA e del PKPA²⁶⁴.

Ciò che emerge da questo studio è che nel corso della sua storia lo Stato americano ha dovuto superare varie barriere perché venisse data effettiva applicazione e rispetto alle norme in materia di affidamento e di mantenimento economico dei minori, e questo fa pensare che il fenomeno non sia limitato a questi ambiti, nonostante si parli una stessa lingua, vi siano norme giuridiche comuni, e si condividano gli stessi valori sociali. Queste barriere sono state rappresentate dalla mancanza di norme di diritto uniformi, dalla cooperazione insufficiente tra gli Stati, da prassi incoerenti, da provvedimenti giudiziari in conflitto pur in processi tra le stesse parti, e dalla formazione inadeguata di avvocati e giudici, soprattutto nell'affrontare le questioni interstatali. A tutto ciò si aggiunga una delle caratteristiche principali della popolazione americana, la frequente mobilità interstatale e un tasso di divorzi tra i più alti se paragonato con il resto del mondo occidentale.

Per quanto riguarda invece il *child support* i coloni portarono con loro i principi delle *Elizabethan Poor Laws*, che permettevano di chiamare in giudizio i padri che non sostenevano economicamente i loro figli. Dalla metà del XIX secolo le corti permisero alle madri che ottenevano la custodia esclusiva dei minori di chiedere direttamente al padre il *child support*, ed in questo modo la

²⁶⁴ H.H. Clark Jr., A.L. Estin, *Domestic Relations: Cases and Problems*, cit., p.939

materia diviene una questione privata tra i genitori divorziati²⁶⁵, e ciò fino a quando, nel 1910, la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL) adottò la prima legge uniforme che considerava il mancato mantenimento economico della moglie e dei figli un reato.

Nel 1948 lo Stato di New York fu il primo ad adottare una legge sulla esecuzione interstatale dei provvedimenti di *child support*, e nel giro di due anni altri quattordici Stati lo imitarono. Nel 1950 fu pubblicato lo *Uniform Reciprocal Enforcement of Support Act* (URESA). Negli anni Settanta, con l'aumentare dei divorzi e della mobilità, lo *Uniform Reciprocal Enforcement of Support Act* si rivelò inidoneo a far fronte ai cambiamenti della società, e si resero necessarie riforme, tra le quali la Parte D del Titolo IV del *Social Security Act*, che prevedeva la creazione di agenzie statali preposte al controllo e all'esecuzione dei provvedimenti di *child support*. In questa occasione il Congresso usò la tecnica del "bastone e della carota"; da un lato il programma fu reso molto attraente, in quanto il governo federale rimborsava agli Stati per due terzi i costi amministrativi sostenuti, ed inoltre il governo federale forniva incentivi se essi riuscivano in maniera efficiente ad applicare il programma; dall'altro lato, tale meccanismo era obbligatorio per gli Stati, perché era la condizione per ricevere i finanziamenti statali ai quali essi non potevano rinunciare²⁶⁶.

Volendo gettare un rapido sguardo sulle soluzioni adottate in Europa in ordine ai problemi esaminati in questo lavoro, si può in primo luogo ricordare che molti Stati europei avevano una giurisdizione incentrata sui minori (*child-based o child-centered jurisdiction*), secondo la quale un tribunale del paese dove il minore risiede può emanare un provvedimento anche se l'obbligato (in questo caso al pagamento del *child support*) non ha nessun contatto con questo paese; questa è una delle differenze rilevanti tra la legislazione degli Stati europei e degli Stati Uniti²⁶⁷.

²⁶⁵ D.D. Hansen, *The American Invention of Child Support: Dependency and Punishment in Early American Child Support Law*, Yale L.J., 1999, 1131

²⁶⁶ *Family Law Quarterly*, Vol.43, No.1, Spring 2009, pp.41-45

²⁶⁷ Ad esempio, in dottrina, si fa richiamo ai principi espressi nella sentenza *Schmidt v. Schmidt* (444 N.W. 2d 367, 1989) in cui la Corte Suprema del South Dakota decide per la separazione

In Italia, in particolare, ove l'approvazione di una normativa sul divorzio è intervenuta solo nel 1970, il problema studiato in questo lavoro è semplicemente "anticipato" al momento della separazione tra i coniugi, se genitori di bimbi minorenni; si può semmai osservare che la tendenza alla più frequente, meno frenata disgregazione delle famiglie di fronte a crisi della coppia, coincisa, ma non causata dall'introduzione del divorzio, ha visto accelerare la frequenza del problema, spesso collegato ad altri, gravi e laceranti; molto spesso all'atto della separazione si assiste a situazioni difficili, in cui le leggi dello Stato dovrebbero intervenire per tutelare tutti i soggetti, soprattutto quelli più deboli, come ad esempio i figli ed il coniuge più svantaggiato.

La prima codificazione dei rapporti familiari nell'Italia post-unitaria fu il cosiddetto Codice Pisanelli del 1865 che affonda le sue radici nel Codice Napoleonico, ma con una particolare attenzione nel rispettare il ruolo tradizionale della Chiesa cattolica nel legittimare e disciplinare il matrimonio. Non venne quindi imposta la precedenza del matrimonio civile su quello religioso e non venne consentito il divorzio, ma solo la separazione per colpa di uno dei due coniugi.

Nel Codice Rocco fu rafforzata l'autorità del marito/padre, sancendo nel contempo la subordinazione degli interessi familiari a quelli nazionali. Nel periodo fascista l'influenza giuridica sulla famiglia si fece sentire attraverso un'intensa attività legislativa, oltre al Concordato tra Stato e Chiesa che incoraggiava la fecondità, puniva l'aborto, scoraggiava il lavoro extradomestico della donna, incoraggiando il modello autoritario e patriarcale della famiglia.

La Costituzione Italiana del 1948 fu, in materia di famiglia, il risultato di una serie di compromessi a partire dai quali vennero fissati i principi riguardanti la famiglia e le relazioni familiari.

Significativi cambiamenti avvennero negli anni Settanta: dalla legge sul divorzio del 1970 fino al nuovo diritto di famiglia del 1975. Quest'ultima riforma

dei tre fratelli, due con la mamma e uno con il padre, questo non succede quasi mai in Italia dove si tende a mantenere i fratelli uniti.

si è contraddistinta per aver introdotto un regime paritario tra i coniugi, con l'abolizione della figura del capofamiglia ed assegnando ai coniugi, con il matrimonio, gli stessi diritti e gli stessi doveri, anche nei confronti dell'educazione dei figli e nel regime patrimoniale della famiglia dove al regime della separazione dei beni viene sostituito quello della comunione di beni. Per quanto riguarda i figli si afferma la sostanziale equiparazione tra figli legittimi ed illegittimi e, nel rapporto genitori/figli, si afferma il principio del "prioritario interesse del minore". Ciò ha rappresentato evidentemente una svolta democratica dei ruoli familiari, in contrasto con la precedente visione autoritaria che affidava al marito/padre un ruolo gerarchico sulla moglie e sui figli.

Per quanto riguarda, infine, i regimi europei della circolazione delle decisioni giudiziarie in materia di affidamento e di mantenimento della prole, il secondo è tuttora regolato dalla Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973, pur se l'Italia rimane vincolata anche alla Convenzione dell'Aja del 24 ottobre 1956, relativa tuttavia solo agli obblighi alimentari nei confronti dei minori. In ogni caso, entrambe le Convenzioni sanciscono in via prevalente, l'applicazione della legge dello Stato in cui il figlio risiede abitualmente²⁶⁸.

Negli ultimi trent'anni si è assistito ad una convergenza del diritto di famiglia in tutti i paesi occidentali soprattutto per quanto riguarda le norme di scioglimento del matrimonio, il divorzio, e la progressiva e netta separazione tra l'istituto matrimoniale e lo status dei figli, attribuendo maggiore centralità nella normazione alle relazioni tra genitori e figli in nome dei diritti dei figli. È cambiata anche l'idea di divorzio passando dal divorzio per colpa al divorzio rimedio, frutto della volontà dei coniugi senza entrare nel merito delle situazioni che hanno determinato la crisi. Questo è stato possibile anche grazie ad una nuova idea di matrimonio come un rapporto di coppia paritario tra moglie e marito e anche all'introduzione di forme di legami di coppia tra omosessuali ponendo anche una maggiore attenzione alle cosiddette "unioni di fatto".

²⁶⁸ R. Clerici, Crisi del matrimonio e legge applicabile nell'ordinamento italiano, contenuto in C. Rimini, 1970-2000: nuove norme comunitarie sul divorzio, Giuffrè Editore, Milano, 2002, pp.61-63

Anche a livello comunitario la situazione è cambiata negli ultimi anni. In particolare, la Comunità europea è intervenuta per la prima volta nel campo del diritto di famiglia, il 1° marzo 2001 quando è entrato in vigore il regolamento comunitario del 29 maggio 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli (n.1347/2000), trent'anni dopo l'entrata in vigore della legge n.878/1970 che ha introdotto il divorzio nel nostro ordinamento²⁶⁹. Questo regolamento è stato abrogato il 27 novembre 2003 con l'entrata in vigore del regolamento n. 2201/2003 (chiamato anche Bruxelles II bis) relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità parentale. Entrambi i regolamenti perseguono il fine di realizzare un'effettiva libertà di circolazione delle persone. In effetti, il pilastro fondante dell'Unione europea, fin dalla sua istituzione con il Trattato di Roma del 1957, consiste nella volontà di istituire e organizzare un mercato interno ai paesi aderenti ove sia garantita la libera circolazione delle merci (artt. 23-38 del Trattato), delle persone, dei servizi e dei capitali (artt. 39-80 del Trattato).

Tra le norme principali del nuovo regolamento ricordiamo l'art.1 relativo all'ambito di applicazione, nel quale si prescinde completamente dallo stato legittimo dei figli e dal collegamento dei provvedimenti con l'annullamento, il divorzio e la separazione, ma si prendono in considerazione gli interventi giudiziari che riguardano i minori e i soggetti, anche maggiorenni, incapaci di provvedere a se stessi. Gli artt. dal 2 al 12 riguardano la disciplina della competenza giurisdizionale; i criteri più significativi per individuare la competenza sono dati alternativamente dalla residenza abituale dei coniugi o dalla residenza del convenuto. La giurisprudenza comunitaria privilegia un'interpretazione autonoma del concetto di residenza, indipendente cioè dal significato di tale parola all'interno degli Stati membri, al fine di garantire un'uniformità di applicazione al regolamento. La competenza viene determinata

²⁶⁹ C. Rimini, 1970-2000: nuove norme comunitarie sul divorzio, Giuffrè Editore, Milano, 2002, pp.1-2

dal luogo di residenza del minore; criterio residuale è quello della competenza dello Stato ove si trova il minore; in ogni caso il polo della competenza è sempre determinato dal minore e non da quello dove si svolge il giudizio di annullamento, separazione o divorzio e in questo la legislazione europea si avvicina a quella americana.

Infine l'art. 21 si occupa del riconoscimento delle decisioni:

Le decisioni pronunciate in uno Stato membro sono riconosciute negli altri Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun provvedimento²⁷⁰.

L'automaticità si fonda sul principio della reciproca fiducia, sulla presunzione che i requisiti del riconoscimento siano soddisfatti ad opera del giudice che pone il provvedimento. Il riconoscimento può essere negato solo in particolari casi predeterminati: manifesta contrarietà all'ordine pubblico, violazione del diritto di difesa, decisione incompatibile con un'altra resa fra le medesime parti.

Il regolamento punta molto sull'obiettivo dello scambio di informazioni fra Stati, in particolare sulle diverse legislazioni nei rispettivi Paesi; per questo ha aggiunto al vecchio regolamento il capo IV, dall'art. 53 dedicato alla cooperazione fra autorità centrali in materia di responsabilità genitoriale che istituisce Autorità *ad hoc*, insediate ciascuna in ogni Paese che abbia aderito ad una convenzione.

Il diritto di famiglia è stato dapprima trascurato dall'Unione Europea, che, quando era ancora semplicemente "comunità economica" ha rivolto i suoi sforzi esclusivamente nella direzione di una integrazione economica, trascurando altri aspetti, come quello politico e il diritto di famiglia appunto. Solo di recente si è acquisita piena consapevolezza che una effettiva Unione dell'Europa si può realizzare solo attraverso una integrazione e una cooperazione in tutti i campi, ivi compreso il diritto di famiglia. Si è infatti compreso che esiste una necessaria interdipendenza fra l'aspetto economico dell'Unione e il diritto di famiglia: è evidente infatti che un soggetto può essere fortemente condizionato nella decisione di spostarsi da uno Stato all'altro dell'Unione se, a seguito di detto

²⁷⁰ Fonte: Regolamento (CE) n.2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003, art.21

spostamento, non gli venissero garantiti i diritti e gli status di cui risulta titolare nel Paese di provenienza. Ma la famiglia, e, in particolare i minori vengono protetti perché la loro tutela viene considerata un valore a sé, anche se dalla loro protezione non si ricavano dei vantaggi economici neppure indiretti. La facilità degli spostamenti, il sempre maggior numero di unioni tra soggetti di nazionalità diverse, i crescenti scambi economici e culturali fra paesi lontani, la dimensione internazionale delle organizzazioni criminali che trafficano donne e bambini, la diffusione globale delle malattie, fanno sì dunque che sia sempre più necessaria la cooperazione del maggior numero di Stati possibile per rendere davvero efficace la tutela internazionale della famiglia.

L'Unione Europea è lontana dall'aver raggiunto una integrazione legislativa, che sarebbe alla base di una efficace cooperazione internazionale. Lo dimostra l'impossibilità di un regolamento in materia di famiglia che abbracci anche le decisioni in materia di rapporti patrimoniali tra i coniugi, causa l'eccessiva distanza fra le legislazioni. Tali difficoltà sono dovute alle forti differenze fra le culture e tradizioni dei vari paesi. I Paesi dell'Unione europea sono 25, ma i "diritti di famiglia" sono in realtà ancora di più, perché non sempre si tratta di materia riservata alla potestà esclusiva statale: a Cipro, per esempio, ogni comunità religiosa (ortodossa, islamica, cattolica) ha un suo diritto matrimoniale; analogamente vi sono delle differenze del diritto matrimoniale in Gran Bretagna, tra Inghilterra, Scozia, Galles, Irlanda del Nord e in Spagna (Castiglia e Aragona)²⁷¹.

La formazione di una cultura giuridica unica e la creazione di un humus culturale comune, che deve avvenire senza dimenticare la peculiarità delle diverse esperienze dei vari paesi, può permettere in futuro di pensare di creare una legislazione europea comune anche in materia di famiglia.

In Europa peraltro le differenze linguistiche e religiose tra Stato e Stato, pur presenti in misura rilevante, soprattutto le prime, sembrano creare meno difficoltà a livello normativo, nella materia oggetto di questo studio, di quelle causate negli Stati Uniti dalla mobilità interstatale dei cittadini, introducendo un

²⁷¹ G. Alpa, Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia, in *Famiglia*, 2003, p.439

elemento puramente “materiale” come fattore più rilevante di quelli culturali, il che merita precise riflessioni da parte dello studioso.

SCHEMA RIASSUNTIVO DELLE UNIFORM LAWS

CHILD CUSTODY LAWS: (promulgate dalla *Uniform Law Commission*, conosciuta anche con il nome di *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*)

- ✓ Uniform Child Custody Jurisdiction Act (UCCJA), 1968 + Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act (UCCJEA) 1997;
- ✓ Uniform Marriage and Divorce Act (UMDA), 1970, 1971, 1973;
- ✓ Uniform Disposition of Community Property Rights at Death Act, 1971;
- ✓ Uniform Parentage Act (UPA), 1973, 2000, 2002;
- ✓ Indian Child Welfare Act (ICWA), 1978;
- ✓ Parental Kidnapping Prevention Act (PKPA), 1980;
- ✓ Uniform Guardianship and Protective Proceedings, 1982, 1987, 1997;
- ✓ Uniform Premarital Agreement Act (UPPAA), 1983;
- ✓ Uniform Transfers to Minors Act (UTMA), 1983;
- ✓ Model Marital Property Act (UMPA), 1983;
- ✓ Model Marriage and Divorce Act (UMDA), 1983;
- ✓ Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, 1985;
- ✓ Model Adoption Act (UAA), 1994;
- ✓ Interstate Compact on the Placement of Children, 1995;
- ✓ Uniform Interstate Family Support Act (UIDSA), 1996, 2001, 2008;
- ✓ Uniform Interstate Enforcement of Domestic Violence Protection Orders Act, 2000, 2002;
- ✓ Uniform Child Witness Testimony by Alternative Methods Act, 2002;
- ✓ Uniform Child Abduction Prevention Act (UCAPA), 2006.

CHILD SUPPORT LAWS:

- ✓ Uniform Reciprocal Enforcement of Support Act (URESA), 1950, 1952, 1958;
- ✓ Uniform Marriage and Divorce Act (UMDA), 1970, 1971, 1973;
- ✓ Family Support Act (FSA), 1974;
- ✓ Child Support and Establishment of Paternity Act, 1974;
- ✓ Child Support Enforcement Amendments (CSEA), 1984;
- ✓ Child Support Act, 1991;
- ✓ Child Support Recovery Act, 1992;
- ✓ Uniform Interstate Family Support Act (UIFSA), 1992;
- ✓ Omnibus Budget Reconciliation Act, 1993;
- ✓ Full Faith and Credit Act, 1994;
- ✓ Welfare Reform Act, 1996;
- ✓ Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, 2007

BIBLIOGRAFIA

- * Alpa G. (2003), *Alcune Osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*
- * American Law Institute (2002), *Principles of the Law of Family Dissolution*, Matthew Bender
- * Areen J., M. C. Regan Jr.(2006), *Family Law – Cases and Materials*, Fifth Edition, New York, Foundation Press
- * Barbagli M.(1984), estratto da *Sotto lo stesso tetto*, Bologna, Il Mulino
- * Beale J.(1935), *Conflicts of Laws*, New York, Baker, Voorhis & Co.
- * Brockelbank W. J. & Infausto F.(1971), *Interstate Enforcement of Family Support*, 2nd ed.
- * Clark Jr. H.H., A. L. Estin(2005), *Domestic Relations: Cases and Problems*, 7th edition, Thomson West
- * Clark Jr. H.H.(1988), *The Law of Domestic Relations in the United States*, Second Edition, Minnesota, West publishing Company
- * Davis S. M., Scott E. S., Wadlington W., Whitebread C. H.(2004), *Children in the Legal System – Cases and Materials*, 3rd edition, New York, Foundation Press
- * De Tocqueville Alexis, *Democracy in America*, 1834
- * Child Support Act, 1991 a cura di A. Diduck and F. Kaganas (2006), *Family Law, Gender and The State-Texts, Cases and Materials*, Second Edition, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing,
- * Dransfield M. C.(1948), Annotation, *Parent's Obligation to support Adult Child*, Second Edition

- * Furstenberg F.F., Morgan SP. Allison PD.(1987), *Paternal Participation and Children's Well-being after Marital Dissolution*, American Sociological Review
- * Graham C. O.(2009), *Colorado Divorce and Family Law Guide*, Black & Graham, estratto luglio 2009
- * Hansen D. D.(1999), *The American Invention of Child Support: Dependency and Publishment in Early American Child Support Law*, Yale L.J.
- * Hinrichs E.(1984), *Alle origini dell'età moderna*, Roma – Bari, Laterza
- * Katz S. N.(2003), *Family Law in America*, Oxford University Press
- * Klein H. S.(2004), *Population History of the Usa*, Cambridge University Press
- * Krause Harry d., Meyer David (2003), *Family Law*, Minnesota, Thomson West
- * National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Short Summaries, 1992
- * Nolan, LC., Wardle (2005), *Fundamental principles of family law*, Wm. S. Hein Publishing
- * Oliphant R. E., Ver Steegh N.(2004), *Family Law: Examples and Explanations*, New York, Aspen Publishers
- * Rimini C.(2002), *1970 – 2000: nuove norme comunitarie sul divorzio*, Milano, Giuffrè Editore
- * Stumberg G.(1963), *Conflict of Laws*, 3rd ed., Chicago, The Foundation Press
- * The American Bar Association (2006), *Guide to Marriage, Divorce and Families*, New York, Random House Reference

- * The American Bar Association (2007), *Family Law Quarterly*, Vol.41 No.1 Spring 2007, Section of Family Law American Bar Association, Kansas, Washburn University Scholl of Law
- * The American Bar Association (2008), *Family Law Quarterly*, Vol.42 No.3 Fall 2008, Section of Family Law American Bar Association, Washburn Kansas, University Scholl of Law
- * The American Bar Association (2009), *Family Law Quarterly*, Vol.43 No.1 Spring 2009, Section of Family Law American Bar Association, Kansas, Washburn University Scholl of Law
- * The American Bar Association (2010), *Family Law Quarterly*, Vol.43 No.4 Winter 2010, Section of Family Law American Bar Association, Kansas, Washburn University Scholl of Law
- * Ungari P.(2002), *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, Bologna, Il Mulino
- * Wallerstein, JS (1989), *Children After Divorce: Wounds That Don't heal*, Pennsylvania, *The Psychiatric Times: Medicine and Behaviour*
- * Wallerstein, JS, Corbin SB (1999), *The Child and the Vicissitudes of Divorce*, a cura di Lewis M. (ed.) *Child and adolescent psychiatry: a comprehensive textbook*, 2nd ed., MD, Baltimore, Williams and Wilkins
- * Weisberg D. K., Appleton S. F.(2009), *Modern Family Law – Cases and Materials*, Fourth edition, Aspen Publishers
- * Weitzman L. (1985), *The Divorce Revolution*, New York, The Free Press
- * Williams Brian K., Stacy c. Sawyer, Carl Wahlstrom M.(2005), *Marriages, Families & Intimate Relationships*, Boston, MA, Pearson
- * Ziccardi F.(1986), *Appunti di diritto angloamericano*, Milano, Cusl

SITOGRAFIA

- * <http://www.abanet.org>
- * <http://www.blackslawdictionary.com>
- * <http://www.census.gov>
- * <http://www.cds.gov/nchs/products/pubs/pubd/nvsr/nvsr.htm>
- * <http://www.childwelfare.gov>
- * <http://cronologia.leonardo.it/mondo47b.htm>
- * http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=131
- * <http://www.law.cornell.edu/uscode>
- * <http://www.leginfo.ca.gov>
- * <http://www.nolo.com>
- * <http://supreme.justia.com/us/125/190/case.html>
- * <http://www.wisbar.org/>

SENTENZE

- * Adoption Of Asente, 734 N.E.2d 1224, 1225-26 (Ohio 2000)
- * Bishop v. Bishop, 671 N.J. 644 (1995)
- * Bolenbaugh v. Bolenbaugh, 89 S.D. 639 (1975)
- * Clark v. Superior Court, 62 Cal. App. 4th 576 (1998)
- * Cooper v. Cooper, 99 N.J. 42 (1984)
- * Dalin v. Dalin, 512 N. W.2d 685, 687 (1994)
- * Deatherage v. Deatherage, 395 So.2d 1169 (Fla. App. 1981)
- * Detwiler v. Detwiler, 57 A.2d 426 (1948)
- * Harris v. Rattini, 855 S.W.2d 410, 412 (1993)
- * Helms v. Franciscus, 2 Bl. Ch. (Md.) 544 (1830)
- * J. D. S. v. Franks, 893 p.2d 732 (Ariz. 1995)
- * Johnson v. Johnson, 52 Ohio App.2d 180 (1977)
- * Matter of Custody of Ross, 291 Or. 263 (1981)
- * Matter of Marriage of Settle, 276 Or. 759 (1976)
- * McMillen v. Mcmillen, 602 A.2d 845 (1992)
- * Michigan Trust Co. v. Ferry, 228 U.S. 346 (1913)
- * Morgan v. Foretich, 546 A.2d 407 (D.C. 1988)
- * O'Shea v. Brennan, 387 N.Y.S.2d 212 (1976)
- * Palmore v. Sidoti, 466 U.S. 429 (1984)

- * Pappas v. Pappas, 247 Iowa 638 (1956)
- * Plaster v. Plaster, 47 Ill. 290 (1868)
- * Popovici v. Agler, 208 U.S. 379 (1930)
- * Reed v. Reed, 404 U.S. 71 (1971)
- * Reiter v. Reiter, 225 Ark. 157 (1995)
- * Re Marriage of Burgess, 13 Cal. 4th 25 (1996)
- * Re Marriage of Carney, 24 Cal. 3d 157 (1979)
- * Re Marriage of Horn, 650 N.E.2d 1103, 1106 (1995)
- * Re Marriage of Mehlmauer, 60 Cal. App. 3d (1976)
- * Sampsell v. Superior Court in and for Los Angeles County, 32 Cal. 2d. 763 (1948)
- * Schmidt v. Schmidt, 444 N.W. 2d 367 (1989)
- * Sharum v. Dodson, 264 Ark. 57 (1978)
- * Turner v. Turner, 919 S.W. 2d. 340 (1995)
- * Troxel v. Granville, 530 U.S. 57 (2000)
- * Whitman v. Kiger, 139 N.C. App. 44 (2000)
- * Wood v. Wood, 407 A.2d 282 (Me. 1979)
- * Zellmer v. Zellmer, 188 P.3d 497 (Wash. 2008)