

[Stampa l'articolo](#) | Chiudi

affido condiviso

D.D.L. "Pillon": ripartizione egualitaria dei tempi e interesse del minore, questo sconosciuto...

Avv. Grazia Ofelia Cesaro,

C'è ampio dibattito, tra il pubblico generale ed ancor più tra gli operatori del settore, in questi giorni, sul disegno di legge n. 735, rubricato «*Norme in materia di affido condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità*», presentato al Senato in seguito all'iniziativa del Senatore Simone Pillon e di altri firmatari, ed attualmente in discussione presso la Commissione Giustizia in sede redigente.

Secondo la relazione introduttiva al disegno di legge, le norme proposte dovrebbero, in attuazione del "contratto di governo" stipulato in seno alla maggioranza parlamentare, introdurre rilevanti modifiche nell'ambito del diritto di famiglia, per «*accompagnare questa delicata materia verso una progressiva de-giurisdizionalizzazione, rimettendo al centro la famiglia e i genitori e soprattutto restituendo in ogni occasione possibile ai genitori il diritto di decidere del futuro dei loro figli e lasciando al giudice il ruolo residuale di decidere nel caso di mancato accordo, ovvero di verificare la non contrarietà all'interesse del minore delle decisioni assunte dai genitori*».

Già la formulazione letterale di tale premessa introduttiva non può non destare quantomeno attenzione – se non proprio viva preoccupazione – in chi professionalmente, da anni, si occupa del diritto di famiglia e soprattutto della materia del diritto minorile.

Non è un caso, infatti, il titolo che ho ritenuto di attribuire a questo mio contributo: l'interesse del minore, nella formulazione normativa del d.d.l. "Pillo" attualmente in discussione, è del tutto dimenticato. E non si tratta di una dimenticanza frutto di una svista, o di una disattenzione del legislatore: la relazione introduttiva al d.d.l. chiarisce ogni dubbio. La *ratio legis* della proposta riformatrice è, da un lato, quella di fornire ai genitori il diritto di decidere, essi soli, della vita dei figli; dall'altro, in ogni caso, di limitare comunque tale potere di scelta entro ipotesi preconfezionate e standardizzate, senza la possibilità che si valutino soluzioni flessibili a seconda delle esigenze del minore coinvolto e del nucleo familiare, come previsto dall'attuale normativa che già permette ove possibile e conforme alla vita dei bambini, modulazioni di tempi più flessibili.

Si tratta di un orientamento che trova la propria esplicitazione più evidente, come si dirà meglio in seguito analizzando l'art. 11 del d.d.l. 735, nella concezione della perfetta ripartizione egualitaria dei tempi di collocamento del minore presso ciascun genitore, senza che siano considerati i riflessi di questo nella vita dei minori ed ammesse valutazioni soggettive caso per caso.

L'articolo 11 del d.d.l. 735, che dovrebbe modificare in prospettiva l'art. 337-ter del codice civile, prevede, tra l'altro, che «*salvo diverso accordo tra le parti, deve in ogni caso essere garantita alla prole la permanenza di non meno di dodici giorni al mese, compresi i pernottamenti, presso il padre e presso la madre*». È l'attuazione di un modello di bigenitorialità rigido, chiuso, estraneo a considerazioni relative all'interesse del minore. Il

bambino deve trascorrere metà del tempo con un genitore, metà del tempo con l'altro genitore. A meno che non ricorrano le seguenti ipotesi, previste dalla proposta di riforma; ipotesi che, a scanso di equivoci, sono numerate e tipizzate: «1) *violenza*;

2) *abuso sessuale*;

3) *trascuratezza*;

4) *indisponibilità di un genitore*;

5) *inadeguatezza evidente degli spazi predisposti per la vita del minore*».

Al Giudice non è dato valutare l'interesse del minore: non conta la sua opinione, non conta la sua età (si pensi al caso di un minore neonato, che ha bisogno, almeno nei primi mesi di vita, della maggiore presenza materna non fosse altro che per il soddisfacimento dei fisiologici bisogni di cura e di allattamento), non contano esigenze particolari.

La granitica suddivisione dei tempi (almeno dodici giorni con ciascun genitore), nell'allarmante prospettiva adulto-centrica che connota il disegno di legge sottoposto all'esame della Commissione Giustizia del Senato, non deve conoscere ipotesi diverse da quelle indicate. La violenza, l'abuso sessuale e la trascuratezza: ipotesi gravissime e – per fortuna – statisticamente eccezionali.

Un'altra ipotesi per cui si potrebbe derogare a tale malintesa paritarietà dei tempi quale misura della pari dignità dei genitori (come se il ruolo genitoriale e la sua importanza si potesse valutare con il cronometro alla mano, rilevante solo il dato numerico-quantitativo del tempo ed obliterata la dimensione affettiva e di significato profondo che lo stesso ha) è l'indisponibilità di un genitore: una precisazione lapalissiana, ma forse neanche troppo, atteso il tenore complessivo del disegno di legge. D'altronde, se la proposta novellatrice nasce per soddisfare l'interesse dei genitori, perché mai si dovrebbe imporre al genitore che non lo vuole il compito di curarsi del figlio?

Il disegno di legge in discussione, secondo quanto riferito nella relazione esplicativa, sarebbe stato ispirato – e dovrebbe dare attuazione – alle indicazioni contenute nella Risoluzione n. 2079 (2015) del Consiglio d'Europa. Si tratta di uno strumento che ha consigliato agli Stati membri di adottare legislazioni volte ad assicurare l'effettiva uguaglianza tra padre e madre nei confronti del figlio; è appena il caso di notare come, benché gli Stati membri del Consiglio d'Europa siano ad oggi 47, solo due (il Belgio e la Svezia) vengono citati quali modelli nella relazione introduttiva. Peraltro, non è dato conoscere quali specifiche normative di tali Paesi si intendano richiamate, posto che, comunque, il mero riferimento ad una realtà ordinamentale straniera – anche, ed anzi soprattutto, in una prospettiva comparatistica – è privo di valore se si omette di considerare l'ampia gamma di diversità esistente nella realtà sociale italiana e in quelle prese a riferimento. È evidente in ogni caso che la raccomandazione del Consiglio d'Europa non ha avuto molto seguito ed i motivi sono evidenti.

Ci si aspetterebbe, comunque, che il d.d.l. "Pillon" si sia pienamente adeguato a tale richiamata ispirazione internazionale.

Si potrebbe sostenere, da parte di chi volesse difendere strenuamente il disegno di legge, che l'art. 11 della proposta novellatrice altro non sarebbe che la trasposizione delle indicazioni della citata Risoluzione 2079 (2015) del Consiglio d'Europa. Ma così non è.

Infatti, l'art. 5.5 di tale strumento di indirizzo prevede che gli Stati membri debbano «*introduce into their laws the principle of shared residence following a separation, limiting any exception to cases of child abuse or neglect, or domestic violence, with the amount of time for which the child lives with each parent **being adjusted according to the child's needs and interests***».

Ora, a parte l'omissione, nel d.d.l. "Pillon", del riferimento alla violenza domestica, lapsus che per vero appare anche in altre disposizioni normative del d.d.l., ciò che risulta più evidente – e coerente con l'impostazione della novella che vede nel minore un oggetto di contesa e non un soggetto dotato di una propria dignità, non solo giuridica – è la totale obliterazione del riferimento alla possibilità di adattare lo schema dei tempi paritari avendo riguardo alle necessità e all'interesse del minore.

Una suddivisione paritaria dei tempi che nella raccomandazione europea è comunque indicata come flessibile, scompare del tutto nella formulazione dell'art. 11 del d.d.l. "Pillon".

Così come del tutto assente, dall'articolato del disegno di legge presentato al Senato, è ogni riferimento alla valorizzazione del minore quale soggetto titolare di uno specifico potere d'iniziativa, che invece è espressamente previsto dall'art. 5.11 della Risoluzione 2079 (2015). Tale disposizione, con riferimento ai piani genitoriali, prevede che vi sia la "*possibility for children to request a review of arrangements that directly affect them, in particular their place of residence*".

Ebbene, nel d.d.l. "Pillon" anche tale possibilità non è prevista e certo anche questo è molto significativo.

Ad avviso di chi scrive, la norma citata, oltre ad essere impraticabile in molti casi è anche evidentemente incostituzionale.

Il nostro ordinamento conosce la tutela del *best interest of the child* quale principio immanente nel nostro ordinamento, di natura costituzionale e di derivazione sovranazionale, e quindi valorizzato anche ai sensi dell'art. 117 Cost. con riferimento alla Convenzione di New York del 1989 ed agli altri strumenti pattizi che vincolano l'Italia al rispetto dell'interesse del minore, rispetto al quale si valuta la costituzionalità delle leggi (C. Cost., 18 dicembre 2017, n. 272).

Nel caso di approvazione del d.d.l. "Pillon" senza modifiche rispetto all'articolato esaminato, due saranno le possibili ipotesi, quantomeno con riferimento alla disposizione che si è esaminata.

La prima, è la molto probabile susseguente declaratoria della sua incostituzionalità, allorché si ritenga impossibile un'interpretazione della stessa adeguatrice al principio del *best interest of the child*.

La seconda, secondo quanto già avvenuto con riferimento all'art. 263 c.c. nella recente pronuncia interpretativa della Consulta (cfr. C. Cost. 272/2017 cit.), è una sua interpretazione costituzionalmente orientata, che dunque inserisca per via ermeneutica il criterio della valutazione in concreto dell'interesse del minore, anche laddove lo stesso è stato volutamente tralasciato.

Ed infatti, come la Corte Costituzionale ha avuto modo di chiarire, a prescindere dalla tecnica legislativa utilizzata, e quindi anche di fronte a norme "chiuse" e "rigide" come quella di cui all'art. 11 del d.d.l. 735, il Giudice conserva sempre intatto il potere di valutare, nel caso concreto, quale sia l'interesse del minore, ed anzi è tenuto a decidere principalmente avendo riguardo al *best interest of the child*, anche perché «*l'affermazione della necessità di considerare il concreto interesse del minore in tutte le decisioni che lo riguardano è fortemente radicata nell'ordinamento, sia interno sia internazionale*»; ed anche nei casi in cui la legge non prevede che l'interesse del minore debba costituire il parametro di valutazione per la decisione da assumersi, esso non si può ritenere cancellato, ma al contrario, e nonostante la difforme volontà del legislatore, sempre presente quale principio immanente (C. Cost. 272/2017 cit.).

In ogni caso, dover attendere una pronuncia del Giudice delle Leggi, peraltro con i tempi necessari a sollevare la questione di costituzionalità incidentale delle disposizioni esaminate, pare a mio avviso una sconfitta del nostro ordinamento: si tratterebbe di una situazione patologica, a cui dover rimediare attivando l'intervento della Consulta, e cioè di un organo di salvaguardia della costituzionalità delle leggi laddove i principi ordinamentali risultano violati.

Se la prospettiva "sostanziale" del d.d.l. Pillon in tema di bigenitorialità non soddisfa, perché inserisce un parametro rigido ed omette volutamente ogni riferimento all'interesse superiore del minore, l'esame delle ricadute "processuali" con riferimento ad esempio all'"ascolto del minore" non consente di trarre conclusioni più confortanti.

Anche in questo caso, l'interesse del minore non è considerato.

L'art. 16 della riforma proposta prevede che il minore che abbia compiuto dodici anni, o anche d'età inferiore se capace di discernimento, debba venire ascoltato, salvo che l'ascolto sia contrario al suo interesse o si riveli manifestamente superfluo. Si tratta della reiterazione di un lodevole principio da tempo ormai consolidato, e che peraltro riproduce esattamente l'attuale formulazione dell'art. 337-octies del codice civile.

Sennonché la norma citata prosegue prevedendo che *“l'ascolto del minore deve essere sempre svolto alla presenza del giudice e di un esperto da lui designato. L'ascolto deve essere videoregistrato. Le parti possono assistere in un locale separato collegato mediante video e possono presentare domande per mezzo del giudice. Sono vietate le domande manifestamente in grado di suscitare conflitti di lealtà da parte del minore verso uno dei genitori”*.

A parte l'ultimo inciso – un classico esempio di pleonasma giuridico – non si può non scorgere nella formulazione della norma, così articolata, una chiara volontà di derogare, perlomeno per i procedimenti che dovrebbero essere regolati dalle norme proposte, all'ottima disciplina oggi consacrata nell'art. 336-bis del codice civile, in particolare laddove al comma 2° lo stesso prevede che *«l'ascolto è condotto dal giudice, anche avvalendosi di esperti o di altri ausiliari. I genitori, anche quando parti processuali del procedimento, i difensori delle parti, il curatore speciale del minore, se già nominato, ed il pubblico ministero, sono ammessi a partecipare all'ascolto se autorizzati dal giudice, al quale possono proporre argomenti e temi di approfondimento prima dell'inizio dell'adempimento»*.

Nella proposta di legge “Pillon” la previsione che le parti non possano essere presenti durante l'audizione è certamente condivisibile laddove per “parti” si intendano i genitori, o comunque gli eventuali terzi a vario titolo coinvolti nel procedimento. Ma un'omissione – anch'essa voluta? – risulta evidente *ictu oculi*: non è presente alcun riferimento al curatore speciale del minore, o comunque ad un suo rappresentante processuale, qualora nominato in caso di conflitto d'interessi con i genitori, che possa stargli al fianco durante l'audizione ed anzi (secondo quanto previsto dalla Convenzione di Strasburgo del 1996) si faccia veicolo del suo interesse nel procedimento.

Peraltro, per come formulato, l'art. 16 del d.d.l. in commento sembrerebbe aver escluso solo la presenza fisica delle parti, in particolar modo dei genitori; i quali, però, rispetto all'attuale disciplina, diventano invece maggiormente protagonisti dell'audizione del minore. Oggi, infatti, agli stessi è riconosciuto il potere di partecipare all'audizione se autorizzati dal giudice, e comunque il potere di formulare argomenti e temi di audizione che potranno essere sottoposti al minore con il vaglio del giudice stesso; qualora la norma in esame divenisse legge, invece, le parti sarebbero sempre presenti, anche se non fisicamente, perché in collegamento video “in diretta” durante l'audizione. Di fatto, quindi, gli adulti finirebbero per essere al centro dell'audizione, mentre il minore, proprio nell'ambito dell'adempimento processuale che maggiormente dovrebbe valorizzarne la soggettività, assumerebbe tutt'al più un ruolo marginale.

Il che è confermato anche dalla volontà di derogare al vigente art. 336-bis comma 3° del codice civile, che prevede che *«prima di procedere all'ascolto il giudice informa il minore della natura del procedimento e degli effetti dell'ascolto (...)»*.

Tale disposizione normativa non compare invece nell'art. 16 del d.d.l. 735: è evidente la volontà del legislatore di escludere la possibilità che il minore venga informato o comunque reso edotto del significato dell'audizione, forse proprio per evitare che egli possa esprimere una volontà seriamente formata, e dunque per escludere la possibilità che il suo superiore interesse emerga durante l'ascolto.

Anche in questo caso, quindi, il *best interest of the child* risulta completamente eclissato dalla necessità di tutelare l'interesse degli adulti, peraltro ancora una volta in contrasto con le indicazioni contenute nell'art. 5.6 della Risoluzione 2079 (2015) del Consiglio d'Europa, nonché con gli articoli 12 della Convenzione di New York del 1989 e 3 e 6 della Convenzione di Strasburgo del 1996.

L'*iter* di approvazione del d.d.l. "Pillon" è solo agli inizi ed è bene ribadire che i punti di contrasto riportati dai vari commentatori sono molti e meritano tutti attenzione, ci si limita ad evidenziare che anche valutando solo i due aspetti menzionati dagli articoli 11 e 16, il dubbio che la volontà legislativa non sia nella direzione di una "giustizia a misura di minore" ha più che un fondamento.

P.I. 00777910159 - © Copyright Il Sole 24 Ore - Tutti i diritti riservati