

## Avvocato Carlo Piazza

\* \* \* \* \*

### **Parere tecnico al DDL 735 e collegati per la II Commissione Giustizia del Senato della Repubblica**

Lo scrivente, alla luce dell'attenta lettura del DDL 735 e collegati, dei quali condivide pienamente, in linea generale, i principi ispiratori così come declinati nella relazione introduttiva, ritiene che la loro introduzione nel *corpus normativo* sia idonea a opportunamente ridurre la conflittualità ed incertezza che attualmente connota la materia del diritto di famiglia nella prassi giudiziaria; enuclei e rafforzati, chiarendoli, sacrosanti principi di tutela del benessere della prole minorenni, conduca a una deflazione del contenzioso, in applicazione di principi tutti già presenti nell'Ordinamento a seguito dell'introduzione della L.54/06 ma solo parzialmente o per nulla applicati per ragioni che non è qui - per le finalità del presente parere - il caso di esaminare.

Suggerisce la riformulazione di alcuni lemmi per ragioni di maggiore chiarezza interpretativa, data la particolare esposizione del dettato normativo in discorso a una fervida elaborazione processuale proclive a piegarla agli interessi delle parti dimenticando quello del minore. Una tenzone che anima le parti e i loro difensori, che non potendo avere come obiettivo, se non apparente e asserito per ovvie ragioni processuali, quello del benessere della prole minorenni, si traduce in un tentativo di egemonizzare tempi, e conseguentemente acquisire vantaggi economici, talvolta utilizzando a tal fine, anche la strumentalizzazione dei desideri del minore e la falsa denuncia penale.

Per quanto concerne in particolare la modifica dell'art. 337ter c.c. se ne condivide l'impostazione per l'irrinunciabile e perfetta sintonia tra interesse del minore e promozione di una compiuta bi-genitorialità ovvero co-genitorialità come appare più preciso denominarla, in ossequio all'unanime o dominante consenso scientifico internazionale e legislativo-comparato.

Dal momento che il Disegno di Legge è composto da sintagmi, e che l'interpretazione letterale è una delle tre cardinali modalità interpretative della norma giuridica, è opportuno partire nell'analisi dalla forma in cui sono tradotti i principi esposti nella relazione introduttiva (che appaiono confermati sia nel DDL 735, sia nel DDL 768 ma anche in disegni di Legge depositati in precedenti Legislature, per valutarne l'impatto sul diritto vivente.

Per una corretta disamina della novella in discorso, appare innanzitutto consigliabile una lettura sistematica, anzi "sinergica" degli artt.337ter e 337quater c.c. (artt.11 e 12 del DDL 735 e artt. 1 e 2 del DDL 768). La prima notazione che emerge è che nel DDL 735 l'accusa di adulto-centrismo è palesemente inconsistente: l'"interesse del minore" viene citato per otto volte, mentre zero quello

dei genitori; e per sei volte il diritto del minore (alla bi-genitorialità o altro) contro una sola il diritto del genitore, accomunato però al correlato dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione. Ciò appare legittimo e quasi pletorico, non avendo il minore per definizione la capacità di agire (art.2 c.c.) ma essendo l'oggetto della tutela da parte dei genitori attraverso l'esercizio della responsabilità genitoriale, con l'eventuale supervisione dell'Ordinamento allorché la separazione abitativa dei genitori introduca una situazione potenzialmente rischiosa per il minore coinvolto, e che raccomandi la vigilanza e l'intervento del Giudice.

Va poi rilevato che non è lecito appuntarsi sulla norma dell'art. 337ter c.c. senza tenere conto della conferma – espressamente contenuta nell'articolato, della possibilità di un affidamento esclusivo ove il caso lo richieda. Sussiste pertanto sia nel DDL 735 che nel DDL768 un'analogha e analitica previsione di tutela (addirittura rafforzata e meglio specificata rispetto all'attuale dettato dell'art. 337quater c.c.) per casi di violenza endo-familiare che esclude esplicitamente la possibilità di adottare la previsione “naturale” del condiviso, per quelle fattispecie accertate - che sono anche catalogate - in cui essa previsione sia contraria all'interesse del minore.

La pariteticità dei tempi per ciascun genitore così come enucleata, è connaturata alla pariteticità dei doveri piuttosto che dei diritti, poiché si trova, nella norma in discorso, sempre correlata a un diritto, che è quello del minore. Che sia un dovere e non un diritto, lo chiarisce inoltre l'ultimo comma dell'art. 337ter c.c. nella formulazione introdotta dall'art. 11 del DDL 735 , che infatti ne sanziona l'inosservanza con la “modifica della forma dell'affidamento”. Essendo la bi-genitorialità o co-genitorialità un interesse del minore e non del genitore, com'è semanticamente ovvio, la sanzione colpisce l'incapacità e l'omissione o l'infrazione nel rispettare le condizioni dettate o omologate dal Giudice. Va altresì precisato che il diritto del minore è quello a una sana bi-genitorialità, non a una bi-genitorialità *tout-court* come chiarisce la lettura sistematica degli artt. 337ter e 337 quater c.c.. L'ultimo comma dell'art. 337 ter c.c. così come modificato dall'art. 11 del DDL 735, potrebbe essere addirittura rafforzato con un'esplicita menzione delle conseguenze sanzionatorie, derivanti dalla circostanza che, purtroppo, un genitore o entrambi si sono dimostrati, almeno temporaneamente, poco o per nulla responsabili o idonei ai compiti di cura, educazione connaturati al loro ruolo biologico. Sarebbe opportuno inoltre specificare che i pari tempi determinano paritetiche “sfere di responsabilità genitoriale” alle quali partecipano anche i rami genitoriali cioè i parenti di ciascun genitore ad esempio i nonni, il chè potrebbe rendere superflua l'autonoma azione ex art. 105 c.p.c. prevista nel citato articolo 337ter c.c.. Ed inoltre è utile a evitare una serie infinita di obiezioni e di aggiustamenti con riferimento alla possibilità concreta e oggettiva per entrambi i genitori di tenere con sé la prole in tempi paritetiche, così come disciplinato anche dagli artt. 5.3, 5.12 della Risoluzione del Consiglio d'Europa 2079/2015) e, indirettamente, dalla L. 53/2000 (legge Turco sui congedi parentali) .

E' pacifico che in un palinsesto effettivamente paritetico, come quello a settimane alterne ovvero quello che preveda la suddivisione 2-2 nell'infrasettimanale Lunedì a Giovedì e i fine settimana alternati Venerdì a lunedì, gli spostamenti del minore sono meno della metà rispetto a un palinsesto standard mutuato dalla precedente esperienza mono-genitoriale. Sentire propria la casa della mamma come quella del papà diventa così un'opportunità per il minore ed evita che la frequentazione frazionata in tante micro-finestre infrasettimanali di poche ore si riveli un peso tanto per il minore quanto per il genitore, il quale può non essere in grado di articolare di volta in volta un programma di "visite" accattivante o di interesse per il figlio. Il tutto sullo sfondo dell'eventuale conflittualità genitoriale conseguente la separazione abitativa e affettiva nella quale, eventualmente ma molto frequentemente, l'asimmetria dei ruoli genitoriali si traduce in un implicito o esplicito giudizio di valore che il minore suo malgrado assorbe. La pariteticità dei tempi corrisponde molto coerentemente a una pariteticità di compiti ed è raccomandabile anche sotto il profilo socio-economico per evitare che tale asimmetria si traduca in una persistente minorazione dei diritti della donna in ambito professionale e lavorativo, conseguenza diretta dei compiti prevalenti di cura ed educazione della prole che storicamente le erano affidati, pedissequamente incorporato nei precedenti modelli normativi.

L'esame della norma in discorso restituisce con (intenzionalmente?) attenuata evidenza il principio che dell'applicazione dell'affidamento materialmente condiviso si faccia espressa richiesta da parte di un genitore, forse al fine di coniugare l'interesse del minore con la volontà esplicita del genitore ed evitare che si vengano a imporre a quest'ultimo compiti di cura ed educazione mal sopportati o non richiesti, pur nel prevalente interesse del minore. Non appare dunque di pregio la critica, a volte suggerita, che la novella "imponga" a un genitore di esercitare pienamente e compiutamente la sua responsabilità e i suoi compiti quando lo stesso ritiene di privilegiare per esempio la sfera e gli impegni personali o lavorativi, poiché è chiaro che esiste nel DDL 735 una facoltà ampia ed espressa di delega parziale all'altro genitore per la cura prevalente della prole, secondo un modello non ideale ma tutto considerato, accettabile.

Per ciò che concerne la frequentazione paritetica dei bambini 0-12 mesi con entrambi i genitori essa potrebbe prevedere una gradualità prima di una definizione paritetica tenuto conto della costruzione del legame di attaccamento e della necessità di sicurezze del minore che passano attraverso la routine quotidiana (es. orari del sonno, pasti, etc). Nondimeno, sono raccomandati contatti ripetuti e frequenti con ciascun genitore che debbano prevedere azioni di *caregiving*: il bambino, di fatto, non dovrebbe stare lontano da ciascuno dei due genitori per più di un paio di giorni..

La redazione e approvazione di un piano genitoriale, esplicitamente menzionato nell'articolo 337 ter c.c. nella nuova formulazione, non è estranea all'utenza più consapevole e appare in sostanziale

sintonia o continuità con quanto oggi prevede la giurisprudenza delle Corti più attente ed esperte nella materia del diritto di famiglia che orienta gli avvocati a incorporare nei propri atti difensivi e in particolare nelle conclusioni, un palinsesto affidativo che analiticamente preveda gli impegni della prole e la ripartizione dei compiti genitoriali. Tale previsione normativa non fa altro che prendere atto di una molto opportuna evoluzione giurisprudenziale che ha seguito la rivoluzione post L.54/06 nel diritto di famiglia.

Per quanto concerne invece il principio di mantenimento diretto con l'eventualità di un contributo perequativo, tema strettamente connesso a quello della pariteticità dei compiti di cura e accudimento della prole, il principio è già cristallizzato, pur nel sostanziale aggiramento giurisprudenziale, nella precedente L.54/06 e segnatamente nell'ex art. 155 c.c. poi trasfuso a seguito delle modifiche normative introdotte con L.219/12 e D.Lgs. 154/13.

Detto principio appare di semplice realizzazione pratica, idoneo a ridurre drasticamente il ricorso al giudizio processuale per le tipiche controversie *in subjecta materia*, pienamente rispondente agli interessi della prole e ai doveri dei genitori. E' noto che al genitore eventualmente onerato di un contributo indiretto non spiaccia tanto il mantenere il proprio figlio, quanto piuttosto il dover versare il contributo all'altro genitore, da cui è separato, spesso senza poter verificare l'utilizzo effettivo di detto contributo. Di conseguenza, il genitore che mantiene direttamente la prole sarà tendenzialmente più generoso e meno propenso all'elusione, avendo un diretto controllo di spesa, e inoltre potendo contare, nei confronti del figlio, sulla gratificante ed esplicita dimostrazione di attenzione alle esigenze quotidiane del figlio.

E' poi noto – anche a un esame comparato delle esperienze di altri Paesi - che i contributi fissati generalmente dalle Corti sono cautelativamente sovrabbondanti e amplificati rispetto alle attuali esigenze della prole, criterio questo, che secondo la costante giurisprudenza della Suprema Corte è il primo non soltanto nell'ordine dell'attuale art. 337ter c.c. e confermato nella formulazione del DDL 735 art. 11, ma anche per importanza.

Il chè potrebbe auspicabilmente condurre a una modifica normativa nella quale, fermi i rigorosi principi di contribuzione diretta e di eventualità/perequatività del contributo, (in perfetta coerenza peraltro con il dettato normativo dell'art. 148 c.c.), si possa individuare, anche *de relato* ad altra previsione normativa, una qualche menzione del dato ISTAT come riferimento alle attuali esigenze della prole in forza delle quali calcolare l'eventuale assegno perequativo. Oltre ovviamente alla comparazione della capacità economica complessiva dei genitori.

Non pare assolutamente fondata la preoccupazione mostrata da alcuni esegeti della novella circa la possibile omissione o sottrazione da parte di un genitore al dovere e obbligo giuridico di mantenere direttamente il proprio figlio, in primo luogo per la comunque permanente sanzione penale di cui

all'art. 570 e 570bis c.p., e in secondo luogo per la sanzione di cui all'ultimo comma dell'art. 337 ter c.c. nella versione novellata, che potrebbe essere rafforzata con una più precisa menzione delle conseguenze anche "civili" della violazione degli obblighi stabiliti dal Giudice o concordati ad esempio nei seguenti termini :-"La grave e reiterata inosservanza da parte di un genitore delle disposizioni assunte in ordine alla paritetica condivisione degli oneri accuditivi ed educativi della prole può determinare la revoca dell'affidamento condiviso, dei pari tempi di frequentazione della prole e del mantenimento diretto con applicazione dell'art. 337 quater c.c." .

L'eventuale contributo sarà così versato a fini perequativi compensando le eventuali differenze redditual-patrimoniali dei genitori e verrà dunque versato fintantoché sussista la necessità di perequazione, non è dunque equo stabilirvi un termine. Appare poi lievemente confusivo all'interpretazione l'alternare nella formulazione della norma il concetto di mantenimento diretto con quello di "capitoli di spesa", salva e possibile l'interpretazione nel senso di un tipo di mantenimento alternativo a quello diretto, ovvero una particolare applicazione della perequatività quando il genitore più forte economicamente si accollerà integralmente alcuni capitoli di spesa.

Infine una particolare menzione va fatta all'art. 14 del DDL 735 e in particolare alla *vexata quaestio* dell'assegnazione della casa familiare, trattandosi di norma "economica" altrettanto importante della questione del mantenimento.

Per l'esperienza maturata dallo scrivente, la questione dell'assegnazione riguarda soprattutto le controversie nelle famiglie appartenenti alle fasce più deboli e meno abbienti nelle quali determina il protrarsi del contenzioso ben più delle divergenze sull'idoneità genitoriale, cui è peraltro strettamente connessa. Ciò in quanto il conflitto legale viene determinato positivamente dall'opportunità di aggiudicarsi il vantaggio economico prevalente che è quello dell'assegnazione della casa familiare, cespite unico o nettamente dominante dell'economia familiare.

E' evidente poi, anche con riferimento all'art. 42 Cost., che l'imposizione di un limite notevole al diritto di proprietà e in generale al godimento di un immobile potrebbe stabilirsi solo ove scientificamente giustificato dall'interesse del minore: ciò è da escludersi dovendosi ritenere irrilevante per il figlio – sotto il profilo giuridico e del benessere psico-fisico – abitare con l'uno o l'altro genitore.

Roma, 23.10.2018

Avv. Carlo Piazza