

COMMISSIONE GIUSTIZIA DEL SENATO
**Audizione informale nell'ambito dell'esame
dei disegni di legge nn. 45,118,735 e 768 in materia di affido di minori**

*

Ufficio di Presidenza della Commissione giustizia del Senato - 8 novembre 2018

BREVI NOTE DELL'AVV. RICCARDO PESCE

Chiar.mo Presidente, On. Senatori,

sono onorato per l'invito che mi è stato rivolto a partecipare a questa audizione in materia di affido di minori.

So che molti esperti della materia sono stati invitati a dare il proprio contributo sulle proposte di legge attualmente in discussione e quindi cercherò di essere il più possibile sintetico.

I problemi attualmente in discussione interrogano la mia sensibilità di figlio, marito e padre prima ancora di quella di giurista che ormai da dieci anni si occupa in prevalenza di questa materia.

Si tratta di problemi molto rilevanti, che hanno a che fare con la vita concreta delle persone e soprattutto dei minori, e che per questo vanno considerati con estrema attenzione.

Dal punto di vista legislativo abbiamo già oggi un punto fermo e indiscutibile: l'uguaglianza dei genitori nella responsabilità genitoriale. Corollario di questo principio è quello dell'affidamento condiviso, ovvero la necessità di assumere insieme tutte le scelte rilevanti e non solo quelle di maggiore interesse per i figli, anche in caso di separazione dei genitori.

Un altro principio indiscutibile, e anzi il più importante tra tutti, è quello del prevalente interesse del minore, il che implica la necessità di valutare caso per caso il miglior progetto di vita per il figlio anche a seguito della separazione. Non è un caso quindi che la legge attuale nulla disponga per esempio in tema di frequentazioni, ma lasci al giudice la decisione più confacente all'interesse del minore.

Dal punto di vista meramente teorico, quindi, potrebbe non ravvisarsi l'opportunità di un intervento legislativo al fine di rafforzare la pariteticità dei genitori.

Ciononostante, l'esperienza pratica dei Tribunali ci riporta a una realtà diversa da quella delineata dalla legge: si pensi all'istituto (non legale, ma giurisprudenziale) del collocamento prevalente del figlio presso uno dei genitori – ciò che un tempo veniva chiamato “affido esclusivo” – e alla mancanza di una vera valutazione del caso concreto posto che, nella stragrande maggioranza dei casi, i figli sono ancora oggi collocati prevalentemente presso la madre secondo un calendario *standard* (sia pur variabile da Tribunale a Tribunale), naturalmente fatti salvi casi particolari. Sul punto tuttavia occorre tenere presente che, soprattutto in passato, molti padri separati non insistevano più di tanto per ottenere il collocamento prevalente presso di sé.

Un caso classico, uno stereotipo, è quello del padre “*in carriera*” che non ha modo di occuparsi delle incombenze quotidiane dei figli e accetta di essere il genitore “*ludico*” del fine settimana alternato.

Orbene, per esperienza personale sono sempre di più i padri – e tra questi mi permetto di annoverare me stesso sull’esempio dei miei genitori, ma potrei citare numerosissimi altri casi – che si occupano pienamente dei figli allo stesso modo delle madri, e ciò sia nella famiglia unita che in quella separata.

È dunque condivisibile l’intento della PDL n. S 735 di stabilire anche dal punto di vista delle frequentazioni la pariteticità dei genitori, fatto salvo naturalmente l’imprescindibile controllo da parte del giudice. Ciò inevitabilmente finirà per compromettere il principio della prevalenza dell’*habitat* del minore, principio di per sé corretto ma che si ritiene – sempre nella prospettiva del superiore interesse del minore – debba recedere di fronte al principio della pariteticità dei genitori.

Né si dica che tale proposta trasformerebbe i figli nei cosiddetti “*bambini con la valigia*”, dato che già oggi la prassi corrente – almeno per quanto riguarda il Tribunale di Milano – prevede che il genitore non collocatario in via prevalente tenga con sé i figli per almeno 12 pernottamenti su 28, il che equivale al 43% del tempo. Una pariteticità delle frequentazioni ben organizzata (naturalmente ove possibile) potrebbe addirittura ridurre gli spostamenti che, vale la pena di ribadirlo, già oggi sono estremamente frequenti e non sono eliminabili a meno di immaginare un’alternanza dei genitori nella casa dei figli, il che appare scarsamente praticabile.

Vero è che tra il 43% delle frequentazioni e il 50% non c’è grande differenza: ciò vuol dire che la proposta di legge non costituirebbe una rivoluzione, e inoltre si condivide il forte richiamo ai genitori per una paritetica responsabilità, e la necessità di stabilire un punto fermo (posto che la prassi è per sua natura variabile), anche allo scopo di diminuire la conflittualità dei genitori sulle modalità di affidamento. Infatti, al di là del calendario, è evidente che la conflittualità stessa è il primo elemento di disagio per i figli.

In definitiva, nulla osta sia dal punto di vista sia giuridico sia pratico – essendo la legge vigente già orientata in questo senso e la prassi corrente delle frequentazioni vicina alla pariteticità – a che il principio della pariteticità dei genitori, anche con riferimento alla frequentazione del figlio, sia previsto per legge, ferma restando la necessità del controllo giudiziale e tenendo sempre nella giusta considerazione volontà ed esigenze dei figli che, specie avanzando in età, potrebbero non condividere fino in fondo la pariteticità.

Non posso esprimermi sulle risultanze delle scienze mediche, che potrebbero per esempio – e ciò dovrebbe essere tenuto in adeguata considerazione – sconsigliare un affidamento paritetico nei primissimi tempi di vita del bambino. Ferma dunque la necessità di una verifica da questo punto di vista, in via meramente empirica evidenzio nuovamente che secondo la prassi oggi corrente il genitore non collocatario tiene con sé i figli per il 43% del tempo, e dunque il passaggio al 50% (due pernottamenti in più ogni 28 giorni) non

dovrebbe essere fonte di disagio per il minore, sempre fatta salva la necessità di verificare la situazione nel caso concreto.

Ciò appurato, mi permetto di segnalare alcune criticità delle proposte in discussione, con particolare riferimento alla PDL n. S 735 e al metodo con cui è stata redatta.

In primo luogo, si segnala una certa eterogeneità del testo della legge che, pur non essendo una legge di tipo organico o codicistico, tratta – tra l'altro – di: mediazione familiare, piano genitoriale, coordinatore genitoriale, affidamento paritetico, rapporti economici, assegnazione della casa familiare, addebito della separazione, reato di violazione degli obblighi di assistenza materiale, reclamabilità dell'ordinanza del giudice istruttore.

Ognuno di questi istituti meriterebbe una specifica trattazione e un'approfondita discussione, nonché un coordinamento organico con la normativa attuale. Il rischio è quindi che l'elemento fondante della PDL in esame, cioè la pariteticità delle frequentazioni del figlio minore, finisca travolto dalla discussione sugli altri problemi.

Ci si chiede infatti a quale scopo per esempio si preveda l'abrogazione dell'istituto dell'addebito della separazione – senza peraltro un coordinamento delle norme sul tema – se l'obiettivo della legge è quello di dare concretezza alla pariteticità dei genitori. Il problema dell'addebito della separazione è noto, ma non può essere superato con la mera abrogazione dell'art. 151, comma II, c.c., in quanto ciò rivoluzionerebbe la struttura stessa dei rapporti matrimoniali e la disciplina delle relative crisi, il che non pare l'obiettivo della proposta in discussione, specie considerando che la pronuncia sull'addebito coincide con aspetti economici relevantissimi: diritto all'assegno, diritti ereditari, diritto al TFR, diritto alla pensione di reversibilità.

Lo stesso dicasi per l'abrogazione del reato di violazione degli obblighi di affidamento familiare.

A mio parere, il testo della legge dovrebbe essere molto più sintetico ed evitare di affrontare problemi non strettamente connessi al punto fondamentale. Tra le parti che dovrebbero essere espunte vi sono quindi anche quelle relative alla mediazione familiare, al piano genitoriale e al coordinatore genitoriale, questioni che dovrebbero essere contemplate in un testo a sé stante, nel quale sarebbe giocoforza tra l'altro affrontare il problema sempre più gravoso dei servizi sociali.

Il testo della legge, sempre che vi sia la volontà politica di approvarla, dovrebbe quindi constare di un solo articolo nel quale riportare pochi punti essenziali: principio generale della pariteticità delle frequentazioni, fatti salvi diversi accordi e l'impossibilità materiale per esempio nel caso di lontananza dei genitori (il che dovrebbe dar luogo a interventi atti a riequilibrare la situazione). Il testo dovrebbe inoltre rafforzare espressamente il ruolo di controllo del giudice in quanto unico soggetto che può sempre intervenire in caso di situazioni contrarie all'interesse del minore e quindi derogare, ove occorra e con adeguata motivazione, alla regola generale.

Ancora, dal testo dovrebbero essere espunti tutti i riferimenti alle questioni economiche per evitare che la discussione viri su tematiche diverse da quella principale. È ovvio infatti

che la pariteticità delle frequentazioni influirà – così come riconosciuto anche dalla giurisprudenza di merito che nel determinare il contributo al mantenimento tiene conto delle frequentazioni del genitore non collocatario – sulle questioni economiche, ma non si ritiene corretto che vi siano dei meccanismi automatici. Si prenda il caso, non infrequente, in cui un genitore sia economicamente molto più forte dell'altro, il quale sia per altro in una situazione tale da non aver diritto a un mantenimento personale. Escludere in automatico un contributo al mantenimento per il figlio significherebbe far vivere in “ricchezza” il figlio quando è con un genitore e in “povertà” quando è con l'altro. Ciò non è accettabile e deve essere quindi lasciata la possibilità al giudice di valutare le questioni economiche, e ciò non solo in via *temporanea* e *residuale* come indicato nel testo attuale della PDL. Sul punto la legge dovrebbe quindi limitarsi a prevedere che il giudice valuterà prioritariamente la possibilità che, in caso di squilibrio delle condizioni economiche dei genitori, uno contribuisca in percentuale superiore alle spese del figlio da corrispondere in via diretta, ferma restando la possibilità – sempre in caso di situazioni squilibrate – di stabilire un contributo al mantenimento.

Qualche dubbio, da ultimo, rimane sulla questione relativa all'assegnazione della casa familiare, problema di grandissima rilevanza. L'affidamento paritetico dei figli sembrerebbe risolvere alla radice il problema dell'assegnazione della casa familiare, in quanto – secondo le intenzioni dei proponenti – se non vi è un genitore collocatario in via prevalente, non può esservi un'assegnazione nell'interesse dei minori.

Tuttavia, l'assegnazione della casa familiare potrebbe essere necessaria anche in ipotesi di affidamento paritetico. Si pensi al caso del genitore non proprietario della casa familiare che non abbia le risorse per reperire una nuova abitazione: ciò dovrebbe implicare il suo diritto di continuare di usufruire di quella familiare a meno che l'altro genitore proprietario non gli garantisca le risorse per procurarsi un'abitazione diversa. Come si vede, anche la questione dell'assegnazione della casa familiare ha un connotato prettamente economico e, per gli stessi motivi di cui sopra, dovrebbe essere espunta dal testo della legge. In alternativa, la legge potrebbe mantenere l'istituto dell'assegnazione (disciplinandola coerentemente e risolvendo alcuni dei problemi pratici emersi negli anni, quali i rapporti con i terzi creditori del titolare del diritto reale di proprietà), mantenendola come possibilità eccezionale ove non sia possibile pervenire a una soluzione diversa secondo le norme vigenti in tema di proprietà e comunione, e con una disciplina complessiva delle questioni economiche che tenga conto di tutti i fattori in gioco.

Avv. Riccardo Pesce
Studio Legale Danovi
Segretario del Centro per la Riforma del diritto di famiglia