

***Nella giornata europea per la giustizia civile, la
bigenitorialità nelle famiglie in crisi***

Report a cura di Roberta D'Onofrio

Il 25 ottobre 2018, presso la Sala della Costituzione della Provincia di Campobasso, si è tenuto, nella giornata europea per la giustizia civile, l'incontro di studi su "la bigenitorialità nelle famiglie in crisi".

I lavori sono stati introdotti dal pres. sez. del Tribunale di Campobasso, Enrico Di Dedda, e dall'avv. Giuseppina Cennamo; ha presentato e coordinato l'incontro Roberta D'Onofrio, formatore decentrato presso la Corte d'Appello di Campobasso.

Le relazioni sono state svolte dall'Avv. Annamaria Bernardini De Pace, dall'avv. prof. Claudio Cecchella e dal dott. Massimo Sensale, consigliere presso la Corte d'Appello di Napoli.

Nella celebrazione della giornata europea per la giustizia civile si è inteso focalizzare l'attenzione sugli interventi legislativi in materia di diritto di famiglia, l'ambito più delicato che segna il punto di contatto fra il cittadino, colto negli aspetti più intimi della vita privata e familiare, e la giustizia.

1. Nel presentare l'incontro di studi, la coordinatrice ha evidenziato le più significative novità introdotte dal disegno di legge Pilon S. 735/2018, sottolineando che i principi ispiratori sembrano stravolgere l'impianto della disciplina vigente in materia di "bigenitorialità".

In primo luogo, la previsione di una divisione paritetica spaziotemporale, cioè una precostituzione legislativa della regolamentazione dei rapporti bigenitoriali nei confronti del figlio: si statuisce il principio del doppio domicilio, inteso propriamente in senso elettivo, come doppia residenza. Ove ciò non sia possibile, per mancanza probabilmente della doppia residenza, si può interpretare il testo nel senso che saranno i

genitori a dover effettuare una turnazione.

Un secondo profilo di criticità ha riguardato la prevista abrogazione dell'assegnazione della casa familiare, da sempre considerata simbolo di unione di affetti e qualificata in passato – dalla Cassazione a Sezioni Unite – come criterio di radicamento della competenza per tutte le controversie relative ai minori. In particolare, se il giudice ritiene opportuno individuare un genitore allocatario presso la casa familiare, questi, ove non ne abbia la proprietà, deve corrispondere un canone, testualmente “un indennizzo”, che però deve essere corrisposto secondo i criteri di mercato.

Perplessità sono state prospettate anche con riferimento alla suddivisione paritetica del tempo, poiché, ove vi sia impossibilità materiale di suddivisione equa, è prevista la condivisione con l'altro genitore di almeno 12 giorni, compresi i pernottamenti, senza assolutamente distinguere in base all'età del minore ; le eccezioni al sistema delineato sono indicate come “tassative”, individuate esclusivamente in impossibilità materiale, violenza (non ben specificata), abusi sessuali, trascuratezza e difficoltà logistica, senza la contemplazione di alcuna eccezione di semplice pregiudizio per il minore.

2. La prima relazione è stata tenuta dal **prof. Claudio Cecchella**, il quale ha segnalato la sensibilità e l'importanza del tema delle forme di tutela attuali nell'ambito dei diritti del minore.

L'idea di fondo è che la particolarità dei diritti coinvolti e la delicatezza dell'interesse del minore impongono forme differenziate di tutela, linea – guida che non è stata invece seguita dal disegno di legge , sottoposto a serrata critica.

In primo luogo è stato segnalato che il *periculum*, necessario ai fini della tutela cautelare, sussiste di per sé nelle questioni afferenti i minori.

Quanto all'esecuzione dei provvedimenti civilistici in materia di famiglia, è stata segnalata, da un lato, l'impossibilità di far riferimento a forme quali quelle del Libro III del codice di procedura civile, vertendosi in un ambito connotato da infungibilità delle prestazioni obbligate in senso lato; dall'altro, la necessità di prevenire (come avviene, ad esempio, nel caso di trasferimento di diritti di credito direttamente all'avente diritto),

piuttosto che intervenire a seguito di inadempimento già verificatosi.

Sono stati utilmente richiamati sia l'art. 709 *ter* c.p.c., il quale prevede un intervento *ex post* (la competenza è del giudice del merito, che stabilisce modalità esecutive), sia l'art. 337 *ter* c.c., secondo cui all'attuazione dei provvedimenti sulla prole provvede il giudice di merito, il quale ha maggiore contezza degli interessi in gioco, anche nell'ipotesi in cui sia necessario rivedere quanto precedentemente stabilito.

E' stato infine richiamato l'art. 614 *bis* c. p. c, nella parte in cui stabilisce opportunamente che la misura sanzionatoria è dettata dallo stesso giudice che pronuncia la decisione di merito; è stato criticato anche il carattere "preventivo" della tutela in tal modo predisposta, perché consente di individuare una sanzione prima che l'inadempimento sia intervenuto.

3. Anche l'**avv. Bernardini De Pace** ha evidenziato le maggiori criticità del disegno di legge. *In primis*, un'errata interpretazione del principio della bigenitorialità, da non intendere come uguaglianza dei tempi degli adulti, bensì come duplicazione delle attenzioni e delle responsabilità a favore dei minori; il disegno di legge impone ingiustamente ai minori di pagare le scelte dei genitori, obbligandoli a vivere itineranti a scapito di una definita identità personale, laddove, piuttosto, bigenitorialità vuol dire pari responsabilità nella gestione di due ruoli diversi e complementari.

Ed ancora i genitori di prole minorenni che vogliono separarsi devono – a pena di improcedibilità – iniziare un percorso di mediazione familiare. Con tale imposizione coattiva, sottratta alla libera determinazione dei due adulti, si sconfinava però nel campo dell'"anticostituzionalità", laddove l'art. 24 Cost. riconosce il diritto inviolabile di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi. Ed in effetti, in controversie che riguardano e gestiscono interessi e diritti indisponibili, con patti rilevanti nella vita quotidiana, spesso connotati da urgenza, introdurre un passaggio obbligatorio nell'accesso alla giustizia viola gravemente il diritto alla giustizia.

La relatrice ha altresì evidenziato che il disegno di legge affianca alle molteplici figure professionali satelliti (i CTU, i CTP, gli assistenti

sociali, gli ausiliari) , già presenti nel mondo del diritto di famiglia, nuove figure di area socio-pedagogica, svincolate da ogni supervisione, da ogni spazio di contraddittorio. In particolare, il comma 5 dell'art. 3 consente al mediatore familiare “di chiedere che gli avvocati non partecipino agli incontri”. I medesimi avvocati, però, diventano indispensabili – a pena di nullità e di inutilizzabilità – al momento della stipulazione e della firma degli accordi intervenuti. Obiettivo di tale disegno di legge sarebbe, dunque, anche quello di limitare le facoltà degli avvocati, con il rischio di creare confusione e paralisi in situazioni che richiedono certezza e immediatezza del diritto.

Si prevede inoltre che i figli trascorrono con ciascun genitore non meno di 12 giorni al mese, senza alcuna distinzione in base all'età della prole, e che i minori abbiano doppio domicilio presso l'abitazione di ciascun genitore; viene abolita l'assegnazione della casa coniugale e grava su ciascun genitore il mantenimento dei figli nel periodo di propria spettanza; il figlio maggiorenne non autonomo dovrà agire in giudizio nei confronti dei genitori per il mantenimento.

La proposta di legge sarebbe, quindi, adultocentrica, non certo paidocentrica, come invece dichiara di essere; priverebbe i ragazzi del diritto a rimanere “terzi” rispetto ai contrasti tra i genitori; soprattutto non consente al giudice di valutare l'effettivo interesse di quel minore nel caso sottoposto al suo esame.

Il disegno di legge non sembra rispettare neppure i principi previsti dagli artt. 3 e 16 della Convenzione di New York, ratificata dall'Italia nel 1991, i quali pongono al centro della contesa tra adulti l'interesse del bambino, l'unico faro che deve orientare l'esercizio della responsabilità genitoriale. Ha concluso la relatrice affermando che gli automatismi del disegno di legge nella suddivisione matematica dei tempi dei figli non hanno senso e sono del tutto contrastanti con i principi della giurisprudenza e della psicologia in materia.

4. In conclusione, la relazione del **dott. Massimo Sensale**, consigliere presso la Corte d'Appello di Napoli, il quale ha sottolineato che , nelle vicende giudiziarie relative alle crisi della famiglia, assume specifica rilevanza non già la volontà bensì l'interesse del minore, nel

senso che qualsiasi decisione che lo riguarda deve essere presa nel suo interesse, al fine di promuovere il benessere psicofisico e di privilegiare l'assetto dei rapporti familiari il più favorevole alla sua crescita.

Nella sua articolata relazione, il dott. Sensale ha preso in esame alcuni “casi”, delineando un ampio panorama delle più ricorrenti vicende in tema di famiglie in crisi ed ha posto in luce che se, da un lato, ci sono casi in cui non si è mai instaurato un legame stabile tra figlio e genitore non convivente, per cui è dovere del giudice tentare di recuperare il rapporto nella misura in cui ciò è possibile, dall'altro lato, ci sono, invece, casi in cui la volontà del minore ed i suoi affetti sono orientati verso la permanenza di una relazione con un genitore che invece merita di essere allontanato. È il caso di genitori stabilmente inseriti in contesti di malavita organizzata, oppure di minori che appartengono a famiglie coinvolte in azioni con ideologie terroristiche, o ancora di genitori che per tradizioni culturali destinano i figli all'accattonaggio sistematico, al borseggio, con parallela violazione dell'obbligo scolastico. Sul punto, il dr. Sensale ha espresso scetticismo verso l'utilizzo dell'espressione “*extrema ratio*” in relazione all'allontanamento del minore dal nucleo familiare, in quanto, non di rado, c'è necessità di prevenire prima di giungere a situazioni estreme irreversibili.

E' stato esaminato anche l'istituto dell'ascolto del minore, fondamentale ai fini della soluzione della vicenda giudiziaria, posto che – in qualsiasi giudizio che riguardi la crisi della famiglia – sussiste un conflitto tra l'interesse del minore e quello dei genitori, non fosse altro per il fatto che se uno dei due genitori in conflitto è il portatore dell'interesse del minore, evidentemente l'interesse del minore è in conflitto con la valutazione che dello stesso interesse faccia l'altro genitore.

Interessante l'indagine comparata, relativa alle finalità dell'istituto, tra Italia e Germania: in Italia l'ascolto del minore è finalizzato all'acquisizione di elementi istruttori sui quali devono compiersi delle verifiche; in Germania, invece, il principio dell'obbligatorietà dell'ascolto del minore è addirittura un principio con copertura costituzionale, il cui spirito è semplicemente quello per cui nessun giudice può emettere un provvedimento che riguardi minori senza averli prima personalmente conosciuti.

In conclusione, anche il dr. Sensale ha auspicato radicali modifiche del disegno di legge in esame, ribadendo che al giudice occorrono pochi principi validi e la possibilità di modulare le soluzioni sui vari casi delle famiglie disgregate.

Sul tema dell'ascolto vi è stato un vivace dibattito con figure professionali presenti all'incontro, per giungere alla conclusione che la "volontà" espressa dal minore in sede di ascolto offre sempre elementi di giudizio e, in alcuni casi, può coincidere con la valutazione giurisdizionale della scelta del suo superiore interesse.