16 dicembre 2009 10:34

Minori: il giudice che decide sull'affidamento deve prima ascoltarli. Ma... l'affido condiviso?

di Claudia Moretti

Di recente si e' pronunciata in materia di affidamento la Corte di Cassazione a sezioni unite (sent. n.22238 del 21 ottobre 2009) che ha ribadito un principio fondamentale nel nostro ordinamento, soprattutto a seguito della riforma incorsa con la legge 54 del 2006: **i minorenni figli di genitori che si dividono (sia che siano sposati legalmente o meno) vanno ascoltati in merito alle decisioni che si intendano prendere sull'affidamento.** Cio' se abbiano compiuto almeno 12 anni oppure anche solo 10 dopo aver accertato la capacita' di discernimento, e sempre che non contrasti con il loro stesso interesse, che deve esser tenuto in considerazione.
Nel caso di specie due gradi di giudizio si erano conclusi, peraltro con lo stravolgimento delle decisioni in merito a chi dei due genitori dovesse essere affidatario (prima alla madre poi al padre), senza che ai bambini fosse chiesto alcunche', nonostante le richieste del Pubblico Ministero. **La Corte di Cassazione ha chiarito che si tratta di un vero errore procedurale**, una violazione del contraddittorio e non solo di una valutazione nel merito insindacabile dai giudici di legittimita'. Ascoltare il minore e' un obbligo. Laddove se ne discosti, il giudice dovra' adeguatamente motivarne il perche'.
Le norme impongono (finalmente) agli adulti di prendere in considerazione non solo la loro visione del "superiore interesse del fanciullo", ma anche quella del fanciullo per se stesso, considerandolo se non "parte processuale" vera e propria, quantomeno centro di interessi primari anche contrapposti a quelli dei genitori. Parti sostanziali, in buona sostanza.
In primo luogo vigono i precetti internazionali, recepiti nel nostro ordinamento a seguito di ratificazione di convenzioni ad hoc, che vengono richiamati nella sentenza:
- **la Convenzione sui diritti del Fanciullo di New York** del 1991, all'art. 12 prevede che in caso il minorenne sia reputato in grado di discernere, lo stesso abbia "diritto di esprimere liberamente la propria opinione su ogni questione che lo interessa ..[...] e di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo riguarda";
- **l'art. 6 della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo** del 1996 (ratificata con la legge 77 del 2003) prevede che, a meno che non sia dannosa per il minore stesso, l'audizione e' obbligatoria, ed e' altresi' obbligatorio informare previamente quali siano le istanze di entrambi i genitori nei loro riguardi. Nel decreto che il giudice emettera' sull'affidamento dovra', altresi', esser dato conto delle opinioni espresse dallo stesso.
Segue poi il richiamo alla nuova normativa introdotta con legge n. 54 del 2006 (legge sull'affidamento condiviso), che all'art. 155 - sexies prevede: "[...] Il giudice dispone, inoltre, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di eta' inferiore ove capace di discernimento.". Non pare che possano sussistere dubbi sulla necessarieta' dell'adempimento, che va considerato ormai parte integrante del nostro ordinamento.
Tali precetti, che si e' arrivati a digerire, recepire, legiferare e infine sentenziare in maniera cosi' netta, sebbene siano da accogliere sempre e comunque, risultano maggiormente decisivi nei casi in cui si debba optare per un affidamento esclusivo, caso di cui alla sentenza della Corte di Cassazione citata. **Affidamento esclusivo che dovrebbe essere pero' confinato ad ipotesi residuali rispetto alla forma legalmente prescelta che tutela la bigenitorialita':** l'affidamento condiviso. Il paradosso e', dunque, che, proprio con la medesima legge con la quale si impone finalmente di ascoltare il minore, si introduca anche una norma che tendenzialmente comporta una minor "scelta" da parte dello stesso. Semplicemente perche' stara' con entrambi i genitori, punto e basta.
Purtroppo il paradosso e' solo teorico, perche' di fatto ancora oggi i tribunali, pur giudicando con le nuove norme del codice civile a disposizione, continuano a muoversi sui vecchi e tradizionali binari: i figli saranno "affidati" ad un genitore (anzi, affidati ad entrambi ma domiciliati presso un genitore) e l'altro potra'-dovra' fare visita in orari e tempi stabiliti.
In questa situazione, in cui l'affidamento condiviso e' rimasto di fatto lettera morta, rivive -ed e' fondamentale- l'obbligo che si ascolti il minore che ha, per forza di cose, maggior interesse -o controinteresse- alla decisione giudiziale.