

Prof.ssa Marilisa D'Amico
Ordinaria in diritto costituzionale
Prorettrice alla legalità, trasparenza e parità dei diritti
Università degli Studi di Milano

AUDIZIONE DINANZI ALLA
“*COMMISSIONE PARLAMENTARE DI INCHIESTA SUL FEMMINICIDIO, NONCHÉ SU OGNI
FORMA DI VIOLENZA DI GENERE*”
IN TEMA DI VIOLENZA DOMESTICA E RAPPORTO FRA VIOLENZA, PRINCIPIO DI BI-
GENITORIALITÀ E TUTELA DEI MINORI

SOMMARIO: 1. Premessa sulla collocazione della Convenzione di Istanbul tra le fonti del diritto dell'ordinamento italiano – 2. La compatibilità con la Convenzione di Istanbul dell'affido condiviso, quale scelta presuntivamente più rispondente all'interesse del minore quando nel procedimento civile emerge una situazione di violenza domestica o altra forma di violenza di genere – 3. Sulla configurabilità di un diritto alla bi-genitorialità, previsto dalla Costituzione o norme sovranazionali – 4. Il bilanciamento del diritto alla bi-genitorialità con i diritti fondamentali dei minori fra cui salute, sicurezza, libertà di autodeterminazione, e della donna – 5. La compatibilità con i principi costituzionali dei provvedimenti quali l'allontanamento forzoso del minore dal suo abituale ambiente di vita, il suo collocamento in località segreta e il divieto di comunicare: spunti di riflessione di ordine costituzionale – 6. Riflessioni conclusive a partire da un caso risalente, mai scalfito: la dichiarazione di incostituzionalità del reato di plagio - Riferimenti Bibliografici.

1. Premessa sulla collocazione della Convenzione di Istanbul tra le fonti del diritto dell'ordinamento italiano

Rispetto alla tematica della violenza di genere, è fondamentale compiere una premessa di ordine metodologico, che potrebbe apparire scontata agli addetti ai lavori, ma che in realtà, dato l'effettivo andamento della giurisprudenza interna, è molto importante sottolineare in questa sede, sull'efficacia della c.d. Convenzione di Istanbul (Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica) nell'ordinamento italiano. La suddetta Convenzione è stata ratificata con la l. n. 77 del 2013, che contiene anche il relativo ordine di esecuzione, e si colloca, in quanto tale, al di sopra della legge. Essa, pertanto, può costituire parametro interposto nel giudizio di costituzionalità, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., secondo l'inquadramento offerto da consolidata giurisprudenza costituzionale pluridecennale, sorta in riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma esteso però senza distinzioni sin dalle sue origini a tutte le convenzioni internazionali (orientamento inaugurato dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, c.d. sentenze gemelle).

Tale inquadramento produce due ordini di conseguenze: in primo luogo, il legislatore nazionale è vincolato al rispetto di tale Convenzione e a darne attuazione ove necessario, tanto che le leggi nazionali in contrasto con la Convenzione stessa sono incostituzionali, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.; in secondo luogo, laddove possibile in base al

dato letterale della legge italiana, i giudici nazionali sono chiamati a darne una lettura conforme alla Convenzione medesima.

A titolo di completezza, si ricorda che, pur non essendo ancora state sollevate questioni di costituzionalità in riferimento alla Convenzione di Istanbul, essa è stata menzionata dalla Corte costituzionale nelle sentt. n. 236 del 2018 in tema di competenze del giudice ordinario e di pace per lesioni nei confronti del figlio adottivo e naturale e n. 172 del 2014 in tema di stalking, e che la Corte europea dei diritti dell'uomo se ne è avvalsa a titolo interpretativo, per rafforzare il riscontro della violazione del diritto alla vita e al divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti nel giudizio del caso Talpis, in cui l'Italia è stata appunto condannata per violazione degli artt. 2 e 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹. La Convenzione di Istanbul ha infatti un ruolo privilegiato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, anche nei confronti di altri stati oltre all'Italia².

Si è detto che questa premessa non è scontata, ma è fondamentale che codesta Commissione sia consapevole dell'effettiva collocazione della Convenzione di Istanbul nel sistema delle fonti del diritto italiano, perché in realtà, come si dirà nel prossimo paragrafo, la giurisprudenza italiana, per motivi legati all'assenza di una formazione specifica e interdisciplinare dei magistrati, alle carenze organizzativo/strutturali che impediscono un effettivo collegamento fra diversi uffici giurisdizionali, e da ultimo alla difficoltà a reperire consulenti tecnici d'ufficio specializzati in ambito di violenza di genere, fatica a dare applicazione, anche sul piano dell'interpretazione conforme, alle importanti previsioni della Convenzione di Istanbul, la quale rischia pertanto di restare priva di implementazione, traducendosi solo in astratte dichiarazioni di principio.

2. La compatibilità con la Convenzione di Istanbul dell'affido condiviso, quale scelta presuntivamente più rispondente all'interesse del minore quando nel procedimento civile emerge una situazione di violenza domestica o altra forma di violenza di genere

L'attuale normativa, risultata dalla riforma operata con la l. n. 54 del 2006, prevede che il giudice disponga **prioritariamente l'affido condiviso**, a meno che i diritti del minore non richiedano una soluzione diversa; inoltre, prevede che in qualsiasi momento un genitore possa chiedere l'affido esclusivo e che il giudice possa concederlo d'ufficio, qualora ritenga che l'affido condiviso si ponga in contrasto con gli interessi del minore. Nel caso della domanda di un genitore, che risulti dettata da colpa grave o mala fede, peraltro, il giudice può imporre al ricorrente risultato soccombente il risarcimento del danno.

L'affido condiviso è dunque presunto dal legislatore come più confacente all'interesse del minore, salve eccezioni alla luce delle specificità del caso concreto.

Fondamentale ricordare a questo proposito l'art. 31 della Convenzione di Istanbul, in tema di **Custodia dei figli, diritti di visita e sicurezza**, secondo cui:

¹ Causa Talpis c. Italia – Prima Sezione – sentenza 2 marzo 2017 (ricorso n. 41237/14).

² Così v. C. Nardocci, Gender-Based Violence Between the European Convention on Human Rights and the Istanbul Convention, in M. D'Amico – C. Nardocci (a cura di), "Gender-based violence between national and supranational responses: the way forward", in corso di pubblicazione.

“1. Le Parti adottano misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che, al momento di determinare i diritti di custodia e di visita dei figli, siano presi in considerazione gli episodi di violenza che rientrano nel campo di applicazione della presente Convenzione.

2. Le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che l'esercizio dei diritti di visita o di custodia dei figli non comprometta i diritti e la sicurezza della vittima o dei bambini”.

Ciò detto a livello di premessa, la legge n. 54 del 2006, se applicata acriticamente laddove indica come prioritario l'affido condiviso, è ritenuta come molto problematica da molte operatrici di centri antiviolenza; ciò per la difficoltà di dare prova delle violenze poste in essere all'interno della famiglia, specie nei casi, più difficili da far emergere, di violenza psicologica ed economica, oppure per la assenza di una preparazione ad hoc dei consulenti tecnici d'ufficio (come affermato, attraverso l'elaborazione di dati statistici portati da NGOs, dal report del 13 gennaio 2020 della Commissione Grevio), oppure, infine, per i comuni episodi di mancato coordinamento tra giudizio penale e giudizio civile, per cui il giudice della separazione non viene informato di denunce della donna che, sebbene non ancora accertate con sentenza, meriterebbero almeno di essere valutate in sede di separazione con una sinergia tra uffici oggi del tutto assente (nonostante le apprezzabili modifiche introdotte dal c.d. codice rosso, l. n. 69 del 2019)³.

Nel caso in cui emerga una forma di violenza di genere, di quelle previste dalla Convenzione di Istanbul, sarebbe allora particolarmente importante che il giudice civile potesse automaticamente escludere l'affido condiviso, addebitando la separazione al marito (come avvenuto, in caso di violenza fisica, da parte di Cass., sentt. nn. 7388/2017; 6997/2018).

Stigmatizza del resto l'assenza, in Italia, di una legislazione ad hoc per le situazioni di violenza di genere, in presenza di un affido condiviso presuntivamente ritenuto come migliore per il minore da parte del legislatore, proprio il primo report della Commissione Grevio riguardante l'Italia del 13 gennaio 2020 (§180 ss.)⁴. Tale rapporto chiede all'Italia di intervenire con modifiche legislative che consentano al giudice di tenere in considerazione gli episodi di violenza riconducibili a fattispecie della Convenzione di Istanbul e che gli permettano di svolgere una effettiva valutazione del rischio per il minore e la donna di subire violenze con pericolo per la loro salute e la loro stessa vita. Più precisamente, il rapporto sottolinea come in Italia la richiesta da parte della donna dell'affido esclusivo sia spesso causa di vittimizzazione secondaria da parte dell'ex marito, come invece la violenza all'interno della famiglia dovrebbe essere un motivo di attribuzione alla donna della custodia del figlio e come l'affido condiviso imposto dal giudice possa dare adito ad una violenza post separazione molto traumatica per la donna e per i figli, tenuto conto che la violenza di genere di per sé è spia di uno squilibrio tra poteri all'interno della famiglia che è incompatibile con la condivisione dell'affido.

Considerato che la Commissione Grevio monitora l'andamento dell'attuazione della Convenzione di Istanbul da parte dell'Italia, che come noto la ha ratificata nel 2013, soggiacendo dunque al dovere di rispettarla anche ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., nonché degli interessi del minore, dei suoi diritti costituzionali, così come dei diritti

³ Che ha introdotto il nuovo art. 64 bis dips. Att.c.p.p., il quale prevede un obbligo di trasmissione al giudice civile dei provvedimenti adottati in sede penale (ad es. misure cautelari, avviso di conclusione indagini preliminari, sentenza, relativamente a reati indice di violenza di genere).

⁴ Reperibile in: <https://rm.coe.int/grevio-report-italy-first-baseline-evaluation/168099724e>

costituzionali della donna, su un piano costituzionale è fondamentale sottolineare l'importanza, oltre che di riforme e in attesa che esse vengano approvate, che i giudici applichino correttamente le norme già esistenti, implementando il coordinamento tra giudizi civili e penali, evitando di sottoporre la donna e i figli a esami inappropriati dei consulenti tecnici d'ufficio, tenendo conto della violenza di genere intrafamiliare per escludere l'affido condiviso.

3. Sulla configurabilità di un diritto alla bi-genitorialità, previsto dalla Costituzione o norme sovranazionali

La Costituzione italiana non riconosce espressamente il principio o il diritto alla bi-genitorialità, ma l'interesse superiore del minore, che deve essere riconosciuto e tutelato quale preminente rispetto agli altri nel singolo caso sottoposto all'attenzione del giudice.

Cionondimeno, il diritto del minore ad essere educato, istruito e mantenuto da entrambi i genitori (non necessariamente in modo congiunto, ma anche singolarmente) può trarsi dall'**interpretazione sistematica** di una serie di previsioni costituzionali.

A questo proposito è fondamentale il riferimento all'**art. 30 Cost. (unitamente agli artt. 2, 3 e 29 Cost.)**, che espressamente impone prima il dovere e riconosce poi il diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli. La norma, ponendo al suo centro il minore stesso, incardina in capo ai genitori prima di tutto i doveri di cura e solo dopo il diritto di "scegliere come" curarli. Infatti, e non a caso data la delicatezza della materia, questa è l'unica fra le disposizioni costituzionali che anticipa il riferimento al "dovere" rispetto al "diritto" di cura dei genitori nei confronti dei figli.

Questo ordine nel riconoscimento del dovere e poi del diritto non è affatto casuale, poiché al "dovere" di cura dei genitori nei confronti dei figli corrisponde anzitutto l'interesse preminente e concreto di questi ultimi a essere curati (ossia il "diritto" di essere educati, mantenuti e istruiti): **il diritto dei figli, in questo senso, attiva il necessario adempimento del dovere di cura dei genitori** nei loro confronti e impone a questi ultimi di non sovrapporre le proprie esigenze e prospettive alla posizione dei minori.

Ulteriori previsioni, poi, contribuiscono a delineare più specificamente il quadro relativo alla **definizione di un cd. diritto ad essere curato da entrambi i genitori, altrimenti identificabile, in questa accezione, come diritto alla bi-genitorialità**, tema centrale di cui intende occuparsi la Commissione⁵.

In particolare, l'**art. 337-ter (Provvedimenti riguardo ai figli) c.c.** prevede **espressamente** – al contrario delle disposizioni costituzionali - che il "figlio minore ha il diritto di mantenere un **rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori**".

⁵ Oltre ai già citati principi costituzionali e sovranazionali, occorre richiamare alcune previsioni del codice civile che apprestano una tutela specifica per i figli minori, soprattutto in contesti di separazione e conflitto della coppia di genitori, che, evidentemente, reclamano una maggiore attenzione.

I principi di cui all'art. 30 Cost., in particolare, trovano conferma nell'**art. 147 (Dovere verso i figli) c.c.**, che obbliga i genitori non solo a mantenere, istruire ed educare i figli, ma anche ad assisterli moralmente, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni, oltre che nell'**art. 315-bis (Diritti e doveri del figlio) c.c.**, con cui si riconosce al figlio il diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori e anche il diritto di essere ascoltato in tutte le questioni che lo riguardano.

Ancora più rilevante è il nuovo **art. 316 (Responsabilità genitoriale) c.c.** con cui si passa dalle espressioni di "patria potestà" e "potestà genitoriale" alla ben diversa ed **evocativa nozione di "responsabilità genitoriale"**, che riflette la preponderante componente della dimensione del "dovere" rispetto al "diritto" dei genitori.

Tuttavia, questo impianto normativo non può essere inteso come prodromico ad una bi-genitorialità rigidamente paritaria e astratta (come era stato immaginato dal cd. ddl Pillon AS 753 “Norme in materia di affidamento condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità”).

A conferma di ciò, la disposizione codicistica tiene a sottolineare che il giudice debba adottare “i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all’interesse morale e materiale di essa”, valutando “**prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori**”, anche considerando che la stessa “responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori”.

E proprio alla luce delle modalità con cui i genitori esercitano detta responsabilità, a garanzia dei diritti dei figli, il giudice può anche “stabilire che i genitori esercitino la responsabilità genitoriale separatamente”, fino a giungere al **provvedimento di allontanamento del figlio dalla residenza familiare o del genitore** secondo quanto previsto dall’art. 330 (Decadenza dalla responsabilità genitoriale) c.c. oppure al **provvedimento di affidamento a un solo genitore**, laddove “ritenga con provvedimento motivato che l’affidamento all’altro sia contrario all’interesse del minore”, a norma dell’art. 337-quater (Affidamento a un solo genitore e opposizione all’affidamento condiviso).

Da questa disposizione è possibile trarre **conferma** che il diritto alla bi-genitorialità non può prevalere sul principio – sviluppato a livello sovranazionale – del **cd. best interest of the child (superiore interesse del minore)**, che, in quanto tale, impone di tenere sempre in preminente considerazione nell’adozione di tutti i provvedimenti e nelle procedure che li riguardano il concreto interesse dei minori: **nessuna presunzione astratta** dunque, bensì valutazione caso per caso, alla luce delle specificità e peculiarità delle singole fattispecie. Ciò anche (e forse soprattutto) nei casi di “**crisi**” della coppia, laddove i genitori si separino o vivano, nella residenza familiare, situazioni di maltrattamento o violenza.

A tale proposito non si può non menzionare la ben nota **convenzione sui diritti del fanciullo fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata dall’Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176**, che impegna gli Stati membri ad adottare tutti i provvedimenti necessari affinché i fanciulli siano effettivamente tutelati contro ogni forma di discriminazione o sanzione e, a tal fine, stabilisce che in tutte le decisioni a essi relative - di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi – **il loro interesse superiore** debba ricevere una **considerazione preminente**.

A questo proposito, possono essere **significativi alcuni esempi**, che consegnano la **portata concreta del bilanciamento** che deve sempre essere assicurato, in generale, fra il diritto di essere curato dei figli e il dovere-diritto di cura dei genitori:

a) **obbligo di vaccinazione**, per cui fondamentale è la **sentenza n. 5 del 2018**: secondo la Corte costituzionale i valori costituzionali coinvolti sono molteplici e implicano, oltre alla libertà di autodeterminazione individuale nelle scelte inerenti alle cure sanitarie e la tutela della salute individuale e collettiva (tutelate dall’art. 32 Cost.), **anche l’interesse del minore, da perseguirsi anzitutto nell’esercizio del diritto-dovere dei genitori di adottare le condotte idonee a proteggere la salute dei figli (artt. 30 e 31 Cost.), garantendo però che tale libertà non determini scelte potenzialmente pregiudizievoli per la salute del minore;**

b) **adozioni: i limiti di età**: rispetto all’originaria formulazione dell’art. 6, legge n. 184 del 1983, che prevedeva che l’età degli adottanti dovesse superare di almeno diciotto anni e di non più di quaranta anni quella degli adottandi, la Corte con le **sentenze nn. 44 del 1990 e 183 del 1988** ha riconosciuto al giudice la facoltà di tenere conto del concreto interesse del minore anche arrivando a superare quei limiti rigidamente e genericamente posti;

c) pena accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale: **sentenze nn. 31 del 2012 e 7 del 2013**. La Corte dichiara l'illegittimità costituzionale del rigido automatismo dell'applicazione della pena accessoria in caso di commissione del reato di alterazione di stato e di supposizione o soppressione di stato, laddove il giudice soppesi le circostanze della condotta con riferimento alle conseguenze che si determinano in capo al figlio a fronte della decadenza della responsabilità genitoriale;

d) modifica della cornice edittale di un reato: **sentenza n. 236 del 2016**. La Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 567, secondo comma, c.p., nella parte in cui prevede la pena edittale della reclusione da un minimo di cinque a un massimo di quindici anni, anziché la pena edittale della reclusione da un minimo di tre a un massimo di dieci anni, in ragione della analogia con la fattispecie di cui al primo comma e sempre tenendo conto della posizione del minore (caso della commissione del reato di alterazione di stato);

e) garanzia del legame di cura con i genitori detenuti: **sentenze nn. 76 del 2017 e 174 del 2018**. La Corte riconosce l'accesso a determinati benefici per i genitori detenuti per garantire l'effettivo godimento del diritto di cura da parte dei figli e, di conseguenza, l'adempimento dei doveri genitoriali.

4. Il bilanciamento del diritto alla bi-genitorialità con i diritti fondamentali dei minori fra cui salute, sicurezza, libertà di autodeterminazione, e della donna

Alla luce delle considerazioni sopra svolte intorno ai principi che derivano innanzitutto dall'art. 30 Cost., oltre che dagli artt. 2 e 3 Cost. (che riconoscono i diritti inviolabili e i principi di uguaglianza formale e sostanziale, oltre che la dignità sociale), e poi a livello sovranazionale in modo diretto dalla Convenzione sui diritti del fanciullo (cui il nostro ordinamento dà riconoscimento attraverso l'art. 117, primo comma, Cost., che impone il rispetto degli obblighi internazionali), si può individuare **un diritto alla bi-genitorialità dei minori nel senso di un diritto a ricevere le cure da parte di entrambi i genitori, che deve essere garantito nel rispetto del suo preminente interesse, anche (e soprattutto) laddove questi si separino e si determini una condizione di conflitto suscettibile di riverberarsi negativamente sui figli.**

Proprio in ciò risiede la **chiave di lettura** che deve orientare le scelte dei genitori, che non possono sovrapporre le proprie personali impostazioni a discapito della posizione dei figli: **al diritto di essere curati dei figli** (che impone l'adempimento del corrispettivo dovere di cura dei genitori) **corrisponde infatti tutta una serie di diritti fondamentali**, quali innanzitutto quello alla salute e alla libertà di autodeterminazione, che non devono essere compromessi da un diritto alla bi-genitorialità inteso come pretesa di entrambi i genitori (anche separati) a vedersi garantita una posizione rigidamente paritaria che non consenta di garantirli effettivamente ed efficacemente.

In questo ambito, inoltre, il legislatore dovrebbe prendere in considerazione in modo specifico il rapporto tra preminente interesse del minore e bi-genitorialità nei casi di violenza di genere.

I diritti del figlio, in questo stesso delicato ambito, non possono (e non devono) essere contrapposti a quelli della madre: questa operazione peraltro non ha senso, perché nell'interesse del minore vi è innanzitutto quello a preservare l'integrità fisica e psicologica della madre (e del padre), che invece sono minate nel profondo nei casi di violenza domestica e durante le dolorose vicende giudiziarie che ne conseguono. Allo stesso tempo, la donna che ha subito violenza, così come il figlio, è titolare di diritti fondamentali che non possono essere lesi dall'imposizione di una bi-genitorialità contro lo stesso interesse del minore o di una prosecuzione dei rapporti con l'altro genitore, maltrattante. Occorre al proposito dunque sottolineare che violazioni dei diritti della donna vittima di violenza, in

nome di una astratta bi-genitorialità o di una certa idea di famiglia, che continua nonostante la separazione ad essere imposta alla donna, non possono essere giustificate.

Madre e figlio in questi casi sono, oltretutto, spesso vittimizzati due volte, proprio perché l'imposizione di una astratta bi-genitorialità, come modello cui il giudice deve aspirare sempre e comunque, operante attraverso la presunzione che l'affido condiviso sia la scelta migliore per il minore, li sottopone a complessi e sofferti esami da parte di consulenti tecnici d'ufficio spesso poco attrezzati.

La riduzione o eliminazione dei rapporti col padre in questo contesto viene dunque strumentalizzata ai danni della madre, i cui diritti e la cui capacità di riallacciare relazioni e ricostruirsi un'identità, con benessere conseguente per il figlio, sono messi a repentaglio.

Di particolare interesse per l'**intreccio del tema del diritto alla bi-genitorialità nel contesto di maltrattamenti, violenza o separazione dei genitori** risulta la sentenza GUP Roma, 10 dicembre 2019, n. 2422, con cui si è condannato un soggetto per maltrattamenti e violenze ai danni di moglie e figli minori e che affronta il **fenomeno della cd. vittimizzazione secondaria** (ossia le conseguenze negative e ulteriori rispetto al reato principale che si determinano per la vittima: nel caso di specie la donna denunciante, che aveva perso l'affidamento dei figli).

A questo proposito, è fondamentale ribadire che, con specifico riguardo alla posizione del minore e alla tutela dei suoi diritti nel contesto di maltrattamenti e violenza nei suoi confronti e/o della madre, ancora una volta e forse in modo ancora più intenso, il legislatore deve orientare le proprie scelte per disegnare una disciplina il più possibile flessibile, che permetta al giudice di decidere con attenzione rispetto alle concrete esigenze dei minori.

Sia questi ultimi sia le madri, infatti, possono essere oggetto della **cd. vittimizzazione secondaria anche durante il processo civile**, che si aggiunge a quella della violenza domestica, spesso a sua volta accompagnata da **violenza assistita** dei minori.

Un **fenomeno dunque altamente complesso**, quello della tutela del preminente interesse dei minori nello specifico contesto della violenza e dei maltrattamenti familiari, che reclama per definizione **una maggiore sensibilità e consapevolezza dei problemi innanzitutto del legislatore** nell'esercizio del potere legislativo e, conseguentemente, **dei giudici** chiamati ad applicare le disposizioni generali e astratte calandole nei casi concreti che sono chiamati a risolvere.

Proprio i giudici, in particolare, devono effettuare alla luce delle sopra richiamate disposizioni un giudizio approfondito e anche molto doloroso, che deve essere necessariamente motivato laddove si preveda che l'affidamento condiviso, presunto come il più rispondente all'interesse del minore da parte del legislatore, non sia confacente al caso di specie.

Inoltre, proprio nel contesto di violenza domestica, assume un ulteriore ruolo centrale **anche la posizione della madre**, proprio ai fini della concreta valutazione di ciò che è meglio per i figli in rapporto alla decisione di affidamento.

In particolare, occorre considerare l'ipotesi che il **padre maltrattante**, attraverso l'affido condiviso, possa continuare a esercitare un controllo sulla donna e sui figli, oltre che assumere atteggiamenti ulteriormente vendicativi verso la prima, già diretta vittima di violenza.

Anche in questa prospettiva assume un rilievo peculiare la **Convenzione di Istanbul**, se si pensa che essa ha quale obiettivo primario quello di "proteggere le donne da ogni forma di violenza e prevenire, perseguire ed eliminare la violenza contro le donne e la

violenza domestica” e “predisporre un quadro globale, politiche e misure di protezione e di assistenza a favore di tutte le vittime di violenza contro le donne e di violenza domestica” (art. 1). Inoltre, l'**art. 26 (Protezione e supporto ai bambini testimoni di violenza)** specifica che gli Stati membri debbano adottare “le misure legislative e di ogni altro tipo necessarie per garantire che siano debitamente presi in considerazione, nell’ambito dei servizi di protezione e di supporto alle vittime, i diritti e i bisogni dei bambini testimoni di ogni forma di violenza”, così dando specifico rilievo alla cd. violenza assistita.

5. La compatibilità con i principi costituzionali dei provvedimenti quali l’allontanamento forzoso del minore dal suo abituale ambiente di vita, il suo collocamento in località segreta e il divieto di comunicare: spunti di riflessione di ordine costituzionale

Le norme che prevedono l’allontanamento forzoso del minore dal suo abituale ambiente di vita, il suo collocamento in località segreta, il divieto di comunicare sono rispettose del quadro costituzionale nella ipotesi in cui la limitazione dei diritti del minore sia strettamente funzionale alla sua incolumità.

Si tratta di misure gravissime per lo sviluppo della personalità del minore e delle sue relazioni sociali, ad esempio scolastiche o amicali, che possono arrecargli traumi notevoli e difficili da riparare. Pertanto, esse devono trovare bilanciamento nella tutela di fondamentali diritti del solo minore, come la vita o la integrità fisica, o sessuale, e non certo come modalità per estirpare il minore dal legame con uno dei genitori o per tutelare un asserito diritto alla genitorialità di uno dei genitori.

D’altra parte, la strumentalizzazione che l’affido del minore può avere anche al fine di vittimizzazione secondaria della donna è molto nota e dunque è fondamentale che i giudici si avvalgano di consulenze tecniche ad opera di operatori esperti della violenza di genere e del ciclo della violenza. Si coglie quindi l’occasione per ribadire invece che, conformemente peraltro all’art. 31, comma secondo, della Convenzione di Istanbul, l’esercizio dei diritti di visita o di custodia dei figli non deve compromettere i diritti e la sicurezza della vittima o dei bambini.

Ciò precisato, è fondamentale sottolineare, al di fuori dei casi di pericolo gravissimo, l’utilità di provvedimenti quali l’allontanamento dell’uomo maltrattante dalle mura domestiche, anziché l’allontanamento della madre maltrattata. La misura cautelare penale (art. 282-bis e art. 282-ter c.p.p.) e civile (art. 342-bis e art. 342-ter c.p.c.) dell’allontanamento dell’uomo maltrattante, spesso sottoutilizzata, è infatti fondamentale per la donna, la quale non viene allontanata dal luogo in cui aveva sviluppato legami sociali che, una volta cessati i rapporti con l’ex partner, può riprendere, e, per motivi analoghi, per il figlio. Dalle disposizioni richiamate e alla luce dei principi costituzionali e sovranazionali i provvedimenti di allontanamento del minore (così come tutti gli altri provvedimenti e tutte le procedure che lo riguardano) devono considerarsi legittimi e a essi compatibili solo laddove perseguano, in concreto, il suo preminente interesse, senza che possano darsi soluzioni prestabilite o protocolli rigidamente applicativi delle medesime previsioni.

Se dunque è possibile definire un “diritto di essere curato da entrambi i genitori”, o cd. diritto alla bi-genitorialità, esso non deve essere inteso quale “diritto dei genitori”, che si traduca in una astratta e cristallizzata preferenza per l’affido condiviso rigidamente

paritario, che, anzi, può giungere a ledere i diritti dei minori e, anche, della donna che ha(nno) subito o continua(no) a subire violenza domestica.

Nel disciplinare gli strumenti di tutela della famiglia, pure riconosciuta dall'art. 29 Cost., infatti, il legislatore deve tenere conto non solo della necessità di adattare la tutela dei diritti dei singoli all'interno della famiglia al caso concreto, ma anche di quella di non far prevalere la tutela di una certa idea di famiglia sulla tutela effettiva dei diritti dei suoi componenti individualmente considerati.

Come la Corte costituzionale ha espressamente riconosciuto, infatti, **la Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti** (sentenza n. 494 del 2002 e sentenza n. 223 del 2015).

In conclusione, alla luce di quanto detto, si intende chiudere queste riflessioni con **una proposta puntuale**, relativa al dettato legislativo vigente in tema di affidato condiviso. A questo proposito, ferma restando la necessità di una riforma, nella direzione della richiesta del report della Commissione Grevio del 2020, in cui si preveda una eccezione alla regola dell'affido condiviso per i casi di violenza di genere, all'interno dell'art. 155 (Provvedimenti riguardo ai figli) c.c., si sottolinea l'importanza di veicolare, all'interno della magistratura e a rafforzamento delle delibere già adottate dal C.S.M. in questi ultimi anni⁶, una maggiore attenzione ai contenuti della Convenzione di Istanbul, promuovendo ad esempio ulteriori iniziative di formazione su questi temi.

In attesa di una simile riforma, l'art. 155 c.c. pare infatti suscettibile di interpretazione conforme alla Costituzione e all'art. 31, comma primo, della Convenzione di Istanbul. Questa norma, come si è già sottolineato, prevede che "Le Parti adottano misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che, al momento di determinare i diritti di custodia e di visita dei figli, siano presi in considerazione gli episodi di violenza che rientrano nel campo di applicazione della presente Convenzione". Vi sono dunque margini perché l'art. 155 c.c. sia letto come norma che permette al giudice di optare in via preferenziale, in tutti i casi di violenza intrafamiliare da parte dell'uomo maltrattante verso la madre, non per un affidato condiviso, bensì per un affidato esclusivo alla donna che ha subito violenza, senza metterla nella condizione di doverlo chiedere al giudice, sottoponendosi al rischio di vittimizzazione secondaria che comunemente viene messa in atto dal padre a seguito di tale richiesta.

Nel caso in cui questa lettura non paia percorribile al giudice, l'art. 155 c.c. potrebbe costituire oggetto di questione di costituzionalità, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in quanto in contrasto con l'art. 31, primo comma, della Convenzione di Istanbul (parametro interposto del giudizio di costituzionalità), ma anche degli artt. 2, 3 e 30 Cost.

6. Riflessioni conclusive a partire da un caso risalente, mai scalfito: la dichiarazione di incostituzionalità del reato di plagio

In relazione al tema dell'affidamento dei minori e del loro effettivo superiore interesse, ci si deve interrogare a questo punto sulla importanza di uno *sguardo gender sensitive* del diritto, che possa definitivamente sgombrare il campo da prove deficitarie su un piano oggettivo, ma radicate sul pregiudizio culturale, alimentato da teorie non

⁶ Cfr. la risoluzione del 9 maggio 2018.

corroborate su un piano scientifico, a fini (consapevoli o inconsapevoli) di vittimizzazione secondaria.

Non sempre è facile valutare quale sia l'interesse del minore, ma per ogni decisione giurisdizionale, a maggior ragione se indirizzata ad un minore, sono necessari elementi oggettivi, riscontrabili su un piano fattuale e, se riguardanti la sua salute fisica o psicologica, su un piano medico/scientifico.

La violenza, anche psicologica, che la madre ha subito, e a cui il minore ha assistito, sono tra questi. Anche il trattamento violento su un piano psicologico, infatti, è connotato da comportamenti concretamente tenuti dall'uomo maltrattante, che hanno come effetto oggettivo l'annientamento e l'umiliazione costante della donna.

Diverso è il discorso per la c.d. PAS, altrimenti nota come Sindrome dell'Alienazione Parentale. Si tratta di un tema molto frequentemente dibattuto e molto delicato, la cui discussione necessita di un approccio basato su dati oggettivi e scientificamente provabili in giudizio. In assenza di dati scientifici, che dimostrino una volta per tutte la sua esistenza di e la sua effettiva presenza nel minore, nel caso concreto, si tratta di una sindrome che deve essere totalmente irrilevante per il giudice.

L'irrilevanza di sindromi psicologiche non provate e non dimostrabili non costituisce solo un punto di vista, che il giudice può adottare o respingere, ma di un corollario dell'applicazione della legge e di principi costituzionali definiti dalla Corte costituzionale fondamentali, tra cui il principio di determinatezza (ord. n. 24 del 2017).

Fondamentale punto di riferimento, a questo proposito, è costituito dalla sentenza della Corte costituzionale n. 96 del 1981 in tema di plagio.

In questo caso, oggetto del giudizio era l'art. 603 del codice penale (reato di plagio): la norma puniva la condotta di "sottoposizione di una persona al proprio potere in modo da ridurla in *totale stato di soggezione*". Per il giudice che aveva investito della questione la Corte costituzionale, non essendo possibile provare concretamente talo stato, l'accertamento della fattispecie vietata avrebbe affidato all'arbitraria determinazione del giudice l'individuazione in concreto degli elementi costitutivi di un reato ad evento non determinato.

La Corte costituzionale, nell'accogliere, dopo accurata disamina dello stato di avanzamento della scienza, incapace di delineare i contorni della "totale soggezione" e delle condotte con cui poteva essere originata, afferma che sarebbe "*assurdo ritenere che possano considerarsi determinate in coerenza al principio della tassatività della legge, norme che, sebbene concettualmente intellegibili, esprimano situazioni e comportamenti irreali o fantastici o comunque non avverabili e tanto meno concepire disposizioni legislative che inibiscano o ordinino o puniscano fatti che per qualunque nozione ed esperienza devono considerarsi inesistenti o non razionalmente accertabili. La formulazione di siffatte norme sovvertirebbe i più ovvii principi che sovrintendono razionalmente ad ogni sistema legislativo nonché le più elementari nozioni ed insegnamenti intorno alla creazione e alla formazione delle norme giuridiche*". Allo stesso tempo, perché una norma possa essere determinata, e dunque comprensibile da tutti i suoi destinatari, deve regolare un fenomeno "*effettivamente accertabile dall'interprete in base a criteri razionalmente ammissibili allo stato della scienza e dell'esperienza attuale*".

Questa sentenza, anche per la vicinanza tematica con la materia in esame, che vuole la madre come soggiogatrice del minore, sino a indurlo a rifiutare il padre, non può essere dunque accantonata ai giorni nostri, esprimendo un principio indiscusso che, se in materia penale ricopre uno status particolarmente elevato a livello costituzionale, dovrebbe essere

comunque assunto a punto di partenza imprescindibile per l'attività di qualsiasi autorità giurisdizionale, ancor di più se la sua decisione può incidere su diritti fondamentali come quelli del minore ai suoi legami familiari, essenziali per lo sviluppo della sua personalità. Solo sindromi accertabili sia su un piano scientifico a partire da comportamenti concretamente posti in essere, come sono quelli che l'uomo agisce verso la donna, esercitando violenza anche psicologica ma sempre con azioni concrete, infatti, possono giungere a limitare l'arbitrio del giudice, penale o civile che sia, che non può essere totale.

Come affermato dalla Corte costituzionale nella recente sent. n. 1 del 2021⁷, in tema di accesso al patrocinio a spese dello Stato per le donne vittime di violenza, senza limiti di reddito, *“Nel nostro ordinamento giuridico, specialmente negli ultimi anni, è stato dato grande spazio a provvedimenti e misure tesi a garantire una risposta più efficace verso i reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale, considerati di crescente allarme sociale, anche alla luce della maggiore sensibilità culturale e giuridica in materia di violenza contro le donne e i minori. Di qui la volontà di approntare un sistema più efficace per sostenere le vittime, agevolandone il coinvolgimento nell'emersione e nell'accertamento delle condotte penalmente rilevanti”*. E in questo senso che occorre procedere, tenendo saldo il principio espresso dalla sentenza costituzionale sul plagio e sviluppando, attraverso gli strumenti già in nostro possesso ed eventualmente altri che verranno, una “maggiore sensibilità culturale e giuridica”.

In questo senso, particolarmente significative sono le parole della *concurring opinion* del giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo Pinto de Albuquerque, nella sentenza «Valiulienė v. Lituania»⁸. Nel caso, che vede agire come ricorrente una donna lituana vittima di ripetute violenze fisiche e psicologiche del coniuge, a seguito di denuncia le istituzioni rimangono in un primo momento inerti ed il reato viene dichiarato prescritto, come in molti casi in Lituania, perché i termini di prescrizione per reati di violenza contro le donne sono molto brevi. La Corte europea giunge quindi ad una condanna per violazione dell'art. 3 della Cedu (divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti) a seguito di inquadramento della violenza perpetrata come atto inumano e degradante. Secondo il giudice Pinto de Albuquerque, l'effetto utile dell'applicazione in ambito di violenza domestica della Cedu *“può essere raggiunto solo con una interpretazione e applicazione «gender-sensitive» delle sue previsioni, che tenga conto delle ineguaglianze di fatto tra donna e uomo e del loro impatto sulla vita delle donne. In questa luce, è auto-evidente che la natura profonda della violenza di genere riposa sulla umiliazione intima e sullo svilimento interiore della vittima, che sono esattamente gli scopi a cui l'aggressore mira”*.

Riferimenti Bibliografici

M. BESSONE, “Art. 30-31”, in G. BRANCA (a cura di), Commentario della Costituzione, Zanichelli, Bologna, 1976.

⁷ Significative anche le sentt. nn.

⁸ Ric. n. 33234/07, 26 giugno 2013, seconda sezione.

F. BIONDI, “Quale modello costituzionale”, in F. GIUFFRÉ - I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014.

G. BRUNELLI, “Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge”, in *Quaderni costituzionali*, 2007, III.

A. D’ALOIA - A. ROMANO, “I figli e la responsabilità genitoriale nella Costituzione (art. 30 Cost.)”, in G. F. BASINI - G. BONILINI - P. CENDON - M. CONFORTINI (a cura di), *Codice commentato dei minori e dei soggetti deboli*, Utet, Torino, 2011.

M. D’AMICO, “L’incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa”, in *Call for papers The italian law no. 40/2004, ten years later – La legge 40/2004 dieci anni dopo*, *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2014, II.

M. D’AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, FrancoAngeli, Milano, 2016.

M. D’AMICO, “Articolo 3”, in F. Clementi – L. Cuocolo – F. Rosa – G. E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, 2018, Vol. I, Il Mulino, Bologna.

M. D’AMICO, “Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne”, Raffaello Cortina editore, Milano, 2020.

M. D’Amico – C. Nardocci (a cura di), “Gender-based violence between national and supranational responses: the way forward”, in corso di pubblicazione

E. LAMARQUE, “Art. 30”, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, vol. I.

S. LEONE, “Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento”, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2018, I.

B. LIBERALI, “Dignità umana e libertà sessuale nella prostituzione libera e consapevole: interpretazione evolutiva o anacronismo legislativo?”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, III, 1670 ss.

B. LIBERALI, “(Prima) il dovere e (poi) il diritto: alla ricerca degli ‘ossimori costituzionali’ nella cura dei figli”, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2018, III.

B. LIBERALI, “Le nuove dimensioni del volto costituzionale del sistema penale (sentenza n. 236 del 2016)”, in *Quad. cost.*, 2017, II.

B. LIBERALI, “L’adozione dei single e delle coppie omosessuali”, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2013, II.

R. LUBERTI – C. GRAPPOLINI (a cura di), *Violenza assistita, separazioni traumatiche, maltrattamenti multipli. Percorsi di protezione e di cura con bambini e adulti*, Erickson, Trento, 2017.

M. MANETTI, “Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali”, in *Rivista AIC*, 2010, 0.

M. MANTOVANI, “La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull’art. 569 c.p.”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, I.

G. MATUCCI, “Lo statuto costituzionale del minore d’età”, Cedam, Padova, 2015.

F. PATERNITI, “Lo status costituzionale dei figli”, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2013, II.

I. PELLIZZONE, “Violenza di genere e Covid/19: impatto sulle donne e sui minori delle misure restrittive in una prospettiva di diritto costituzionale”, in corso di pubblicazione.

I. PELLIZZONE, “Positive obligations, due diligence of the states and outcomes of the Osman test in matter of gender-based violence cases: first steps for a gender-sensitive approach?”, in M. D’Amico – C. Nardocci (a cura di), “Gender-based violence between national and supranational responses: the way forward”, in corso di pubblicazione.

I. PELLIZZONE, “Violenza di genere e diritto: non basta reprimere, occorre prevenire”, in *Atlante* (Treccani), 27.9.2020

I. PELLIZZONE, “Il riconoscimento della ‘libertà di scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli’”, in M. D’Amico – P. Costantini (a cura di), *L’incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa. Analisi critica e materiali*, Milano, FrancoAngeli, 2014.

B. PEZZINI – A. LORENZETTI (a cura di), *La violenza di genere dal Codice rocco al Codice rosso. Un itinerario di riflessione plurale attraverso la complessità del fenomeno*, Giappichelli, Torino, 2020.

F. ROIA, *Crimini contro le donne. Politiche, leggi, buone pratiche*, FrancoAngeli, Milano, 2017.

M. SESTA - A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l’affidamento dei figli*, Giuffrè, Milano, 2016.