

Affido dei minori e C.t.u. onnipotenti: indicazioni di metodo dalla Corte di cassazione per far fronte ad un fenomeno che danneggia le donne

Manuela Ulivi*, Irene Pellizzone**

1. Introduzione

Con queste brevi riflessioni, ci si intende soffermare sulle prospettive di metodo aperte da una interessante ordinanza della Corte di cassazione (n. 13217/21), che merita particolare attenzione rispetto alla questione, oggi assai dibattuta, del ruolo delle consulenze tecniche d'ufficio (di seguito: c.t.u.) in materia di affido dei minori.

Tale decisione, infatti, offre all'autorità giudicante criteri per una corretta valutazione degli elementi di fatto e di diritto del singolo caso, sviscerandoli a partire dal fenomeno, ricorrente nella prassi giudiziaria, di quello che si può definire l'"abuso di c.t.u.": ci si riferisce, in altre parole, alla delega del giudice agli esiti di una c.t.u. che tutto può, fagocitando quegli elementi di fatto che sono indispensabili a dare concretezza alla tutela del superiore interesse del minore e di riflesso della madre, danneggiata indirettamente dalla persistenza di alcuni stereotipi di genere introiettati dalle stesse c.t.u. e poi dalla sentenza (ma, come vedremo, anche dalle difese legali).

2. Il fatto e il giudizio di merito

La controversia inizia davanti al Tribunale di Treviso, chiamato a decidere sull'istanza presentata dal padre, che mira ad ottenere un affido "super-esclusivo" della figlia, riconosciuta qualche anno prima e affidata ad entrambi i genitori con collocamento presso la madre. L'autorità giudiziaria investita della decisione emette, a seguito di due c.t.u., un provvedimento di affido esclusivo della figlia minore al padre, capovolgendo una precedente decisione del 2016.

La madre impugna pertanto la sentenza, e così anche il padre: quest'ultimo agisce con l'intento di ottenere l'affido "super-esclusivo" della figlia e importanti limitazioni dei suoi contatti con la madre: attraverso la disposizione di visite protette della minore con la madre, con esclusione del pernottamento della figlia presso di lei, nonché la revoca del suo

* Avvocata presso il Foro di Milano.

** Professoressa Associata di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano (irene.pellizzone@unimi.it).

contribuito al mantenimento della minore, disposto comunque a suo carico e a favore della madre in primo grado. Questo aspetto del ricorso induce a ipotizzare che la madre sia priva di mezzi economici sufficienti per ottenere l'assegno perequativo per la figlia, pur in presenza di un affidamento esclusivo al padre.

La madre, per parte sua, impugna la sentenza del tribunale di Treviso, chiedendo la modifica del decreto con pronuncia di affidamento della minore ad entrambi i genitori e collocazione prevalente presso di lei.

La Corte d'appello di Venezia respinge il reclamo della madre, accogliendo totalmente le richieste paterne sulla base di quanto emerso dalla prima c.t.u. svolta in primo grado, e cioè: una scarsa flessibilità della madre ad accettare il ripristino delle relazioni padre e figlia, relazione fondata su elevata tensione anche in presenza della minore.

Ad ulteriore sostegno della propria motivazione la Corte si richiama anche alla seconda c.t.u. effettuata in prime cure, che aveva suggerito l'affidamento super-esclusivo, ritenendo il comportamento della madre a rischio di alienazione dei rapporti con il padre. Viene aggiunto anche che la madre "*sembrava affetta dalla cd. sindrome della madre malevola*". Va precisato che la stessa c.t.u. aveva riconosciuto l'esistenza di un sufficiente rapporto di accudimento da parte della madre verso la minore, ma "accusa" la stessa di una condotta tendente ad impedire al padre un normale e affettuoso rapporto con la minore, con comportamenti volti ad estraniarlo da ogni scelta relativa alla bambina. Facendo così riferimento a risultanze cliniche non motivatamente contrastate con elementi probatori, la Corte d'Appello di Venezia ha ritenuto provata la volontà della madre di estraniare la minore dal padre e riteneva corretto stabilire l'affidamento super-esclusivo al padre.

3. Osservazioni su procedimento e impugnazione

La prima osservazione da effettuare attiene al verificarsi del problematico utilizzo, invero ricorrente, da parte del giudice, delle valutazioni peritali: come spesso accade nella maggior parte dei casi di grave contrasto sull'affidamento dei minori, il giudice **delega** la valutazione dei fatti a periti. Anziché acquisire dai periti elementi fattuali che lo portino a decidere nel merito della controversia, **il giudice dispone una c.t.u. o richiede una relazione ai servizi sociali che accerti le capacità genitoriali delle parti.** In questo modo, si demanda agli esperti una valutazione tutto tondo che coincide con la soluzione del caso.

In secondo luogo, altrettanto frequentemente, sulla scia di questo modo di procedere, accade che il giudice chieda una seconda consulenza, perché ha avuto una prima valutazione non del tutto positiva nei confronti di madri, che tendono a proteggere i minori perché non si fidano del comportamento dei padri per varie ragioni, tra cui le principali sono quelle di avere avuto esperienze precedenti non positive, se non per vere e proprie violenze da parte dell'altro genitore. La seconda c.t.u., così impostata, viene disposta ricalcando la precedente, di cui si cercano infatti conferme rispetto a quanto già affermato o ipotizzato rispetto ad un comportamento scorretto della madre.

La difesa della madre denuncia dunque, in questo quadro:

a) l'acritica adesione da parte del giudice di merito alle due c.t.u. che risultavano fondate sulla diagnosi della cd. PAS, anche se non in modo esplicito;

- b) la mancata verifica dell'attendibilità scientifica della teoria della diagnosi della sindrome della "madre malevola", senza dati clinici;
- c) che non è stata fatta alcuna valutazione comparativa degli effetti sulla minore del trauma dell'allontanamento dalla casa familiare rispetto al beneficio atteso;
- d) la violazione della Convenzione internazionale di New York sui diritti del fanciullo, negli articoli 3-6, relativi al superiore interesse del minore, al suo diritto ad essere ascoltato da parte del giudice, ai doveri dei genitori per tutelarne il benessere e al suo diritto alla vita, e della Convenzione europea di Strasburgo, oltre che dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 337octies cod. civ., sui poteri del giudice rispetto all'ascolto del minore.

4. *Le carenze individuate dalla Cassazione*

“Il giudice di merito è tenuto ad accertare la veridicità del fatto dei comportamenti denunciati come volontà di allontanamento morale e materiale del figlio da sé, sindrome da alienazione parentale (PAS), utilizzando comuni mezzi di prova tipici e specifici della materia, non teorie discutibili e prive di elementi di fatto verificabili”.

Questa perentoria affermazione di principio della Suprema Corte mette in discussione in modo significativo quanto l'Associazione Italiana degli avvocati per la famiglia e per i minori (Aiaf) ha già contestato da anni, come confermato da ultimo nel “Manifesto per la riforma della giustizia familiare”, in tema di processo civile, con particolare riguardo ai diritti delle relazioni familiari. Rispetto a Consulenza Tecnica e Servizi Sociali, si chiede infatti nel Manifesto che questi ultimi siano esclusi “*dallo svolgimento di qualsivoglia attività di valutazione delle capacità genitoriali e/o di accertamento*”. E poi viene ritenuto necessario disporre il “*Divieto di delegare al CTU ogni e qualunque decisione in punto responsabilità genitoriale, modalità di accudimento e tempi di permanenza*”.

Si sta quindi imponendo, finalmente, un onere della prova più rigoroso e avulso da pregiudizi o giudizi basati su teorie discutibili e prive di riscontro fattuale, quale è oramai assodato essere quella della alienazione parentale.

Viene poi richiesta una altrettanto rigorosa motivazione di provvedimenti che possono incidere in modo devastante sulla vita di un minore, rispetto alla quale la Suprema Corte indica i principali elementi della corretta interpretazione della norma in tema di affido.

Innanzitutto si afferma come il criterio fondamentale di queste decisioni debba essere rappresentato dall'**esclusivo interesse morale e materiale della prole**, principio cardine da seguire nella valutazione di ciascun caso.

Non solo. In scia con tali affermazioni di natura generale, nella sua ordinanza la Cassazione indica i criteri di individuazione degli elementi fondamentali specifici che vanno a comporre questo interesse:

- 1) privilegiare il genitore che appaia più idoneo a ridurre al massimo il pregiudizio derivante dalla disgregazione familiare;
- 2) effettuare un giudizio prognostico circa la capacità del padre o della madre di crescere ed educare il figlio, da fondarsi sulle modalità con cui il medesimo ha svolto in passato il proprio ruolo;

- 3) fare particolare riferimento alle capacità di relazione affettiva, di comprensione, di educazione, di disponibilità ad un assiduo rapporto;
- 4) fare un apprezzamento della personalità del genitore, delle sue consuetudini di vita e dell'ambiente che è in grado di offrire al minore

Una motivazione che conduca alla decisione attraverso la valutazione di questi criteri per stabilire il migliore affidamento della prole, dando quindi conto delle ragioni della decisione adottata, è un apprezzamento di fatto non suscettibile di censura in sede di legittimità.

Così non è tuttavia avvenuto nella decisione di specie, che la Cassazione cassa con rinvio ad altra Corte d'Appello (Brescia) poiché ritiene che la Corte veneziana non abbia:

- 1) garantito il migliore sviluppo della personalità del minore, quando ha escluso un affidamento condiviso facendo riferimento ad un'astratta prognosi sulle capacità genitoriali della madre, per il solo fatto che la stessa avrebbe tentato di impedire in qualche occasione un incontro tra padre e figlia;
- 2) valorizzato il positivo rapporto di accudimento intrattenuto dalla madre con la minore, di fatto scoprendo che il giudizio sulla sua idoneità è stato incentrato solo sul disvalore attribuito alla asserita PAS. Il tutto in mancanza di oggettive condotte di trascuratezza o incuria verso la minore.

Si parla pertanto di ***“implausibile sillogismo la cui premessa principale è costituita da un ingiustificato severo stigma di comportamento della madre fondato su un mero postulato.”*** Sillogismo da cui viene tratta la conclusione del giudice di merito, qui censurato in modo marcato dalla Cassazione, per cui il padre sarebbe l'unico genitore in grado di dare equilibrio e serenità alla bambina.

La Suprema Corte arriva, anzi, al punto di definire la valutazione della Corte d'Appello come una inammissibile forma di “tatertyp”, in modo certamente inaspettato per gli addetti ai lavori, data la particolarità di questa citazione in materia di punizioni. Perché di questo si tratta, quando le madri osano dissentire in sede di valutazione della loro personalità, magari mettendo in discussione domande o affermazioni, oppure ancora indicazioni di c.t.u. “onnipotenti”, quando i giudici si appoggiano acriticamente alle loro affermazioni e conclusioni.

In questo caso, riferendosi al concetto di tatertyp, il giudice di legittimità induce a riflettere con un interessante spunto di riflessione su una dinamica più nota in ambito penale: quella per cui l'autore del reato può essere assoggettato a pena non tanto per il fatto commesso, quanto per il modo di essere della persona: *“Al proposito, invero, si parla di diritto penale del nemico o di diritto penale d'autore, formule equivalenti che evocano il fatto che ciò che è punibile non è più il reato ma il reo e, nello specifico, per “quello che è” non per “quello che fa”; ciò in contrasto con un sistema improntato sul diritto penale del fatto e della colpevolezza. In tale ottica, il leit motiv è dato dall'appartenenza del nemico ad un gruppo identitario, al modello penale nazista del “tipo normativo di autore” (Tatertyp); il presupposto della colpevolezza di autore è che l'oggetto del rimprovero consiste nell'aver informato la propria vita al crimine, nell'essere piuttosto che nel commettere, mentre il fatto tipico costituisce null'altro che il sintomo di tale personalità”* (così E. Stanig, Eva Stanig, "Il nuovo diritto penale d'autore", in: Paolo Pittaro (a cura di), "Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?", Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste, 2012).

Si tratta di una dinamica molto pericolosa, tanto che gli stessi avvocati sono a volte condizionati dal rischio di incorrere in questa forma di giudizio, fino al punto di maturare timori ad affrontare in modo aperto e combattivo una consulenza, proprio per le conseguenze che potrebbero derivare alla propria assistita in caso di “eccesso” di difesa, con ripercussioni negative su tutta la difesa e sulla conclusione del procedimento di affido. Spesso si finisce, insomma, per indulgere in una sorta di cautela nel tutelare i diritti delle madri, portate ad essere remissive di fronte a chi può indurre il giudice a decisioni radicali e devastanti.

5. Conclusioni: una pronuncia che dà speranza per il futuro?

Concludendo con qualche breve considerazione, ecco quello che l'ordinanza stigmatizza, e che nella realtà delle aule di giustizia si verifica: a fronte di una madre imperfetta (come nel caso di specie, in cui ha asprezze caratteriali e in effetti pare provato che abbia cercato di intralciare i rapporti col padre), il giudizio non deve essere segnato. L'imperfezione non equivale a non-idoneità ad essere e fare il genitore: i fatti possono dire che la madre non danneggia il minore, che anzi è legato a lei, ad esempio (come nel caso di specie) perchè lo accudisce.

Del resto, è il superiore interesse del minore a spingere in questa direzione. Anche se non vi è violenza nei confronti della donna, come nel caso di specie, il giudice non deve introiettare nella sua valutazione stereotipi, abdicando al suo ruolo: fatti, diritto ed eventualmente scienza, come supporto per interpretarli, ma in via sussidiaria e in modo oggettivo. Tutto questo dovrebbe essere ovvio, ce lo dice l'art. 111 Cost., è il giusto processo, ma anche l'art. 24 Cost., sul diritto difesa rileva, oltre al superiore interesse del minore.

Tuttavia non solo non è scontato, ma è infrequente, anche a causa della carenza di un approccio gender sensitive, che è invece fondamentale iniziare a non solo a conoscere, ma anche a chiamare col suo nome, in quanto elemento essenziale per promuovere in modo effettivo i diritti delle donne e dei minori.