

## L'affido “super esclusivo” in armonia con il diritto sovranazionale. Note a margine di una recente sentenza del Tribunale di Palmi

*Dott. Paolo Gambatesa\**

SOMMARIO: 1. Premessa sui fatti oggetto di causa. – 2. Il ruolo dei fatti penalmente rilevanti nell'ambito del giudizio di separazione. – 3. L'affido dei figli minori e l'incidenza del diritto sovranazionale. – 4. Brevi considerazioni conclusive.

### 1. Premessa sui fatti oggetto di causa

Nell'ambito delle pronunce civilistiche in tema di violenza contro le donne, di particolare interesse è la recente pronuncia del Tribunale di Palmi, resa all'esito della camera di consiglio del 10 dicembre 2021<sup>1</sup>.

Il giudizio di primo grado viene instaurato a seguito delle domande giudiziali proposte da una donna vittima di violenza, al fine di ottenere la separazione con addebito al marito, l'affidamento esclusivo dei tre figli minori e una somma a titolo di mantenimento della stessa parte attrice e dei figli.

In particolare, a rendere intollerabile e impossibile la continuazione del rapporto coniugale erano stati i plurimi atti di violenza fisica, sessuale, psicologica ed economica, realizzati nel corso degli anni dal marito, molti dei quali anche alla presenza dei figli minori.

L'uomo convenuto in giudizio si opponeva a tali richieste e, di contro, chiedeva in sede riconvenzionale che l'addebito della separazione fosse da attribuirsi alla moglie, dal momento che a subire forme di violenza sarebbe stato lui, e non già la moglie. Su questo presupposto, in origine domandava anche che fosse disposta a suo favore l'affido dei figli. Tuttavia, in sede di precisazione delle conclusioni egli modificava parzialmente quanto richiesto nella comparsa di risposta, limitandosi a chiedere che la separazione non fosse disposta a carico di nessuno dei due coniugi.

Quanto all'esito del giudizio, il Tribunale di Palmi rigetta le pretese avanzate dal convenuto e dispone la separazione dei coniugi, addebitandola solo a quest'ultimo. In

---

\* Dottorando in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano (paolo.gambatesa@unimi.it).

<sup>1</sup> È possibile leggere la pronuncia sul sito web dell'Osservatorio Violenza sulle Donne – Università degli Studi di Milano, <https://ovd.unimi.it/>

aggiunta, l'autorità giurisdizionale ordina che i figli vengano affidati esclusivamente alla madre, alla quale però non spetterà nessuna somma a titolo di mantenimento, data la sostanziale impossibilità del marito nel provvedervi. Pur tuttavia, in capo al padre graverà comunque l'onere di mantenere i figli minori.

## **2. Il ruolo dei fatti penalmente rilevanti nell'ambito del giudizio di separazione**

Quanto alla domanda di separazione, il giudice di prime cure la accoglie, ritenendo che nel caso di specie siano incontrovertibili i segnali che portano a considerare rotto il legame affettivo tra i coniugi, i quali – peraltro – già da tempo non vivevano più sotto il medesimo tetto.

In aggiunta, poi, viene ritenuta fondata la richiesta di parte attrice, formulata a norma dell'art. 151, comma 2, cod. civ., di addebitare la separazione al marito.

In tema di addebito, il Tribunale, richiamando precedenti ormai consolidati del Giudice di legittimità<sup>2</sup>, ricorda che il giudizio sulla sua sussistenza non dovrà essere ricollegato alla sola inosservanza dei doveri coniugali da parte del coniuge cui si vuole addebitare la separazione, ma occorrerà dimostrare che quest'ultimo, con i suoi comportamenti, ha effettivamente reso intollerabile la convivenza e compromesso l'educazione dei figli.

Al fine di valutare in concreto gli elementi che integrano tale forma di responsabilità con riguardo alla separazione, la Corte di primo grado ritiene rilevanti i molteplici atti di violenza perpetrati ai danni della ricorrente.

Tra questi, nella pronuncia in commento si dà conto delle pressioni psicologiche e delle violenze verbali cui la donna era ripetutamente sottoposta, oppure delle manifestazioni di gelosia che limitavano fortemente la vita della stessa, come la possibilità di uscire di casa da sola o di ricevere visite esterne nell'abitazione. In aggiunta, viene riportato un episodio di violenza sessuale, verificatosi nel luglio 2016 alla presenza dei figli più piccoli, a seguito del quale la donna denunciava l'accaduto e le autorità disponevano a carico del marito misure cautelari custodiali, nonché la limitazione della responsabilità genitoriale dei figli minori.

In sintesi, ad avviso dei giudici di primo grado, il convenuto ha mantenuto un atteggiamento "aggressivo", "controllante" ed "ingiurioso" nei confronti della ricorrente, che spesso ha trovato esito in comprovati atti di violenza psicologica, fisica, sessuale ed economica.

Un aspetto di particolare interesse che approfondisce la pronuncia *de qua* concerne proprio la valutazione di fatti, esterni al suo giudizio, quali quelli sino ad ora descritti, il cui esame è riservato al giudice penale, che però inevitabilmente finiscono per assumere rilievo anche nell'ambito del giudizio civile. Con la precisazione che, in quest'ultima sede, il giudice rinuncia alla pretesa di trovare le "dirette" conseguenze giuridiche per i fatti penalmente rilevanti che hanno dato origine alle violenze suddette, ma il loro accertamento è funzionale, seppur in via "indiretta", allo scrutinio sull'addebito della separazione e sull'affidamento dei minori.

---

<sup>2</sup> *Ex multis*, Cass., sez. I, sentenza del 18/11/2013, n. 25843, e Cass., sez. I, sentenza del 5/8/2004, n. 15101.

Su questo solco, anzitutto, non può che evidenziarsi un saldo e ricco apparato probatorio utilizzato dall'autorità giurisdizionale, che, come anticipato, determina una più che certa responsabilità del marito nell'aver reso "intollerabile" la continuazione del rapporto affettivo, oltre che della coabitazione degli stessi.

Tra le varie tipologie di violenze agite, il Tribunale riconosce che già solo le "condotte di matrice psicologica consentono di ritenere fondata la pronuncia di addebito: gli episodi di violenza diretta di tipo fisico (sulla cui consistenza sarà chiamato a decidere il giudice penale) sopra riportati, altro ruolo non hanno se non quello di meglio fotografare i soprusi e le prevaricazioni che sono stati pervicacemente esercitati nei confronti della ricorrente"<sup>3</sup>.

E, sulla scorta di quest'ultima considerazione, il tribunale, ai fini della pronuncia di addebito, decide di considerare rilevanti tutte le forme di violenza perpetrate ai danni della donna (v. fisica; v. sessuale; v. psicologica; v. economica), pur potendo basare tale decisione su una sola di queste.

Inoltre, in tema di "connessione" tra procedimenti interviene anche il Rapporto del Grevio, che ha precisato come nell'ordinamento nazionale italiano mancassero strumenti di raccordo tra i procedimenti *ad hoc* instaurati per giudicare sulle violenze perpetrate a danno delle donne. Sul punto, va poi menzionato che il c.d. codice rosso<sup>4</sup>, l. del 19 luglio 2019, n. 69 che all'art. 14 introduce l'art. 64-*bis* del cod. di proc. pen.<sup>5</sup>, il quale dispone la trasmissione degli atti dal giudice penale a quello civile, che dovrà statuire sull'affido dei minori.

### 3. L'affido dei figli minori e l'incidenza del diritto sovranazionale

La seconda domanda giudiziale sottoposta al vaglio del Tribunale di Palmi ha ad oggetto l'affidamento della prole.

Come già ricordato (cfr. *supra* §2), già in epoca antecedente all'instaurazione del giudizio al cui esito si colloca la sentenza in commento, nei confronti del convenuto era stato disposto un provvedimento di limitazione della responsabilità genitoriale, cui però – occorre specificare – non aveva fatto seguito un provvedimento di decadenza dalla stessa, ciò in ragione del fatto che il giudice istruttore, con il decreto del 22 maggio 2020, aveva ritenuto insussistenti gli elementi per questo secondo, e più incisivo, atto.

---

<sup>3</sup> Tribunale di Palmi, *cit.*, p. VII.

<sup>4</sup> A commento v. P. DI NICOLA TRAVAGLINI, F. MENDITTO, *Codice Rosso. Il contrasto alla violenza di genere: dalle fonti sovranazionali agli strumenti applicativi*, Giuffrè, Milano, 2020.

<sup>5</sup> Alla disposizione del codice di rito menzionata si legge: "Ai fini della decisione dei procedimenti di separazione personale dei coniugi o delle cause relative ai figli minori di età o all'esercizio della potestà genitoriale, copia delle ordinanze che applicano misure cautelari personali o ne dispongono la sostituzione o la revoca, dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, del provvedimento con il quale è disposta l'archiviazione e della sentenza emessi nei confronti di una delle parti in relazione ai reati previsti dagli articoli 572, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, 612-bis e 612-ter del codice penale, nonché dagli articoli 582 e 583-quinquies del codice penale nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, del codice penale è trasmessa senza ritardo al giudice civile precedente".

Sulla questione legata alla relazione che debba intercorrere tra i figli e i genitori ritorna anche il Tribunale di Palmi, ma questa volta il tema è affrontato nella prospettiva dell'affido dei minori, e non già quello della responsabilità genitoriale, che non subisce modificazioni a seguito delle statuizioni qui in discorso.

Ed in particolare, sulla base del quadro fattuale delle vicende familiari, sul cui sfondo – come si è già ricordato – si collocano le numerose forme di violenza subite dalla madre e a cui hanno assistito gli stessi figli, si fonda la decisione dell'organo giudicante di non affidare i figli al padre. Ciò a motivo del fatto che i comportamenti violenti assunti dal padre *“trasmettono e fanno introiettare alla prole modelli valoriali errati, fondati sulla inferiorità di genere e sulla prevaricazione costante oltre che, ovviamente, sulla violenza”*<sup>6</sup>.

A provvedere, dunque, alla cura e all'educazione dei figli sarà la madre, nei cui confronti viene disposto l'affido *“super” esclusivo*, a norma dell'art. 337-*quater* cod. civ.

È questa la soluzione cui il Tribunale giunge a seguito dell'operazione di bilanciamento tra, il diritto all'incolumità psichica e fisica della donna e dei minori, da un lato, e, il diritto alla bigenitorialità dell'uomo maltrattante<sup>7</sup>, dall'altro, che si conclude con la prevalenza del primo sul secondo.

Il giudizio di bilanciamento – come ricorda la Corte costituzionale nella nota pronuncia n. 85 del 2013 – è per definizione *dinamico e non prefissato in anticipo*, proprio in virtù del fatto che opera tra diritti fondamentali che non sono *“assoluti”*, e per questo esso deve svolgersi sulla base dei criteri di proporzionalità e di ragionevolezza<sup>8</sup>.

In ossequio a questo fondamentale insegnamento della Corte costituzionale, nel caso di specie, la tecnica del bilanciamento trova esito in una *“prevalenza”* che, proprio in virtù dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza, non si traduce in una totale revoca dei diritti e delle pretese del genitore non affidatario nei confronti della prole.

---

<sup>6</sup> Tribunale di Palmi, *cit.*, p. XII.

<sup>7</sup> Sugli incerti (se non addirittura inesistenti) *“confini”* costituzionali del preteso diritto alla bigenitorialità v., M. D'AMICO, *Audizione dinanzi alla “Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere”*, disponibile sul sito web dell'Osservatorio Violenza sulle Donne – Università degli Studi di Milano, <https://ovd.unimi.it/>

<sup>8</sup> La pronuncia interviene in materia ambientale, in particolare con riferimento al caso ILVA, sui profili di merito si v. G. ARCONZO, *Il decreto legge “ad Ilvam” approda alla Corte costituzionale: osservazioni preliminari al giudizio di costituzionalità*, in *Riv. di dir. pen. cont.*, n. 1/2013, p. 28 ss. Per quel che concerne le statuizioni del Giudice costituzionale qui richiamate, v. pt. n. 9 del *Considerato in diritto*, ove si legge: *“Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona.*

*Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una “rigida” gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”.*

I diritti di quest'ultimo, infatti, non vengono sospesi “*sine die*” e si prevede che egli avrà occasione di incontrare periodicamente i figli in modalità protette, e cioè sotto la supervisione degli operatori del consultorio familiare. Ciò sino a quando egli non dimostrerà di essersi reso “*parte attiva di un percorso di sostegno psicologico teso alla acquisizione di corrette dinamiche comportamentali nei confronti dei terzi e, in particolare, nei confronti del nucleo familiare*”. Nonostante il descritto regime di restrizioni, il padre dovrà comunque vigilare sull'istruzione e l'educazione che, in sua assenza, viene impartita ai figli, potendo esperire un ricorso al giudice, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 337-*quater* cod. civ., laddove dovesse ritenere che il genitore affidatario abbia assunto scelte che nuocciano alla sana crescita dei minori.

L'aspetto di maggior rilievo, ad avviso di chi scrive, della sentenza del Tribunale di Palmi concerne il preminente ruolo del diritto sovranazionale, giocato in sede interpretativa, nell'orientare l'attività di bilanciamento dei confliggenti diritti del presente caso.

In primis, il Tribunale invoca l'art. 31 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, anche nota come Convenzione di Istanbul<sup>10</sup>, che sotto la rubrica “*custodia dei figli, diritti di visita e sicurezza*”, al par. 1, obbliga le Parti contraenti all'adozione di misure legislative atte tenere in debita considerazione le violenze realizzate ai danni della madre, anche laddove si faccia questione dei diritti di custodia e di visita dei minori. Nel paragrafo successivo, l'intervento legislativo è richiesto anche “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”.

La particolare pregnanza di quanto disposto dalla Convenzione di Istanbul sancisce, in una prospettiva integrata, una notevole espansione delle tutele che si sviluppano intorno ai diritti fondamentali delle donne vittime di violenza. A ben vedere, infatti, tali fonti del diritto “esterne”, per il tramite norme (talvolta anche di natura meramente programmatica) pongono dei veri obblighi *positivi* di protezione in capo agli Stati<sup>11</sup>.

Un primo effetto che si produce nel sistema giuridico nazionale è evidente: migliorare la legislazione che concretizza e rende effettiva la protezione dei diritti.

Inoltre, si noti come a definire i “contorni” di tali obbligazioni internazionali intervenga anche una disposizione costituzionale, l'art. 117, comma primo, che prescrive che “[l]a potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dell'ordinamento comunitario e dagli *obblighi internazionali*” (corsivo aggiunto).

Conseguentemente, per effetto dell'art. 117, comma primo, Cost., il diritto internazionale pattizio esplica i suoi effetti anche nelle controversie ove si debba fare applicazione di norme

---

<sup>9</sup> Tribunale di Palmi, *cit.*, p. XIII.

<sup>10</sup> Sul tema, per tutti, M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Raffaello Cortina ed., Milano, 2020, p. 228 ss.

<sup>11</sup> Approfondisce il tema con riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU in materia di violenza di genere, I. PELLIZZONE, *Positive Obligation, Due Diligence of the State and Outcomes of the Osman Test in Matter of Gender-Based Violence Cases*, in M. D'AMICO, C. NARDOCCI (a cura di), *Gender-Based Violence*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 165 ss.

nazionali, che potenzialmente possono risultare in contrasto con gli obblighi internazionali suddetti<sup>12</sup>.

E pertanto, il giudice dovrà, *in primis*, provare a risolvere il conflitto antinomico, tra la norma nazionale e quella convenzionale, sul piano ermeneutico. Fallito questo passaggio, come, peraltro, ricorda anche il Tribunale di Palmi nella decisione in commento, deve sollevare questione di legittimità costituzionale di fronte al Giudice delle Leggi, che potrà, se del caso, espungere dall'ordinamento la norma nazionale che si pone in contrasto con il parametro interposto di cui all'art. 117, comma 1, che funge da vettore nel giudizio di costituzionalità per le norme internazionali.

Nella sentenza *de qua*, il giudice interpreta le disposizioni civilistiche in tema di affido (ze artt. 337 ss. del co. civ.), che si trova a fare applicazione nel caso concreto, e tale operazione ermeneutica si realizza in armonia con l'art. 31 della Convenzione.

In aggiunta, si noti come il richiamo al diritto sovranazionale non viene operato solo con riguardo alla Convenzione di Istanbul, ma *ad adiuvandum* si cita anche la Risoluzione del Parlamento Europeo del 6 ottobre 2021, che interviene sull'impatto della violenza da parte del partner e dei diritti di affidamento su donne e bambini (2019/2166(INI)).

In questa sede, in particolare, tra le altre cose, si ribadisce che le violenze del partner confliggono con il supremo interesse del minore, il quale non dovrà essere affidato al padre maltrattante, ma in via esclusiva alla madre.

#### 4. Brevi considerazioni conclusive

In definitiva, la pronuncia in commento segnala una tendenza di particolare rilievo, ancora non particolarmente diffusa presso i giudici di merito, che porta ad assegnare rilevanza alle fonti sovranazionali poste a protezione delle vittime di violenza di genere.

Tali corpus normativi internazionali sono da considerarsi sempre più come dei *living instrument* e meritano attenzione non già solo per i vincoli rivolti al legislatore, ma anche per gli effetti che producono al livello giudiziario, ove il giudice si trova a dover fornire tutela concreta a chi subisce tali violenze.

In questa prospettiva, si potrà concretizzare una più compiuta ed adeguata tutela dei diritti delle donne, e su questo solco, quindi, per mezzo di interpretazioni *convenzionalmente orientate*<sup>13</sup>, si realizzeranno azioni sempre più incisive a contrasto di un fenomeno che i dati ci dicono essere ancora drammaticamente attuale e preoccupante.

---

<sup>12</sup> In argomento, per tutti, v. G. SERGES, *Art. 117*, comma 1, della Costituzione, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti), UTET, Torino, 2006, p. 2213 ss., ID, *Adattamento al diritto internazionale pattizio e strumenti per assicurare la prevalenza degli "obblighi internazionali" nell'ordinamento italiano*, in *Diritto e società*, n. 2 del 2015.

<sup>13</sup> Sebbene il discorso sugli strumenti di diritto internazionale abbia un particolare raggio d'azione, qui ci si riferisce, in particolare, al ruolo giocato dalla Convenzione di Istanbul.