

Questioni di attualità

Affidamento e benessere del minore

Come garantire il diritto a mantenere legami significativi con entrambi i genitori?¹

di Tessa Onida

1 Cassazione civile, Sez. I, ordinanza 27 febbraio 2024, n. 5136.



Piazza SS. Annunziata, 12 · 50122 Firenze
tel. 055 2037363 · fax 055 2037205
biblioteca@istitutodegliinnocenti.it

minori.gov.it
minoritoscana.it
istitutodegliinnocenti.it

Il presente documento fa parte di *Rassegna giuridica infanzia e adolescenza*, periodico trimestrale già registrato presso il Tribunale di Firenze con n. 4963 del 15/05/2000.

Il tema

La vicenda alla base dell'ordinanza in commento è semplice in sé e comune a tante altre storie: un padre e una madre non riuscendo dopo la loro separazione a trovare un accordo sulle modalità attraverso le quali continuare a prendersi cura della prole (in questo caso una bambina), si sono rivolti al tribunale competente per territorio² affinché decidesse sull'affidamento della bambina e sulle modalità attraverso le quali entrambi i genitori avrebbero dovuto continuare a occuparsi della figlia minore e a esercitare la loro responsabilità genitoriale come previsto dalla normativa in materia. Si arriva così alla pronuncia del Tribunale di Novara che decide – per motivi che non sono specificatamente desumibili dall'ordinanza – di affidare la bambina in via esclusiva al padre, con conseguente collocamento presso di lui e con il diritto/dovere della madre di tenere con sé la figlia per periodi prestabiliti³. Tra l'altro, trovandosi di fronte a un quadro evidentemente problematico, il Tribunale si è anche occupato di prevedere, nel decreto con il quale ha disposto quanto appena ricordato, il passaggio della presa in carico della bambina dal servizio di neuropsichiatria infantile (d'ora in avanti NPI) di Novara a quello destinato a diventare competente in base alla nuova residenza e, più in generale, il passaggio dell'intero nucleo familiare dai servizi sociali di Castelletto Ticino a quelli destinati a diventare territorialmente competenti in seguito al trasferimento della residenza «al fine di predisporre, di concerto con il servizio di NPI, gli interventi sociali ritenuti necessari per assicurare il benessere della bambina e per garantire adeguato supporto alla genitorialità delle parti».

Avverso tale decreto la donna, evidentemente insoddisfatta della pronuncia, presentava ricorso presso la Corte d'appello di Torino che, dal canto suo, optava per confermare la decisione assunta dal giudice di primo grado condannando la madre al pagamento delle spese. Si arrivava quindi davanti alla Corte di cassazione che, non rinvenendo nessuno dei sette motivi di doglianza lamentati dalla donna, respingeva il ricorso e condannava la ricorrente al pagamento delle spese. Dei sette motivi posti alla base del ricorso in Cassazione quello che ai fini del presente lavoro più ci interessa è senz'altro quello che fa riferimento alla supposta «violazione

2 Specificatamente il Tribunale di Novara.

3 Periodi che sono in parte subordinati alla decisione della donna relativa al luogo nel quale risiedere che saranno più ampi se la donna sceglierà di risiedere vicino alla figlia e ridotti nel caso decida di portare la sua residenza in un'altra regione (Sardegna).

dell'art. 155 cod. civ. e dei principi in tema di affidamento e collocamento del minore» per avere la Corte d'appello affermato che l'affido condiviso inizialmente prospettato dalla CTU «non era in concreto attuabile a causa del luogo di residenza scelto dalla madre lontano da quello della figlia mentre la distanza dei rispettivi luoghi di residenza dei genitori era un fattore irrilevante per legittimare una così radicale compressione dei canoni sanciti *ex lege* 54/2006⁴». I giudici di merito, infatti, scegliendo di dare un'importanza determinante alla decisione della madre di spostare la sua residenza in un'altra regione, avrebbero dato corso – secondo la ricorrente – a una violazione del principio di bigenitorialità non giustificata dall'aver prima accertato l'inidoneità o la grave carenza educativa della madre⁵.

La Cassazione tuttavia respingeva le argomentazioni della ricorrente in quanto tutte le sue doglianze – da esaminarsi congiuntamente per la loro connessione – erano inammissibili perché in realtà finalizzate, «tramite l'apparente denuncia di vizi motivazionali e di violazione di legge, a censurare il riesame dei fatti e di valutazioni espresse dalla Corte di merito con adeguata motivazione sotto ogni profilo di rilevanza» e a sollecitare – nella sostanza – un nuovo riesame valutativo⁶. Cosa questa che, come noto, non è una prerogativa del giudice di legittimità che non ha tra i suoi compiti quello di procedere a un nuovo esame dei fatti per approdare a una difforme ricostruzione a fronte di un'adeguata motivazione espressa sugli stessi da parte dei giudici di merito.

Comunque, al di là di questo aspetto legato alla prerogativa della Corte di cassazione, ciò che nella disamina di quest'ordinanza è importante sottolineare è che il diritto alla bigenitorialità invocato dalla ricorrente – pur godendo di una posizione di preminenza nel nostro ordinamento giuridico⁷ – non è un diritto assoluto e può,

4 Legge 8 febbraio 2006, n. 54, *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento*.

5 Questa argomentazione è stata poi ripresa nel quinto motivo di doglianza con il quale si lamentava «la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 155, 315-bis, 337-ter, quater, quinquies e octies cod. civ., 62, 194 e 709-ter cod. proc. civ. in relazione all'art. 360 cod. proc. civ. n. 3 nonché dell'art. 216 nonché 111 della Costituzione, per avere la Corte territoriale disposto l'affidamento esclusivo al padre in assenza di giudizio prognostico sull'incapacità della madre, basato unicamente sulla "unilateralità" della decisione dell'odierna ricorrente di trasferirsi a casa della madre in Sardegna».

6 Con la conseguenza che nell'ordinanza in commento nessuno dei sette motivi di doglianza addotti dalla ricorrente viene approfonditamente esaminato.

7 Cfr. Cassazione civile, Sez. I, ordinanza 19 settembre 2022, n. 27346 nella quale si afferma che: l'esercizio della bigenitorialità è «un diritto che non è assoluto come ci ha indicato anche la giurisprudenza della Corte europea

quindi, subire «limitazioni od essere compresso»⁸ per perseguire il migliore interesse della persona di minore età. Ciò avverrà in primo luogo quando emerge, all'esito di un approfondito accertamento, che la relazione con uno dei due genitori possa arrecare un danno al figlio; in tal caso, si potrà arrivare a una pronuncia di decadenza della responsabilità genitoriale nei confronti di quel genitore e, quindi, a interrompere ogni suo rapporto con i figli facendo recedere il loro diritto alla bigenitorialità rispetto a un (loro) interesse più grande. Inoltre, siccome il diritto alla bigenitorialità non presuppone necessariamente l'affidamento congiunto⁹, il giudice – sulla base delle specifiche peculiarità che caratterizzano il caso sottoposto al suo giudizio – potrà sempre legittimamente optare per un affidamento esclusivo della prole a uno dei due genitori come nel caso in esame, senza per questo violare il diritto alla bigenitorialità, purché sia adeguatamente preservato il rapporto dei figli con l'altro genitore. Infatti secondo la Cassazione – anche alla luce dell'intenzione della madre di spostare in Sardegna la sua residenza “complicando” obiettivamente le cose – i giudici di merito avevano legittimamente scelto¹⁰ di affidare la bambina solo al padre perché, al contempo, avevano tutelato adeguatamente il diritto alla bigenitorialità della figlia attraverso la previsione di una frequentazione con la donna alla quale, peraltro, il padre non si era mai opposto. Quest'ultimo aspetto è particolarmente importante perché è fondamentale per la Cassazione che il diritto alla bigenitorialità della persona minore non sia nei fatti disatteso per effetto delle scelte esclusive e unilaterali di uno dei genitori attraverso «comportamenti che se

per i diritti dell'uomo in relazione all'interpretazione dell'art. 8 ma che ha una posizione di preminenza all'interno del diritto alla vita familiare». Per la dottrina cfr. A.C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, Zanichelli, 2018 nel quale si specifica che si tratta di un diritto personalissimo e indisponibile delle persone di minore età.

8 Cfr. Cassazione civile, Sez. I, ordinanza 19 settembre 2022, n. 27346 nella quale si afferma che tale diritto «può subire limitazioni od essere compresso, ma solo all'esito di un rigoroso accertamento del pregiudizio che la relazione con uno dei due genitori possa arrecare al minore».

9 Sicuramente l'affidamento condiviso è la modalità migliore attraverso la quale si esplica il diritto alla bigenitorialità della prole, ma ciò non impedisce che – a fronte di specifiche esigenze – il giudice opti per disporre l'affidamento a un solo genitore pur preservando il diritto alla bigenitorialità dei figli.

10 Le valutazioni in base alle quali il Tribunale aveva preferito affidare la bambina al padre invece che alla madre non sono dettagliatamente riportate nell'ordinanza ma possiamo immaginare come siano state adeguate considerando che erano state condivise anche dai giudici di appello. Inoltre tale considerazione è avallata anche dal fatto che queste valutazioni si sono basate su una relazione del servizio sociale che aveva in carico la famiglia.

protratti nel tempo oltre un limite ragionevole e non adeguatamente contrastati, possano realizzare una cristallizzazione arbitraria della mancanza di una figura genitoriale»¹¹.

L'evoluzione giurisprudenziale

Oggi, in virtù della riforma realizzata dal decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154¹², l'affidamento condiviso della prole è diventato il regime ordinario nel caso di separazione o divorzio dei genitori. Con questa legge il legislatore ha infatti radicalmente innovato la disciplina dell'affidamento dei figli in caso di rottura dell'unità familiare capovolgendo sostanzialmente la precedente disciplina: mentre prima secondo la prassi previgente, in genere, il giudice affidava il figlio in via esclusiva quasi sempre alla madre che meglio sembrava in grado di far crescere la prole, adesso si cerca di andare verso un affidamento condiviso proprio in virtù del diritto alla bigenitorialità che prescinde dalla frattura dell'unità familiare e dal suo collocamento prevalentemente presso l'uno o l'altro dei genitori. Infatti, l'articolo 337-ter del codice civile stabilisce che «il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale. Per realizzare la finalità indicata dal primo comma, nei procedimenti di cui all'articolo 337 bis, il giudice adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati¹³, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli»¹⁴. Pertanto, anche nel caso in cui i genitori abbiano cessato

¹¹ Cassazione civile, Sez. I, ordinanza 19 settembre 2022, n. 27346.

¹² Decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*.

¹³ A esplicitare meglio la volontà del legislatore e a chiarire il valore innovativo della nuova disciplina è poi intervenuta la dottrina che ha ribadito che l'indicazione impartita dal legislatore al giudice di valutare "prioritariamente" la possibilità che i figli minori di età restino affidati a entrambi i genitori stabilisce una gerarchia fra le due opzioni imposta, sia come ovvia e necessaria conseguenza dell'affermazione del diritto alla bigenitorialità, sia come un'utile previsione atta a evitare ogni forma di deresponsabilizzazione del genitore non affidatario nei confronti della prole.

¹⁴ L'articolo 337-ter del codice civile specifica poi che il giudice «Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori,

il rapporto di convivenza e fra loro ci sia un conflitto questo non è, di per sé solo, un motivo idoneo a escludere un affidamento condiviso. La mera conflittualità a ben vedere non preclude infatti, secondo la giurisprudenza della Cassazione, il ricorso al regime preferenziale dell'affidamento condiviso quando si mantenga nei limiti di un tollerabile disagio per la prole, mentre può assumere connotati ostativi alla relativa applicazione quando si esprima in forme atte ad alterare e a porre in serio pericolo l'equilibrio e lo sviluppo psicofisico dei figli e, dunque, tali da pregiudicare il loro interesse¹⁵.

Negli ultimi anni la giurisprudenza si è quindi orientata sull'affidamento condiviso, laddove possibile, proprio come migliore modalità per garantire il diritto alla bigenitorialità della prole – almeno che questo non sia contrario all'interesse della persona minorenni – su una tendenziale continuazione dei rapporti

in particolare qualora raggiunti all'esito di un percorso di mediazione familiare. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, ivi compreso, in caso di temporanea impossibilità di affidare il minore a uno dei genitori, l'affidamento familiare. All'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole provvede il giudice del merito e, nel caso di affidamento familiare, anche d'ufficio o su richiesta del pubblico ministero. La responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la responsabilità genitoriale separatamente. Qualora il genitore non si attenga alle condizioni dettate, il giudice valuterà detto comportamento anche al fine della modifica delle modalità di affidamento.

Salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito; il giudice stabilisce, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità, da determinare considerando:

1. le attuali esigenze del figlio.
2. il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori.
3. i tempi di permanenza presso ciascun genitore.
4. le risorse economiche di entrambi i genitori.
5. la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore.

L'assegno è automaticamente adeguato agli indici ISTAT in difetto di altro parametro indicato dalle parti o dal giudice.

Ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi».

¹⁵ Cfr. Cassazione civile, Sez. I, ordinanza 6 luglio 2022, n. 21425.

dei figli con entrambi i genitori anche nei casi nei quali, come quello in esame, sia preferibile optare per l'affidamento della prole a un solo genitore. Ciò, evidentemente, per garantire il diritto alla bigenitorialità dei figli anche in queste ipotesi, seppure con una modalità sensibilmente più tenue rispetto alle ipotesi nelle quali l'affidamento condiviso è una scelta praticabile.

A oggi quindi – posto che è impossibile trovare una regola generale perché ogni situazione presenta significative diversità rispetto a un'altra – volendo indicare lo stato dell'arte dell'orientamento in base al quale la giurisprudenza (nazionale e sovranazionale)¹⁶ cerca di garantire il diritto alla bigenitorialità che si esplica con la possibilità data ai figli di mantenere legami significativi con entrambi i genitori, possiamo affermare che: tale diritto può essere disatteso solo quando emerge – all'esito di un rigoroso accertamento – che la relazione con uno dei due genitori possa arrecare un pregiudizio alla persona di minore età. Naturalmente non si tratta di una valutazione facile, ma grazie alle indicazioni provenienti dalla Corte europea per i diritti dell'uomo (CEDU) possiamo concludere che l'interruzione degli incontri è necessaria, ad esempio, quando il genitore li usi per continuare ad alimentare una spirale di violenza nei confronti della madre e dei figli¹⁷. In tal caso, infatti, è evidente che il migliore interesse della persona di minore età è quello di interrompere gli incontri con il genitore violento. Più problematici sono invece i casi nei quali è il genitore collocatario a ostacolare il diritto alla bigenitorialità del figlio (o dei figli) magari per una semplice volontà di rivalsea nei confronti dell'altro genitore: in tal caso, infatti, il giudice dovrà procedere con la massima prudenza e – tendenzialmente – cercare di evitare di intervenire troppo pesantemente sulla responsabilità del genitore collocatario, facendola decadere, perché la misura

¹⁶ Cfr. le pronunce con le quali la Corte europea per i diritti dell'uomo (CEDU) ha condannato l'Italia per non aver correttamente operato per garantire il diritto di visita o anche, semplicemente, per il ritardo con il quale i tribunali si pronunciano su una questione così intrinsecamente urgente come quella appena ricordata per la quale non decidere equivale a violare l'articolo 8 della Convenzione. A questa casistica sono riconducibili sia la CEDU, Sezione I, sentenza 14 settembre 2023, *Landini contro Italia*, ricorso n. 48280/21; sia la CEDU, Sezione I, sentenza 19 ottobre 2023, *A.S. e M.S. c. Italia*, ricorso n. 48618/22. In entrambi i casi, infatti, è stato riscontrato che le autorità nazionali non avevano adottato tutte le misure che avrebbero ragionevolmente potuto adottare per consentire il mantenimento del legame tra le persone interessate e per facilitare l'esercizio del diritto di visita riconosciuto dalle decisioni dei tribunali nazionali da parte del genitore non collocatario.

¹⁷ Cfr. Corte europea per i diritti dell'uomo (CEDU), Sez. I, 10 novembre 2022, sentenza *I.M. e N. c. Italia*, ricorso n. 25426/20.

prevista dall'articolo 330 del codice civile¹⁸ (ovvero pronunciare la decadenza dalla responsabilità genitoriale sui figli) è una misura estremamente forte con la quale si rischia di adottare un rimedio peggiore del male (oltre che di utilizzare un istituto giuridico che non ha carattere punitivo e che non nasce certo per queste ipotesi). In questo senso si è infatti orientata la Cassazione con l'ordinanza del 24 marzo 2022, n. 9691 con la quale è stata annullata la pronuncia di decadenza della responsabilità genitoriale di una madre, con il conseguente trasferimento del bambino in casa-famiglia, perché accusata di ostacolare gli incontri con il padre. Infatti, osserva la Cassazione «l'esecuzione coattiva del decreto consistente nell'uso di una certa forza fisica diretta a sottrarre il minore dal luogo ove risiede con la madre, per collocarlo in una casa-famiglia [...] non appare misura conforme ai principi dello Stato di diritto». Anche perché dedurre «aprioristicamente, dal fatto che il minore rifiuti di stare con uno dei genitori, la responsabilità dell'altro nella causazione di quel rifiuto è una distorsione (anche delle regole del giudizio) tanto evidente quanto inaccettabile, che fa leva su un altro e altrettanto fondamentale equivoco: quello secondo il quale il c.d. diritto alla bigenitorialità sarebbe il cardine, la stella polare, l'imprescindibile di ogni relazione familiare, comunque essa si sia articolata e anche ove essa sia stata caratterizzata da violenze indubitabili, addirittura accertate, dell'un genitore nei confronti dell'altro o dei figli». Quindi, il singolo genitore (che chiede di vedersi garantire la relazione che assume pretermessa) ha sì un diritto a realizzare e consolidare relazioni e rapporti continuativi e significativi con il figlio, ma il suo diritto assume carattere recessivo se il preminente interesse del minore nella fattispecie concreta non è garantito: «l'interprete è infatti chiamato a una delicata interpretazione ermeneutica di bilanciamento la cui specialità consiste nel perseguire in ogni caso la preminenza del diritto del minore e la recessività dei diritti che con esso possano collidere»¹⁹.

¹⁸ «Il giudice può pronunciare la decadenza dalla responsabilità genitoriale quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio. In tale caso, per gravi motivi, il giudice può ordinare l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore».

¹⁹ Cassazione civile, Sez. I, ordinanza 24 marzo 2022, n. 9691.

Nozioni di riferimento

Diritto alla bigenitorialità e suo limite per l'attuazione del superiore interesse del minore

Si tratta di un bilanciamento sempre necessario per individuare le misure da adottare nei giudizi riguardanti la responsabilità genitoriale e la tutela del diritto alla bigenitorialità e che deve vertere sul risultato atteso e sull'impatto che le misure che si vogliono adottare sono destinate ad avere sul complessivo equilibrio psicofisico dei minorenni e che inoltre deve essere guidato all'insegna di un'accezione del loro superiore interesse che sia declinata attraverso criteri e modalità che muovono dalla prospettiva dei bambini e delle bambine e non già nella cornice rivendicatoria degli adulti.

Infatti, l'autorità giudiziaria non deve prescindere da una valutazione che declini il superiore interesse del minore secondo il significato che la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, adottata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata in Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176, ha codificato in modo preciso e organico; si deve, infatti, sempre tener presente che il superiore interesse della persona di minore età:

1. "esprime un diritto sostanziale", cioè il diritto del minore a che il proprio superiore interesse sia valutato e considerato preminente quando si prendono in considerazione interessi diversi, al fine di raggiungere una decisione corretta sulla situazione concreta nella quale si va a intervenire;
2. esprime la garanzia che tale diritto sarà attuato (come regola procedurale) ogni qualvolta sia necessaria una decisione riguardante un minore, un gruppo di minorenni identificati o non identificati, o dei minorenni in generale;
3. è un "principio giuridico interpretativo fondamentale" secondo cui quando una disposizione di legge risulti aperta a più interpretazioni si deve scegliere l'interpretazione che corrisponde nel modo più efficace al superiore interesse del minore.

Riferimenti normativi

Convenzione europea per i diritti dell'uomo, ratificata con la legge 4 agosto 1955, n. 848, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952* e relativa giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo (CEDU).

Legge 27 maggio 1991, n. 176, *Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989*.

Legge 8 febbraio 2006, n. 54, *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*.

Decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*.

Riferimenti giurisprudenziali

Cassazione civile, Sez. I, ordinanza 24 marzo 2022, n. 9691

Cassazione civile, Sez. I, ordinanza 6 luglio 2022, n. 21425

Cassazione civile, Sez. I, sentenza 19 settembre 2022, n. 27346

Cassazione civile, Sez. I, ordinanza 27 febbraio 2024, n. 5136