



Società e diritti
anno VI n. 11 art. 14



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2021 ANNO VI N.11.

Il diritto del minore alla bigenitorialità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo



2021 ANNO VI NUMERO 11

di Lara Cogliati DOI <https://doi.org/10.13130/2531-6710/16094>



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2021 ANNO VI N.11.

IL DIRITTO DEL MINORE ALLA BIGENITORIALITÀ NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

di Lara Cogliati

CHILDREN'S RIGHT TO BIGENITORIALITY IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Abstract

After identifying the main international legal sources for the protection of the child, this work deals with analyzing the concept of best interest resulting from the decisions delivered by the European Court of human rights in the matter of divorce. This allows further reflections on the concept of biparentality and its use in the judgements of national courts

Key words: individual rights; right to respect for private and family life; best interest of the child; biparentality; divorce; conflicts

Riassunto

Il presente lavoro, dopo aver rintracciato storicamente le fonti sovranazionali a tutela del fanciullo, si occupa dell'analisi del concetto di best interest così come risultante dalle pronunce più rilevanti della Corte Europea dei diritti dell'uomo in tema di crisi dell'unione coniugale. Ciò ha permesso l'ulteriore riflessione intorno al principio di bigenitorialità e alla sua operatività nelle decisioni delle Corti nazionali.

Autore: Lara Cogliati, cultrice della materia di sociologia del diritto, Università degli studi di Milano.

Articolo soggetto a revisione tra pari a doppio cieco

Articolo soggetto a revisione tra pari a doppio cieco

Articolo ricevuto il 30.10.20 approvato il 15.05.21

1. Il riconoscimento dell'infanzia nelle Convenzioni del Novecento

Il riconoscimento del minore quale soggetto titolare di diritti rappresenta un approdo relativamente recente dei sistemi giuridici nazionali e sovranazionali, che recepiscono le più moderne istanze pedagogiche volte alla valorizzazione e alla tutela dell'infanzia. L'attenzione alle fasi di sviluppo del minore, nella direzione di coglierne le peculiarità, rappresenta il sintomo di un rinnovamento culturale che, muovendo i primi passi dalle scienze pedagogiche, ha ricevuto contributi notevoli dalla filosofia, dalla psicologia e, in modo particolare, dalla psicanalisi. Il Novecento è il secolo in cui vengono elaborati i testi legislativi che scolpiscono i diritti irrinunciabili dei minori, fino al punto di poterlo considerare - secondo un'espressione coniata da Ellen Key - il "secolo del bambino" (Gecchele, 2017).

Il primo riconoscimento in tal senso si ha nel 1919, anno in cui la Conferenza Internazionale del Lavoro adotta la *Convenzione sull'età minima*, benché la tutela dei diritti dei minori riceva consacrazione nella Dichiarazione dei diritti del bambino -meglio conosciuta come *Dichiarazione di Ginevra*-, adottata dall'Assemblea Generale della Società delle Nazioni nel 1924. Malgrado gli intenti solenni, il minore viene riconosciuto destinatario passivo dei diritti e non ancora di essi pienamente titolare. I suoi cinque, scarni, articoli assumono le vesti di affermazioni di principio che l'Assemblea delle Nazioni rivolge non ai singoli Stati, bensì all'umanità intera affinché non disconosca ancora i diritti dei fanciulli.

Un autentico riconoscimento giuridico dei diritti del minore si ha solo con la proclamazione, ad opera dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite riunita a Parigi il 10 dicembre del 1948, della *Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo*. Nel quadro dei diritti umani delineato dalla Convenzione, i minori sono persone che, in virtù dell'età e della loro vulnerabilità, necessitano di una tutela specifica. La protezione loro accordata riflette, invero, la concezione dell'infanzia quale progetto di adultità, nella prospettiva dello sviluppo di vita del minore. Garantire un'infanzia felice non implica tanto, o solamente, la protezione del minore nel suo essere, quanto nel suo divenire, nel suo rappresentare in potenza ciò che da adulto si tradurrà in atto. Pur non avendo la stessa vincolatività dei Trattati nel diritto internazionale, la Dichiarazione tesse, in modo più articolato rispetto ai suoi predecessori, le linee fondamentali per il riconoscimento di una tutela specifica dell'infanzia.

Con la nascita dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (Onu) e del Fondo Internazionale delle Nazioni Unite per l'Infanzia (Unicef), si apre la strada per l'elaborazione di un testo che sia interamente dedicato ai diritti dei minori. Mantenendo gli intenti che avevano animato le dichiarazioni precedenti, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite approva, il 20 novembre 1959, all'unanimità e senza astensioni il testo della *Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo*. Affermando che il minore è titolare di diritti, la Dichiarazione, per quanto priva di vincolatività giuridica, ribadisce il divieto di ogni forma di discriminazione che lo riguardi personalmente o che si rivolga alla sua famiglia (principio primo) e lo tutela da ogni forma di "négligence, de cruauté et d'exploitation" (principio nono). Particolarmente innovativo, inoltre, risulta il principio secondo cui i minori che sono affetti da menomazioni fisiche, mentali o sociali hanno il diritto di ricevere un'educazione e delle cure speciali (principio quinto).

Il 20 novembre 1989 l'Assemblea delle Nazioni Unite adotta a New York la *Convenzione sui Diritti del Fanciullo*, strumento giuridico vincolante per i 196 paesi firmatari, che riconosce il minore quale soggetto titolare dei diritti umani nella loro pienezza e obbliga gli stati aderenti ad adottare le misure politiche, economiche e normative necessarie per il loro rispetto.

Di particolare valore giuridico appaiono, ai fini del presente studio, i principi che assicurano il diritto del minore ad essere ascoltato e ad esprimere la propria opinione ogniqualvolta debbano essere assunti dei provvedimenti che lo riguardano (art. 12) e il principio del suo "intérêt supérieur". Tale espressione, destinata ad essere ampiamente e variamente declinata nelle disposizioni normative a tutela del fanciullo, diviene il criterio guida per l'adozione delle decisioni che concernono il minore (art. 3). Come indicato nel suo testo, tale interesse deve essere "primordiale" e rivolgersi tanto ai genitori che assumono le scelte relative ai minori nell'esercizio della responsabilità genitoriale quanto alle autorità nei procedimenti che li riguardano.

La definizione, contenuta nell'art. 1 della Convenzione, di minore quale "être humain âgé de moins de dix-huit ans" viene, attualmente, adottata anche in Europa, la cui legislazione non possiede una definizione unitaria di minore. Tale concetto vede variazioni considerevoli nel suo contenuto a seconda del contesto normativo. A titolo esemplificativo, la direttiva che disciplina i diritti dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare liberamente nel territorio degli stati membri considera "minori" i "les descendants

directs qui sont âgés de moins de vingt-et-un ans ou qui sont à charge"¹. Altre normative- come la direttiva riguardante la protezione dei giovani sul lavoro² - attribuiscono, invece, al minore diritti differenti in relazione all'età.

Nelle materie di competenza concorrente tra l'Unione e gli Stati membri la definizione di minore viene lasciata ai singoli sistemi nazionali, che -generalmente- optano per la soluzione formulata nella Convenzione.

Sul versante giuridico europeo, per anni la produzione normativa dell'Unione si è concentrata su singole materie, senza occuparsi in modo sistematico e organico del tema. L'apertura all'orizzonte dei diritti dei fanciulli si compie con la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, che -proclamata il 7 dicembre del 2000 a Nizza e adottata (con lievi modifiche) il 12 dicembre del 2007 a Strasburgo- contiene, tra gli altri, i primi principi volti a riconoscere i diritti del minore. Un ruolo fondamentale è costituito dall' articolo 24, il quale - richiamando in modo pressoché identico la Convenzione di New York- sancisce a favore del minore il diritto di esprimere liberamente la propria opinione, in funzione dell'età e del grado di maturità (paragrafo 1), il diritto al riconoscimento del suo superiore interesse quale "primordiale" (paragrafo 2) e il diritto di intrattenere relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori (paragrafo 3).

Ancora prima, la *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (Cedu), approvata nell'ambito del Consiglio d'Europa il 4 novembre del 1950 e ratificata da tutti i paesi membri, obbliga gli stati firmatari a riconoscere i diritti proclamati nel suo testo a "toute personne" e "sans distinction aucune", con ciò intendendo anche quelle fondate sull'età³. Pur recando precisi riferimenti al minore, la Convenzione è priva di una definizione di tale concetto, che la Corte Edu rimanda a quella proposta dalla Convenzione di New York.⁴

Un rilievo considerevole occupa, infine, l'articolo 8 della Convenzione, il quale, nel garantire il rispetto della vita privata e familiare, è divenuto il riferimento prediletto della giurisprudenza della Corte Edu per tutelare i diritti dei minori. La sua formulazione elastica ha permesso il fiorire di un ampio *corpus*

¹ direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004.

² direttiva 94/33/CE del 20 agosto 1994, art. 3.

³ sent. 13 giugno 1979 causa Marckx c. Belgio, ricorso 6833/74.

⁴sent. 20 gennaio 2009 causa Güveç c. Turchia, ricorso 70337/01, e sent. 9 ottobre 2012 causa Çoşelav c. Turchia, ricorso 1413/07.

giurisprudenziale in tale materia con frequenti riferimenti alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo.

2. L'interesse del minore nel diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 Cedu)

Il già richiamato limite testuale della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, che non fa espresso riferimento all'"*intérêt de l'enfant*" tra i propri articoli, rappresenta un ostacolo solo apparente alla piena tutela dei diritti dei minori. Il balzo verso la modernità giuridica viene realizzato dalla Corte di Strasburgo attraverso il riferimento agli strumenti internazionali a tutela dell'infanzia, privilegiando, tra di essi, la Carta di Nizza e la Convenzione dei diritti del fanciullo⁵. Ciò a dimostrazione, come la dottrina ha sottolineato, del carattere elastico della Convenzione, che, inserendosi nel quadro delle fonti internazionali a tutela dei diritti, è in grado di mutuare da queste, in un processo di continua evoluzione, i valori fondamentali (Conte, 2011).

Nel garantire il rispetto della vita privata e familiare, l'art. 8 della Cedu contempla, anche, il diritto dei genitori e dei figli a mantenere stabili relazioni, in particolar modo in seguito alla crisi della coppia coniugale o di fatto. Un simile diritto può subire contrazioni solo in ipotesi eccezionali, espressamente previste dalla disposizione normativa, tra le quali la giurisprudenza della Corte inserisce l'"*intérêt de l'enfant*". In tali ipotesi, dunque, ben può configurarsi un intervento dell'autorità che dispone, avendo quale riferimento ultimo il benessere della prole, in modo non dissimile da quanto praticato dalle corti nazionali

Ciò che contraddistingue l'indirizzo della Corte Edu è l'adozione di una prospettiva di ampio respiro nella declinazione di tale concetto, che contempla il contemperamento dei diritti dei membri del nucleo familiare che gravita attorno al minore. Quest'ultimo, infatti, pur essendo un centro autonomo di imputazione di diritti, non è un'entità a sé stante, ma opera all'interno del sistema familiare e sociale, composto da intricate relazioni con altrettanti individui portatori di interessi- ugualmente- meritevoli di tutela (Di Lorenzo, 2014).

Nello svolgimento della propria opera esegetica, la Corte dispiega il concetto di "*intérêt de l'enfant*" nel diritto a "*to have his or her ties with his or her family maintained, unless it is proved that such ties are*

⁵ Sent. del 6 luglio 2010 causa Neulinger e Shuruk c. Svizzera, ricorso n. 41615/2007.

undesirable", e quello a potersi "to develop in a sound environment" (§ 85, V)⁶. Nell'esplicare tali principi, la Corte non fa altro che ribadire uno degli assunti dei sistemi giuridici nazionali nel campo della famiglia, ossia il diritto alla bigenitorialità, che si traduce nella scelta per l'affidamento condiviso della prole. Sebbene si sia affermato in tempi diversi nelle singole esperienze normative nazionali, il diritto del minore a mantenere legami con entrambi i genitori costituisce un cardine indiscusso nelle scelte dei giudici in materia di famiglia, frutto di un'evoluzione del pensiero psicologico e pedagogico in tal senso. La riflessione che orienta questo concetto si compone della consapevolezza che la fine dell'unione di coppia - riconosciuta o meno a livello legale - non corrisponde ad una conclusione dell'impegno genitoriale. Da ciò, il riconoscimento della libertà e dell'autonomia di uomini e donne in quanto coniugi - o compagni di fatto -, ma non in quanto genitori. In questa prospettiva risulta, così, lecita un'ingerenza dell'autorità pubblica che garantisca una simile reciprocità nell'adempimento degli obblighi genitoriali (Pocar e Ronfani, 2006).

Le critiche che, a più riprese, hanno riguardato l'affidamento condiviso (Wallerstein, Lewis e Blakslee, 2000) non sono state in grado di scalfirne la portata progressista né tantomeno la sua diffusione nelle prassi delle corti nazionali, che sebbene in tempi diversi, hanno abbandonato il vecchio sistema dell'affidamento esclusivo per rendere gli adulti protagonisti di un progetto di genitorialità responsabile e consapevole.

Lontana dall'ossimoro che intende coniugare separazione e prosecuzione, la Corte Edu ha, dunque, attribuito all'"*intérêt de l'enfant*" nei procedimenti separatili un profondo significato relazionale, implicante il diritto alla continuità affettiva. La quotidianità del minore dovrà, allora, essere garantita da e con entrambe le figure genitoriali in una condizione di assenza di qualsivoglia discriminazione⁷, tanto nella fase di scelta del genitore collocatario quanto nel corso dell'adempimento delle modalità organizzative individuate dall'autorità giudicante.

È risultata, pertanto, illegittima ogni decisione relativa all'affidamento della prole che sia stata fondata sulla valutazione dell'orientamento sessuale⁸, di quello religioso⁹ o, ancora, sulla presenza di disabilità in uno dei genitori¹⁰. L'eventuale giudizio di inidoneità di un adulto nello svolgimento delle funzioni di cura verso i figli

⁶ Sent. 12 luglio 2011 causa Šneerson e Kampanella c. Italia, ricorso n. 14737/2009, che ribadisce i principi della precedente sent. 6 luglio 2010 causa Neulinger e Shuruk c. Svizzera, cit.

⁷ sent. 7 ottobre 2010 causa Konstantin Markin c. Russia, ricorso 30078/06.

⁸ sent. 21 dicembre 1999 causa Salgueiro Da Silva Mouta c. Portogallo, ricorso n. 33290/96.

⁹ sent. 16 dicembre 2003 causa Palau-Martinez c. Francia, ricorso n. 64927/01.

¹⁰ sent. 10 aprile 2017 causa Kacper Nowkowski c. Polonia, ricorso n. 32407/13.

non può essere fondato su generiche - nonché asettiche- valutazioni, bensì su riscontri oggettivi derivanti dall'analisi del caso concreto.

La congruità dei provvedimenti posti in essere dalle autorità nazionali -ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione di Roma- viene valutata dalla Corte, come la dottrina non ha mancato di evidenziare (Ruo, 2011), in base alla funzionalità di ogni singola statuizione, nell'ambito di un disegno teleologicamente orientato alla strutturazione di solidi legami anche con il genitore non collocatario.

La conservazione - o, meglio ancora, la cura- del legame tra un genitore ed il figlio rappresenta un elemento fondamentale nella vita familiare¹¹. L'articolo 8 della Convenzione - secondo la lettura fornita dalla Corte- ha quale finalità precipua la tutela dell'individuo dalle ingerenze dello Stato. Laddove accerti l'esistenza di un legame familiare, lo Stato deve attuare le misure necessarie affinché tale legame possa svilupparsi e, qualora ne ricorrano i presupposti, ricongiungere il genitore e il figlio¹². Ciò, sempre, in esito ad un'operazione di bilanciamento tra gli interessi coinvolti (quello del minore, dei genitori e dell'ordine pubblico), sui quali prevale in quanto superiore quello del minore¹³.

L'applicazione di tale principio può condurre l'interprete persino alla decisione di una limitazione dei rapporti con uno o entrambi i genitori, qualora ne ricorrano i presupposti¹⁴. Se il cardine sul quale ruota l'intero sistema relazionale della famiglia è la bigenitorialità, non si può escludere che l'interesse del minore si possa realizzare, in alcune ipotesi determinate, solo attraverso una riduzione dei legami parentali¹⁵. Una simile soluzione può essere necessaria in casi - valutati dagli esperti- nei quali un genitore, con scarsa percezione del proprio ruolo, attui un atteggiamento abbandonico disertando gli incontri con i figli¹⁶ o, al contrario, un comportamento violento al punto da metterne in pericolo il benessere psico-fisico e la stabilità emotiva¹⁷. In generale, laddove le corti nazionali ravvisino degli agiti forieri di instabilità per i minori e

¹¹ sent. 28 aprile 2016 causa Cincimino c. Italia, ricorso n. 68884/13, e sent. 26 febbraio 2002 causa Kutzner c. Germania, ricorso n. 46544/99.

¹² sent. 25 gennaio 2000 causa Ignaccolo-Zenide c. Romania, ricorso n. 31679/96; sent. 24 aprile 2003 Sylvester c. Austria, ricorsi nn. 36812/97 e 40104/98; sent. 18 gennaio 2007 causa Zavřel c. Repubblica Ceca, ricorso n. 14044/05; sent. 12 gennaio 2006 causa Mihailova c. Bulgaria, ricorso n. 35978/02.

¹³ sent. 19 settembre 2000 def. 17 gennaio 2001 causa Gnahoré c. Francia, ricorso n. 40031/98; sent. 8 luglio 2003 causa Sahin c. Germania, ricorso n. 30943/96.

¹⁴ sent. 8 giugno 2010 causa Dolhamre c. Svezia, ricorso 67/2004.

¹⁵ sent. 10 gennaio 2019 causa Wunderlich c. Germania, ricorso n. 18925/15.

¹⁶ sent. 20 gennaio 2011 def. 20 aprile 2011 causa Rytchenko c. Russia, ricorso n. 22266/04.

¹⁷ sent. 25 gennaio 2007 Eski c. Austria, ricorso n. 21949/03.

potenzialmente dannosi per lo sviluppo della sua personalità devono intervenire limitando il diritto di visita del genitore¹⁸.

Nell'attuazione di simili provvedimenti può risultare utile anche l'ascolto del minore, le cui risultanze devono essere opportunamente vagliate dall'organo giudicante nella prospettiva del suo superiore interesse¹⁹. Per tale ragione, alcuni autori ne sottolineano la veste di lavoro clinico, che, messo in atto da esperti, è in grado di cogliere le dinamiche sottese al contesto familiare attraverso l'analisi di quanto manifestato tanto nelle forme del linguaggio verbale quanto di quello non verbale (Malagoli Togliatti e Lubrano Lavadera, 2011).

Nel sistema delle tutele riconosciuto dalla Corte a garanzia dell'interesse del minore occupa un ruolo fondamentale il "fattore tempo", ossia la rapidità con cui i tribunali nazionali, in sinergia con i professionisti che a vario titolo collaborano con l'autorità giudiziaria, adottano i provvedimenti relativi ai minori. La rilevanza di tale elemento nelle decisioni riguardanti i minori è indice, secondo autorevole dottrina (Conti, 2011), del carattere composito della tutela accordata dall'articolo 8 della Convenzione alla famiglia, che riconosce all'"interesse del minore" una garanzia tanto sostanziale quanto processuale.

L'adozione celere dei provvedimenti nell'ambito della famiglia è un'esigenza che trae la propria motivazione dalla constatazione che il minore è un soggetto in evoluzione. Ogni decisione deve essere assunta in una prospettiva futura di crescita e di maturazione, che necessita, perché sia funzionale ai bisogni del minore, del mantenimento di legami significativi con entrambi i genitori. L'interruzione del contatto tra un figlio e il genitore non collocatario può avere delle conseguenze irreparabili non solo nei termini di un pregiudizio irreversibile nello sviluppo di tali rapporti²⁰, ma, soprattutto, poiché la disaffezione dal genitore può compromettere negativamente lo sviluppo psico-fisico del minore. L'attivazione sollecita dell'autorità giudiziaria in simili ipotesi non può prescindere, per altro, da un altrettanto immediato intervento di figure di esperti, quali psicologi e operatori dei servizi sociali²¹. Se l'approccio clinico alle dimensioni familiari conflittuali è necessario per permettere la continuità relazionale, risulta, a maggior ragione, indispensabile quando si evidenziano dinamiche relazionali patologiche in cui si sviluppa la sindrome da alienazione

¹⁸ sent. 30 novembre 2010 P.V. c. Spagna, ricorso n. 35159/09.

¹⁹ sent. 25 gennaio 2011 causa Plaza c. Polonia, ricorso n. 18830/07.

²⁰ sent. 4 maggio 2017 causa Improta c. Italia, ricorso n. 66396/14; sent. 28 aprile 2016 causa Cincimino c. Italia, cit.

²¹ sent. 23 settembre 1994 causa Mijuskovic c. Montenegro, ricorso n. 49337/07.

parentale²². La letteratura psicologica da tempo ne ha elaborato una definizione (Gardner, 1987, 1992) descrivendola come il complesso delle manovre che il genitore collocatario attua per alienare i figli dall'altro genitore. In particolare, è descritta come il condizionamento che spinge un figlio a denigrare e disapprovare uno dei genitori fino a rifiutarne la frequentazione (Gulotta, Liberatore e Cavedon, 2015). Nonostante la Pas non sia formalmente ricompresa nel DSM-V, dal quale è possibile trarre unicamente dei riferimenti riconducibili ad essa, gli psicologi sono stati orientati a confermare l'esistenza del "fatto clinico" dall'alta incidenza nelle prassi familiari disfunzionali di tali dinamiche (Montecchi, 2016).

In una recente sentenza²³, la Corte si è pronunciata nell'ambito di un'intricata vicenda separabile, che, da una statuizione di affidamento condiviso di una minore con collocamento presso la madre, ha assunto dinamiche altamente conflittuali, sfociate nella sindrome da alienazione parentale. Nel dettaglio, la madre della minore, in seguito alla definizione dell'assetto familiare ad opera del Tribunale per i Minorenni (nel 2006), adiva il medesimo a distanza di un anno per chiedere che venisse disposta la decadenza dalla responsabilità genitoriale del padre, accusato di avere abusato sessualmente della figlia. Il Tribunale per i Minorenni dichiarava, così, una sospensione degli incontri padre-figlia sino alla definizione del parallelo procedimento penale volto all'accertamento degli abusi. Solo con la pronuncia di archiviazione da parte del giudice per le indagini preliminari il Tribunale specializzato disponeva la ripresa di tale frequentazione. La madre della minore, tuttavia, presentava un'ulteriore denuncia per violenze da parte del padre e un contestuale reclamo alla Corte d'appello avverso il provvedimento del Tribunale per i Minorenni che disponeva la ripresa delle visite. L'organo di secondo grado disponeva nuove perizie psicologiche sulla minore e il padre, che si dimostravano totalmente escludenti l'ipotesi di comportamenti abusanti e favorevoli alla prosecuzione dei rapporti con la figura genitoriale. Nonostante l'intervento degli esperti, la Corte nel 2011 ordinava l'interruzione dei rapporti tra la famiglia paterna e la minore e la previsione di un unico incontro a settimana con il padre in ambiente protetto. Tale assetto veniva modificato solo nel 2015 con la pronuncia di separazione del Tribunale, che, accogliendo le risultanze delle perizie effettuate negli anni precedenti, disponeva la ripresa degli incontri con il padre nelle modalità dell'affidamento condiviso.

²² sent. 11 gennaio 2011 causa Bordeianu c. Moldavia, ricorso n. 49868/08; sent. 2 novembre 2010 causa Piazzini c. Italia, ricorso n. 36168/09, sent. 30 giugno 2005 causa Bove c. Italia, ricorso n. 30595/02; sent. 23 giugno 2016 causa Strumia c. Italia, ricorso n. 53377/13.

²³ sent. 9 febbraio 2017 causa Solarino c. Italia, ricorso n. 76171/13.

La Corte Edu, nel constatare come la causa di separazione si fosse protratta per oltre dieci anni, rammenta che "pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale" (§37) e che le Autorità nazionali devono adottare le misure necessarie per agevolare tali incontri. Nel caso di specie, secondo le argomentazioni della Corte, non erano ravvisabili quegli elementi di carattere eccezionale che giustificavano l'interruzione dei rapporti tra un minore e il di lui genitore. Al contrario, le perizie psicologiche e l'esito delle indagini preliminari erano sempre state orientate nel senso di escludere la presenza degli abusi attribuiti dalla madre all'altro genitore. La Corte d'Appello aveva fondato la propria decisione unicamente sulla scorta dei sospetti che la madre nutriva, in modo patologico, verso il padre, determinando un pregiudizio non solo nei confronti di costui, ma, in particolar modo, sullo sviluppo equilibrato della minore, che non ha potuto coltivare il rapporto con il padre e la di lui famiglia. La Corte Edu si pronunciava, dunque, statuendo una violazione dell'articolo 8 della Convenzione, per avere le Autorità italiane attuato ingerenze arbitrarie nella vita privata e familiare del ricorrente, infrangendo l'obbligo positivo di promuovere la prosecuzione dei rapporti padre-figlia.

Nonostante le separazioni e i divorzi siano largamente diffusi nel tessuto sociale, essi rimangono, pur sempre, episodi inaspettati nel normale ciclo di vita della relazione, il cui modello di riferimento risulta, ancora, quello della coppia unita ed eterna (Castiglioni e Dalla Zuanna, 2017). Simili rotture conducono, infatti, ad una ristrutturazione dei rapporti familiari, che molto spesso si traduce in una patologica "sindrome da indennizzo" in cui ogni forma di negoziazione o mediazione risulta impossibile poiché ciascun coniuge pretende essere risarcito per la delusione subita (Montecchi, 2016).

Si assiste, sempre più diffusamente, ad un incremento delle accuse di abusi sessuali compiuti dal padre del minore conteso. Gli psicologi sottolineano (Montecchi, 2016) che tali accuse nella maggior parte dei casi sono infondate e costituiscono, invece, la proiezione sull'altro coniuge di paure, fantasie o esperienze personali percepite come reali, quando non sono millantate al solo scopo di danneggiare l'altro genitore. In tali casi, anche laddove non vi sia stato alcun agito abusante a livello fisico, il genitore che perpetra nei confronti dell'altro simili accuse opera una violenza psicologica che produce, oltre ai danni psicologici, anche danni morali e sociali nei minori. A ciò si aggiunga l'*escalation* giudiziaria, che, avendo quale conseguenza il prolungamento smisurato nella definizione della crisi coniugale, porta i minori ad essere privati di una figura genitoriale - nella maggioranza dei casi quella paterna- con conseguenze irreparabili nello sviluppo della

propria personalità. Per tale ragione alcuni autori (Malagoli Togliatti, 2005) segnalano la drammaticità di simili vicende, nelle quali si dovrebbe intervenire con rapidità e competenza nella diagnosi della presenza della Pas, troppo spesso sottovalutata o identificata solo allorquando così manifesta da non permettere più alcun intervento a tutela dei minori.

Nel casi di alta conflittualità tra i coniugi la Corte Edu è chiamata a verificare che le autorità nazionali non abbiano adottato misure stereotipate o asettiche²⁴, quanto piuttosto ogni misura razionalmente esigibile nel caso concreto al fine di riavvicinare il genitore non convivente al figlio²⁵. La giurisprudenza della Corte ha, altresì, previsto che i tribunali nazionali possano adottare delle misure coercitive nei confronti del genitore alienante, che siano teleologicamente orientate alla ripresa degli incontri con l'altro genitore²⁶. Ha, invece, escluso che possano essere messe in atto delle misure nei confronti del minore -alienato- nel senso di imporgli le visite con il genitore non convivente²⁷. Sempre tramite l'ausilio di esperti, sarà invece possibile fornire il supporto psicologico e pedagogico adeguato per affrontare la campagna denigratoria di un genitore nei confronti dell'altro²⁸.

3. Conclusioni

L'epoca della post modernità è portatrice di un codice genetico orientato al mutamento che si è estrinsecato nelle profonde trasformazioni dei rapporti sociali e sentimentali. Il passaggio dall'"amore convergente" all'"amore puro" ha determinato una nuova negoziazione all'interno della diade amorosa all'insegna dell'autonomia e dell'emancipazione femminile. L'identificazione proiettiva dei membri della coppia l'uno nell'altra, che ha ispirato l'immagine della sposa-madre dedita alla cura del focolare domestico, ha ceduto spazio ad una relazione in cui l'affetto cresce all'aumentare del gioco di dare e avere in termini di sentimenti, bisogni e preoccupazioni. Questa modalità moderna e democratica di relazione viene definita "pura" (Giddens, 1983). Essa assume le sembianze di un rapporto individualizzato, costruito sul dialogo e sulla

²⁴ sent. 29 gennaio 2013 causa Lombardo c. Italia, ricorso n. 25704/11 e sent. 15 settembre 2016 causa Giorgioni c. Italia, ricorso n. 43299/12.

²⁵ sent. 27 giugno 2000 causa Nuutinen c. Finlandia, ricorso n. 32842/96.

²⁶ sent. 13 marzo 2007 causa V.A.M. c. Serbia, ricorso n. 39177/05; sent. 25 gennaio 2000 causa Ignacolo-Zenide c. Romania, ricorso n. 31679/96.

²⁷ sent. 2 novembre 2010 causa Piazzi c. Italia, cit.

²⁸ sent. 11 gennaio 2011 causa Bordeianu c. Moldavia, cit.

comprensione degli obiettivi e delle aspettative dei suoi componenti, che si percepiscono come interi e non più come frazioni della relazione (Thery, 1999). Un legame sentimentale di tale portata ravvisa il proprio baricentro all'interno del rapporto stesso, sì che un'infedeltà e una mancanza di comunicazione o di intimità, qualora si presentino, sono in grado di determinarne la crisi. L'importanza che viene assegnata all'unione è eguagliata, quasi paradossalmente, dalla sua fragilità. Il rispetto quasi estremo per la relazione comporta che laddove ne vengano meno i presupposti legittimanti, venga meno anche l'unione stessa (Saraceno, 2012). La relazione che per prima ha risentito del cambiamento è stata quella coniugale, tanto da condurre a definire l'età moderna l'epoca del "demariage" (Thery, 1993).

Il mondo liquido moderno (Bauman, 2003), che aborre tutto ciò che è solido e durevole, si caratterizza, infatti, per una scelta sempre più frequente della convivenza, percepita come un limbo confortevole in cui ogni occasione rimane aperta in virtù della mancanza di un impegno solenne. La relazione diadica così costruita, lontana da rappresentare l'immagine del "movimento collettivo a due" (Alberoni, 1979, in Ferrari, 2006), si regge su fondamenta estremamente fragili, che sono destinate - molto frequentemente - a crollare su se stesse travolgendo, non solo - o non tanto - la coppia adulta quanto, come già osservato, il rapporto con i figli nati dall'unione.

Una delle questioni di maggiore complessità nella gestione della crisi coniugale risulta essere, come osservato, l'affidamento dei figli. Se le Convenzioni a tutela del fanciullo hanno posto l'interesse del minore quale obiettivo preminente nelle decisioni in materia familiare, il versante della casistica giurisprudenziale risulta essere alquanto anodino nei risultati concreti. Sebbene il principio della bigenitorialità sia il cardine attorno al quale ruotano i sistemi giuridici nazionali e sovranazionali, il suo concreto rispetto ad opera delle corti risulta compromesso da *iter* procedimentali assai lunghi, che, nelle ipotesi di elevata conflittualità genitoriale, possono portare, anche, alla cristallizzazione di una situazione patologica escludente - perlopiù - la figura paterna. Non è la separazione - in quanto tale - a produrre degli effetti negativi sui minori, bensì la cattiva separazione. L'elemento patologizzante non risiede nella separazione, ma nella tipologia e nella qualità della relazione, che, da sempre caratterizzante la coppia, viene slatentizzata nel suo potenziale perverso durante e dopo la separazione (Montecchi, 2017).

Inoltre, nonostante l'affido condiviso sia la modalità di gestione della genitorialità più diffusa nei sistemi giuridici nazionali, si assiste ancora ad una predilezione verso la figura materna da parte dell'organo giudicante, che è sintomo dell'adesione all'automatismo per cui la cura della prole sia una prioritaria responsabilità femminile. Si è osservato (Saraceno, 2017), infatti, che, sebbene molti padri rifuggano le proprie responsabilità genitoriali in seguito al declino della coppia, nei paesi che adottano delle politiche sociali volte a far sì che entrambi i genitori possano trascorrere più tempo con i propri figli si sta sviluppando un modello di padre accudente tanto quanto la madre.

La necessità della figura paterna nella vita di un minore è indiscussa. La psicologia relazionale sottolinea che la presenza del terzo nella relazione duale, simbiotica ed esclusiva madre-figlio sia indispensabile poiché aiuta la madre a de-fondersi con il bambino e permette alla coppia di rimanere stabile. Il ruolo del padre consiste, dunque, nel permettere il passaggio fisiologico dal rapporto duale a quello triadico, che permette al bambino di accogliere il "terzo", dunque di rappresentarsi, di intuirsi e aprirsi al mondo (Montecchi, 2017).

Similmente, sul versante psicanalitico viene riconosciuto al padre il ruolo di figura portatrice di normatività nel rapporto con la prole. Egli diviene interprete del compito di interdire simbolicamente il desiderio, di imporre un limite al godimento illimitato della cosa materna. Il padre è portatore della Legge che introduce il senso del limite come elemento costitutivo dell'esperienza umana. Il desiderio e la Legge devono coesistere. Il desiderio senza Legge conduce alla dissipazione, all'eccitazione senza sponde e alla dispersione sregolata del godimento pulsionale. Del pari, la legge senza desiderio può generare solo repressione, oppressione e potere disciplinare. Nel primo caso si realizza un dissipamento della vita e nel secondo il suo svilimento. L'epoca contemporanea apparirebbe l'epoca dell'"evaporazione del padre" (Recalcati, 2011) nel suo ruolo simbolico di castrazione del desiderio.

Il padre post moderno sembra aver rinunciato al proprio ruolo sia simbolico che materiale nei confronti dei figli per regredire a maschio competitivo, che ha compiuto il più arcaico e feroce dei delitti: quello di Achille su Ettore. All'eroe paterno sopravvive solo il maschio combattente, in competizione con gli altri. La società contemporanea avrebbe annullato la figura del padre per esaltare quella dell'uomo senza responsabilità, che, nel dilagare del materialismo, ha ritenuto più importante il controllo dell'insicurezza rispetto all'uso della libertà, barattando il secondo per il primo (Zoja, 2016).

La perdita della figura del padre non può essere compresa fino in fondo se non è accompagnata da una riflessione, che, con una visione d'insieme, abbraccia l'età contemporanea. L'epoca in cui l'uomo moderno vive è il risultato dell'intorpidimento delle facoltà di intendimento di un'umanità che optando per le ricchezze materiali, per le attività ricreative e le terapie "new age", ha mirato a liberarsi della mente. Le stesse tecnologie che servivano all'uomo per liberarsi dal pensiero, con la globalizzazione, sono divenute gli strumenti con i quali ha dovuto fare i conti, poiché l'hanno posto di fronte alle terrificanti notizie di un mondo in preda al terrorismo, a politici inetti o corrotti, all'irreversibile tragicità dei cambiamenti climatici. L'uomo avrebbe raggiunto l'"età dello smarrimento" (Bollas, 2017), in cui ogni dimensione educativa e religiosa è stata soppiantata da un'autoreferenzialità che lo ha condotto nella direzione del disimpegno dalla politica e da ogni forma di attenzione all'alterità. L'uomo è immerso oggi nella cultura del narcisismo (Nanetti, 2016) che lo spinge a proiettarsi nel consumismo sfrenato, che, premiando la logica della gratificazione immediata, ha permesso agli oggetti di sostituirsi ai rapporti umani e creato, così, avidità, invidia e competizione con una inevitabile superficializzazione della realtà. Tale cultura sarebbe responsabile della moderna bulimia senza posa per nuovi stimoli, che non rappresenterebbe nient'altro che la compensazione di un vuoto insostenibile, in cui ogni dimensione ecologica dell'esistere è persa.

La riflessione sugli sviluppi della figura paterna non può prescindere dalle considerazioni che il sapere psicologico e sociologico da tempo operano sul padre. Queste ultime riflessioni devono essere ricondotte ad un problema collettivo se si vuole giungere ad una riscoperta della figura paterna, che, fagocitata nei secoli da quella della madre, rintraccia le proprie origini nei miti antichi (Zoja, 2016). Ciò che resta del padre (Recalcati, 2011) nell'epoca della sua evaporazione è la sua testimonianza. In una società orientata al consumismo godereccio, il padre deve essere in grado di introdurre l'elemento normativo con la propria singolare opera.

Da simili valutazioni non può prescindere il pensiero giuridico, che, affrontando quotidianamente le vicende di crisi familiare, è chiamata ad adottare provvedimenti che incideranno significativamente sull'esistenza dei suoi membri. Tramite un approccio interdisciplinare è possibile, infatti, prendere coscienza della reale portata delle vicende separabili al fine di rendere concreto, non solo sulla carta delle Convenzioni, l'"interesse del minore".

La formulazione elastica di tale principio lascia, infatti, ampio margine di apprezzamento nelle decisioni in materia familiare. Ed è proprio tale principio che ha permesso alla Corte dei diritti dell'uomo di adottare soluzioni innovative, che sono diventate lo strumento fondamentale di implementazione dei diritti umani anche da parte dei giudici comuni, i quali fanno sempre più ricorso ad un'interpretazione del diritto "convenzionalmente orientata" (Long, 2016).

Come già osservato, la declinazione del concetto di interesse del minore da parte della Corte nell'ambito dei procedimenti separati, esaminati alla luce dell'art. 8 della Cedu, appare multidimensionale, richiedendo il pieno rispetto dei diritti tanto sostanziali quanto processuali di entrambi i genitori. Solo procedendo in tal senso è possibile garantire l'adozione di provvedimenti che, intervenendo celermente nella regolamentazione di una situazione familiare conflittuale, non determinino delle cristallizzazioni nelle dinamiche patologiche tra genitori e figli e siano proattive nella creazione di una regolamentazione rispettosa del principio della bigenitorialità. Ciò appare ancora più necessario alla luce del pensiero psicologico e sociologico che affronta l'assenza della figura paterna nella società post moderna. Poter permettere ad un padre la prosecuzione del percorso esistenziale ed educativo con i propri figli consente di portare a compimento quel progetto di adultità che ha ispirato le Convenzioni moderne a tutela del minore.

Prassi giudiziarie non in linea con tale esigenza comporteranno sempre severi moniti e costanti condanne come quelle che, da tempo, la Corte Edu riserva all'Italia (Long, 2016).

4. Bibliografia

Alberoni F., *Innamoramento e amore*, in *Diritto e società, Elementi di sociologia del diritto*, Ferrari V., Laterza, Bari, 2006.

Amato F. e Civinini M. G., *Quale futuro per la giustizia minorile e della famiglia?*, in *Questione Giustizia*, 1 dicembre 2014.

Arosio L., *Stabilità e instabilità coniugale: la rottura del matrimonio via separazioni legali e divorzi*, in *La famiglia che cambia*, E. Ruspini, Roma, Carocci, 2012.

Ambrose P., Harper J. e Pemberton R., *Surviving Divorce: Man Beyond Marriage*, Wheatsheaf Books, London, 1983.

Barbagli M., Castiglioni M. e Dalla Zuanna G., *Fare famiglia in Italia: Un secolo di cambiamenti*, Il Mulino, Bologna, 2003.

Bauman Z., *Amore liquido*, Laterza, Bari, 2003.

Beck U., *Potere e contropotere nell'età globale*, Laterza, Bari, 2014

- Bollas C., *L'età dello smarrimento. Senso e malinconia*. Raffaello Cortina, Milano, 2018.
- Bollea G., *Le madri non sbagliano mai*, Armando Editore, Roma, 1994.
- Bowlby J., *L'attaccamento alla madre*, Bollati Boringhieri, Torino, 1972.
- Castellaneta M., *Nuova condanna all'Italia per i ritardi nel garantire in modo effettivo il rapporto padre-figlio*, in Guida al diritto, Il Sole 24 ore, fasc. 26, 104, 2017.
- Castiglioni M. e Dalla Zuanna G., *La famiglia è in crisi. Falso!*, Laterza, Bari, 2017.
- Conti R., *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel pianeta famiglia*, atti del convegno "Tutela delle persone minori d'età e rispetto delle relazioni familiari" (Roma, 23 novembre 2012).
- Conti R., *Il rilievo della Cedu nel "diritto vivente": in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza "convenzionale" nella giurisprudenza dei giudici comuni*, in Consulta online, fasc. 2, 2015.
- Contiero G., *L'affidamento dei minori*, Giuffrè, Milano, 2014.
- Crescenzi M., *La degiurisdizionalizzazione nei procedimenti di famiglia*, in *Questione Giustiziana*, 14 gennaio 2015.
- Di Lorenzo N., *Sottrazione internazionale e diritti fondamentali del fanciullo in una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, 112-122.
- Favretto A. R., *Le famiglie ricostituite dopo il divorzio: spazi sociali aperti o spazi sociali indefiniti?*, in *Come il diritto tratta la famiglia*, G. Maggioni, Quattroventi, Urbino, 1996.
- Fodra A., *La Carta dei diritti dei figli nella separazione dei genitori*, in *Questione Giustizia*, 23 ottobre 2018.
- Freud A., Goldstein J., e Solnit A., *Beyond the best interest of the child*, Free Press, New York, 1973.
- Fruggeri L., *Diverse normalità. Psicologia sociale e delle relazioni familiari*, Carocci, Roma, 2005.
- Gardner R. A., *The parentale Alienation Syndrome and the Differentiation between Fabricated and genuine Child Sexual Abuse*, Cresskill NY, creative Therapeutics, 1987.
- Gardner R. A., *The parentale Alienation Syndrome: A guide for a Mental Health and Legal Professionals*, Cresskill NY, creative Therapeutics, 1992.
- Gecchele M., Polenghi S., Dal Toso P., *Il Novecento: il secolo del bambino?*, Junior editore, Reggio Emilia, 2017.
- Giddens A., *La trasformazione dell'intimità. Sessualità, amore ed erotismo nelle società moderne*, Il mulino, Bologna, 1992.
- Gulotta G., Liberatore M., Cavedon A., *La sindrome da alienazione parentale (PAS). Lavaggio del cervello e programmazione dei figli in danno dell'altro genitore*, Giuffrè, Milano, 2015.
- Hackstaff K., *Marriage in a Culture of Divorce*, Temple University Press, Philadelphia, 1999.
- Johnston J. e Campbell L., *Impasses of Divorce: The Dynamics and Resolution of family conflict*, Free Press, New York, 1988.
- Lamarque E., *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016.
- Lenti L., *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, fasc. 1, parte 2, 148.

- Long J., *Il diritto italiano della famiglia e minorile alla prova della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Europa e diritto privato*, fasc. 4, 2016, 1059.
- Malagoli Togliatti M. e Lubrano Lavadera A., *La sindrome di alienazione genitoriale (PAS): epigenesi relazionale*, in *Maltrattamento e abuso all'infanzia*, vol. 7 n. 3, 2005.
- Malagoli Togliatti M. e Lubrano Lavadera A., *Bambini in tribunale: l'ascolto dei figli "contesi"*. Raffaello Cortina, Milano, 2011.
- Marella M. R., *Dal diritto alla bigenitorialità al ddl Cirinnà: un'incursione nelle strutture profonde del diritto di famiglia*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, n. 56, 2016.
- Mariani I., *La elusione del provvedimento del giudice in materia di affido e l'ascolto del minore*, in *Questione Giustizia*, 10 maggio 2017.
- Montecchi F., *I figli nelle separazioni conflittuali e nella (cosiddetta) PAS (Sindrome di alienazione genitoriale). Massacro psicologico e possibilità di riparazione*, Franco Angeli, milano, 2016.
- Mnookin R. e Maccoby E., *Dividing the child: Social and Legal dilemmas of Custody*, Harvard University Press, 1992.
- Nanetti F., *Narcisismi. I volti del male nella scena della vita quotidiana. Potenziare l'intelligenza del cuore*, Pendragon, Bologna, 2016.
- Pitoni A., *È questo il padre di cui abbiamo bisogno?*, in *Questione Giustizia*, 17 dicembre 2018.
- Pocar V. e Paola R., *La famiglia e il diritto*, Laterza, Bari, 2008.
- Porcelli M., *La famiglia al plurale*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, fasc. 3, 2014, 1248.
- Proto Pisani A., *Profili processuali della crisi della famiglia di fatto con figli minori*, in *Questione Giustizia*, 19 agosto 2014.
- Recalcati M., *Cosa resta del padre? la Paternità nell'epoca ipermoderna*, Raffaello Cortina, Milano 2017.
- Ronfani P., *Famiglie e matrimoni ai nostri tempi*, in *Politeia*, 100, 2010.
- Ruo G., atti del convegno *Alla ricerca delle prassi virtuose in materia di famiglia dopo la legge n. 54/2006*, Roma 7-9 marzo 2011.
- Saraceno C., *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Feltrinelli, Milano, 2012.
- Saraceno C., *L'equivoco della famiglia*, Laterza, Bari, 2017.
- Silva E. e Smart C., *The New Families?*, SAGE, 1999.
- Smart C. e Neale B., *Family Fragments?*, Polity Press, Cambridge, 1999.
- Théry I., *Le demariage*, Odile Jacob, Paris, 1993.
- Théry I., *Recomposer une famille, des rôles et des sentiments*, Textuel, Paris, 1995.
- Todesco L., *Matrimoni a tempo determinato. L'instabilità coniugale nell'Italia contemporanea*, Carocci, Roma, 2009.
- Wallerstein J., Lewis J. e Blakeslee S., *The Unexpected Legacy of Divorce: A 25 Year Landmark Study*, Hyperion, New York, 2000.
- Zoya L., *Il gesto di Ettore. Preistoria, storia, attualità e scomparsa del padre*, Bollati Boringhieri, Milano, 2016.