

Questioni di attualità

## Il diritto del minorene alla bigenitorialità

Ostacolare il rapporto dei figli con l'altro genitore può essere motivo di revoca della responsabilità genitoriale?

di *Tessa Onida*

## Il tema

Nel momento in cui ci si addentra nell'analisi dei diritti dei bambini, delle bambine, delle ragazze e dei ragazzi alcuni istituti/principi giuridici in cui ci si imbatte hanno l'attitudine, per le loro peculiari caratteristiche, a essere meglio compresi anche dalle persone che non hanno una grandissima familiarità con il diritto minorile, se vengono presi in esame attraverso l'analisi di casi giurisprudenziali che – per loro natura – costituiscono il frutto di un'opera di trasposizione di un "diritto teorico" in un "diritto pratico", in un diritto, cioè, che entra e vive nella vita concreta delle persone.

Quanto appena affermato trova un particolare riscontro nel caso del diritto alla bigenitorialità e, conseguentemente, nella possibilità che questo diritto possa essere limitato attraverso una pronuncia di decadenza della responsabilità genitoriale di uno dei genitori (o di entrambi laddove se ne ravvisino i presupposti).

Tale previsione legislativa (contenuta nell'articolo 330 del codice civile) si inserisce in un contesto di rilevanti cambiamenti culturali che hanno inciso fortemente sul modo nel quale la potestà/responsabilità genitoriale si è, via via, atteggiata nel diritto vivente<sup>1</sup>. Per convincersene basta pensare all'evoluzione

<sup>1</sup> Storicamente in Italia e nei Paesi di matrice culturale europea i principi ispiratori della regolazione dei rapporti tra genitori e figli hanno subito un cambiamento radicale nel corso della seconda metà del 1900. Prima il rapporto fra genitori e figli era costruito su un diritto del padre, la patria potestà, una sorta di "magistratura domestica" non soggetta ad alcun significativo controllo giudiziale ed era esercitata dalla madre solo nel caso in cui il padre fosse impossibilitato a esercitarla, così fino all'emancipazione, e dunque fino all'acquisizione di una propria autonoma soggettività, gli adolescenti si trovavano in uno stato giuridico di minorità, e cioè di incapacità, fondato sulla marginalità sociale della donna e sulla condizione personale di debolezza di bambini, bambine e adolescenti, cui corrispondeva il potere tutelare protettivo del capo famiglia. La nostra Costituzione del 1948, collocandosi nella scia della Dichiarazione universale dei diritti umani proclamata dalle Nazioni Unite nello stesso anno (che all'articolo 8 stabilisce che «ogni individuo ha diritto ad un'effettiva possibilità di ricorso a competenti tribunali contro atti che violino i diritti fondamentali a lui riconosciuti dalla Costituzione o dalla legge»), all'articolo 2 garantisce la tutela effettiva da parte di un giudice dei diritti umani specificamente riconosciuti da norme giuridiche. Di qui la possibilità per tutti (articolo 24 della Costituzione), dunque anche per i soggetti in età evolutiva, di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti, naturalmente anche quelli inviolabili della persona singola o che riguardano le relazioni con altri nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità. Con la legge n. 151 del 1975 (la Riforma del diritto di famiglia) che garantisce l'assoluta uguaglianza tra marito e moglie, ci

che vi è stata nel diritto di famiglia con il progressivo abbandono della vecchia concezione del minore prima considerato – di fatto – come soggetto passivo nelle operazioni di divisione conseguenti alla decisione della coppia di separarsi, e adesso parte attiva della procedura con il diritto di essere ascoltato dal giudice (anche se minore di anni 12 se capace di discernimento)<sup>2</sup>, e con un diritto personalissimo e indisponibile quale è, appunto, il diritto alla bigenitorialità<sup>3</sup>.

Ed è stato proprio grazie all'evoluzione culturale che il legislatore con l'approvazione della legge 8 febbraio 2006, n. 54, *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli* ha deciso di innovare la disciplina dell'affidamento dei figli in caso di rottura dell'unità familiare capovolgendo – di fatto – la precedente disciplina sia sul piano sostanziale che su quello processuale: infatti, 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 i figli, adesso si cerca di andare verso un affidamento condiviso perché – proprio in virtù del diritto alla bigenitorialità – il figlio di genitori separati ha il diritto di continuare a ricevere da entrambi i genitori affetto, mantenimento, cura, educazione e istruzione, a prescindere dalla frattura dell'unità familiare e dal suo collocamento prevalentemente presso l'uno o l'altro di essi.

Questo nuovo approccio ha innovato profondamente il tema dell'affidamento e, conseguentemente, quello della responsabilità genitoriale<sup>4</sup> che – una volta intesa come l'insieme delle responsabilità educative e affettive proprie del ruolo genitoriale nei confronti del figlio (o dei figli) – non può che rimanere comune e condivisa nonostante la separazione.

si continua a riferire ai figli minorenni utilizzando il termine di "potestà genitoriale" nell'ambito di un rapporto unilaterale di soggezione che era stato confermato dalla riforma del diritto di famiglia realizzata dal codice civile del 1942 che trasformò la potestà in un potere pubblicistico da esercitarsi dai genitori o dal tutore sotto il controllo rispettivamente del tribunale per i minorenni e del giudice tutelare che possono pronunciare la decadenza del genitore (o rimuovere il tutore) adottando «secondo le circostanze i provvedimenti convenienti» anche l'allontanamento del figlio minore dalla residenza familiare «ovvero del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore» (articolo 333 cc).

2 Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 16 gennaio 2002, n. 1.

3 Cfr. Moro, A.C. (2018). Manuale di diritto minorile. Bologna, Zanichelli.

4 L'espressione potestà genitoriale è stata sostituita con quella di "responsabilità genitoriale" a opera della legge n. 219 del 2012 la cui ratio si fonda sull'idea che si deve parlare di responsabilità per il fatto stesso di aver generato un figlio indipendentemente dai rapporti buoni o cattivi con il partner.

Ed è chiaramente da questa logica che muove l'articolo 337 ter del codice civile (introdotto dall'articolo 55 del d.lgs. n. 154 del 2013)<sup>5</sup> quando definisce il diritto alla bigenitorialità come il diritto del figlio minore 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<sup>6</sup> di ciascun ramo genitoriale».

Inoltre, l'articolo 337 ter stabilisce che il giudice per realizzare tale principio debba adottare i provvedimenti relativi ai figli con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essi e, in particolare, valutando prioritariamente la possibilità che i figli minorenni restino affidati a entrambi i genitori o stabilisce a quale genitore i figli siano affidati<sup>7</sup>.

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 minorenni 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 dei figli.

Peraltro, questa logica implica che non sia più possibile distinguere fra esercizio della responsabilità (che spetta al genitore affidatario) e titolarità della responsabilità (che spetta anche al genitore non affidatario) in quanto, solo in via di eccezione, il giudice – se ritiene che l'affidamento condiviso

5 Cfr. 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* il quale riporta, con modificazioni, il contenuto della versione previgente dell'articolo 155 cc.

6 Il diritto dei figli di avere rapporti con i propri genitori ma anche con i parenti di ciascuno di essi presenta una caratteristica importante che è quella di essere un diritto che spetta agli uni e agli altri in modo reciproco – relazionale appunto – con limitazioni ammesse soltanto nell'interesse dei figli. Nella giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo (Cedu) è comunemente qualificato come diritto alla reciproca frequentazione cioè a costruire e a mantenere una relazione reciproca connotata dall'intimità familiare senza interferenza ingiustificate dell'autorità pubblica.

7 Inoltre l'articolo stabilisce che il giudice «determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissa la misura e il modo con cui ciascun genitore deve contribuire al mantenimento, alla cura e all'educazione dei figli; prende atto se non contrari agli interessi dei figli degli accordi intervenuti tra i genitori; adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole».

sia contrario all'interesse del minore - può disporre l'affidamento esclusivo a un solo genitore secondo l'articolo 337 *quater* e comunque - anche in tal caso - deve far salvi per quanto possibile i diritti previsti dal primo comma dell'articolo 337 *ter* ovvero il diritto del figlio di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascun genitore (il diritto alla bigenitorialità appunto). Solo l'eventuale decadenza dalla responsabilità genitoriale di un genitore può far venire meno il principio-diritto alla bigenitorialità<sup>8</sup> che, infatti, resta in misura che varia da un massimo a un minimo nell'affidamento condiviso e in quello a un solo genitore<sup>9</sup>. A conferma di ciò l'articolo 316<sup>10</sup> del codice civile

8 Cfr. anche la recente sentenza della Corte di cassazione civile, sezione I, sentenza 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 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. Ne consegue quindi che 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 e non per effetto delle scelte esclusive ed unilaterali di uno di essi, o per comportamenti che se protratti nel tempo oltre un limite ragionevole e non adeguatamente contrastati, possano realizzare una cristallizzazione arbitraria della mancanza di una figura genitoriale».

9 Il procedimento di decadenza dalla responsabilità genitoriale è disciplinato all'articolo 336 codice civile e prevede che sia l'altro genitore, un parente o direttamente il pubblico ministero a dover farne richiesta: «I provvedimenti indicati negli articoli precedenti sono adottati su ricorso dell'altro genitore, dei parenti o del pubblico ministero e, quando si tratta di revocare deliberazioni anteriori, anche del genitore interessato. Il tribunale provvede in camera di consiglio, assunte informazioni e sentito il pubblico ministero; dispone, inoltre, l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento. Nei casi in cui il provvedimento è richiesto contro il genitore, questi deve essere sentito. In caso di urgente necessità il tribunale può adottare, anche d'ufficio, provvedimenti temporanei nell'interesse del figlio. Per i provvedimenti di cui ai commi precedenti, i genitori e il minore sono assistiti da un difensore».

10 Cfr. articolo 316 codice civile: «Entrambi i genitori hanno la responsabilità genitoriale che è esercitata di comune accordo tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio. I genitori di comune accordo stabiliscono la residenza abituale del minore. In caso di contrasto su questioni di particolare importanza ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al giudice indicando i provvedimenti che ritiene più idonei. Il giudice, sentiti i genitori e disposto l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento, suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare. Se il contrasto permane il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio. Il genitore che

afferma chiaramente che il rapporto giuridico di filiazione in capo ai genitori e la conseguente responsabilità genitoriale sui figli minorenni di cui i genitori sono titolari deve essere esercitata di comune accordo - siano o meno essi coniugati o conviventi<sup>11</sup> - con l'unico scopo di perseguire il bene dei figli in un esercizio comune nel senso di concordare quelle linee generali di indirizzo sulla base delle quali ciascuno potrà e dovrà operare anche separatamente.

### L'evoluzione giurisprudenziale

Al fine di approfondire la questione dei rapporti - che nella vita reale possono mettere l'interprete di fronte alla necessità di fare una non semplice opera di bilanciamento - tra il diritto alla bigenitorialità e l'opportunità di decidere per la decadenza della responsabilità genitoriale di uno dei genitori, pare opportuno soffermarsi sull'interpretazione e sui principi recentemente evidenziati dai giudici della Corte di cassazione con l'ordinanza 24 marzo 2022, n. 9691<sup>12</sup> nel dirimere una intricata vicenda processuale: una donna che decideva di interrompere la relazione con il compagno a causa di problemi dovuti a una condotta persecutoria e denigratoria subita da parte dell'ex, chiedeva l'affidamento del figlio minorenni dinanzi al tribunale.

Mentre la donna motivava la sua richiesta lamentando profili di inadeguatezza del padre, questi, attribuiva alla madre del bambino comportamenti ostativi all'esercizio della sua genitorialità confermati anche in sede di valutazione delle competenze genitoriali da parte di un consulente tecnico d'ufficio.

Così, mentre ogni richiesta di approfondimento sui comportamenti paterni posta dalla madre veniva ignorata o ritenuta pregiudizialmente indicativa di un'incapacità della stessa di garantire l'accesso del figlio al padre, quest'ultimo chiedeva la decadenza della responsabilità genitoriale della

ha riconosciuto il figlio esercita la responsabilità genitoriale su di lui. Se il riconoscimento del figlio, nato fuori del matrimonio, è fatto dai genitori, l'esercizio della responsabilità genitoriale spetta ad entrambi. Il genitore che non esercita la responsabilità genitoriale vigila sull'istruzione, sull'educazione e sulle condizioni di vita del figlio».

11 Ciò a maggior ragione dopo la scomparsa di ogni distinzione tra figli nati nel matrimonio e figli nati al di fuori dello stesso per i quali prima della legge n. 219 del 2012 la disciplina prevedeva la responsabilità congiunta solo in caso di convivenza tra i genitori. Sul punto cfr. Cassazione civile, sezione I, ordinanza 6 luglio 2022, n. 21425 dove si chiarisce l'aspetto delle implicazioni per le coppie separate e divorziate e anche per i figli di coppie non sposate.

12 Cassazione civile, sezione I, ordinanza 24 marzo 2022, n. 9691.

madre sulla base di presunti ostacoli all'esercizio della sua paternità.

Il Tribunale per i minorenni di Roma – sebbene emergesse chiaramente dagli atti che, nel caso concreto, il minore aveva sempre convissuto felicemente con la madre, mantenendo serenamente i propri interessi e frequentando con profitto la scuola – dopo una prima decisione di collocarlo presso il padre con educatore domiciliare permanente, annullata dalla Corte di appello di Roma nel gennaio 2020, pronunciava effettivamente la decadenza della responsabilità genitoriale della madre e il collocamento del bambino in una casa-famiglia (senza procedere all'ascolto di quest'ultimo).

La Cassazione è quindi intervenuta annullando il decreto con il quale era stata pronunciata la decadenza dalla responsabilità genitoriale e deciso il trasferimento del bambino osservando – fin da subito – che il richiamo alla sindrome da alienazione parentale (Pas) lamentato dal padre non poteva rappresentare, da solo, un legittimo fondamento di un decreto di decadenza della responsabilità genitoriale dell'altro genitore considerando il suo "fondamento pseudo-scientifico" e la gravità degli effetti che questa misura era destinata a produrre sul figlio (oltre che sulla madre). Più in dettaglio i giudici della Cassazione in questa ordinanza hanno chiarito che: è grave che il decreto impugnato abbia omissis di considerare le ripercussioni sulla vita e sulla salute del figlio per la sua brusca e definitiva interruzione della relazione familiare con la madre ignorando il diritto alla bigenitorialità che – prima di tutto – è un diritto del minore diretto a realizzare il suo superiore interesse<sup>13</sup>; 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<sup>14</sup> se il superiore interesse del minore nella

<sup>13</sup> In tutte le questioni che coinvolgono i figli minori di età è il loro interesse ad avere una considerazione prioritaria, e questo è un principio non soltanto valido a proposito dei rapporti fra genitori e figli ma insito in tutti gli aspetti della condizione delle persone di minore età (così come sancito dalla Convenzione di New York all'art. 3, comma 1; dall'art. 25 comma 5, art. 57 comma 2, art. 33 comma 4 della legge 184 del 1983; art. 316 comma 1, art. 317 bis comma 2, art. 321, art. 336 comma 3, art. 336 bis comma 1, art. 337 ter commi 2 e 3, art. 337 quater commi 1, 2, 3, art. 336 sexies comma 1, art. 337 octies commi 1 e 2 codice civile).

<sup>14</sup> Con riferimento al fatto che possa assumere carattere recessivo per realizzare il miglior interesse del minore di età in tema di frequentazione paritaria dei figli cfr. Cassazione civile sezione I, 17 settembre 2020, n. 19323.

fattispecie concreta non è garantito: «l'interprete è infatti chiamato ad una delicata interpretazione ermeneutica di bilanciamento<sup>15</sup> 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».

Si tratta di un bilanciamento che è 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 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<sup>16</sup> e non già nella cornice rivendicatoria degli adulti.

Infatti, l'autorità giudiziaria non può prescindere da una valutazione che declini il superiore interesse del minore secondo il significato che la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, ratificata dall'Italia con la legge n. 176 del 1991, ha codificato in modo preciso e organico; si deve, infatti, sempre tener presente che il superiore interesse del minore<sup>17</sup>: esprime un diritto sostanziale<sup>18</sup>, cioè il diritto del minore a che il proprio

<sup>15</sup> Cfr. nota a sentenza di Chiara Bevilacqua sull'*Utilizzo improprio della cosiddetta sindrome dell'alienazione parentale, l'ascolto del minore e il suo allontanamento forzoso dalla casa parentale* dove si osserva che la scelta di una prospettiva futura da privilegiare può prevalere solo se è più probabile che dia esito positivo nel lungo periodo e al tempo stesso se dalla scelta opposta deriverebbe un danno elevato e, comunque, la sofferenza nel breve periodo deve apparire superabile senza lasciare traumi.

<sup>16</sup> Cfr. Cassazione civile, sez. I, sentenza 17 maggio 2021, n. 13217, in base alla quale la capacità di preservare la continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore può senz'altro rilevare nella valutazione dell'idoneità genitoriale, essendo una capacità essenziale per la tutela del diritto del figlio alla bigenitorialità e alla crescita equilibrata e serena.

<sup>17</sup> Cfr. Comitato Onu sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, Commento generale 29 maggio 2013, n. 14.

<sup>18</sup> Cfr. anche la Cassazione civile, sezione I, ordinanza 25 gennaio 2021 n. 1741, che conferma l'orientamento della giurisprudenza della Suprema corte sulla funzione processuale dell'ascolto – che emerge anche nella pronuncia in commento – che rivaluta e migliora il suo significato originario cioè quello del diritto del minore di esprimersi «in tutte le questioni e procedure che lo riguardano» (art. 315 bis codice civile), per divenire vera e propria componente del principio del contraddittorio, da estendersi anche nei confronti del minore nella sua qualità di parte in senso sostanziale (sebbene – in generale – nei procedimenti giudiziari che li riguardano non possono essere considerati parte formale del giudizio perché la legittimazione processuale non risulta

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; 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; è un principio giuridico interpretativo fondamentale e di conseguenza, quando una disposizione di legge risulti aperta a più di un'interpretazione si deve scegliere l'interpretazione che corrisponde nel modo più efficace al superiore interesse del minore.

Nel caso in esame, pertanto, afferma l'ordinanza della Cassazione, l'accertamento della violazione del diritto alla bigenitorialità lamentata dal padre, e la conseguente necessità di garantire l'attuazione del diritto, non possono comportare automaticamente, di per sé, la decadenza della madre dalla responsabilità genitoriale. Quella dell'articolo 330 del codice civile, infatti, è una misura di carattere estremo destinata a recidere ineluttabilmente ogni rapporto giuridico, morale e affettivo, tra la madre e il figlio dodicenne e – giova ricordarlo – non ha natura propriamente sanzionatoria perché non nasce per punire il comportamento che un genitore tiene con l'altro ma ha una funzione protettiva nel senso che nasce per proteggere il figlio dai comportamenti fortemente dannosi che può avere il genitore nei suoi confronti.

Solo attraverso la consulenza tecnica (che tra l'altro non può sostituire l'ascolto di un minore) si possono accertare i comportamenti pregiudizievoli perché il giudice ha a disposizione tutti i mezzi di prova propri del processo civile e anche uno strumento specifico, quale è appunto l'ascolto del minore, che costituisce la modalità attraverso la quale il minore esercita il suo diritto di partecipare al processo ed esprimere la sua opinione sulle scelte di vita che lo riguardano.

Merita quindi di essere annullato il provvedimento dell'autorità giudiziaria di merito anche per non avervi proceduto e, quindi, aver disatteso i principi del contraddittorio e del giusto processo<sup>19</sup>

attribuita loro da alcuna disposizione di legge). A riguardo cfr. anche Cassazione civile, sezione I, ordinanza 12 novembre 2018, n. 29001 dove la mancanza dell'ascolto del minore all'interno del giudizio e quindi la mancata partecipazione del minore comporta un vizio procedurale e la nullità del procedimento ex articolo 354, comma 1, codice di procedura civile e la necessità di instaurare il contraddittorio tra tutte le parti del procedimento, tra cui il minore stesso.

<sup>19</sup> Infatti il giudice che ritenga di ometterlo deve motivare tale decisione

(anche perché i minorenni sono parti sostanziali, portatori di interessi diversi, e spesso contrapposti a quelli dei loro genitori nel processo)<sup>20</sup> alla luce del fatto che «in tema di affidamento dei figli minori l'ascolto del minore infradodicesimo capace di discernimento costituisce adempimento previsto a pena di nullità, atteso che è espressamente destinato a raccogliere le sue opinioni e a valutare i suoi bisogni»<sup>21</sup>.

La Corte di cassazione rafforza infine le sue affermazioni sull'importanza di assicurare nell'interesse superiore del minore il rispetto del principio di bigenitorialità inteso quale presenza comune<sup>22</sup> dei genitori nella vita del figlio idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi che, a loro volta, hanno il dovere di cooperare nell'assistenza, nell'educazione e nell'istruzione e, nel farlo, richiama il consolidato orientamento della Corte europea per i diritti dell'uomo la quale ha stabilito che: pur riconoscendo all'autorità giudiziaria ampia libertà in materia di diritto di affidamento di un figlio minore è comunque necessario un rigoroso controllo sulle "restrizioni supplementari", ovvero quelle apportate dalle autorità al diritto di visita dei genitori, e sulle garanzie giuridiche destinate ad assicurare la protezione effettiva del diritto dei genitori e dei figli al rispetto della loro vita familiare<sup>23</sup>, onde scongiurare il rischio di troncamento delle relazioni familiari tra un figlio in tenera età e uno dei genitori<sup>24</sup>; le autorità nazionali sono pertanto invitate ad adottare tutte le misure

non solo se ritenga che il minore infradodicesimo sia incapace di discernimento o che l'esame sia manifestamente superfluo o in contrasto con l'interesse del minore, ma anche quando scelga, in luogo dell'ascolto diretto, per quello effettuato nel corso di indagini peritali o demandato a un esperto al di fuori di detto incarico, posto che solo l'ascolto diretto del giudice dà spazio alla partecipazione attiva del minore al procedimento che lo riguarda. Cfr. anche Cassazione civile, sezione I, ordinanza 25 gennaio 2021, n. 1474.

<sup>20</sup> Cfr. Cassazione civile, sezione I, ordinanza 30 luglio 2020, n. 16410.

<sup>21</sup> Cfr. Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 21 ottobre 2009, n. 22238 in Riv. dir. proc., 2010, con nota di Danovi, «l'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio tra obbligatorietà e prudente apprezzamento giudiziale» dove l'autore osserva che la Corte di cassazione supera la configurazione meramente istruttoria dell'istituto, figlia della passata concezione in cui il minore è mero oggetto di tutela: l'ascolto diventa adesso una modalità di partecipazione al processo e uno strumento per influire sul contenuto della decisione e come tale, in questo specifico ambito, risponde a una funzione prossima a quella propria del diritto di difesa e al contraddittorio.

<sup>22</sup> Cfr. Cassazione civile, sezione I, ordinanza 16 dicembre 2020, n. 28723.

<sup>23</sup> Articolo 8 della Cedu.

<sup>24</sup> Cfr. Corte europea per i diritti dell'uomo, sentenza 9 febbraio 2017, *Solarino c. Italia*, ricorso n. 76171/13.

atte ad assicurare il mantenimento dei legami tra il genitore e i figli, affermando che per un genitore e suo figlio, stare insieme costituisce un elemento fondamentale della vita familiare e che le misure interne che lo impediscono costituiscono ingerenza nel diritto protetto dall'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; gli obblighi positivi da ottemperare da parte delle autorità degli Stati nazionali, per garantire effettività della vita privata o familiare nei termini di cui all'articolo 8 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo non si limitano al controllo sul fatto che il bambino o la bambina possano incontrare il proprio genitore o avere contatti con lui, ma «includono l'insieme delle misure preparatorie che, non automatiche e stereotipate, permettono di raggiungere questo risultato, nella preliminare esigenza che le misure deputate a ravvicinare il genitore al figlio rispondano a rapida attuazione, perché il trascorrere del tempo può avere delle conseguenze irrimediabili sulle relazioni tra il fanciullo e quello del genitore che non vive con lui<sup>25</sup>».

La pronuncia dei giudici di legittimità che hanno censurato l'interpretazione del diritto alla bigenitorialità così come inteso dai giudici di merito che – volendo soddisfare il diritto-dovere del padre nei confronti del minore – hanno rimosso la figura genitoriale della madre optando per una pronuncia di decadenza dalla responsabilità genitoriale del genitore che ostacola il rapporto del figlio con l'altro genitore (che dovrebbe costituire *l'extrema ratio* anche in considerazione delle conseguenze negative dell'interruzione del rapporto con il genitore che pone ostacoli) è, quindi, in sintonia non solo con una corretta interpretazione delle norme di diritto italiano ma anche con le norme di diritto internazionale che sempre più incidenza hanno anche nell'ambito del diritto minorile. Infatti la pronuncia di decadenza della responsabilità genitoriale (disciplinata dall'articolo 330 codice civile) è prevista essenzialmente per tutelare l'incolumità dei minorenni a causa dei comportamenti pregiudizievoli del genitore che possono mettere a rischio la corretta crescita e il corretto sviluppo fisico e psicologico del bambino o della bambina, e prima di ricorrervi il giudice deve sempre esaminare il caso concreto e porre in essere le adeguate valutazioni in merito all'effetto che tale provvedimento potrebbe avere sul bambino e sulla bambina (o sul ragazzo e sulla ragazza) perché non costituisca motivo di maggior danno per il figlio<sup>26</sup>.

25 Cfr. Corte europea per i diritti dell'uomo, sentenza 29 gennaio 2013, *Lombardo c. Italia*, ricorso n. 25704/11.

26 Il codice civile nel caso in cui i genitori non esercitino i loro doveri nei confronti dei figli, ovvero abusino dei relativi poteri, con pregiudizio per i figli medesimi, prevede forme di intervento da parte del giudice,

Il giudice al momento della pronuncia dell'ordine di decadenza dalla responsabilità genitoriale deve, inoltre, porre in essere una serie di valutazioni relative alla possibilità di recupero delle capacità genitoriali<sup>27</sup>: infatti viene anche precisato che il giudice di merito nel pronunciarsi in ordine alla decadenza dalla responsabilità genitoriale deve «esprimere una prognosi sull'effettiva ed attuale possibilità di recupero, attraverso un percorso di crescita e sviluppo, delle capacità e competenze genitoriali, con riferimento alla elaborazione, da parte dei genitori, di un progetto, anche futuro, di assunzione diretta della responsabilità genitoriale, caratterizzata da cura, accudimento, coabitazione con il minore, ancorché con l'aiuto di parenti o di terzi e avvalendosi dell'intervento dei servizi territoriali».

## Nozioni di riferimento

**Diritto alla bigenitorialità.** L'articolo 337 *ter* codice civile prevede 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» e che a tal fine «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 affidati, 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».

**Decadenza dalla responsabilità genitoriale.** L'articolo 330 codice civile prevede che il giudice possa pronunciare la decadenza dalla responsabilità genitoriale quando il genitore viola o trascura

graduate secondo la maggiore o minore gravità dell'inadempimento: dalla decadenza della responsabilità genitoriale (i cui presupposti previsti dalla norma sono la condotta del genitore in contrasto con i doveri inerenti alla responsabilità o con abuso dei relativi poteri e un grave pregiudizio per il figlio, conseguente a quella condotta) all'assunzione dei provvedimenti atipici disciplinati all'articolo 333 ritenuti più opportuni «secondo le circostanze». Tali provvedimenti possono essere adottati nei confronti di entrambi i genitori o di uno solo di essi, cui sia imputabile la violazione del dovere.

27 Cfr. Cassazione civile sezione I, 8 aprile 2019, n. 9763.

i doveri a 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.

## Riferimenti normativi

*Costituzione*

*Codice civile*

*Codice di procedura civile*

*Convenzione europea dei diritti dell'uomo*

## Riferimenti giurisprudenziali

*Corte costituzionale, sentenza del 30 gennaio 2001, n. 1*

*Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza 21 Ottobre 2009, n. 22238*

*Cassazione civile, sezione I, ordinanza 12 novembre 2018, n. 29001*

*Cassazione civile, sezione I, 8 aprile 2019, n.9763*

*Cassazione civile, sezione I, ordinanza 30 luglio 2020, n.16410*

*Cassazione civile, sezione I, ordinanza 17 settembre 2020, n. 19323*

*Cassazione civile sezione I, ordinanza 16 dicembre 2020, n. 28723*

*Cassazione civile, sezione I, ordinanza 25 gennaio 2021, n. 1474*

*Cassazione civile, sezione I, ordinanza 25 gennaio 2021 n. 1741*

*Cassazione civile, sezione I, sentenza 17 maggio 2021 n. 13217*

*Cassazione civile, sezione I, ordinanza 24 marzo 2022, n. 9691*

*Cassazione civile, sezione I, ordinanza 6 luglio 2022, n. 21425*

*Cassazione civile, sezione I, sentenza 19 settembre 2022, n.27346*

*Corte europea per i diritti dell'uomo, sentenza 29 gennaio 2013, Lombardo c. Italia, ricorso n. 25704/11*

*Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 9 febbraio 2017, Solarino c. Italia, ricorso n. 76171/13*

## Dottrina di riferimento

Moro, A.C. (2018). Manuale di diritto minorile. Bologna, Zanichelli