



Orizzonte JUS

Direttori di collana

Maria Novella Campagnoli

Massimo Farina

6

**GENITORIALITÀ E
ALIENAZIONE PARENTALE**

UN TAVOLO DI LAVORO TRA SAPERI E PROFESSIONI

a cura di

Paola Bianchi

Edizione SETTEMBRE 2025

Copyright © MMXXV

KEY EDITORE SRL

VIA TITO VIGNOLI 30

20146 MILANO

P.I./C.F. 02613240601

ISBN 978-88-279-1715-2

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione, di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

La Casa Editrice, pur assicurando la massima cura nella preparazione del volume, declina ogni responsabilità per i possibili errori od omissioni, nonché per gli eventuali danni risultanti dall'uso delle informazioni ivi contenute.

Stampato da Furlan Grafica Digital Printing Srl Via Garegnano, 41 Milano 20156

Orizzonte JUS

Direttori di Collana
Maria Novella Campagnoli
Massimo Farina

6

GENITORIALITÀ E ALIENAZIONE PARENTALE
Un tavolo di lavoro tra saperi e professioni

a cura di
Paola Bianchi

Orizzonte JUS

Direttori

Maria Novella Campagnoli (Università di Roma Tor Vergata)

Massimo Farina (Università di Cagliari)

Consiglio scientifico

Agata C. Amato (Università di Roma Tor Vergata – Italia)

Angela Aparisi Miralles (Università di Navarra – Spagna)

Stéphane Bauzon (Università di Roma Tor Vergata – Italia)

Marco Betzu (Università di Cagliari – Italia)

Paola Bianchi (Università di Roma Tor Vergata – Italia)

Maria Borrello (Università di Torino – Italia)

Cláudio Brandão (Università di PUC Minas – Brasile)

Raffaella Brighi (Università di Bologna – Italia)

Paola Chiarella (Università di Catanzaro – Italia)

Maria Francesca Cortesi (Università di Cagliari – Italia)

Alessandro Dani (Università di Roma Tor Vergata – Italia)

Maria Cruz Díaz de Terán (Università di Navarra – Spagna)

Encarnación Fernández (Università di Valencia – Spagna)

Ana-Paz Garibo Peyró (Università di Valencia – Spagna)

Gianmarco Gometz (Università di Cagliari – Italia)

Silvia Izzo (Università degli Studi di Cagliari – Italia)

Roberta Marini (Università di Roma Tor Vergata – Italia)

Michela Michetti (Università di Teramo – Italia)

Federica Mucci (Università di Roma Tor Vergata – Italia)

Alessandra Pisu (Università di Cagliari – Italia)

Guido Saraceni (Università di Teramo – Italia)

Deborah Scolart (Università di Napoli “L’Orientale” – Italia)

Pierluigi Simone (Università di Roma Tor Vergata – Italia)

Cristina Simonetti (Università di Roma Tor Vergata – Italia)

Guglielmo Siniscalchi (Università di Bari "Aldo Moro" – Italia)

Gianluca Tracuzzi (Università LUM di Bari – Italia)

Silvia Zorzetto (Università di Milano – Italia)

Silvia Zullo (Università di Bologna – Italia)

Coordinatore del Comitato editoriale

Alessia Palladino (Università di Cagliari – Italia)

Comitato editoriale

Massimo Brazzi (Foro e Università di Perugia – Italia)

Claudia Cipolloni (Università di Teramo – Italia)

Roberta Fidanzia (Centro Studi Femininum Ingenium – Italia)

Ilaria Iannuzzi (Università di Roma UNINT – Italia)

Paola Anna Lacorte (Foro e Università di Perugia – Italia)

Piero Marra (Università di Bari “Aldo Moro” – Italia)

Luca Panico (Foro e Università di Roma Tor Vergata – Italia)

Luigi Prosia (Università di Roma Tor Vergata – Italia)

Gianluca Satta (Foro e Università di Cagliari – Italia)

Luisa Taldone (Foro di Roma e Università europea – Italia)

La curatrice

Paola Bianchi è ricercatrice di Diritto romano e fondamenti del diritto europeo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata, dove ha insegnato Storia del diritto romano. Presso il medesimo Ateneo, è membro del collegio dei docenti del Dottorato di Ricerca in Diritto e tutela: esperienza contemporanea, comparazione, sistema romano.

I suoi interessi scientifici si sono concentrati sul diritto tardo antico: si è occupata di problemi lessicali, di tradizione manoscritta, del rapporto tra i romani e gli "altri", degli effetti del tempo sulle situazioni di appartenenza, della convergenza di leggi imperiali e dettami patristici sul tema della ricchezza e della povertà.

È autrice di varie monografie e contributi.

L'opera

Il volume *"Genitorialità e alienazione parentale. Un tavolo di lavoro tra saperi e professioni"* raccoglie gli atti di un convegno multidisciplinare svoltosi nel 2024. Oggetto d'indagine è il complesso fenomeno dell'"alienazione parentale" (o "manipolazione genitoriale"), di cui si indagano le dimensioni storiche, filosofiche, psicologiche, psichiatriche, giuridiche.

La struttura del volume si articola in ricerche che spaziano da una prospettiva filosofico-giuridica a un contesto storico, con un'attenzione al diritto sostanziale e processuale, nazionale ed europeo, nonché ad una prospettiva di diritto comparato; arricchisce il quadro l'apertura agli aspetti psicologici e psichiatrici del fenomeno.

L'obiettivo primario dell'opera è quello di sottolineare come – al di là delle controversie sul concetto di "PAS", il fenomeno della manipolazione genitoriale, inquadrato dall'art. 473 *bis* 6 cod. proc. civ., sia un'evidenza che impone studio e soluzioni mirate. Il volume intende, pertanto, offrire un'analisi multidisciplinare e oggettiva, che – affrancata dai condizionamenti della teoria di Gardner – guarda ai casi di alienazione genitoriale in un'accezione ampia. La curatrice, in quanto romanista, enfatizza il valore intrinseco del diritto romano quale matrice culturale e fonte di principi per la comprensione di dinamiche che, pur riproponendosi in differenti contesti, manifestano intramontabili similitudini.

L'auspicio è che quest'opera possa contribuire significativamente alla diffusione della conoscenza e risoluzione di queste problematiche così complesse

e delicate, che coinvolgono (e travolgono) la vita familiare e relazionale dei soggetti (adulti e minori) coinvolti.

INDICE GENERALE

INTRODUZIONE

di *Paola Bianchi*

GENITORIALITÀ CONTRASTATA. QUALE APPORTO DAL DIRITTO ROMANO

di *Paola Bianchi*

I) <i>La collocazione dei figli dopo il divorzio</i>	27
1. Introduzione.....	27
2. Età imperiale fra II e III secolo	32
3. Verso la riforma diocleziana	38
4. Collocazione dei figli dopo il divorzio in età diocleziana	40
5. Costantino.....	46
6. Il V secolo e Giustiniano. Cenni	51
7. Conclusioni.....	56
II) <i>Dal ius liberorum alla PAS. Alcune aberrazioni al contrario</i>	60
1. Premessa	60
2. La <i>tutela mulieris</i>	64
3. Il <i>ius liberorum</i> e la sua evoluzione.....	69
4. La c.d. PAS ovvero sia l'alienazione parentale	77
5. Casi pratici. Qualche esempio	81
6. Osservazioni conclusive	86

CONFLITTI TRA GENITORI E FIGLI NELLO SPECCHIO

DEL DIRITTO ROMANO. ALCUNI CASI DI STUDIO

di *Mario Fiorentini*

1. Qualche osservazione per introdurre: la famiglia romana in età imperiale.....	89
2. Omicidi in famiglia	94
2.1. Figli che uccidono i padri.....	95
2.2. Figli che uccidono le madri.....	106
2.3. Padri che uccidono i figli.....	112
2.4. Madri che uccidono i figli	116
2.5. Madri e matrigne che insidiano i figli e i figliastri	117
2.6. Figli che insidiano le matrigne	121
2.7. Mariti e mogli che si uccidono tra loro	124

3. Tensioni ereditarie e la <i>querela inofficiosi testamenti</i>	131
4. Qualche osservazione conclusiva	135

RIFIUTO DEL MINORE, CONTINUITÀ AFFETTIVA E RUOLO DELL'AVVOCATO.

RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE SUL TEMA

di *Rosaria Petrolà*

1. Introduzione.....	137
2. Il rifiuto del minore e la asimmetria nei rapporti con entrambi i genitori	138
3. Non scientificità della "PAS" e fenomenologia dei comportamenti ostacolanti.....	139
4. Il diritto alla bigenitorialità e il suo <i>excursus</i> storico	142
5. Il <i>best interest of the child</i> e la lesione del diritto alla continuità affettiva	145
6. Il ruolo dell'avvocatura	147
7. Rassegna giurisprudenziale (sulla <i>Maternal Preference</i>).....	151

IL RIFIUTO DA PARTE DEL MINORE AD INCONTRARE UNO O ENTRAMBI I GENITORI

di *Giuseppa Palmeri*

1. Premessa	157
2. Il diritto all'ascolto del minore di età	158
3. Il rifiuto del minore ad incontrare uno o entrambi i genitori	163
4. Alcune questioni problematiche	165

LA CUSTODIA DEL MINORE IN PAKISTAN

di *Deborah Scolart*

1. Introduzione.....	173
2. La nozione di custodia nel diritto musulmano e nel diritto dei paesi islamici	174
3. La custodia del minore in Pakistan.....	178
4. Il <i>Guardian and Wards Act</i> del 1890 e il dibattito sulla sua riforma	182
5. Il mantenimento del figlio di genitori separati	184
6. Conclusioni.....	187

DIRITTO ALLA BIGENITORIALITÀ E ACCESSO NEGATO A UN GENITORE.

GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU E CONDANNE ALL'ITALIA

di Maria Giovanna Ruo

1. Introduzione.....	189
2. Il diritto alla relazione genitori figli nella prospettiva dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo	191
3. Diritto all'identità, all'educazione, allo sviluppo e alla salute	194
4. Giurisprudenza di Strasburgo e artt. 6 e 8 della Convenzione di Roma	196
5. I rimedi per il ripristino del diritto alla genitorialità in caso di accesso negato all'altro genitore.....	198
6. Il "peso" dell'opinione del BBA "rifiutante"	199
7. Condanne all'Italia per situazioni di accesso negato all'altro genitore.....	202
8. Il cammino di approfondimento della Corte EDU: l'ostacolo al libero accesso del figlio minorenne ad entrambi i genitori può costituire violenza e maltrattamento	204

DA MCP A GREISLZEL PER IL TRAMITE DI RZECZNIK PRAW DZIECKA E ALTRI.

QUESTIONI INERENTI ALLA COMPETENZA E AL RITORNO NEI CASI DI SOTTRAZIONE

INTERNAZIONALE DI MINORI

di Pierluigi Simone

1. Introduzione.....	207
2. La portata territoriale e le condizioni di applicazione del regolamento (CE) n. 2201/2003 e del regolamento (UE) 2019/1111 in relazione al trasferimento illecito o al mancato ritorno di un minore	213
3. L'imperativo di celerità della procedura di ritorno, tra ipotesi di sospensione della esecutorietà della relativa decisione e incompatibilità con il diritto dell'Unione europea.....	223
4. La competenza giurisdizionale internazionale nella sottrazione di minori residenti in uno Stato membro dell'Unione europea e il procedimento di ritorno da uno Stato membro a uno Stato terzo	234
5. Conclusioni.....	242

**DIRITTI FONDAMENTALI, DISCREZIONALITÀ DEGLI STATI IN TEMA DI
RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE E PERCORSI LEGALI DI ACCESSO:**

NOTE ALLA SENTENZA AFRIN

di Emilio Adamo

1. Introduzione	251
2. I fatti oggetto della controversia.....	252
3. Questioni preliminari.....	253
4. Questioni di merito.....	255
5. Obblighi per gli Stati individuati dalla Corte.....	258
6. Considerazioni conclusive	260

ALIENAZIONE PARENTALE: IMPOTENZA E STRESS DELLA FIGURA PATERNA

di Mauro Amici

1. Premessa	263
2. Riflessi psicologici nei padri in casi di rifiuto del minore	265
3. La competenza genitoriale	268
4. Il dialogo interiore e la sindrome generale di adattamento	269
5. Osservazioni conclusive	271

IL RIFIUTO DA PARTE DEL FIGLIO AD INCONTRARE UN GENITORE

O GLI ASCENDENTI: ART. 473 BIS 6 COD. PROC. CIV.

di Giovanni Battista Camerini

1. Introduzione	273
2. Fondamenti normativi	274
3. La nozione di rifiuto genitoriale e di alienazione	275
4. Le conseguenze per i figli	278
5. Le misure da adottare	280

A PROPOSITO DI GENITORIALITÀ E DI NATALITÀ.

UNA LETTURA FILOSOFICO-GIURIDICA

di Agata C. Amato Mangiameli

1. Venire al mondo, essere natale, essere figlio(a)	287
2. Desidero un(a) figlio(a)/non desidero un(a) figlio(a)	291
3. L'umano incombe e si impone.....	292

4. Sulla vita prodotta e reificata. E sul poter-essere-sé-stessi.....	293
5. <i>Segue: “in prima persona”!</i>	296

RIPENSARE LA (BI)GENITORIALITÀ: TRA SUGGERIMENTI E SCORCI DI RICERCA

di Maria Novella Campagnoli

1. Premessa. L'alienazione genitoriale: un'occasione di riflessione	301
2. Ripensando al <i>femminile</i> e al <i>maschile</i> : per un'ermeneutica diversa	306
3. <i>Codice materno vs. Codice paterno</i> : due versanti irrinunciabili della bigenitorialità	310
4. Conclusioni: percorsi di parità e di giustizia.....	313

CONCLUSIONI

di Rosaria Petrolà

INTRODUZIONE

di Paola Bianchi¹

Alla fine di maggio del 2024 ho avuto il piacere di presentare, insieme all'avvocata Rosaria Petrolà, un convegno multidisciplinare dal titolo *Il rifiuto da parte del figlio a incontrare un genitore o gli ascendenti: art. 473 bis 6 cod. proc. civ. Profili storici, filosofici e psicologici, diritto vivente, rimedi processuali e continuità affettiva*.

Il seminario è stato strutturato in tre parti: una prima parte dedicata all'inquadramento filosofico e storico; una seconda parte improntata all'approfondimento di quanto è previsto dalla normativa vigente; una terza parte di matrice psicologia e psichiatria, grazie alla quale si sono esplorati i risvolti del fenomeno in esame. La sistematica di questo volume rispecchia questa scansione, con l'aggiunta dei contributi di alcuni colleghi, che ringrazio.

Il convegno è nato dall'incontro di idee comuni tra l'avvocata Rosaria Petrolà e la sottoscritta intorno ad un fenomeno a nostro avviso non sufficientemente valorizzato: ovvero quello della c.d. alienazione parentale.

La sindrome da alienazione parentale, spesso indicata con l'acronimo PAS (*Parental Alienation Syndrome*), è un concetto che fu coniato da Richard Alan Gardner, psichiatra infantile nordamericano, nel suo *The Parental Alienation Syndrome and the Differentiation Between Fabricated and Genuine Child Sex Abuse*². Come si può leggere dalla dedica del libro, il testo è rivolto, con espressione efficace nonché di forte impatto emotivo, al calvario e al dolore dei "figli del divorzio", dal quale l'Autore dichiara di aver molto imparato:

"The children of divorce from whose ordeals and grief I have learned much that is contained herein. My hope that this book will play some role in the prevention and alleviation of such sorrows in others."

Secondo Gardner, la PAS dovrebbe esser intesa come un disordine che trova la sua origine nelle situazioni conflittuali che insorgono nel caso di assegnazione dei figli dopo separazione o divorzio. La maggiore manifestazione di tale sindrome andrebbe vista nella campagna denigratoria condotta verso un genitore, senza che tale screditamento abbia una qualche giustificazione.

¹ Ricercatrice di Diritto romano e fondamenti del diritto europeo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

² Cresskill (New Jersey), Creative Therapeutics, 1987.

Ciò dipenderebbe da un genitore alienante che indottrinerebbe il figlio contro l'altro genitore creando un disordine relazionale molto forte e pericoloso per il minore stesso. A tale indottrinamento seguirebbero anche contributi propri del figlio alla svalutazione del genitore alienato. In altre parole, la PAS rappresenterebbe un processo psicologico del figlio minore, coinvolto nella separazione conflittuale dei propri genitori, in cui il figlio stesso finisce per allearsi con il genitore alienante rifiutando l'altro genitore senza motivo razionale o legittimo.

Richard Alan Gardner descriveva una forma di "programmazione" dei figli da parte del c.d. genitore alienante che avrebbe portato un rifiuto e un allontanamento del figlio dall'altro genitore, il c.d. genitore alienato.

Secondo la teoria della PAS, il rifiuto del figlio verso un genitore non deve basarsi su dati oggettivi provenienti dal genitore c.d. alienato, ma solo ed esclusivamente sul condizionamento ingenerato dal genitore alienante. Accanto all'allontanamento di un genitore ovviamente si determina un rapporto patologico, morboso con l'altro genitore c.d. alienante di cui il figlio diventa in pratica totalmente succube. Solitamente Gardner parlava della figura della madre che instaura un legame simbiotico di tipo manipolativo col figlio minore, tanto che a riguardo era utilizzata l'espressione della c.d. "sindrome della madre malevola"³.

L'intitolazione del nostro convegno ha tratto spunto da tale rifiuto, attualmente codificato nell'art. 473 bis 6 cod. proc. civ. Questa scelta riflette la volontà di inserirci nello sviluppo ed evoluzione della teoria di Gardner, la quale propende per l'utilizzo della terminologia "genitore alienante/dominante", prescindendo da un riferimento specifico a uno solo dei due genitori.

Il titolo del volume, *Genitorialità e alienazione parentale. Un tavolo di lavoro tra saperi e professioni*, intende invece esprimere il dibattito nato nel Convegno, – nonché negli studi scaturiti dall'adesione al nostro progetto –, dal quale emerge come l'alienazione genitoriale sia un fenomeno reale, molto diffuso, sul quale è necessario intervenire a più livelli.

Intanto, per opportuna chiarezza di quanto stiamo esponendo, vediamo il contenuto dell'articolo, secondo la riforma Cartabia:

Art. 473 bis 6 cod. proc. civ.: *"Quando il minore rifiuta di incontrare uno o entrambi i genitori, il giudice procede all'ascolto senza ritardo, assume sommarie informazioni sulle cause del rifiuto e può disporre l'abbreviazione dei termini processuali."*

³ Sulla discussa *quaestio* della PAS cfr., ad esempio, W. Bernet raccoglie il testimone di R. Gardner, con ampio apparato bibliografico: www.crescere-insieme.org e tutti i contributi, ivi raccolti nell'apposita sezione del sito dedicata all'Alienazione Genitoriale.

Allo stesso modo il giudice procede quando sono allegate o segnalate condotte di un genitore tali da ostacolare il mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo tra il minore e l'altro genitore o la conservazione di rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale”.

Precisiamo subito che ci riferiamo al problema del rifiuto del figlio (che va sempre indagato e compreso) dipendente da condizionamenti genitoriali, escludendo da questo insieme di studi il rifiuto del figlio dettato da fenomeni comprovati di violenza, che quindi esula del tutto dal nostro tema, non perché non lo riconosciamo, ma perché intendiamo porre attenzione sull'altro aspetto.

Inoltre, le relazioni richiamano soprattutto il semplice rifiuto del figlio per manipolazione genitoriale, come è preferibile denominare il fenomeno nel periodo storico attuale, e con minore frequenza la sindrome di alienazione parentale di Gardner o PAS.

Il suddetto fenomeno, secondo la teoria di Gardner, se da un lato è stato ridimensionato perché non riconosciuto come scientifico (non è presente nessuna menzione della PAS come disturbo psichico o malattia nel DSM) e perché è stato spesso strumentalizzato in seno a fenomeni di grave subordinazione della donna alla violenza maschile⁴, dall'altro lato, sia in sede psicologica-clinica, sia nei tribunali, sia in sede esperienziale, continua a sussistere e a causare gravi danni ai minori, soggetti primari nei rapporti conflittuali genitoriali.

Una sentenza della Corte di Cassazione, la n. 6919 del 2016, così, tra l'altro, motivava la decisione:

“Si deve enunciare il seguente principio: in tema di affidamento di figli minori, qualora un genitore denunci comportamenti dell'altro genitore, affidatario o collocatario, di allontanamento morale e materiale del figlio da sé, indicati come significativi di una PAS (sindrome di alienazione parentale), ai fini della modifica delle modalità di affidamento, il giudice di merito è tenuto ad accertare la veridicità in fatto dei suddetti comportamenti, utilizzando i comuni mezzi di prova, tipici e specifici della materia, incluse le presunzioni, ed a motivare adeguatamente, a prescindere dal giudizio astratto sulla validità o invalidità scientifica della suddetta patologia, tenuto conto che tra i requisiti di idoneità genitoriale

⁴ Infatti, nel 2021 il Parlamento europeo ha esortato gli Stati membri “[...] a non riconoscere la sindrome di alienazione parentale nella loro prassi giudiziaria e nel loro diritto e a scoraggiarne o addirittura proibirne l'uso nei procedimenti giudiziari, in particolare durante le indagini per accertare l'esistenza della violenza”. Questo perché l'Organizzazione mondiale della sanità respinge la c.d. sindrome da alienazione parentale, potendo la stessa essere utilizzata come strategia contro le vittime di violenza “mettendo in discussione le loro competenze parentali”: cfr. www.europarl.europa.eu.

rileva anche la capacità di preservare la continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore, a tutela del diritto del figlio alla bigenitorialità e alla crescita equilibrata e serena".

Stiamo, ovviamente, parlando di genitorialità contrastata e di diritto alla bigenitorialità (principio sancito dal nostro ordinamento) nel caso di affidamento dei minori dopo una separazione.

Sia quindi che ci riferiamo alla PAS, sia che diamo a tale fenomeno un nome diverso, per ragioni di neutralità nei confronti di una sindrome oggetto di dispute, esso è reale, va studiato, discusso, analizzato e possibilmente superato.

Siamo purtroppo abituati a fenomeni atroci e devastanti, e soprattutto non risolti, di subordinazione della figura femminile all'uomo (violenza e femminicidi), e questo in un certo senso oblitera e offusca l'altro fenomeno, differente e distante dal primo, e cioè quello della alienazione parentale; in esso, secondo la teoria di Gardner, il soggetto cosiddetto alienante è la donna, la già citata figura della madre malevola che va ad allontanare e danneggiare la figura del padre e, soprattutto, a danneggiare psicologicamente, giuridicamente ed eticamente la figura del figlio.

Nel volume abbiamo quindi raccolto interventi e studi riguardanti le figure della madre, del padre e dei figli, il principio di bigenitorialità, i diritti e i doveri dei genitori e in particolare l'obbligo di adempimento di questi doveri, il rispetto della libertà e della dignità individuale, il rispetto delle tre figure familiari (che sintetizziamo in madre-padre-figlio, senza far riferimento in questo ambito a tutti quegli aspetti di famiglie di altro tipo che non sono oggetto specifico di questo lavoro, ma che ovviamente ne fanno comunque parte). L'attenzione è centrata innanzitutto sul minore e poi sulla figura (spesso il padre) che viene allontanata dal proprio figlio e che non può pertanto vivere appieno il suo *status* di genitore con profili di grandissima frustrazione e ingiustizia.

L'opera è stata strutturata tenendo conto del corso del convegno multidisciplinare e del profilo diacronico.

Di conseguenza, il volume si apre con un'ampia sezione storica, comprensiva di due contributi: il primo, della sottoscritta, ha come titolo *Genitorialità contrastata. Quale apporto dal diritto romano. I) La collocazione dei figli dopo il divorzio. II) Dal ius liberorum alla PAS. Alcune aberrazioni attuali: discriminazioni al contrario*. Nella prima parte sono analizzate alcune fonti romane riguardanti la sorte dei figli dopo le separazioni. Il contributo, a carattere soprattutto divulgativo, si sviluppa lungo l'arco temporale in cui il diritto romano si è occupato di questo problema: quindi, dai secoli II e III dell'età imperiale fino all'età giustiniana. Un'attenzione particolare è dedicata alla normativa diocleziana in cui si può trovare la prima forma di legislazione sulla collocazione dei figli dopo il divorzio.

In questo *excursus* si percepisce il lento e graduale decadimento della *potestas* paterna e il conseguente affioramento dell'importanza della figura della madre nell'assegnazione dei figli dopo il divorzio, fino ad arrivare al giusto principio del *favor liberorum* che, prima ancora che al nostro attuale ordinamento, ben appartiene all'esperienza romana, come solida matrice culturale dei nostri istituti giuridici. La seconda parte di questo lavoro è invece dedicata all'istituto augusteo del *ius liberorum* e della sua evoluzione, in base al quale, sotto il profilo femminile, si creò una forma di disparità tra le donne e la creazione di alcuni diritti per le donne con figli, diritti subordinati allo *status* di madre.

Il secondo contributo, di Mario Fiorentini, è intitolato *Conflitti tra genitori e figli nello specchio del diritto romano. Alcuni casi di studio*.

Questo saggio, dopo un'introduzione in cui si rappresenta il modello della famiglia romana, secondo note visuali di fine Ottocento, in rapporto con moderne ipotesi che rivalutano la realtà quotidiana dei rapporti familiari romani di età arcaica o repubblicana, evidenziandone le dinamiche profondamente affettive e lontane dal modello immobile tutto centrato sul potere del *pater*, analizza, senza pretese di completezza, alcuni casi considerati significativi di rapporti conflittuali all'interno della famiglia romana sfociati in fatti di sangue, a partire dal parricidio per arrivare al matricidio e al figlicidio compiuto dai genitori.

Tali casi, in tutta la loro efferatezza e complessità (ad esempio, l'applicazione della *poena cullei* in casi di omicidio del *pater*, oppure le intricate vicende di matrigne, invaghite del figliastro, contro il quale esse aizzano il marito), emergono da fonti epigrafiche, giuridiche, storiche. Gli episodi studiati concorrono a fornire un quadro della famiglia romana sfaccettato e contraddittorio, un contrappunto oscuro all'immagine di serenità e tenerezza che traspare dalle fonti epigrafiche e dagli encomi letterari.

Segue la parte civilistica, processuale e di Diritto internazionale in cui annotiamo gli interventi di Rosaria Petrolà, Giuseppa Palmeri e Maria Giovanna Ruò.

Il primo contributo, scritto da Rosaria Petrolà, *Rifiuto del minore, continuità affettiva e ruolo dell'avvocato. Rassegna giurisprudenziale sul tema*, si concentra sulla fenomenologia del rifiuto del figlio ex art. 473 bis 6 cod. proc. civ. e sulle sue conseguenze giuridiche sulle relazioni parentali, sulla sfera affettiva delle parti coinvolte e sul disagio psicofisico del minore. Punti principali del saggio sono: la compromissione della continuità affettiva causata dai comportamenti ostacolanti di un genitore ai danni dell'altro; l'asimmetria nei rapporti del figlio con i genitori, entrambi figure cruciali per una crescita equilibrata, asimmetria spesso caratterizzata da un tempo di frequentazione molto diverso tra i due, che può

portare il bambino a sviluppare un conflitto di lealtà e interiorizzare una figura negativa di un genitore, sfociando nel rifiuto.

L'articolo sottolinea come la giurisprudenza attuale, seguendo l'orientamento della Cassazione, privilegi l'accertamento concreto dei comportamenti ostacolanti piuttosto che riferimenti astratti alla PAS, che presenta delle criticità scientifiche. Il saggio, inoltre, ripercorre l'*excursus* storico del diritto alla bigenitorialità in Italia, dalle prime affermazioni negli anni '70 fino alla sua codificazione nell'art. 337 *ter*, comma 1, cod. civ. Viene evidenziato come, nonostante la normativa vigente promuova l'affidamento condiviso, nella prassi persista una certa "*maternal preference*" e come sia necessario che il diritto alla bigenitorialità non sia svuotato di significato dalla prassi della "collocazione prevalente".

Un'attenzione specifica è dedicata al principio del "*best interest of the child*" e al diritto alla continuità affettiva, inteso come diritto alla non interruzione dei legami affettivi nel tempo. Viene anche sottolineato come gli affetti siano beni immateriali da tutelare e come la risposta giudiziaria debba sempre mirare al superiore interesse del minore.

Infine, l'articolo esplora il ruolo delicato e fondamentale dell'avvocato nei procedimenti che coinvolgono minori e si conclude con una breve rassegna giurisprudenziale sulla "*maternal preference*" e sulla valutazione della "PAS" da parte dei giudici, ribadendo l'importanza dell'ascolto del minore pur nella consapevolezza della non coercibilità dei rapporti affettivi.

Nel lavoro di Giuseppa Palmeri, intitolato *Il rifiuto da parte del minore ad incontrare uno o entrambi i genitori*, si esamina il rifiuto del minore di incontrare un genitore nel contesto del diritto di famiglia e delle recenti riforme, in particolare della legge Cartabia. Si evidenzia, in particolare, come il riconoscimento del minore inteso quale soggetto di diritto con capacità di autodeterminazione abbia portato ad una maggiore attenzione al suo ascolto e alla sua volontà. Il rifiuto, spesso causato da conflitti, traumi o pressioni, è una questione complessa che richiede un'attenta valutazione giudiziaria. L'ascolto del minore è cruciale per comprendere le ragioni del rifiuto e orientare le decisioni verso il suo interesse superiore. Lo scritto mette in risalto le modalità e le criticità dell'ascolto e si interroga sulle possibili strategie per favorire il ripristino dei rapporti familiari senza forzature, come consulenza psicologica, mediazione e intervento dei servizi sociali. L'obiettivo è promuovere una riflessione sulle modalità più efficaci per tutelare i diritti e il benessere psicofisico del minore, con un approccio sensibile e rispettoso della sua volontà quando ha adeguata capacità di discernimento.

Il saggio di Maria Giovanna Ruò, dal titolo *Diritto alla bigenitorialità e accesso negato a un genitore. Giurisprudenza della Corte EDU e condanne all'Italia*, analizza la

posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) riguardo al diritto alla bigenitorialità e le situazioni in cui un genitore viene escluso dalla vita del figlio. Il testo evidenzia come la giurisprudenza della Corte EDU sia una fonte importante nel diritto italiano e come l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (dedicato al diritto al rispetto della vita privata e familiare) sia fondamentale per tutelare la relazione tra genitori e figli.

L'Autrice sottolinea che lo Stato ha il dovere non solo di non intromettersi in questa relazione, ma anche di proteggerla da ostacoli esterni, inclusi quelli posti dall'altro genitore, agendo con tempestività e diligenza eccezionale. Viene poi approfondito come il diritto alla vita privata del minore includa anche l'identità, l'educazione, lo sviluppo e la salute, tutti aspetti che possono essere compromessi dalla mancanza di relazione con entrambi i genitori.

Particolare attenzione è data al "peso" dell'opinione del minore "rifiutante", spiegando che la sua volontà deve essere ascoltata ma non necessariamente seguita acriticamente, soprattutto se influenzata o manipolata.

Il saggio riporta numerose condanne subite dall'Italia per l'incapacità delle autorità nazionali di garantire il diritto del figlio di avere accesso al genitore non convivente, spesso a causa di lungaggini processuali o inefficacia delle misure adottate. Infine, Maria Giovanna Ruvo esplora un recente sviluppo della giurisprudenza della Corte EDU, che considera l'ostacolo all'accesso del figlio a entrambi i genitori non solo una violazione della vita familiare, ma anche una forma di violenza psicologica e maltrattamento nei confronti del minore, specialmente quando ciò causa grave sofferenza e compromette il suo sviluppo.

In sintesi, il contributo mette in luce l'obbligo dello Stato di proteggere la relazione genitore-figlio, l'importanza di un processo equo e celere (perché il tempo, come sottolinea l'Autrice, è determinante nella psiche di un bambino/a o adolescente), e le gravi conseguenze per il minore derivanti dalla negazione del diritto alla bigenitorialità che la Corte EDU sempre più spesso qualifica come un abuso.

Il volume prosegue con una parte di Diritto musulmano e dei Paesi Islamici, e di Diritto dell'Unione europea, che annota i lavori di Deborah Scolart, Pierluigi Simone ed Emilio Adamo.

Nel primo articolo, scritto da Deborah Scolart e intitolato *La custodia del minore in Pakistan*, si parte dalla nozione di custodia nel diritto musulmano e nel diritto dei Paesi islamici. In particolare, il Pakistan offre un caso emblematico di come legge statale, dottrina islamica (*fiqh*) e giurisprudenza interagiscano nel definire le norme sull'affidamento dei figli in caso di separazione. Il *fiqh* distingue nettamente i ruoli genitoriali, attribuendo funzioni diverse a madre e padre: alla madre spettano i compiti di cura, accudimento, crescita, educazione del bambino

(*ḥaḍāna* = *custodia*) – e Deborah Scolart sottolinea come i principi fondamentali su cui si fonda la custodia del figlio siano il diritto del minore e la moralità della madre –, mentre al padre competono la tutela legale e i doveri economici/finanziari (ed in tale distribuzione dei doveri genitoriali, che si riversa anche sull'età dei minori, si intravede una certa similitudine tra questo diritto e il diritto romano, nonché italiano moderno).

Il diritto statale, influenzato dal modello coloniale inglese, sfuma invece la distinzione tra custodia e tutela, mantenendo però un favore per l'attribuzione di responsabilità al padre, in linea con la visione patriarcale europea e islamica.

Infine, la giurisprudenza, anch'essa di derivazione inglese, svolge un ruolo cruciale nell'integrare la legge e interpretare il diritto musulmano applicabile alle dispute familiari e alla responsabilità genitoriale. Il quadro che ne esce presenta un modello islamico di divisione di compiti genitoriali fondamentalmente riconducibili a quello economico al padre e a quello della cura alla madre (soprattutto se collegati all'età e al sesso del minore).

Nel secondo articolo, di Pierluigi Simone, *Da MCP a Greislzel per il tramite di Rzecznik Praw Dziecka e altri. Questioni inerenti alla competenza e al ritorno nei casi di sottrazione internazionale di minori*, traendo spunto da tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea, emesse tra il 2021 e il 2024 (le pronunce MCP, Rzecznik Praw Dziecka e altri, e Greislzel), viene affrontato il tema della sottrazione internazionale di minori, illecito che si realizza qualora bambini, fanciulli e adolescenti di qualsiasi nazionalità, abitualmente residenti in uno Stato, vengano forzatamente condotti o trattenuti all'estero senza il consenso di uno dei titolari della responsabilità genitoriale.

Il contesto familiare è cruciale in questi casi, poiché la decisione di trasferire il minore deve essere valutata alla luce del suo interesse superiore, che include il diritto a mantenere un rapporto costante con entrambi i genitori e a conservare il suo ambiente di vita. L'esame viene condotto in riferimento alle questioni della competenza giurisdizionale in seguito a sottrazione internazionale e del ritorno del minore, ed è l'occasione per mettere in evidenza, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, quanto il regolamento (CE) n. 2201/2003, e oggi il regolamento (UE) 2019/1111, contribuiscano, nel settore di interesse, a rafforzare la certezza giuridica, a incrementare la flessibilità e la maggiore efficienza dei procedimenti pertinenti, nonché ad assicurare il buon funzionamento di uno spazio europeo di giustizia rispettoso dei diversi sistemi e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri dell'Unione.

Il terzo lavoro, di Emilio Adamo, *Diritti fondamentali, discrezionalità degli Stati in tema di ricongiungimento familiare e percorsi legali di accesso: note alla sentenza Afrin*, si concentra sul diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini

dei Paesi terzi legalmente residenti nell'Unione europea, introdotto e disciplinato dalla direttiva 2003/86/CE. Il ricongiungimento familiare, argomento certamente distinto da quello dell'alienazione parentale (il primo permette a cittadini stranieri regolarmente residenti in uno Stato membro dell'Unione di richiedere l'ingresso e il soggiorno di familiari che si trovano nel loro Stato di origine; il secondo si riferisce a un disturbo della relazione familiare, laddove un genitore ostacola volontariamente il rapporto del figlio con l'altro genitore), presenta tuttavia una relazione con il tema oggetto del volume grazie alla matrice "familiare" che pur sempre lo contraddistingue.

L'azione di un genitore che danneggia il rapporto del figlio o dei figli con l'altro genitore, osserva l'Autore, può vedersi avvantaggiata da situazioni di separazione che proprio il diritto al ricongiungimento familiare avrebbe lo scopo e l'intenzione di risolvere. L'ostacolo o addirittura l'impedimento di un ricongiungimento (rinvigoriti dal margine di discrezionalità di cui possono godere gli Stati membri) potrebbero quindi, in taluni casi, anche incidere negativamente sul rapporto del figlio con il genitore non alienante, compromettendone ancora di più la salute emotiva. La sentenza *Afrin*, emessa dalla Corte di giustizia nel 2023, rappresenta, in proposito, un esempio paradigmatico.

Il volume è arricchito da una sezione specificamente dedicata ai profili psicologici e psichiatrici, con i contributi di Mauro Amici e di Giovanni Battista Camerini.

Il lavoro di Mauro Amici, *Alienazione parentale: impotenza e stress della figura paterna*, esplora le difficoltà psicologiche e sociali che affrontano i padri competenti e presenti, ma ingiustamente esclusi dalla vita dei figli, spesso a causa delle madri. L'Autore critica la scarsa rilevanza attribuita al padre in Italia e la disparità di trattamento nell'affidamento: molti padri, nonostante dimostrino comportamenti esemplari, si trovano di fronte a ostacoli che impediscono loro di partecipare attivamente alla crescita dei figli.

Nel saggio si solleva una serie di domande cruciali che riflettono il profondo disagio di questi padri, tra cui la percepita scarsa importanza della figura paterna in Italia, il gravoso onere psicologico e sociale dell'essere padre e la mancanza di ascolto della loro sofferenza (soprattutto a livello giuridico). Il cuore dell'analisi psicologica si concentra sul concetto di "Impotenza Appresa" (*Learned Helplessness*). L'esposizione prolungata a situazioni avverse (come il rifiuto del minore indotto) porta questi padri a sviluppare una percezione distorta delle proprie capacità genitoriali, con conseguente senso di inadeguatezza, auto-colpevolizzazione e, nei casi più gravi, rischio di depressione reattiva e pensieri suicidi.

L'articolo affronta anche il tema della competenza genitoriale, sottolineando come il "saper divenire" del padre venga spesso ostacolato in Italia. Mauro Amici critica l'eccessiva enfasi sull'attenzione a discapito della capacità di richiamare i figli ai doveri, etichettata spesso, quest'ultima, come "violenza".

Evidenzia inoltre come in alcune CTU vengano somministrati *test* orientati contro la figura paterna, perpetuando una "*maternal preference*".

In conclusione, l'articolo chiede un ripensamento del sistema giuridico e sociale per riconoscere la piena competenza genitoriale dei padri, garantire loro supporto e superare stereotipi, assicurando ai figli una relazione equilibrata con entrambi i genitori.

Il saggio di Giovanni Battista Camerini, *Il rifiuto del figlio ad incontrare un genitore o gli ascendenti: art. 473 bis 6 cod. proc. civ.*, partendo dai fondamenti normativi del fenomeno del rifiuto del figlio e ben differenziando le due situazioni di *estrangement* e *alienation*, descrive il rifiuto generazionale e l'alienazione, in cui sono delineate le figure genitoriali "dominante" e "rifiutata", mettendo a fuoco le pesanti conseguenze psicologiche e cliniche che un figlio subisce nel vivere in tali contesti familiari disfunzionali, fino ad arrivare allo sviluppo di uno pseudo pensiero indipendente che purtroppo è in realtà del tutto condizionato e pervaso dalla campagna denigratoria del genitore alienante. Giovanni Battista Camerini si sofferma inoltre sulle possibili soluzioni, comparando l'approccio del sistema giuridico e psicologico italiano con quello americano.

Ne emerge un quadro ricco che richiede attenzione e un lavoro di aggiornamento e adeguamento dei nostri sistemi odierni, affinché siano maggiormente idonei a risolvere questo grave problema in modo incisivo e, soprattutto, in modo tempestivo, onde evitare una cronicizzazione psichiatrica nei soggetti minori coinvolti che purtroppo si riscontra in diversi casi in cui il problema non è stato tempestivamente affrontato.

L'opera è completata da una sezione filosofico-giuridica, con i lavori di Agata C. Amato Mangiameli e di Maria Novella Campagnoli.

Nel contributo intitolato *A proposito di genitorialità e di natalità. Una lettura filosofico-giuridica*, Agata C. Amato Mangiameli, muovendo dal pregnante aforisma "Figlia/o si nasce, genitore si diventa", sviluppa un'articolata indagine gius-filosofica, volta a recuperare e rielaborare il significato profondo della natalità e della genitorialità. L'Autrice ridefinisce la nascita non come un evento unidirezionale, bensì come un atto dialogico fondamentale, un'interazione primigenia e fondativa in cui il nuovo soggetto si trova ad essere intrinsecamente accolto e accudito nella relazione con l'altro/a.

Questa concezione relazionale della natalità impone una riconsiderazione critica della genitorialità, evidenziandone la natura non meramente biologica o provvidenziale, ma etica e dinamica. Di conseguenza, la responsabilità genitoriale si configura non solo nell'indispensabile funzione di accudimento e cura del/della figlio/a, ma anche nel dovere di riconoscere e rispettare la sua irripetibile unicità, promuovendo attivamente le condizioni per lo sviluppo di un'autonomia esistenziale e di un percorso di vita pienamente libero e consapevole.

Il saggio di Maria Novella Campagnoli su *Ripensare la (bi)genitorialità: tra suggestioni e scorci di ricerca*, guarda all'alienazione parentale/genitoriale a partire dal binomio femminile/maschile.

In questo modo, l'Autrice introduce una riflessione sulla dialettica fra maternità e paternità, contribuendo a valorizzare l'importanza della bigenitorialità. Secondo la lettura di Campagnoli, infatti, la madre, così come il padre, hanno un ruolo fondamentale nella formazione dell'identità e nell'educazione del minore. Ragion per cui – anche in situazioni di estrema tensione e conflittualità – il padre non può (e non deve) essere pretermesso o escluso, pena la lesione, non solo dei diritti di quest'ultimo, ma anche del superiore interesse del minore.

L'Autrice propone pertanto una riflessione sulla bigenitorialità, sostenendo che essa non debba essere vista come una contrapposizione, ma come una sinergia tra le figure genitoriali; esamina altresì i ruoli tradizionali del femminile/materno (legato all'accudimento) e del maschile/paterno (legato all'autorità e all'apertura al mondo esterno), ma sottolinea la necessità di superare tali dicotomie.

Il testo evidenzia come entrambi i "codici genitoriali", quello materno (affettivo e protettivo) e quello paterno (orientato all'autonomia e al confronto con la realtà), siano essenziali e complementari per la formazione equilibrata del minore. L'alienazione genitoriale, in questo senso, nega il diritto del minore ad avere un rapporto con entrambi i genitori, compromettendo la sua identità e il suo sviluppo. In conclusione, l'articolo ribadisce l'importanza di difendere la parità dei ruoli genitoriali come un'istanza di giustizia, affermando che il legame con entrambi i genitori è fondamentale per la crescita e l'identità del figlio, indipendentemente dalle dinamiche conflittuali della coppia.

Perché una romanista⁵ si è voluta occupare di questi argomenti?

Non parlerò ovviamente dell'attualizzazione del diritto romano, che è un diritto storico (si pensi ad esempio a Riccardo Orestano e alla sua bellissima

⁵ Ovviamente negli studi romanistici occupano invece una parte importante i contributi sulla famiglia romana, e, in particolare, sulla figura del *pater familias* in relazione agli altri membri del nucleo. Nella sterminata letteratura, cito S. Joye, *Includere ed escludere nella famiglia*, in V. Neri, B. Girotti (a cura di), *La famiglia tardoantica. Società, diritto, religione*, Milano, Led, 2001, pp. 189-207.

Introduzione allo studio storico del diritto romano), ma del fatto che il diritto romano è il fondamento della formazione di un giurista, essendo la matrice storica del diritto occidentale e non occidentale e in esso troviamo principi e regole che possono essere oggetto di utile riflessione per il diritto attuale, che possono offrirci schemi interpretativi di fenomeni che si ripresentano in modo circolare, che vengono a costituire il substrato culturale del giurista moderno, dell'avvocato, del giudice; nel diritto romano, rispetto a fenomeni diversi si incontrano delle similitudini: quelli che io chiamo problemi o fenomeni storici circolari.

Anche sotto il profilo relazionale, di rapporti funzionali e disfunzionali, il diritto romano può offrire molti esempi di vita reale, appartenenti ad un'antica epoca storica ma che si rispecchiano, talvolta, in fenomeni attuali.

Il diritto romano, quindi, può dare un apporto anche ad un tema attualissimo e moderno come quello di oggi, che ha anche una data di nascita precisa, come abbiamo visto, se mi riferisco in particolar modo al concetto di PAS individuata intorno al 1980 (e quindi prima di questa data non si dovrebbe parlare di alienazione parentale).

Mi auguro in definitiva che questo volume possa contribuire ad una diffusione di problemi attuali come quello dell'alienazione parentale/genitoriale o, comunque, dei rapporti genitoriali conflittuali e disordinati, attraverso una visione multidisciplinare e cooperativa tra i vari saperi e le varie professioni negli intenti e soprattutto nelle possibili soluzioni.

GENITORIALITÀ CONTRASTATA. QUALE APPORTO

DAL DIRITTO ROMANO

di Paola Bianchi¹

Sommario: I) *La collocazione dei figli dopo il divorzio*: 1. Introduzione – 2. Età imperiale tra II e III secolo – 3. Verso la riforma diocleziana – 4. Collocazione dei figli in età diocleziana – 5. Costantino – 6. Il V secolo e Giustiniano. Cenni – 7. Conclusioni. II) *Dal ius liberorum alla PAS. Alcune aberrazioni al contrario*: 1. Premessa – 2. La *tutela mulieris* – 3. Il *ius liberorum* e la sua evoluzione – 4. La c.d. PAS ovvero l'alienazione parentale – 5. Casi pratici. Qualche esempio – 6. Osservazioni conclusive.

I) *La collocazione dei figli dopo il divorzio*

1. *Introduzione*

Vorrei partire dalla domanda che si può porre lo storico del diritto sull'esistenza nel diritto romano delle c.d. questioni di genere, non perché sia questo il tema da affrontare ma perché il problema della genitorialità contrastata possiede profondi agganci e nessi con esso, specialmente nell'esperienza giuridica romana in cui la donna è palesemente il soggetto subordinato e debole rispetto all'uomo. Il tema delle questioni di genere, di non esclusiva appartenenza ad un singolo ambito di studio, riguardando esso la filosofia, l'antropologia, la sociologia, la politica, il diritto e la storia, e pure la criminologia, vanta nomi illustri di studiosi come, ad esempio, la sociologa Raewyn W. Connell o la filosofa Judith Butler. Innumerevoli sono gli scritti e le testimonianze attuali in differenti discipline².

Risalenti agli studi, sul mondo delle donne, a partire degli anni Settanta del secolo scorso, le questioni di genere attualmente rivestono un ruolo importante negli insegnamenti universitari e nei dibattiti accademici, culturali e politici.

L'interrogativo che può avanzare uno storico del diritto e, in particolare, uno

¹ Ricercatrice di Diritto romano e fondamenti del diritto europeo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

Il presente contributo è stato sottoposto a procedura di *double-blind peer review*.

² Nota è una collana di saggistica accademica intitolata "Questioni di genere" (*Questioni di genere. Sguardi interdisciplinari su linguaggi, pratiche, relazioni, corpi, rappresentazioni*).

storico del diritto romano è se tali dibattiti abbiano un senso, un significato, proiettati nell'esperienza giuridica romana che, in tutta la sua interezza e complessità, fu rappresentativa di una divisione sociale nettissima, quella tra liberi e servi, divisione mai abolita nemmeno con l'avvento del cristianesimo e la sua diffusione in età tardo antica.

A tale quesito diede l'unica risposta possibile Tony Honoré³, ripreso poi da Mario Talamanca⁴, e cioè che tale problema potrebbe apparire un palese anacronismo se la sua portata non venisse delimitata. Mario Talamanca, a tale proposito, ricordava istituti del diritto romano che potevano essere collocati nell'ambito dei diritti dell'uomo "in un orizzonte astratto" (a prescindere della *summa divisio* tra liberi e servi) come l'antica *provocatio ad populum*, che, tra l'altro, tra i diversi aspetti problematici che comporta per gli storici, operava solo per i *cives* e, quindi, solo per una categoria di persone. Per il tardo antico i c.d. diritti degli uomini si differenziavano inoltre a seconda che le persone appartenessero agli *honestiores* o agli *humiliores*.

In sostanza, come sostenuto da Talamanca e prima ancora da Honoré, le questioni di genere nel diritto romano rasentano l'anacronismo se non vengono ben contestualizzate nella storicità dell'esperienza giuridica romana.

Per parlare di diritti dell'uomo e di questioni di genere si può iniziare dalla concezione di soggetto di diritto, persona, uomo. Anche su tali nozioni esiste una grande discussione storiografica. Possiamo – molto sinteticamente – affermare che i romani ebbero attenzione non tanto al soggetto di diritto, che emerge nell'impostazione storico-metodologica della Scuola Storica di Savigny, ma soprattutto alla persona⁵, intesa in special modo come *civis*, e che, solo dopo il 212 d.C, con l'editto di Caracalla, i Romani si riferirono a "tutti gli uomini" nel senso di tutti coloro che avevano ottenuto la cittadinanza (e fatta eccezione per alcune categorie specifiche, come testimoniato da fonti papiracee molto note).

È ben noto come il termine *persona*, prima di assurgere a termine che indica gli uomini pensati come soggetti di diritto per usare un'espressione moderna e per noi usuale, significasse nel linguaggio romano "ruolo", secondo una metonimia basata sul significato di persona come "maschera teatrale"⁶.

³ T. Honoré, *Ulpian, Pioneer of Human Rights*, New York, Oxford University Press, 2002.

⁴ M. Talamanca, *L'antichità e i "diritti dell'uomo"*, in *Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Atti del Convegno dell'Accademia dei Lincei, CLXXIV, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 2001, pp. 41-60.

⁵ Cfr. l'articolata digressione su questa tema in R. Cardilli, *Fondamento romano dei diritti odierni*, Torino, Giappichelli, 2021, specialmente, ma non solo, pp. 195 ss.

⁶ Mi basta rinviare a G. Devoto, *L'etrusco come intermediario di parole greche in latino*, in *Studi Etruschi*, 2/1928, pp. 307-341; E. Montanari, "*Phersu*" e "*persona*", in *Studi e materiali di storia delle religioni*, 63/1997, pp. 5-21. E, per un'accurata ricognizione degli studi cimentatisi sul problema, cfr. V. Di

Molti di questi ruoli erano determinati dal diritto: ciascun uomo, invece di “essere” una persona, uguale alle altre (soggetto di diritto, unione di spirituale e temporale), “aveva” una persona (un ruolo per il diritto); in particolare nelle *Institutiones* gaiane il lemma indica il personaggio, l’attore, il ruolo impersonato dall’attore, l’uomo investito di una funzione o carica⁷.

Al centro delle diverse interpretazioni ricavabili dagli studi sul lemma ad opera della dottrina, al di là delle diverse classificazioni, descrizioni, significati, usi, variazioni, si trova il concetto di persona come uomo libero dotato di cittadinanza nella sua funzione di attore (ma non solo colui che agisce, e cioè che intenta un’*actio*, bensì qualsiasi essere umano rilevante sul piano del diritto, in quello che oggi chiamiamo ordinamento giuridico).

Quando parliamo di diritti dell’uomo/persona ci riferiamo alla persona fisica e, in particolare ai concetti moderni di capacità giuridica e di agire che, per i romani, possiamo inserire nella distinzione dei diversi *status*, *libertatis*, *familiae* e *civitatis*. Dobbiamo poi riferirci alla struttura della *familia* romana nelle sue due forme primordiali: *familia proprio iure* e *familia communi iure*.

Ricordiamo poi che nel mondo romano la capacità di agire poteva essere limitata per motivi di età, infermità mentale, prodigalità, e sesso. Tanto che il mondo romano conosce la c.d. *tutela mulieris*, necessaria per le donne *sui iuris* e *puberi* e *impuberi*. L’esistenza della tutela implicava che l’attività giuridica delle donne era limitata e la limitazione era dovuta, stante i pareri giurisprudenziali, per la *infirmitas consilii* della stessa donna. Le donne senza *tutor* (con esclusione delle Vestali) non potevano: alienare le *res Mancipi*; compiere *coemptio*; fare testamento; adire eredità; assumere o rimettere obbligazioni; costituire dote; *in iure cedere* un usufrutto. In questo ambito, a fronte dei maschi che, cessata la *tutela impuberum*, erano pienamente capaci di agire, le donne subivano quella che modernamente chiamiamo discriminazione di genere.

Che il mondo romano ruotasse intorno alla figura del *pater familias* è dato a tutti noto.

Meno dibattuti alcuni risvolti sociali dell’impatto di alcune figure femminili appartenenti alla parte aristocratica della *civitas*, ma abbastanza conosciute le influenze sulla politica imperiali di alcune “imperatrici romane” (ad esempio, Pompeia Plotina, sposa di Marco Ulpio Traiano, donna importantissima ma che visse, nei fatti, “dietro le quinte”).

Ma veniamo ora ad analizzare un aspetto da rapportare al tema centrale dell’alienazione parentale attuale: quello relativo alla collocazione dei figli dopo

Nisio, *Persona. Per una bibliografia ragionata*, in *Persona*, 1/2012, pp. 163-186.

⁷ Cfr. la dettagliata analisi di U. Agnati, “*Persona iuris vocabulum*”. Per un’interpretazione giuridica di “*persona*” nelle opere di Gaio, in *Rivista di Diritto Romano*, IX/2009, pp. 1-41.

la separazione nell'esperienza giuridica romana a partire dalle prime fonti inerenti all'argomento e, cioè, in una prospettiva classica, per poi giungere al primo intervento legislativo in materia collocabile in età diocleziana e quindi agli inizi o albori dell'età tardo antica, per poi continuare il discorso in senso cronologico con alcuni cenni ai periodi successivi, età costantiniana e giustiniana.

Il taglio dato al contributo si rivolge non solo e non tanto ai c.d. addetti ai lavori, e quindi ad un pubblico di romanisti, quanto ad una platea più vasta interessata a questi aspetti e, per questo motivo, vuole essere di tipo divulgativo.

Per introdurre il discorso, non possiamo però non chiederci se si possa parlare di PAS o alienazione parentale e di diritto romano.

A primo approccio, l'accostamento sembra decisamente anacronistico perché la PAS è fenomeno nato in epoca moderna.

Il concetto di PAS (acronimo derivante dalla formula in inglese *Parental Alienation Syndrome*), fu creato e diffuso negli anni Ottanta del secolo scorso da Richard Alan Gardner. Dinamica a carattere psicologico che vede come protagonisti un genitore alienante (per lo più la madre, anche perché solitamente genitore collocatario), un genitore alienato (il padre), uno o più figli che rifiutano il genitore alienato perché indotti a tale comportamento a causa del forte condizionamento derivante dallo stretto rapporto con il primo genitore.

In tale contesto il figlio che rifiuta un genitore è mosso dai condizionamenti psichici derivanti dal genitore con cui egli vive ed esclude dal proprio vissuto l'altro genitore, adducendo anche motivazioni di paura. Trattasi di alienazione parentale solo laddove l'allontanamento dal genitore (alienato) dipenda dalla simbiosi del figlio con il genitore alienante e non da oggettive cause verificabili come la violenza da parte di un genitore⁸.

La teoria di Gardner ebbe successo ma poi fu ritenuta difficilmente applicabile nei tentativi di risoluzione dei conflitti genitoriali, perché ascientifica. Spesso è stata utilizzata in modo improprio in ambiti di violenza sulle donne.

Pertanto la PAS resta oggi molto controversa su vari piani, non ultimo il tema della difesa delle donne, particolarmente avvertito in questo momento storico.

Nonostante l'anacronismo che si può scorgere nell'accostare all'esperienza giuridica romana la PAS, o il rifiuto del figlio ad incontrare un genitore *ex art. 473 bis 6 cod. proc. civ.*, possiamo dire che, leggendo le fonti romane, o comunque la storia romana nel suo complesso, possiamo individuare diversi fenomeni in cui il ruolo della madre cominciò ad affiorare storicamente: innanzitutto, con

⁸ Cfr., ad esempio, l'articolo di G. Parodi che si può leggere *online* nella rivista dell'AIMMF, *Associazione Italiana dei Magistrati per i minorenni e per la Famiglia*, in www.minoriefamiglia.it.

l'emersione sociale ed economica della donna e il cambiamento del concetto di *familia* e quindi con l'importanza assunta dai rapporti cognatizi, si pose il problema della regolamentazione dell'affido dei figli dopo il divorzio, che passò da una prima considerazione del ruolo femminile, rispetto a quello del *pater*, alla decisa rilevanza dei diritti dei figli, il c.d. *favor liberorum*; in aggiunta, abbiamo anche il fenomeno dell'autonomia conquistata dalle donne-madri con l'istituto del *ius liberorum* che, pur nato in un contesto di ampliamento demografico, riguardante tutte le coppie, e, all'interno di esse, donne e uomini, portò di fatto conseguenze sul piano dei diritti delle donne che con esso potevano uscire dalla *tutela mulieris*, diritti che nascevano quindi dall'essere madre, dalla fertilità della donna e dalla sua capacità di procreare, conseguenze dalle quali si possono trarre ulteriori sviluppi.

Solitamente questi fenomeni sono collocati nello sviluppo dei diritti della donna nella storia⁹.

Ne parliamo in modo cursorio, essendo gli stessi ben meritevoli di un approfondimento che in queste pagine non possiamo dar loro, e connettendoli ad alcune prevaricazioni attuali in cui il ruolo materno assume, purtroppo, una connotazione negativa, venendo in tal modo anche ad inficiare le secolari lotte di parità con il mondo maschile che le donne portano tutt'ora avanti in problemi non risolti, perché una lotta per la parità non può né deve mai portare a prevaricazioni e quindi a discriminazioni al contrario.

Dedichiamoci dunque alla regolamentazione dell'affidamento dei figli dopo il divorzio.

⁹ Cfr. a questo proposito M.I. Núñez Paz, *Diritti e doveri delle donne di Roma*, in *Storica di National Geographic*, 25 settembre 2020, www.storicang.it. Vorrei anche rammentare l'opinione espressa da A. Marcone, nelle sue *Conclusioni* al bel volume V. Neri, B. Girotti (a cura di), *La famiglia tardoantica. Società, diritto, religione*, Milano, LED, 2016, pp. 283-290, p. 284: "Altra questione è poi la misura in cui si possa presupporre un'analogia tra la cultura odierna e quella tardoantica che può sembrare anticipare taluni aspetti della nostra sensibilità come, per esempio, per il modo in cui incomincia a delinearsi il rapporto tra figli e genitori, anche se per altri risulta ancora decisamente differente. Valerio Neri ha messo giustamente in guardia contro i rischi di un'attualizzazione che rischia di far smarrire la specificità delle situazioni (tardo)antiche. Mireille Corbier, da parte sua, aveva dato evidenza a come, in realtà, il problema del comportamento verso il bambino durante l'Antichità (ivi compresa quella tarda) risulti ambiguo, mentre differenti sono le aspettative del nostro tempo in contraddizione con quelle prevalenti nel mondo (tardo)antico: 'Lois, normes, pratiques individuelles et collectives: la petite enfance à Rome', *Annales HSS* 54 (1999), 1257-1290".

2. Età imperiale fra II e III secolo

La collocazione del figlio presso uno dei due genitori, dopo la separazione degli stessi, è argomento poco trattato nella letteratura romanistica attuale¹⁰, soprattutto con riguardo agli obblighi che vengono a gravare sui genitori verso i figli a seguito dello scioglimento del matrimonio, anche perché sono poche le fonti sul tema.

Sappiamo che il diritto romano, in una prima fase storica, molto lunga e preponderante, pose al centro dei rapporti familiari, anche dopo la separazione fra genitori, la figura del *pater familias* in perfetta linea con la centralità della stessa nella famiglia e nella società romana. Il *pater familias*, capo della *familia*, possedeva molti poteri tra i quali i più noti anche ai non romanisti sono il *ius vendendi* e il *ius vitae ac necis*. La *potestas* del padre era tuttavia un diritto unitario inestinguibile e intrasmissibile¹¹, un vero e proprio diritto assoluto sui discendenti, paragonato, secondo teorie del secolo scorso, al potere governativo (ricordiamo la teoria della *gens* come organo in origine sovrano, elaborata da Pietro Bonfante¹²).

Pertanto il principio vigente, almeno secondo le fonti classiche a nostra disposizione, nell'ipotesi di separazione dei genitori, prevedeva l'automatica collocazione dei figli presso il *pater familias*, in conformità con la concezione della famiglia fondata sui poteri del *pater*.

Se la famiglia romana si basava su vincoli agnatizi e sulla figura del *pater familias* (come sappiamo la *patria potestas* è sopravvissuta, ovviamente con contenuto molto diverso da quello romano, fino ai nostri giorni e precisamente fino al 1975 con la riforma del diritto di famiglia – legge 151 – in cui fu abolita insieme alla potestà maritale a favore della potestà genitoriale), nel tempo, da fine

¹⁰ Anche in passato l'argomento non suscitava ampio interesse. Possiamo a questo proposito citare P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, Roma, A. Samponesi, 1925, pp. 281 ss.; E. Costa, *I figli dei divorziati nei documenti greco-egizi dell'età romana*, in *Studi romani-Riv. di archeologia e storia*, 2/1914, pp. 257-260. Sulla famiglia in generale invece gli studi romanistici sono decisamente più ampi. Mi piace segnalare un recente e particolare volume di C. Buzzacchi, L. Ingallina (a cura di), *Rapporti familiari e responsabilità nell'esperienza giuridica romana e attuale*, Torino, Giappichelli, 2024.

¹¹ Sul carattere unitario della *patria potestas* la dottrina non è uniforme. Rinvio al bel libro, ricco di densi saggi sul tema, *Anatomie della paternità. Padri e famiglia nella cultura romana*, *Iuridica historica* Collana dei Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto diretta da Francesca Lamberti 9, Lecce, Edizioni Grifo, 2019, con i contributi di Luigi Capogrossi Colognesi, Francesca Lamberti, Giunio Rizzelli, Francesca Cenerini, Mario Lentano e Biagio Santorelli, nei quali si rivive anche l'antica diatriba tra le varie teorie, come quelle di Bonfante, Gallo o Capogrossi.

¹² P. Bonfante, *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive*, in Id., *Scritti giuridici vari*, I, *Famiglia e successione*, Torino, Giappichelli, 1916, pp. 18-63. Teoria oggi accantonata, ma che ebbe straordinario successo (e critiche puntuali) nella prima metà del Novecento.

Repubblica e inizio Principato, in concomitanza con forme di emancipazione femminile, sul piano sociale, economico nonché giuridico, vide un cambiamento: se prima l'affidamento dei figli era automaticamente rimesso al padre, si cominciò pian piano a verificare l'opportunità e la necessità di affidamento dei figli anche alla madre e ad una ripartizione degli obblighi genitoriali: soprattutto economici al padre e di educazione alla madre (e, a volte, l'affido esclusivo alla madre).

Il *pater familias* perse lentamente l'automatica centralità nella collocazione dei figli presso di lui in favore di richieste della parte materna o sulla base di decisioni discrezionali del giudice.

Le più antiche fonti sul tema¹³ risalgono solo ai Severi e in particolar modo a provvedimenti imperiali richiamati dalla giurisprudenza di quel tempo.

Mi riferisco a frammenti ulpiane traditi dal Digesto, D. 43.30.1.3 e D. 43.30.3.5.

D. 43.30.1.3 Ulp. 71 *ad ed. Si vero mater sit, quae retinet, apud quam interdum magis quam apud patrem morari filium debere (ex iustissima scilicet causa) et divus Pius decrevit et a Marco et a Severo rescriptum est, aequae subveniendum ei erit per exceptionem.*

D. 43.30.3.5 Ulp. 71 *ad ed. Etiam si maxime autem probet filium pater in sua potestate esse, tamen causa cognita mater in retinendo eo potior erit, idque decretis divi Pii quibusdam continetur: optinuit enim mater ob nequitiam patris, ut sine diminutione patriae potestatis apud eam filius moretur.*

Questi frammenti innanzitutto affrontano anche un altro tema romanistico molto importante e di natura processuale, e cioè quello della legittimazione passiva all'esercizio di alcuni strumenti come gli interdetti *de liberis exhibendis* e *de liberis ducendis*¹⁴. In effetti, vediamo che essi sono collocati nel Digesto sotto la rubrica *Interdicta de liberis exhibendis vel ducendis* e non in una rubrica a parte riguardante il tema dell'affidamento dei figli: il Digesto non la prevede.

Nel primo frammento, D. 43.30.1.3, Ulpiano cita un decreto di Antonino Pio, confermato da un rescritto di Marco Aurelio e Settimio Severo, in base al quale era stabilito che se i figli si fossero trovati presso la madre, sarebbero dovuti

¹³ Così inizia la sua analitica e bella trattazione delle fonti romane sull'affidamento dei figli C. Corbo, *Genitori e figli. L'affidamento e le sue origini nell'esperienza giuridica romana*, in SDHI, LXXVII, 2011, pp. 55-103, p. 60. Cfr. anche Id., *Il ruolo della madre nell'affidamento dei figli nell'esperienza giuridica romana*, in P. Martinelli, M. Squillante, C. Longobardi (a cura di), *Nascere ieri Nascere oggi. Evoluzione storico-antropologica delle cure ostetrico-neonatali*, Invigilata Lvcernis, in *Rivista di scienze dell'antichità e del tardoantico*, 39/2017, pp. 153-168.

¹⁴ R. Bonini, *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano*, in AG, 181, 1971, pp. 24-30, p. 25.

rimanere con lei solo per una *iustissima causa* e dunque in via di eccezione, essendo solitamente collocati presso il padre. In tal caso alla madre veniva concessa una *exceptio* opponibile all'interdetto del padre¹⁵.

Nel secondo frammento, D. 43.30.3.5, viene ribadito il concetto espresso nel primo, e sempre in base ad un decreto di Antonino Pio, che sembra maggiormente esplicitato: in questo secondo passo ulpiano, i figli che si trovano momentaneamente presso la madre dovevano rimanere con lei laddove il magistrato, *causa cognita*, lo ritenesse opportuno e nel caso di *nequitia patris*, senza che ciò potesse comunque ledere la *patria potestas*.

In questi passi la nostra attenzione si focalizza su due aspetti: sul fatto che gli imperatori siano intervenuti con decreto e rescritto, il che ci induce più che verosimilmente a pensare ad una situazione conflittuale tra genitori separati giunta ormai in sede processuale (il *decretum* è una sentenza imperiale¹⁶ e il *rescriptum* è una risposta imperiale ad una *prex* privata, spesso nell'ambito processuale); in secondo luogo che, nonostante la madre ottenga in determinate circostanze l'affidamento dei figli, quest'ultima è ammessa sempre in via d'eccezione e, come Ulpiano scrive esplicitamente (*sine deminutione patriae potestatis*), riferendosi al decreto di Antonino Pio nel secondo frammento, l'affidamento alla madre non inficia assolutamente il potere del padre¹⁷, e madre e padre non si trovano sullo stesso piano di importanza.

Il fatto che la madre potesse ottenere l'affidamento dei figli, sebbene *ope exceptionis*, ci mostra anche come i suoi rapporti con i figli divenissero, in tali circostanze, diversi da quelli usuali nei quali, ad esempio, la stessa, specie nei casi di matrimonio *cum manu*, degradava a ruolo di *filia* del marito (*loco filiae*).

Proprio l'espressione *sine deminutione patriae potestatis* che chiude il frammento ulpiano, D. 43.30.3.5, dimostrerebbe, ad avviso della dottrina, il rischio dell'esistenza di confusione tra i ruoli paterni (*patria potestas*) e materni ("*materna potestas*"?)¹⁸.

Come ben sottolineato da Chiara Corbo, con riguardo a questo secondo

¹⁵ Cfr. R. Martini, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 130 ss., sulla possibilità di interpolazioni del testo; cfr. anche A.M. Rabello, *Effetti personali della patria potestas*, I, Milano, Giuffrè, 1979, p. 289, il quale si è soffermato sulla possibile esistenza di una *denegatio interdicti*.

¹⁶ In particolare, C. Corbo, *Genitori e figli*, cit., p. 63, precisa giustamente che l'uso del sostantivo plurale *decretis* permette di ipotizzare diverse sentenze almeno per il frammento 5. In tal senso cfr. già R. Bonini, *Criteri per l'affidamento della prole*, cit., p. 26 e nt. 5.

¹⁷ Cfr. R. Bonini, *Criteri per l'affidamento della prole*, cit., pp. 27 ss., il quale sottolinea come i *decreta* imperiali riguardino solo la situazione di fatto dei figli e non la loro posizione giuridica di sottoposti al potere del *pater*; C. Corbo, *Genitori e figli*, cit., p. 63.

¹⁸ F. Goria, *La costruzione giuridica nel rapporto madre figli*, cit., p. 123 e nt. 41.

frammento “Dal testo si ricava un dato di estremo interesse, cioè la manifesta scissione che si realizza, nel processo di affidamento dei figli, tra situazione materiale e condizione giuridica. Infatti, i figli, pur se affidati in concreto alla madre, restano ugualmente soggetti all’autorità paterna, che rimane assolutamente immutata (*sine deminutione patriae potestatis*)”¹⁹.

La *nequitia patris* sembra indicare una condotta paterna non consona al suo ruolo, una sua incapacità di cura dei figli²⁰, forse anche una sua malvagità.

Il confronto fra i due passi induce ad ipotizzare (soprattutto in base alla parte finale di D. 43.30.3.5) che nella fattispecie concreta sottostante il parere giurisprudenziale non fosse stata data un’*exceptio* alla madre²¹, oppure che l’espressione conclusiva del frammento evidenziasse un valore più formale, ideologico e non sostanziale dell’istituto della *patria potestas* che stava perdendo valore.

Nonostante queste considerazioni, è innegabile che i provvedimenti imperiali in sede processuale citati da Ulpiano rappresentino una prima apertura verso il ruolo della madre nell’affidamento dei figli e quindi una sua preferenza al padre, anche se in determinati e specifici casi. In altre parole, una novità di apertura verso la figura materna²².

Sempre Ulpiano, in un ampio frammento del Digesto, D. 25.3.5, riprende un principio espresso in una costituzione di Antonino Pio del 161 d.C., collocata sotto la rubrica *De alendis liberis ac parentibus*, testo importante sotto il profilo dell’obbligo alimentare in ambito familiare:

¹⁹ C. Corbo, *Genitori e figli*, cit., p. 157.

²⁰ Cfr. A. Tarwacka, *Authority in the Family Under the Roman Law*, in *Parental Authority. Cross-Disciplinary Analysis of a Legal Institution*, I, *Parental Authority from a Historical Perspective*, trad. it., Warsaw 2023, Jerzy Słyk, Magdalena Wilczek-Karczewska, pp. 11-78, p. 48, che scrive di “*carelessness*”.

²¹ F. Gorla, *La costruzione giuridica nel rapporto madre figli fino all’Ecloga di Leone III*, in F. Zuccotti, M.A. Fenocchio (a cura di), *A Pierluigi Zanniti, Scritti di diritto romano e giusantichistica*, Milano, Ledizioni, 2018, pp. 113-145, p. 124 e nt. 42.

²² Ben scrive inoltre M.I. Núñez Paz, *Diritti e doveri delle donne di Roma*, cit., affermando che “la presenza femminile in politica aveva iniziato a farsi visibile già durante la Repubblica. Ma aumentò inesorabilmente in età imperiale, con l’entrata in crisi e la successiva scomparsa della famiglia tradizionale romana, i cui membri erano uniti da vincoli di sottomissione al *pater familias*. La presenza delle donne al di fuori della *domus*, la casa, era in crescita, mentre il vecchio modello della famiglia patriarcale perdeva forza. Divennero più frequenti le famiglie non tradizionali: alcune erano composte da un solo genitore divorziato o vedovo, altre da coniugi senza prole, altre ancora erano famiglie “*plurigenitoriali*”, che riunivano figli nati da differenti matrimoni e di età molto diverse. Questo senza contare i vari rapporti di concubinato o le famiglie composte da coppie omosessuali”.

C. 5.25.1 Imp. Pius A. Basso. *Parentum necessitatibus liberos succurrere iustum est. Sine die et consule.*

La legge afferma con chiarezza il principio secondo il quale i figli (senza distinzione tra quelli *alieni iuris* e quelli *sui iuris*) “sono tenuti a sostenere i propri genitori”²³.

Ulpiano riprende la costituzione di Antonino Pio nel paragrafo 5 di D. 25.3:

D. 25.3.5 Ulp. L. II de off. cons. [...] 5. *Item divus Pius significat, quasi avus quoque maternus alere compellatur.*

In cui sempre esplicitamente si riferisce ai parenti materni sui quali grava l’obbligo alimentare²⁴.

Nel paragrafo successivo, il 6, Ulpiano riporta invece il principio, derivante sempre dal rescritto imperiale, secondo il quale grava sul padre l’obbligo di mantenere la propria figlia, nata da un matrimonio legittimo:

D. 25.3.5 Ulp. L. II de off. cons. [...] 6. *Idem rescripsit, ut filiam suam pater exhibeat, si constiterit apud iudicium iuste eam procreatam.*

Si può vedere come nel primo frammento Ulpiano vada a toccare un’altra dinamica nei rapporti genitori/figli: quella del vincolo al mantenimento dei genitori da parte dei figli, tema anch’esso attualissimo e che, nell’ambito del profilo di ricerca qui considerato, si pone come situazione diametralmente opposta.

Nel secondo passo ulpiano emerge la separazione degli obblighi genitoriali. La madre, nei casi di *iustissima causa*, se preferita al padre (cfr. D.

²³ L. D’Amati, *Parentes alere: imperatori, giuristi e declamatori*, in *QLSD*, VII, 2017, Eise Publications, pp. 143-166, p. 145. Cfr. anche L. Sandirocco, “*Non solum alimenta praestare debet*”, in *Rivista di Diritto Romano*, XXIV/2024, pp. 1-24, p. 7. La costituzione di Antonino Pio non fu forse la legge che sancì in modo definitivo tale principio, se pensiamo alla legge di Marco Aurelio e Lucio Vero, sempre del 161, tradita in C. 5.25.2 Divi fratres Celeri: *Competens iudex a filio te ali iubebit, si in ea facultate est, ut tibi alimenta praestare possit*. Sulla legge di Antonino Pio, a fronte del testo scarno della prima costituzione, è d’obbligo rinviare alle ipotesi di Edoardo Volterra, sempre attuali, sulla struttura delle costituzioni imperiali e le sintesi o i tagli effettuati dai compilatori: E. Volterra, *Il problema del testo delle costituzioni*, in *La critica del testo*, Atti II Cong. Intern. della Società italiana di Storia del diritto), Firenze, Olschki Editore, 1971, 877 [= *Scritti giuridici*, 6, Napoli, Jovene, 1994, p. 59].

²⁴ Cfr. G. Zoz, *In tema di obbligazioni alimentari*, in *BIDR*, LXXIII, 1970, pp. 323-355.

43.30.1.3 (Ulp. 71 *ad ed.*, frammento appena sopra visto), deve occuparsi della cura dei figli, mentre il padre è tenuto all'obbligo economico in quanto padre.

Dalla casistica, brevemente esposta, si deduce che il tema dell'affidamento dei figli appare, nelle fonti in piena età classica, discusso nella giurisprudenza e affrontato dai *rescripta principis*: quindi, senza dubbio, emerge da casi reali, conflittuali o semplicemente dubbiosi su quali dovessero essere posti gli obblighi gravanti sui genitori nei confronti dei figli nel momento del divorzio.

Si evince che il padre è la figura di riferimento coerentemente al contesto storico e che ragioni di equità, di morale, di necessità di accudimento, abbiano portato a far emergere la figura materna come idonea alla cura della prole sotto il profilo dell'educazione e della tradizione dei valori. Il padre rimane soggetto centrale negli obblighi di natura economica e pian piano la sua importanza nell'educazione dei figli diminuisce, quasi fosse venuto ad attenuarsi un profilo di responsabilità (o di potere) nei confronti degli ascendenti.

Si ricordi l'istituto della *querela inofficiosi testamenti*²⁵ (la successione necessaria materiale da cui scaturirà – in senso lato – il moderno istituto della legittima) che si sviluppa già da fine Repubblica nell'ambito della prassi e che si fonda sulla c.d. inofficiosità del testamento.

Istituto sorto nella prassi e accolto sotto il profilo processuale dai *centumviri* in età tardo repubblicana e poi nella *cognitio extra ordinem*. Ebbene sembrerebbe, a mio avviso, che il *pater* fosse tenuto anche ad un *officium pietatis* nei confronti dei discendenti a lui più vicini, se non poteva diseredare un figlio, ad esempio, senza un motivo giustificato. Qualora un figlio agisse in giudizio contro la propria diseredazione, per rendere nullo il testamento e, pertanto, succedere in viva di legittima al padre, i giudici dovevano indagare l'*officium pietatis* paterno e verificare le sue facoltà mentali (di *color insaniae* ci parlano i giuristi: cfr., ad esempio, Marcell. 3 *dig.* D. 5.2.5²⁶).

Ebbene, se ne deduce che negli obblighi paterni fosse considerato, in un primo momento nella prassi e poi sul piano processuale, l'*officium* della *pietas*, il dovere morale, che forse veniva meno quando gli stessi erano affidati, dopo il divorzio, alla madre.

²⁵ Sulla quale rinvio ad un contributo di L. Gagliardi, *Studi sulla legittimazione alla querela inofficiosi testamenti in diritto romano e bizantino*, Milano, Giuffrè, 2017.

²⁶ D. 5.2.5 Marc. 1. III *dig.* *Nam et his, qui non ex masculis descendunt, facultas est agendi, cum et de matris testamento agant et optinere adsidue soleant. Huius autem verbi "de inofficioso" vis illa ut dixi est docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum: resque illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret.*

3. Verso la riforma diocleziana

Dopo i secoli II e III d.C. vi fu un periodo in cui prevalse decisamente il *favor liberorum*: a partire dal IV ma accentuatosi nel V e VI secolo, in cui gli imperatori cercarono di mettere al centro degli interessi il figlio, tentando addirittura di evitare il divorzio per il bene della prole²⁷.

In realtà il vincolo cognatizio era migliorato già dal II-I secolo a.C. rispetto al vincolo agnatizio e, nella legislazione augustea, ci fu un cambiamento sul modello della *familia*: cominciò a ricevere maggiore considerazione il vincolo cognatizio, e cioè il legame di sangue; e di fronte ad una emancipazione sociale ed economica della donna, si assistette anche a delle controversie sulle regole da applicare in caso di affidamento di figli dopo il divorzio²⁸.

Agli inizi del III secolo d.C. cominciò a consolidarsi, nell'ambito dell'affidamento dei figli, il principio in base al quale, nella valutazione del magistrato, dovessero prevalere gli interessi e i bisogni del minore, che andavano oltre il semplice mantenimento economico, per il quale restava sempre obbligato (qualora ci fosse) il *pater*²⁹.

Ad esempio, una costituzione di Alessandro Severo del 223 d.C., tradata in C. 5.49.1, pur riferendosi a fattispecie diversa, mette in evidenza come l'intento imperiale fosse quello della tutela e cura degli interessi del minore.

Vediamo il suo contenuto:

C. 5.49.1 Imp. Alexander A. Dionysodoro: *Educatio pupillorum tuorum nulli magis quam matri eorum, si non vitricum eis induxerit, committenda est. 1. Quando autem inter eam et cognatum et tutorem super hoc orta fuerit dubitatio, aditus praeses provinciae inspecta personarum et qualitate et coniunctione perpendet, ubi puer educari*

²⁷ Nella *familia* quale comunità fondata sul vincolo agnatizio e sull'obbedienza e sottoposizione al *pater*, in caso di scioglimento del matrimonio, mentre la donna fuoriusciva definitivamente dalla famiglia del marito, i figli rimanevano a pieno titolo in essa e dunque venivano automaticamente affidati al *pater*, o comunque alla famiglia paterna, sia per quanto concerneva il mantenimento in senso stretto sia per tutto ciò che, in senso ampio, riguardava la loro educazione: così F. Fasolino, *L'affidamento dei figli a Roma*, in AA. VV., *Studi in onore di Francesco Guizzi. Civitas et civilitas*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 236-249.

²⁸ Così F. Fasolino, *L'affidamento dei figli a Roma*, cit., pp. 236 ss.; cfr. poi L. Peppe, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna in età repubblicana*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 74 ss. il quale ribadiva che fino ai sette anni i figli erano affidati normalmente alle cure materne mentre dopo tale età subentravano per i maschi degli educatori, specialmente se il padre era impegnato in attività pubbliche. Sulla stessa linea cfr. M. Baccari, *La condizione giuridica della donna a Roma: a proposito del munus feminarum*, in A.C. Amato Mangiameli (a cura di), *Donne tra storia e politica*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 10-23, pp. 16 ss., p. 23.

²⁹ Cfr. F. Fasolino, *L'affidamento dei figli a Roma*, cit., pp. 236 ss.

debeat. 2. Sin autem aestimaverit, apud quem educari debeat, is necessitatem habebit hoc facere, quod praeses iusserit. PP. VII id Febr. Maximo II et Aeliano cons. [a. 223].

La legge stabilisce letteralmente che l'educazione dei figli non deve essere affidata a nessuno piuttosto che alla madre, se la stessa non porta un patrigno ai figli. Pertanto, è la madre ad essere ritenuta il soggetto migliore per la loro educazione. Se tra lei, un cognato o un tutore, sorga invece un dubbio sopra questo problema, allora sarà il governatore a pronunziarsi, esaminando tutto ciò che serve a capire dove è più opportuno per i figli essere allevati.

Correttamente Francesco Fasolino³⁰ osserva come questa costituzione riguardi ipotesi diversa da quelle concernenti l'affidamento ad uno dei genitori, come, ad esempio, illustrato in un frammento ulpiano trádito in D. 43.30.3.6 (Ulp. 71 *ad ed.*)³¹, perché in questo caso la fattispecie non riguarda due genitori viventi ma presuppone la morte del padre.

In tale ipotesi la madre è ritenuta il soggetto più idoneo a prendersi cura dei figli sempre che nel caso di dubbio, nel confronto con altri parenti o altri soggetti come il tutore, tale scelta sia considerata più opportuna.

Tuttavia la legge segna un passaggio importante: più che soffermarsi sul fatto che in un confronto con un tutore il magistrato potesse assegnare i figli a quest'ultimo anziché alla madre, si può sottolineare, come già sostenuto da Giuliano Crifò, che la costituzione offre l'opportunità per la madre di essere non solo colei che di fatto si occupava dei figli, ma anche la preferita rispetto ad un tutore se ciò veniva stabilito da un giudice³². Un po' come dire che la legge si presta ad entrambe le valutazioni ma, in un contesto di crescita del ruolo femminile nell'affidamento dei figli, questo precetto normativo rappresenta una tappa importante nella preferenza della figura della madre.

³⁰ F. Fasolino, *L'affidamento dei figli a Roma*, cit., p. 242.

³¹ D. 40.30.3.6 Ulp. 71 *ad ed.* *In hoc interdicto, donec res iudicetur, feminam, praetextatum eumque, qui proxime praetextati aetatem accedet, interim apud matrem familias deponi praetor iubet. Proxime aetatem praetextati accedere eum dicimus, qui puberem aetatem nunc ingressus est. Cum audis matrem, accipe notae auctoritatis feminam.* Passo in cui la fattispecie è diversa da quelle considerate nei frammenti precedenti, D. 43.30.1.3 e D. 43.30.3.5 (su cui v. *supra*), perché in esso si fa riferimento ad un affidamento interinale dei figli durante la *causae cognitio* citata nel frammento 5: cfr. R. Bonini, *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati*, cit., p. 29.

³² G. Crifò, *Sul problema della donna tutrice*, in *BIDR*, LXVII, 1964, pp. 88-166, il quale utilizzò questa fonte, insieme a due leggi trádite dal codice giustiniano, C. 5.35.1 e C. 5.37.22.5, oltre a due passi del Digesto, D. 26.1.16.pr. e D. 26.1.18 per un altro problema connesso al nostro: quella della possibilità della donna di essere tutrice. Giuliano Crifò, sulla base di tali fonti, sosteneva che già verso la fine del IV secolo vi erano donne ammesse alla tutela; ovviamente era necessaria una procedura speciale e come requisito l'assenza di altre persone idonee all'ufficio di tutore.

4. Collocazione dei figli dopo il divorzio in età diocleziana

Il principio dell'automatica collocazione dei figli presso il *pater familias* si indebolì specialmente dall'età di Diocleziano.

Una sua costituzione dell'anno 294 d.C. rappresenta, come enunciato nella legge stessa, il primo intervento legislativo sull'affidamento dei figli dopo il divorzio, in totale contrasto con il principio dell'affidamento automatico al padre.

C. 5.24.1: Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Caelestinae: *Licet neque nostra neque divorum parentium nostrorum ulla constitutione caveatur, ut per sexum liberorum inter parentes divisio celebretur, competens tamen iudex aestimabit, utrum apud patrem an apud matrem matrimonio separato filii morari ac nutrirī debent*. S. XVI k. Iul. Beroae CC. cons. [a. 294].

Si tratta di un rescritto, unica costituzione contenuta nel titolo ventiquattresimo del libro quinto del codice giustiniano, sotto la rubrica *Divortio facto apud quem liberi morari vel educari debeant*³³, con cui l'imperatore risponde ad una tale Celestina³⁴ e con il quale stabilisce il principio su cui dovranno basarsi i giudici nell'affidamento dei figli ai genitori dopo il divorzio.

Iniziamo col soffermarci sull'*incipit* della legge, *Licet neque nostra neque divorum parentium nostrorum ulla constitutione caveatur*, con il quale l'imperatore dichiara che non esiste alcuna costituzione appartenente alla sua cancelleria o a quella dei suoi predecessori che fondi gli effetti di una separazione tra i genitori sulla base del sesso dei figli; pertanto si stabilisce che un giudice idoneo determinerà presso chi dovranno essere collocati i figli dopo la rottura del matrimonio, se nell'abitazione del padre o in quella della madre.

L'imperatore, rispondendo a Celestina, affida ai giudici la decisione sull'affidamento dei figli dopo il divorzio e pertanto conferisce agli stessi un'alta

³³ Secondo Gaetano Scherillo il rescritto era posto in una rubrica del Codice Ermogeniano poi riprodotta nel Codice di Giustiniano: G. Scherillo, *Teodosiano, Gregoriano, Ermogeniano*, in *Studi Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, pp. 247-323, pp. 310 ss.; cfr. poi A. Cenderelli, *Ricerche sul Codex Hermogenianus*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 96 ss.; R. Bonini, *Criteri per l'affidamento*, cit., pp. 30 s.; C. Lopez-Rendo Rodriguez, *Efectos personales del divorcio de Roma a la actualidad respecto de los hijos*, (Belém-Pará, 2011) in *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, III, *Derecho de familia*, Madrid, ed. Boe, 2021, pp. 1103-1149, specialmente pp. 1113 ss.

³⁴ Cfr. A.R. Martín Minguijón, *La infancia en Roma y en otros pueblos de la antigüedad. Estudios histórico-jurídico*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2023; cfr. anche J.E. Grubbs, *Diocletian's Private Law: the Family*, in W. Eck, S. Puliatti (a cura di), *Diocleziano. La frontiera giuridica dell'impero*, Pavia, University Press, 2018, pp. 307-386, p. 330, la quale afferma che: "*Her question (scilicet di Celestina) seems to have surprised the office for petitions*".

o un'assoluta discrezionalità nel decidere quale sia il genitore più adatto ad educare i figli.

Con questa legge Diocleziano sancisce la fine dell'automaticità dell'affidamento dei figli al padre, dopo il divorzio, e sembra porre i genitori su un piano di parità.

Oltre ad informarci che questa legge diocleziana costituisce la prima forma normativa sulla collocazione dei figli, nella stessa si fa riferimento ad accordi sulla collocazione dei figli in base al sesso; o, meglio, si dichiara che non ci sono forme legislative su questo tema che si basino sul sesso dei figli in ordine al problema della loro collocazione³⁵.

Da questo si può arguire facilmente innanzitutto che non vi erano norme per l'affidamento dei figli che si basavano su questo criterio ma anche, e non secondariamente, che vi fosse però una qualche prassi, magari richiamata dalla stessa richiedente, Celestina, di quel tipo. Altrimenti l'imperatore nella sua risposta non ne avrebbe fatto cenno. Molto probabilmente il rinvio a tale costume era contenuto proprio nella *prex* di Celestina.

A tale proposito ricordiamo un passo appartenente al giurista Ulpiano, che potrebbe essere stato un esempio di tale prassi, tradito in Ulp. 71 *ad ed.*, D. 43.30.3.6:

D. 43.30.3.6 Ulp. 71 *ad ed.* *In hoc interdicto, donec res iudicetur, feminam, praetextatum eumque, qui proxime praetextati aetatem accedet, interim apud matrem familias deponi praetor iubet. Proxime aetatem praetextati accedere eum dicimus, qui puberem aetatem nunc ingressus est. Cum audis matrem, accipe notae auctoritatis feminam*³⁶.

Ulpiano, riferendosi all'interdetto *de liberis ducendis*, afferma che, mentre si portava a conclusione la *causae cognitio*, il pretore stabiliva che le figlie femmine e i figli maschi già puberi, oppure quelli appena entrati nell'età della pubertà, fossero provvisoriamente affidati *apud matrem familias*: con tale espressione si dovrebbe intendere, come spiega Ulpiano nella conclusione del passo, una

³⁵ A tal proposito Bonini affermava che non vi erano leggi che stabilissero che la *diviso liberum inter parentes* dovesse avvenire *per sexum* secondo il desiderio della postulante Celestina: R. Bonini, *Criteri per l'affidamento della prole*, cit., p. 30. Secondo F. Fasolino, *L'affidamento dei figli a Roma*, cit., pp. 244 ss., l'imperatore, "nel rispondere al quesito postogli da una certa Celestina, in primo luogo sgombra il campo da un equivoco, che evidentemente aveva avuto qualche ragione di formarsi nella pratica, circa la pretesa esistenza di norme, emanate da lui stesso o dai suoi predecessori, in base alle quali fosse stato disposto che l'assegnazione dei figli tra i genitori separati avvenisse in base al loro sesso".

³⁶ Forse la frase "*Cum audis matrem, accipe notae auctoritatis feminam*" era una glossa giustiniana?

matrona di indiscussa autorevolezza³⁷. L'affidamento alla madre dipendeva cioè, dall'età dei figli (età in cui necessitano di maggiori cure). L'interdetto nominato nel passo di Ulpiano evocava una prassi oppure era un interdetto a carattere eccezionale? Esso segue, nella compilazione giustiniana, il frammento 5 sulla *nequitia patris* (*iustissima causa* per l'affidamento dei figli alla donna): questo dato rafforzerebbe l'ipotesi che l'interdetto si conformasse ad una prassi. Non siamo tuttavia certi però che Diocleziano si riferisse a tali principi esposti nel frammento di Ulpiano. Forse la donna che inviò la *prex* all'imperatore conosceva tale principio e pensava che i figli potessero pertanto esserle affidati. Non è sicuro però se il frammento prevedesse una modalità consueta, oppure un evento contingente perché, come ben spiegato da Fasolino, nel passo non sono presenti "precisi indizi letterali" come, ad esempio, avrebbero potuto essere "un *potest* oppure un *solet* prima della voce verbale *iubere*"; ma l'espressione *deponi praetor iubet*, "che denota una iteratività dell'azione", nonché la necessità di proteggere i figli, che risulta evidente dal fatto che la loro collocazione prescinde da richieste dei genitori, e infine la collocazione del frammento di Ulpiano dopo l'attenzione del giurista alla *nequitia patris*³⁸, dimostrerebbero che tale misura fosse usuale e adottata almeno laddove un genitore si fosse opposto all'affidamento dei figli sulla base di una *causa iustissima* appena menzionata nel passo collocato precedentemente a questo dai compilatori giustiniane (D. 43.30.3.5 Ulp. 71 ad ed. *Etiam si maxime autem probet filium pater in sua potestate esse, tamen causa cognita mater in retinendo eo potior erit, idque decretis divi Pii quibusdam continetur: optinuit enim mater ob nequitiam patris, ut sine deminutione patriae potestatis apud eam filius moretur*)³⁹.

Il pretore avrebbe potuto riferirsi anche ad altri criteri come, ad esempio, alle regole che possiamo leggere in un altro passo di Ulpiano riguardante la *tutela impuberum*, Ulp. 34 ad ed. D. 27.2.1.pr.:

Ulp. 34 ad ed. D. 27.2.1.pr. *Solet praetor frequentissime adiri, ut constituat, ubi filii vel alantur vel morentur, non tantum in postumis, verum omnino in pueris. 1. Et solet ex persona, ex condicione et ex tempore statuere, ubi potius alendus sit: et nonnumquam a voluntate patris recedit praetor [...]. Denique cum quidam testamento suo cavisset, ut filius apud substitutum educetur, imperator Severus rescripsit praetorem*

³⁷ F. Fasolino, *L'affidamento dei figli a Roma*, cit., p. 242.

³⁸ Sul lemma *nequitia*, riferito però al comportamento antiggiuridico dei figli e in ambito delle caratteristiche delle azioni nossali, cfr. la monografia di M. Amabile, "Actionem resuscitari". Note sulla noxa in Gaio, in F. Fasolino, A. Lovato, F. Lucrezi (dir.), *Forme e itinerari del diritto*, Torino, Giappichelli, 2023, pp. VII-96.

³⁹ Così F. Fasolino, *L'affidamento dei figli a Roma*, cit., p. 242.

aestimare debere praesentibus ceteris propinquis liberorum: id enim agere praetorem oportet, ut sine ulla maligna suspitione alatur partus et educetur.

In sostanza il frammento giurisprudenziale afferma che, nel caso in cui il padre non avesse previsto criteri per l'affidamento dei figli dopo la sua morte, i quali, se previsti, sarebbero stati vincolanti per il giudice, i principi da seguire dovevano essere quelli che maggiormente tutelassero il pupillo: quindi il giudice deve guardare la situazione economica dell'affidatario, la sua capacità di educare e di tutelare il pupillo, la sua situazione sociale, i suoi valori.

Non abbiamo la certezza che la costituzione diocleziana si riferisse a suddetti principi espressi nei commenti ulpiani.

Dal punto di vista della diffusione dei testi siamo a conoscenza però che dall'epoca diocleziana circolavano molti *corpora* contenenti scritti di Paolo e Ulpiano da cui prenderanno vita varie successive statuizioni sul loro uso nell'ambito della *recitatio* nei tribunali. Pertanto è possibile che tali principi circolassero e che bravi operatori del diritto o giuristi anonimi consigliassero i privati nelle loro richieste all'imperatore sulla base di essi.

Vediamo che la costituzione di Diocleziano attribuisce al giudice il potere di stabilire a chi affidare i figli dopo il divorzio, un potere discrezionale⁴⁰ dunque, tanto che egli può anche attribuire i figli ad un terzo, non essendo previsti criteri legislativi a cui fare riferimento e che stabiliscano a chi debbano essere affidati i figli. Il principio secondo il quale il padre è automaticamente l'affidatario migliore viene dunque meno perché non è più automatico. Ora è un giudice che, in base al suo potere discrezionale, decide quale sia il soggetto più idoneo al quale affidare i figli; il padre, la madre, un terzo; al soggetto più idoneo molto probabilmente veniva affidato anche l'obbligo degli alimenti (tema ulteriore che non è preso in considerazione in questo lavoro).

Dunque, nell'ipotesi di divorzio, al centro degli interessi della decisione del giudice sono posti i figli: il loro affidamento è disposto sulla base del loro migliore interesse e non in considerazione della figura paterna o materna. Non sono più considerati i casi eccezionali per i quali i figli potevano essere affidati alla madre.

Autorevole dottrina⁴¹ ha ipotizzato che alcuni criteri per l'affidamento fossero sottesi al potere del giudice: egli cioè, avrebbe potuto basarsi su principi riguardanti l'affidamento dei pupilli, a causa dell'analogia con l'affidamento dei figli, che risulta disciplinato nel secondo titolo del libro ventisettesimo del Digesto

⁴⁰ Su cui si sofferma molto R. Bonini, *Criteri per l'affidamento della prole*, cit., pp. 30 ss.

⁴¹ Ad esempio, Francesco Fasolino, in contrasto con Bonini che propendeva per un potere discrezionale assoluto del giudice.

la cui rubrica recita *Ubi pupillus educari vel morari debeat et de alimentis ei praestandis* e in particolare in D. 27.2.1.pr. 1 (Ulp. 34 ad ed.)

che abbiamo già visto⁴².

Leggiamo poi la seguente legge, sempre diocleziana, dell'anno 294 d.C., pervenutaci attraverso C. 5.49.2:

C. 5.49.2 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Gratae. *Utrum nepos tuus ex filia apud te an patrum suum morari debeat, ex singulorum adfectione et qui magis ad suspicionem ex spe successionis propior sit, aestimabitur*. S. XVIII K. Nov. Nicomediae CC. cons. [a. 294].

Si tratta sempre di un rescritto di risposta ad una tale Grata che voleva che il figlio di sua figlia visse con lei piuttosto che con lo zio paterno (Grata potrebbe essere stata preoccupata per la sicurezza di suo nipote se avesse vissuto con suo zio, che sarebbe stato il prossimo in linea di successione da lui), con cui la cancelleria imperiale stabilisce che la decisione su tale affidamento si sarebbe basata sull'affetto verso il ragazzo, anche considerando eventuali sospetti di interesse degli adulti nei confronti dell'eredità dello stesso.

Siamo anche qui in un "*rare example of a Roman custody battle*"⁴³ tra una nonna e uno zio paterno. Se dal punto di vista dell'ascendenza agnatizia dovrebbe essere preferito lo zio paterno l'imperatore si orienta diversamente basandosi sui due criteri appena esposti.

Il riferimento non solo alla parte affettiva del rapporto ma anche all'aspetto di sicurezza patrimoniale (e anche personale: pensiamo al rischio di morte improvvisa, che avrebbe aperto la successione all'agnato prossimo, cioè al soggetto sotto la cui custodia il ragazzo si trovava) del ragazzo manifesta un ampliamento della custodia verso la donna da un lato e un'attenzione agli interessi del minore dall'altro.

Appartenenti alla cancelleria diocleziana in tema di affidamento dei figli sono anche le seguenti costituzioni:

C. 8.8.2 Diocl./Maxim. AA. et CC. Cyrillae: *Adi praesidem provinciae ac postula filios tuos exhiberi* (a. 293).

⁴² Cfr. *supra*.

⁴³ Così J.E. Grubbs, *Diocletian's Private Law: the Family*, cit., p. 330.

Prima domanda che pone questa stringata legge riguarda la possibilità che avesse una madre di adire il governatore nella *cognitio extra ordinem* tramite l'interdetto *ad exhibendis*.

Dalla collocazione della costituzione, posta dai compilatori sotto la rubrica *De liberis exhibendis seu ducendis seu de homine libero exhibendo*, che include solo tre costituzioni, la prima di Antonino Caracalla e del 213, la seconda e terza di Diocleziano, sembra di poter dedurre che la donna avesse la possibilità di richiedere l'interdetto⁴⁴.

Nello stesso titolo VIII, *De liberi exhibendis seu ducendis seu de homine libero exhibendo*, come costituzione successiva abbiamo C. 8.8.3:

C. 8.8.3 Diocl./Maxim. AA. et CC. Euodiae: *Si ad instar interdicti de exhibenda filia Philippi eum conveniendum putaveris, rector aditus provinciae suam vobis accomodabit notionem* [a. 293].

In questo caso l'imperatore sembra concedere alla madre, soggetto privo di *potestas*, la possibilità di agire tramite interdetto *de liberis exhibendis vel ducendis*⁴⁵.

Non dobbiamo dimenticare che proprio con Diocleziano venne riformato il processo civile nell'anno 294, quindi un anno dopo le predette costituzioni, con un provvedimento che ci è pervenuto in parte, frammentato nel codice giustiniano con il quale l'imperatore cercò di ristrutturare lo svolgimento del processo civile: C. 3.3.2 (sub rubrica *De pedaneis iudiciis*); C. 3.11.1 (sub *De dilationibus*), C. 7.53.8 (sub *De executione rei iudicatae*), C. 7.62.6 (sub *De appellationibus et consultationibus*)⁴⁶.

Non si può escludere in linea di massima, anche se non abbiamo fonti a riguardo, che Diocleziano abbia messo mano anche alle figure degli interdetti (volti principalmente ad evitare un processo) nell'ambito della *cognitio* pretoria e/o provinciale.

Al IV secolo appartiene anche una fonte papiracea molto interessante (PSI

⁴⁴ Cfr. P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, I, p. 280, il quale invece ha ritenuto che la legge provasse la titolarità femminile a chiedere gli alimenti in nome del figlio (l'ambiguità starebbe nella duplicità di significato del termine *exhibere*). Cfr. anche F. Pergami, *Nuovi studi di diritto romano tardoantico*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 17, secondo il quale i rescritti del III secolo assimilavano l'*interdictum* all'*actio* concepandola come modellata sull'antico strumento processuale.

⁴⁵ Cfr. F. Gorla, *La costruzione giuridica nel rapporto madre figli nel diritto romano fino all'Ecloga di Leone III*, cit., pp. 113-145, p. 125 nt. 48. V. anche in generale M.G. Zoz, *Riflessioni in tema di affidamento e mantenimento dei figli*, in *IURA*, LVI, 2006, pp. 123-135.

⁴⁶ Si tratterebbe di un raro editto sul processo se non l'unico: F. Pergami, *Il processo privato nella legislazione dell'imperatore Diocleziano*, consultato online in data 2 ottobre 2024: www.pergamipototschnig.it/2018/01/il-processo-privato-dell'imperatore-diocleziano.

41lin, 4-7- Pap. Greci e Latini, I (n.1-112), Firenze 1912, n. 41 p. 87⁴⁷) in cui una donna, Aurelia Herais, ricorre in tribunale contro il marito Pagenes perché nonostante il figlio, in base ad accordi tra i due genitori o decisioni giudiziarie, dovesse essere affidato a lei, di fatto non le era stato ancora dato.

La regola sancita alla fine del III secolo con Diocleziano si protrae fino al V e VI secolo, secondo alcuni anche influenzata dalla dottrina cristiana decisamente contraria al divorzio.

5. Costantino

L'influenza cristiana sulla normativa riguardante il divorzio si era di fatto già avvertita in età costantiniana con una legge tradata solo dal Codice Teodosiano in CTh. 3.16.1, e non anche da quello giustiniano, di cui non si conosce la data esatta e con la quale Costantino aveva cercato di rafforzare il matrimonio avvicinandosi in parte (riferendosi al *repudium* unilaterale e non a quello consensuale⁴⁸) al principio cristiano dell'indissolubilità del matrimonio⁴⁹:

CTh. 3.16.1 Imp. Constant(inus) A. ad Ablavium P(raefectum) P(raetori). *Placet mulieri non licere propter suas pravas cupiditates marito repudium mittere exquisita causa, velut ebrioso aut aleatori aut mulierculario, nec vero maritis per quascumque occasiones uxores suas dimittere, sed in repudio mittendo a femina haec sola crimina inquire, si homicidam vel medicamentarium vel sepulchrorum dissolutorem maritum suum esse probaverit, ut ita demum laudata omnem suam dotem recipiat. Nam si praeter haec tria crimina repudium marito miserit, oportet eam usque ad acuculam capitis in domo mariti deponere et pro tam magna sui confidentia in insulam deportari. In masculis etiam, si repudium mittant, haec tria crimina inquire conveniet, si moecham vel medicamentariam vel conciliatricem repudiare voluerint. Nam si ab his criminibus liberam eiecerit, omnem dotem*

⁴⁷ Su cui cfr. C. Corbo, *Genitori e figli*, cit., p. 75, nt. 45. L'Autrice si è occupata anche di altre fonti papiracee sul tema. Al suo studio rinvio per questo scorcio sui documenti della prassi sull'affidamento dei figli.

⁴⁸ Su cui cfr., ad esempio, R. Roperto, *Adultere e legislazione "cristitana"*, in A. Maffi, L. Gagliardi (a cura di), *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, Sankt Augustin, Academia Verlag, 2011, pp. 191-202, pp. 197 ss.

⁴⁹ Almeno secondo l'*opinio communis*: cfr., ad esempio, B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffè, 1956, p. 571; M. Sargenti, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino. Problemi e prospettive nella letteratura dell'ultimo trentennio*, in AARC I Conv. Intern., Perugia, 1975, pp. 229-332, pp. 276 ss. (ora in *Studi sul diritto del Tardo Impero*, Padova, CEDAM, 1986, pp.44-147); G.L. Falchi, *L'influenza della patristica nella politica legislativa "de nuptiis" degli imperatori romani dei secoli IV e V*, in *Augustinianum*, 50/2010, pp. 349-363, pp. 351 ss.

restituere debet et aliam non ducere. Quod si fecerit, priori coniugi facultas dabitur domum eius invadere et omnem dotem posterioris uxoris ad semet ipsam transferre pro iniuria sibi inlata. Dat. [...] Basso et Ablavio consss.

Costantino stabilisce regole sullo scioglimento unilaterale del matrimonio⁵⁰.

Si tratta di una legge innovativa; rappresentando una “*rupture brutale*”⁵¹ con la tradizione precedente⁵².

Nel suo *incipit* l'imperatore legislatore vieta il divorzio sia alle donne sia agli uomini per cause che appaiono all'imperatore decisamente futili: per le donne non è valido motivo di divorzio l'ubriachezza o la dedizione al gioco del marito o il fatto che il marito sia un donnaio; anche i mariti non possono divorziare per cause leggere, essi non devono ripudiare la moglie *per quascumque occasiones*.

Gli unici motivi che consentono il divorzio sono tre *crimina* eventualmente posti in essere dal coniuge maschio: l'omicidio, la magia e la violazione dei sepolcri. Se il divorzio avviene in casi diversi da quelli ammessi dall'imperatore la donna perderà tutti i beni e verrà deportata in un'isola; l'uomo dovrà restituire la dote ricevuta. Evidente come la struttura quasi simmetrica delle misure previste per entrambi i coniugi, misura dei tre *crimina*, si perda nella previsione delle pene, diverse per moglie e marito e nel fatto che la donna deve provare tali *crimina*. Inoltre, quando la legge si riferisce alla moglie utilizza l'espressione *propter suas pravas cupiditates*⁵³ per le quali non può ripudiare il marito.

Le cause in cui è ammesso il ripudio erano state previste da Costantino già nel 314 con CTh. 9.40.1, o nel 318 con CTh. 9.16.1 e con CTh. 9.16.2 del 319.

Nella prima costituzione, in particolare, in caso di adulterio, omicidio o magia era prevista la pena di morte e la prova doveva essere valutata dai giudici solo tramite la confessione o delle testimonianze attendibili⁵⁴:

⁵⁰ Sul ripudio cfr. U. Agnati, *Motivi e cause del ripudio. Osservazioni sulle dinamiche familiari tra giurisprudenza classica e legislazione tardoantica*, in *Tesserae iuris* IV.2/2023, pp. 49-100.

⁵¹ Così J. Gaudemet, *La législation sur le divorce dans le droit impérial des IV^e et V^e siècles*, in *AARC VII Conv. Intern.*, Napoli, ESI, 1988, pp. 75-88, p. 76.

⁵² Cfr. C. Castello, *Assenza di ispirazione cristiana in C.Th. 3.216.1*, in *Religion, société et politique, Mélanges Jacques Ellul*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983, pp. 203 ss.; A. Di Mauro Todini, “*Medicamentarius*”, una denominazione insolita. Brevi considerazioni a proposito di CTh. 3.16.1, in *AARC VII Conv. Intern.*, Napoli, ESI, 1988, pp. 343-388. Cfr. G.M. Oliviero Niglio, *Disposizioni imperiali ed istanze cristiane in tema di scioglimento del matrimonio*, in *AARC XXV Conv. Intern.*, *La costruzione del testo giuridico tardoantico. Culture, linguaggi, percorsi argomentativi e stilistici. In onore di Francesco Amarelli*, Perugia, Ali&no Editrice, 2023, pp. 179-208.

⁵³ G. Mancini, *Pro tam magna sui confidentia*, in Maffi A., Gagliardi L. (a cura di), *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, cit., pp. 152-190, p. 167.

⁵⁴ Cfr. D. Annunziata, *Il “repudium” in Costantino. Brevi note su C.Th. 3.16.1*, in *Rivista di Diritto Romano*, XVIII/2018 (n.s. III), pp. 47-56.

CTh. 9.40.1 (314? Nov. 3) [=Brev. 9.30.1] Imp. Constantinus A. ad Catulinum. *Qui sententiam laturus est, temperamentum hoc teneat, ut non prius capitale in quempiam promat severamque sententiam, quam in adulterii vel homicidii vel maleficii crimine aut sua confessione aut certe omnium, qui tormentis vel interrogationibus fuerint dediti, in unum conspirantem concordantemque rei finem convictus sit et sic in obiecto flagitio deprehensus, ut vix etiam ipse ea, quae commiserit, negare sufficiat.* Dat. III. non. Nov. Treviris. acc. XV. kal. Mai. Hadrumeti, Volusiano et Anniano coss.

Sulla conformità della legge ai principi cristiani il discorso, come ben ricorda Valerio Neri⁵⁵, è molto complesso, non essendoci uniformità nelle scritture dei Padri della Chiesa. Tuttavia, se con questa costituzione Costantino “si era mosso nella direzione di un rafforzamento del vincolo matrimoniale, avvicinandosi alla concezione cristiana della indissolubilità del matrimonio”⁵⁶, a suo parere la legge si discosterebbe dal cristianesimo laddove fa distinzione tra marito e moglie, mentre secondo l’ottica cristiana essi sarebbero parificati, almeno a quanto afferma Lattanzio nelle sue *Divinae Institutiones*⁵⁷:

Lact., Div. Inst. 6, 23, 24: *non enim, sicut iuris publici ratio est, sola mulier adultera est quae habet alium, maritus autem etiamsi plures habeat, a crimine adulterii solutus est, sed diuina lex ita duos in matrimonium, quod est in corpus unum, pari iure coniungit, ut adulter habeatur quisquis compagem corporis in diuersa distraxerit.*

La limitazione delle cause di divorzio rappresenta tuttavia uno degli argomenti più importanti che inducono a vedere nella legge costantiniana un influsso cristiano, legato al principio di indissolubilità del matrimonio⁵⁸.

⁵⁵ V. Neri, *I Cristiani e la legislazione imperiale su adulterio e divorzio (IV-V sec. D.C.)*, in G. Bassanelli Sommariva, S. Tarozzi, P. Biavaschi (a cura di), *Ravenna Capitale, Permanenze del mondo giuridico romano in Occidente nei secoli V-VIII instrumenta, civitates, collegia, studium iuris*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, pp. 189-209, pp. 193 ss.

⁵⁶ V. Neri, *Il marito dominus e la violenza coniugale nella società tardoantica (a partire da una costituzione di Teodosio II)*, in V. Neri, B. Girotti a cura di), *La famiglia tardoantica Società, diritto, religione*, Milano, LED, 2001, pp. 51-78, specialmente pp. 53 ss.

⁵⁷ Sulla datazione della sua opera vi sono state diverse interpretazioni, alcune delle quali propongono l’anno 321, quindi in concomitanza con la reggenza di Costantino e non prima.

⁵⁸ Sull’importanza della indissolubilità del matrimonio si potrebbe anche considerare come venisse punito nel diritto tardo antico l’*adulterium* di cui abbiamo testimonianza da diverse fonti come, ad esempio, le *Pauli Sententiae*, che ci mostrano la configurazione di una pena differente tra uomo e donna adulteri: oltre alla confisca dei beni e la relegazione in un’isola, per la sola donna era previsto il *ius occidendi* da parte del padre naturale o adottivo. L’adulterio in sostanza poteva essere commesso solo dalla donna, mentre il marito veniva considerato semplice complice della moglie

Ma il favore verso il soggetto maschile si basava ancora sulla *patria potestas*?⁵⁹ Quest'ultima, presupposta dalla *Lex Duodecim Tabularum*, rappresentò sin dall'età arcaica il fondamento della famiglia romana.

Dell'età tardo antica ci è pervenuta una interessantissima e nota costituzione appartenente proprio a Costantino, del 323 e diretta a Maximus, *praefectus urbi*, CTh. 4.8.6⁶⁰, che esordisce in questo modo: *Libertati a maioribus tantum inpens(um) est, ut patribus, quibus ius vitae in liberos necisque potestas (per)missa est, eripere libertatem non liceret.*

La lunga legge ci è stata tramandata anche dal codice di Giustiniano, C.

altrui. La punizione dell'*adulterium* però non è caratteristica del diritto tardo. Fu Augusto che ne fece oggetto precipuo della sua legislazione con la *Lex Iulia de adulteriis coercendis*, del 18 o 16 a.C., con cui disciplinò l'adulterio tentando di porre fine alla corruzione dei costumi, specie in ambito familiare. Nel tardo antico la differenza più rilevante sta nell'abolizione dell'accusa pubblica nei confronti della moglie, potendo la stessa essere accusata solo dal marito, dal padre o da parenti prossimi.

⁵⁹ Sulla *patria potestas* in età tardoantica cfr. P. Garbarino, *Sulle tracce dei doveri del pater. Brevi riflessioni sulla patria potestas in età tardoantica*, in A. Palma (a cura di), *Civitas e civilitas. Studi in onore di Francesco Guizzi*, I, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 384-399.

⁶⁰ CTh. 4.8.6 Imp. Constantinus A. ad Maximum P(raefectum) U(rbi). *Libertati a maioribus tantum inpens(um) est, ut patribus, quibus ius vitae in liberos necisque potestas (per)missa est, eripere libertatem non liceret. Si quisquam mi(nor) venundatus actum maior administravit, quoniam min(or)is emptio scientiam non obligat, eum ad libertatem venie(n)tem emptionis actusque a maiore administrati praescriptio non tenebit: nec vero ille, qui apud quempiam pro servo (edu)catus ac maior effectus vendenti veluti domino adquevi(t ac)tuque administrato iam paene extremam relegit liberta(tem), quoniam neque maior effectus originem suam noverat, ne(que) eam, quam ignoraverat, venditionis patiens deseruisse i(udi)candus est, minori similis, eadem emptionis atque actus ad(mi)nistrati praescriptione non alligabitur, sed utrique dabi(tur) adsertio. Paria etiam in libertinis erunt, qui quaestu quo(dam) in eandem rursus servitutem relabuntur. Sed eorum hac exceptione causa distinguenda est, ut, qui inpubere(s) intra annum quartum decimum manumissi ac deincep(s) in servitio retenti ignorata libertate non utantur, mai(ores)que venundati actum gerant, ab assertione non arceant(ur), cum illi aetati tributae libertatis ignoratio aut obli(vi)o concessa est. Qui vero memoria firma venditioni post (fac)tae non nescius innectitur, huius legis beneficio care(bit). Et quoniam vicissim etiam ipsis, qui his rem commiseru(nt), medendum est, si quisquam omnium, qui supra comprehensi sunt, in libertatem proclamaverit, id, quod apud se esse eius qui se dominum dicit profitebitur, quoniam de eo non dubitatur, reddi ac referri iudex protinus pronuntiabit. Quod vero petitur, si id fuerit negatione controversum, per cautionem assertoris, ut alia lege comprehensum est, conservabitur, ac petitio differetur, ut, si fuerit adprobata spoliata libertas, gestarum rerum ab eodem ratio atque omne quod debetur reposcatur, ut servitute depulsa qui pro domino quondam fuerat habeat, quod ut servo domini iure largitus est et quae ex earum rerum quaestu ac fructibus conciliata sunt et quae de furtivis compendiis obscure capta ac parata sunt, cum liberum esse non oporteat, quod apud servum dominus peculii nomine collocaverat. Ea vero, quae testamento vel donatione quaesita sunt aut quae ex earum rerum emolumentis empti confectaque sunt, eidem ingenuo deputentur. Quae tamen universa exacto libertatis iudicio, quoad a supra dictis rebus discernuntur, in sequestri esse oportet, ut his ab utroque deductis atque in medio iure locatis ad eorum proprietatem uterque contendat. Dat. XV Kal. Iun. Thessal(onica) Severo et Rufino cons.*

8.46.10 (e si veda anche C. 7.18.3⁶¹), in cui l'esordio è leggermente modificato: al posto di *permissa est*, troviamo *olim erat permissam*.

La variante nel testo ha indotto la letteratura a domandarsi se con quel *permissa est* costantiniano ci si riferisse comunque al passato degli antichi (il testo rinvia all'autorità dei *maiores* e, pertanto, abbastanza agevolmente appare chiaro che ci si riferisca al passato: infatti *permissa est* è un passato prossimo), oppure se fosse stato Giustiniano a voler ribadire tale significato della legge di Costantino o ancora se il riferimento al passato dovesse riguardare solo l'epoca giustiniana e che quindi la modifica fosse avvenuta da Costantino⁶² in poi fino a Giustiniano, con il quale il *ius vitae ac necis* (facente parte della *patria potestas*) è ormai un lontano ricordo.

La costituzione costantiniana, tuttavia, costituirebbe l'unica legge sull'argomento, oltre ad essere stata collocata dai compilatori teodosiani nel titolo *De liberali causa* e invece da Giustiniano nel titolo *De patria potestate*⁶³.

Nel titolo giustiniano è inoltre posta come ultima costituzione. Nessuno sembrerebbe averla richiamata nel Teodosiano almeno fino a Giustiniano; nessun altro "sarebbe tornato sull'argomento"⁶⁴.

Costantino sarebbe stato propenso alla valorizzazione della libertà (*Libertati a maioribus tantum impens(um) est, ut patribus, eripere libertatem non liceret*)⁶⁵; con la sua legge qualificherebbe come omicidio la morte di un *filius familias*⁶⁶.

Il *ius vitae ac necis* era ancora in vigore all'epoca di Costantino, ma solo formalmente, e solo nel 365, C. 9.15.1⁶⁷, con la cancelleria dei Valentiniani, si

⁶¹ Su cui cfr. G. Bassanelli Sommariva (a cura di), *Tabelle di comparazione tra il Codice Teodosiano e il Codex repetitae praelectionis*, Tabella 2 a, *Indice delle Tabelle* (Fonti), reperibile in rete in www.ravenna-capitale.it/materiali-per-la-ricerca/strumenti.html.

⁶² V. invece una interessante costituzione diocleziana: C. 2.2.3, Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Roxanae: *Qui in potestate patris agunt, adversus eos experiri non possunt. Si igitur emancipata es, venia edicti petita hoc facere non prohiberis. Quod et in matris persona observandum est*. PP. VIII id. Nov. Diocletiano III et Maximiniano AA. cons. Roxanae. (a. 287), che nomina la potestà paterna e attribuisce all'emancipata la possibilità di esperire azione contro il padre, secondo l'editto. La stessa possibilità veniva concessa alla madre.

⁶³ Cfr. D. Dalla, *Ricerche di Diritto delle Persone*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 5 ss.

⁶⁴ Cfr. D. Dalla, *Aspetti della patria potestas e dei rapporti tra i genitori e figli nell'epoca postclassica*, in *AARC VII Conv. Intern.*, Napoli, ESI, 1988, pp. 89-109, pp. 89 ss., il quale ricordava la necessità di ridimensionare l'importanza di questa legge, come sostenuto da M. Sargenti, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino. Problemi e prospettive*, cit., pp. 235 ss.

⁶⁵ D. Dalla, *Aspetti della patria potestas*, cit., p. 90.

⁶⁶ Cfr. R. Mentxaka Elexpe, *Nota mínima sobre algunos modelos familiares en los tres primeros siglos del imperio romano*, in *Iura Vasconiae*, 10/2013, pp. 517-542, p. 523 e nt. 19.

⁶⁷ C. 9.15.1 Impp. Valentinianus, Valens AA. Ad Senatum. *In corrigendis minoribus pro qualitate delicti senioribus propinquis tribuimus potestatem, ut, quos ad vitae decora domesticae laudis exempla non provocant, saltem correctionis medicina compellat*. 1. *Neque nos in puniendis morum vitiis potestatem in*

sarebbe trasformato in un potere di tipo correzionale, per estinguersi poi con Giustiniano. Anche sulla *patria potestas* nel tardo antico non vanno sottovalutate come neppure esaltate, le influenze del cristianesimo che attraverso i Padri della Chiesa dialogava con la legislazione imperiale.

6. Il V secolo e Giustiniano. Cenni

Per la prima metà del V secolo e nella *pars Occidentis* abbiamo una costituzione di Onorio del 421, CTh. 3.16.2, posta sotto la stessa rubrica in cui troviamo la legge di Costantino, CTh. 3.16.1, appena analizzata.

Tale rubrica consta di queste sole due leggi. Vediamo il contenuto della legge di Onorio:

CTh. 3.16.2 [=Brev. III, 16.2] (421 Mart. 10) Impppp. Honor(ius), Theod(osius) et Constant(ius) AAA. Palladio p(raefecto) p(raetori)o. *Mulier, quae repudii a se dati oblatione discesserit, si nullas probaverit divortii sui causas, abolitis donationibus, quas sponsa perceperat, etiam dote privetur, deportationis addicenda suppliciis: cui non solum secundi viri copulam, verum etiam postliminii ius negamus. Sin vero morum vitia ac mediocres culpas mulier matrimonio reluctata convicerit, perditura dotem viro donationem refundat, nullius umquam penitus socianda coniugio: quae ne viduitatem stupri procacitate commaculet, accusationem repudiato marito iure deferimus. Restat, ut, si graves causas atque involutam magnis criminibus conscientiam probaverit quae recedit, dotis suae compos sponsalem quoque obtineat largitatem atque a repudii die post quinquennium nubendi recipiat potestatem; tunc enim videbitur sui magis viri id exsecratione quam alieni adpetitione fecisse. Sane si divortium prior maritus obiecerit ac mulieri grave crimen intulerit, persequatur legibus accusatam impetrataque vindicta et dote potiatur et suam recipiat largitatem et ducendi mox alteram liberum sortiatur arbitrium. Si vero morum est culpa, non criminum, donationem recipiat, dotem relinquat, aliam post biennium ducturus uxorem. Quod si matrimonium solo maluerit separare dissensu nullisque vitiis peccatisque gravetur exclusa, et donationem vir perdat et dotem ac perpetuo caelibatu insolentis divortii poenam de solitudinis maerore sustineat, mulieri post anni metas nubtiarum potestate concessa. Super retentionibus autem dotium propter liberos iuris antiqui praecipimus cauta servari.* Dat. VI id. Mart. Rav(enna) Eustathio et Agricola cons.

Se, come ben espresso da Jean Gaudemet, il principio giuridico di questa

immensum extendi volumus, sed iure patrio auctoritas corrigat propinqui iuvenis erratum et privata animadversione compescat. 2. Quod si atrocitas facti ius domesticae emendationis excedit, placet enormis delicti reos dedi iudicum notioni. D. Prid. K. Dec. Valetiano et Valente AA. cons. (a. 365).

legge è lo stesso di quello derivante dal precetto costantiniano, Onorio non si limita alle tre cause possibili di divorzio, come invece previsto tassativamente da Costantino, perché non stabilisce in modo limitato le cause di ripudio, e per questo è più flessibile⁶⁸. Interessante ai nostri fini sono le pene previste per la moglie che divorzi senza una causa seria. La moglie perde i beni, il diritto di risposarsi per cinque anni e perfino il *postliminium* (un principio secondo il quale chi fosse riuscito a liberarsi da una prigionia dovuta ad una guerra, che lo avrebbe fatto cadere in una situazione di schiavitù, un'*iniusta servitus*, riacquistava tutti i diritti che possedeva prima della prigionia, come se essa non avesse mai avuto luogo). Mentre il marito è favorito perché può risposarsi prima rispetto alla moglie e non è soggetto a deportazione come invece lo è la moglie. La legge è nuovamente più rigorosa e severa nei confronti della donna.

Della metà del V secolo d.C. (a. 449) è invece una lunga costituzione, orientale⁶⁹, riguardante il *repudium* (sul quale si è cimentata molta letteratura), di cui riportiamo nel testo solo alcune parti che interessano il nostro discorso iniziando dal *principium* della legge⁷⁰:

⁶⁸ J. Gaudemet, *La législation sur le divorce*, cit., p. 78.

⁶⁹ La normativa sul *repudium* e sul concetto di matrimonio trova omogeneità e diversità nel rapporto tra le due *partes imperii*: a tale proposito cfr. il recentissimo studio di U. Agnati, *Il dialogo tra Oriente e Occidente. Il caso della legislazione sul ripudio*, in *AARC XXVI Conv. Intern.*, Perugia, Ali&no Editrice, 2025, in corso di stampa, pp. 7-39, specialmente pp. 24 ss., che analizza il problema dal punto di vista del “dialogo normativo tra Oriente e Occidente”, e che fa emergere un diverso regime del ripudio e diverse concezioni del matrimonio.

⁷⁰ Per corretta metodologia euristica riporto in nota il brano per intero: C. 5.17.8 Imppp. Theodos. et Valentin. AA. Hormisdas pp. *Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio solvi praecipimus. Solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse favor imperat liberorum. 1. Causas autem repudii hac saluberrima lege apertius designamus. Sicut enim sine iusta causa dissolvi matrimonia iusto limite prohibemus, ita adversa necessitate pressum vel pressam, quamvis infausto, attamen necessario auxilio cupimus liberari. 2. Si qua igitur maritum suum adulterum aut homicidam vel veneficum vel certe contra nostrum imperium aliquid molientem vel falsitatis crimine condemnatum invenerit, si sepulchrorum dissolutorem, si sacris aedibus aliquid subtrahentem, si latronem vel latronum susceptorem vel abactorem aut plagiarium vel ad contemptum sui domi suae ipsa inspiciente cum impudicis mulieribus (quod maxime etiam castas exasperat) coetum ineuntem, si suae vitae veneno aut gladio vel alio simili modo insidiantem, si se verberibus, quae ab ingenuis aliena sunt, adficientem probaverit, tunc repudii auxilio uti necessariam ei permittimus libertatem et ea usas discidii legibus comprobare. 3. Vir quoque pari fine claudetur nec licebit ei sine causis apertius designatis propriam repudiare iugalem, nec ullo modo expellat nisi adulteram, nisi veneficam aut homicidam aut plagiariam aut sepulchrorum dissolutricem aut ex sacris aedibus aliquid subtrahentem aut latronum fautricem aut extraneorum virorum se ignorante vel nolente convivio appetentem aut ipso invito sine iusta et probabili causa foris scilicet pernoctantem, nisi circensibus vel theatralibus ludis vel harenarum spectaculis in ipsis locis, in quibus haec adsolent celebrari, se prohibente gaudentem, nisi sui veneno vel gladio aut alio simili modo insidiatricem, vel contra nostrum imperium aliquid machinantibus consciam, seu falsitatis se crimini immiscentem invenerit, aut manus audaces sibi probaverit ingerentem: tunc enim necessariam ei discedendi permittimus facultatem et causas discidii legibus comprobare. 4. Haec nisi vir*

C. 5.17.8 Imperatores Theodosius, Valentinianus AA. Hormisdæ pp. Pr. *Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio solvi præcipimus. Solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse favor imperat liberorum. 1. Causas autem repudii hac saluberrima lege apertius designamus. Sicut enim sine iusta causa dissolvi matrimonia iusto limite prohibemus, ita adversa necessitate pressum vel pressam, quamvis infausto, attamen necessario auxilio cupimus liberari.*

La costituzione è attribuibile a Teodosio II e indirizzata al prefetto al pretorio Ormisda⁷¹.

Il suddetto *principium* riprende una Novella Teodosiana del 439 (trattasi di Nov. Th. 12⁷²) oppure è un intervento autonomo dei compilatori giustinianeî in

vel mulier observaverint, ultrici providentissimæ legis poena plectentur. Nam mulier si contempta lege repudium mittendum esse temptaverit, suam dotem et ante nuptias donationem amittat nec intra quinquennium nubendi habeat denuo potestatem: æquum est enim eam interim carere conubio, quo se monstravit indignam. 4a. Quod si præter hæc nupserit, erit ipsa quidem infamis, conubium vero illud nolumus nuncupari: insuper etiam arguendi hoc ipsum volenti concedimus libertatem. 4b. Si vero causam probaverit intentatam, tunc eam et dotem recuperare et ante nuptias donationem lucro habere aut legibus vindicare censemur et nubendi post annum ei, ne quis de prole dubitet, permittimus facultatem. 5. Virum etiam, si mulierem interdicta arguerit attemptantem, tam dotem quam ante nuptias donationem sibi habere seu vindicare uxoremque, si velit, statim ducere hac iusta definitione sancimus. Sin autem aliter uxori suæ renuntiare voluerit, dotem redhibeat et ante nuptias donationem amittat. 6. Servis scilicet seu ancillis puberibus, si crimen adulterii vel maiestatis ingeritur, tam viri quam mulieris ad examinandam causam repudii, quo veritas aut facilius eruatur aut liquidius detegatur, si tamen alia documenta defecerint, quaestionibus subdendis. Super plagis etiam, prout dictum est, illatis ab alterutro commovendis easdem probationes (quoniam non facile quæ domi geruntur per alienos poterunt confiteri) volumus observari. 7. Si vero filio seu filiis, filia seu filiabus extantibus repudium missum est, omne quidquid ex nuptiis lucratum est filio seu filiis, filiae seu filiabus post mortem accipientis servari, id est si pater temere repudium miserit, donationem ante nuptias a matre servari, si mater, dotem ipsam eidem vel eisdem filio seu filiae patre moriente dimitti censemur: patri videlicet vel matri in scribendis filiis heredibus, unum seu unam vel omnes si scribere vel uni ex his donare velit, electione servata. 7a. Nec ullam alienandi seu supponendi memoratas res permittimus facultatem: sed si aliquid ex isdem rebus defuerit, ab heredibus seu earum detentatoribus, si tamen non ipsos heredes scripserit aut scripti filii non adierint, præcipimus resarciri, ut etiam hoc modo inconsulti animi ad repudium mittendum detrimento retrahantur. 8. Pactiones sane, si quæ adversus præsentia scita nostræ maiestatis fuerint attemptandæ, tamquam legum contrarias nullam habere volumus firmitatem. D.V Id. Ian. Protogene et Asterio cons. (a. 449).

⁷¹ Cfr. P.O. Cuneo, *Il ripudio nel tardo Impero: una costituzione di Teodosio II*, in *JusOnline*, 1/2018, pp. 224 ss., p. 224, che rimanda a A. Arjava, *Women and law in late antiquity*, New York, Oxford University Press, 1996, p. 181, nt. 71, alla quale rinvio anche per una valutazione ampia del ripudio in età tardo antica.

⁷² Su cui cfr. U. Agnati, *Il dialogo tra Oriente e Occidente*, cit., pp. 15 ss.: la Novella 12, dello stesso anno dell'entrata in vigore del Codice Teodosiano, va a correggere il codice appena divenuto operante, temperando "la severità del Teodosiano", *ivi*, p. 20, per l'Oriente, mentre in Occidente il regolamento del ripudio sembrerebbe lasciato alle due costituzioni del titolo 3.16 del Codice Teodosiano.

cui si afferma che, se il mero consenso è sufficiente a far contrarre matrimonio, non lo è invece per il ripudio per il quale è necessario un atto scritto, e precisamente un libello di *repudium*.

Il motivo di questa disposizione sta nel *favor liberorum* che gli imperatori esplicitano⁷³: il divorzio deve essere ostacolato nell'interesse primario dei figli.

Su questo, come ben sottolinea Paola Cuneo, la dottrina è pressochè unanime⁷⁴.

La legge stabilisce il divieto del ripudio al di fuori delle cause indicate dall'imperatore, salvo il caso di un'avversità che opprime il ripudiante.

Le cause indicate sono tassative⁷⁵ (per lo più si tratta di *crimina*⁷⁶) e sono ampliate rispetto ad interventi legislativi decisamente precedenti (ad esempio, l'intervento costantiniano tradito in CTh. 3.16.1⁷⁷).

Parte interessante ai fini della nostra analisi è anche quella conclusiva della costituzione, in cui troviamo disposizioni di natura patrimoniale: questo rende il *favor liberorum* non solo un principio, per lo più di natura etica, ma uno scopo che Teodosio II vuole raggiungere anche sul piano economico:

7. Nec ullam alienandi seu supponendi memoratas res permittimus facultatem: sed si aliquid ex isdem rebus defuerit, ab heredibus seu earum detentatoribus, si tamen non ipsos heredes scripserit aut scripti filii non adierint, praecipimus resarciri, ut etiam hoc modo inconsulti animi ad repudium mittendum detrimento retrahantur.

Se il marito invia (*inconsulti animi*=espressione che in realtà si riferisce ad entrambi i coniugi) il libello di ripudio, la moglie tratterrà e conserverà per i figli la donazione nuziale; se invece è la donna ad aver inviato temerariamente il libello di ripudio, sarà il marito a trattenere e custodire la dote che passerà, dopo la sua

Il rapporto tra la Novella e le costituzioni, CTh. 3.16.1 e 2, è analiticamente trattato da Agnati che mostra con chiarezza come fossero differenti le posizioni sul ripudio dell'Occidente e dell'Oriente, non del tutto coordinate con l'entrata in vigore del Codice unificante.

⁷³ Sul *favor liberorum* cfr. G. Barone Adesi, *Favor liberorum e veterum legum moderamen*, in AARC VII Conv. Intern., Napoli, ESI, 1988, pp. 433-457, ora in O. Licandro, M. Carbone, I. Piro (a cura di), *Il Diritto Romano nella legislazione degli Imperatori Cristiani. Scritti di Giorgio Barone-Adesi*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2019, pp. 227-254.

⁷⁴ P.O. Cuneo, *Il ripudio nel tardo Impero*, cit., p. 15.

⁷⁵ Cfr. C. Fayer, *La familia romana. Aspetti giuridici e antiquari*, III, *Concubinato divorzio adulterio*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2005, pp. 153 ss.

⁷⁶ Cfr. O. Vannucchi Forzieri, *La legislazione imperiale del IV-V secolo in tema di divorzio*, in SDHI, XLVIII/1982, p. 310.

⁷⁷ Su cui cfr. *supra*. Ma vedi J. Gaudemet, *La législation sur le divorce*, cit., p. 80, il quale sottolinea come Teodosio fosse tornato almeno al sistema costantiniano dell'elenco delle cause legittime di divorzio.

morte, ai figli⁷⁸.

Chiaramente il *favor liberorum* include anche l'aspetto, non secondario, di natura patrimoniale.

Questa legge è decisamente rilevante anche sotto il profilo dei singoli casi che rendono possibile il divorzio e che mettono in luce la correzione del forte potere del *pater familias* sulla moglie: ad esempio, Valerio Neri mette in risalto come il fatto che il marito abbia rapporti con *impudicae mulieres* nella propria casa senza nasconderselo alla moglie è causa di divorzio (*Si qua igitur maritum suum... vel ad contemptum sui domi suae ipsa inspiciente cum impudicis mulieribus (quod maxime etiam castas exasperat) coetum ineuntem*); che l'atto di frustare la donna sia motivo di richiesta di divorzio da parte della moglie perché tale atto inficia la dignità della persona libera⁷⁹ (*si se verberibus, quae ab ingenuis aliena sunt, adficiemem probaverit, tunc repudii auxilio uti necessariam ei permittimus libertatem*).

Ciò che vuole porre in evidenza Valerio Neri è la condanna che esprime questa legge contro la violenza (psicologica o fisica) del marito nei confronti della moglie (precisando ad ogni modo come tale violenza non debba essere intesa come un antecedente dell'attuale violenza sulle donne, bensì come l'espressione di una cultura familiare centrata sul *pater familias* e i suoi poteri).

Molte cause di divorzio, specificamente illustrate, sono previste per entrambi i coniugi: tuttavia questo non rivela uno stato di completa parità perché la donna deve provare certi comportamenti dell'uomo, mentre per quest'ultimo può essere sufficiente il comportamento in sé della moglie all'esterno della casa.

Sarà poi Giustiniano con la Novella 117 del 542 d.C. ad ostacolare il divorzio per tutelare gli interessi dei figli⁸⁰.

Si veda in particolare, della lunga Novella, il *caput* 7⁸¹:

⁷⁸ P.O. Cuneo, *Il ripudio nel tardo Impero*, cit., p. 239.

⁷⁹ Cfr. V. Neri, *Il marito dominus e la violenza coniugale nella società*, cit.

⁸⁰ Su cui cfr., ad esempio, S. Puliatti, *Ricerche sulle Novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II. Problemi di diritto privato e di legislazione e politica religiosa*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 56 ss.

⁸¹ Κακεῖνο δὲ διατυπῶσαι συνείδομεν, ἵνα εἴ ποτε τὸν μεταξὺ ἀνδρὸς καὶ γυναικὸς γάμον λυθῆναι συμβαίη, οἱ ἐκ τοῦ τοιούτου γάμου γεννηθέντες παῖδες μηδενὶ τρόπῳ βλαβῶσιν ἐκ τῆς διαζεύξεως τοῦ γάμου, ἀλλὰ πρὸς τὴν τῶν γονέων κληρονομίαν καλεῖσθωσαν ἐκ τῆς τοῦ πατρὸς οὐσίας ἀναμφισβητήτως ἀποτρεφόμενοι. καὶ εἰ μὲν ὁ πατήρ τὴν πρόφασιν τῆς διαζεύξεως παρέσχε καὶ ἡ μήτηρ εἰς δεύτερον οὐκ ἦλθε γάμον, παρὰ τῇ μητρὶ τρέφεσθαι, τὰς δαπάνας τοῦ πατρὸς παρέχοντος, εἰ δὲ παρ' αἰτίαν τῆς μητρὸς δαίκεται τὸν γάμον, τότε παρὰ τῷ πατρὶ καὶ οἰκείτωσαν οἱ παῖδες καὶ τρεφείσθωσαν. εἰ δὲ συμβῇ τὸν μὲν πατέρα ἀπορον εἶναι, τὴν δὲ μητέρα εὐπορον, παρ' αὐτῇ πενομένους τοὺς παῖδας μένειν καὶ παρ' αὐτῆς τρέφεσθαι παρακελεύομεθα. ὃν γὰρ τρόπον οἱ παῖδες εὐποροῦντες ἀναγκάζονται τὴν μητέρα δεομένην τρέφειν, οὕτω δίκαιον κρίνομεν καὶ παρὰ τῆς μητρὸς εὐπορούσης τοὺς παῖδας

Illud quoque disponendum esse perspeximus, ut si quando inter maritum et uxorem nuptias solvi contigerit, ex huiusmodi <matrimonii> nati filii nullo modo laedantur ex separatione nuptiarum, sed ad parentum hereditatem vocentur ex patris substantia indubitanter alendi. Et si quidem pater occasionem separationis praebeat et mater ad secundas non venit nuptias, apud matrem nutriantur expensa patre praebente; si vero per causam matris ostenditur solutum matrimonium, tunc apud patrem et maneat filii et alantur (ancora una volta si distingue la convivenza dalla alimentazione). Si autem contigerit patrem quidem minus idoneum esse matrem vero locupletem, apud eam pauperes filios manere et a bea nutrirī iubemus. Quemadmodum enim filii locupletes coguntur matrem egentem alere, ita iustum decernimus et a matre locuplete filios pasci. Quod autem de alenda matre et filiis definivimus ingentibus, hoc quoque in omnibus ascendentibusque personis utriusque naturae valere praecipimus.

Giustiniano stabilì che il divorzio per mutuo consenso non fosse più lecito con alcune eccezioni. Soprattutto, prescrisse che il divorzio non dovesse arrecare pregiudizio o danni ai figli. I figli poi sarebbero stati chiamati all'eredità dei genitori.

Il contenuto della legge è nettamente sfavorevole ed ostativo verso il divorzio, finanche se consensuale.

A differenza della legge di Diocleziano, la Novella giustiniana stabilisce criteri specifici sull'affidamento dei figli senza lasciare alcun potere decisionale e discrezionale al giudice; criterio fondamentale dell'affidamento è la non responsabilità del divorzio; sono inoltre prescritti criteri economici e morali. Quindi, se la separazione è imputabile al padre e la madre non si risposa, i figli saranno curati e allevati presso di lei e a spese del padre; nel caso contrario, in cui sia invece la madre ad aver determinato il divorzio, i figli rimarranno con il padre.

Giustiniano abroga la legislazione precedente riguardante il *repudium*, indicando in modo tassativo come si poteva ripudiare l'altro coniuge.

7. Conclusioni

Giungiamo a trarre delle osservazioni di tipo conclusivo sul tema proposto. Secondo María Isabel Núñez Paz⁸², le donne romane, pur nella loro condizione di subordinazione all'uomo, "approfittavano delle lacune legislative" o "falle del

ἀποτρέφεσθαι. ὅπερ δὲ περὶ τοῦ τρέφεσθαι τὴν μητέρα καὶ τοὺς παῖδας διωρίσαμεν πενομένους, τοῦτο δὴ καὶ ἐπὶ πάντων τῶν ἀνιόντων καὶ κατιόντων προσώπων ἐκατέρας φύσεως κρατεῖν κελεύομεν.

⁸² M.I. Núñez Paz, *Diritti e doveri delle donne di Roma*, cit.

sistema” per affermare i propri diritti sfidando la supremazia dell’uomo. Se il discorso di Núñez Paz si riferisce alle antiche leggi sul lusso, tale affermazione può ben essere sovrapposta anche alla legislazione diocleziana sull’affidamento dei figli.

Con Diocleziano, quindi con il primo imperatore al potere dopo il cinquantennio di crisi ed anarchia militare, si pone in essere, attraverso una legge, il diritto all’affidamento dei figli anche alle donne, poste pertanto su un piano di maggiore importanza e persino di parità nei confronti dell’uomo.

La legge diocleziana è un rescritto, come abbiamo visto e cioè una legge particolare di risposta ad una *prex* di una tale Celestina, ma, come costituzione del Codice Teodosiano assume i caratteri della legge generale e cioè della legge non nata come tale ma dotata del carattere della generalità (cfr. CTh. 1.1.5, *edictorum viribus aut sacra generalitate subnixas*) e quindi sancisce, per tutti, un principio importantissimo nell’ambito dell’affidamento dei figli dopo la separazione dei coniugi. Un principio che non solo comincia a porre in essere parità tra uomo e donna, ma che rimette alla valutazione di un organo giudicante il problema dell’affidamento dei figli, organo ritenuto dall’imperatore il più idoneo a valutare come intervenire in tali situazioni.

Inizia inoltre ad emergere l’importanza o, meglio, la centralità della figura dei figli nell’ambito delle separazioni conflittuali e questo è uno specchio antico di una regola modernissima, anzi attuale. Se Diocleziano fu un imperatore classicista, come emerge da molte sue disposizioni e come è valutato per lo più dalla letteratura, appare sicuramente innovativo in questo caso e conforme ad un nuovo periodo storico, nel quale le esigenze della prassi e le necessità del vivere quotidiano sollevavano interventi imperiali e divenivano leggi. Egli rende i casi eccezionali (le *iustissimae causae* in cui la donna poteva occuparsi dei figli dopo il divorzio: cfr. D. 43.30.1.2; D. 43.30.1.3 (Ulp. 71 *ad ed.*)⁸³) regola da porre a fondamento di tale situazione, in cui la tutela dei figli necessitava molte volte della presenza e quindi dell’affidamento degli stessi alla madre.

Nell’esperienza giuridica romana si giunse pertanto a prendere in considerazione la possibilità di affidare la cura e l’allevamento della prole alla donna, e ciò nel prevalente interesse dei figli: proprio l’esigenza di salvaguardare al meglio questo interesse, portò, infatti, ad una gamma articolata di soluzioni giuridiche che contemplarono non soltanto una possibile ripartizione degli

⁸³ D. 43.30.1.2 Ulp. 71 *ad ed.* *In hoc interdicto praetor non admittit causam, cur apud eum sit is, qui exhiberi debet, quemadmodum in superiore interdicto, sed omnimodo restituendum putavit, si in potestate est.* D. 43.30.1.3 Ulp. 71 *ad ed.* *Si vero mater sit, quae retinet, apud quam interdum magis quam apud patrem morari filium debere (ex iustissima scilicet causa) et divus Pius decrevit et a Marco et a Severo rescriptum est, aequè subveniendum ei erit per exceptionem.*

obblighi tra i due ex coniugi, facendo incombere su uno di essi (normalmente il *pater*) il mero obbligo economico del mantenimento e sull'altro, invece, quello della educazione ma anche, sebbene a certe precise condizioni, l'affidamento esclusivo alla madre.

Quello che qui più ci interessa è il fatto che, se nella collocazione dei figli presso i genitori, nell'esperienza giuridica romana la collocazione più frequente era quella presso il padre, con eccezionali aperture verso la madre e poi verso i diritti dei figli dal tardo antico in poi, la cultura moderna ovviamente ha obliterated la *patria potestas* in favore di una sana congenitorialità e di una parità di diritti tra padre e madre, spostando però poi, nella prassi, l'asse della genitorialità sulla figura materna, soggetto indispensabile soprattutto nei primi anni di vita di un figlio; tuttavia questo spostamento di attenzione verso la figura materna è talvolta avvenuto in modo irrazionale, creando una sorta di presupposto in molte decisioni giudiziarie e di CTU, in cui in sostanza la figura materna risulta indiscutibile mentre la figura paterna può anche essere sostituita o non essere necessaria⁸⁴.

Nei fenomeni di alienazione parentale il padre, come figura genitoriale, viene spesso obliterated, a tal punto che si arriva ad assistere a moltissimi casi in cui un figlio non frequenta il padre perché indotto e condizionato a non frequentarlo dalla figura materna. In questi casi quest'ultima crea con il figlio un rapporto simbiotico immettendo in esso paure e forme di condanna della figura paterna considerata come persona che lo mette in pericolo, a tal punto che il figlio si schiera dalla parte della madre alienante/dominante dalla quale poi, contro ogni suo interesse di vita autonoma e armonica, non riesce più a staccarsi, se non adeguatamente aiutato.

Come concludere questa prima parte. Con una comparazione di natura filosofica e molto efficace che lo psichiatra e psicoterapeuta Francesco Villa, in un

⁸⁴ Cfr., ad esempio, i vari saggi di M. Maglietta, *Maggiori poteri al genitore collocatario anche per le spese "straordinarie"*, reperibile in rete www.studiocataldi.it/articoli/46402-maggiori-poteri-al-genitore-collocatario-anche-per-le-spesse-quotstraordinarie-quot.asp sulla discriminazione tra genitore convivente o collocatario e genitore non convivente (discriminazione tra l'altro nemmeno chiaramente percepita dal genitore non convivente e leso nei suoi diritti) messa in atto in una sentenza del 2023 (Cass. Ordinanza n. 33939/2023); Id., *Famiglie spezzate. Genitori separati e figli contesi. Ecco i veri motivi del conflitto*, reperibile in rete www.avvenire.it/famiglia/pagine/genitori-separati-e-figli-contesi-ecco-i-veri-motivi-del-conflitto (ultimo accesso 28 gennaio 2025), in cui l'Autore analizza la "*maternal preference*", come da lui stesso identificata, utilizzata nel solco di una "dottrina della tenera età". Tale modello di decisioni va ad incidere anche sul vissuto economico delle famiglie: l'Autore afferma che "La contribuzione mediante assegno [...] può essere vista di buon occhio da mogli separate da imprenditori e professionisti altoborghesi [...]. Ma ci si è chiesti quanto l'assegno possa ingolosire l'operaia o la cassiera che si separano da un impiegatuccio? Anche se è molto più semplice per il giudice buttare giù una cifra piuttosto che pensare ed elencare delle competenze".

interessante saggio sugli aspetti psicoclinici della PAS, ha posto come modello del problema della simbiosi madre-figlio⁸⁵.

Egli afferma:

“è molto difficile che uno dei piccoli pazienti affetti da PAS manifesti dispiacere per il genitore che non vuole incontrare. In generale i padri delle PAS non vengono “riparati” ma sono sostituiti solitamente con i nonni o, più raramente, con i nuovi compagni delle madri. Avviene spesso un ritorno regressivo alla famiglia d’origine: madri separate che ritornano con il figlio/la nella famiglia d’origine e padri sostituiti dai nonni. Al padre alienato, sempre più evaporato, si contrappone e si offre al figlio l’immagine di un padre solido ed onnipotente incarnata nel nonno”⁸⁶.

Da qui Villa approda a rimarcare un aspetto della società odierna che si rafforza e stabilizza, la c.d. dimensione individualistica e narcisistica, e la lettura filosofica ci viene in aiuto: se si guardasse al fenomeno in tal modo scopriremmo che “nelle nuove patologie Narciso soppianta Edipo”, in cui “Narciso preferisce le relazioni speculari all’insegna della con-fusione e dell’autocompiacimento, ignorando e negando la realtà”. Se nei casi di PAS il rapporto duale tra madre e figlio deve trasformarsi in rapporto relazionale triangolare, madre-figlio-padre, la presenza dell’aspetto narcisistico non permette questa trasformazione, mentre in un’ottica edipica si potrebbe realizzare perché Edipo “affronta la pericolosità delle relazioni triangolari, è il solutore di enigmi come con la Sfinge, rappresenta il trionfo della curiosità per raggiungere la conoscenza”⁸⁷.

Il figlio in sostanza recepisce un linguaggio duale – ma sotto il profilo del modello di identificazione narcisistica – ed esclude il padre dalla propria vita.

⁸⁵ Francesco Villa, psichiatra, psicoterapeuta è membro dell’AIPPI (Associazione Italiana di Psicoterapia Psicoanalitica Infantile) ed è responsabile dell’Unità Operativa di Psicologia Clinica dell’Età Evolutiva presso l’ASL Napoli 1 Centro; docente presso la Facoltà di Psicologia della Seconda Università degli studi di Napoli. Già Giudice onorario presso il Tribunale per i Minorenni di Napoli e consulente tecnico d’ufficio nelle cause di separazioni e di sospetto abuso.

⁸⁶ Cfr. F. Villa, *La sindrome di alienazione genitoriale e le patologie del limite*, Atti del seminario 1 aprile 2011, Milano, Spazio Gucciardini, 2011, pp. 7-31, p. 14 ss., consultabile in rete: www.cittametropolitana.mi.it/export/sites/default/welfare_e_pari_opportunita/archivio/Minori_Famiglia_Archivio/Spazio_Neutro/doc/sn_pas.pdf.

⁸⁷ F. Villa, *La sindrome di alienazione genitoriale e le patologie del limite*, cit., loc. cit.

II) *Dal ius liberorum alla PAS. Alcune aberrazioni al contrario*

1. *Premessa*

Nell'anno 2021 partecipai, grazie all'invito della Professoressa Agata C. Amato Mangiameli, ad un corso di formazione dedicato alla "Bioetica al femminile", organizzato dal Comitato Unico di Garanzia (CUG) di Ateneo, in collaborazione con il Centro di Studi Di-con-per Donne, ed ebbi il piacere e l'onore di poter parlare di un tema che mi stava molto a cuore.

La mia relazione si intitolava "*Dallo ius liberorum alla PAS femminile. Alcune aberrazioni attuali: discriminazioni al contrario*".

In quella importante e bella iniziativa, avevo esordito con la considerazione che il mio intervento poteva apparire come una sorta di anomalia in un contesto di attenzione e valorizzazione del "femminile" a 360 gradi ma che, a ben guardare, voleva essere invece un contributo volto a far risaltare le molteplici sfaccettature inerenti allo stato di subordinazione della donna all'uomo, nel quale possono anche prendere vita privilegi.

Riprendo il discorso di quell'incontro formativo, alla luce però anche del convegno del 2024, *Il rifiuto da parte del figlio a incontrare un genitore o gli ascendenti: art. 473 bis 6 cod. proc. civ. Profili storici, filosofici e psicologici, diritto vivente, rimedi processuali e continuità affettiva*, della relazione ivi tenuta e della prima parte di questo mio lavoro.

Distinguerò il mio contributo in una sezione storica e in una moderna.

Per quanto concerne la parte storica, tratterò l'ambito specifico della capacità di agire nella storia romana e, in particolare, della concessione conferita da Augusto alle donne con figli del c.d. *ius liberorum*, che permetteva alle stesse di sottrarsi alla tutela a cui erano inevitabilmente destinate, una volta uscite dalla pubertà, in assenza di un *pater familias*.

In tale campo di attenzione al problema della natalità da parte di Augusto, che intendeva risolvere i problemi demografici emersi dopo anni di guerre civili, la donna ha visto nascere un "diritto" che, essendo legato alla sua capacità di generare, l'ha portata da un lato ad ottenere una lieve emancipazione da una subordinazione totale e forzata all'uomo, dall'altro, ha generato, a mio giudizio, una sorta di disparità all'interno del mondo femminile tra le donne che possedevano questo piccolo privilegio e quelle che invece, per ragioni oggettive, non lo avevano.

A questo diritto conquistato per il semplice fatto di essere madre, oltre che

donna, collego due aspetti opposti: da un lato il fatto che l'accesso ad un diritto per la donna avvenne per ragioni legate al suo corpo e alla sua capacità di generare e di generare più volte, quindi anche alla sua capacità di essere e rimanere in salute per poter concludere positivamente più gravidanze, il che induce l'ovvia considerazione della mancanza di diritti della donna in quanto tale; dall'altro una forma subdola di conquista di diritti e di esaltazione del suo ruolo di madre che se allora, in un contesto storico ben diverso dall'attuale, non aveva un peso sull'uomo, al quale la donna era comunque fortemente soggetta, nel mondo odierno è diventato uno *status* che, se da un lato è doveroso, logico, fisiologico e naturale proteggere e tutelare, da un altro non deve essere usato a priori contro i diritti di un altro soggetto, il padre, come se nella genitorialità l'unico soggetto da considerare fosse solo quello materno.

Parliamo dunque di un problema giuridico basilare, quello della capacità di agire che, connesso nell'antica Roma con la capacità di generare della figura femminile, può essere inserito a piene mani nel campo della bioetica, nella consapevolezza che la bioetica nasce (intorno agli anni Settanta del secolo scorso) con lo scopo di unire, come sosteneva l'oncologo V.R. Potter, che coniò il termine "bioetica"⁸⁸, la conoscenza biologica al sistema dei valori umani.

Quindi può essere inserito nel campo che tratta questioni morali legate alla ricerca biologica e alla medicina e che pertanto mira a valutare problemi, anche giuridici, in rapporto alle scienze (medicina, biologia, ecologia, etologia).

Altresì il tema della capacità di agire della donna in diritto romano, con tutte le evoluzioni che tale capacità vide nel corso dell'esperienza giuridica romana, evidenza degli aspetti relativi ai diritti della donna che, sviluppati secondo le nostre categorie di diritto attuale, ci portano ad un tema molto attuale: quello della genitorialità, della parità di diritti tra i genitori, maschio e femmina, dei contrasti nella genitorialità in caso di separazione e divorzio, dei diritti del minore in caso di contrasti nella genitorialità e nel caso, ancora più specifico, di genitorialità contrastata, fino ad arrivare al problema, attualissimo, della alienazione parentale.

Per la parte di diritto attuale mi riferisco al concetto di PAS (*Parental Alienation Syndrome*), di Richard Alan Gardner, che come abbiamo già ampiamente indicato nella Parte I di questo lavoro, identifica una dinamica psicologica in un cui un genitore "alienante" (frequentemente la madre) esercita un'influenza deleteria sul figlio, inducendolo ad un rifiuto e a una manifestazione di timore nei confronti dell'altro genitore "alienato" (solitamente la figura

⁸⁸ V.R. Potter, *Bioethics. The science/science of survival*, in *Perspectives in Biology and Medicine*, 1/1970, pp. 127-153.

paterna), teoria che è stata ampiamente dibattuta e valutata, generando anche controversie per il suo uso improprio in ambiti di comprovata violenza contro le donne.

Chiaramente tale teoria è del tutto moderna, avendo anche sua data di nascita e non si può proiettare nella storia del diritto romano. Tuttavia, un cauto parallelismo è possibile laddove veniamo a rilevare fenomeni collegati al rapporto madre-figli-padre, al ruolo della madre nel mondo romano e alla sua evoluzione. Se nel tempo, in caso di separazione, l'affidamento dei figli passò da un automatico affidamento al padre, passando poi per eventuali affidamenti alla madre e giungere infine a basarsi sul *favor liberorum*, anche il ruolo femminile nell'essere madre ebbe delle evoluzioni. In particolare, l'età augustea segnò l'emergere del *ius liberorum*, un istituto che conferì alle donne madri maggiore autonomia, affrancandole dalla tradizionale tutela maschile e riconoscendo loro diritti fondati sulla capacità procreativa e quindi intrinsecamente legati alla fertilità.

Oggi il concetto di alienazione parentale è stato a lungo oggetto di dibattito nel contesto delle controversie familiari, specialmente in relazione all'affido dei minori. La giurisprudenza italiana, e in particolare la Corte di Cassazione, ha progressivamente consolidato un orientamento chiaro e rigoroso su questo fenomeno.

La posizione attuale della Cassazione è improntata alla prudenza e al rigore scientifico. La Suprema Corte ha più volte ribadito che la PAS, in quanto costruito privo di un riconoscimento scientifico unanime e non inserita nei principali manuali diagnostici internazionali (come il DSM), non può essere considerata di per sé una diagnosi valida su cui fondare decisioni giudiziarie che incidono sulla responsabilità genitoriale. Non è possibile far discendere da una presunta "diagnosi" di alienazione una presunzione di colpevolezza o inidoneità genitoriale.

Ciò non significa che il fenomeno di un figlio che rifiuta un genitore non sia rilevante.

La Cassazione, piuttosto, sposta il *focus* dalla sindrome a una valutazione concreta dei fatti e dei comportamenti. I giudici sono chiamati a indagare le cause reali del rifiuto del minore, che possono essere molteplici: non solo l'influenza dell'altro genitore, ma anche esperienze dirette del minore, problematiche relazionali complesse o, in alcuni casi gravi, violenze o abusi subiti.

In questo contesto, strumenti come l'ascolto del minore assumono un'importanza fondamentale, essendo un diritto del bambino e un mezzo essenziale per comprendere la sua volontà e i suoi bisogni. Le consulenze tecniche d'ufficio (CTU) non devono mirare a "diagnosticare" la PAS, ma piuttosto a

identificare le dinamiche relazionali disfunzionali e a fornire al giudice elementi utili per una valutazione complessiva dell'idoneità genitoriale e del superiore interesse del minore.

In sintesi, la giurisprudenza di Cassazione si orienta verso una valutazione pragmatica e individualizzata dei casi di conflitto genitoriale, evitando l'applicazione acritica di etichette diagnostiche controverse e privilegiando l'accertamento dei fatti e la tutela del benessere del minore.

Tuttavia oggi si può osservare come la giurisprudenza attesti, nel caso di affidamento dei figli, un chiaro indirizzo orientato alla *maternal preference* (giurisprudenza italiana ed europea)⁸⁹.

Preciso, laddove fosse necessario, che non minimizzo i fortissimi e inquietanti problemi ai quali la donna, come soggetto, nel 2025, è ancora costretta a subire; specialmente i casi dei *femminicidi* che riempiono le pagine della cronaca in modo assordante rivelando atrocità inaccettabili. Tutto questo però esula dalla presente indagine volta ad altro problema, degno di essere indagato.

Nel mondo attuale, molto lontano dalle regole giuridiche dell'esperienza giuridica romana, riguardanti la posizione della donna, sia nel diritto pubblico sia in quello privato, lo *status* di madre, indubbiamente primario, fisiologico e fondamentale in qualsiasi società, e pertanto indiscutibile per il suo stesso ruolo, ha generato in alcuni specifici contesti una sorta di disparità, dove il soggetto discriminato è l'uomo rispetto alla donna.

Attualmente, come già accennavo, siamo molto avvezzi a fenomeni di uso e abuso della figura femminile e del suo corpo. Siamo quindi proiettati in una visuale, che ha profonde radici storiche, e che purtroppo perdura nei tempi moderni, in cui la donna rappresenta la figura da tutelare e proteggere, in quanto tale o, persino, a causa del suo corpo.

Anche nell'ambito dei rapporti coniugali, o comunque relazionali, la donna rappresenta nella buona parte dei casi il soggetto – debole – da tutelare: nel 2025 infatti ancora esiste la famiglia in cui l'uomo lavora e la donna si occupa della casa e della prole, nonostante i cambiamenti avvenuti nel tempo e le trasformazioni ora in essere in seno alla famiglia intesa tradizionalmente come nucleo di maschio, femmina e prole ed ora allargata a svariate realtà di cui non si può non prendere atto (con tutte le implicazioni che questo ampliamento comporta e le discussioni o le prese di posizione da parte della politica, dei media, della collettività, delle componenti religiose, e così via).

⁸⁹ Cfr., ad esempio, Cass. 1° luglio 2022, n. 21054, su cui cfr. R. Petrolà, *Rifiuto del minore, continuità affettiva e ruolo dell'avvocato. Rassegna giurisprudenziale sul tema*, in questo volume. La *maternal preference* è tuttavia oggetto di dibattiti: cfr., ad esempio, C. Rimini, C. Balzarini, *Separazione e divorzio*, Milano, Gruppo24ore, 2022, pp. 157 ss.

Siamo decisamente meno abituati a considerare l'uomo come persona debole, da proteggere, sia per ragioni fisiologiche, sia per ragioni storico-culturali, sia (ribadiamolo) per gli efferati omicidi, di cui abbiamo notizia quasi giornalmente, che vedono l'uomo protagonista contro la donna.

Tuttavia oggi, pur in un contesto purtroppo caratterizzato da molteplici forme di subordinazione del femminile al maschile, nonché forme di violenza del maschile sul femminile, in uno specifico ambito giuridico, e cioè quello dell'affidamento di minori nelle coppie separate, si assiste anche ad un fenomeno, non preponderante quantitativamente rispetto ai problemi di violenza dell'uomo sulla donna, ma molto significativo, in cui lo *status* di "madre" porta ad una disuguaglianza "al contrario" e cioè dell'uomo rispetto alla donna.

Partiamo dunque dal mondo romano e quindi dalla storia.

2. La tutela mulieris

Dal punto di vista storico, che è quello che più mi appartiene, possiamo fare riferimento ad alcuni istituti riguardanti la condizione della donna nell'esperienza giuridica di Roma antica, senza cadere nell'errore di cercare a tutti i costi la matrice romana di istituti moderni, e incorrere, come spesso succede, in un fenomeno di proiezione concettuale, come insegnavano Giuseppe Caprograssi e poi Riccardo Orestano, o, senza inserirmi in quella tendenza, originalmente definita da Mario Fiorentini del "già i Romani", con cui larga parte della dottrina attuale tende a rivestire i problemi attuali di un imprescindibile precedente romano come se "i Romani avessero già elaborato le soluzioni a tutti i mali del mondo moderno"⁹⁰.

Dunque, nonostante il titolo roboante che ho dato a questo studio, chiarisco e ribadisco subito che non tratterò di derivazioni del fenomeno della PAS dal mondo romano, proprio perché si tratta, come già detto, di un concetto modernissimo; intendo solo fare un confronto su un tema delicato e difficile in cui al centro, nella Roma antica e nel mondo attuale, c'è la donna nel suo essere madre, a scapito della sua figura o a privilegio della stessa. In entrambi i casi la donna è valutata sotto il profilo biologico della sua capacità di generare.

Opinione diffusa è quella secondo la quale la donna non abbia posseduto diritti nel mondo antico ma piuttosto doveri e sia stata soprattutto subordinata all'uomo, nell'ambito sociale, economico, politico e, ovviamente, giuridico.

⁹⁰ M. Fiorentini, *Natura e diritto nell'esperienza romana. Le cose, gli ambienti, i paesaggi*, Lecce, Grifo, 2022, pp. 14-18.

Nell'esperienza giuridica romana il mondo delle donne fu costellato da fatti e norme di diverso genere e le fonti da un lato confermano questa *opinio communis*, dall'altro ci offrono dati dell'evoluzione dello *status* della donna e del crescente sviluppo dei diritti ad essa riconosciuti.

Uno, tra i diversi, fu l'istituto augusteo del *ius liberorum*, letteralmente diritto dei figli: ovverosia il privilegio derivante dall'avere figli (tre per le ingenuae e quattro per le libere), stabilito da Ottaviano nell'ambito di un'ampia politica demografica. L'istituto del *ius liberorum* permetteva alle donne con figli di essere esonerate dalla *tutela mulieris* e solo in età tardo antica, con Onorio e Teodosio, fu poi concesso a tutte le donne. Tema che affronterò in modo cursorio e inevitabilmente non approfondito per poi specificare il collegamento con il problema della PAS attuale.

D'altra parte si tratta di un ampio tema che andrebbe anche contestualizzato con tutti gli aspetti del ruolo femminile nell'antica Roma, sui diversi piani, a cominciare dalla distinzione tra quello pubblico e privato, e, ovviamente sotto il necessario profilo storico e cioè cronologico. Per parlare del *ius liberorum*, nonché del nesso anche con il tema della bioetica, dobbiamo necessariamente dire qualcosa sulla *tutela mulieris*.

La *tutela mulieris* rappresenta la condizione giuridica della donna *sui iuris* dai primordi dell'esperienza giuridica romana fino alla tarda età classica⁹¹.

Tale istituto è anche connesso alla *manus* sulla donna, alla sua capacità testamentaria, alla sua capacità patrimoniale, venendo a toccare ampie sfere di indagine che qui non possono essere toccate. Stiamo parlando dunque di una donna *sui iuris*, e cioè non sottoposta alla *potestas* del *pater*, libera da *mancipium* e *pubere*, pertanto non più sottoposta nemmeno alla *tutela impuberum* che riguardava sia femmine sia maschi *sui iuris* fino all'inizio della pubertà, che per le femmine era raggiunta a dodici anni.

In termini moderni stiamo trattando il tema della capacità giuridica e, soprattutto, di agire. Mettendo da parte il diritto pubblico, nel quale la donna è

⁹¹ Sulla donna la letteratura è sterminata. Cito, a titolo di esempio, i lavori di E. Cantarella, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Milano, Feltrinelli, 2013; Ead., *Tacita Muta: la donna nella città antica*, Roma, Editori Riuniti, 1985; Ead., *Potere femminile, Diritto e Stato tra mito e antropologia*, in QS, 28/1988, pp. 107 ss., o di L. Peppe, *Posizione giuridica e ruolo della donna romana in età repubblicana*, Milano, Giuffrè, 1984, nonché sulla *tutela mulieris*: cfr., ad esempio, S. Solazzi, *Il consenso del "tutor mulieris" alla sua nomina nei papiri e nei testi romani*, in *Aegyptus* 2/1921, pp. 155-178; P. Zannini, *Studi sulla tutela mulierum*, I, *Profili funzionali*, Torino, Giappichelli, 1976; O. Sacchi, *La "Virgo" del Quirinale e la tutela mulierum. Ipotesi ricostruttive*, in *Diritto@Storia*, 15/2005; L. Sanz Martín, *Aspectos sobre la marginalidad jurídica de la femina romana. Optio tutoris testamentaria y coemptio tutelae evitandae causa, paso hacia su independencia jurídica*, in *Dialogues d'histoire ancienne*, 46-I/2020, pp. 173-196.

pressoché incapace (essendo esclusa dalla partecipazione alle assemblee popolari e dai vari organi della costituzione repubblicana nonché dagli uffici imperiali, e pur dovendo distinguere, in seno al diritto criminale, un primo periodo di incapacità ad uno successivo di capacità di essere soggetta a processo; in particolare nel Principato la donna aveva capacità nei *iudicia publica*, le c.d. *quaestiones perpetuae* e nella *cognitio* criminale, potendo in quest'ultima anche promuovere il processo⁹²), nel diritto privato la donna aveva piena capacità giuridica se cittadina romana e *sui iuris*, a parte alcune limitazioni speciali come, ad esempio, quella prevista dalla *lex Voconia* del 169 a.C., di non poter essere istituita come erede da cittadini della prima classe censitaria.

Per quanto riguarda la capacità di agire, la donna era limitata e pertanto sottoposta a tutela. Essa poteva porre in essere atti per lei vantaggiosi; non poteva invece compiere atti per lei svantaggiosi, come, ad esempio, assumere una obbligazione derivante da contratto o intentare un'azione senza che fosse presente l'autorizzazione, *auctoritas*, del tutore.

Uniche donne non soggette a tutela erano le Vestali. Anche se in concreto le donne sembrerebbero trattare da sole i propri affari, come sembra confermato dalla prassi documentale⁹³ e solo in rari casi sarebbero intervenuti i tutori.

Per questo dato iniziale è sufficiente leggere le *Institutiones* gaiane, in cui si afferma che chi non si trovi *in potestate, in manu, in mancipio* era sottoposto a tutela o a curatela oppure era libero da entrambi i vincoli.

Gai. 1.142 *Transeamus nunc ad aliam divisionem. Nam ex his personis, quae neque in potestate neque in manu neque in mancipio sunt, quaedam vel in tutela sunt vel in curatione, quaedam neutro iure tenentur. Videamus igitur, quae in tutela, quae in curatione sint: ita enim intellegemus ceteras personas, quae neutro iure tenentur.*

Quindi, se l'uomo acquistava una piena capacità di agire una volta uscito dalla pubertà, pur rimanendo fino ai 25 anni soggetto inesperto e, in quanto tale, accompagnato, prima di volta in volta poi (almeno da Marco Aurelio) in generale dal *curator* (il quale tutelava però gli interessi dei terzi che negoziavano con il minore di 25 anni attraverso l'impossibilità per il minore di opporre l'*exceptio legis Laetoriae de circumscriptione adolescentium* o l'*in integrum restitutio* in caso di negozio a lui pregiudizievole), per le donne, la capacità di agire si acquistava solo in parte dopo la pubertà, essendo le stesse ancora sottoposte a tutela, non più *impuberum* bensì *mulierum*.

⁹² Cfr. M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 168.

⁹³ Cfr., ad esempio, con riferimento alle tavolette di Pompei ed Ercolano, F. Reduzzi Merola, *Le donne nei documenti della prassi campana*, in *Index*, XL, 2012, pp. 380 ss.

Gaio affermava che, secondo i *veteres*, la donna era sottoposta a tutela anche dopo la pubertà a causa della sua *levitas animi*:⁹⁴

Gai. 1.144 e 145: *Permissum est itaque parentibus liberis, quos in potestate sua habent, testamento tutores dare: masculini quidem sexus inpueribus, feminini vero inpueribus pueribusque, vel cum nuptae sint. ueteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse.*

Tuttavia il giurista antonino considerava che almeno per le donne mature di età l'esistenza della tutela non fosse necessaria, essendo la tutela utile alle donne più giovani facilmente ingannabili a causa della loro *levitas animi*:

Gai. 1.190: *Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur. nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera: mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur.*

Sulla posizione di Gaio la dottrina si è confrontata per evidenziarne il carattere innovativo rispetto ai *veteres* o la sua conformità all'opinione comune dei giuristi⁹⁵. Ricordo anche come Gaio paragonasse la *levitas animi* all'*incostantia*.

La *levitas animi*, come la *infirmitas* (lemma più frequente), o raramente la *imbecillitas*⁹⁶, sono termini giuridici impiegati dai giuristi romani per sottolineare

⁹⁴ Sulla *levitas animi* delle donne è molto interessante il contributo di M.I. Núñez Paz, *Diritti e doveri delle donne di Roma*, cit., secondo la quale "La subordinazione giuridica e politica delle donne veniva giustificata in vari modi. Il filosofo Seneca, per esempio, affermava: 'I due sessi contribuiscono allo stesso modo alla vita comune, perché uno è fatto per ubbidire e l'altro per comandare'. Si sosteneva poi che la necessità di dedicarsi esclusivamente alla famiglia impedisse alla donna l'esercizio di cariche pubbliche. Altri facevano riferimento all'inferiorità naturale delle donne e più precisamente alla loro 'debolezza di giudizio' o *levitas animi*, inaugurando quel mito dell'incostanza femminile che tanta importanza giuridica e letteraria avrebbe avuto nel corso della storia successiva. Ecco come viene presentato nei testi di giurisprudenza: 'Gli antichi vollero che le donne, anche se in età adulta, fossero poste sotto tutela a causa della leggerezza del loro spirito', scriveva il giurista Gaio in riferimento alla Legge delle XII tavole, il codice legale più antico di Roma".

⁹⁵ Cfr., ad esempio, R. Quadrato, "*Infirmitas sexus*" e "*levitas animi*": il sesso "debole" nel linguaggio dei giuristi romani, in "*Scientia iuris*" e linguaggio nel sistema giuridico romano. Atti del Convegno di Studi di Sassari, 22-23 novembre 1996, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 155 ss. (ora in Id., "*Gaius dixit*", la voce di un giurista di frontiera, Bari, Cacucci, 2010, pp. 137 ss.).

⁹⁶ Cfr., ad esempio, D. 16.1.2.2 in cui Ulpiano giustifica il divieto di intercedere *pro aliis* in base al *sc.um Velleianum* del 46 d.C. con la debolezza della donna: *propter sexus imbecillitatem*. D. 16.1.2.2, *Ulpianus libro 29 ad edictum pr. [...] Verba itaque senatus consulti excutiamus prius providentia amplissimi*

la debolezza femminile, la volubilità, la leggerezza, la scarsa fermezza d'animo delle donne, per lo più congenita⁹⁷. Si noti che si tratta di sostantivi con suffisso *-tas* che sta ad indicare una qualità astratta. La *levitas* costituirebbe il contrario di *gravitas* (*levis-gravis*).

Un esempio di impiego del lemma *infirmitas* è rintracciabile anche in Cicerone che riferisce delle donne sottoposte a tutela a causa della loro *infirmitas*, debolezza *consili* e cioè di giudizio⁹⁸:

Cic. *Pro Mur.* 12.27. *Mulieres omnis propter infirmitatem consili maiores in tutorum potestatem esse voluerunt.*

Non dobbiamo però prendere alla lettera tali affermazioni senza considerare lo scopo precipuo della tutela che, come scriveva Zannini, trovava la sua "spiegazione [...] nell'esigenza storica di salvaguardare le aspettative ereditarie degli agnati-tutori sul patrimonio della donna; e ciò nell'interesse superiore della continuazione della famiglia come organismo solidale"⁹⁹.

La tutela, come è noto, poteva essere legittima, testamentaria o dativa, come la *tutela impuberum*.

L'istituto risale ai primordi della esperienza giuridica romana, essendo già prevista nelle XII Tavole (almeno la tutela legittima e quella testamentaria). Alla tutela legittima era chiamato l'agnato più vicino, *agnatus proximus* e, in mancanza di questo, ai *gentiles*. La tutela testamentaria era disposta dal *pater familias* che dalla media Repubblica cominciò a dare alla figlia il tutore *optivus* e quindi le concesse la possibilità di scegliere il tutore, *optio tutoris*. La tutela dativa nasce invece con la *Lex Atilia* del 210 a.C. ed era imposta, in mancanza di tutela legittima e testamentaria, dal magistrato, anche se nel tempo questo tipo di tutela venne data solo su istanza e perse dunque la sua obbligatorietà.

Molte regole disciplinavano questo istituto, dalla capacità ad esercitare la tutela alla sua obbligatorietà.

La *tutela mulieris* ebbe una evoluzione storica.

L'imperatore Claudio con una *lex Claudia* del 40 d.C. abolì la *tutela legitima*, fatta eccezione di quella sulla liberta, per la quale tutori erano il *patronus* e i suoi

ordinis laudata, quia opem tulit mulieribus propter sexus inbecillitatem multis huiusmodi casibus suppositis atque obiectis [...] 3.

⁹⁷ Cfr. F. Mercogliano, *La condizione giuridica della donna romana: ancora una riflessione*, in *TSDP*, IV/2011, 1 ss., 8 ss.; cfr. anche R. Quadrato, "Infirmitas sexus" e "levitas animi", cit., pp. 155 ss. (ora in Id., "Gaius dixit" la voce di un giurista di frontiera, cit., pp. 137 ss.), ed ivi ulteriore bibliografia.

⁹⁸ Su cui cfr. F. Mercogliano, *La condizione giuridica della donna romana: ancora una riflessione*, cit., pp. 22-35, specialmente pp. 22 ss.

⁹⁹ Cfr. P. Zannini, *Studi sulla tutela mulierum*, cit., p. 8.

discendenti. Questa disposizione è ampiamente discussa sotto il profilo delle motivazioni: forse una legge voluta dall'imperatore per legittimare le nozze tra zio e nipote e poter pertanto sposare Agrippina, figlia del fratello Germanico.

Il decadere che l'istituto subì fu causato da vari motivi, tra cui il fatto che la *tutela mulierum* rifletteva principi della famiglia romana primitiva, "per cui al progressivo allentamento dei vincoli agnatizi e alla scomparsa dell'antica famiglia solidale non poteva non corrispondere, fatalmente, la progressiva decadenza della *tutela mulierum*"¹⁰⁰. Come sicuramente avranno inciso le trasformazioni economico-sociali e quindi il progredire dei rapporti negoziali.

3. *Il ius liberorum e la sua evoluzione*

Fu però Augusto che introdusse un istituto particolare: lo *ius liberorum*, letteralmente "diritto dei figli", in realtà "privilegio spettante a causa dei figli"¹⁰¹.

Vediamone subito la descrizione in Gaio:

Gai 1. 145. *Itaque si quis filio filiaeque testamento tutorem dederit et ambo ad pubertatem peruenerint, filius quidem desinit habere tutorem, filia uero nihilo minus in tutela permanet: tantum enim ex lege Iulia et Papia Poppaea iure liberorum a tutela liberantur feminae. loquimur autem exceptis uirginibus Vestalibus, quas etiam ueteres in honorem sacerdotii liberas esse uoluerunt: itaque etiam lege XII tabularum cautum est.*

Scopo precipuo della sua ampia legislazione, una delle più famose nella storia di Roma, in cui tale istituto si inserisce, fu quello demografico.

Augusto infatti mirava a mantenere il nucleo del popolo italico più elevato, in cui matrimoni e figli stavano scarseggiando e a risolvere il problema della denatalità già affiorato nell'ultima età repubblicana: mi riferisco alle note leggi *Iulia de maritandis ordinibus* del 18 a.C. e *Papia Poppea* del 9 d.C., considerate però unitamente dai giuristi che si riferivano ad esse come alla *Lex Iulia et Papia*¹⁰², come si evince anche dal passo gaiano. Possiamo parlare con riferimento a tali leggi di una riforma del diritto di famiglia. Infatti questa sua legislazione che si protrasse a lungo, dal 18 a.C. al 9 d.C., toccò regole e principi riguardanti matrimonio, fidanzamenti, rapporti tra coniugi, donazioni fra coniugi, successioni, dote, *feminae probrosae*, concubine, adulterio, tutela, liberti e patroni, divorzio,

¹⁰⁰ Cfr. P. Zannini, *Studi sulla tutela mulierum*, cit., loc cit.

¹⁰¹ Cfr. G. Finazzi, *Istituzioni di diritto romano, Parte prima*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 166.

¹⁰² Su cui cfr. R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, Padova, CEDAM, 1986.

disposizioni caducarie, gestione del potere consolare. Con tali leggi erano previsti obblighi e divieti matrimoniali, ma anche sanzioni per celibi e per chi non avesse figli (*caelibes* e *orbi*). Non potevano contrarre matrimonio i *cives ingenui* con alcune categorie di donne, ad esempio le attrici, mentre erano obbligati a sposarsi gli uomini di età compresa fra i 25 e i 60 anni e le donne fra i 20 e i 50 anni. Dovevano contrarre matrimonio anche vedovi e divorziati.

Quindi Augusto, attraverso obblighi e sanzioni, induceva a matrimoni e procreazione. A questo proposito Dione Cassio ricorda un discorso di Augusto pronunciato nel Foro sull'importanza dell'aumento della natalità anche per i matrimoni successivi ad un divorzio¹⁰³. In caso di contravvenzione a tali obblighi insorgevano limitazioni alla capacità successoria. A fronte di una limitazione della libertà matrimoniale, a causa delle regole che imponevano, ad esempio, alle vedove di risposarsi entro un determinato termine decorrente dalla legge, pena alcune incapacità, i coniugati con figli venivano a ricevere dei vantaggi, dei privilegi.

Nell'ambito di questo vasto programma demografico, fiscale, sociale e morale, Augusto eliminò anche la tutela per le donne con figli attraverso il *ius liberorum*, cominciando ad indebolire la funzione stessa della tutela muliebre.

La donna ingenua era liberata dalla tutela legittima se aveva tre figli, la libertà se ne aveva quattro. Per l'esenzione dagli altri tipi di tutela erano sufficienti tre figli sia per le ingenue sia per le liberte¹⁰⁴.

Anche gli uomini con figli ricevettero dei vantaggi, ad esempio in ambito di cariche pubbliche.

Precisamente il *ius liberorum* investiva tutti, uomini e donne: sotto il profilo dell'esenzione degli obblighi derivanti dalle leggi caducarie, gli uomini – che non prenderò in considerazione –, sotto il profilo dell'esenzione dalla tutela, le donne. A voler essere ancora più precisi, il *ius liberorum* portava alla esenzione dalla tutela per la donna, a far acquistare alcuni diritti nella successione dei liberti, a far conseguire una *capacitas* completa.

In questa sede ci interessa, come oggetto di indagine, il primo privilegio.

¹⁰³ Dio Cass., *Historiae Romanae* (Earnest Cary, Herbert Baldwin Foster, Ed.), 56.1, καὶ ταῦτα μὲν ἄλλοι καθήρουν, ὁ δὲ δὴ Τιβέριος ἐς τὴν Πρώμην, μετὰ τὸν χειμῶνα ἐν ᾧ Κύντος Σουλπίκιος καὶ Γάιος Σαβίνος ὑπάτευσαν, ἀνεκομίσθη: καὶ αὐτῶ καὶ ὁ Αὔγουστος ἐς [p. 4] τὸ προάστειον ἀπαντήσας ἤλθέ τε μετ' αὐτοῦ ἐς τὰ Σέπτα, κἀνταῦθα ἀπὸ βήματος τὸν δῆμον ἡσπάσατο, καὶ μετὰ τοῦτο τὰ τε ἄλλα τὰ προσήκοντα ἐπὶ τοῖς τοιούτοις ἐποίησε καὶ θεάς; su cui cfr. P.L. Carucci, *Tutela della madre dopo il divorzio nel I secolo d.C. Spunti di riflessione*, in M del Tufo, F. Lucrezi (a cura di), *Lo spazio della donna nel mondo antico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 127 ss., p. 133.

¹⁰⁴ Previsione della *lex Papia* a cui la dottrina fa riferimento anche per la liberazione dagli altri tipi di tutela.

Il *ius liberorum* può essere dunque definito come “il diritto del genitore a ottenere alcuni privilegi in virtù della prole”, o anche “il complesso dei privilegi che spettano al genitore in virtù della prole”¹⁰⁵.

Secondo Maria Pia Baccari, le leggi augustee devono essere lette in un’ottica di protezione della donna che sarebbe stata a suo parere evidenziata in alcune opinioni dei giuristi severiani, come si evince da un passo di Ulpiano, D. 2.11.2.4, o da uno di Paolo, D. 5.4.3¹⁰⁶.

La politica demografica posta in essere da Augusto, oltre ad avere tale scopo specifico, avrebbe mirato alla conclusione di matrimoni *liberorum procreandorum causa*, in cui nell’unione tra uomo e donna, la donna costituiva il soggetto da tutelare e proteggere in vista della sua capacità e necessità procreativa¹⁰⁷.

La tesi di Maria Pia Baccari relativa all’intento “curativo” della politica augustea, in particolare per quanto concerne il ruolo femminile, appare di difficile adesione critica. Sebbene la capacità procreativa femminile sia innegabilmente un fondamento biologico e naturale, la lettura delle fonti storiche suggerisce che la politica demografica augustea fosse primariamente, se non esclusivamente, orientata alla ristrutturazione di uno Stato in evidente declino demografico.

Da questa prospettiva, l’interesse imperiale si configura come una strategia pragmatica e, nell’ottica dell’epoca, razionale per la ripopolazione.

Di conseguenza, l’attenzione riservata alla donna in questo contesto appare,

¹⁰⁵ Così R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 26, p. 78.

¹⁰⁶ D. 2.11.2.4 Ulp. lib. 74 ad ed. *Si non propter valetudinem mulier non steterit iudicio, sed quod gravida erat, exceptionem ei dandam Labeo ait: si tamen post partum decubuerit, probandum erit quasi valetudine impeditam.*

D. 5.4.3 Paul. 17 ad Plautium *Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent: sicut apparet in iure hereditatum, in quibus qui post eum gradum sunt adgnationis, quo est id quod in utero est, non admittuntur, dum incertum est, an nasci possit. Ubi autem eodem gradu sunt ceteri quo et venter, tunc quae portio in suspensio esse debeat, quaesierunt ideo, quia non poterant scire, quot nasci possunt: ideo nam multa de huiusmodi re tam varia et incredibilia creduntur, ut fabulis adnumerentur. Nam traditum est et quattuor pariter puellas a matre familias natas esse: alioquin tradidere non leves auctores quinquies quaternos enixam Peloponensi, multas Aegypti uno utero septenos. Sed et tregeminos senatores cinctos vidimus horatios. Sed et Laelius scribit se vidisse in palatio mulierem liberam, quae ab Alexandria perducta est, ut Hadriano ostenderetur, cum quinque liberis, ex quibus quattuor eodem tempore enixa, inquit, dicebatur, quintum post diem quadragesimum. Quid est ergo? Prudentissime iuris auctores medietatem quandam secuti sunt, ut quod fieri non rarum admodum potest, intuerentur, id est quia fieri poterat, ut tregemini nascerentur, quartam partem superstiti filio adsignaverint: to gar hapac y dis, ut ait Theophrastus, parabainousin ohi nomovetai. Ideoque et si unum paritura sit, non ex parte dimidia, sed ex quarta interim heres erit.*

¹⁰⁷ Cfr. M.P. Baccari, *La condizione della donna a Roma: a proposito del munus feminarum*, in A.C. Amato Mangiameli (a cura di), *Donne tra storia e politica*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 9 ss., 11 ss. Cfr. anche D. Dalla, *L’incapacità sessuale in diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 247 ss. a cui la Baccari fa anche riferimento.

a mio avviso, non tanto come un'espressione di cura intrinseca verso la sua persona, ma piuttosto come una strumentalizzazione al fine di raggiungere un obiettivo statale. Una genuina attenzione alla protezione e al benessere della donna, sia come futura madre sia come madre attuale, con le relative sfide sociali e personali, si discosta significativamente a mio parere da questa interpretazione orientata alla mera funzione riproduttiva.

Conseguire il "privilegio a causa dei figli" era molto importante per le donne, perché le esentava dall'essere sottoposte a tutela legittima, riprendendo in tal modo una piena capacità di agire sotto il profilo privatistico e dunque negoziale. Inoltre, i divieti successori previsti dalla *lex Voconia* del 169 a.C. (non poter essere istituita erede) non riguardavano le donne con *ius liberorum*.

Pertanto, il privilegio ottenuto era duplice creando disparità tra donne con figli e donne senza figli, essendo queste ultime penalizzate dai limiti successori previsti per chi non avesse discendenti, oltre che dal permanere della sottoposizione a tutela legittima. L'esenzione dalla tutela legittima, tuttavia, ebbe importanza limitata nel tempo, dato che poco prima del 50 d.C. la *lex Claudia de tutelis* la abolì, svuotando sostanzialmente di contenuto il *ius liberorum* sotto il profilo dell'esenzione da tale tutela.

Sul piano successorio invece il privilegio perdurò tanto che il *sc. Tertullianum* di età adrianea permise alle donne con *ius liberorum* di poter accedere nella successione *ab intestato* al proprio figlio.

Anche se non è ipotizzabile un deliberato intento di rendere autonoma la donna da parte di Augusto, certo è che egli ne incrementò l'autonomia. Autonomia che contrastava tuttavia con la *levitas animi* di cui parlavano i giuristi. Non mi dilungo sui requisiti del *ius liberorum*, come ad esempio, il fatto che fosse necessario che i figli fossero nati da *iustae nuptiae*; con il tempo, infatti, per ottenere il *ius liberorum*, furono considerati anche i figli nati al di fuori del *iustum matrimonium*.

Il *ius liberorum* fu un istituto a cui molte donne aspiravano per poter gestire i propri affari ed essere più libere, come testimoniato spesso nelle fonti papiracee¹⁰⁸: ricordo la richiesta del 263 d.C. al prefetto d'Egitto di tale *Aurelia Thaisus Lolliana*,

¹⁰⁸ A questo proposito K. Vandorpe, S. Waebens, *Women and Gender in Roman Egypt: The Impact of Roman Rule*, in K. Lembke, M. Minas Nerpel, S. Pfeiffer (eds.), *Tradition and Transformation. Egypt under Roman Rule*, Proceedings of the International Conference, Hildesheim, Roemer- and Pelizaeus-Museum, 3-6 July 2008, Leiden-Boston, Brill, 2010, pp. 415-435, p. 420, scrivono che "Many women were apparently proud of having the *ius liberorum*, as if having many children had become a status symbol 250 years after Augustus introduced it, although Augustus had undoubtedly other women in mind".

conservata in Pap. Oxy XII 1467,¹⁰⁹ con cui la donna chiedeva di poter condurre i propri affari senza la presenza di un tutore (κύριος), sulla base del *ius trium liberorum*, anche perché lei era per di più molto istruita e ἐγγράμματος δὲ καὶ ἐς τὰ μάλιστα γράφειν εὐκόπως δυναμένη (*litteras sciens et quam optime bene scribendi perita*). Dopo aver affermato che molte donne possedevano tale privilegio per poter gestire i propri affari, avendo molti figli ed essendo anche istruita, chiese al prefetto di poter condurre gli affari senza alcun impedimento.

Questa fonte è interessante per due motivi principali: non solo mostra la conoscenza del sistema della *tutela mulieris* in Egitto e i tentativi di eluderlo, ma rivela anche, data la richiesta della donna che affermava di possedere i requisiti del *ius liberorum*, che non era previsto l'obbligo di registrarlo¹¹⁰.

Se nell'età classica si riconobbe il *ius liberorum* anche al di fuori dei requisiti stabiliti da Augusto, nell'età successiva e soprattutto nel tardoantico tale istituto perse gradualmente importanza.

La sua trasformazione definitiva è databile nel V secolo, ma come ben chiarito ed evidenziato da Paola Biavaschi, il cambiamento graduale iniziò già nei primi secoli della sua esistenza, poi ci fu una prima fase all'inizio del IV secolo d.C., in epoca costantiniana, una seconda nella prima metà del V secolo d.C., ed

¹⁰⁹ Edd. B. P. Grenfell et A.S. Hunt, ora in Fira III, 27: AD 263 | [...]α[...]...[...], δ[ιαση] | μότατε ἡγεμών, οἵτινες | ἐξουσίαν διδόασιν ταῖς γυναῖ-|ξιν ταῖς τῶν τριῶν τέκνων | δικαίῳ κεκοσμημένα[ις] ἑαυ-|τῶν κυριεύειν καὶ χωρ[ις] κυ-|ρίου χρηματίζειν ἐν αἷς ποι-|οῦν[τ]αι οἰκονομίαις, πο[λλ]ῶ | δὲ πλέον ταῖς γρά[μ]ματα | ἐπισταμέναις. καὶ αὐτὴ τοί-|λυν τῷ μὲν κόσμῳ τῆς εὐ-|παιδείας εὐτυχήσασα, | ἐν γράμματος δὲ κα[ὶ] ἐ[ς] τὰ | μάλιστα γράφειν εὐκόπως | δυναμένη, ὑπὸ περισσῆς | ασφαλείας διὰ τούτων μου | τῶ[ν] βιβλιδίων προσφω<νῶ> | τῷ σῶ μεγέθει πρὸς τὸ δύνα-|σθαι ἀνεμποδίστως ἅς ἐν-|τεῦθεν ποιοῦμαι οἰκ[ον]ομία[ς] | διαπράσσεσθαι. ἀξιῶ ἔχε[ιν] | αὐτὰ ἀπροκρίτως το[ῖς] δι-|καίοις μ[ο]ν ἐν τῇ σῇ τοῦ [δια]-|σημοτάτου τ[ά]ξει, ἵν' ὧ β[ε]βο]-|ληθ[η]μένῃ κ[αὶ] εἰ[σ]αεί σ[οι] | χάριτας ὁμολογήσω. διευτ[ύ]χ[ει]. | Αὐρηλία Θαῦσ[ο]υς ἡ καὶ Λολλ[ι]α-|ανὴ διεπεμφάμην πρὸς ἐ-|πίδοσιν. ἔτους ι' Ἐπειφ β[ε]. | ἔσται σο[ῦ] τὰ βιβλία ἐν τῇ [τάξει]. *Iuris liberorum in acta praefecti insinuation* (July 15-23, AD 263) (V. Arangio-Ruiz, *Fontes iuris Romani antejustiniani*, III, Firenze, Barbera, 1943, pp. 71-73, n. 27). Latin translation:

(N.N. praefecto Aegypti Aurelia Thaisus quae et Lolliana. Leges sunt), *perfectissime praeses, quae mulieribus trium liberorum iure ornatis, multoque magis litteras scientibus, potestatem faciunt suas res administrandi et in negotiis quae faciunt sine tutoribus agendi. Et ita ego quoque, cum subolis ornamento praedita tum litteras sciens et quam optime bene scribendi perita, confidentissime per hos libellos meos magnanimitatem tuam inuoco, ut quae hic gero negotia sine impedimento perficere mihi liceat. Rogo igitur sine praeiudicio iurium meorum ut praesentes libelli in tuis uiri perfectissimi actis seruentur, ut mihi succurratur et in perpetuum easdem gratias agam. Vale.*

Aurelia Thaisus quae et Lolliana (libellos) misi ut (praefecto) offerantur. Anno X, mense Epeiph XXI. Seruabuntur libelli tui in actis.

¹¹⁰ A. Arjava, *The End of Tutela Mulierum*, in *Journal of Roman Studies*, 114/2024, pp. 85-103, p. 89.

infine una terza, definitiva, alla fine del V secolo¹¹¹.

Partiamo da Costantino: con CTh. 5.1.1 l'imperatore, nell'ambito della successione *ab intestato*, modifica le regole del *sc. Tertullianum*: anche la madre priva di *ius liberorum* avrà diritto ad un terzo dell'eredità in concorrenza con lo zio paterno o con i figli di questo, i restanti due terzi saranno destinati alla madre con *ius liberorum*. "Costantino avvicina, quindi, la situazione della madre che non abbia il *ius liberorum* a quella che abbia tale privilegio, "togliendo" a quest'ultima un terzo dell'eredità (secondo il *Tertullianum* l'avrebbe ottenuta tutta, in concorrenza con lo zio del defunto), e dando alla *mater cognata* priva del privilegio un ruolo nella successione"¹¹². Al di là dell'evidente attenuarsi della contrapposizione tra *agnatio* e *cognatio*, quello che rileva ai nostri fini è la perdita di importanza del *ius liberorum*.

C.Th. 5.1.1 (321 Mai. 19) Imp. Constant(inus) A. ad Bassum p(raefectum) u(rbi). *Matri ius liberorum non habenti interveniente licet patruo ceterisque, inter quos agnationis incorrupta iura per ordinem porriguntur et quicumque deinceps agnati erunt, a quibus consanguinitatis iure mater poterat excludi, placet omnium filii bonorum, quotienscumque ab intestato venit, deferri tertiam portionem; etiam patruo eiusque filio et dumtaxat nepoti agnatione minime durante, si forte per emancipationem cuiusquam fuerit consanguinitas diminuta, beneficio pari deferri tertiam portionem, licet habeat mater ius liberorum. Nec immerito, si quando supra dicto subnixae mater fuerit privilegio, agnatione dirempta ultra nepotis gradum nostrum beneficium minime placuit extendi, ne multis personis vocatis plus ablatum matri, minus additum videretur. Sive igitur unus extiterit pluresve patruus eorumque filius aut etiam filii et nepotes neptesve, non amplius quam sola tertia universorum bonorum simul omnibus vel singulis pro suis quibusque gradibus deferenda est. Et eodem genere, si plures erunt, a quibus mater possit excludi, non plus quam tertia bonorum matri adversus omnes competere debebit. Supra dictae ergo originis existentibus personis agnatis in infinitum, matri adversus omnes censuimus subveniendum, licet non omnibus adversus matrem, sed certis superius comprehensis personis hoc auxilium tribuatur; ita ut nec petita bonorum possessione, quoniam huius legis, non praetoris est beneficium, ilico, ut sibi delatae portionis dies extiterit, aditione simplici arrepto rerum quolibet corpore vel animi destinatione patefacta plenum dominium delatae sibi portionis consequantur, facultate eis perpetua, dum advixerint, tribuenda in adeunda concessa sibi parte successionis. Nec enim ad eos, qui eorundem successores erunt, nisi ipsis prius, quos indulgentiae nostrae ratio complectitur, quaesita fuerit hereditas, transire quicquam iubemus, sed penes eos manere, apud quos ante*

¹¹¹ P. Biavaschi, *La trasformazione del ius liberorum in Occidente tra il IV e VI secolo d.C.: profili romanistici e legislazione visigotica*, in G. Bassanelli Sommariva, S. Tarozzi (a cura di), *Ravenna Capitale. Territorialità e personalità. Compresenza di diversi piani normativi*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013, pp. 75 ss., p. 75.

¹¹² P. Biavaschi, *La trasformazione del ius liberorum in Occidente tra il IV e VI secolo d.C.*, cit., p. 85.

istam legem residere potuisset. Dat. XIII kal. Iun. Romae Crispo II et Constantino II CC. cons.

Ancora nel IV secolo il *ius liberorum* non viene eliminato ma reso sempre meno rilevante, come “svuotato”, essendo elargito con facilità per tutte le richieste, come si evince chiaramente dalle leggi, contenute nel titolo diciassette dell’ottavo libro del Codice Teodosiano, dirette ad una concessione del privilegio ormai generale¹¹³.

Nel 395 con una costituzione emanata a Milano e trādita in C.Th. 15.14.9 (395 d. C.), Onorio considerava valide tutte le *impetrationes* volte ad ottenere lo *ius liberorum*¹¹⁴ (*ius commune liberorum*).

Una costituzione del 396 ne permetteva la concessione su richiesta, ribadendo e chiarendo quanto stabilito in Occidente un anno prima:

CTh. 8. 17.1 (396 Mai. 9): Impp. Arcadius et Honorius AA. ad Caesarium praefectum praetorio. *Sancimus, ut sit in petendo iure liberorum sine definitione temporis licentia supplicandi, nec implorantium preces aetas vel tempus impediāt, sed sola miseris ad poscendum auxilium sufficiat desperatio liberorum. Dat. VII Id. Mai. Constantinopoli Arcadio III et Honorio III AA. cons.*

Nel 396 Arcadio infatti stabiliva che a chiunque ne facesse richiesta, senza limitazioni di tempo né di età, avrebbero concesso il *ius liberorum*; la mera

¹¹³ P. Biavaschi, *La trasformazione del ius liberorum in Occidente tra il IV e VI secolo d.C.*, cit., p. 87.

¹¹⁴ CTh. 15.14.9 (395 Apr. 21) Impp. Arcadius et Honorius AA. Andromacho praefecto Urbi. *Valeat omnis emancipatio tyrannicis facta temporibus; valeat a dominis concessa libertas; valeat celebrata et actis quibuslibet inserta donatio; valeat deficientium omne iudicium; valeat universa venditio; valeant sententiae iudicum privatorum - convelli enim iudicium non oportet - quos partium elegit adsensus et compromissi poena constituit; valeant conceptae sollemniter pactiones; valeant scripturae, quibus aut fides rerum aut ratio probatur aut debitum; valeant apud quemlibet habitae spontaneae professiones; valeat deposita super instituenda lite testatio valeat impetratio iuris communium liberorum; valeat procuratio scaevae mandata temporibus; datus tutor vel curator optineat firmitatem; valeat in sponsam perfecta largitio; doli ac vis et metus inchoata actio in tempus legitimum perseveret; bonorum admissa possessio et adfectus adeundae hereditatis obtineat et interdicti beneficium non amittat; valeat in integrum restitutionis petitum auxilium; valeat vindictio...identidem desiderata tribuatur; locatio et conductio inviolabilem obtineant firmitatem; interdicti beneficia tempora infausta non mutilent postulata inofficiosi actio et inmodicarum donationum rescissio petita servetur; beneficia transacta non titubent; sacramento terminata permaneant; pignoris adque fidei iuratio obligatio perseveret. Stent denique omnia, quae in placitum sunt deducta privatum, nisi aut circumscriptio subveniet aut vis aut terror ostenditur. Funestorum tantum consulium nomina iubemus aboleri, ita ut his reverentia in lectione recitantium tribuatur, qui tunc in Oriente annuos magistratus victuris perpetuo sunt fascibus auspicati; tempus vero ipsum, ac si non fuerit, aestimetur, si quidem tunc temporis omnia aliqua praescriptio taciturnitatis etiam de illis, quae confirmavimus, non possit obponi. Dat. XI kal. Mai. Mediolano Olybrio et Probino cons.*

speranza di poter aver figli avrebbe permesso tale concessione. La cancelleria parla di *desperatio liberorum* che evidentemente è considerata una sofferenza tale da indurre l'imperatore a non infliggerne altre come poteva essere la mancanza del *ius liberorum*. La concessione in un certo senso compensa tale *desperatio*.

Un'altra legge, emanata nel settembre del 410 e tradata anche nel codice giustiniano in una lezione leggermente diversa, dichiarava che non fosse necessaria alcuna richiesta per ottenere lo *ius liberorum*, concesso a tutti.

Nella versione giustiniana il *concedimus* che sostituisce il *detulimus* sembra sottolineare la graziosa concessione imperiale e quindi il ruolo dell'imperatore.

CTh. 8.17.3 (410 Sept. 4): Idem AA. Isidoro praefecto urbi. *Nemo post haec a nobis ius liberorum petat, quod simul hac lege detulimus et cetera*. Dat. Prid. Non. Sept. Varane v. c. cons.

(= Cod. Iust. 8. 58(59).1: *Nemo post haec a nobis ius liberorum petat, quod simul hac lege omnibus concedimus*. Honor. et Theodos. AA. Isidoro p.u. (D. Prid. Non. Sept. Varane cons., a. 410).

Il *ius liberorum* sembrerebbe invece permanere nella *pars Occidentis* dell'Impero: si vedano a questo proposito due leggi, CTh. 8.17.4 emanata a Ravenna da Onorio nell'anno 412 e Nov. Val. III, 21.1, emanata sempre a Ravenna ma da Valentiniano nel 446, costituzioni molto discusse in dottrina proprio in relazione al permanere e alla trasformazione dell'istituto.

Su tali leggi e sull'ulteriore sviluppo dell'istituto del *ius liberorum* mi limito a rinviare alla dettagliata analisi di Paola Biavaschi che giunge ad una valutazione, con la quale concordo, sul senso da attribuire alla sua sopravvivenza, testimoniata dalle leggi romano-barbariche e nei discorsi di Isidoro di Siviglia.

La Biavaschi sostiene infatti che per i Goti, in linea con le affermazioni di Isidoro (Isid. Etym. 5.24.13: *Ius liberorum est coniugum sine liberis invicem pro loco pignorum hereditatis alterna conscriptio*), il *ius liberorum* rappresenta "la *conscriptio* vicendevole, il testamento congiunto, dei coniugi tristemente privi di prole comune", e che nei secoli V e VI, divenne una "fattispecie in disfaccimento e finì con il sopravvivere solamente la sua denominazione come diritto dei coniugi di succedere l'un l'altro per testamento tramite la redazione di un unico documento"¹¹⁵.

¹¹⁵ P. Biavaschi, *La trasformazione del ius liberorum in Occidente tra il IV e VI secolo d.C.*, cit., p. 103.

4. La c.d. PAS ovvero l'alienazione parentale

Sul piano delle separazioni coniugali è noto come la recente giurisprudenza abbia avviato un processo di più attenta valutazione dei rapporti uomo-donna, che ha portato a modificare anche alcuni principi e articoli: mi riferisco alla ormai storica decisione di Cassazione del 2017, sentenza 10 maggio 2017, n. 11504, relativa ad una nuova valutazione e interpretazione dell'assegno divorzile non più elaborato sul vecchio parametro del tenore di vita in costanza di matrimonio; in tale sentenza la Cassazione civile ha cambiato il proprio orientamento sul piano dell'assegno divorzile che subordina al presupposto della non autosufficienza economica del coniuge più debole, non riferendosi più alla continuazione del tenore di vita coniugale: dunque una vera e propria svolta¹¹⁶. Assegno divorzile

¹¹⁶ Cfr. Assegno divorzile. Ieri ed oggi (a seguito Cass. S.U. 11.07.18 n. 18287). E domani? | Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense (cassaforense.it) Corte di Cassazione, I Sez. Civile, 10 maggio 2017, n. 11504 (Est. Lamorgese). Il caso sottoposto all'esame del Supremo Collegio è quello dell'ex Ministro dell'Economia e delle Finanze Vittorio Grilli, già sposato a Lisa L. Sposano nel 1993. Lei, laureata alla *London Business School*, segue la carriera del marito. Dopo la separazione, nella causa di divorzio la moglie domanda l'assegno, che viene negato dal Tribunale di Milano e dalla Corte d'Appello. Donde il ricorso in Cassazione della L., che dichiara di non poter più mantenere l'elevato tenore di vita coniugale, cui ritiene di aver diritto. Con la innovativa sentenza n. 11504/17 del 10 maggio 2017 (detta anche "Grilli" dal nome del resistente, o "Lamorgese" dal nome del giudice relatore), la Suprema Corte di Cassazione rigetta il ricorso, introducendo nuovi parametri per il trattamento economico a favore del coniuge debole, e superando l'orientamento consolidato in materia che collegava la misura del contributo in favore del coniuge debole al parametro del tenore di vita matrimoniale. Il trattamento, che ha natura assistenziale, diviene quindi ora subordinato alla non indipendenza o autosufficienza economica dell'ex coniuge richiedente. In sostanza – è il ragionamento del Supremo Collegio – una volta passata in giudicato la sentenza di scioglimento del matrimonio (o cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio religioso) il rapporto matrimoniale si estingue definitivamente sul piano sia dello *status* personale dei coniugi (i quali devono perciò ora considerarsi "persone singole"); sia anche dei loro rapporti economico-patrimoniali (art. 191, comma 1, cod. civ.) e, in particolare, del reciproco dovere di assistenza morale e materiale (art. 143, comma 2, cod. civ.). Quanto al diritto all'assegno di divorzio, previsto dall'art. 5, comma 6, della legge n. 898 del 1970, esso è quindi condizionato dal previo riconoscimento in base all'accertamento giudiziale della mancanza di "mezzi adeguati" dell'ex coniuge richiedente l'assegno o, comunque, dell'impossibilità dello stesso di "procurarseli per ragioni oggettive". In conclusione, la sezione I del Supremo Collegio ha ritenuto che un'interpretazione delle norme sull'assegno divorzile – che procrastini a tempo indeterminato la recisione degli effetti economico-patrimoniali del vincolo coniugale –, può tradursi in un ostacolo alla costituzione di una nuova famiglia, successivamente alla disgregazione del primo gruppo familiare. E ciò in violazione di un diritto fondamentale dell'individuo che è ricompreso tra quelli riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) (art. 12) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 9). Ha quindi ritenuto che non sia configurabile un interesse giuridicamente rilevante o protetto dell'ex coniuge a conservare il tenore di vita matrimoniale: l'interesse tutelato con l'attribuzione dell'assegno divorzile non essendo il riequilibrio delle

che ha ottenuto ancora ulteriori cambiamenti ad esempio relativi al periodo di convivenza precedente al matrimonio.

Infatti se la sentenza n. 11504/2017 ha rappresentato un punto di svolta nell'evoluzione giurisprudenziale concernente la determinazione dell'assegno di divorzio, superando il criterio di calcolo consolidato, incentrato sul mantenimento del tenore di vita endomatrimoniale, e inaugurando un'interpretazione che, secondo parte della dottrina, ha accentuato la natura assistenziale della misura, successivamente, la giurisprudenza di legittimità ha ulteriormente delineato i parametri applicativi: ha stabilito che l'assegno non è dovuto in presenza di indipendenza economica del coniuge richiedente, indipendentemente dall'eventuale impossibilità di replicare il precedente tenore di vita; la valutazione non si limita più al mero mantenimento o al risarcimento, ma riguarda il contributo fornito alla vita familiare e la capacità di autosufficienza economica; inoltre, è stata riconosciuta la revisionabilità dell'assegno sulla base di "giustificati motivi" sopravvenuti, la possibilità di liquidazione *una tantum*, la rinunciabilità esplicita da parte del coniuge avente diritto, e la modificabilità delle condizioni di divorzio tramite accordi stragiudiziali con assistenza legale.

In sintesi, la sentenza 11504/2017 ha inaugurato un paradigma giurisprudenziale più flessibile e personalizzato in materia di assegno divorzile, tentando, a mio avviso, di porre su un piano di parità uomo e donna, nonché inducendo a rivedere la concezione della donna come soggetto debole da tutelare¹¹⁷.

Nel rapporto genitoriale, inerente alle separazioni, invece, assistiamo ancora ad una netta prevalenza del ruolo femminile, come prioritario e maggiormente tutelato e da tutelare rispetto a quello maschile. Il che è anche facilmente intuibile, e pertanto giustificato, per l'importanza del ruolo materno nei primi anni di vita dei figli.

condizioni economiche degli ex coniugi, ma il raggiungimento della indipendenza economica, in tal senso dovendo intendersi la funzione esclusivamente assistenziale dell'assegno divorzile.

¹¹⁷ Tra le più recenti sentenze in tema di assegno divorzile ricordo: Cass. Civ, Sez. VI-I, ord. 31 gennaio 2022, n. 2811, secondo la quale il *quantum* dell'assegno divorzile non può essere determinato solo dalla differenza economica tra gli ex coniugi, differenza che rispettava il concetto di famiglia precedente alla sentenza del 2018, in cui l'obiettivo primario era la conservazione del tenore di vita matrimoniale. Chi richiede l'assegno divorzile ha l'onere della prova di dimostrare il nesso causale tra il proprio sacrificio e la disparità economica, e cioè che la disparità economica è dovuta alle scelte di vita familiare condivise, in base alle quali il coniuge richiedente ha sacrificato, ad esempio, la propria carriera lavorativa a favore della famiglia. Ancora, in tal senso, v. Cass. 15 giugno 2023, ord. n. 17144; Cass. 20 giugno 2023, ord. n. 17577, nonché Cass. 8 luglio 2024, ord. n. 18506 con cui si è consolidata e rafforzata la funzione perequativo-compensativa dell'assegno divorzile, lasciando sempre al coniuge richiedente l'onere della prova volta a dimostrare il nesso tra le proprie rinunce professionali e la disparità economica con l'altro coniuge.

Proprio in questo ambito si è cominciato però a tener conto di una teoria psicologica che ha “risolto” alcuni difficili casi.

Mi riferisco al fenomeno della c.d. alienazione parentale, detta PAS nella vulgata giurisdizionale attuale.

La sindrome da alienazione genitoriale, o sindrome da alienazione parentale, o PAS, (*Parental Alienation Syndrome*), come abbiamo visto in modo analitico nella prima parte di questo lavoro, è un concetto introdotto dallo psichiatra Richard Alan Gardner.

Ribadiamo che essa descrive una dinamica psicologica che può manifestarsi nei figli minori coinvolti in separazioni genitoriali conflittuali.

Secondo questa teorizzazione, uno dei genitori (il cosiddetto “genitore alienante”) indurrebbe nel figlio un rifiuto e un allontanamento dall'altro genitore (il “genitore alienato”), in assenza di motivazioni oggettive basate su condotte concrete di quest'ultimo.

Tale processo implicherebbe anche lo sviluppo di un legame patologico e di dipendenza con il genitore alienante. Nonostante la PAS non sia attualmente riconosciuta nei manuali diagnostici ufficiali e sia oggetto di ampio dibattito accademico — in particolare per la mancanza di evidenze scientifiche a supporto della sua eziologia — essa ha trovato applicazione nel contesto forense, anche in Italia. Qui viene spesso considerata in situazioni dove il rifiuto del figlio verso un genitore è attribuibile a un'azione intenzionale dell'altro genitore volta a minare il rapporto. Nelle Consulenze Tecniche d'Ufficio (CTU), la PAS può essere esplicitamente menzionata, talvolta con la denominazione di “sindrome della madre malevola”, oppure descritta attraverso comportamenti che ne richiamano i principi. La sua rilevanza è altresì attestata dalla letteratura giuridica, come evidenziato dal manuale “*L'alienazione parentale nelle aule giudiziarie*” (Giuseppe Cassano, Paolo Corder, Ida Grimaldi, 2018).

Recentemente, si è osservata una significativa inversione di tendenza in relazione alla teoria della *Parental Alienation Syndrome* nelle cause di separazione. Il Parlamento europeo ha, infatti, sollecitato gli Stati membri a eliminarne l'applicazione, presumibilmente per prevenire l'utilizzo improprio che potrebbe svantaggiare le donne vittime di violenza maschile. Infatti il testo approvato dal Parlamento “contiene altre importanti misure contro le violenze in ambito familiare. Sottolineando il numero allarmante di femminicidi e infanticidi che avvengono dopo che le donne denunciano casi di violenza di genere, i deputati sottolineano che la protezione delle donne e dei bambini, e l'interesse superiore del bambino, devono avere la precedenza su altri criteri quando si stabiliscono gli

accordi per la custodia dei minori e i diritti di visita”¹¹⁸.

La risoluzione parlamentare enfatizza l’urgenza di proteggere donne e minori, ponendo l’interesse superiore del bambino e la sicurezza delle vittime di violenza domestica come criteri prioritari negli accordi di affidamento e nei diritti di visita, in considerazione dell’allarmante incidenza di femminicidi e infanticidi post-denuncia. Con 510 voti a favore, 31 contrari e 141 astensioni, il Parlamento europeo ha approvato a larghissima maggioranza, lo scorso 6 ottobre 2021, la “Relazione sull’impatto della violenza domestica e dei diritti di affidamento su donne e bambini” proposta dalle commissioni FEMM (diritti e pari opportunità) e JURI (giuridica) per proteggere le donne e i bambini in uscita dalla violenza nelle battaglie di affido dei figli minori.

Il mio interesse, dunque, si concentra su questo fenomeno per verificare se la figura femminile, nel suo ruolo fondamentale di madre, possa creare ed esercitare disuguaglianza tra i sessi ed abusare della propria posizione a danno dello *status* di padre. La risposta a questa domanda è, purtroppo, decisamente affermativa. Assistiamo infatti ad un fenomeno, tra i diversi che si presentano, molto squalificante del ruolo materno, così centrale in tutte le manifestazioni di vita, e che, in modo surreale, giunge a ribaltare la posizione di disuguaglianza tra donna e uomo a favore della prima ma a totale discapito del secondo.

Ovviamente non mancano casi in cui la PAS sia invece utilizzata in modo distorto, come accennato e come spesso avviene nei rapporti tra diritto e realtà (cito a questo proposito il noto caso di Laura Massaro che attuò nel maggio del 2021 uno sciopero della fame per riavere con sé il figlio e poi riconquistò il suo ruolo genitoriale in Cassazione nel 2022¹¹⁹: in tale ipotesi però l’alienazione parentale sarebbe stata “usata” in modo “strumentale contro la donna” come più volte ribadito in varie testate giornalistiche nonché in numerosi dibattiti politici. Il caso di Laura Massaro ebbe un effetto mediatico forte soprattutto nell’ambito di difesa delle donne vittime di violenza e vittimizzate nei tribunali; in particolare, in una intervista Laura Massaro dichiarò che la PAS coinvolgeva solo le madri escludendo a priori i padri e pertanto, essendo messe sotto lente solo le donne, non dimostrava più giustizia bensì inquisizione.

Questo caso divenuto clamoroso per il forte interesse della stampa e della politica, ha avuto recentemente uno sviluppo contrario e sconcertante: come possiamo evincere da www.ilfattoquotidiano.it/2025/06/03/figlio-conteso-la-cedu-condanna-litalia-per-il-caso-laura-massaro-violati-i-diritti-del-

¹¹⁸ Genitori violenti, Strasburgo cancella la sindrome da alienazione parentale. Lega e Forza Italia votano contro (today.it) Cfr. anche Parlamento europeo contro la Pas e ogni forma di vittimizzazione secondaria nelle cause di affido- Corriere.it.

¹¹⁹ Cass. civ., sez. I, ord. 24 marzo 2022, n. 9691.

padre/8008910/:

“secondo la Cedu¹²⁰ l'Italia ha negato ad Apadula — ex marito della Massaro — il diritto alla vita familiare, alle visite e a un processo in tempi ragionevoli. Per evitare guai peggiori, il governo ha ammesso la violazione e offerto un risarcimento. La Corte ha accettato, ma si riserva di riaprire il caso” Pertanto: *“imputati oggi sono la madre, accusata di inottemperanza dolosa e diffamazione, e alcuni operatori sociali finiti sotto procedimenti disciplinari o penali: un'assistente sociale ammonita per parzialità, un altro operatore imputato per mancata esecuzione di provvedimenti. Anche due testate, Repubblica e Dire, sono state condannate per aver rilanciato la versione a senso unico della madre definendo il padre “violento”, abusante e stalker. La sentenza è uscita ad aprile. Nessun articolo riparatore. Il figlio oggi può leggere ancora e solo gli articoli che demoliscono immagine e reputazione del padre. Anche la politica, dopo anni di protagonismo militante, ora tace”*.

In semplici parole la situazione di quel conflitto genitoriale sembra essersi totalmente ribaltata: l'alienazione è stata imputata alla donna e non più al marito.

Dallo scartare un caso o più casi di alienazione genitoriale (non certi o condizionati) non possiamo tuttavia non riflettere su tutti quei casi di rifiuto del figlio ex art. 473 *bis* 6 cod. proc. civ., generato dall'alienazione stessa.

In altre parole, come non è corretto sposare a pieno titolo la PAS di Gardner, tuttavia non si possono sottovalutare tutti quei fenomeni che incrinano il principio della bigenitorialità in nome di una chiusura di veduta sui casi di rifiuto del figlio condizionato da uno dei due genitori.

5. Casi pratici. Qualche esempio

Poiché la PAS rimane una teoria che tocca un ambito particolarmente delicato, la valutazione della dottrina, nonché l'approccio della giurisprudenza, si mostra ad oggi molto controversa: il tema attraversa vari campi, quindi non solo il giuridico ma innanzitutto quello psicologico e relazionale e non ultimo, quello politico, inserendosi, ad esempio, come fenomeno contro cui lottare nell'ambito dei movimenti per la difesa della donna.

Nell'ambito del diritto di famiglia si è parlato della necessità di valutazione di danni c.d. endofamiliari e paraendofamiliari: i primi, danni che vedono come soggetto danneggiato o danneggiante un membro della famiglia, i secondi, danni

¹²⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 15 maggio 2025, n. 4337/24, *Apadula c. Italia*.

che riguardano una famiglia in formazione o in disgregazione¹²¹.

Il centro di interesse primario della dottrina e della giurisprudenza, nonché degli esperti del campo, si concentra sempre di più sui figli anziché sul conflitto genitoriale.

Per il diritto si veda, ad esempio, l'art. 473 *bis* 39 cod. proc. civ. sulla soluzione delle controversie tra i genitori¹²², che pone al centro degli interessi proprio il benessere della prole.

Basandoci sull'andamento della giurisprudenza attuale vediamo come sulla PAS i tribunali, di primo, secondo e terzo grado, si siano pronunciati in vario modo. Troviamo sentenze favorevoli al riconoscimento della stessa e sentenze contrarie.

Partendo dal principio generalmente accettato della preminenza del ruolo di madre su quello paterno (anche – giustamente – come già affermavamo, in considerazioni di fenomeni fisiologici e dunque non soggettivi), le prime mostrano una crescente attenzione ai diritti della figura paterna (che subisce l'alienazione, o meglio ancora il rifiuto del figlio), le seconde ancora risentono del *favor* verso la figura materna come centro educativo primario dei figli a discapito della bigenitorialità pur riconosciuta, non solo psicologicamente ma anche giuridicamente, come elemento essenziale di una crescita autonoma e sana dei figli.

Tra le sentenze favorevoli ricordo la pronuncia del 2013 della Suprema Corte di Cassazione (Cass. Civ. 8 marzo 2013, n. 5847), confermata tre anni dopo con un'altra sentenza in cui veniva espresso il principio di diritto secondo cui “tra i

¹²¹ Cfr., in particolare gli studi di G. Cassano, *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, 3, *La separazione e il divorzio*, Milano, Giuffrè, 2006; Id., *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, 4, *La Filiazione e l'adozione*, Milano, Giuffrè, 2006; nonché G. Cassano, P. Corder, I. Grimaldi (a cura di), *L'alienazione parentale nelle aule giudiziarie*, Rimini, Maggioli, 2018.

¹²² Art. 473 *bis* 39 cod. proc. civ.: “1. In caso di gravi inadempienze, anche di natura economica, o di atti che arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento e dell'esercizio della responsabilità genitoriale, il giudice del procedimento in corso può d'ufficio modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente:

- a) ammonire il genitore inadempiente;
- b) individuare ai sensi dell'articolo 614-bis la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento;
- c) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende.

2. Nei casi di cui al primo comma, il giudice può inoltre condannare il genitore inadempiente al risarcimento dei danni a favore dell'altro genitore o, anche d'ufficio, del minore.

3. Se non pende un procedimento la domanda si propone nelle forme dell'articolo 473-bis.12.

4. I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari”.

requisiti di responsabilità genitoriale figura anche la capacità di mantenere il legame con l'altro genitore, a tutela dell'interesse e del diritto del figlio alla bigenitorialità" (Cass. n. 6919 dell'8 aprile 2016).

Rammento anche come la Corte Costituzionale avesse già posto nel 2021 come fondamentale il principio della bigenitorialità, quale "interesse del figlio minore a vivere e a crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori" (Corte Cost. 23 febbraio 2012, n. 31).

In primo grado la PAS è stata riconosciuta, ad esempio, in un caso portato al Tribunale di Milano in cui la madre ricorrente sottolineava la ripetuta assenza del padre e le conseguenze sulla figlia minore. In tale procedimento fu riconosciuto che la figlia minore versava in uno stato di totale abnegazione passiva nei confronti della madre, aderendo in toto alla sua percezione e alla sua condotta fino ad arrivare a una distorsione del rapporto con il padre, pertanto rifiutato. Padre che, spinto ai margini della vita della figlia, veniva ad identificarsi con una figura pressoché inesistente.

La decisione del Tribunale evidenziò il comportamento distruttivo della madre, comportamento determinante la cattiva relazione tra figlia e padre (Tribunale di Milano, sez. IX civ., dec. 9-11 marzo 2017).

Per quanto riguarda le sentenze sfavorevoli, prendiamo, come esempio di una giurisprudenza orientata contro la PAS, una sentenza del 2021 ben nota, della Corte di Cassazione, che, cassando la sentenza della Corte d'Appello di Venezia, che aveva riconosciuto la PAS e pertanto aveva affidato in via esclusiva al padre il figlio minore, ha affermato che anche in presenza di condotte materne non particolarmente buone si possano – anzi, si debbano – considerare misure alternative all'allontanamento dei minori dalla madre, che procurerebbe un trauma per il figlio minore, quali percorsi di recupero della capacità genitoriale tesi a rigenerare "il positivo rapporto di accudimento" (Corte Cass., I Sez. Civ., n. 13217/21 del 17 maggio 2021).

In sostanza, la Cassazione del maggio 2021 non ha riconosciuto la PAS nel caso concreto ed ha sottolineato la dubbia valenza scientifica della stessa, ribaltando la sentenza di secondo grado in quanto fondata su un presupposto scientificamente "controverso". Ha tuttavia sottolineato l'incidenza psicologica di un allontanamento del figlio dalla madre, rilevando la necessità di percorsi di recupero della genitorialità.

Veniamo infine ad una sentenza di primo grado in cui l'allontanamento del figlio dal nucleo materno in cui era cresciuto, con esclusione e rifiuto del padre, è stata l'elemento decisivo delle valutazioni sia delle parti, sia del giudice.

Nella primavera del 2021 la sezione civile del Tribunale di Civitavecchia ha

emesso un decreto (15 marzo 2021) pronunciandosi su ricorso ex art. 737 cod. proc. civ. (*I provvedimenti, che debbono essere pronunciati in camera di consiglio, si chiedono con ricorso al giudice competente e hanno forma di decreto motivato, salvo che la legge disponga altrimenti.*).

Trattavasi, nello specifico, di una richiesta di affido esclusivo da parte del padre di figlio minore che si trovava in una situazione di rapporto simbiotico con la madre con conseguente allontanamento della figura paterna.

Tale richiesta mirava solo a sollecitare la controparte a far fronte ai disagi psichici e relazionali del minore e ad attivarsi per la loro risoluzione: in concreto far accettare alla madre il disagio del figlio e iniziare un percorso di sviluppo del minore presso un centro specializzato. Non dunque a strappare il minore dal luogo materno, creandogli inevitabilmente un ulteriore disagio emotivo, ma a convincere la madre con richieste forti a non opporsi e a collaborare per il bene del figlio. Non essendo seguita alcuna collaborazione da parte della figura materna e avendo comunque il padre rinunciato con grave sofferenza alla richiesta di affido esclusivo (dopo attenta valutazione dei benefici ed effetti di un allontanamento della figlia dal nucleo materno), il giudice ha disposto una CTU per verificare la situazione, CTU richiesta solo dopo un tentativo da parte dello stesso giudice di convincere la madre a tener conto dei disagi del figlio (ampiamenti testimoniati da referti psichiatrici) e delle legittime richieste di cura del figlio da parte del padre.

Tutto il procedimento di CTU si è concentrato a ingrandire la lente solo sulla figura paterna e a evidenziarne ogni possibile problematica, difetto o mancanza nei confronti del minore. Nulla è stato sottolineato sulla figura materna, nonostante evidenti dati e prove, come i referti psichiatrici; sono state anzi manipolate alcune prove né è mai stata riconosciuta una situazione di alienazione parentale. Il giudice, che pur ha dovuto basarsi su tale fallace CTU, si è tuttavia pronunciato in modo equilibrato, disponendo un affido condiviso e consigliando un percorso per la minore e per i genitori al fine del corretto recupero delle capacità genitoriali.

A dire il vero in questo caso la fattispecie concreta di PAS non è stata rilevata in modo esplicito, innanzitutto dal padre per evitare danni o problemi al minore in caso di allontanamento dall'ambiente materno (purtroppo inevitabili) né dalla CTU, totalmente orientata a favore della madre.

A mio avviso due sono le ipotesi che possiamo profilare in questa vicenda giudiziaria:

- a. La PAS non è entrata in questa fattispecie perché la CTU, consapevole della sua esistenza, ha tuttavia valutato più grave l'allontanamento del minore

dalla famiglia materna, auspicando una collaborazione tra i genitori per la risoluzione dei problemi del minore.

b. La PAS non è stata presa in considerazione perché la CTU è notoriamente propensa, come credo, alla bigenitorialità e, laddove quest'ultima si riveli impossibile, in seconda battuta alla figura femminile, secondo il noto principio e orientamento della *maternal preference*.

Il padre richiedente ha rinunciato a proseguire in questa battaglia, in primo luogo perché conscio della pericolosità della stessa per il figlio, e in secondo luogo per l'inutilità della stessa in un contesto troppo sfavorevole all'importanza della figura paterna.

Questa sentenza e, in specie, la relazione di CTU, ci offrono un esempio tangibile nonché attuale di discriminazione tra uomo e donna nella funzione genitoriale e quindi tra padre e madre. Il ruolo materno ne esce rafforzato e imprescindibile. Sotto accusa è solo il ruolo paterno, messo in discussione, analizzato, distorto. Esso va sicuramente anche collocato nel contesto che viviamo quotidianamente, e cioè nella situazione ricorrente dell'aberrante violenza maschile sulle donne di cui ogni giorno i media ci informano e, personalmente ho notato come attualmente tali drammatici fenomeni di violenza lascino traccia, come un'ombra, su ogni figura maschile, quasi additando tutto il genere maschile come pericoloso e non affidabile.

Purtroppo, oltre le dannose generalizzazioni, prive di contesto, il fenomeno che vede padri di ogni ceto e professione perdere il rapporto con i propri figli – venendo essi stessi spesso anche a trovarsi in cattive situazioni economiche per gli assegni di mantenimento – sta aumentando.

Possiamo aderire alla volontà generale di abolire ogni riferimento alla PAS, per l'uso distorto che talvolta ne è stato fatto, e per la sua ascientificità, ma non si può accettare, stante il principio della bigenitorialità sancito dalla Cassazione e dalla Corte costituzionale, che la figura paterna subisca discriminazione o marginalizzazione.

L'aspetto più grave però riguarda proprio i minori che, in questi casi, come nell'ultimo appena descritto, vivono in un nucleo insano per il loro sviluppo e crescita, ma non vogliono né possono uscirne senza un intervento in qualche modo coattivo. La loro vita è in gioco. Chiusi in gabbie apparentemente dorate di cui la madre conserva gelosamente le chiavi. Di tali gabbie purtroppo molti adolescenti e giovani conservano sensibili segni nei comportamenti affettivi e relazionali.

Tra l'altro, come tutti sappiamo, in questo periodo ci troviamo anche nel post-riforma 2021 del processo civile (attuata con decreto legislativo n. 149/2022)

che, per quanto riguarda il tema qui affrontato ha previsto l'istituzione del Tribunale per le persone, i minorenni e la famiglia in sostituzione di quello dei minori¹²³. Una riforma che ha scatenato un'ondata di indignazione e di proteste.

Auspicio un approccio alla bigenitorialità e all'interesse preminente dei minori che sia totalmente imparziale, libero da ogni influenza genitoriale.

È essenziale che i giudizi si basino unicamente sui fatti, e che il nuovo Tribunale della Famiglia mantenga i minori al centro della sua attenzione, senza privilegiare gli interessi dei genitori.

6. Osservazioni conclusive

La donna romana, sottomessa al potere del *pater se alieni iuris*, soggetta alla *manus* in caso di *conventio in manum*, sottoposta alla *tutela mulieris*, senza dubbio storicamente persona assoggettata e debole, giuridicamente non rilevante dal punto di vista privatistico e soprattutto pubblicistico, fu comunque persona di prestigio sociale e familiare, a cui non le leggi ma il *mos* riconobbe un ruolo fondamentale nella *familia* e in particolare sotto il profilo genitoriale: come il *pater* si occupava dell'educazione dei figli, godendo del rispetto di educatrice anche in presenza del tutore¹²⁴, e tale ruolo le fu riconosciuto per tutta l'esperienza giuridica romana, anche se con il tempo finì per stabilirsi il principio secondo il quale, in caso di divorzio, l'affidamento dei figli – fondamentalmente ritenuto di diritto del *pater familias* – dovesse essere stabilito dal giudice sulla base del maggiore interesse della prole. Ben noto è il suo ruolo di *materfamilias*, espressione dai molteplici e contrastanti significati nelle fonti: secondo l'*opinio communis* infatti è altamente probabile una trasformazione semantica dell'espressione *materfamilias* che passò dall'individuare una donna in stato di soggezione, sottoposta alla *manus* del marito, ad esprimere lo stato di una donna autonoma e con ruoli particolari¹²⁵.

Il *ius liberorum* rappresentò un'iniziativa legislativa volta a incrementare la natalità, significativamente compromessa dagli eventi che segnarono la fine della

¹²³ Cfr. www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/l-istituzione-del-nuovo-tribunale-unico-per-le-persone-i-minorenni-e-le-famiglie-un-progetto-di-riforma-tra-luci-e-ombre.

¹²⁴ Cfr. il bel lavoro di F. Fasolino, *Alcune considerazioni sul ruolo della donna nell'educazione della prole*, in M del Tufo, F. Lucrezi (a cura di), *Lo spazio della donna nel mondo antico*, cit., pp. 175 ss.

¹²⁵ V. in particolare D. 1.6.4 Ulp. 1 inst. *Nam civium Romanorum quidam sunt patres familiarum, alii filii familiarum, quaedam matres familiarum, quaedam filiae familiarum. patres familiarum sunt, qui sunt suae potestatis sive puberes sive impuberes: simili modo matres familiarum; filii familiarum et filiae quae sunt in aliena potestate.*

Repubblica. Tale istituto, conferendo specifici privilegi alle donne in virtù della loro maternità, operò entro il consolidato sistema di sottoposizione femminile alla tutela e delle relative incapacità successorie. L'introduzione del *ius liberorum* non fu un evento isolato, bensì parte integrante di una più ampia strategia di politica demografica imperiale, caratterizzata da un progressivo ampliamento delle capacità di agire riconosciute alla figura femminile.

Visto con occhi moderni, crea anche una cesura e quindi una discriminazione sociale, etica, morale e giuridica tra donne con figli e donne senza figli.

Nella disciplina antica una donna in sostanza ha diritti perché può procreare e se ha figli, e non, come affermiamo giustamente al giorno d'oggi, in quanto donna o semplicemente persona. La donna romana conquista con fatica alcuni diritti. Ma in generale, se la maternità deve essere valutata come ruolo essenziale e fondamentale nella crescita dei figli, non dovrebbe essere considerata un privilegio foriero di una condizione intoccabile e quasi prevaricante.

Attualmente lo *status* di madre non deve essere utilizzato come privilegio o vantaggio, in altre parole non può essere permesso un uso non etico della maternità, soprattutto in sede giuridica nei rapporti genitoriali conflittuali dove, al centro degli interessi, deve essere messo il figlio/a e non il ruolo materno o paterno. Né il suo ruolo può prevaricare quello paterno, in un contesto di totale cura degli interessi del minore.

Veniamo a concludere.

Rileggendo queste mie pagine mi è tornato in mente un bellissimo monologo del protagonista del film-cult *Kramer contro Kramer*, di Robert Benton (1979); il protagonista del film, interpretato da Dustin Hoffman, di fronte al giudice afferma:

“La mia ex-moglie dice che vuole bene a Billy, e io credo di sì. Ma non credo che questo sia il punto qui. Se ho ben capito, quello che più conta qui è solo il bene di nostro figlio, ciò che è meglio per lui. Mia moglie non faceva che dirmi: “Perché una donna non può avere le stesse ambizioni di un uomo?”. Forse hai ragione. Forse sono riuscito a capire. Ma per lo stesso principio, vorrei sapere chi ha detto che una donna è un genitore migliore in virtù del suo sesso. Ho avuto tempo di pensarci. Ha a che fare con la costanza, con la pazienza, con l’ascoltarlo, o col fingere di ascoltarlo, se ti manca anche la forza di ascoltarlo. Ha a che fare con l’amore, come diceva lei [...] e io non so dov’è scritto il fatto che una donna ha [...] l’esclusiva, il monopolio, e che l’uomo difetta di certi sentimenti che ha la donna. Il bambino ha una casa con me. L’ho fatta meglio che potevo, non è perfetta, io non sono un genitore perfetto, e qualche volta non ho pazienza e [...] e mi dimentico che lui è un ragazzino [...] ma sono lì. Io mi alzo la mattina, facciamo colazione, lo accompagno a scuola, torno a casa la sera, mangiamo, parliamo, gli leggo... abbiamo costruito una vita insieme. E ci vogliamo bene.

Se tutto ciò verrà distrutto, potrebbe essere irreparabile. Joanna, non glielo fare [...] non farglielo per la seconda volta".

La drammaticità e il profondo effetto che genera questo monologo sui padri che possono essere genitori si inserisce nell'intera narrazione del film che racconta la trasformazione del personaggio di Ted Kramer e il suo percorso di scoperta dell'essere padre, volendo dimostrare che anche i padri possono essere genitori responsabili e amorevoli. Il film si focalizza sulle capacità del protagonista di gestire la vita quotidiana del figlio, prendendosi cura dei suoi bisogni e trascorrendo del tempo di qualità con lui, sfatando così l'idea che l'essere padre sia limitato a un ruolo di supporto economico.

Il film, datato agli anni '70 del secolo scorso, manifesta una esigenza, un problema, uno stato di fatto. Ma oggi siamo nel 2025 e possiamo raggiungere con semplicità questo obiettivo, partendo dalla centralità della figura del figlio e ponendo i genitori su uno stesso piano etico e giuridico.

Nel film la custodia del bambino è affidata alla donna la quale, tuttavia, con un gesto di grande consapevolezza, si accorda con l'ex coniuge e lascia il bambino laddove era cresciuto.

Questo esempio cinematografico è ovviamente solo simbolico ma fa sperare che sia possibile nell'immediato futuro che norme e persone realizzino il miglior bene dei figli, in caso di separazione, senza lotta tra le figure genitoriali.

CONFLITTI TRA GENITORI E FIGLI NELLO SPECCHIO

DEL DIRITTO ROMANO. ALCUNI CASI DI STUDIO

di Mario Fiorentini¹

Sommario: 1. Qualche osservazione per introdurre: la famiglia romana in età imperiale – 2. Omicidi in famiglia – 2.1. Figli che uccidono i padri – 2.2. Figli che uccidono le madri – 2.3. Padri che uccidono i figli – 2.4. Madri che uccidono i figli – 2.5. Madri e matrigne che insidiano i figli e i figliastri – 2.6. Figli che insidiano le matrigne – 2.7. Mariti e mogli che si uccidono tra loro – 3. Tensioni ereditarie e la *querela inofficiosi testamenti* – 4. Qualche osservazione conclusiva.

1. Qualche osservazione per introdurre: la famiglia romana in età imperiale

Siamo abituati a pensare la famiglia romana come una formazione sociale granitica, imm modificata nel corso dei secoli, con la sua struttura piramidale al cui vertice si trovava il *pater familias*, dotato di un potere illimitato su tutti i componenti della famiglia a lui sottoposti, moglie *in manu*, figli o schiavi che fossero, la cui manifestazione più evidente e terribile era costituita dal *ius vitae et necis*. Insomma, la famiglia di età arcaica e repubblicana, imm modificabile quasi come una formazione “naturale”, come la presentò, ad esempio, Numa Denis Fustel de Coulanges nel XIX secolo², nel suo sogno reazionario di opposizione ai tumultuosi tempi di profondo cambiamento sociale, religioso e politico, che non a caso eserciterà una profonda influenza su un Charles Maurras, il fondatore dell’*Action Française*³.

¹ Già professore associato di Istituzioni di diritto romano presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell’Interpretazione e della Traduzione (IUSLIT) dell’Università degli Studi di Trieste; professore a contratto presso il Dipartimento di Studi Umanistici (DISU) della stessa Università.

Il presente contributo è stato sottoposto a procedura di *double-blind peer review*.

² Mi riferisco ovviamente a N.D. Fustel de Coulanges, *La cité antique. étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*, Paris¹⁰, Hachette, 1883.

³ Per un quadro completo delle idee politiche di Fustel, che si riversarono nel suo libro e, più in generale, in tutta la sua opera di storico, rinvio ovviamente ad A. Momigliano, *La città antica di Fustel de Coulanges*, in *Rivista Storica dell’Antichità*, 82/1970, pp. 81-98; Id., *Quinto contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, I, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 1975, pp. 159-178. L’ambiguità dell’influenza che il pensiero di Fustel avrà sulle posizioni reazionarie francesi di tre quarti di secolo dopo è analizzata da S. Wilson, *Fustel de Coulanges and the Action Française*, in *Journal of the History of Ideas*, 34/1973, pp. 123-134, e da C. Valenti, *L’Action Française et le Cercle Fustel de Coulanges à l’école de l’Antiquité (première moitié du XXe siècle)*, in *Anabases*, 41/2006, pp. 49-64.

Ma Eva Cantarella, nel suo bel libro del 2017, ha giustamente messo in guardia dal pensare che questa visione della famiglia romana, così tetragona e immobile nonostante lo scorrere dei secoli, rispecchi la realtà storica⁴.

Il potere assoluto del *pater familias*, se fu effettivamente in pieno vigore con tutta la sua intrinseca, potenziale violenza in età monarchica e nei primi secoli della Repubblica, progressivamente viene intaccato in profondità nel corso degli ultimi tre secoli repubblicani e soprattutto nel periodo imperiale⁵.

Parallelamente alla sempre maggiore autonomia economica conquistata dai soggetti alla potestà del *pater* (si pensi al regime dei peculi speciali del figlio e alla capacità patrimoniale della donna, sempre più estesa col passare del tempo), sono due le direttrici fondamentali di questo mutamento: da un lato, la presa ferrea del marito sulla moglie, la *manus*, si era già allentata nel corso della Repubblica, col sostanziale venir meno della *conventio in manum* e l'affermarsi quasi generalizzato del matrimonio *sine manu*.

In questo tipo di unione coniugale, la formale estraneità della moglie-madre alla famiglia era comunque superata, nel vivere quotidiano, dal formarsi di quei rapporti affettivi forti che leggiamo nelle parole disperate dei mariti che avevano perso mogli esemplari, di mogli inconsolabili per la perdita dei cari mariti, di madri che si erano viste portar via figli piissimi, di figli affranti per la perdita di genitori eccelsi, piissimi, carissimi, benemeriti.

L'altro fenomeno che modifica le dinamiche familiari è la sempre maggiore contrazione di due facoltà connesse alla *patria potestas*: in primo luogo, quella di "vendere" il proprio figlio, già fortemente limitato dalle XII Tavole (Tab. 4.2, *si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*), e soprattutto quella del più terribile potere connesso alla *patria potestas* sui figli (oltre che della potestà dominicale sugli schiavi), il *ius vitae et necis*. Benché il potere di mettere a morte il figlio non sia stato mai indiscriminato (come, al contrario, quello sugli schiavi, che trova un limite solo nella seconda metà del II sec. d.C., quando Antonino Pio adotterà provvedimenti che andranno a sanzionare l'*intolerabilis saevitia*

⁴ E. Cantarella, *Come uccidere il padre. Genitori e figli da Roma a oggi*, Milano, Feltrinelli, 2017. E, sulla conformazione della *patria potestas* nella tarda antichità, cfr. P. Garbarino, *Sulle tracce dei doveri del pater. Brevi riflessioni sulla patria potestas in età tardoantica*, in A. Palma (a cura di), *Civitas et Civilitas. Studi in onore di Francesco Guizzi*, I, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 384-399.

⁵ Non mi pare che F. Carlà-Uhink, *Murder among Relatives. Intrafamilial Violence in Ancient Rome and its Regulation*, in *Journal of Ancient History*, 5/2017, pp. 26-65, abbia ragione nello spostare il *ius vitae et necis* paterno in una fase relativamente avanzata della vicenda storica romana: le prove su cui si fonda non mi sembrano decisive. Al contrario, un processo di lento, progressivo svuotamento di questo potere mi pare ancora il quadro preferibile.

dominorum, come ricordano Gai 1.53 e I. 1.8.1⁶), l'età imperiale vede un sempre maggiore espandersi di limiti alla potestà paterna, tanto da configurare l'uccisione dei figli, in certi casi, alla stregua di un omicidio.

Ovviamente, tra il dover essere del diritto e delle sue regole astratte e l'essere dei rapporti concreti corre sempre un certo divario, talvolta anche profondo: pensiamo solo, oggi, all'abisso che ancora separa la riforma del diritto di famiglia del 1975 dal sentire comune di tanti maschi, che continuano a sentire la propria moglie, fidanzata, amante o ex, come una cosa propria priva del diritto di autodeterminazione.

Anche in età romana il rapporto intrafamiliare mostra due facce contrastanti. È vero che la ricerca moderna evidenzia gli esempi di pietà paterna verso i figli e le figlie, tanto da ingenerare l'idea che il rapporto genitoriale, tra i Romani, fosse incentrato su una serena e amorevole coesistenza. Molto bella è la ricerca di Maria Federica Petraccia e Maria Tramunto⁷ (che ha curato una vibrante e commossa analisi di alcuni epitaffi per bambini e bambine decedute in tenera età), dai quali emerge una continua sollecitudine dei genitori per l'educazione dei figli, la cura che i figli adulti si prendevano dei genitori anziani, lo strazio per la perdita dei loro cari. Non meno penetrante è la descrizione, che dobbiamo a Francesca Romana Nocchi⁸, dell'attenzione paterna verso l'educazione dei figli, vista attraverso la premura con cui Cicerone curò la formazione culturale del figlio. Insomma un quadro di idilliaca armonia.

Questa rappresentazione non è di maniera, ma è reale: lo dimostrano le innumerevoli epigrafi funerarie, grondanti disperazione dei genitori per la perdita dei figli, uno strazio che indusse Papiria Tertia, su una stele funeraria del I sec. d.C. scoperta a Maiero di Portomaggiore, tra Ferrara e Argenta, e conservata al Museo Civico dell'Antichità di Cesena [CIL V.2435=EDR140913 (Scaletta)], ad augurarsi (l. 5) *ut steriles vere possint gaudere maritae*: meglio restare senza figli

⁶ M. Miglietta, "Servus dolo occisus". Contributo allo studio del concorso tra "actio legis Aquiliae" e "iudicium ex lege Cornelia de sicariis", Napoli, Jovene, 2001; D. Liebs, La protezione degli schiavi contro maltrattamenti dei loro padroni in età precristiana, cristiana e nell'Alto Medioevo, in *Ravenna Capitale. Dopo il Teodosiano. Il diritto pubblico in Occidente nei secoli V-VIII. In memoria di Giovanna Mancini*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017, pp. 19-39.

⁷ M.F. Petraccia, M. Tramunto, *Genitori e figli nella storiografia romana e nelle iscrizioni: alcuni esempi*, in "Oqμoς, n.s., 3/2011, pp. 105-119.

⁸ F.R. Nocchi, *Crescere un adolescente: padri antichi alle prese con giovani ribelli*, in C. Cheung, P. Mbote Mbote (a cura di), *La figura e il ruolo del padre nell'antichità classica e cristiana*. Atti del Convegno della Facoltà di Lettere Cristiane e Classiche, Roma, 23 ottobre 2020, Roma, LAS-Libreria Ateneo Salesiano, 2021, pp. 27-54.

piuttosto che vederseli prematuramente strappare dalla morte⁹.

Ancor più significativa è la storia di Telesinia Crispinilla, una madre di Telesia, alla cui tragica vicenda accenna l'epigrafe funeraria in sua memoria¹⁰:

CIL IX 2229=EDR180050 (Camodeca): *D(is) M(anibus) s(acrum). / Telesinae Crispi/nillae, coniugi sanctis/simae, quae ob desiderium / ⁵P(ubli) Lali Gentiani Victoris, / fili sui piissimi, vivere / abominavit et post dies XV / fati eius animo despondit. / P(ublius) Lalius Modestus maritus, / ¹⁰ cum qua vixit ann(is) XXXVIII, m(ensibus) IIII / sine ulla quaerella.*

Questa donna perse il figlio P. Lelio Genziano di soli ventidue anni¹¹ (gli mancavano pochi giorni al compleanno), e per il troppo dolore *vivere abominavit*, una locuzione che sottintende sicuramente, pur in modo pudico, il suicidio: dopo quindici giorni dalla morte del figlio, la madre, odiando di vivere, volontariamente lo segue. Il marito afferma che essi erano vissuti insieme trentanove anni e quattro mesi; se il figlio era defunto a ventidue anni, vuol dire che era nato dopo quasi diciassette anni di matrimonio. Un tempo così lungo senza figli, stroncato così presto: il dolore della madre, così intollerabile, appare assolutamente comprensibile e degno della massima pietà.

E anche la potenza del legame affettivo tra i coniugi si apprezza fino in fondo nel momento tragico del distacco, come leggiamo ancora nelle epigrafi funerarie nelle quali, in mezzo alle formule stereotipate come *bene merenti, carissimae, pi(ent)issimae, rarissimae, amantissimae* (declinati al maschile quando il coniuge premorto è il marito ed è la moglie a disperarsi), o *domiseda univira, unicuba* (usati solo per le donne), spiccano alcuni esempi di inconsueto senso poetico, come quello, di ispirazione quasi catulliana, che il liberto imperiale T. Elio Stefano fece comporre per la moglie Flavia Nicopoli, su un'epigrafe trovata nel 1591 a Roma e

⁹ Bellissimo il lavoro di D. Gorostidi Pi, "Too Young to Die": Grief and Mourning in Ancient Rome, in *Thersites*, 9/2019, pp. 71-88; S. Casamayor Mancisidor, "You Owe Me": Affections and Duties between Elderly Mothers and Their Adult Children in Ancient Rome, in *Gender and Research*, 22-1/2021, pp. 108-126, qui pp. 110-111.

¹⁰ J.-L. Voisin, *Apicata, Antinoüs et quelques autres. Notes d'épigraphie sur la mort volontaire à Rome*, in *Mélanges de l'École française de Rome-Antiquité*, 99/1987, pp. 257-280; H. Brandt, *Am Ende des Lebens. Alter, Tod und Suizid in der Antike*, München, Beck, 2010, p. 120; M. Fiorentini, "Mi impadronii della morte desiderata". Variazioni antiche sul tema del suicidio, in M. Lentano, G. Rizzelli (a cura di), *Il sangue e la virtù. Politica ed emozioni alle origini della Repubblica in Roma antica*, Roma, Carocci, 2025, pp. 133-134; p. 221.

¹¹ Lo sappiamo dall'epitaffio del giovane, CIL IX 2228, perduto come quello della madre, composto dai genitori, l. 5, *infeli/cissimi ac pientissim(i) / filio dulcissimo; vix(it) ann(is) / XXI, mens(ibus) XI, dieb(us) XVIII*. Notare che, quando viene composto l'epitaffio per il figlio, Crispinilla è ancora viva. In due settimane Genziano ha dovuto commissionare due epigrafi funerarie, una per il giovane figlio e un'altra per l'amata moglie, seppellendoli una dopo l'altro.

oggi perduta, nella quale il vedovo chiede un favore agli dei, che facciano nascere un fiore sul tumulo della moglie, in modo che chi passi identifichi in quel fiore il corpo della sua sposa:

CIL VI, 18385=EDR150064 [Ferraro], col II, ll. 7-9: *ut qui praeteriens gressu tardante viator / viderit hos flores, titulum legat et sibi dicat: / hoc flos est corpus Flaviae Nicopolis.*

Una sorta di resurrezione sotto forma di fiore¹². Insomma, le manifestazioni di disperazione per la perdita di un familiare non sono vuote espressioni retoriche.

Eppure, accanto a queste rappresentazioni gentili e premurose, e a far loro da contrappunto, si cela un aspetto più oscuro, carico di ostilità e di dissapori pronti a esplodere nella tragedia familiare: la paura dei padri verso i figli, l'odio dei figli verso i genitori o dei coniugi tra loro, le pulsioni sessuali intrafamiliari, favorite dall'ingresso in famiglia di persone (matrigne o patrigni) non legate da vincoli di sangue, le gelosie dei parenti nella divisione di un'eredità, o l'ira dei figli nel vedersi diseredati dai padri nel testamento: fenomeni antichi come il mondo, di cui le fonti romane ci trasmettono tracce inquietanti e sinistre.

Nel suo lavoro pubblicato in questo stesso volume, Paola Bianchi ha tratteggiato importanti aspetti conflittuali del rapporto familiare, soprattutto sul versante del destino dei figli a seguito di un divorzio¹³.

Oggetto di questo mio lavoro sarà un'ulteriore, tutt'altro che sistematica, rassegna di esempi di conflitti che sfociarono in fatti di sangue all'interno delle famiglie romane, in quelli che oggi sono ricompresi nella nozione di "violenza di prossimità"¹⁴.

¹² L. Montanini, *Le donne romane e la morte*, in *Ager Veleias*, 4-12/2009 (www.veleia.it), pp. 2-3; D. Gorostidi Pi, *"Too Young to Die"*, cit., p. 72. A. Brelich (*Aspetti della morte nelle iscrizioni sepolcrali dell'Impero romano*, Budapest, Istituto di numismatica e di archeologia dell'Università Pietro Pazmany, 1937, p. 39) parlava della rinascita del defunto sotto forma di fiore, attestata da questa e da alcune altre epigrafi funerarie, come CIL VI, 13528=EDR185765 (Cenati), da Roma, o CIL IX, 03184=EDR177380 (Almagno), da *Corfinium*. Per analogie con la metafora del fiore, cfr. M. Massaro, *Le "nozze perpetue" di una coppia romana (CE 1559)*, in *Studia Philologica Valentina*, 11/2008, pp. 283-325, e i versi bellissimi di un grande poeta contemporaneo, "se dalla carne mia già corrosa/dove il mio cuore ha battuto un tempo/dovesse nascere un giorno una rosa/la dò alla donna che mi offrì il suo pianto; /per ogni palpito del suo cuore/le rendo un petalo rosso d'amore"(F. De André, *Il testamento*, 1966), molto lontano, nei toni e nel contenuto, dal preteso modello, il *Testament* di François Villon.

¹³ P. Bianchi, *Genitorialità contrastata. Quale apporto dal diritto romano. I) La collocazione dei figli dopo il divorzio. II) Dal ius liberorum alla PAS. Alcune aberrazioni al contrario*, in questo volume.

¹⁴ I. Bartholini, *Violenza di prossimità: la vittima, il carnefice, lo spettatore, il grande occhio*, Milano, Franco Angeli, 2013; Ead., *The Trap of Proximity Violence. Research and Insights into Male Dominance and Female Resistance*, Cham, Springer, 2020.

Il presente lavoro tenta di gettare uno sguardo su forme di violenza intrafamiliare più diversificate rispetto alla “*triad*” (“*proximity violence, vulnerability, resistance-resilience*”) studiata da Ignazia Bartholini, comprendenti anche casi di violenza femminile contro i mariti o i figli, che però, come vedremo, prendono sempre le mosse da situazioni di debolezza muliebre e si manifestano come atti di rappresaglia rispetto a violenze direttamente o indirettamente subite dalle donne.

Molti problemi di natura tecnico-giuridica che si presentano nelle fonti non saranno affrontati. Qui sarà tentata, piuttosto, un’analisi a campione di alcuni casi che appaiono particolarmente significativi di questa “guerra intrafamiliare”, analizzati più in un’ottica di sociologia della famiglia, piuttosto che di ricostruzione dogmatica e sistematica, e senza alcuna pretesa di completezza.

Il contributo sarà suddiviso in due parti: la prima è destinata a esaminare alcuni casi di omicidi in famiglia, a sua volta suddivisa in sezioni sul parricidio, sull’omicidio del figlio da parte del padre, sul matricidio, sull’attrazione sessuale tra membri della famiglia e sul suicidio del figlio per causa dei genitori.

La seconda parte sarà riservata alle tensioni tra i parenti a causa dell’eredità, che, invece che al cimitero o davanti al boia, potevano concludersi in tribunale.

2. Omicidi in famiglia

Al di là delle rappresentazioni idilliache, dunque, la famiglia romana è attraversata da una serie di tensioni e di rapporti conflittuali la cui riproduzione non è difficile riscontrare nelle dinamiche alienate e spesso patologiche di cui soffrono anche le famiglie a noi contemporanee, situazioni che uno studio recente, centrato soprattutto su statistiche provenienti da paesi anglofoni (Stati Uniti d’America, Gran Bretagna, Australia), non ha esitato a paragonare a un’epidemia¹⁵: una valutazione che, peraltro, ben si adatta anche alla realtà italiana. Il parricidio non era frequente, ma contro colui che lo avesse commesso si scatenava quella reazione spaventosa che era la *poena cullei*. Anche il matricidio doveva essere piuttosto raro, eppure le fonti ci tramandano casi di grande impatto emotivo. E pure i genitori, soprattutto i padri, uccidevano i figli al di fuori dei casi consentiti dal *ius occidendi*, e spesso motivati dalla gelosia. Inoltre, come ho accennato prima, la frequenza delle seconde nozze portava talora a situazioni

¹⁵ E. Cowan, T. Parkin, *Domestic violence and vulnerability in the Roman world: setting the scene*, in *Bulletin of the Institute of Classical Studies*, 66/2023, pp. 1-15, p. 1: “*The contexts within which we live and work are contexts in which domestic violence has reached pandemic status*”.

riprovevoli dovute all'attrazione sessuale scatenata dalle matrigne verso i figliastri e viceversa. Insomma, la vita familiare romana non era sempre quell'oasi di armonia che le fonti ci mostrano.

E forse potremo anche trovare qualche esempio che si avvicina al tema affrontato in questo numero monografico, quello dell'alienazione parentale, di un genitore che suborna il figlio contro l'altro genitore, con conseguenze spesso drammatiche non solo per l'equilibrio familiare ma anche per la stessa vita delle persone coinvolte. Insomma, uno scenario di violenza intrafamiliare repressa ma sempre pronta a esplodere: la "paura dei padri"¹⁶, il terrore di essere uccisi dai figli o dagli schiavi o da loro denunciati per un crimine capitale mai commesso ma utile ad eliminarli, è ben bilanciata dall'odio delle mogli verso i mariti e da quello dei figli verso i padri, dalla loro impazienza di mettere mano su un patrimonio il cui totale controllo è ancora nelle mani di un genitore che non ne vuol sapere di morire. Tanti Pietro Maso *ante litteram*¹⁷.

2.1. Figli che uccidono i padri

Il parricidio è la forma più mostruosa di crimine che si possa immaginare, un *prodigium* da stornare con cerimonie espiatorie altrettanto spaventose.

Prima di tutto, metto in chiaro cosa questo lavoro *non è*: in questa sede non mi soffermerò sugli innumerevoli problemi testuali della fonte principale, Paul. Fest., *Parricidi<di> quaestores*, 247 L. che, come è noto, non riguardava l'omicidio del padre ma quello di un qualsiasi uomo libero non previamente condannato, *qualecumque hominem indemnatum*¹⁸. E non tenterò neanche l'impresa disperata di capire la ragione della particolare pena a cui veniva sottoposto il criminale, la *poena cullei*, descritta nel testo fondamentale di Erennio Modestino:

¹⁶ Prendo qui in prestito il titolo del bel libro di E. Pellizer, N. Zorzetti (a cura di), *La paura dei padri nella società antica e medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1983.

¹⁷ Sull'omicidio dei coniugi Maso, avvenuto il 17 aprile 1991, cfr. la lucida ricostruzione di E. Rossi, *Pietro Maso: il volto oscuro della normalità*, in *Salvis Juribus*, 31 dicembre 2024, www.salvisjuribus.it.

¹⁸ Da ultimo, cospicua riflessione di M. Mancini, *Stravaganze supreme sull'etimologia di lat. Pārīcīdas*, in F. Bruni, L. Garofalo (a cura di), *Lingua e istituzioni. Aspetti comunicativi, intellettuali, storico-giuridici, religiosi*, Venezia, IVSLA, 2020, pp. 143-185. Ottimi rilievi sono proposti da P. Biavaschi, *L'ambiguo destino della poena cullei tra sopravvivenza e innovazione*, in *Ravenna Capitale. Codice Teodosiano e tradizioni giuridiche in Occidente. La terra, strumento di arricchimento e sopravvivenza*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016, pp. 169-186, soprattutto pp. 171-176, ove è tracciata una storia della pena del sacco fino alla legge di Costantino.

Modest. 12 *pand.*, D. 48.9.9 pr.: *Poena parricidii more maiorum haec instituta est, ut parricida virgis sanguineis verberatus deinde culleo insuatur cum cane, gallo gallinaceo et vipera et simia: deinde in mare profundum culleus iactatur. hoc ita, si mare proximum sit: alioquin bestiis obicitur secundum divi Hadriani constitutionem.*

Quindi il *culleus* era una pena *more maiorum constituta*, per la quale il condannato prima veniva frustato con *virgae sanguineae*, e poi gettato vivo in mare, chiuso in un sacco, in compagnia di un *gallus gallinaceus* – un cappone –, di un serpente, di un cane e di una scimmia. Se non fosse stato possibile gettarlo in acqua (anche un fiume avrebbe soddisfatto alla bisogna), Adriano aveva disposto che subisse la *damnatio ad bestias*. Perché il *culleus*? Non mi dilungo sul punto, ma la spiegazione secondo cui lo scopo sarebbe consistito nell’evitare che il parricida contaminasse il suolo col contatto fisico, già evidenziato dagli antichi, mi pare attendibile. Né indugiero a discutere quale fosse il significato recondito degli animali infilati nel sacco insieme a lui, probabilmente tutti legati alla nozione di tradimento: tutti problemi per i quali rinvio all’abbondante letteratura¹⁹.

Un altro tema, pur interessantissimo e molto dibattuto, non sarà qui affrontato, ossia quello delle misteriose vie per le quali il termine *paricidas* che, come ho appena accennato, designava in origine l’omicidio di un uomo libero, si trasformò in *parricida* passando a significare “omicidio del padre” (ammesso che si tratti dello stesso sostantivo e non di due sostantivi diversi: l’oscillazione *pārīcīdas/pārricīda* lascia ampi margini di incertezza)²⁰.

¹⁹ M. Radin, *The Lex Pompeia and the Poena Cullei*, in *The Journal of Roman Studies*, 10/1920, pp. 119-130. Sul “bestiario del parricida” cfr. E. Cantarella, *Paura*, cit., pp. 93-98, che analizza anche le “elucubrazioni interpretative” sorte intorno alla scelta degli animali; M. Falcon, “Paricidas esto”. *Alle origini della persecuzione dell’omicidio*, in L. Garofalo (a cura di), *Sacertà e repressione criminale in Roma arcaica*, Napoli, Jovene, 2013, pp. 191-274, si sofferma sul senso arcaico del termine, relativo all’uccisione di un uomo libero, contenuto in una *lex Numae*, su cui cfr. anche M. Fiorentini, *La città, i re e il diritto*, in A. Carandini (a cura di), *La leggenda di Roma, III, La costituzione*, Milano, Mondadori, 2011, pp. 361-362. Sul *parricidium* come uccisione del padre cfr. Y. Thomas, *Parricidium*, I, *Le père, la famille et la cité (la Lex Pompeia et le système des poursuites publiques)*, in *MEFRA*, 93/1981, pp. 643-715; Id., *La morte del padre. Sul crimine di parricidio nella Roma antica*, ed. it. a cura di V. Marotta, Macerata, Quodlibet, 2023 (ed. orig. *La mort du père. Sur le crime de parricide à Rome*, Paris, Albin Michel, 2017); C. Pelloso, *Rito di purificazione dal parricidio o esecuzione capitale del parricida? Alcune considerazioni a margine della Pro Sexto Roscio Amerino*, in *SDHI*, 87/2021, pp. 109-133.

²⁰ Quanto intricato sia il problema anche dal punto di vista linguistico lo dimostra il saggio di M. Mancini, *Una premessa filologico-linguistica all’etimologia di lat. Parīcīdas*, in M. Ballerini, F. Murano, L. Vezzosi (a cura di), *Ce qui nous est donné, ce sont les langues. Studi linguistici in onore di Maria Pia Marchese*, Alessandria, Edizioni dell’Orso, 2017, pp. 49-78; e A. McClintock, *Ius, paricidas, necare. Castigo e purificazione a Roma*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 3/2021, *Il castigo. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su giustizia, diritto di punire e pena*, pp. 99-109, qui pp. 103-105.

Qui, invece, proverò ad entrare nei meccanismi mentali che scatenavano nei figli il disegno omicidiario.

Plutarco (*Rom.* 22.4) afferma che, nella sua “costituzione”, Romolo non avrebbe disposto alcuna sanzione contro il crimine di parricidio, ma avrebbe definito con questo termine “qualsiasi uccisione di un uomo”, *pāsan androphonían patroktonían*, giustificando questa scelta col fatto che, mentre l’omicidio era un crimine prossimo al sacrilegio (*enaghoús*), il secondo sarebbe stato semplicemente impossibile (*adynátou*), tanto da osservare che²¹ “per quasi seicento anni non ce ne sia stato alcuno, e si narra che L. Ostio sia stato il primo ad uccidere il padre durante la guerra annibalica”. E tuttavia che alterchi intrafamiliari dovessero realmente verificarsi anche in età arcaica, trasformandosi anche in scontri fisici, è dimostrato dal fatto che la *verberatio*, ossia l’aggressione fisica, del figlio (e di sua moglie) contro il padre (e suocero) era prevista e sanzionata nel modo più terribile, secondo quanto riporta il lemma di Festo, v. *plorare*, 260 L.

In esso è conservato il testo di due presunte *leges regiae*, una di Romolo e Tito Tazio, l’altra di Servio Tullio, che punivano con la sanzione terribile della *sacratio* ai *divi parentum* la *verberatio* rispettivamente del suocero da parte della nuora e del *parens* da parte del *puer*²².

Naturalmente la sanzione a carico della nuora discende dal fatto che nel matrimonio arcaico, sempre accompagnato dalla *conventio in manum*, la moglie, rompendo il vincolo agnatizio con il padre naturale, veniva a trovarsi nei confronti del marito in una posizione assimilata a quella di una figlia, e perciò, se il marito avesse il padre ancora in vita, a quella di una nipote nei confronti del suocero. Pare evidente che anche nell’età arcaica il conflitto interno alla famiglia, la ribellione dei sottoposti alla potestà del *pater*, figlio o nuora che fossero, dovessero essere comportamenti per lo meno possibili, smentendo quindi la visione serafica di un Plutarco, per il quale l’uccisione del padre sarebbe stata semplicemente impensabile.

Queste considerazioni, pertanto, a mio parere, non rendono convincente la

²¹ Plut. *Rom.* 22.4: οὐδεὶς γὰρ ἔδρασε τοιοῦτον οὐδὲν ἐν Ῥώμῃ σχεδὸν ἐτῶν ἑξακοσίων διαγενομένων, ἀλλὰ πρῶτος μετὰ τὸν Ἀννιβιακὸν πόλεμον ἰστορεῖται Λεύκιος Ὅστιος πατροκτόνος γενέσθαι.

²² Su questa *lex*, oltre all’ormai immensa letteratura sull’*homo sacer*, rimando a M. Fiorentini, *La città* cit., pp. 358-359; M.T. Carbone, *Una lex regia sulla verberatio parentis. Il contributo interpretativo delle fonti letterarie*, in A. Vespaziani, M.P. Mittica (a cura di), *Le ispirazioni del giurista. Storie, miti, favole, archetipi e altre dimensioni della narratività*, Atti del IX Convegno Nazionale ISLL, Università degli Studi del Molise, Campobasso, 30 giugno-1° luglio 2022, Bologna, ISLL, 2023, pp. 274-284, che non conoscono il mio contributo.

lettura delle due norme proposta da Maurizio Bettini²³, secondo cui l'estensione del termine *parens* a tutti gli ascendenti, compresa la madre, sarebbe originaria.

A parte il fatto che, come appena rilevato, nel matrimonio accompagnato dalla *conventio in manum* la moglie era assimilata a una figlia, e quindi a una sorella dei propri figli, e perciò non poteva certamente essere assimilata al *pater familias*, la **sacertus* era la conseguenza dell'aggressione al soggetto posto al vertice della piramide familiare. L'estensione della disciplina sanzionatoria agli altri familiari sembra una conseguenza del sostanziale venir meno della *conventio in manum* quando, pur rimanendo il *pater* al vertice, anche gli altri membri anziani della famiglia iniziarono ad acquisire importanza. E ciò mi pare confermato dal fatto che, nel caso famigerato del matricidio di Malleolo, avvenuto durante la guerra di Mario contro i Cimbri, l'assassino è condannato alla *poena cullei*.

Ci torneremo tra breve (§ 2.2).

Il caso più famoso (famigerato) è quello che, in un anno imprecisato dell'impero di Vespasiano, vide protagonista un giovane di nome Macedo e il suo sventurato padre. Svetonio ne accenna appena nella biografia di Vespasiano (11), mentre qualche accenno in più lo dobbiamo a Ulpiano, che riporta una parte del testo di un celebre senatoconsulto, il *Macedonianum*²⁴:

Ulp. 29 *ad ed.*, D. 14.6.1 pr.: *Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt: "cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filio familias mutuum pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri"*.

La nefanda condotta di Macedo aveva indotto il senato ad emanare un provvedimento a norma del quale chi avesse prestato denaro a un *filius familias* non avrebbe avuto azione per ottenere l'adempimento, neanche dopo l'eventuale morte del padre e il conseguente acquisto della piena capacità giuridica e patrimoniale da parte del figlio²⁵. In sostanza si andava ad impedire in via di fatto la conclusione di contratti di mutuo di denaro ai *filii familias*.

La storia di Macedo, per come la narra Ulpiano riassumendola al massimo,

²³ M. Bettini, *Affari di famiglia. La parentela nella letteratura e nella cultura antica*, Bologna, il Mulino, 2009, pp. 97-98.

²⁴ S. Longo, *Senatusconsultum Macedonianum. Interpretazione e applicazione da Vespasiano a Giustiniano*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 94 ss., pur con le riserve espresse da F. Lucrezi, *Ancora sul "Senatusconsultum Macedonianum"*, in *RDR*, 14/2014, pp. 1-10.

²⁵ Rimando per tutto questo a F. Lucrezi, *Senatusconsultum Macedonianum*, Napoli, ESI, 1992.

non ricorda il fatto esecrando che costituì l'*occasio legis*, limitandosi ad affermare che, fra i tanti suoi *scelera*, il ragazzo aveva contratto un debito (che, come *scelus*, non è granché). Che questa condotta fosse consistita nell'uccisione del padre non lo attesta esplicitamente neanche la formulazione del senatoconsulto, laddove, al termine della citazione, si limita ad affermare che "i creditori non potessero fare affidamento sul fatto che i padri dei loro debitori morissero".

In questo caso, infatti, i figli sarebbero diventati *sui iuris* e, a meno di esplicita volontà contraria del padre espressa nel testamento mediante la diseredazione, titolari del patrimonio. Ma se la morte fosse stata naturale non ci sarebbe stato alcun bisogno di un intervento repressivo del senato. Il modo in cui Ulpiano presenta il fatto non è perciò esauriente. Men che meno esplicito è *Paul. sent.* 2.10, che si limita a ribadire l'impossibilità di ripetere le somme prestate al minore anche dopo la morte del padre.

La sola narrazione completa del fatto criminoso che aveva indotto il senato ad emanare il provvedimento è contenuta nella parafrasi greca alle Istituzioni di Giustiniano attribuita a Teofilo²⁶:

Paraphr. gr. Inst. 4.7.7: Viveva a Roma un tale di nome Macedone. Essendo ancora sottoposto alla potestà del padre, egli ottenne un prestito in denaro da qualcuno, sperando che, dopo la morte del padre, sarebbe stato in grado di pagare il suo debito. Ma poiché il tempo passava, il creditore cominciò a farsi insistente, chiedendogli di pagare il suo debito. Macedone, non avendo disponibilità con cui adempiere (come avrebbe potuto, essendo sotto potestà?) uccise il padre.

La questione fu portata in senato. Macedone subì la pena del parricidio, e fu emanato il senatoconsulto detto Macedoniano²⁷.

Non tutto torna in questo racconto, di cui il traduttore greco non ci riporta la fonte da cui l'ha tratto. Se Macedo avesse avuto a disposizione un peculio, come normalmente accadeva, avrebbe potuto adempiere con quello e la necessità di sopprimere il padre non avrebbe avuto ragione. E infatti il racconto del traduttore greco è stato sottoposto a critica spietata che è arrivata a contestarne in radice la fondatezza: ricordo il giudizio sprezzante formulato da Gerhard Beseler, che lo

²⁶ D. Daube, *Did Macedo murder his father?*, in *ZSS*, 65/1947, pp. 261-311, p. 268.

²⁷ *Paraphr. gr. Inst.* 4.7.7: Μακέδων τις οὕτω λεγόμενος γέγονεν ἐν τῇ Ῥώμῃ. ὑπεξούσιος ὄν τῷ οἰκείῳ πατρὶ ἐδανείσατο παρὰ τίνος, ἐλπίζων διὰ τελευτήσαντος αὐτοῦ τοῦ πατρὸς δυνήσεται τό χρέος ἀποδιδόναι. πολλοῦ χρόνου διαδραμόντος, δὲ δανειστής ἐπέκειτο τό χρέος ἀπαιτών. δὲ Μακέδων οὐκ ἔχων πόθεν ἀποδῶ (πῶς γάρ ὑπεξούσιος ὢν;) ἀνείλε τὸν ἑαυτοῦ πατέρα, ἐγνώθη τοῦτο τῇ συγκλήτῳ κάκεῖνος μὲν δίκας δέδωκε πατροκτονίας, δόγμα δὲ λεγόμενον Μakedoniánon γέγονε.

aveva definito “una stupida leggenda bizantina”²⁸, sostenendo che Macedo non avesse ucciso né il padre né alcun altro, ma al massimo fosse uno scialacquatore sconsiderato. Ma già David Daube aveva respinto questa e altre fantasiose ricostruzioni degli studiosi che si erano inventati storie diverse da quella raccontata dal traduttore delle *Istituzioni* imperiali, definendola “assolutamente convincente”²⁹. E non si può che condividere questa valutazione.

Perciò, anche se non conosciamo la fonte da cui il traduttore trasse la storia, il fatto che questo Macedo avesse ucciso il padre per impadronirsi del patrimonio familiare è affidante, anche perché confermato dal corrispondente testo latino del manuale imperiale:

I. 4.7.7: *ideo senatus prospexit, quia saepe onerati aere alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumeabant, vitae parentium insidiabantur.*

La norma era quindi finalizzata a stroncare alla radice il pericolo delle *insidiae* ordite ai danni dei padri, ossia che figli indebitati e pesantemente sollecitati dai creditori ad adempiere potessero cercare di mettere le mani sul patrimonio paterno affrettandone la dipartita. Il s. c. Macedoniano, quindi, non disciplinava il parricidio ma voleva eliminare alla radice l’occasione che avrebbe potuto scatenare il progetto omicidiario, ossia l’indebitamento dei figli. Lo scopo preciso del provvedimento, più che nel testo latino del manuale istituzionale, è descritto a chiare lettere nella traduzione greca:

*Par. gr. Inst. 4.7.7: che, nessuno, avendo fatto un prestito a un libero sottoposto a potestà, potesse chiederne la restituzione, in modo tale che ciascuno, sapendo che non avrebbe potuto ottenere la restituzione della somma prestata, si astenesse dal dare a mutuo*³⁰.

Da un punto di vista sociologico, il quadro emergente dal contesto che diede lo spunto all’emanazione del s. c. Macedoniano ci fa intravedere una realtà brutale: il rapporto affettivo che dovrebbe legare il figlio al padre in un vincolo indistruttibile è cancellato dall’interesse economico, dalla brama di impossessarsi del patrimonio paterno nel più breve tempo possibile affrettando, se necessario, il corso naturale delle cose umane, “aiutandole” a verificarsi nel più breve tempo possibile e comunque prima del momento fissato dalle Parche.

²⁸ G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, Mohr-Siebeck, 1920, p. 130: “‘eine alberne byzantinische Legende”.

²⁹ D. Daube, *Did Macedo murder his father* cit., pp. 273 ss. Sulla storia “assolutamente convincente”, *ivi*, p. 283: “*Theophilus’s account is absolutely convincing*”.

³⁰ Μηδὲνα δανείζοντα ἐλευθέρῳ ὑπεξουσίῳ ἀπαιτεῖν τὸ δανεισθέν, ἵνα τοῦτῳ τῷ τρόπῳ ἕκαστος εἰδῶς, ὥς οὐ δύναται ἀπαιτῆσαι τὸ δάνεισμα ἀπέχοιτο τοῦ δανείζειν αὐτῷ.

L'oggettiva gravità del delitto spiega la necessità di considerarlo fattispecie autonoma di reato, separata dall'omicidio semplice.

Ricordiamo che per quest'ultimo crimine era stata introdotta una disciplina contenuta nella *lex Cornelia de sicariis et veneficis*, fatta approvare da Silla nell'81 a.C., che comminava per il reo la pena capitale, alla quale costui poteva sfuggire con l'esilio³¹. Ma ne restavano esclusi gli omicidi in famiglia, dato che, ancora nell'80 a.C., quando Cicerone pronuncia la sua orazione di difesa di Sex. Roscio Amerino in un processo pur svoltosi di fronte al tribunale competente per i casi di omicidio (*quaestio de sicariis et veneficis*), in quanto il reato contestato era stato l'assassinio del padre mediante veleno, la pena che attendeva l'accusato non era quella della *lex Cornelia*, ma la *poena cullei*, come ci fa chiaramente capire Cicerone in questo emblematico passaggio della sua orazione:

Cic. *pro Sex. Rosc.* 70: *Quanto nostri maiores sapientius! qui cum intellegerent nihil esse tam sanctum quod non aliquando violaret audacia, supplicium in parricidas singulare excogitaverunt ut, quos natura ipsa retinere in officio non potuisset, ei magnitudine poenae a maleficio summoventur. Insui voluerunt in culleum vivos atque ita in flumen deici.*

Che anche la *lex Cornelia* sanzionasse il parricidio parrebbe suggerito da una costituzione di Graziano del 376 (CTh. 9.19.4.1), che menziona una legge *Cornelia de veneficiis* (sic) *sicariis parricidiis*³². Ma questo riferimento non pare affidante: i giuristi classici, quando trattano la *lex Cornelia*, non menzionano mai il parricidio: al contrario, Emilio Macro (1 *de publ. iudic.* D. 48.1.1), affermando che sono *iudicia publica* solo quelli *quae ex legibus iudiciorum publicorum veniunt*, tra queste leggi ricorda la *Cornelia de sicariis et veneficis* e la *Pompeia parricidii*: il parricidio non è compreso nella legge *Cornelia* ma solo nella *Pompeia*.

A questo punto, è necessario chiedersi in cosa la legge Pompeia avesse innovato rispetto alla legge Cornelia.

La prima novità consiste nella creazione di una corte stabile autonoma (*quaestio de parricidiis*) laddove, prima, i processi erano celebrati davanti a quella *inter sicarios* creata da Silla. Ma la grande novità consiste nella platea di persone offese dal reato, una lunga sequenza di soggetti elencati da Marciano (14 *inst.* D. 48.9.1): *patrem matrem, avum aviam, fratrem sororem patruelem matruelem, patruum*

³¹ E. Levy, *Die römische Kapitalstrafe*, Heidelberg, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1931, pp. 14-15.

³² L. Fanizza, *Il parricidio nel sistema della "lex Pompeia"*, in *Labeo*, 25/1970, pp. 266-289, qui p. 275. Sulla *lex Cornelia* diretta alla repressione (anche) del parricidio cfr. anche M. Ravizza, "*Lex Cornelia de sicariis*" e "*poena cullei*", in *Iura*, 52/2001, pp. 226-240 e P. Biavaschi, *L'ambiguo destino della poena cullei*, cit., pp. 172-173, che, giustamente la respinge.

avunculum amitam, consobrinum consobrinam, uxorem virum generum socrum, vitricum, privignum privignam, patronum patronam.

Come si vede, tra i soggetti offesi dal reato mancano il figlio e la figlia, e non compare neanche la matrigna (*noverca*), che però Marciano fa rientrare in via di interpretazione: *et novercae et sponsae personae omissae sunt, sententia tamen legis continentur* (14 *inst. D.* 48.9.3).

Invece, affermando che il colpevole *poena ea teneatur quae est legis Corneliae de sicariis*, ossia la pena capitale, la *lex Pompeia* non pare innovare rispetto alla *Cornelia* nella determinazione della pena. Questo apre un problema: dato che per l'omicidio semplice la pena di morte poteva essere evitata con l'esilio, questa possibilità era data anche al parricida? Contro l'opinione dominante che riteneva di sì, Mariangela Ravizza³³ pensava al contrario che il reo non potesse scampare al sacco. Le fonti non sono chiaramente nell'uno o nell'altro senso, ma anche io propenderei per l'impossibilità che il condannato si salvasse con la fuga. Vi è poi un ulteriore dato problematico: poiché normalmente la pena era eseguita mediante la decapitazione, forse ciò significa che la legge Pompeia l'aveva estesa al parricida? La *poena cullei* sarebbe stata allora sostituita da questa forma meno spaventosa? Improbabile.

La pena del sacco era effettivamente atroce, anche per il lugubre cerimoniale che precedeva l'esecuzione della pena, descritto in tutta la sua crudezza da Cicerone (*de inv.* 2.148-149: nell'attesa di procurare un sacco abbastanza capiente da contenere il condannato e gli animali, *lignae soleae in pedes inditae sunt; os autem obvolutum est folliculo et praeligatum*; ad anche *Rhet. ad Her.* 1.23, narrando la vicenda di Malleolo, conferma la descrizione, aggiungendo che il cappuccio era fatto di pelle di lupo). Un accenno di Cicerone, in una lettera al fratello Quinto, mostra che la pena del sacco era comminata anche in provincia. Infatti Quinto, quando era stato governatore della provincia d'Asia, tra il 61 e il 59 a.C., l'aveva disposta due volte e l'avrebbe voluta comminare anche in un caso di matricidio, di cui si sarebbe macchiato un certo Zeuxis di Blaundus, una città frigia³⁴:

Cic. ad Quint. fr. 1.2.4-5: *de Blaudento Zeuxide, quem scribis certissimum matricidam tibi a me intime commendari. [...] 5. Sed, ut ad Zeuxim revertar [...]. Tua autem quae fuerit cupiditas tanta, nescio, quod scribis cupisse te, quoniam Smyrnae duos Mysos insuisses in culleum, simile in superiore parte provinciae edere exemplum severitatis tuae et idcirco*

³³ M. Ravizza, "Lex Cornelia de sicariis", cit., pp. 230-234.

³⁴ Il nome della città, tradito nella lettera ciceroniana, varia a seconda dei codici. Per una rassegna critica cfr. R.Y. Tyrrell, *Vindiciae latinae*, in *Hermathena*, 4/1881, pp. 1-17; sulle varianti al nome della cittadina frigia, *De Blaudento Zeuxide*, *ivi*, pp. 13-14.

Zeuxim elicere omni ratione voluisse ultra quem adductum in iudicium fortasse dimitti non oportuerat.

Dunque questo Zeuxis da Blaundum sarebbe stato, oltre ogni ragionevole dubbio, un matricida, e Quinto, in qualità di governatore provinciale, gli avrebbe voluto fissare la stessa sorte già in precedenza riservata a due abitanti della Misia, cuciti nel sacco (non si sa se matricidi pure loro o parricidi).

Quindi, a metà del I sec. a.C., la *poena cullei* per il matricida, sperimentata (a mio parere, come vedremo) per la prima volta con Malleolo al chiudersi del II sec. a.C., era entrata nella prassi giudiziaria anche provinciale: i due Mysi condannati al *culleus* sicuramente non erano cittadini romani ma provinciali, così come Zeuxis, piccolo notabile di una piccola città.

C'è un'ultima osservazione da fare: Quinto Cicerone menziona la *poena cullei* a cavallo dell'emanazione della legge Pompeia che, come sappiamo, non è databile con precisione, ma cade sicuramente intorno a quegli anni³⁵, dimostrando che il *culleus* come modo di esecuzione della pena capitale del parricida era ampiamente usato. Forse la *lex Pompeia*, disponendo "la stessa pena della legge Cornelia", aveva tentato di introdurre un'esecuzione della pena meno crudele? Paola Biavaschi ha, a mio parere correttamente, negato questa possibilità³⁶.

Pur nell'incertezza derivante dalle contraddizioni, vere o solo apparenti, delle fonti, l'ipotesi che il sacco continuasse ad essere usato mi pare la più verosimile.

La *poena cullei* non sarà abolita neanche nella tarda antichità, se viene riaffermata da Costantino nel 318:

CTh. 9.15.1, Imp. Constantinus A. ad Verinum vicarium Africae: *Si quis in parentis aut filii aut omnino affectionis eius, quae nuncupatione parricidii continetur, fata properaverit, sive clam sive palam id fuerit enisus, neque gladio, neque ignibus, neque ulla alia solenni poena subiugetur, sed insutus culeo et inter eius ferales angustias comprehensus serpentum contuberniis misceatur et, ut regionis qualitas tulerit, vel in vicinum mare vel in amnem proiciatur, ut omni elementorum usu vivus carere incipiat, ut ei coelum superstiti, terra mortuo auferatur.* Dat. XVI kal. Dec. Licinio V et Crispo C. coss. Acc. prid. id. Mart. Karthagine, Constantino A. V et Licinio C. coss.

³⁵ La data del 55 a.C., affermata spesso (ad esempio, da L. Fanizza, *Il parricidio*, cit., p. 176), è solo una delle possibili.

³⁶ P. Biavaschi, *L'ambiguo destino della poena cullei*, cit., p. 173.

Probabilmente Costantino vuole rivitalizzare la pena *more maiorum*, che in precedenza doveva essere stata sostituita da altre, certo non meno cruenta, come leggiamo nelle *Pauli sententiae*:

Paul sent. 5.24. 1: Lege Pompeia de parricidiis tenentur qui patrem matrem avum aviam fratrem sororem patronum patronam occiderint, etsi antea insuti culleo in mare praecipitabantur, hodie tamen vivi exuruntur vel ad bestias dantur.

Prima, ci dice lo pseudo-Paolo, il condannato veniva chiuso in un sacco e gettato in mare, ma oggi viene giustiziato in modo diverso: o viene bruciato vivo o subisce la *damnatio ad bestias*. Questa innovazione, probabilmente introdotta nel III secolo (essendo testimoniata nelle *Pauli sententiae* che, come sappiamo, dovrebbero essere state composte al tempo di Diocleziano), ebbe vita breve: Costantino tornò alla disciplina sanzionatoria precedente, nella forma della *poena cullei* (ma, come si vede, con la sola presenza dei serpenti: il valore simbolico della pena si va forse perdendo). La costituzione costantiniana conferma anche l'ormai amplissimo ambito che la fattispecie criminale "parricidio" è venuta acquisendo, dato che vi ricade non solo il tradizionale omicidio del padre, ma anche quello esteso dalla *lex Pompeia* agli ascendenti e dalla giurisprudenza tardo severiana ai figli uccisi dalle madri, ma non dai padri (Marcian. 14 *inst.*, D. 48.9.1), e ora, con Costantino, anche il figlicidio ad opera del padre. Mi pare del tutto condivisibile, in proposito, l'interpretazione proposta da Francesco Lucrezi, e poi accolta da Lucia Di Cintio³⁷, secondo cui la norma a difesa dei figli non vada ascritta all'influsso del cristianesimo, come aveva proposto, tra gli altri, Biondo Biondi, ma alla progressiva restrizione dei poteri connessi alla *patria potestas*: si tratterebbe, in altre parole, di una dinamica non condizionata da fattori esogeni come la religione, ma tutta interna alla storia di questa figura criminosa.

Va però riconosciuto che la pena del sacco era così terribile che talora furono fatti dei tentativi di limitarne l'applicazione. Un'allusione si può rinvenire in un punto della biografia svetoniana di Augusto, ove è posta in risalto la mitezza dell'imperatore nelle cause criminali:

Suet. div. Aug. 33.1: Dixit autem ius non diligentia modo summa sed et lenitate, siquidem manifesti parricidii reum, ne culleo insueretur, quod non nisi confessi adficiuntur hac poena, ita fertur interrogasse: "Certe patrem tuum non occidisti?".

³⁷ F. Lucrezi, *Senatusconsultum Macedonianum* cit., p. 314; L. Di Cintio, *L' "Interpretatio Visigothorum" al "Codex Theodosianus". Il libro IX*, Milano, LED, 2013, pp. 128-129.

John Anthony Crook³⁸ si servì del testo svetoniano per combattere (a mio parere, giustamente) l'idea, proposta da August Zumpt³⁹, secondo cui, in caso di crimine confessato, l'imputato non sarebbe stato neanche processato ma sarebbe stato subito avviato all'esecuzione della pena. Invece qui sembra evidente che Augusto agisse in veste di giudice, e certo non in un processo davanti a una corte ordinaria ma in sede di *cognitio extra ordinem*⁴⁰, e la domanda che egli rivolse all'imputato, reo confesso di parricidio, suggestiva di una risposta negativa, fosse volta ad evitargli di subire la *poena cullei*.

Di regola, le "domande suggestive", quelle cioè dirette a suggerire la risposta, hanno lo scopo di indurre l'accusato alla confessione, e perciò sono vietate, ai sensi dell'art. 499, commi 2 e 3, cod. proc. pen., in quanto "possono nuocere alla sincerità delle risposte". È singolare che, al contrario, nel caso del processo al parricida confesso, la domanda suggestiva formulata da Augusto "certo non hai ucciso tuo padre?" fosse finalizzata a portare l'imputato all'assoluzione. Non credo quindi che avesse ragione Yan Thomas nel presentare la domanda di Augusto come la riproposizione stereotipata del motivo del "crimine impossibile"⁴¹. No, l'intenzione del principe era quella di suggerire all'imputato di negare la commissione del fatto (in sostanza, spingerlo alla ritrattazione della confessione precedente), per potergli evitare di finire nel sacco (*ne culleo insueretur*).

Anche il II secolo vede qualche intervento volto a mitigare la ferocia della sanzione criminale. La *Vita Antonini Pii*, contenuta nella raccolta di biografie della *Historia Augusta*, attesta la clemenza dell'imperatore nei confronti dei senatori parricidi:

Hist. Aug., Ant. Pius 8.10: *Usque adeo sub eo nullus percussus est senator, ut etiam parricida confessus in insula deserta poneretur, quia vivere illi naturae legibus non licebat.*

Premesso che questa indulgenza non era estesa a tutti i colpevoli ma riservata

³⁸ J.A. Crook, *Was there a "Doctrine of Manifest Guilt" in the roman criminal Law?*, in *Proceedings of the Cambridge Philological Society*, n. s., 33/1987, pp. 38-52, soprattutto pp. 44-45.

³⁹ A.W. Zumpt, *Das Criminalrecht der Römischen Republik, I, Die Beamten und Volksgerichte 1. Bis zur Gesetzgebung der Zwölf Tafeln*, Berlin, Dümmlers Verlagsbuchhandlung (Harrwitz und Gossmann), 1865, pp. 397-398.

⁴⁰ Condivido A. Ramon, *Repressione domestica e persecuzione cittadina degli illeciti commessi da donne e "filii familia"*, in L. Garofalo (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, Padova, CEDAM, 2015, p. 674, nt. 134, secondo cui saremmo in presenza di un caso di avocazione al principe di un processo condotto secondo le forme della *cognitio extra ordinem*, così come aveva già osservato B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, Giuffrè², 1998, pp. 194-195 e nt. 26.

⁴¹ Y. Thomas, *La morte del padre*, cit., p. 35.

ai soli senatori, il biografo mette in risalto che neanche nei confronti di un parricida confesso (che avrebbe dovuto finire direttamente nel sacco) Antonino Pio si sarebbe spinto ad emettere una sentenza capitale, preferendo una condanna più clemente, che l'espressione vaga (*in insula deserta poneretur*) non è da sola idonea a farci capire se sia da interpretare come deportazione o semplice relegazione, ma che il rilievo successivo "poiché al reo, secondo le leggi della natura, non era lecito vivere", induce a identificare in una *poena capitis*, e pertanto nella deportazione.

Ma si tratta di brevi parentesi. L'uccisione del padre di famiglia è vista sempre come un crimine orribile, degno della pena più feroce.

Nella struttura familiare antica, anche tardo imperiale, quando, come ha evidenziato Paolo Garbarino⁴², la *patria potestas* ha perso molta della sua originaria caratura assolutista, l'uccisione del *pater* è sempre vista come un attentato al "capo". Yan Thomas centrò alla perfezione il punto nodale del problema: il *parricidium* non era il semplice omicidio di un cittadino, ma era un "crimine contro il potere"⁴³: ovviamente, il potere paterno sulla famiglia.

2.2. Figli che uccidono le madri

Il caso del matricidio di Malleolo, perpetrato al tempo della guerra cimbrica di Mario, contiene molti spunti di grande rilievo. L'assassino è condannato alla *poena cullei*, come ci ricorda Livio, anche se il racconto di questo evento ci è pervenuto purtroppo in forma più che telegrafica solo attraverso le *Periochae*:

Liv. Per. 68: *Publicius Malleolus matre occisa primus in culleo insutus in mare praecipitatus est.*

Né più esaurienti sono le altre fonti che ricordano l'episodio: la *Rhetorica ad Herennium* (1.23), che si interessa dell'episodio di Malleolo presentandolo come esempio paradigmatico di *ratiocinatio*, ricorda che Malleolo *indicatus est matrem necasse*; Cicerone, nella sua giovanile *de inventione* (2.148) è ancora più generico: Malleolo diventa un *quidem*, la madre un *parens*.

Rispetto a queste ultime versioni, la *periocha* liviana contiene un dato in più (e questo ci fa rimpiangere molto la perdita del l. 68 della storia liviana): Malleolo sarebbe stato il *primus* in qualcosa: *matre occisa primus in culleo insutus in mare*

⁴² P. Garbarino, *Sulle tracce dei doveri del pater*, cit.

⁴³ Y. Thomas, *Parricidium*, cit., p. 647, nt. 8: "un crime contre le pouvoir".

praecipitatus est. L'estrema sinteticità del riassunto non ci consente di capire l'esatto significato di questo *primus*. Antonio Guarino⁴⁴ ha ricordato alcune ipotesi ricostruttive, tutte più o meno verisimili, per concludere preferendo l'interpretazione secondo cui egli sarebbe stato il primo matricida a venire gettato in mare. A me pare possibile aggiungerne un'altra, che personalmente ritengo preferibile, ossia che Malleolo sia stato il primo ad essere condannato alla *poena cullei* per un matricidio, un'ipotesi, peraltro, già proposta da Yan Thomas⁴⁵.

In altri termini, l'equiparazione del matricidio al parricidio sarebbe avvenuta in tempi relativamente recenti⁴⁶.

Essendo estraneo al tema trattato in questo mio lavoro, non mi soffermo sul problema giuridico più interessante della vicenda di Malleolo, quello del suo testamento, ampiamente narrato in *Rhet ad Her.* 1.23: un argomento su cui esiste una bibliografia molto vasta alla quale rimando senz'altro⁴⁷.

Valerio Massimo narra un fatto di sangue che illumina una dinamica intrafamiliare terribile:

Val. Max. 8.1 *ambust.* 1: *apud M. Popilium Laenatem praetorem quaedam, quod matrem fuste percussam interemerat, causam dixit. de qua neutram in partem latae sententiae sunt, quia abunde constabat eandem veneno necatorum liberorum dolore commotam, quos avia filiae infensa sustulerat, parricidium ultam esse parricidio. quorum alterum ultione, alterum absolute non dignum iudicatum est.*

In questa cupa vicenda fatta di odi familiari che si lasciano dietro una scia di morti, una figlia ha ucciso a bastonate la madre. Il fatto è denunciato al pretore M. Popilio Lenate (siamo verso il 176 a.C., ma con oscillazioni nella cronologia⁴⁸). L'esito processuale del fattaccio sarebbe scontato, senonché risulta che l'uccisa, a sua volta, aveva assassinato col veleno i figli della figlia, provocando il *dolor* di

⁴⁴ A. Guarino, *Variazioni sul tema di Malleolo*, in *Labeo*, 35/1989, pp. 79-91 e nt. 5.

⁴⁵ Mi pare che Y. Thomas, *La morte del padre*, cit., p. 39, abbia ben interpretato il *primus* contenuto nella *periocha* liviana come la "prima estensione della pena del parricidio agli assassini della propria madre".

⁴⁶ J.D. Cloud, *Parricidium: from the lex Numae to the lex Pómpela de parricidiis*, in *ZSS*, 88/1971, pp. 30-31, ha ritenuto Malleolo il primo ad essere giustiziato con la *poena cullei*, in precedenza, a suo avviso, sconosciuta. Contro, mi pare di poter osservare che Malleolo non fu condannato per parricidio ma per matricidio; quindi il testo delle *Periochae* liviane non può essere invocato come prova della teoria proposta da Cloud.

⁴⁷ Cfr. J.D. Harke, *Pflicht und Freiheit des Erblassers. Pflichtteil und Wahnsinnsfiktion im klassischen römischen Erbrecht*, Frankfurt-New York, Campus Verlag, 2023, soprattutto pp. 48-51.

⁴⁸ Ma ci sono dubbi sull'esatta datazione del fatto: L. Holford-Strevens, *Getting Away with Murder. The Literary and Forensic Fortune of two Roman "Exempla"*, in *International Journal of the Classical Tradition*, 7/2001, pp. 489-514, qui p. 489, nt. 2.

quest'ultima. Questo "dolore" non è solamente il lutto per la perdita dei figli ma, come ha fatto notare molto bene Giunio Rizzelli⁴⁹, qualcosa di molto più grave, è la sofferenza che induce al desiderio di vendicare la morte con l'uccisione dell'assassino.

Niente ci viene detto sulle motivazioni dell'efferato omicidio dei nipoti compiuto dalla donna, se non l'odio da essa nutrito nei confronti della figlia (*avia filiae infensa*; ma Valerio non ci spiega cosa avesse scatenato un'avversione così feroce da portare la donna a punire la figlia uccidendole i figli).

Anche questo è un caso di difficile risoluzione: il matricidio c'è stato e l'autrice non può essere assolta; d'altra parte, si riconosce che il fatto è stato commesso per vendetta, e che "il parricidio è stato vendicato col parricidio".

Oggi questa ragione non avrebbe alcun rilievo ai fini della valutazione processuale; ma nel processo alla matricida non fu pronunciata alcuna sentenza (*neutram in partem latae sententiae sunt*) poiché, come ricordava Rudolf Düll⁵⁰, il plurimo omicidio compiuto dalla nonna era stato definito "degnò di vendetta", quello della figlia "non meritevole di assoluzione".

Come si vede, la ritorsione, benché non idonea ad essere riconosciuta come causa di scusabilità tale da portare all'assoluzione, fu considerata comunque ragione valida per evitare la pena per la vendetta compiuta sul genitore.

Per questo Valerio Massimo classifica la vicenda definendo la donna *ambusta*: essa è solo "abbrustolita", né assolta è condannata, come spiegò molto bene Rudolf Düll⁵¹.

Un caso ben diverso ci è offerto da questo celebre frammento di Emilio Macro⁵²:

⁴⁹ G. Rizzelli, *La donna di Smirne e l'Orazio sororicida*, in *AUPA*, 64/2021, pp. 97-138, qui pp. 107-108.

⁵⁰ R. Düll, *Fälle des "amburi" im Licht des Retorsions und Kompensationsgedankens im antiken Strafrecht*, in *ZSS*, 74/1957, pp. 384-393, soprattutto p. 387.

⁵¹ R. Düll, *Fälle des "amburi"*, cit., p. 386: "Personae ambustae im technischen Sinn sind in ein Strafverfahren verwickelte Personen, die in diesem weder freigesprochen noch verurteilt wurden, sondern eine Sonderentscheidung erlangten, die auf der mittleren Linie liegt".

⁵² E. Nardi, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 55-56; F. Stok, *Follia e malattie mentali nella medicina dell'età romana*, in W. Haase (hrsg.), *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*, II.37.3, Berlin-New York, De Gruyter, 1996, pp. 2282-2410, qui p. 2301; J.E. Spruit, *The Penal Conceptions of the Emperor Marcus Aurelius in Respect of Lunatics: Reflections on D. 1, 18, 14*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 21/1998, pp. 315-333; V.M. Minale, *Mental Disease and Imputability: intervalla insaniae and regime of Custody. From D. 1.18.14 (Macer de iudiciis publicis libri XIV) to the Contemporary Debate*, in A. Katančević, M. Vukotić, S. Vandenbogaerde, V.M. Minale (eds.), *History of Legal Sources. The Changing Structure of Law*, Belgrade, University of Belgrade, 2018, pp. 123-133; G. Rizzelli, *Intelletto, volontà e crimine nella cultura giuridica romana del principato*, in *RDR*,

Macer 2 *de iudic. publ.* D. 1.18.14: *Divus Marcus et Commodus Scapulae Tertullo rescripserunt in haec verba: "si tibi liquido compertum est Aelium Priscum in eo furore esse, ut continua mentis alienatione omni intellectu careat, nec subest ulla suspicio matrem ab eo simulatione dementiae occisam: potes de modo poenae eius dissimulare, cum satis furore ipso puniatur. et tamen diligentius custodiendus erit ac, si putabis, etiam vinculo coercendus, quoniam tam ad poenam quam ad tutelam eius et securitatem proximorum pertinebit. si vero, ut plerumque adsolet, intervallis quibusdam sensu saniore, non forte eo momento scelus admiserit nec morbo eius danda est venia, diligenter explorabis et si quid tale compereris, consules nos, ut aestimemus, an per immanitatem facinoris, si, cum posset videri sentire, commiserit, supplicio adficiendus sit. cum autem ex litteris tuis cognoverimus tali eum loco atque ordine esse, ut a suis vel etiam in propria villa custodiatur: recte facturum nobis videris, si eos, a quibus illo tempore observatus esset, vocaveris et causam tantae neglegentiae excusseris et in unumquemque eorum, prout tibi levare vel onerari culpa eius videbitur, constitueris. nam custodes furiosis non ad hoc solum adhibentur, ne quid perniciosius ipsi in se moliantur, sed ne aliis quoque exitio sint: quod si committatur, non immerito culpa eorum adscribendum est, qui neglegentiores in officio suo fuerint".*

Il fatto si svolge in uno dei tre anni di coregenza di Marco Aurelio e Commodo, fra il 177 e il 180, anno della morte di Marco. In una provincia non specificata, un certo Elio Prisco uccide la madre. L'epistola imperiale svela particolari della vicenda molto importanti per la valutazione dell'elemento soggettivo del reato. Prisco era infermo di mente già prima dell'omicidio, visto che l'imperatore incarica il governatore di indagare sulla mancata diligenza con cui i *custodes* avevano assolto al loro incarico, consentendo al pazzo di uccidere la madre per la loro negligente sorveglianza. Non solo: l'istruzione imperiale commissiona al governatore altre due indagini. La prima: verificare che lo stato di follia sia autentico e non simulato, poiché non è raro che il criminale si finga pazzo per evitare la pena. La seconda: anche ammesso che lo stato di follia sia reale, accertare che essa non fosse intermittente; il matricidio commesso in una parentesi di lucidità assicurerebbe al criminale la giusta condanna. Se lo stato di pazzia sia continuo, l'autore non è imputabile, ma dovrà essere separato dal consesso civile, per evitare pericoli a sé e agli altri, e, se necessario, tenuto incatenato. Fa capolino, qui, il moderno concetto di pericolosità sociale, come ha messo bene in luce Anna Maria Giomaro⁵³.

20/2020, pp. 73-118; G. Greco, *Follia, processo e responsabilità nella Pro Sexto Roscio Amerino*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 108 ss.

⁵³ A.M. Giomaro, *Breve rassegna di "culpa lata" e "colpa grave"*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche*, A 71/2020, pp. 569-570, qui pp. 569-570.

Non è strano che il testo di Macro sia stato considerato fino a ieri la stella polare della psichiatria forense: separazione e contenzione. Valga per tutti la prolusione tenuta da Enrico Ferri all'Università "La Sapienza" di Roma nel 1926, che lo definì "un rescritto in pieno senso positivista"⁵⁴. Mi pare importante sottolineare come Marco Aurelio si fosse disinteressato totalmente di comprendere cosa, pur nell'alterazione psichica, avesse scatenato nel matricida un odio così incontenibile contro la madre. Così come non sapremo mai l'eziologia del suo male mentale: spesso la devianza e anche la malattia mentale sono dovute a dinamiche intrafamiliari degradate. Purtroppo, i retroscena di questa cupa vicenda ci resteranno per sempre preclusi.

Un'epistola dei *divi fratres* (Marco Aurelio e il fratello Lucio Vero) viene poi assunta come regola generale. Se ne fa interprete Ulpiano nel suo lavoro sui doveri del governatore provinciale⁵⁵:

Ulp. 7 *de off. praes.* D. 1.18.13.1: *Furiosis, si non possint per necessarios contineri, eo remedio per praesidem obviam eundum est: scilicet ut carcere contineantur. et ita divus Pius rescripsit. sane excutiendum divi fratres putaverunt in persona eius, qui parricidium admiserat, utrum simulato furore facinus admisisset an vero re vera compos mentis non esset, ut si simulasset, plecteretur, si fureret, in carcere contineretur.*

Ulpiano qui raccoglie in una sorta di *dossier* due interventi, uno di Antonino Pio e l'altro dei *divi fratres*: il primo riguardante i folli in generale, il secondo un caso di parricidio, che però appare identico a quello che Macro aveva attribuito a Marco e a Commodus. Potrebbe trattarsi di due provvedimenti diversi per due casi di omicidio diversi: infatti, Ulpiano parla di un *parricidium*, Macro di un matricidio. Ma il contenuto dei due provvedimenti è completamente sovrapponibile, per cui mi pare molto più verosimile che sia Ulpiano sia Macro riferissero il medesimo provvedimento.

⁵⁴ Senza riandare al "grande internamento" di cui parlò Michel Foucault (*Storia della follia nell'età classica*, tr. it. Milano, Rizzoli, 2011, pp. 113-157), cfr. le parole di E. Ferri, *La Criminologia Italiana nei Congressi Internazionali di Bruxelles e di Vienna*, in *La Scuola Positiva*, 36/1926, pp. 529-544, qui p. 535: "oltre la cautela tecnica dell'escludere una simulazione di pazzia, ivi si dice che l'arresto del delinquente pazzo servirà come pena come tutela di lui e come sicurezza del prossimo. Cioè una sanzione repressiva preventiva unitaria che contiene in sé (*sic*) i caratteri e l'efficacia tanto della pena quanto della misura di sicurezza e si ispira non già al criterio della colpa morale nel matricida, bensì soltanto alle esigenze della difesa sociale". La "fortuna" del testo di Macro è analizzata con la solita meticolosa sapienza da G. Rizzelli, *Intelletto*, cit., *passim*; Id., *Un "esemplare" provvedimento imperiale romano. Marco Aurelio, il "pazzo criminale", la storia*, in *Diritto Penale. XXI secolo*, 37/2020, pp. 317-334.

⁵⁵ G. Rizzelli, *Intelletto*, cit., pp. 75-76.

A questo punto, però, una conclusione è d'obbligo: poiché Ulpiano aveva attribuito l'epistola ai *divi fratres* (Marco e Lucio Vero), mentre Macro a Marco e Commodo, uno dei due ha errato. Il problema è aperto, ma il carattere più circostanziato della citazione mi porta a credere che il riferimento corretto sia stato quello di Macro. Però Ulpiano, evidentemente, godeva di maggiore autorevolezza, perché la stessa attribuzione ai *divi fratres* compare in una versione ancora più massimata del provvedimento, proposta da Erennio Modestino:

Modest. 12 *pand.* D. 48.9.9.2: *Sane si per furorem aliquis parentem occiderit, impunitus erit, ut divi fratres rescripserunt super eo, qui per furorem matrem necaverat: nam sufficere furore ipso eum puniri, diligentiusque custodiendum esse aut etiam vinculis coercendum.*

Appare evidente che l'episodio accennato da Modestino sia esattamente quello riportato da Macro: ma anche Modestino attribuisce il provvedimento ai *divi fratres*. Pare evidente che i giuristi abbiano fatto un po' di confusione tra la coreggenza di Marco col fratello e quella tra lo stesso Marco con il figlio. Jop Spruit ha attribuito l'errore alla "usuale negligenza" con cui i giuristi romani avrebbero trattato la collocazione cronologica di un avvenimento⁵⁶. Io sarei più indulgente: Marco Aurelio ebbe due periodi di coreggenza, il primo con il fratello e il secondo con il figlio; una confusione non è inverosimile.

Se il parricidio, pur così orribile, può trovare una spiegazione nella dinamica interna ai rapporti tra il *pater* e il figlio, così ben delineata da Eva Cantarella, cosa può scatenare nei figli un odio tanto feroce verso la madre da sfociare nella sua uccisione? I casi citati dai giuristi non danno risposte, mentre qualche barlume ci viene offerto da Valerio Massimo: dinamiche perverse nei rapporti tra i membri di una famiglia e una nuova moglie che porta con sé i figli nati da un precedente matrimonio, con le aspettative successorie sconvolte da questa intromissione, possono spiegare la tragedia familiare narrata da Valerio Massimo, che vedremo in seguito, (par. 2.7), relativa a una donna di Smirne che uccide il marito e il figlio di primo letto di costui che le avevano a loro volta assassinato il figlio; o svolgimenti alienati nei rapporti familiari, avversioni personali le cui cause ci resteranno precluse, come quelli, narrati ancora da Valerio Massimo (8.1 *ambustae* 1), che portano all'uccisione compiuta per vendetta dalla figlia sulla madre che, per misteriosi motivi, le aveva avvelenato i figli.

⁵⁶ J.E. Spruit, *Penal Conceptions*, cit., p. 318: "usual negligence, typical of the Roman juriconsults, of the historical precision of their writings".

2.3. *Padri che uccidono i figli*

Nel suo libro citato sopra, Eva Cantarella ha messo in scena la tragedia dell'odio provato dai figli verso i padri, l'impazienza di diventare *sui iuris* e mettere le mani sul patrimonio familiare, che si scatenava nell'orrore del parricidio; lo stesso aveva fatto Yan Thomas in un penetrante saggio ospitato in una raccolta pubblicata da Laterza negli anni '80 dello scorso secolo⁵⁷.

Ma le fonti ci trasmettono anche il percorso inverso: padri che, al di là della potestà punitiva riconosciuta loro dal diritto, uccidevano i figli per ragioni men che commendevoli. Al tempo di Adriano avviene questo fatto di sangue, narrato da Marciano:

Marcian. 14 *inst.*, D. 48.9.5: *Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse, quod latronis magis quam patris iure eum interfecit: nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere.*

Un padre e il figlio escono insieme a caccia. Durante la battuta il figlio resta ucciso. Un incidente, si direbbe, come purtroppo può accadere. E invece emerge la terribile verità: si era trattato di un omicidio. Il padre aveva scoperto che il figlio aveva iniziato una relazione sessuale con la matrigna. Che non si fosse trattato di una scappatella momentanea ma di un vincolo duraturo è dimostrato dal verbo usato dal giurista, *adulterabat*, un imperfetto iterativo che indica un'azione continuata nel tempo. Niente di più naturale: anche se l'età della matrigna ci è ignota, è ben probabile che si trattasse di una donna ancora giovane, che sarà stata attratta più dal giovane figliastro che da un marito forse ormai in età avanzata.

È un po' la stessa storia che Plauto aveva spesso inscenato nelle sue commedie, come nell'*Epidicus*⁵⁸: il vecchio padre e il giovane figlio in contesa per la stessa ragazza. Ma nel teatro plautino tutto finisce come deve finire: il vecchio libidinoso viene messo al suo posto con derisione e il giovane trionfa⁵⁹. Invece, nel caso di cui si occupò Adriano niente lieto fine: la vicenda sfocia nel sangue e in un colpo solo il padre si vendica del tradimento del figlio e si sbarazza di un rivale, pagandola comunque molto cara.

⁵⁷ Y. Thomas, *Paura dei padri e violenza dei figli: immagini retoriche e norme di diritto*, in N. Pellizer, N. Zorzetti (a cura di), *La paura dei padri*, cit., pp. 113-140.

⁵⁸ M.V. Bramante, *Patres, filii e filiae nelle commedie di Plauto: note sul diritto nel teatro*, in E. Cantarella, L. Gagliardi (a cura di), *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, Milano, LED, 2007, pp. 95-116; M. Lentano, *La città dei figli. Paternità metaforiche e paternità metonimiche nella cultura romana*, in *Anatomie della paternità. Padri e famiglia nella cultura romana*, Lecce, Il Grifo, 2019, pp. 53-72.

⁵⁹ A. Maffi, *"Adulcentes" e "meretrices" fra Plauto e la giurisprudenza*, in E. Cantarella, L. Gagliardi (a cura di), *Diritto e teatro*, cit., pp. 219-231.

Il dato che, sul piano giuridico, interessa maggiormente è la pena a cui Adriano condannò il padre omicida: la deportazione. Si trattava di una pena capitale, che faceva perdere al condannato la cittadinanza romana e a cui conseguiva la confisca del patrimonio, ma non comportava spargimento di sangue.

Ricordiamo che l'equiparazione dell'omicidio del figlio da parte del padre a un parricidio avverrà solo con Costantino, come abbiamo visto in CTh. 9.15.1.

La ragione della severità della pena, espressa nel decreto adrianeo, ci apre uno squarcio di luce su come Adriano considerava la *patria potestas*: non era più un potere pieno e quasi incontrollato del capostipite vivente, che dava al padre la facoltà arbitraria di uccidere il figlio (che peraltro egli non ha mai avuto, se non forse nelle prime fasi della storia della città), ma una funzione fondata sulla *pietas* paterna: *patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*⁶⁰.

L'opposizione *pietas-atrocitas* è significativa: la *pietas* paterna consiste in quella somma di comportamenti del padre che si conformano a un ideale di sollecitudine, di guida e di attenzione verso la prole: un principio che non v'è ragione di attribuire a un'interpolazione dovuta alla concezione cristiana del rapporto genitori-figli, come pensava una pur autorevole corrente di pensiero (vi aderiva, ad esempio, Pasquale Voci⁶¹), ma che costituisce proprio la *ratio* della decisione imperiale. Il padre omicida, al contrario, si è mostrato "atroce" verso il figlio, anche per l'abietta motivazione alla base del gesto omicida, ha tenuto una condotta da *latro*, da brigante di strada, di quelli che, quando venivano catturati, venivano giustiziati in modi orrendi, come ci ricorda Callistrato in un testo interessantissimo sul trattamento solitamente riservato dai governatori provinciali ai *famosi latrones*⁶². Eppure, per questo padre snaturato la pena non

⁶⁰ La frase commentata è al centro di una buona serie di approfondimenti: cfr. A. Torrent, *Patria potestas in pietate non atrocitate consistere debet*, in *Index*, 35/2007, pp. 159-175; M. Rizzi, *Brevi riflessioni storiche e attuali sul principio patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*, in *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 72/282, 2022, pp. 413-430; M. Amabile, *Mos patrius e pater ignominiosus*, in *Iura & Legal Systems*, 10/2023, pp. 83-99, soprattutto p. 97, dove però la sentenza di Adriano, quindi il *decretum*, è definita "editto". Il recinto concettuale entro cui si colloca la *pietas* paterna fu tracciato con precisione da R. Saller, *Patriarchy, Property and Death in the Roman Family*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, pp. 105-114. Va da sé che ritengo la frase "*patria potestas [...] debet*" totalmente genuina.

⁶¹ P. Voci, *Storia della 'patria potestas' da Augusto a Diocleziano*, in *Iura*, 31/1980, pp. 37-100.

⁶² Callistr. 6 de cogn., D. 48.19.28.15: *Famosos latrones in his locis, ubi grassati sunt, furca figendos compluribus placuit, ut et conspectu deterreantur alii ab isdem facinoribus et solacio sit cognatis et adfinibus interemptorum eodem loco poena reddita, in quo latrones homicidia fecissent: nonnulli etiam ad bestias hos damnaverunt*. Su questo passo mi permetto di rinviare a M. Fiorentini, *Reale e immaginario piratesco nel diritto romano. Storici, giuristi, legislatori*, in I.G. Mastroianni (a cura di), *Latrocinium maris*.

consiste nella privazione della vita, ma “solo” nella deportazione: l’equiparazione dell’uccisione di un figlio da parte del padre a un parricidio è ancora di là da venire.

Adriano si mostra spesso comprensivo nei confronti di padri figlicidi. Marciano ci riporta un altro caso esemplare:

Marcian. *l. s. de delator*. D. 48.21.3.5: *Videri autem et patrem, qui sibi manus intulisset, quod diceretur filium suum occidisse, magis dolore filii amissi mortem sibi irrogasse et ideo bona eius non esse publicanda divus Hadrianus rescripsit.*

Un uomo si è suicidato, poiché *diceretur* che avesse ucciso il figlio. Il suicidio è in genere accolto benevolmente e con empatia nel mondo romano, ma non indiscriminatamente: ne sono in genere riprovate almeno due tipologie, quello immotivato e quello diretto a prevenire una condanna capitale⁶³.

Nel caso descritto da Marciano siamo in presenza di quella dinamica di omicidio-suicidio tanto spesso analizzata in criminologia⁶⁴; ma in questi ultimi casi si tratta prevalentemente di dinamiche interne al rapporto di coppia, o di natura passionale o determinate da malattie invalidanti, che portano il coniuge sano a uccidere quello malato per poi suicidarsi, come ci racconta Plinio il Giovane in una sua lettera (*Epist.* 6.24.4.) che narra della morte di due coniugi che si erano lanciati nel lago di Como, annegandovi poiché il marito era malato terminale⁶⁵. Qui siamo invece in presenza di uno sviluppo del rapporto padre-figlio abbastanza inconsueto.

Come in altri casi già analizzati, anche in questo l’elemento scatenante ci resterà per sempre ignoto, ma la ragione addotta dall’imperatore per non prendere misure contro il suicida è abbastanza sorprendente: si è suicidato per il dolore della perdita del figlio (causata da lui stesso!), quindi il suo atto disperato

Fenomenologia e repressione della pirateria nell’esperienza romana e oltre, Canterano, Aracne, 2018, pp. 226-228.

⁶³ M. Fiorentini, “Mi impadronii della morte desiderata”, cit.; F. Waquet, *Suicide, taedium vitae et droit romain sous le Principat*, in *Criminocorpus-Varia*, 14 janvier 2025, DOI: <https://doi.org/10.4000/132s1>.

⁶⁴ Una rassegna critica molto utile: A. Theodorou, H. Sinclair, S. Ali, S. Sukhwil, Ch. Bassett, H. Hales, *A systematic review of literature on homicide followed by suicide and mental state of perpetrators*, in *Criminal Behaviour and Mental Health*, 43/2024, pp. 1-43.

⁶⁵ Plin. Iun. *Epist.* 6.24.4, su cui cfr. M. Fiorentini, “Mi impadronii della morte desiderata”, cit., p. 129. Qui respingo l’antica interpretazione secondo cui il marito sarebbe stato malato di sifilide, o comunque sarebbe stato affetto da una malattia venerea che avrebbe trasmesso alla moglie: una lettura già giustamente respinta da A. Keaveney, J. Madden, *The Disease at Pliny, Ep. 6, 24*, in *Hermes*, 107/1979, pp. 499-500. La moglie era sana, e l’aspetto eroico della storia è proprio questo: essa aveva sacrificato la sua vita insieme a quella del marito malato. Se anche lei fosse stata malata, tutto l’aspetto epico del racconto verrebbe miseramente meno.

è giustificabile e perciò il suo patrimonio non sarà confiscato.

Ma perché i suoi beni avrebbero dovuto essere confiscati? La risposta può essere solo una, come ha suggerito Tamás Nótári⁶⁶: nonostante che *diceretur* possa far pensare a una voce corrente, a un semplice sospetto diffuso nella comunità, che l'autore della morte del figlio fosse il padre, quest'ultimo, invece, doveva essere sotto processo e si era suicidato nella condizione di imputato. Ora, il suicidio commesso per evitare la condanna capitale (che sarebbe stata probabilmente irrogata in questo caso) portava inevitabilmente alla confisca del patrimonio: le fonti del II secolo sono univoche. A tacer d'altro, Marciano citava un rescritto di Antonino Pio. Vediamolo⁶⁷:

Marcian. *l. s. de delator.*, D. 48.21.3.1: *Ut autem divus Pius rescripsit, ita demum bona eius, qui in reatu mortem sibi conscivit, fisco vindicanda sunt, si eius criminis reus fuit, ut, si damnaretur, morte aut deportatione adficiendus esset.*

Dunque, secondo l'imperatore, se l'imputato in un processo che avrebbe potuto concludersi con una *poena capitis* (morte o deportazione), si fosse suicidato, i suoi beni sarebbero stati confiscati. La ragione di questa dinamica la spiega Papiniano, citato in un testo, ancora di Marciano, subito precedente a quello ora citato: *non enim facti sceleritatem esse obnoxiam, sed conscientiae metum in reo velut confesso teneri placuit*. Il suicidio durante il processo equivale alla confessione, la prova regina (almeno nel pensiero criminalistico medievale e moderno; in quello romano essa aveva un valore più contenuto⁶⁸). Bene, nel caso descritto in D. 48.21.3.1, Marciano ricorda che Adriano avrebbe stravolto la lettura del suicidio del padre figlicida: non era stata la *mala conscientia* a portarlo al gesto estremo, ma la disperazione per la perdita del figlio.

La *ratio* della decisione ci suona come uno stratagemma, o se si vuole un cavillo, escogitato dall'imperatore per evitare la confisca del patrimonio. Cosa lo avrà spinto a questa clemenza? Non lo sapremo mai, ma si può immaginare che, per ragioni per noi imperscrutabili in assenza di evidenze, l'imperatore volesse

⁶⁶ T. Nótári, *Some Remarks on the Issue of Suicide in Roman Criminal Law*, in *Acta Universitatis Sapientiae, Legal Studies* 8/2019, pp. 75-87, qui p. 82.

⁶⁷ A.J.L. Van Hoof, *From Autothanasia to Suicide. Self-killing in Classical Antiquity*, Abingdon, Routledge, 1990, p. 69; R. Mentxaca, *A propósito de Ulp. 50 ad ed. D. 29, 5, 1, 22 y el suicidio del dominus*, in *BIDR*, 103-104/2000-2001, pp. 23-50, qui p. 35.

⁶⁸ Sintesi sul valore della confessione nel sistema delle prove in G. Brandi Cordasco Salmena, *Regole di giudizio e garanzie del reo nel processo contro Gesù di Nazareth. Dalle formalità dell'istruzione sinedrile alle libertà retoriche dell'inquisizione romana imperiale*, in *Revista de Derecho Romano "Pervivencia"*, 6/2021, pp. 33-34.

evitare di sottrarre il patrimonio ai superstiti della tragedia (ad esempio, altri figli).

2.4. *Madri che uccidono i figli*

La forma forse più tragica di violenza intrafamiliare è quella del figlicidio commesso dalla madre. Non mi riferisco qui all'infanticidio: l'uccisione dei neonati era pratica corrente in Roma antica, ma non era dovuta a dinamiche patologiche intrafamiliari, bensì al mancato riconoscimento del padre, o ad altri fattori legati alla disabilità o alle difficoltà nel mantenimento dei figli⁶⁹.

Tra parentesi, era stata proprio la necessità di evitare ai genitori l'esigenza di sbarazzarsi di bocche da sfamare a indurre Traiano a inventare quella sorta di misura di *welfare ante litteram* che era l'*institutio alimentaria*⁷⁰.

Qui mi riferisco invece all'omicidio di un figlio perpetrato da una madre.

Le ragioni che possono spingere a questo atto tanto aberrante possono variare molto: una delle più frequenti è la c.d. "sindrome di Medea", l'uccisione del figlio per vendetta contro il marito⁷¹. Vedremo che forse una dinamica simile potremo ritrovarla in una storia contenuta in un romanzo greco del IV secolo.

In un testo già esaminato più sopra, Marciano afferma che la madre figlicida sarebbe incorsa nella pena comminata dalla *lex Cornelia de sicariis et veneficis*:

⁶⁹ W.W. Harris, *Child-Exposure in the Roman Empire*, in *The Journal of Roman Studies*, 84/1994, pp. 1-22; C. Corbo, *Traiano e gli "Alimenta": profili ermeneutici e sviluppi storici*, in *TSDP*, 12/2019, pp. 35-36, nt. 37.

⁷⁰ N. Criniti, *La Tabula alimentaria, Veleia e il Veleiate*, in *Ager Veleias*, 3 novembre 2008, pp. 1-11. Il rapporto tra la miseria familiare e il supporto imperale con gli *alimenta* è stato esaminato da W. Eck, *L'Italia nell'impero romano. Stato e amministrazione in epoca imperiale*, Bari, Edipuglia, 1999, p. 151, ed è uno dei temi della ricerca di P. Bianchi, *La ricchezza e la povertà. Imperatori e Padri della Chiesa tra il IV e il VI sec. d.C.*, Napoli, Satura Editrice, 2025, pp. XIII-XIV.

⁷¹ L. Dell'Osso, P. Lorenzi, *Il segno di Medea. Il lato oscuro della genitorialità*, Pisa, ETS, 2022; Y.A.G. Sarmet, *Medea's children and the Parental Alienation Syndrome*, in *Psicologia USP*, 27/2016, pp. 482-491. Una bella analisi della varietà delle motivazioni alla base di un figlicidio materno è compiuta da A. Cavallone, *La sindrome di Medea: cosa spinge una madre ad uccidere il proprio figlio*, in *Psychofenia*, 11-18/2008, pp. 123-171. Una carrellata conturbante di profili patologici è presentata da C. Barbieri, I. Grattagliano, R. Catanesi, *Alcune riflessioni sul c.d. reato narcisistico*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, 13/2019, pp. 257-267, che presentano "un omicidio seguito da tentativo di suicidio; un singolare tipo di incesto; un figlicidio con sindrome di Medea al maschile; uno stupratore seriale; un uxoricida paranoico".

Marcian. 14 *inst.*, D. 48.9.1: [...]. *sed et mater, quae filium filiamve occiderit, eius legis* [scil. *Corneliae de sicariis et veneficis*] *poena adficitur, et avus, qui nepotem occiderit: et praeterea qui emit venenum ut patri daret, quamvis non potuerit dare.*

Ben a ragione Walter Selb⁷² aveva affermato che questa particolare applicazione della *lex Cornelia* fosse il frutto di un'estensione analogica effettuata dalla giurisprudenza. Tanto è vero che, se al tempo di Marciano il figlicidio commesso dalla madre è punito ai sensi della *lex Cornelia*, e quindi alla stregua di un omicidio (perciò non si tratta di un parricidio), non altrettanto vale per quello commesso dal padre: pur con le numerose limitazioni imposte dalla legislazione del II secolo, il *ius vitae et necis* paterno è ancora vigente.

E tuttavia, anche in questo caso, non mancano le soluzioni meno drastiche: vedremo tra poco (par. 2.7) come viene (non) decisa l'efferata vicenda della madre smirnea narrata da Valerio Massimo (8.1, *ambust.* 2).

2.5. *Madri e matrigne che insidiano i figli e i figliastri*

La particolare struttura familiare romana poteva creare situazioni veramente imbarazzanti. La pratica del padre di risposarsi, dopo un divorzio o la prematura morte della coniuge, introduceva in famiglia una donna estranea al nucleo originario, e spesso molto più giovane del marito. Benché fosse assolutamente vietato contrarre matrimonio o intrattenere una relazione sessuale tra matrigna e figliastro e tra patrigno e figliastra⁷³, le relazioni affettive che ne nascevano potevano portare a situazioni estremamente pericolose.

Un caso drammatico lo abbiamo già esaminato sopra (par. 2.3), quello, analizzato da Marciano (14 *inst.*, D. 48.9.5), del padre che uccide il figlio durante una battuta di caccia perché ha scoperto la tresca del ragazzo con la sua seconda moglie.

Tacito narra un altro cupo fatto di cronaca nera avvenuto proprio alla vigilia della morte di Tiberio, nel 37 d.C.:

Tac. *Ann.* 6.49: *Sex. Papinius consulari familia repentinum et informem exitum delegit, iacto in praeceps corpore. causa ad matrem referebatur, quae pridem repudiata adsentationibus atque luxu perpulisset iuvenem ad ea quorum effugium non nisi morte inveniret. igitur accusata in senatu, quamquam genua patrum advolveretur luctumque*

⁷² W. Selb, *Vom Ius Vitae Necisque zum beschränkten Zuechtigungsrecht und zur magistratischen Zuechtigungshilfe*, in *Irish Jurist*, n. s., 1/1966, pp. 136-150, p. 145.

⁷³ Ad esempio, cfr. Paul. 35 *ad ed.*, D. 23.2.14.4.

communem et magis imbecillum tali super casu feminarum animum aliaque in eundem dolorem maestia et miseranda diu ferret, urbe tamen in decem annos prohibita est, donec minor filius lubricum iuventae exiret.

Qui la situazione è diversa: gli attori sono una madre e il figlio. Tacito usa il termine *mater*, per cui non pare che siamo di fronte a una matrigna, ma proprio alla madre naturale. Questa ha sviluppato un'attrazione sessuale irrefrenabile verso il figlio che però lui non ricambia, anzi a cui cerca di sfuggire in ogni modo. Alla fine, non trovando altre vie di uscita, si suicida gettandosi nel vuoto.

La donna viene processata in senato, poiché la famiglia è di rango senatorio (consolare); ma Tacito non fornisce particolari sul capo di imputazione.

Oggi sarebbe sicuramente l'istigazione al suicidio, nella forma di "chi determina altri al suicidio" (art. 580 cod. pen.), un reato che però non esisteva in età imperiale. Ida Mastroianni ha pensato all'*iniuria* nella forma dell'*adtemptata pudicitia*, in rapporto a quanto affermato da Ulpiano in un frammento collocato in D. 47.10.9.⁷⁴ Senonché quest'ultima dava luogo a un'azione del processo privato, mentre nel caso della madre di Sex. Papinio il processo è sicuramente criminale, svolto davanti al senato riunito in veste di corte giudicante.

Personalmente, sarei portato a pensare a un processo per *incestum* (anche se in questo caso non siamo in presenza di nozze, secondo la definizione di *incestum* fornita da Paolo, *l. s. ad s.c. Turpill.*, D. 23.2.68⁷⁵).

Come che sia, il dato a mio parere sorprendente è la linea difensiva scelta dalla donna: essa non nega il fatto, anzi lo ammette, ma apporta a sua difesa due argomenti: il lutto comune a tutto l'ordine senatorio per la tragedia che lo ha colpito nel suo complesso per la perdita di un suo membro, che dovrebbe spingere alla clemenza; e la tipica debolezza dell'animo femminile nelle questioni di sesso (*imbecillum tali super casu feminarum animum*), un motivo che, sul piano dell'attrattiva erotica, richiama fortemente quella *levitas animi* di cui parla Gaio

⁷⁴ I.G. Mastroianni, *Coercizione, intimidazioni, violenze di genere in Tacito: la paura delle donne in età giulio-claudia fra pregiudizi e indifferenza storiografica*, in *Storia delle Donne*, 20/2024, pp. 121-143, qui pp. 128-129. Si tratta di un lavoro pregevole, poiché porta in primo piano l'aspetto psicologico delle angosce che dovettero attanagliare tante donne colpite da accuse gravissime come adulterio, veneficio, pratiche magiche, addirittura *maiestas*. Si tratta di un aspetto regolarmente omissso da Tacito e anche dalla storiografia, ma importante per dare spessore umano a personaggi femminili che altrimenti rimarrebbero privi di profondità, schiacciati da accuse infamanti.

⁷⁵ Cfr. S. Puliatti, *Incesti crimina. Regime giuridico da Augusto a Giustiniano*, Milano, Giuffrè, 2001; M. Fiorentini, *"Mi impadronii della morte desiderata"*, cit., p. 132.

nelle sue *Istituzioni* in relazione all'attitudine delle donne per gli affari (1.190, che però la condanna subito perché *magis speciosa videtur quam vera*⁷⁶).

Nel processo, la madre di Papinio cerca di sfruttare a suo vantaggio il motivo della debolezza della donna di fronte agli impulsi sessuali. Invano.

E qui viene il secondo motivo di (relativa) sorpresa. Alla donna è imposto di stare lontana da Roma per dieci anni: *urbe tamen in decem annos prohibita est*. Si tratta di una formulazione ambigua, che non fa capire se si sia trattato di una relegazione *ad tempus* o di una sorta di divieto di dimora (oggi, in un tempo in cui anche il legislatore ha smarrito il senso della diversità tra il linguaggio giuridico e quello giornalistico e della strada, lo chiameremmo un DASpo urbano).

In effetti, la relegazione comporta una sorta di domicilio coatto in un luogo isolato (come un'isola, un'oasi del deserto, una città sperduta come Tomi), mentre in questo caso Tacito afferma solo che la donna avrebbe dovuto stare lontana dal secondo figlio fino a che non fosse cresciuto abbastanza da superare l'età pericolosa. Si sarebbe trattato, quindi, di una misura di prevenzione speciale, volta ad evitare il pericolo che la donna reiterasse la condotta che aveva portato il figlio maggiore alla rovina. Non può non colpire la mitezza della pronuncia senatoria, che sarà forse da spiegare come forma di deferenza e di riguardo verso una famiglia di rango consolare, evitando di infierire con una condanna più dura.

I comportamenti seduttivi delle matrigne verso i figliastri sono un motivo tipico delle opere di retorica: Patricia Watson⁷⁷ ha contato, nelle raccolte di *declamationes*, ventuno casi di questa tipologia, solo tre dei quali, però, riguardanti matrigne invaghitesi dei figliastri; tutti gli altri casi hanno a che fare con donne che tramano per questioni ereditarie. Ma se la *noverca impudica* che allestisce tresche per sedurre i figliastri è un personaggio accolto perfino nei romanzi, vuol dire che doveva essere conosciuto dal pubblico di lettori a cui il prodotto letterario era destinato. Ne abbiamo una dimostrazione nel romanzo di età imperiale, sia nelle *Metamorfosi* di Apuleio, sia nelle *Etiopiche* di Eliodoro.

Nel romanzo di Apuleio, un'anonima matrigna si innamora del giovane figlio di primo letto del padre, al quale aveva dato altri due figli, ma di fronte al rifiuto, peraltro gentile, del figliastro, il suo amore si tramuta in odio

⁷⁶ P. Zannini, *Studi sulla tutela mulierum*, I, *Profili funzionali*, Torino, Giappichelli, 1976, pp. 32-34, p. 40; P. Du Plessis, *Once More on the Perpetual Guardianship of Women*, in U. Yiftach, M. Faraguna (eds.), *Legal Documents in Ancient Societies*, VI, *Ancient Guardianship. Legal Incapacities in the Ancient World*, Trieste, EUT, 2017, pp. 165-172.

⁷⁷ P. Watson, *Ancient Stepmothers. Myth, Misogyny and Reality*, Leiden-New York-Köln, Brill, 1995, p. 93.

inestinguibile. Come afferma molto bene Silvia Mattiacci⁷⁸, la donna, che fino ad ora ha avuto tratti tipici della Fedra euripidea (e forse più senecana), si tramuta all'improvviso in una Medea implacabile, decisa a vendicare l'affronto del rifiuto. Il finale di questa *tragoedia*, come la chiama l'Autore (*Met.* 10.2: *lector optime, scito te tragoediam, non fabulam legere*), è però lieto: tutto si mette a posto quasi miracolosamente e in modo quasi farsesco.

Non diversa (salvo che per il finale) è la vicenda narrata nel romanzo di Eliodoro (*Aethiop.* 1.9-14), in cui una matrigna, Demeneta, si innamora follemente del figlio di primo letto del marito, Cnemone⁷⁹. Respinta da lui, architetta un complotto per vendicarsi, anch'essa novella Medea priva però della grandezza tragica dell'archetipo: il figliastro la definisce con l'icastico appellativo di *archékakos* (1.9.1)⁸⁰. Aizza così il marito contro il figliastro, nel mentre che fa credere a quest'ultimo di avere un amante. In un carosello scoppiettante di scambi di persona che sarebbe perfetto in una commedia degli equivoci (ma senza lieto fine), il giovane Cnemone finisce coinvolto in un'accusa di tentato parricidio e condannato all'esilio perpetuo. Si può definire un caso di alienazione parentale *ante litteram*⁸¹? L'ovvia differenza è che il piano diabolico ordito dalla donna vuole la rovina del figliastro, mentre l'alienazione parentale è diretta da un coniuge contro l'altro, e il figlio è solo l'arma con cui questa dinamica perversa è svolta. Ciò non toglie che, nella vicenda narrata nel romanzo, il figlio sia la posta in gioco in un rapporto intrafamiliare depravato, nel quale la matrigna riveste il ruolo di protagonista nella strada verso la rovina anche sua, dato che, in un ulteriore turbine di scambi di persona nuovamente incentrati sul "trucco del letto", viene accusata di adulterio e, per prevenire l'inevitabile condanna, si suicida gettandosi nel pozzo *tòn en Akadēmèia* (*ivi*, 1.17.5).

⁷⁸ S. Mattiacci, *Da Apuleio all'Aegritudo Perdicae: nuove metamorfosi del tema di Fedra*, in R. Degl'Innocenti Pierini, N. Lambardi, E. Magnelli, S. Mattiacci, S. Orlando, M.P. Pieri (a cura di), *Fedra. Versioni e riscritture di un mito classico*, Atti del Convegno AICC, Firenze, 2-3 aprile 2003, Firenze, Polistampa, 2007, pp. 131-156, qui p. 136.

⁷⁹ H. Morales, *Visualizing Assemblages. Demaenete, Thisbe's Bed-Trick, and the Creation of Charicleia* (1.15–17), in I. Repath, T. Whitmarsh (eds.), *Reading Heliodorus' Aethiopica*, Oxford, Oxford University Press, 2022, pp. 20-38, che molto bene evidenzia il ruolo che il "bed-trick", il trucco del letto, gioca in modo determinante in tutta la vicenda.

⁸⁰ Bella presentazione della storia in J.L. Hilton, *Cnemon, Crispus, and the Marriage Laws of Constantine in the Aethiopica of Heliodorus*, in *Greek, Roman, and Byzantine Studies*, 59/2019, pp. 437-459, qui pp. 444-448.

⁸¹ Ricordo che il tema dell'alienazione parentale è fortemente controverso: per evitare inutili elenchi di nomi e titoli, rinvio a una sintesi che mi pare sufficientemente equilibrata: L. Lenti, *PAS o non PAS? Non è questo il problema*, in *Questione Giustizia*, 11 ottobre 2021, www.questionegiustizia.it.

È vero che le storie che ho ora riportato, sia quella dell'anonima *noverca* di Apuleio, sia quella di Demeneta e Cnemone narrata da Eliodoro, sono il frutto della straordinaria capacità narrativa dei due autori.

Sulla vena creativa di Apuleio non vale la pena soffermarsi, tanto è evidente non solo nel romanzo ma anche nell'oratoria, come appare chiaro a chiunque legga la sua autodifesa nell'accusa di stregoneria⁸²: dal canto suo, Eliodoro mostra di saper escogitare storie estremamente intricate, "narrazioni concentriche", come bene le chiama Marco Palone⁸³, con riferimenti alla tragedia (Cnemone è una sorta di Ippolito redivivo) e alla commedia attica. Ma, per quanto il fantastico sia fondamentale nel romanzo di età imperiale, la *noverca impudica* (e notiamo che Apuleio definisce proprio così la matrigna: *naturaliter impudica*) doveva essere personaggio non infrequente nella cronaca nera dell'epoca.

2.6. Figli che insidiano le matrigne

Se la matrigna spudorata è quasi un *topos* letterario, non mancano casi in cui, al contrario, a insidiare la giovane matrigna è il figlio di primo letto del marito di lei. Valerio Massimo menziona questo avvenimento degno di ricordo non tanto per la torbida vicenda familiare che le diede occasione, quanto per il finale inatteso:

Val. Max. 5-9.1: *L. Gellius omnibus honoribus ad censuram defunctus, cum gravissima crimina de filio, in novercam commissum stuprum et parricidium cogitatum, propemodum explorata haberet, non tamen ad vindictam continuo procucurrit, sed paene universo senatu adhibito in consilium expositis suspicionibus defendendi se adulescenti potestatem fecit <in>spectaque diligentissime causa absolvit eum cum consilii tum etiam sua sententia. quod si impetu irae abstractus saevire festinasset, admisisset magis scelus quam vindicasset.*

Al tempo della censura di L. Gellio Publicola, nel 70 a.C., il figlio dell'alto magistrato viene accusato di crimini gravissimi: *stuprum* della matrigna e piano per uccidere il padre. In primo luogo va rilevato che l'accusa di *stuprum* non deve essere fraintesa: il figliastro non aveva violentato la matrigna.

Come è noto, il sostantivo latino *stuprum* ha un significato ben lontano da quello, connotante la violenza sessuale, che ha assunto in italiano: in latino esso

⁸² Rimando a un recente, ottimo studio di una giovane studiosa: G. De Trane, *Scrittura e intertestualità nelle Metamorfosi di Apuleio. Le diverse forme del dire artistico*, Lecce, Pensa MultiMedia, 2021.

⁸³ M. Palone, *Le Etiopiche di Eliodoro. Approcci narratologici e nuove prospettive*, Stuttgart, Franza Steiner, 2020, soprattutto pp. 104-116.

si riferisce a una situazione del tutto diversa, sintetizzata da Erennio Modestino in questa definizione⁸⁴:

Mod. 1 reg. D. 48.5.35(34) pr.: *Stuprum committit, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet, excepta videlicet concubina.*

Quindi, essendo lo *stuprum* un semplice rapporto sessuale con una donna libera al di fuori del matrimonio o di una relazione familiare stabile come il concubinato, il termine non designa la violenza sessuale, nella quale i Romani evidenziano la necessaria presenza della *vis*. Ad esempio, nella storia di Lucrezia violentata da Sex. Tarquinio, narrata da Livio, l'atto è qualificato con una locuzione complessa. Infatti, quando Bruto nel Foro arringa la folla narrando il fatto, parla⁸⁵:

Liv. 1.59.8: *de vi ac libidine Sex. Tarquini, de stupro infando Lucretiae.*

Quello che ha subito Lucrezia, quindi, per usare correttamente la terminologia, è uno *stuprum per vim*, l'espressione tecnica che connota la violenza sessuale. Nella vicenda del figlio di L. Gellio, invece, la moglie del censore ha subito "solo" uno *stuprum*, cioè ha avuto un rapporto sessuale col figliastro, che ci porta a sospettare la connivenza della donna.

Ma, come ha ben osservato Alfredo Casamento⁸⁶, l'atto sessuale tra il figliastro e la matrigna è un *incestum*, a cui si lega indissolubilmente l'adulterio della donna. L'accusa contro il figlio è dunque gravissima: infatti, non gli è contestata solo la congiunzione carnale con la matrigna (quindi, *incestum* suo più *adulterium* della matrigna), ma anche la pianificazione del parricidio.

In questo caso però, il padre non giunge a conclusioni affrettate, non si abbandona alla cieca vendetta, ma concede al figlio la facoltà di difendersi in

⁸⁴ G. Rizzelli, "Stuprum" e "adulterium" nella cultura augustea e la "lex Iulia de adulteriis" (Pap. 1 adult. D. 48,5,6,1 e Mod. 9 diff. D. 50,16,101 pr.), in *BIDR*, 90/1987, pp. 365-388, qui p. 366; M. Beggato, *Brevi annotazioni sullo stuprum per vim in età classica*, in *QLSD*, 13/2023, pp. 139-159. Il riflesso di questa fattispecie criminosa nelle *declamationes* è acutamente analizzato da N. Papakonstantinou, *Raptus and Roman law: teaching about sexual crime in the schools of rhetoric (Rome, turn of the first and second centuries CE)*, in *Clio. Women, Gender, History*, 52/2020, *Abuse/Force/Rape*, pp. 21-44.

⁸⁵ D. Moses, *Livy's Lucretia and the validity of coerced consent in Roman law*, in A.E. Laiou (ed.), *Consent and Coercion to Sex and Marriage in Ancient and Medieval Societies*, Washington, Dumbarton Oaks, 1993, pp. 45-46; G. Rizzelli, *La violenza su Lucrezia*, in M. Lentano, G. Rizzelli (a cura di), *Il sangue e la virtù cit.*, c. s.

⁸⁶ A. Casamento, *Ippolito figlio degenerare (Sen. Phaedr. 907-908)*, in *Materiali e Discussioni per l'Analisi dei Testi Classici*, 59/2008, pp. 87-102, qui pp. 90-91.

senato, evidentemente riunito in funzione di corte giudicante. Il figlio si difende bene da entrambe le accuse, perché viene assolto *cum consilii tum etiam sua sententia*. E Valerio elogia l'accortezza del padre riflessivo che, insieme alla corte senatoria, ha giudicato oculatamente, mentre, se avesse agito impulsivamente, avrebbe commesso un crimine, invece di punirlo, condannando un figlio innocente.

Un ultimo caso vorrei brevemente analizzare, quello di Fausta moglie di Costantino e di Crispo⁸⁷. Una vicenda torbida, ancora per molti versi oscura e piena di interrogativi, nota da fonti molto reticenti o decisamente ostili all'imperatore. I personaggi di questa tragedia storica sono Costantino, il suo figlio di primo letto Crispo, avuto con Minervina, nominato Cesare nel 317, giustiziato e colpito dalla *damnatio memoriae* nel 326⁸⁸, e la seconda moglie dell'imperatore, elevata al rango di Augusta nel 326 e fatta morire l'anno successivo. Una storiaccia in cui accuse di incesto e di violenza sessuale, brame di potere, congiure di palazzo e vendette si inseguono all'ombra di testimonianze piegate all'interesse politico dei filocristiani e dei pagani in lotta per il controllo della corte imperiale.

Cominciamo da Crispo. Cosa porta Costantino, dopo averne fatto il cardine della sua politica dinastica, a farlo giustiziare? Le fonti parlano di una "follia amorosa" di Fausta per il figliastro che però, novello Ippolito, ne avrebbe rifiutato le profferte⁸⁹. Si ripete qui il copione già visto anche nei romanzi: la donna diventa una furia, inventa un'accusa di violenza sessuale del figlio, che il padre-imperatore impulsivamente punisce con sentenza capitale. Ma il complotto di Fausta viene scoperto, per cui, poco dopo, Costantino ordina l'uccisione della moglie, facendola soffocare in un bagno caldissimo. Tutto qui? No, c'è molto di più, e qui dobbiamo passare alla seconda moglie di Costantino, nonché Augusta.

Va tenuto presente che Fausta era figlia di Massimiano Erculio, implacabile nemico dei cristiani, e sorella di Massenzio e, al contrario del marito, non aveva

⁸⁷ La vicenda conta una letteratura imponente: J.-L. Desnier, *Zosime II, 29 et la mort de Fausta*, in *Bulletin de l'Association Guillaume Budé*, 3/1987. pp. 297-309; G. Zecchini, *Costantino e la morte di Crispo*, in V. Neri, B. Girotti (a cura di), *La storiografia tardoantica. In memoria di A. Baldini*, Milano, LED, 2017, 127-138; A. Rocco, *Intolerance at the Court of Constantine? The Case of Fausta and Helena*, in D. Dainese, V. Gheller (eds.), *Beyond Intolerance. The Milan Meeting in a D 313 and the Evolution of Imperial Religious Policy from the Age of the Tetrarchs to Julian the Apostate*, Turnhout, Brepols, 2018, pp. 105-127; e J.L. Hilton, *Cnemon cit.*, pp. 448-452.

⁸⁸ PLRE I, v. *Crispus Fl. Iulius*, p. 233.

⁸⁹ Di "follia amorosa" (διὰ μανίας ἐρωτικῆς) parla la *Vita Constantini* contenuta nel *Codex Angelicus gr.* 22, riconosciuta da Franchi de' Cavalieri come in gran parte contenente estratti da Filostorgio (J. Bidez, *Philostorgius Kirchengeschichte. Mit dem Leben des Lucian von Antiochien und den Fragmenten eines Arianischen Historiographen*, Leipzig, J. C. Hinrichs'sche Buchhandlung, 1913, p. LXXXVIII).

mai avuto cedimenti verso il cristianesimo, rimanendo incrollabilmente pagana come lo era stato il fratello, secondo quanto afferma Zonara (*Epit. hist.* 13.1.5)⁹⁰. C'è di più: varie testimonianze, come Zosimo (*hist. nov.* 2.29.2) e l'*epitome de Caesaribus* (41.11), attribuiscono la responsabilità della morte di Fausta ad Elena, la madre di Costantino, che l'avrebbe accusata di avere tramato per far uccidere il figlio di primo letto del marito, tra l'altro da lei molto amato, mediante la falsa accusa di violenza sessuale subita dal figliastro⁹¹. Cosa potrebbe avere spinto Fausta a tramare per eliminare Crispo? Ragioni dinastiche? Intenzione di eliminare un ostacolo al trono dei propri figli (Costante, Costanzo e Costantino II), costituito dal primogenito? Questa sarebbe l'accusa dei filocristiani contro la pervicace pagana. E, corrispettivamente, congiura (alla cui testa vi sarebbe ovviamente Elena) per colpire il partito filopagano, ancora forte a corte proprio grazie a Fausta? Questa la tesi dei filopagani. Come si vede, la vicenda di Crispo e Fausta non è solo la storia di un dramma familiare, ma rispecchia una vera lotta di potere sulla quale, come ha ben rilevato Marco Rocco, i tanti studi, anche recenti, non sono riusciti a fare definitiva chiarezza⁹².

2.7. Mariti e mogli che si uccidono tra loro

In un lungo e sinistro racconto, Livio ci informa del primo caso di processo per veneficio della storia di Roma: si tratta di un evento drammatico accaduto nel 331 a.C. A Roma si è scatenata un'epidemia che sta decimando i quadri dirigenti della città. Non si riesce a capirne la causa: Livio dice (8.18.1) che la falcidia umana era provocata *seu intemperie caeli seu humana fraude*.

Sorge il sospetto che la morte di così tanti uomini politici sia dovuta a un complotto teso ad avvelenarli. Una schiava denuncia la padrona come avvelenatrice: quest'ultima e un'amica sono costrette a bere in pubblico le pozioni scoperte in casa durante una perquisizione; le donne cadono morte. Il finale è drammatico: in un'infernale catena di denunce (*ivi*, 8.18.10), *comprehensae extemplo*

⁹⁰ J. Vogt, *Pagani e cristiani nella famiglia di Costantino il Grande*, in A. Momigliano (a cura di), *Il conflitto tra paganesimo e cristianesimo nel secolo IV*, Torino, Einaudi, 1968, p. 57 (ed. or. Oxford, Clarendon, 1964, p. 49).

⁹¹ Un'analisi accurata delle fonti sia sul modo, sia sulle cause dell'assassinio di Fausta, è compiuta da D. Woods, *On the Death of the Empress Fausta*, in *Greece & Rome*, 45/1998, pp. 70-86; e da R.W. Burgess, *The Summer of Blood: The "Great Massacre" of 337 and the Promotion of the Sons of Constantine*, in *Dumbarton Oaks Papers*, 62/2008, pp. 5-51.

⁹² M. Rocco, *Fausta*, cit., p. 244, nt. 5.

earum comites magnum numerum matronarum indicaverunt; ex quibus ad centum septuaginta damnatae.

Una caccia alle streghe con circa centosettanta vittime, determinata da due fattori: in primo luogo, il panico determinato da un evento sanitario dalle cause inafferrabili, l'epidemia, e attribuito all'untore, un nemico che si ripresenterà regolarmente nella storia, come dimostra l'accusa agli ebrei di avere avvelenato i pozzi causando la grande pestilenza del 1348⁹³, o quella connessa all'epidemia del 1630, la famosa peste della "colonna infame" di manzoniana memoria, o il fantomatico laboratorio cinese da cui sarebbe uscito il virus responsabile dell'epidemia di Covid-19 nel 2020⁹⁴.

Il secondo fattore scatenante fu la convinzione che il complotto mirasse a uccidere in massa i mariti senza un vero perché: ben a proposito Mariateresa Amabile⁹⁵ ha posto l'accento su una considerazione di Livio secondo cui il fatto sarebbe avvenuto (*ivi*, 11) *captisque magis mentibus quam consceleratis*, ossia non sulla base di un disegno criminoso scientemente perseguito dalle matrone in concorso tra loro, ma per una sorta di loro "impazzimento collettivo"⁹⁶.

La studiosa, però, fa di più⁹⁷: acutamente istituisce una concatenazione diabolica, creata sull'onda del panico, "tra crimine e follia, tra follia e genere femminile, tra donne e veleno, veleno ed erbe", a cui aggiungerei un ulteriore anello funesto, quello del rapporto tra mogli e mariti. Le donne sono tutte *matronae*, mogli legittime di uomini dell'*élite* di potere, e molte di loro fanno parte della gentilità patrizia, le vittime sono i loro mariti. Qui non è ravvisabile alcun odio familiare represso e sfociato nell'omicidio: le donne sono condannate sulla semplice base delle delazioni (confermate, per la verità, dall'esito letale

⁹³ Su questo ed altri casi consimili rinvio, ovviamente, a C. Ginzburg, *Storia notturna. Una decifrazione del sabba*, Milano, Adelphi², 2017, pp. 41-46

⁹⁴ In quest'ultimo caso la caccia all'untore è stata altrettanto fantasiosa di quelle dei secoli precedenti: se Manzoni ridicolizza Don Ferrante, che muore "come un eroe di Metastasio, prendendosela con le stelle" (*I Promessi sposi*, cap. 38), nel XXI secolo si vedono complotti dei "poteri forti" per diminuire drasticamente la popolazione mondiale con l'arma dell'epidemia (che, peraltro, secondo altri non si è mai verificata ed è stata tutta un'invenzione dei soliti poteri). I siti di verifica dei fatti (*vulgo* detti *fact-checker*) traboccano di articoli: cercando la voce "Covid", il sito BUTAC contiene quasi novecento articoli da febbraio 2020 a febbraio 2025; il sito *Facta.news* ne conta più di mille.

⁹⁵ M. Amabile, *Herbis incantum. Note su erbe, medicina e diritto nel mondo romano ed ebraico*, in *Iura & Legal Systems*, 9/2022, pp. 132-144, qui 135-136. Ma cfr. anche J. Gagé, *Matronalia. Essai sur les dévotions et les organisations cultuelles des femmes dans l'ancienne Rome*, Brussels, Berchem, 1963, pp. 262-265; J.E. Gaughan, *Murder Was Not a Crime. Homicide and Power in the Roman Republic*, Austin (TX), University of Texas Press, 2010, pp. 130-132.

⁹⁶ M. Amabile, "Captis mentibus" (*Liv.* 8.18). *Alle origini della repressione criminale senatoria*, in *Iura & Legal Systems*, 5/2018, pp. 22-32.

⁹⁷ M. Amabile, *Herbis incantum* cit., p. 135.

dell'ingestione delle pozioni da parte delle prime due; ma chi può negare che esse fossero in buona fede convinte che quelle erbe fossero davvero curative?⁹⁸) e senza neanche indagare sul movente dei pretesi avvelenamenti. In questo caso, l'accertamento dell'odio verso i mariti non è l'esito di un'inchiesta criminale, ma è presupposto sulla base degli eventi: se i mariti muoiono come mosche non è per colpa dell'epidemia ma dell'odio delle mogli.

Fortunatamente Livio ricorda che non tutti coloro che avevano narrato la storia si erano convinti della realtà del complotto. Noi moderni vediamo in questa lugubre vicenda l'esplosione delle contraddizioni interne ai nuclei familiari, dovute ai rapporti coniugali di totale subordinazione della moglie al marito, il cui detonatore è costituito da un evento incomprensibile, l'epidemia, che si porta sempre con sé il sospetto dell'untore. In altre parole, qui verrebbe in gioco non tanto la "paura dei padri" quanto "la paura dei mariti".

Ben altra atmosfera si respira in un'altra storia più volte evocata nelle pagine precedenti, e che ora è venuto il momento di esaminare da vicino. Si tratta di una truce vicenda familiare svoltasi a Smirne, che sarebbe piaciuta a Euripide; la narra Valerio Massimo, che la colloca nel 68 a.C., l'anno del proconsolato rivestito da P. Cornelio Dolabella in Asia⁹⁹:

Val. Max. 8.1, *ambust.* 2: *mater familiae Zmyrnaea virum et filium interemit, cum ab his optima indolis iuvenem, quem ex priore viro enixa fuerat, occisum conperisset.*

Questa donna aveva assassinato il marito e il figlio. Aulo Gellio, nella sua narrazione parallela (*Noct. Att.* 12.7.2) aggiunge tre particolari: il primo figlio era stato ucciso in un agguato (*exceptum insidiis occidissent*); il marito e il secondo figlio erano stati avvelenati (*venenis clam datis*); il governatore sottopose il caso al suo *consilium*¹⁰⁰. Il movente era stato la vendetta, perpetrata dalla donna, contro gli autori dell'uccisione del suo figlio di primo letto. Non è difficile intravedere, in questa cupa vicenda familiare, una trama di rapporti conflittuali tra patrigni e

⁹⁸ In linea puramente ipotetica, si potrebbe anche pensare che le pozioni fossero innocue e fosse stata la schiava delatrice a trasformarle in veleni per rendere credibile la sua accusa, che l'avrebbe liberata dal sospetto di complicità nel "complotto".

⁹⁹ A. Arnese, *Il rinvio abnorme del processo: due casi nelle "Noctes Atticae" di Gellio*, in *RDR*, 22/2022, pp. 109-121.

¹⁰⁰ Per un'ottima analisi comparativa delle due versioni dell'episodio cfr. A. Manni, *L'haesitatio di Dolabella e la persecuzione "centenaria" dell'avvelenatrice di Smirne*, in A. Atorino, G. Balestra, R. D'Alessio (a cura di), *Dolabella, gli Areopagiti e l'irragionevole durata del processo. Gellio, Notti Attiche 12.7*, Lecce, Il Grifo, 2021, pp. 59-78.

figliastri, e tra fratellastri tra loro, anche, se non soprattutto, per le questioni ereditarie.

Il crimine è gravissimo, eppure il governatore non condanna la sete di vendetta della donna. In modo un po' pilatesco, rimanda il fatto alla decisione dell'Areopago di Atene. Non mi soffermo sulla ragione per la quale Dolabella, governatore in Asia, deferisce la questione al tribunale ateniese, ma mi pare che l'ipotesi formulata da Aniello Atorino¹⁰¹, pur depurata dall'ipotesi che tutto il processo si sia svolto ad Atene (ipotesi, peraltro, proposta con molta cautela dallo stesso Autore), secondo cui il governatore avrebbe investito il tribunale che tutto il mondo ellenico considerava competente per i processi di omicidio, sia degna della massima considerazione.

La donna di Smirne non poteva essere assolta, visto il crimine da lei commesso e confessato; ma anche il tribunale ateniese non se la sente di condannarla, ed escogita la più salomonica delle decisioni. Può essere di qualche utilità confrontare la versione di Valerio Massimo con quella di Gellio in relazione alla pronuncia dell'Areopago:

Val Max. 8.8.1. *amb.* 2:
Areopagitae quoque non minus sapienter, qui inspecta causa et accusatorem et ream post centum annos ad se reverti iusserunt, eodem affectu moti, quo Dolabella. sed ille transferendo quaestionem, hi differendo damnandi atque absolvendi inexplicabilem cunctationem vitabant.

Aul. Gell. Noct. Att. 12.7.6:
Ariopagitae cognita causa accusatorem mulieris et ipsam, quae accusabatur, centesimo anno adesse iusserunt. 7. Sic neque absolutum mulieris veneficium est, quod per leges non licuit, neque nocens damnata poenitaque, quae digna venia fuit.

Le due versioni concordano. Il tribunale ateniese invita accusatore ed accusata a ripresentarsi fra cento anni, in tal modo evitando sia di assolvere un'assassina (e che assassina!), sia di condannare un'accusata degna di perdono.

¹⁰¹ A. Atorino, *Tra Atene e Smirne: luoghi e potere in Gell. 12.7*, in A. Atorino, G. Balestra, R. D'Alessio (a cura di), *Dolabella, gli Areopagiti* cit., pp. 35-49, qui pp. 45-46 e 48-49. Ricordo che l'idea del processo che si svolge tutto ad Atene deriva dalla traduzione delle parole *Dolabella ad se delatam Athenas ad Arei pagi cognitionem relegavit*, proposta da Rino Faranda nell'edizione bilingue della UTET (Torino, 1971), "chiamato a giudicare in Atene, Dolabella affidò l'istruzione del processo all'Areopago" (A. Atorino, *art. cit.*, p. 43). Ma a me pare che il testo possa essere tradotto anche così: "chiamato a giudicare, rimandò la cognizione del caso ad Atene, all'Areopago"; salvando, in questo modo, la competenza territoriale asiatica del governatore Dolabella e il rinvio al tribunale ateniese.

Come afferma con la solita sagacia Giunio Rizzelli¹⁰², siamo di fronte ad un caso tipico di causa *anceps*, presentando al contempo profili degni di riprovazione e di condanna (il duplice omicidio), ma anche di indulgenza (il *dolor* per la perdita violenta del figlio).

Il processo non si chiude né con la condanna né con l'assoluzione dell'imputata, ma con il semplice rinvio della decisione; una *comperendinatio*, come la definisce Ammiano Marcellino (29.2.19), ma centenaria, un rinvio così remoto da apparire, in pratica, come un'assoluzione.

Ma forse il caso più clamoroso è quello che traspare nella *pro Cluentio Habito* di Cicerone, nella quale l'orrendo protagonista, Stazio Abbio Oppianico, agisce nelle vesti di un autentico Landru *ante litteram*¹⁰³, posto accanto a una donna, Sassia, presentata come una sorta di Erinni furiosa¹⁰⁴. Anche in questo caso siamo di fronte a personaggi presentati da Cicerone, in veste di avvocato difensore dell'imputato, come mostri assetati di ricchezza facile, per la quale non esitano a sbarazzarsi di figli e parenti pur di impadronirsi dei loro patrimoni, falsificando testamenti e, alla fine, accusando il giovane Cluenzio di tentato parricidio.

La vicenda è stata ben analizzata da molti, per cui non mi dilungo¹⁰⁵. Qui mi limito a evidenziare come, secondo le accuse formulate da Cicerone per sgravare il suo cliente dagli omicidi scaricandoli sui suoi accusatori, Oppianico avrebbe, in sequenza, e non contando gli omicidi extrafamiliari, eliminato la prima moglie Cluenzia, il fratello C. Oppianico; la moglie di quest'ultimo, Auria, incinta prossima al parto (uccidendo quindi anche il piccolo che stava per nascere), e poi

¹⁰² G. Rizzelli, *La donna di Smirne*, cit., pp. 104-105. L'Autore compie una perfetta ricostruzione dell'impianto retorico della storia, fondata sulla teoria degli stati di causa.

¹⁰³ Mi riferisco ovviamente alla vicenda di Henri Landru, su cui cfr. C. Bertin, *Il caso Landru. E i processi dei veleni*, Sesto San Giovanni, Pgreco, 2015.

¹⁰⁴ L'orazione ciceroniana è talmente ricca di spunti giuridici da avere una letteratura estremamente vasta: la figura di Sassia è dipinta a colori vivissimi da C. Masi Doria, *Sassia: gli eccessi della scelleratezza femminile*, in E. Höbenreich, M. Rainer, G. Rizzelli (a cura di), *Liber amicorum et amicorum. Festschrift für/Scritti in onore di Leo Peppe*, Lecce, Il Grifo, 2021, pp. 409-427; ma io cito da C. Masi Doria, *Roma antica. Narrazioni giuridiche al femminile*, Napoli, Jovene, 2023, pp. 33-49.

¹⁰⁵ E. Köstner, *How to get away with murder? Ciceros Pro A. Cluentio Habito als Kriminalfall mit erbrechtlichen Implikationen*, in *Ciceroniana On Line*, 6-1/2022, pp. 7-29; P. Parroni, *La prima causa pubblica di Cicerone: una rilettura della Pro Sex. Roscio Amerino*, in *Myrtia*, 30/2015, pp. 61-75, che però (p. 62, nt. 1) attribuisce la descrizione della *poena cullei* ai "giuristi Giustino e Modestino". Mentre la citazione di Modestino è corretta (12 pand. D. 48.9.9 pr.), il testo dell'ignoto giurista Giustino dovrebbe essere identificato nel passo delle *Istituzioni giustiniane* (4.18.6) che, in effetti, elenca gli animali da introdurre nel sacco in compagnia del morituro. I rapporti di parentela tra le famiglie di Larino coinvolte nella truce vicenda sono analizzati finemente da Ph. Moreau, *Structures de parenté et d'alliance à Larinum d'après le Pro Cluentio*, in M. Cébeillac-Gervasoni (dir. par), *Les "bourgeoisies" municipales italiennes aux IIe et Ier siècles av. J.-C.*, Centre Jean Bérard, Institut français de Naples. 7-10 décembre 1981, Naples, Centre Jean Bérard 1983, pp. 99-123.

la madre di Auria, tutte persone che avrebbero potuto interporsi tra Oppianico e i loro patrimoni¹⁰⁶. L'avvelenamento del fratello è definito da Cicerone un parricidio (*pro Cluent.* 31, *in fraterno parricidio*); ma è sicuramente un'*ampliatio* retorica. Infatti, al momento del processo, nel 66 a.C., l'omicidio del fratello non era considerato ancora parricidio: l'equiparazione sarà compiuta solo dalla *lex Pompeia*, nel decennio successivo.

Dal canto suo, Sassia non è da meno: la madre di primo letto dell'imputato (e moglie di Oppianico, per il tentato omicidio del quale Cluenzio era sotto processo, accusato da lei e dal figlio di secondo letto), si innamora perdutamente del marito della figlia, Aulo Melino, lo induce a divorziare e lo sposa, *victrix filiae non libidinis*, come afferma Cicerone (*pro Cluent.* 14). Lo stesso oratore traccia della donna un ritratto terrificante, che sovverte tutte le categorie della parentela e tutte le preclusioni sessuali:

Cic. *pro Cluent.* 199: *Atque etiam nomina necessitudinum, non solum naturae nomen et iura mutavit: uxor generi, noverca filii, filiae pellex.*

Moglie del genero (Melino), matrigna del figlio (Cluenzio figlio), rivale in amore della figlia (Cluenzia). Ma non basta: volendo sposare Oppianico maggiore, lo induce ad avvelenare il nuovo marito, cioè proprio Melino, l'uomo che aveva rubato alla figlia. Ma lo stesso Oppianico, avendo messo gli occhi sul ricco patrimonio di Sassia, si vede negare il matrimonio poiché egli ha già tre figli (*ivi*, 27: *quod haberet ille tres filios*).

Per cui egli non esita ad ucciderne due:

Cic. *pro Cluent.* 27: *Nam cum haberet ex Novia infantem filium, alter autem eius filius, Papia natus, Teani Apuli (quod abest a Larino XVIII milia passuum), apud matrem educaretur, arcessit subito sine causa puerum Teano: [...] eo ipso die puer, hora undecima cum valens in publico visus esset, ante noctem mortuus et postridie ante quam luceret combustus est. 28. [...]. Dies nondum decem intercesserant cum ille alter filius infans necatur.*

Sorge spontanea la domanda: ma se aveva tre figli, perché ne ha uccisi solo due? E il terzo? Secondo William Ramsay¹⁰⁷, dovrebbe essere Oppianico figlio: si tratta di un'ipotesi almeno ragionevole. Come che sia, alla fine di questa

¹⁰⁶ G.S. Hoenigswald, *The Murder Charges in Cicero's Pro Cluentio*, in *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, 93/1962, pp. 109-123.

¹⁰⁷ W. Ramsay, *Cicero Pro Cluentio. With Introduction and Notes by William Ramsay. Edited by George G. Ramsay*, Oxford, Clarendon Press², 1869, p. 13.

allucinante sequenza di morti assassinati, i due mostri, Oppianico e Sassia, finalmente si sposano. Qualche anno dopo, rimasta vedova per la morte di Oppianico in esilio, la stessa Sassia e il figlio Oppianico minore tentano di mettere mano al patrimonio di Cluenzio, nato, ricordiamo, dal matrimonio del vecchio Aulo Cluenzio proprio con Sassia, accusandolo di avere tentato, anni prima, di uccidere col veleno il suo nuovo patrigno Oppianico. Ma il piano fallisce grazie all'abilità oratoria di Cicerone, che riesce a fare assolvere il suo cliente, che pure non era così immacolato come lo presenta il suo difensore. Insomma, è un intreccio infernale di rapporti familiari in cui la ricchezza facile è il primo motore delle azioni, mentre i vincoli genitoriali e filiali sono sacrificati senza rimorsi sull'altare del dio denaro.

Un ultimo caso vorrei brevemente presentare. Lo narra Tacito, come un'appendice della tragica vicenda dell'uxoricidio compiuto da M. Plautio Silvano, conclusosi con il suo suicidio¹⁰⁸:

Tac. *Ann.* 4.22.2: *Mox Numantina, prior uxor eius, accusata iniecissee carminibus et veneficiis vaecordiam marito, insons iudicatur.*

Fabia Numantina¹⁰⁹, prima moglie di Silvano e da lui ripudiata, viene processata in quanto sospettata di avere provocato la pazzia del marito con filtri velenosi e con incantesimi; in pratica, con atti di stregoneria. L'accusa era grave, dato il trascorso e il finale drammatico della vita di Silvano. Tacito non si dilunga, affermando solo che la donna fu assolta. Kimberly Harris, in uno studio acuto¹¹⁰, ha ipotizzato che il suicidio del *vir praetorius* fosse stato sollecitato dalle donne della corte per proteggere la sua prima moglie Numantina, che avrebbe potuto essere accusata da Silvano di veneficio e di pratiche necromantiche ai suoi danni. Anche in questo caso le ragioni profonde dei comportamenti della donna sfuggono del tutto alla nostra percezione; ma il desiderio di vendetta per il ripudio è una motivazione del tutto plausibile.

¹⁰⁸ B.W. Hicks, *The Prosecution of M. Plautius Silvanus (pr. 24)*, in *Ancient History Bulletin*, 27/2013, pp. 55–64.

¹⁰⁹ *Prosopographia Imperii Romani saec. I. II. III, Consilio et Auctoritate Academiae Scientiarum Regiae Borussicae*, II, Berolini, apud Georgium Reimerum, 1897, p. 53, v. *Fabia Numantina*.

¹¹⁰ K. Harris, *The princeps investigates: two cases of domestic violence in Tacitus' Annals*, in *Bulletin of the Institute of Classical Studies*, 66/2023, pp. 138-149, qui p. 141.

Numantina vivrà tranquillamente; probabilmente si risposerà con un uomo di rango consolare, se è la stessa Numantina che compare in una lapide funeraria trovata a Luni ed oggi perduta¹¹¹:

CIL XI 1362=EDR111849 (Frasson): *Appuleio Sex(ti) filio) / Gal(eria) / Sex(ti) n(epoti) Sex(ti) pron(epoti) / Fabia Numantina / nato ultimo gentis / suae*.

Sposata a Sex. Appuleio, darà alla luce un figlio, a cui sarà dato lo stesso prenome del padre, e con il quale la *gens Appuleia* si estinguerà¹¹².

3. Tensioni ereditarie e la querela inofficiosi testamenti

Abbiamo incontrato, sopra, casi di omicidi in famiglia motivati, almeno sul piano indiziario, dall'intenzione di eliminare possibili concorrenti nell'eredità (il caso dell'avvelenatrice di Smirne rientra, probabilmente, in questa casistica; la catena di omicidi perpetrati da Oppiano aveva esplicitamente questa motivazione).

Ovviamente, l'antagonismo intrafamiliare poteva manifestarsi anche in forme meno cruente, e il momento in cui esse si scatenavano era quello della successione al padre. La tensione tra costui e i figli poteva manifestarsi, ad esempio, in una diseredazione dettata dall'odio, come emerge in questo brano tratto dal commento di Ulpiano all'editto, a proposito dei soggetti che avevano titolo ad essere seppelliti insieme al titolare del sepolcro¹¹³. Ulpiano offre in primo luogo la definizione di sepolcro ereditario, per passare ad indicare chi vi poteva essere sepolto; tra questi appare il diseredato:

¹¹¹ A. Cafaro, *Duoviri a Luna: le domus di Porta Marina e le risorse del notabilato lunense all'avvento del Principato*, in *FastiOnline*, FOLD&R, 560, 2023, pp. 1-19; e già S. Demougin, *D'un ordre à l'autre*, in *Cahiers du Centre Gustave Glotz*, 29/2018, pp. 145-160.

¹¹² Ma cfr. l'opinione contraria di Mika Kajava, secondo cui l'ordine dei matrimoni contratti da Numantina andrebbe invertito: la donna avrebbe sposato Silvano dopo la morte di Appuleio: M. Kajava, *Rec. di Le donne in Etruria*, a cura di A. Rallo, Roma, "L'Erma" di Bretschneider, 1989, in *Arctos*, 25/1991, pp. 208-210.

¹¹³ O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis. Iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros*, Lipsiae, ex Officina Bernhardi Tauchnitz, 1889, II, *Ulpianus* fr. 729, coll. 561-562, attribuì il frammento al tit. *Si quis mortuum in locum alterius intulerit*.

Ulp. 25 *ad ed.*, D. 11.7.6 pr.: *exheredatis autem, nisi specialiter testator iusto odio commotus eos vetuerit, humanitatis gratia tantum sepeliri, non etiam alios praeter suam posteritatem inferre licet.*

In primo luogo respingo, perché del tutto arbitraria, la nota di interpolazione di questa parte del testo ulpiano pronunciata da Hugo Krüger (secondo cui il testo sarebbe stato “strano”) ed approvata da Emilio Albertario¹¹⁴.

Le ragioni proposte per la censura di interpolazione sono davvero speciose: *humanitatis gratia* giudicato da Krüger “incolore” (“*farblos*”); il fatto che, eliminando il riferimento al figlio diseredato, il discorso del giurista avrebbe recuperato un senso compiuto, disturbato dall’inserimento dell’accenno al diseredato¹¹⁵. No; Ulpiano aveva cura di affermare che anche chi fosse stato diseredato sarebbe stato ammesso alla sepoltura in virtù di un principio di *humanitas*; a meno che il titolare del *ius sepulchri* non ne avesse vietato la sepoltura indotto da *iustus odius*.

Ecco: l’odio del padre verso il figlio può consentire al primo di vietare che il secondo gli sia seppellito vicino: neanche in morte il risentimento paterno verrà meno. È ovvio che questo rapporto, così irrimediabilmente guastato che neanche la morte può colmare, deve essere sorto per qualche condotta del figlio talmente grave da scatenare lo sdegno incontenibile del padre.

Una singolare forma di contrasto familiare è delineata in un rescritto di Diocleziano del 286:¹¹⁶

C. 3.28.18, Imperatores Diocletianus et Maximianus AA. Faustinae: *Cum te pietatis religionem non violasse, sed mariti coniugium quod fueras sortita distrahere noluisse ac propterea offensum atque iratum patrem ad exheredationis notam prolapsus esse dicas, inofficiosi testamenti querellam inferre non vetaberis.* PP. Nicomediae XVI k. mart. Maximo II et Aquilino cons. (286)

Per ragioni imperscrutabili, il padre ha ordinato alla figlia Faustina di *distrahere coniugium* dal marito, in pratica di sciogliere il suo matrimonio: un

¹¹⁴ H. Krüger, *Die humanitas und die pietas nach den Quellen des römischen Rechtes*, in ZSS, 19/1898, pp. 6-57, qui pp. 24-26: “*immerhin merkwürdiger Ausspruch*”, *ivi*, p. 25; E. Albertario, *Sepulchra familiaria e sepulchra hereditaria*, in *Il Filangieri*, 35/1910, pp. 503-504.

¹¹⁵ “Il secondo periodo è logicamente dipendente dal primo. Non ci può essere qualche cosa di mezzo tra un periodo e l’altro” afferma E. Albertario, *op. cit.*, p. 504.

¹¹⁶ R. Fercia, “Querela inofficiosi testamenti” e “iudicatum”: *problemi e prospettive tra II e III secolo*, in *Diritto@Storia*, 11/2013, URL: www.dirittoestoria.it/11/pdf/Fercia-Querela-inofficiosi-testamenti-iudicatum.pdf.

potere che gli era riconosciuto, come forma della potestà paterna sui figli, ed ampiamente conosciuto sia nella documentazione sia giuridica, sotto la forma del diritto paterno di *filiam abducere*¹¹⁷, sia in quella della prassi, come dimostrano i casi, attestati in Egitto, discussi da Jakob Urbanik in un suo pregevole contributo del 2002¹¹⁸. La ragione della richiesta paterna non è specificata in quanto irrilevante ai fini della decisione. Sta di fatto che la figlia respinge la pretesa paterna di divorziare rompendo un vincolo al quale peraltro, come ricorda lo stesso rescritto, era stata *sortita* (*coniugium quod fueras sortita*). Il rifiuto della figlia scatena la collera del padre che, *offensum atque iratum*, la disereda. Faustina contesta la decisione del padre, evidentemente contenuta nel testamento, e chiede come possa rientrare nelle aspettative successorie iniquamente disattese dal padre (che nel frattempo doveva essere morto).

Il problema da risolvere, quindi, è la diseredazione compiuta dal padre come punizione della disobbedienza della figlia. L'imperatore la risolve in modo elegante: Faustina potrà esperire la *querela inofficiosi testamenti*, poiché la ragione per la quale la diseredazione è lecita, l'omissione da parte della figlia dell'*officium pietatis* verso il padre, non si è verificata (*cum te pietatis religionem non violasse*, riconosce l'imperatore¹¹⁹). La *pietas* di Faustina mi pare chiaramente quella che, come figlia, doveva al padre, non quella che lei stessa, come moglie, doveva al marito; tanto meno quella che il padre doveva a lei come figlia: è Faustina a non avere omesso l'*officium*. Stando così le cose, il testamento risulta *inofficiosum*, autorizzando l'esposto che condurrà al suo annullamento e all'apertura della successione *ab intestato*.

La decisione dell'imperatore va quindi nel senso di difendere la volontà della donna di non lasciare il marito (evidentemente il matrimonio stava andando bene e la donna ne era soddisfatta).

La pronuncia imperiale, diretta a soddisfare la volontà della sposa (o dello sposo: talora l'ordine di sciogliere il matrimonio è diretto al figlio), non è un *novum*, dato che collima con decisioni giudiziarie note dalle fonti documentarie

¹¹⁷ Su cui, ampiamente, M. De Simone, *Una congettura sull'arcaico filiam abducere*, in *AUPA*, 55/2012, pp. 321-384, che non cita il rescritto diocleziano.

¹¹⁸ J. Urbanik, *D. 24.2.4: ... Pater tamen eius nuntium mittere posse: l'influsso della volontà del padre sul divorzio dei sottoposti*, in T. Derda, J. Urbanik, M. Węcowski (eds.), *Εὐεργεσίας χάριν. Studies Presented to Benedetto Bravo and Ewa Wipszycka by their Disciples*, Warsaw, Fundacja im. Rafała Taubenschlaga, 2002, pp. 293-336, qui p. 330.

¹¹⁹ La frase costituisce la *ratio* della decisione imperiale che consente a Faustina l'esperimento della querela: non si capisce pertanto bene il significato dell'osservazione di Judith Evans-Grubbs: "*the preservation of a concordant marriage is put clearly above the claims of filial pietas*" (*Parent-Child Conflict in the Roman Family: the Evidence of the Code of Justinian*, in M. George (ed.), *The Roman Family in the Empire. Rome, Italy, and Beyond*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 117).

egiziane, per le quali rimando allo studio già citato di Urbanik, e si iscrive, pertanto, in una linea di piena continuità di politica giudiziaria.

I contrasti familiari potevano arrivare perfino alla chiamata in giudizio tra padri o madri e figli. Leggiamo questo rescritto, ancora di Diocleziano, databile o al 290 o al 293:

C. 2.55.3, Imperatores Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Petroniae: *Arbitrorum ex compromisso sententiae non obtemperans, si sordes vel evidens gratia eorum qui arbitrati sunt intercessit, adversus filiam tuam agentem ex stipulatu exceptione doli mali uti poteris. Sed et ex doli clausula, quae compromissi stipulationi subici solet, filiam tuam convenire non vetaberis.* PP. III id. ian. ipsis AA. cons. (a. 290 o 293).

Madre e figlia, in lite, si sono rivolte a un collegio arbitrale (probabilmente per attutire lo scontro, evitando di adire il giudice) che ha deciso in favore della figlia. La madre, però, sospettando che il lodo sia stato viziato (o per la corruzione degli arbitri o per la loro sordità alle motivazioni da lei proposte), non ottempera. La figlia, pertanto, la chiama in giudizio con l'*actio ex stipulatu*. L'imperatore le suggerisce di chiedere l'*exceptio doli* contro la figlia, ma le prospetta un'altra via. Infatti, in sede di conclusione del *compromissum* che aveva dato avvio alla procedura arbitrale, le parti si prestavano reciproche stipulazioni, a titolo di penale, di pagare una somma di denaro qualora non avessero ottemperato alla decisione dell'arbitro; ma normalmente nella formulazione della *stipulatio* veniva aggiunta una clausola la cui struttura e funzionamento sono ben spiegati in un testo di Ulpiano¹²⁰:

Ulp. 13 *ad ed.* D. 4.8.31. *Ita demum autem committetur stipulatio, cum adversus eam quid fit, si sine dolo malo stipulantis factum est: sub hac enim condicione committitur stipulatio, ne quis doli sui praemium ferat. sed si quidem compromisso adiciatur "ut si quid dolo in ea re factum sit", ex stipulatu conveniri qui dolo fecit potest: et ideo si arbitrum quis corrupit vel pecunia vel ambitione, vel advocatum diversae partis, vel aliquem ex his, quibus causam suam commiserat, ex doli clausula poterit conveniri, vel si adversarium callide circumvenit, et omnino si in hac lite dolose versatus est, locum habebit ex stipulatu actio: et ideo si velit de dolo actionem exercere adversarius, non debet, cum habeat ex stipulatu actionem. quod si huiusmodi clausula in compromisso adscripta non est, tunc de dolo actio*

¹²⁰ Rimando a T. Dalla Massara, *Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e "iudicium": un itinerario nella giurisprudenza classica*, in L. Garofalo (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, II, Padova, CEDAM, 2012, pp. 113-173, qui pp. 125-126 con nt. 21.

vel exceptio locum habebit. hoc autem compromissum plenum est, quod et doli clausulae habet mentionem.

La *clausula doli* alla quale accenna l'imperatore rescrittore è appunto la clausola *ut si quid dolo in ea re factum sit*, citata da Ulpiano, la cui presenza rendeva *plenum*, ossia completo, il *compromissum*. Dunque, se nella condotta processuale della figlia di Petronia fosse emerso qualche profilo di mala fede, la madre avrebbe potuto esperire contro di lei l'*actio de dolo*.

Al di là dei meccanismi processuali, che in questa sede non interessano, percepiamo l'esistenza di un dissidio tra madre e figlia che può spingersi fino a "giocare sporco" pur di vincere, corrompendo gli arbitri. L'interesse economico, che sicuramente sta dietro a questa storia, travolge gli affetti e i vincoli familiari.

4. Qualche osservazione conclusiva

Come tutte le costruzioni del vivere sociale umano, la famiglia non è mai una struttura intrinsecamente, monoliticamente e imprescindibilmente sana o malata, ma è un'istituzione profondamente contraddittoria, che al suo interno può nello stesso momento contenere armonia e dissidi, idillio e avversione, amore disinteressato e calcolo cinico, può essere porto sicuro e carcere.

La famiglia romana non fa eccezione a questa regola generale della storia umana; ma la sua peculiare struttura, una piramide al cui vertice era situato il *pater familias* con quella somma di poteri sui sottoposti (moglie *in manu*, figli naturali e adottati o "adrogati", nipoti, nuore, schiavi) estremamente estesa e in essere per tutta la sua vita, la rendeva particolarmente esposta a tensioni e crisi. Eva Cantarella e Yan Thomas, nei lavori qui citati, ci hanno mostrato esaurientemente l'impazienza dei figli rispetto a un padre che non ne voleva sapere di morire per lasciarli finalmente *sui iuris* e titolari del patrimonio.

Anche nella *Sophistopolis*¹²¹ delle *declamationes*, il tema dei conflitti intrafamiliari è ampiamente dibattuto, come ci ha dimostrato Mario Lentano in

¹²¹ Ricordo che il termine "Sofistopoli", usato ad indicare la città ideale nella quale si svolgono le vicende descritte nelle raccolte di *declamationes*, fu inventato da Donald Russell (*Greek Declamation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 21-39), Benché agli occhi del grande grecista essa fosse una città greca ("It is of course a Greek city and worships Greek gods", e ovviamente una democrazia (*ivi*, p. 22), lo stesso nome è stato felicemente attribuito alla città inventata dei retori romani: cfr. M. Lentano, *Retorica e diritto per una lettura giuridica della declamazione latina*, Lecce, Il Grifo, 2023², pp. 165-190 (il cap. "L'adulterio e Sofistopoli").

relazione all'adulterio¹²² e più in generale nelle esercitazioni aventi temi erotici, ampiamente analizzate da Giovanna Longo¹²³.

In questi casi si trattava ovviamente di situazioni costruite a tavolino, abbastanza complicate da mettere alla prova le capacità dei discenti; ma, come abbiamo visto nei casi analizzati, la vita reale non era da meno nel creare concatenazioni di rapporti intricati e forieri di problemi. Matrigne che si invaghiscono dei giovani figliastri, fratellastri che tramano per un'eredità che non vogliono dividere con persone diverse da quelle nate nella loro cerchia familiare, vendette trasversali consumate da coniugi in completa rottura mediante l'arma micidiale dei figli. Verrebbe da dire "niente di nuovo sotto il sole"...

¹²² Sull'adulterio a Sofistopoli, M. Lentano, *Auribus vestris non novum crimen. Il tema dell'adulterio nelle Declamationes minores*, in A. Casamento, D. van Mal-Maeder, L. Pasetti (a cura di), *Le "Declamazioni Minori" dello Pseudo-Quintiliano. Discorsi immaginari tra letteratura e diritto*, Berlin-Boston, De Gruyter, 2016, pp. 64-80.

¹²³ G. Longo, *Quaedam satius est causae detrimento tacere quam verecundiae dicere. Eros "torbido" nella declamazione antica*, in C. Schneider, R. Poignault (dir. par), *Fabrique de la déclamation antique. Controverses et suasoires*, Lyon, MOM Éditions, 2016, pp. 309-321.

RIFIUTO DEL MINORE, CONTINUITÀ AFFETTIVA E RUOLO DELL'AVVOCATO. RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE SUL TEMA

di Rosaria Petrolà¹

Sommario: 1. Introduzione – 2. Il rifiuto del minore e la asimmetria nei rapporti con entrambi i genitori – 3. Non scientificità della “PAS” e fenomenologia dei comportamenti ostacolanti – 4. Il diritto alla bigenitorialità e il suo *excursus* storico – 5. Il *best interest of the child* e la lesione del diritto alla continuità affettiva – 6. Il ruolo dell'avvocatura – 7. Rassegna giurisprudenziale (sulla *Maternal Preference*).

1. Introduzione

Il presente contributo si inserisce come una piccola tessera nel prezioso mosaico del *webinar* tenutosi il 28 maggio 2024 e organizzato dalla sottoscritta insieme a Paola Bianchi, mettendo in collaborazione le due Università, di Palermo e di Tor Vergata, dal titolo *Il rifiuto da parte del figlio di incontrare un genitore o gli ascendenti: art. 473 bis 6 cod. proc. civ. Profili storici, filosofici e psicologici, diritto vivente, rimedi processuali e continuità affettiva*.

Esso si occuperà principalmente di analizzare la fenomenologia del rifiuto e i suoi effetti sulle relazioni parentali sotto il profilo giuridico con riferimento alla tutela della sfera affettiva delle parti coinvolte, al disagio psicofisico generato sul minore e con analisi della componente deontologica che deve assistere l'operato dell'avvocato.

L'analisi concentra l'attenzione sul *vulnus* che i comportamenti ostacolanti, posti in essere da un genitore ai danni dell'altro, possono arrecare sul minore soprattutto quando la loro valutazione da parte degli operatori risulti intempestiva e stereotipata.

Tali condotte, infatti, mettono a rischio la continuità affettiva con il genitore respinto, compromettendo il diritto del figlio a mantenere relazioni significative e stabili con entrambe le figure genitoriali e quindi la sua crescita equilibrata.

¹ Avvocata cassazionista del foro di Palermo e Docente di diritto civile nella Scuola Superiore per le Professioni Legali “Gaetano Scaduto” dell'Università degli Studi di Palermo.

Il presente contributo è stato sottoposto a procedura di *double-blind peer review*.

2. Il rifiuto del minore e la asimmetria nei rapporti con entrambi i genitori

L'art. 473 bis 6 cod. proc. civ., introdotto con la riforma Cartabia, affronta in maniera diretta la delicata questione del rifiuto del minore di incontrare uno o entrambi i genitori nei contesti di separazione o divorzio.

L'introduzione di questa normativa ha rappresentato e rappresenta un passo significativo nella gestione dei casi di alta conflittualità familiare, con particolare attenzione alle dinamiche relazionali e agli eventuali episodi di violenza all'interno del nucleo familiare.

Si è osservato che il fenomeno si manifesta esclusivamente nei casi di separazioni conflittuali caratterizzate da una marcata asimmetria nella distribuzione del tempo trascorso con i genitori.

In tali circostanze, non è raro che il figlio trascorra la maggior parte del tempo con un solo genitore, mentre all'altro sia concesso un periodo di frequentazione molto più ristretto, talvolta limitato a poche ore alla settimana e – soprattutto nei casi che riguardano bambini sotto i tre anni – senza possibilità di pernottamento.

Questa asimmetria nei rapporti con i genitori, che non è solo una questione di tempo, può avere conseguenze profonde sul piano emotivo. Il bambino, infatti, tende ad allinearsi ai sentimenti del genitore con cui vive quotidianamente e se tra i due adulti esiste quindi un clima di tensione o risentimento, è facile che il minore finisca per interiorizzare un'immagine negativa dell'altro genitore.

È questo il meccanismo noto come *conflitto di lealtà*. Esso si manifesta quando il figlio, per non rischiare di perdere l'approvazione del genitore più presente, sviluppa un senso di colpa anche solo nel desiderare di stare con l'altro. Il risultato può essere un progressivo distacco affettivo, fino al rifiuto vero e proprio, pur in assenza di motivazioni reali.

In questi contesti, è frequente che il figlio elabori due rappresentazioni distinte e antitetiche delle figure genitoriali.

Da un lato, il c.d. "genitore di serie A", ovvero colui che, restando al suo fianco dopo la separazione e condividendo con lui la quotidianità, è riuscito a costruire una relazione fondata su vicinanza emotiva, solidarietà e routine condivise: il c.d. *genitore psicologico*.

Dall'altro lato, il "genitore di serie B", che, nella percezione del minore, appare come colui che ha abbandonato la famiglia e viene quindi ritenuto responsabile della disgregazione del nucleo familiare.

Riconoscere questi segnali e intervenire precocemente è fondamentale per tutelare il benessere del minore e garantire una relazione equilibrata con entrambi i genitori, anche in contesti familiari complessi.

3. Non scientificità della “PAS” e fenomenologia dei comportamenti ostacolanti

In questa breve trattazione ci occuperemo del rifiuto del minore che non sia motivato da comportamenti violenti o maltrattamenti allegati dalla parte; casi che trovano adeguata trattazione in altra parte del codice.

In tutti queste ipotesi, venendo intaccato direttamente il principio di bigenitorialità (art. 337 *ter*, comma 1, cod. civ.) che mira a garantire al figlio il mantenimento di rapporti sani ed equilibrati con entrambi i genitori, il giudice procede all’ascolto del minore *senza ritardo* e assume sommarie informazioni sulle cause del rifiuto disponendo eventualmente l’abbreviazione dei termini processuali.

È questo il dettato dell’art 473 *bis* 6, comma 1, cod. proc. civ. rubricato proprio *Rifiuto del minore a incontrare il genitore*.

La norma, al suo comma 2, attenziona specificatamente il fenomeno di cui parlavamo inizialmente: e cioè il caso in cui il rifiuto del figlio di incontrare uno dei due genitori sia l’effetto dei comportamenti ostacolanti posti in essere dall’altro:

“Allo stesso modo il giudice procede quando sono allegate o segnalate condotte di un genitore tali da ostacolare il mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo tra il minore e l’altro genitore o la conservazione di rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale”.

Emerge quindi la volontà del legislatore di arginare e sanzionare dal punto di vista fenomenologico i comportamenti disfunzionali che costituiscono veri e propri illeciti endofamiliari, prima noti sotto la categoria della alienazione parentale.

In passato si è infatti parlato di *Sindrome di Alienazione Parentale* (detta anche PAS dall’acronimo di *Parental Alienation Syndrome*) quando negli anni ‘80 lo psichiatra americano Richard Gardner iniziò a teorizzarla come dinamica psicologica disfunzionale che si attiverebbe nei figli minori coinvolti nelle separazioni conflittuali dei genitori.

Secondo la costruzione di Gardner, la motivazione del rifiuto dei figli verso uno dei genitori (c.d. alienato) sarebbe da attribuirsi alla condotta ostile e denigratoria dell’altro genitore (c.d. alienante)².

² R.A. Gardner, *The Parental Alienation Syndrome: A Guide for Mental Health and Legal Professionals*, Cresskill, New Jersey, Creative Therapeutics, 1987.

La teorizzazione della PAS è stata tuttavia aspramente contestata, sebbene inizialmente, presa a base da molti Tribunali di merito, in quanto non annoverata all'interno del DSM-V, il Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali³.

Per diversi anni, infatti, bambini e adolescenti sono stati allontanati da uno dei genitori per il solo fatto di aver manifestato un rifiuto nei confronti dell'altro genitore perché le "diagnosi" di PAS da parte dei Consulenti Tecnici d'Ufficio (CTU) in molti casi sono state alla base dello sradicamento dei minori dai propri affetti familiari, senza l'adeguata ed opportuna valutazione delle ragioni sottese al rifiuto manifestato dal minore.

In particolare, la svolta a livello giurisprudenziale si ha a partire dal caso famoso di Cittadella nel 2012 in cui un minore è stato prelevato all'uscita di scuola dalle forze dell'ordine per essere portato presso una struttura protetta in seguito alla decisione del giudice di affidarlo al padre.

Un caso su cui si è molto discusso e che ha suscitato un vivace dibattito sugli affidi dei minori e le modalità di attuazione dei provvedimenti di allontanamento.

Proprio a proposito di detto caso la Cassazione in una celebre sentenza ha affermato che la tutela dei minori impone il rifiuto di teorie prive del necessario supporto scientifico⁴, ritenendo opportuno evitare qualsiasi riferimento alla PAS nei procedimenti di affidamento dei figli e stigmatizzando l'operato di quei giudici chiamati a disciplinare i rapporti genitoriali che devono verificare

³ In dottrina a riguardo si sono formati dei veri e propri schieramenti: da una parte, i sostenitori della PAS – prime tra tutti alcune associazioni di padri separati – che hanno chiesto interventi a tutela della figura paterna contro gli atteggiamenti ostruzionistici di alcune madri volti a ostacolare il rapporto padri-figli dopo la separazione; dall'altra, le associazioni a tutela delle donne vittime di violenza, contrarie all'applicazione di una teoria priva di fondamento scientifico e punitiva soprattutto delle donne, tanto che la PAS è stata anche talvolta tradotta come "*sindrome della madre malevola*" (cfr. Cass. civ., sez. I, ord. 17 maggio 2021, n. 13217).

⁴ Nella citata sentenza la Suprema Corte ha addirittura osservato che, sebbene la corte territoriale non avesse esplicitamente menzionato la PAS, fosse evidente il riferimento ad essa e ciò anche se "[...] nella motivazione della sentenza impugnata la Corte territoriale, che pure cita testualmente numerosi brani della CTU alla quale si riporta [...] eviti, accuratamente ogni riferimento alla "sindrome da alienazione parentale" (d'ora in avanti, per brevità, PAS), che pure costituisce il presupposto teorico, utilizzato a fini diagnostici e terapeutici, dell'elaborato peritale. Che si tratti di un mero *lapsus memoriae* o di un espediente dialettico per eludere la questione della validità scientifica della PAS e le critiche alla consulenza tecnica d'ufficio, questa Corte non è in grado di stabilire di certo, il tema della condizione patologica del minore, unicamente riferibile alla condotta della madre 'alienante', rappresenta l'*ubi consistam* non solo del citato elaborato, ma dell'intero giudizio di secondo grado" (Cass. civ., sez. I, 20 marzo 2013, n. 7041).

“il fondamento, sul piano scientifico, di una consulenza che presenti devianze dalla scienza medica ufficiale” ricorrendo “alle proprie cognizioni scientifiche ovvero avvalendosi di idonei esperti”.

Nella comunità scientifica si evidenzia che il termine *“sindrome”* usato per descrivere la condotta di un genitore accusato di alienazione parentale è improprio in quanto esso sottende un significato medico-scientifico preciso, legato a una condizione patologica che omette di considerare la possibilità che il bambino possa sviluppare autonomamente un’inclinazione a identificarsi con il genitore convivente, portando al rifiuto dell’altro genitore senza un’influenza esterna consapevole⁵.

Si è osservato quindi che le situazioni familiari vanno valutate in modo complesso e individuale, evitando soluzioni stereotipate che conducano a trattare uniformemente casi tra di loro ontologicamente diversi, che richiedono indagini sulla specificità del caso concreto.

La riforma Cartabia e l’art. 473 *bis* 6 cod. proc. civ. nel dettaglio hanno il pregio di ripartire dalla sentita esigenza che, accertato un fatto – qual è il rifiuto di un bambino di incontrare uno dei due genitori dal punto di vista fenomenologico – il giudice ha l’obbligo di indagarne le ragioni, con una analisi scevra da condizionamenti di sorta, per verificare se esso sia l’effetto di un comportamento scorretto del genitore con cui prevalentemente egli convive o di un disagio dovuto alla disgregazione familiare o ancora alla condotta del genitore rifiutato.

Le norme di nuovo conio, sotto la spinta del dibattito circa la non scientificità della PAS, ripartono dall’approccio correttamente individuato in alcune sentenze della Suprema Corte secondo le quali: i giudici di merito devono indagare e motivare sulle ragioni del rifiuto del genitore da parte del figlio con l’obbligo di verificare, in concreto, l’esistenza di eventuali comportamenti volti all’allontanamento fisico e morale di esso dall’altro genitore, utilizzando a tal fine i comuni mezzi di prova tipici e specifici della materia (incluso l’ascolto del minore) e anche le presunzioni desumendo eventualmente elementi anche dalla presenza, laddove esistente, di un legame simbiotico e patologico tra il figlio e uno dei genitori (cfr. Cass. civ., sez. I, n. 6919/2016).

Tali comportamenti, qualora accertati, pregiudicherebbero il diritto del figlio alla bigenitorialità e, soprattutto, alla sua crescita equilibrata e serena.

⁵ Nel linguaggio medico, il termine *sindrome*, senza ulteriori specificazioni, indica un complesso più o meno caratteristico di sintomi, senza però un preciso riferimento alle sue cause e al meccanismo di comparsa, e che può quindi essere espressione di una determinata malattia o di malattie di natura completamente diversa.

4. Il diritto alla bigenitorialità e il suo excursus storico

Il diritto alla bigenitorialità vede i suoi albori nel diritto comunitario e nelle convenzioni internazionali e si inserisce in un *excursus* storico molto complesso, che in Italia parte dagli anni '70.

Con la l. n. 151/1975 (la Riforma del diritto di famiglia) che garantisce l'assoluta uguaglianza tra marito e moglie, si è sancito il progressivo abbandono della vecchia concezione del minore considerato come soggetto passivo nell'ambito del processo separativo dei genitori e adesso parte attiva del giudizio giungendo persino al suo diritto di essere ascoltato dal giudice (anche se minore di anni dodici se capace di discernimento, art. 12, par. 2, della Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza) e con un diritto personalissimo e indisponibile quale è, appunto, il diritto soggettivo alla bigenitorialità⁶.

La l. n. 54/2006 contenente *“Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli”* ha poi recepito il principio della bigenitorialità come diritto fondamentale del minore, già sancito dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 ratificata con la l. n. 176/1991 e successivamente dalla Carta di Nizza del 2000.

Detto principio è stato poi trasfuso nell'art. 337 *ter*, comma 1, cod. civ. dal d.lgs. n. 154/2013.

La nuova disciplina ha innovato l'affidamento dei figli in caso di rottura dell'unità familiare invertendo il regime previgente sia sul piano sostanziale che su quello processuale. Infatti, secondo il previgente art. 155 cod. civ.:

“Il Giudice che pronunzia la separazione dichiara a quale dei due coniugi i figli sono affidati e adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa [...]. Il coniuge cui sono affidati i figli, salva diversa disposizione del Giudice, ha l'esercizio esclusivo della potestà su di essi [...]”.

La prassi previgente comportava che nel 90% dei casi il giudice affidava il figlio in via esclusiva, quasi sempre alla madre che meglio sembrava in grado di far crescere i figli.

Secondo le nuove norme della l. n. 54/2006 è l'affidamento condiviso il nuovo regime legale – proprio in virtù del diritto alla bigenitorialità – che esalta il diritto del figlio di genitori separati di continuare mantenere rapporti significativi e continuativi non solo con entrambi i genitori ma con gli ascendenti e i parenti di

⁶ Cfr. C. cost. 16 gennaio 2002, n. 1.

ciascun ramo parentale, e ciò a prescindere dalla frattura dell'unità familiare e dal suo collocamento prevalentemente presso l'uno o l'altro di essi.

Come è noto, però i processi culturali sono più lenti della produzione normativa.

Ciò significa che non basta che la norma esista perché un cambiamento si produca.

Dall'entrata in vigore delle norme succitate, infatti non si sono fin qui riscontrati nei Tribunali, salvo rare eccezioni, cambiamenti nell'approccio tenuto e i giudici di merito continuano a ritenere ingiustificatamente che la madre sia il genitore più qualificato nello svolgimento dei compiti essenziali soprattutto nei primi anni di vita del bambino (c.d. *maternal preference*).

È quindi stata istituita nella prassi la c.d. collocazione prevalente (che fa pensare ancora una volta al bambino come ad un oggetto, piuttosto che ad un soggetto di diritti), quella figura secondo la quale, fermo restando l'affido condiviso e dunque la responsabilità di entrambi i coniugi di decidere e fare le scelte migliori per il figlio, egli trascorrerà la maggior parte del suo tempo in una delle due dimore cosicché si parla oggi di genitore collocatario/a e di collocazione prevalente⁷.

⁷ È l'art. 337 *ter* cod. civ. che al suo ultimo comma dice che: "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". Nelle prassi dei Tribunali l'affidamento condiviso è spesso ridotto a una dichiarazione di principio, priva di effettivo riscontro nella distribuzione dei ruoli genitoriali. In particolare, il c.d. "collocamento prevalente" del minore presso uno dei genitori — che nella quasi totalità dei casi è la madre — ha finito per costituire un meccanismo surrettizio di reintroduzione dell'affidamento esclusivo, seppure non formalizzato. È infatti evidente che una maggiore permanenza del figlio presso uno dei genitori si traduce in una maggiore incidenza concreta di quel genitore sulla sua vita quotidiana, sulle scelte educative, affettive e valoriali. Questo squilibrio temporale nella frequentazione mina alla radice il principio di bigenitorialità, che è il presupposto fondamentale dell'affidamento condiviso, così come delineato originariamente dalla l. n. 54/2006. In sostanza, si assiste a una discrepanza tra il modello normativo (condivisione delle responsabilità) e la sua attuazione pratica (sbilanciamento a favore di un solo genitore). Ciò comporta non solo un indebolimento del ruolo genitoriale del padre, ma anche un rischio per l'equilibrato sviluppo psicologico del minore, che potrebbe non beneficiare di un rapporto continuativo e paritario con entrambi i genitori.

La giurisprudenza di merito quindi nella prassi ha svuotato di contenuto il diritto alla bigenitorialità mentre la Suprema Corte ha tenuto a precisare come esso non sia un diritto assoluto nel senso 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”⁸.

E a nulla sono valse le norme processuali fin qui poste a tutela di detto diritto come, ad esempio, l’art 709 *ter* cod. proc. civ.⁹ – oggi confluito nell’art 473 *bis* 39 cod. proc. civ. – perché salvo qualche Tribunale virtuoso, esse sono rimaste sostanzialmente inapplicate.

Chi scrive riscontra un fare ingessato e per certi versi deludente nei giudici di merito che non fanno che ripercorrere, con provvedimenti stereotipati, strade già tracciate nelle quali la pietra miliare è la *maternal preference*, il ricorso alla CTU costante e i percorsi di sostegno alla genitorialità, che sembrano il “*complesso vitaminico*” da banco per le famiglie in crisi che si rivolgono al Tribunale.

Dette misure, infatti, ad avviso di chi scrive, nella migliore delle ipotesi e al netto delle professionalità che vi operano, si rivelano solo utili al magistrato a prendere tempo; quello stesso tempo che la Corte europea dei diritti dell’uomo stigmatizza nelle plurime condanne inflitte all’Italia¹⁰.

⁸ Cass. civ., sez. I, 19 settembre 2022, n. 27346.

⁹ Art. 709 *ter* cod. proc. civ.: “Per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all’esercizio della responsabilità genitoriale o delle modalità dell’affidamento è competente il giudice del procedimento in corso. Per i procedimenti di cui all’articolo 710 è competente il tribunale del luogo di residenza del minore. A seguito del ricorso, il giudice convoca le parti e adotta i provvedimenti opportuni. In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell’affidamento, può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente: 1) ammonire il genitore inadempiente; 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore; 3) disporre il risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori nei confronti dell’altro anche individuando la somma giornaliera dovuta per ciascun giorno di violazione o di inosservanza dei provvedimenti assunti dal giudice. Il provvedimento del giudice costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza ai sensi dell’articolo 614 *bis*; 4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende. I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari”.

¹⁰ Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, 19 ottobre 2023, n. 48618/22, *A.S. e M.S. c. Italia*; 12 ottobre 2023, n. 48280/21, *Landini c. Italia*; 2 novembre 2010, n. 36168/09, *Piazzini c. Italia*; 29 gennaio 2013, n. 25704/11, *Lombardo c. Italia*. In tutte le sentenze citate la Corte ha rilevato che dal corso del

Stessa cosa è a dirsi per i servizi sociali che nelle varie sezioni territoriali sono sempre più spesso affollate da casi gravi, che sottraggono loro tempo da dedicare al minore che si rifiuta di andare dal genitore o al genitore che ostacola la frequentazione con l'altro.

5. *Il best interest of the child e la lesione del diritto alla continuità affettiva*

Le convenzioni internazionali e la normativa nazionale ruotano tutte attorno alla migliore risposta in materia giurisdizionale al *best interest of the child*.

Esso rappresenta il principio informatore di tutta la normativa a tutela del fanciullo, garantendo che in tutte le decisioni che lo riguardano il giudice deve tenere in considerazione il suo superiore interesse.

Esso è formalmente sancito in convenzioni e dichiarazioni dedicate ai minori, come la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (art. 3, par. 1) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nota anche come Carta di Nizza (art. 24, par. 2), dove è stabilito che l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente in tutte le decisioni che lo riguardano.

Nonostante la sua centralità, gli strumenti internazionali non forniscono una definizione univoca del principio, lasciando all'interprete il compito di determinarne il contenuto.

È interessante fare rilevare come la sua interpretazione debba avvenire alla luce della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati (artt. 31-33), considerando i lavori preparatori, l'analisi del testo e del contesto, i rapporti e i commenti generali, nonché la prassi applicativa.

La formulazione del principio è rintracciabile per la prima volta nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1959, dove si affermava che *"the best interests of the child shall be the paramount consideration"*. Tuttavia, nei lavori preparatori della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, questa formulazione fu modificata in *"a primary consideration"*, evidenziando la necessità di bilanciare gli interessi del minore con altre posizioni in gioco.

Un'analisi testuale comparata delle versioni linguistiche ufficiali della Convenzione sui diritti del fanciullo rivela differenze significative.

procedimento dinanzi al Tribunale emergono piuttosto "[...] una serie di misure automatiche e stereotipate, quali le successive richieste di informazioni e la delega ai servizi sociali [...]" prese in tempi lunghi che hanno frattanto determinato la definitiva rottura del legame padre figlio con violazione del diritto al rispetto della vita familiare garantito dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il testo inglese parla di *"the best interests of the child"* come *"a primary consideration"*, suggerendo una pluralità di interessi da bilanciare.

Il testo francese, invece, si riferisce a *"l'intérêt supérieur de l'enfant"* come *"une considération primordiale"*, indicando un interesse singolare del minore che deve prevalere.

La versione italiana non ufficiale sembra accreditare la versione francese.

Dal punto di vista interpretativo, occorre considerare che il bambino è titolare di diversi interessi, che possono anche essere in conflitto tra loro (benessere fisico, integrazione sociale, sviluppo intellettuale, equilibrio psichico). Inoltre, la valutazione dell'interesse del minore può variare a seconda che si consideri il presente o il futuro.

Si pensi, in chiave esemplificativa, alla prassi giurisprudenziale che ha condotto gradualmente a sempre diverse valutazioni circa l'affidamento dei minori a coppie omosessuali. In questo senso l'interesse del minore a essere cresciuto da una famiglia eterosessuale è apparso per lungo tempo dominante nel tessuto sociale e culturale odierno, tuttavia, in assenza di divieti legislativi, in Italia si fa ancora fatica a pensare all'affidamento familiare a soggetti omosessuali.

La giurisprudenza della Cassazione ha sul punto precisato che l'inserimento di un minore in una famiglia composta da due persone dello stesso sesso non è di per sé pregiudizievole al minore stesso, dovendo il preteso pregiudizio essere adeguatamente comprovato da chi lo deduce. In altri termini, non sussiste presunzione di sorta di contrarietà all'interesse del minore per il fatto che il genitore affidatario (ma considerazioni analoghe varrebbero per quello collocatario, in presenza di affidamento condiviso) intrattenga una convivenza con persona dello stesso sesso.

L'idoneità genitoriale, in altre parole, prescinde dall'orientamento sessuale, onde il genitore eterosessuale non per questo solo fatto può ritenersi avere una miglior capacità a educare ed istruire la prole; ogni valutazione va effettuata in concreto, avuto solo riguardo all'interesse del minore, a prescindere non solo da soluzioni precostituite da puri pregiudizi o condizionamenti culturali o religiosi¹¹.

Così si pensi al processo che ha fin qui condotto all'adozione internazionale per i *single*¹².

Il procedimento ermeneutico evidenzia un'oggettiva difficoltà nell'interpretare la nozione di superiore interesse del minore, trattandosi di un'espressione intrinsecamente ambigua e suscettibile di molteplici interpretazioni.

¹¹ Rimandiamo sul punto a Cass. civ., sez. I, 11 gennaio 2013, n. 601.

¹² C. cost. 21 marzo 2025, n. 33.

Ciò riflette l'evoluzione del diritto dell'infanzia e della consapevolezza sociale. Storicamente considerato un oggetto del diritto, il minore è oggi riconosciuto come soggetto di diritto titolare di una propria soggettività giuridica da tutelare.

In sintesi, il “superiore interesse del minore” è un principio cardine del diritto minorile internazionale, la cui applicazione richiede un'attenta interpretazione contestuale e un bilanciamento dei diversi interessi coinvolti, tenendo conto della posizione giuridica soggetta a evoluzione del bambino.

Qualunque sia la scelta del criterio interpretativo, esso non può prescindere da alcuni cardini; quali la garanzia al minore della continuità affettiva intesa quale diritto alla non interruzione dei legami affettivi nel tempo venutisi a generare a causa di una originaria o successiva interruzione del legame con la famiglia di origine.

Il principio è stato ribadito e cristallizzato con la l. n. 173/ 2015 che reca *“Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare”* con cui il legislatore si cura di far sì che il minore non si allontani dalle famiglie affidatarie nel caso in cui frattanto ci sia pendente una richiesta di adozione, privilegiando il rapporto affettivo frattanto generatosi, mentre dall'altra parte il figlio di genitori in vita e che non versi in stato di abbandono rischia di essere eradicato dai propri affetti per la inadeguatezza della risposta giudiziaria, come fin qui osservato.

La suddetta normativa ha proprio questo obiettivo: affermare che gli affetti sono beni immateriali da tutelare e alla luce dei quali valutare il *best interest of the child*.

6. Il ruolo dell'avvocatura

In questo quadro socio-giuridico, avvocati e psicologi convergono su un punto fondamentale: la non trascurabilità della fenomenologia alienante e la adeguata condotta deontologica dell'avvocato che venga in contatto con dette problematiche.

Giova a tal fine muovere dalla considerazione che l'avvocato svolge un servizio di pubblica necessità e la sua attività opera nel contesto di un ordinamento (quello forense) la cui primaria funzione è quella di “garantire la tutela degli interessi individuali e collettivi” sui quali incide la sua attività¹³, perseguendo anche la realizzazione di interessi pubblici primari.

¹³ Cfr. l'art. 1, comma 2, lett. a), l. 31 dicembre 2012, n. 247.

Secondo quindi la legge professionale l'avvocato è esso stesso parte del servizio pubblico di giustizia, onerato del dovere di proteggere anche gli interessi pubblici in cui si imbatte in occasione del processo cui prende parte.

L'art. 1 del nuovo codice deontologico forense sancisce che l'avvocato

“vigila sulla conformità della legge ai principi della Costituzione e dell'Ordinamento dell'Unione Europea sul rispetto dei medesimi principi, nonché di quelli della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”.

Ciò comporta che il legale è strumento di tutela degli interessi prioritari in gioco senza che ciò significhi abdicare al suo ruolo di “parte del processo”.

È ciò che invece spesso accade nella difesa di alcune parti, per le quali l'avvocato per timore di “dispiacere all'assistito” imbocchi una strada che non fa onore alla sua toga.

In particolare, con specifico riguardo al procedimento in cui sono coinvolti minori, è lo stesso codice deontologico forense a delineare una funzione del difensore di tipo protettivo. Si pensi ad esempio a come l'avvocato non possa ascoltare il minore di età o avere con questi colloqui sulle circostanze oggetto di controversie genitoriali (art. 56).

Nel processo in cui è coinvolto il minore, come noto, questi assume la qualifica di parte “sostanziale” del processo¹⁴.

Comprendere che il genitore versa spesso in una situazione di conflitto d'interessi, ad esempio nei giudizi sull'affidamento, è piuttosto semplice; ciò accade ad esempio quando ciascun genitore chiede la determinazione di un certo regime di affidamento; in questo caso ciascuna parte ha un suo proprio interesse di carattere personale teso a raggiungere il risultato processuale richiesto (ad esempio, frequentare il figlio per un certo tempo e con certe modalità) ed un conseguente interesse di ordine patrimoniale, posto che dal regime di affidamento dipendono – secondo l'attuale normativa di cui agli artt. 337 *ter*, comma 4, e 337 *sexies* cod. civ. – anche importanti conseguenze di ordine economico (mantenimento ed assegnazione della casa coniugale).

In altre parole, il genitore non si trova mai in una posizione di indifferenza personale rispetto al contenuto della decisione.

Ecco perché il ruolo dell'avvocato è delicato.

Qualunque sia la sua posizione processuale. Il valore “protettivo del minore” che ispira anche l'attività dell'avvocato è pure desumibile dalle *Linee guida del*

¹⁴ Cass. civ., sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238; C. cost. 11 marzo 2011, n. 83.

Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla giustizia a misura di minore, adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 17 novembre 2010¹⁵.

Ebbene, in questo testo si offre ai quarantasette Stati membri del Consiglio d'Europa un quadro pratico per adeguare i propri sistemi giuridici alle specifiche esigenze dei bambini, colmando il divario tra i principi internazionali e la realtà. La relazione esplicativa approfondisce il contesto, la metodologia di elaborazione, i principi fondamentali e fornisce commenti dettagliati su come implementare una giustizia sensibile ai diritti, agli interessi e ai bisogni dei minori prima, durante e dopo i procedimenti giudiziari, con un *focus* su partecipazione, protezione e dignità.

Alla luce di tutto quanto sin qui evidenziato, reputiamo imprescindibile che all'atto dell'assunzione dell'incarico il legale si renda conto e renda edotto il cliente di stare sottoscrivendo un "*contratto ad effetti protettivi verso terzi*" ove terzi sono i figli, secondo il modello negoziale collaudato in settori affini, come quello sanitario¹⁶.

Ne consegue ancora che l'avvocato può essere, per l'effetto, destinatario di un rimprovero nelle sedi competenti (*in primis* quella della responsabilità civile) per condotte attive od omissive che contribuiscano a causare un nocumento al minore, per effetto della omessa o mancata protezione del suo interesse superiore. In altri termini, nella doverosa assistenza del padre o della madre l'avvocato deve sempre anteporre l'interesse primario del minore e, in virtù di esso, arginare la microconflittualità genitoriale.

Il rapporto fiduciario che nel tempo si costruisce tra professionista e cliente si iscrive infatti nel codice deontologico (l'art. 10 prescrive il dovere di fedeltà sanzionato anche con una norma penale quale l'art. 380 cod. pen.) ma si pone certamente in potenziale ed apparente contrasto con altri doveri previsti dal codice deontologico, quale quello di indipendenza (art. 9) e di autonomia.

È proprio nell'equilibrio tra questi doveri che è possibile individuare il comportamento professionale più adeguato rispetto alle esigenze complessive poste da una causa di diritto di famiglia.

Esiste dunque un codice deontologico scritto e un codice etico non scritto, denso forse di maggiori contenuti che orientano l'attività professionale dell'avvocato in tal senso.

¹⁵ Le Linee guida e la relazione esplicativa sono reperibili al seguente indirizzo: www.data.europa.eu/doi.

¹⁶ È questa la pregevole motivazione della sentenza del Tribunale di Milano, sez. IX, 23 marzo 2016, est. Buffone, facilmente reperibile sul *web*, che facciamo nostra nella integrale condivisione dei contenuti giuridici.

È importante che gli avvocati impegnati in una causa di diritto di famiglia sappiano mantenere sempre alta la capacità di ridefinizione delle richieste del proprio cliente, intesa come capacità di valutazione della plausibilità e della congruità di una domanda rispetto al contesto familiare ridisegnatosi nonché a quello giuridico e giudiziario in cui deve essere proposta; tutti elementi che vanno colorati dalla necessaria sensibilità richiesta dal bene della vita da tutelare nel caso di specie.

Per far ciò è necessario che si imponga la necessità di dare preminenza alla difesa del minore, eventualmente motivando il cliente in tal senso attraverso un processo educativo solo apparentemente di competenza di altre figure professionali. Ruolo di equidistanza cui l'avvocato è tenuto e a cui lo stesso è chiamato ad attingere tutte le volte che le istanze della parte, a suo insindacabile parere, debbano retrocedere di fronte alle stringenti e ben più importanti esigenze di difesa dell'integrità del minore.

L'obiettivo di ogni avvocato, anche se può apparire di forte impatto, è avere la forza di dire di no ad una difesa nella quale non ci si riconosca, nella quale sbiadiscano d'un colpo principi e valori conquistati nel tempo al punto da non riconoscersi più nella toga, che la professionalità raggiunta ha ricamato su di esso.

Un'avvocatura che voglia dirsi sana deve saper dire di no, soprattutto a quei comportamenti generatori di illeciti endofamiliari.

Va quindi precisato che la peculiarità dell'avvocato del genitore in un conflitto familiare è quella particolare figura professionale che deve saper muoversi con circospezione, stando attento a che la difesa del cliente non confligga con l'interesse del minore a favore del quale, in ultima istanza, quell'attività defensionale è prestata. E ove ciò accada perché sappia sempre correggere il tiro. Non è un caso, infatti, che ove il genitore non rappresenti più gli interessi del figlio la legge consente la nomina del curatore speciale.

In altre parole, si assiste spesso al classico da commedia pirandelliana, in cui basta cambiare ruolo (difesa di un genitore o dell'altro) perché si invochino principi, prima contestati, in un dinamismo che di giuridico ha ben poco, se l'interesse del minore viene metodicamente calpestato per far posto al gioco delle parti. Quotidianamente ci troviamo di fronte a queste derive in cui l'attività del professionista, oltre un certo limite segnato dal diritto di difesa, conduce a forme di complicità sul terreno dell'illecito endofamiliare.

Ed è necessario sapere che, mentre in altri settori tutto ciò può solo condurre a danni patrimoniali, nel diritto di famiglia si rischia di distruggere sentimenti e rapporti costruiti nel tempo.

7. Rassegna giurisprudenziale (sulla Maternal Preference)

Secondo una recente sentenza della Cassazione è preferibile che i figli in età scolare e prescolare seguano la mamma, se si trasferisce in un'altra città.

La Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza n. 21054 del 1° luglio 2022, ha ribadito come i bambini, soprattutto i più piccoli, abbiano bisogno di crescere con la madre.

La Suprema Corte ha respinto il ricorso del padre di un minore, il quale contestava la decisione della Corte d'Appello di accordare alla moglie separata il trasferimento in un'altra città con il figlioletto, consentendo l'iscrizione del bambino presso un istituto scolastico allocato nella nuova città.

La sentenza ha, da un lato, ribadito come, ciascun genitore separato, indipendentemente dal genere, abbia il diritto di trasferirsi in un'altra città, anche se la stessa si trova distante da quella dell'altro genitore.

Il trasferimento, in sé, non può comportare la perdita dell'affidamento e/o del collocamento dei figli minorenni.

Spetta piuttosto al giudice valutare, come nel caso in oggetto, in seguito al trasferimento di uno dei due, il genitore collocatario con cui sia più opportuno che resti il minore.

L'interesse primario, per il giudice, sarà sempre e solo quello dei figli, mettendo in secondo piano le conseguenze negative che tale nuova situazione possa avere sull'altro genitore, al quale viene di fatto negata la possibilità di una quotidianità coi figli.

Una situazione questa, che non riguarda solo i figli delle coppie sposate, in fase di separazione o in seguito a divorzio, ma anche i figli di genitori non sposati.

I motivi della decisione:

- Il giudice di appello dapprima e, successivamente, il giudice della Corte di Cassazione, sono stati concordi nel lasciare che il minore continuasse a vivere con la madre, soprattutto considerando che fosse in età prescolare.
- Sulla decisione dei giudici hanno inciso dunque l'età del minore, ma anche il motivo del trasferimento della madre, legato ad un suo personale miglioramento.
- Non può essere trascurato, in altre parole, il diritto (sancito dalla Costituzione) del coniuge affidatario di trovare un'occupazione lavorativa, meglio retribuita, in un luogo diverso da quello in cui si trova la dimora dell'altro genitore del minore.

- La sentenza non violerebbe la regola generale, ormai comunemente acquisita dopo l'emanazione della l. n. 54/2006, che prevede l'affidamento condiviso.

I precedenti:

- In passato, altre sentenze hanno determinato una sorta di legge non scritta: se a trasferirsi è la madre, in presenza di figli in età prescolare e scolare, il loro interesse coincide con la collocazione presso la madre.

- Con la sentenza n. 9633 del 12 maggio 2015, ad esempio la Suprema Corte ha chiarito come il giudice non possa imporre a nessuno dei coniugi di rinunciare ad un trasferimento, neanche se questo implica il conseguente trasferimento dei minori che gli sono stati affidati con sentenza di separazione.

Preso atto della situazione, il giudizio si basa sul tentativo di comprensione di quale possa essere l'interesse dei minori, ossia due bambine di nove e cinque anni, in questo caso: se la permanenza nella città in cui è abituato a vivere, nel domicilio del genitore con cui non vivevano più dal momento della separazione, o il trasferimento con il genitore che cambia città, e col quale erano abituate a vivere.

Posti a confronto gli interessi in gioco, doveva considerarsi preminente quello delle bambine, che avevano bisogno soprattutto della *“presenza e vicinanza costante e durevole della figura materna”*.

A quel punto diventava secondaria l'esigenza di non allontanarle dal contesto ambientale in cui le minori erano vissute sin dalla nascita, e quindi di far loro cambiare quotidianità e portarle lontane da amici e parenti.

Le due bambine non erano più così piccole da aver bisogno di essere accompagnate dalla madre, in quanto dipendenti fisicamente e materialmente da lei, ma non sono state considerate abbastanza grandi da poter fare a meno della costante presenza materna,

“pur sempre apportatrice di una speciale carica affettiva capace di trasmettere senso di protezione e sicurezza, elementi insostituibili, al momento, per garantire alle medesime un corretto ed armonico sviluppo psico-fisico”.

Situazione simile, e stessa sentenza, nel 2016¹⁷, quando un'altra madre separata, che in precedenza, in regime di affidamento condiviso, aveva ottenuto la collocazione del minore presso la sua residenza, aveva chiesto, e ottenuto, di

¹⁷ Cass. civ., sez. I, 14 settembre 2016, n. 18087.

portare a vivere con sé il figlio minore, pur dovendo cambiare città per motivi di carriera.

Maternal preference: c'è chi dice no.

Non tutti i Tribunali vedono di buon occhio la *maternal preference*, a fronte di una notevole prevalenza di sentenze, che in caso di trasferimento favoriscono il collocamento presso il domicilio materno, seppure in caso di affidamento condiviso.

Il Tribunale di Milano ha sottolineato l'importanza della parità di genere, in particolar modo quando si parla di affidamento di figli, e lo ha messo nero su bianco col decreto del 19 ottobre 2016, emesso dalla sez. IX.

Secondo i giudici milanesi:

“non c'è traccia di un passaggio che attribuisca alla madre la preferenza per l'affidamento dei figli, anzi, ciò che prevale dagli studi di settore è il gender neutral child custody laws, norme incentrate sul criterio della neutralità del genitore affidatario”.

Un caso che ha fatto scalpore, soprattutto per le motivazioni del giudice, è stato quello dell'ordinanza del 2 dicembre 2016, emessa dal Tribunale di Catania.

Secondo il magistrato, si doveva superare la tendenza:

“ad affrontare il tema del collocamento dei figli sulla base di un non confessato pregiudizio di fondo per il quale i figli piccoli sarebbero principalmente delle madri, ai padri verrebbe solo consentito di esercitare i loro diritti/doveri”.

Per cui, se si fosse voluto davvero assistere ad una serena crescita dei figli sarebbe stato necessario delegittimare le figure dei “padri disimpegnati” e delle “madri proprietarie.

Volendo fare un salto temporale indietro, già il Tribunale di Torino, con decreto dell'8 ottobre 2014, aveva inteso come il diritto, seppur costituzionale, di un genitore (la madre, nel caso specifico) di spostare la propria residenza contestualmente al figlio, dovrebbe essere bilanciato con il diritto del figlio minore, parimenti costituzionale,

“ad una sana crescita e ad uno sviluppo armonico della personalità, nonché a mantenere, in caso di disgregazione della famiglia, equilibrati ed adeguati contatti e rapporti con entrambi i genitori”.

La scelta era tra il collocamento di due minori di otto e sei anni presso la madre, decisa a trasferirsi da Torino in Sardegna, presso gli anziani genitori, e il

collocamento presso il padre, con continuità delle frequentazioni abituali, prima tra tutte quelle scolastiche e poi coi cugini, vicini di età, figli della sorella della madre.

Poiché l'interesse dei figli, specie se minori, è superiore a qualsiasi altro interesse giuridicamente rilevante, che si ponga in contrasto ad esso, il giudice aveva respinto le motivazioni della madre e collocato i minori presso il padre.

L'interesse del minore è stato alla base anche della sentenza della Cassazione n. 19694/2014.

Il caso era alquanto complesso, poiché la madre voleva portare il figlio di due anni con sé, nel Paese estero d'origine, favorendo il rischio che il bambino perdesse ogni tipo di contatto col padre, non parlando il minore praticamente l'italiano.

La Corte ha ritenuto che il diritto costituzionale della madre di spostare la propria residenza insieme al figlio, avrebbe compromesso il "diritto del minore ad una sana crescita e ad uno sviluppo armonico della personalità".

Gli esperti, espressi sul caso dietro richiesta, hanno ritenuto che l'espatrio avrebbe comportato per il minore un *"sostanziale annullamento della figura paterna e dei processi d'identificazione in lui da parte del piccolo, con possibili danni evolutivi"*.

Viste le premesse è bene precisare come i casi, pur assomigliandosi, siano sempre diversi l'uno dall'altro. I giudici tentano, laddove sia possibile, in materia di affidamento e mantenimento dei figli, di decidere ciò che possa rappresentare il male minore per dei bambini contesi, destinati comunque a subire le conseguenze di un mancato accordo tra i genitori.

Per concludere questo lavoro, indico come casistica giurisprudenziale e rassegna sulla PAS, due orientamenti contrapposti: quello chiamato utopistico, secondo il quale il giudice deve verificare l'attendibilità scientifica della PAS¹⁸, e quello realistico, secondo il quale il giudice deve limitarsi ad accertare in concreto l'esistenza di una alienazione genitoriale¹⁹.

Il principio più volte espresso nei più recenti arresti è che

"in tema di affidamento del figlio di età minore, qualora un genitore denunci i comportamenti dell'altra tesi all'allontanamento morale e materiale del figlio da sé, indicati come significativi di una sindrome di alienazione parentale (PAS), nella specie nella forma della sindrome della c.d. 'madre malevola' (MMS), ai fini della modifica delle modalità di affidamento, il giudice di merito è tenuto ad accertare la veridicità dei suddetti comportamenti, utilizzando i comuni mezzi di prova comprese le consulenze tecniche e le presunzioni, a prescindere dal giudizio astratto sulla validità o invalidità scientifica della

¹⁸ Cass. civ., sez. I, 20 marzo 2013, n. 7041.

¹⁹ Cass. civ., sez. I, 8 aprile 2016, n. 6919; Cass. civ., sez. I, 16 maggio 2019, n. 13274.

*suddetta patologia, tenuto conto che tra i requisiti di idoneità genitoriale rileva anche la capacità di preservare la continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore, a tutela del diritto del figlio alla bigenitorialità e alla crescita equilibrata e serena"*²⁰.

Questi esempi particolarmente significativi gettano ulteriore luce sul delicato problema qui discusso ed esaminato.

²⁰ Cass. civ., sez. I, 17 maggio 2021, n. 13217; così anche Cass. civ., sez. I, 20 settembre 2021, n. 25339, e Cass. civ., sez. I, 16 dicembre 2020, n. 28723.

IL RIFIUTO DA PARTE DEL MINORE AD INCONTRARE

UNO O ENTRAMBI I GENITORI

di *Giuseppa Palmeri*¹

Sommario: 1. Premessa – 2. Il diritto all’ascolto del minore di età – 3. Il rifiuto del minore ad incontrare uno o entrambi i genitori – 4. Alcune questioni problematiche.

1. Premessa

Queste pagine raccolgono le brevi considerazioni introduttive svolte in occasione del seminario multidisciplinare organizzato dall’Università di Roma Tor Vergata in sinergia con l’Università di Palermo in data 28 maggio 2024 nell’ambito del quale mi è stato affidato il compito di presiedere la seconda parte avente quale angolo visuale privilegiato il diritto civile, sostanziale e processuale.

L’incontro è stato dedicato a un argomento di rilevante importanza nel diritto di famiglia: il rifiuto da parte del figlio di incontrare un genitore (o gli ascendenti), contemplato nell’art. 473 *bis* 6 cod. proc. civ.².

Il tema è di particolare complessità poiché tocca profondamente le dinamiche familiari e i diritti delle persone coinvolte. L’art. 473 *bis* 6 cod. proc. civ., come è noto, è stato introdotto dalla riforma Cartabia e affronta una problematica assai delicata, ovvero quella relativa al minore che rifiuta di incontrare uno o entrambi i genitori (comma 1) e ancora quella riguardante i casi in cui sia la condotta di un genitore ad ostacolare il mantenimento di una relazione equilibrata e continuativa tra il minore e l’altro genitore o la conservazione di rapporti significativi con gli ascendenti e i parenti di ciascun ramo genitoriale (comma 2).

Il titolo del *webinar* apparentemente si concentra solo sul comma 1 dell’art. 473 *bis* 6 e dunque anch’io, in questa breve introduzione, rispetterò l’ordine dato

¹ Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto privato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Palermo.

Il presente contributo è stato sottoposto a procedura di *double-blind peer review*.

² Ai sensi dell’art. 473 *bis* 6 cod. proc. civ., *Rifiuto del minore a incontrare il genitore*, “Quando il minore rifiuta di incontrare uno o entrambi i genitori, il giudice procede all’ascolto senza ritardo, assume sommarie informazioni sulle cause del rifiuto e può disporre l’abbreviazione dei termini processuali. Allo stesso modo il giudice procede quando sono allegate o segnalate condotte di un genitore tali da ostacolare il mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo tra il minore e l’altro genitore o la conservazione di rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale”.

dalle organizzatrici, limitandomi alla fine a rivolgere qualche breve sollecitazione sul comma 2 dello stesso articolo.

La norma in tema di rifiuto si inserisce in un contesto giuridico volto a riconoscere la posizione di soggetto attivo di diritto al minore di età e la sua capacità di autodeterminarsi specie con riguardo alle vicende di carattere personalissimo che lo coinvolgono, coerentemente con il suo grado di sviluppo e di maturità psicofisica, e ciò tanto in ambito di diritto sostanziale che, oggi, processuale, all'interno di un sistema giuridico diretto anche a garantire il diritto alla bigenitorialità, a preservare i legami familiari, assumendo sempre come fulcro di osservazione il migliore interesse del minore.

2. Il diritto all'ascolto del minore di età

Al lungo e progressivo percorso che ha portato a rimodulare l'impianto di diritto sostanziale in materia di filiazione e famiglia, la riforma Cartabia ha risposto in sede processuale con specifico riferimento alla posizione del minore di età concentrando l'attenzione su due principali profili: l'ascolto e la nomina del curatore speciale.

Non è possibile in questa sede ripercorrere in maniera puntuale i vari momenti che hanno condotto al susseguirsi di una serie di riforme in ambito di diritto sostanziale in materia familiare, limitandosi a segnalare come in questa direzione un ruolo decisivo rispetto ai minori di età è stato svolto tanto da testi di matrice internazionale e sovranazionale (si pensi, per fare solo qualche esempio, alla Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, alla Convenzione de l'Aja del 1993 sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozioni internazionali; alla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996 [c.d. Convenzione di Strasburgo]; alla Carta sociale europea del 1999; alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; al regolamento (UE) 2019/1111), quanto da provvedimenti di diritto interno (come, ad esempio, la l. n. 149/2001 in materia di adozione o la l. n. 54/2006 in tema di affidamento condiviso o ancora l'abrogato art. 155 *sexies* cod. civ.).

Il mutamento di prospettiva nel diritto interno ha preso l'avvio dall'entrata in vigore della Carta costituzionale che individua quale suo asse portante la persona e il cui impianto si fonda sui valori della dignità e della solidarietà, sui principi di uguaglianza formale e sostanziale e di non discriminazione, sulla libertà di autodeterminazione, imponendo un ripensamento e il superamento del soggetto neutro di diritto assunto a referente giuridico dal nostro codice civile del

1942 ed in realtà modellato sull'uomo adulto, bianco, cittadino, di classe media, lavoratore, in efficienti condizioni fisiche e di salute, eterosessuale³.

Il soggetto neutro viene, infatti, sostituito nella visione del legislatore costituzionale dalla persona in carne e ossa usando un'espressione cara a Stefano Rodotà, raffinato civilista italiano, cioè dalla persona nel suo concreto divenire, presa in considerazione a partire dalla propria specificità che non può essere neutralizzata dentro un soggetto astratto privo di tratti connotativi ed avulso dalle dinamiche sociali di cui è parte; una persona immersa nelle contraddizioni della vita concreta e condizionata dagli ostacoli di ordine economico e sociale considerati quali potenziali fattori di diseguaglianza sostanziale dall'art. 3 Cost.

Ciò conduce al riconoscimento del minore di età quale soggetto di diritto, in quanto tale titolato ad essere partecipe in prima persona delle vicende che lo riguardano direttamente e non più destinatario meramente passivo di norme che tendenzialmente lo pongono ai margini dell'ordinamento giuridico in ragione di una sua presunta endemica debolezza che presuppone che siano sempre altri a farsi carico della sua situazione dal punto di vista giuridico.

Il superamento del soggetto astratto passa anche attraverso il ripensamento di un altro caposaldo della disciplina civilistica, costituito dalla dicotomia tra capacità giuridica e capacità di agire, dicotomia che funzionava bene in una prospettiva di organizzazione dei rapporti di natura patrimoniale ma che certamente risultava fallace rispetto alle relazioni di tipo personale.

Ciò determina un recupero progressivo della capacità di autodeterminazione, cioè della capacità naturale del soggetto, come criterio di valutazione dell'esercizio dei diritti fondamentali e della validità di taluni atti, recupero che avviene sia mediante specifici interventi normativi che assegnano al minore la possibilità di autodeterminarsi in alcuni contesti e di esprimere una

³ Non va dimenticato che attraverso specifiche previsioni di legge era possibile persino negare la soggettività giuridica per ragioni di razza in forza dell'ultimo comma dell'art. 1 cod. civ., abrogato ad opera dell'art. 1, r.d.l. 20 gennaio 1944, n. 25 e dell'art. 3, d.lgs. 14 settembre 1944, n. 287. L'art. 1 cod. civ. ha comunque il merito di avere stabilito in maniera non equivoca che chiunque, per il fatto di nascere, è e può divenire titolare di diritti, ancorando in maniera lungimirante la soggettività al momento della nascita. Sulle radici e il senso (nascosto) dell'art. 1 cod. civ. v. P. Zatti, *Questioni della vita nascente*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, II, *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 1307 ss. V. pure P. Rescigno, voce *Capacità giuridica*, in *Novissimo digesto italiano*, II, Torino, UTET, 1958; Id., voce *Capacità di agire*, *ivi*; S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, ESI, 2007.

volontà vincolante, sia attraverso l'attività interpretativa svolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza⁴.

Non mi soffermo sui vari indici normativi presenti nel sistema e sui risultati raggiunti nel diritto vivente che attestano questa riorganizzazione e rimodulazione della disciplina civilistica in tema di persona, famiglia e minore età, ma sottolineo sin d'ora come in questo contesto un passaggio essenziale è certamente rappresentato dal diritto all'ascolto, oggi previsto nel codice di procedura civile a seguito della riforma Cartabia.

In verità, l'ascolto (adesso contemplato negli artt. 473 *bis* 4, 473 *bis* 5, 473 *bis* 6, 473 *bis* 45 cod. proc. civ. e negli artt. 152 *quater* e 152 *quinquies* disp. att. cod. proc. civ.) era stato oggetto di specifica considerazione nell'ambito della disciplina sulla filiazione (l. n. 219/2012 e d.lgs. n. 154/2013) con cui si era provveduto a novellare il codice civile e la cui più visibile espressione era rappresentata dagli artt. 315 *bis*, 336 *bis* e 337 *octies* cod. civ. (questi ultimi due abrogati dal d.lgs. n. 149/2022), volti a garantire la partecipazione attiva del minore in tutte le questioni che lo riguardano e nei procedimenti in cui avrebbero dovuto essere adottati provvedimenti in grado di incidere sulla sua vita⁵.

La scelta di trasferire nel codice di rito le disposizioni in materia di ascolto ha dato luogo a numerose critiche in dottrina. Si è ritenuto infatti che la centralità e la funzione fondamentale dell'ascolto, massimamente valorizzate nella normativa internazionale ed europea ed in modo meno incisivo recepite nella legislazione interna, risultino ulteriormente svilite e ridimensionate nel passaggio di tale istituto dagli artt. 336 *bis* e 337 *octies* cod. civ. alle norme di rito⁶.

⁴ Sul punto sia consentito il rinvio a G. Palmeri, *L'impatto della riforma nel sistema dei rapporti familiari in particolare il minore e il curatore speciale: la nuova normativa*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1/2025, pp. 291 ss.

⁵ Il diritto all'ascolto si è insinuato all'interno della disciplina civilistica attraverso un percorso progressivo che ha visto come tappe essenziali di riferimento la scarsa previsione contenuta nella legge sul divorzio di cui alla riforma del 1987 (art. 4, comma 8), la disposizione (oggi abrogata) dell'art. 155 *sexies* cod. civ. introdotta dalla legge sull'affidamento condiviso (l. n. 54/2006) per poi approdare – anche in ragione delle sollecitazioni provenienti dalla normativa convenzionale e sovranazionale – ad un articolato puntuale in seguito alla riforma della filiazione degli anni 2012-2013, la quale oltre che con le disposizioni citate nel testo è intervenuta pure sull'art. 38 disp. att. cod. civ.

⁶ Così G. De Cristofaro, *Le modificazioni apportate al Codice civile dal decreto legislativo attuativo della "legge Cartabia" (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari*, in *Nuove leggi civili commentate*, 6/2022, pp. 1450 ss. L'Autore è particolarmente critico rispetto alle scelte compiute dal legislatore della riforma del codice di procedura civile, reputando criticabili e contrastanti con i precetti di matrice sovranazionale le possibili cause di esclusione dell'obbligatorietà dell'ascolto. In generale sul punto v. pure G.F. Ricci, *Alcune osservazioni sul nuovo processo di famiglia. Errori concettuali e disarmonia del sistema*, in *Rivista di diritto processuale*,

In particolare, si è osservato come

“le innovazioni introdotte nel 2022 siano destinate a (o quantomeno rischino di) ridurre drammaticamente – se non addirittura azzerare – la effettiva rilevanza e la pratica applicazione di un istituto che dovrebbe invece avere un ruolo cruciale e centrale nel sistema di protezione civilistico dei minori”⁷.

L'affermazione dell'ascolto come regola generale (v. art. 473 *bis* 4 cod. proc. civ.), dettata in origine – come si è detto – dalla riforma sulla filiazione a partire dalla considerazione del minore quale soggetto portatore di una propria specifica individualità, si accompagna in sede processuale alla previsione della figura del curatore speciale del minore, chiamato a dargli voce nei procedimenti in cui il conflitto con i genitori è ritenuto *in re ipsa* sulla base di una valutazione effettuata *ex ante* dal legislatore oppure in cui il giudice individua una situazione di conflitto potenziale di interessi tale da precludere una adeguata rappresentanza processuale del figlio da parte dei genitori o, ancora, in caso di loro temporanea inadeguatezza a rappresentare gli interessi del figlio.

Mediante l'ascolto e la figura del curatore speciale la riforma Cartabia intende proseguire il percorso diretto al riconoscimento della piena soggettività del minore nell'ambito dei rapporti di famiglia oltre che sul piano sostanziale anche processuale.

In questa direzione si muove la previsione che consente al minore che ha compiuto quattordici anni di chiedere la nomina di un curatore speciale che lo rappresenti in giudizio.

Nell'impianto della nuova disciplina processuale il giudice svolge un ruolo centrale rispetto al momento dell'ascolto (sulla falsariga di quanto accadeva negli artt. 336 *bis* e 337 *octies* cod. civ. ma regolando in modo più articolato le modalità dell'ascolto).

Come era già previsto, il giudice è tenuto ad informare il minore della natura del procedimento e degli effetti che le sue dichiarazioni avranno, dovendo procedere – specifica l'art. 473 *bis* 5 cod. proc. civ. – in orari compatibili con i suoi impegni scolastici, se possibile in locali idonei e adeguati, anche diversi dalla sede

2/2024, pp. 579 ss.; M.A. Iannicelli, *Il diritto del minore a essere ascoltato*, in *Nuove leggi civili commentate*, 4-5/2023, pp. 1065 ss., secondo cui “le nuove norme di cui agli artt. 473 *bis* 4 e 473 *bis* 5 cod. proc. civ., introducendo in modo generalizzato il diritto all'ascolto del minore, sono da ritenersi, [...] espressione del completamento procedurale di quanto già previsto in via sostanziale dall'art. 315 *bis*, comma 3, cod. civ.” (pp. 1070-1071); F. Danovi, *Ascolto del minore, capacità di discernimento e obbligo di motiva motivazione (tra presente futuro)*, in *Famiglia e diritto*, 11/2022, pp. 993 ss.; S. Troiano, *La Riforma “Cartabia”: osservazioni di un civilista*, *ivi*, 11/2023, pp. 932 ss., specialmente p. 935.

⁷ Ancora G. De Cristofaro, *op. ult. cit.*, p. 1455.

del tribunale e con modalità che devono tener conto della sua età e del suo grado di maturità e che ne garantiscano “la serenità e la riservatezza”. Il minore che ha compiuto dodici anni ha, infatti, il diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano, ed anche il/la bambino/a che non ha ancora raggiunto questa soglia di età vanta lo stesso diritto ove capace di discernimento (cfr. artt. 315 *bis*, comma 3, cod. civ. e 473 *bis* 4 cod. proc. civ.).

Il giudice è tenuto a procedere all’ascolto e può esimersi da tale dovere, dandone atto con provvedimento motivato, soltanto in presenza di specifiche circostanze (se risulta in contrasto con l’interesse del minore o manifestamente superfluo o ancora quando il minore manifesti la volontà di non essere ascoltato). Proprio in sede di ascolto il minore che ha compiuto quattordici anni deve essere informato della facoltà che gli compete di richiedere la nomina di un curatore speciale (art. 473-*bis* 5, comma 4, cod. proc. civ.).

La rilevanza del sentire del minore induce ad ammettere la possibilità di non essere ascoltato quando manifesti in tal senso la sua volontà (v. art. 473 *bis* 4, comma 2, cod. proc. civ.). In dottrina già prima della riforma Cartabia si era osservato come il diritto all’ascolto, funzionale al superiore interesse del minore ed espressione della sua personalità, non può mai “degradare ad obbligo di dire la sua”⁸.

Pure la previsione dell’art. 473 *bis* 4, comma 2, cod. proc. civ. non è rimasta esente da censure e da dubbi interpretativi.

Ci si è chiesto, ad esempio, in quale momento e innanzi a chi il minore possa manifestare il proprio rifiuto ad essere sentito e se debba davvero considerarsi espressivo del suo migliore interesse il mancato esercizio del suo diritto fondamentale ad essere ascoltato.

La richiesta di non essere sentito e il rifiuto di incontrare uno o entrambi i genitori potrebbero, infatti, essere indice di una situazione di particolare delicatezza a sua volta sintomatica della condizione di grave disagio vissuta dal minore rispetto alla quale l’ascolto potrebbe svolgere un ruolo fondamentale relativamente alla decisione da assumere⁹.

⁸ Così G. Ballarani, *Il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 4/2010, II, pp. 1807 ss. e più di recente Id., *Il diritto a non essere ascoltato*, in *Nuove leggi civili commentate*, 4-5/2023, pp. 1083 ss. (in particolare p. 1085). Per una prima ricognizione sul diritto del minore a non essere ascoltato v., pure, M. Trimarchi, *Diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni e ascolto del minore*, in *Famiglia e diritto*, 6/2024, pp. 595 ss.

⁹ Una parte della dottrina ritiene che il giudice debba necessariamente ascoltare il minore di fronte al suo rifiuto di incontrare il genitore non affidatario: così G.F. Ricci, *Alcune osservazioni sul nuovo processo di famiglia. Errori concettuali e disarmonia del sistema*, cit., p. 589. Sul punto v. pure S. Troiano, *La Riforma “Cartabia”: osservazioni di un civilista*, cit., p. 936; F. Molinaro, *Art. 473 bis 4-5 e 6 c.p.c.*, in R. Tiscini (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*,

Tuttavia, è da escludersi l'ascolto forzato del minore; nei casi in cui si ha il sospetto che il rifiuto di esprimere la propria opinione e di intrattenere rapporti con figure significative della propria esistenza sia un modo per comunicare il proprio disagio, è auspicabile attivare strategie di presa in carico del minore per condurlo a manifestare in un contesto percepito come accogliente e protetto i propri bisogni e i propri timori.

3. Il rifiuto del minore ad incontrare uno o entrambi i genitori

In questa cornice appena pennellata si inserisce il tema oggetto di questa raccolta di studi fortemente voluta perché il diritto di famiglia si trova spesso a confrontarsi con situazioni in cui il minore non intende incontrare uno o entrambi i genitori o gli ascendenti.

Questo rifiuto può derivare da varie cause, tra cui conflitti familiari, traumi psicologici o pressioni da parte degli adulti di riferimento.

Le ragioni dell'opposizione del minore possono essere molteplici e sono spesso complesse e intrecciate.

Studi psicologici indicano che il rifiuto può derivare da un forte disagio emotivo causato da conflitti familiari, esperienze di abuso o manipolazione psicologica¹⁰.

Pisa, Pacini Giuridica, 2023, pp. 766 ss.; L. Querzola, *“Ora il diritto è un fatto essenzialmente spirituale [...]”: l'ascolto del minore nel rito familiare riformato*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1/2023, pp. 51 ss.

¹⁰ L'espressione “sindrome di alienazione parentale” (*Parental Alienation Syndrome*, nota con l'acronimo PAS), coniata dallo psicologo forense Richard Gardner della *Columbia University* di New York nei primi anni '80, è stata utilizzata dalla letteratura psicologica italiana, non senza resistenza e critiche fondate sulla mancanza di dati scientifici validi per il suo inquadramento in ambito clinico, per qualificare le condotte di squalificazione del ruolo di un genitore da parte del figlio in conseguenza del condizionamento agito nei suoi confronti dall'altro genitore. L'indeterminatezza e l'incertezza scientifica del concetto di *abuso psicologico* connotante la c.d. sindrome dell'alienazione parentale sono state sottolineate dalla Corte di cassazione quando ha affermato che “[...] il concetto di abuso psicologico, di cui discutono i c.t.u., appare indeterminato e vago, e di incerta pregnanza scientifica, insuscettibile di essere descritto secondo i parametri diagnostici della scienza medica, e di ardua definizione anche secondo le categorie della disciplina psicologica”: Cass. civ., sez. I, 24 marzo 2022, n. 286, cit., p. 28; v. della stessa Corte l'ordinanza 24 marzo 2022, n. 9691, in *Giurisprudenza italiana*, 12/2022, p. 2629 con nota di B. Agostinelli, *La PAS, la bigenitorialità e i limiti intrinseci di un diritto “bifronte”*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 4/2022, pp. 867 ss. con nota di M. Di Masi, *Interesse del minore e rigore argomentativo dei giudici al di là della PAS*; in *GiustiziaCivile.com*, 21 luglio 2022, con nota di C. Magli, *PAS, Decadenza della responsabilità genitoriale, allontanamento del figlio dalla residenza familiare e valutazione del migliore interesse del minore*; in *Famiglia*

Si tratta di situazioni particolarmente delicate nelle quali la sensibilità del giudice, ma anche degli avvocati, e la loro competenza risultano fondamentali e fanno la differenza, così come è essenziale che il giudice si avvalga di esperti in psicologia infantile per comprendere appieno le motivazioni del minore e per riuscire ad individuare le misure adeguate da adottare nel suo migliore interesse.

L'art. 473 *bis* 6 cod. proc. civ. prevede che, in caso di rifiuto, il giudice deve ascoltare senza ritardo il minore, assumere sommarie informazioni sulle ragioni del suo diniego, disponendo eventualmente l'abbreviazione dei termini processuali, e valutarne le cause, all'occorrenza avvalendosi della consulenza di tecnici.

Per quanto possa sembrare superfluo, è opportuno ricordare che la posizione del giudice non deve mai appiattirsi sulla consulenza, che semmai rappresenta un ausilio rispetto alla valutazione che è chiamato a compiere.

Ed in questa direzione sembra propendere la stessa riforma Cartabia quando all'art. 473 *bis* 5 cod. proc. civ. sottolinea il ruolo di protagonista del giudice nella fase dell'ascolto del minore: "*l'ascolto del minore è condotto dal giudice*" recita la norma, giudice che può farsi assistere da esperti e altri ausiliari che non possono sostituirsi a lui¹¹.

L'importanza dell'ascolto del minore è il motivo conduttore del Capo I, dedicato alle *disposizioni generali*, del Titolo IV *bis*, *Norme per il procedimento in materia di persone minori e famiglie*, del Libro II cod. proc. civ., in conformità con il sistema normativo interno, convenzionale e sovranazionale attualmente vigente e con gli approdi cui si è giunti in sede interpretativa, tanto dottrinale quanto giurisprudenziale.

Se dunque al livello sistematico è possibile tracciare una cornice puntuale di riferimento rispetto alla posizione attualmente ricoperta dal minore di età nel nostro ordinamento e segnatamente all'interno della prima formazione sociale di cui è parte, cioè la famiglia, ben più problematico risulta sciogliere gli

e diritto, 10/2022, pp. 910 ss., con nota di F. Danovi, *Diritto alla bigenitorialità e interesse del minore (per un definitivo rifiuto della sindrome di alienazione parentale)*.

¹¹ In dottrina si è rilevato che anche la formulazione dell'art. 152 *sexies* disp. att. cod. proc. civ. sembra suggerire che il consulente non è mai chiamato ad esaminare il minore ma a svolgere attività funzionali all'espletamento dell'esame da parte del giudice: G.F. Ricci, *Alcune osservazioni sul nuovo processo di famiglia. Errori concettuali e disarmonia del sistema*, cit., p. 583. Merita, inoltre, di essere segnalato come la stessa giurisprudenza di legittimità a proposito della PAS ha sottolineato come non sia sufficiente il rinvio acritico alla c.t.u., specie se basato su teorie non riconosciute dalla comunità scientifica, per legittimare provvedimenti che non riflettono una puntuale valutazione critica del giudice rispetto alle relazioni esitate dagli esperti nominati come consulenti d'ufficio: a titolo d'esempio v. Cass. civ., sez. I, ord. 24 marzo 2022, n. 9691, cit.; Cass. civ., sez. I, 17 maggio 2021, n. 13217, in *Onelegale*.

interrogativi posti dall'applicazione delle norme in materia di ascolto e nella specie – per quel che qui interessa – in tema di rifiuto ad incontrare uno o entrambi i genitori.

4. Alcune questioni problematiche

Tra le questioni problematiche che si aprono agli occhi dell'interprete ne segnalo tre.

La prima attiene alla rilevanza della scelta del minore e alle sue ricadute.

È pacifico che attraverso la riforma Cartabia si sia inteso attribuire un ruolo attivo al minore anche nell'ambito del procedimento giudiziario che lo coinvolge ed è altrettanto indiscusso come tanto in giurisprudenza che in dottrina si sia sottolineata l'importanza di sentire il minore e di considerare la sua volontà in conformità con i principi sanciti dai numerosi testi di rango primario interni e sovranazionali, a partire dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite già nel 2009 ha ritenuto che nelle procedure giudiziarie che lo riguardano il mancato ascolto del minore dà luogo alla violazione dei principi del contraddittorio e del giusto processo quando non è sorretto da espressa motivazione in ordine alla eventuale assenza di discernimento. Soltanto in questa ipotesi l'omissione può considerarsi giustificata in quanto i minori devono ritenersi

“portatori di interessi contrapposti o diversi da quelli dei genitori, in sede di affidamento o di disciplina del diritto di visita del genitore non affidatario, e, per tale profilo, qualificati parti in senso sostanziale”¹².

¹² Cass. civ., sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, par. 4.2, in *Pluris*. V. anche fra le tante, già prima della riforma Cartabia, Cass. civ., sez. VI, ord. 18 maggio 2022, n. 16071, in *Famiglia e diritto*, 11/2022, pp. 993 ss., con nota di F. Danovi, *Ascolto del minore, capacità di discernimento e obbligo di motivazione (tra presente futuro)*, cit., pp. 993 ss.; Cass. civ., sez. I, ord. 25 gennaio 2021, n. 1474, in *Famiglia e diritto*, 7/2021, pp. 713 ss., con nota di F. Danovi, *L'ascolto del minore è esplicitazione del contraddittorio nei confronti della parte in senso sostanziale*; Cass. civ., sez. I, ord. 31 dicembre 2020, n. 30002, in *Onelegale*; Cass. civ., sez. I, ord. 30 luglio 2020, n. 16410, in *Famiglia e diritto*, 2/2021, pp. 175 ss., con nota di F. Danovi, *Il mancato ascolto del minore inficia nel merito la decisione*; Cass. civ., sez. I, ord. 13 dicembre 2018, n. 32309, in *Famiglia e diritto*, 10/2019, pp. 873 ss., con nota di C. Guerra, *Sulla nullità per omesso e immotivato ascolto del minore ultradodicesenne*; v. anche Cass. civ., sez. I, ord. 24 febbraio 2020, n. 4792, in www.tribunaleminorenne.catania.it, e Cass. civ., sez. I, ord. 11 novembre 2019, n. 29063, in *Onelegale*, entrambe relative ad un procedimento avente ad oggetto l'impugnazione da parte della madre dell'ordine di rimpatrio del/la figlio/a minorene. In dottrina, sempre prima della riforma

La scelta del minore di rifiutare il contatto con un genitore non può, quindi, essere ignorata nel processo decisionale.

La questione che si pone – e che è stata pure sottolineata nel diritto applicato – attiene alla diretta correlazione tra importanza dell’ascolto e della considerazione della volontà del minore e “libertà” del volere e suo non condizionamento.

La giurisprudenza ha più volte affermato che la volontà del minore deve essere tenuta in considerazione purché sia espressione autentica di una scelta non influenzata da pressioni esterne.

La Corte di Cassazione, ad esempio, ha statuito che il rifiuto del minore deve essere vagliato attentamente e che il giudice deve valutare l’intensità e la profondità del sentimento di avversione o di sofferenza, non la fondatezza delle motivazioni addotte dal/la figlio/a per giustificare il proprio rifiuto, dovendo il decidente prendere certamente in considerazione l’età, la maturità e il contesto familiare di riferimento¹³.

Questo è un primo aspetto certamente assai problematico perché a seconda di come l’adulto si accosterà all’ascolto e alla volontà del minore l’esito della soluzione da adottare potrà risultare differente, così come differente potrà essere il livello di effettività del riconoscimento del diritto del minore ad esprimere un’opinione da tenere presente nei procedimenti che lo riguardano.

Credo dunque che questo sia un profilo su cui riflettere.

La seconda questione riguarda le procedure e misure correttive da adottare per gestire queste situazioni conflittuali, mantenendo al centro il migliore interesse del minore.

Il nostro sistema giuridico prevede vari strumenti di intervento per affrontare i momenti conflittuali delle relazioni familiari, si pensi alla mediazione

Cartabia, per una iniziale ricognizione cfr. G. Campese, *L’ascolto del minore nei giudizi di separazione e divorzio, tra interesse del minore e principi del giusto processo*, in *Famiglia e diritto*, 2011, pp. 958 ss.; F. Tommaseo, *Per una giustizia “a misura del minore”: la Cassazione ancora sull’ascolto del minore*, *ivi*, 2012, pp. 37 ss.; Id., *I profili processuali della riforma della filiazione*, *ivi*, 2014, pp. 526 ss.; A. Graziosi, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i figli hanno eguali diritti, dinanzi al Tribunale ordinario*, *ivi*, 2013, pp. 263 ss.; M. Acierno, *Ascolto del minore: cosa è cambiato con il D.lgs. n. 154/2013?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, pp. 1274 ss.; F. Danovi, *Il d.lgs. n. 154/2013 e l’attuazione della legge delega sul versante processuale: l’ascolto del minore e il diritto dei nonni alla relazione affettiva*, in *Famiglia e diritto*, 2014, pp. 535 ss.; R. Pesce, *L’ascolto del minore tra riforme legislative e recenti applicazioni giurisprudenziali*, *ivi*, 2015, pp. 242 ss.

¹³ Cass. civ., sez. I, ord. 5 agosto 2024, n. 21969, in *Onelegale*.

familiare (di cui all'art. 473 *bis* 10 cod. proc. civ.), al supporto psicologico e all'intervento dei servizi sociali¹⁴.

L'obiettivo dell'attivazione di percorsi di questo tipo è di favorire il ripristino dei rapporti familiari nel rispetto del benessere del minore.

È di immediata percezione come sia fondamentale che tali misure siano gestite con sensibilità e competenza ed in modo rapido ed efficace, evitando di imporre forzature che possano aggravare il disagio del minore o determinare l'accentuarsi della distanza tra i componenti del nucleo familiare con conseguente perdita definitiva delle relazioni affettive e di cura.

È sufficiente ricordare che un altro principio fondamentale del diritto di famiglia è quello del mantenimento di una stabile consuetudine di vita e di solide relazioni affettive dei figli con entrambi i genitori (ciò che viene condensato nell'espressione "diritto del minore alla bigenitorialità": art. 337 *ter* cod. civ.) e come la consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo abbia più volte sottolineato l'importanza della celerità della definizione dei conflitti senza che trascorran lunghi lassi di tempo pregiudizievoli per il minore¹⁵.

Naturalmente anche in questo caso un ruolo delicato svolge il giudice, chiamato a valutare attentamente le cause che possono condurre il minore a manifestare il proprio rifiuto ad incontrare il genitore o i genitori; giudice che deve tenere conto delle osservazioni fornite dai consulenti e dai servizi, osservazioni che per quanto cruciali per comprendere le ragioni profonde del rifiuto del figlio non possono, tuttavia, sostituirsi alla valutazione complessiva della situazione che deve essere effettuata dal magistrato.

Da questo punto di vista sarebbe interessante analizzare come le possibili cause che stanno alla base del rifiuto finiscano per influenzare le decisioni giudiziarie e quali interventi correttivi, anche temporanei, vengono adottati dalla giurisprudenza per facilitare il ripristino dei rapporti familiari sempre in una

¹⁴ Sotto quest'ultimo profilo v. Cass. civ., sez. I, 9 luglio 2024, n. 18769, in *Famiglia e diritto*, 11/2024, pp. 953 ss. con nota critica di F. Zanovello, *Affidamento ai servizi sociali con collocamento in casa-famiglia. Una prassi disinvoltata a discapito del benessere dei bambini e della bigenitorialità*, pp. 956 ss.; Cass. civ., sez. I, 21 novembre 2023, n. 32290, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 3/2024, pp. 630 ss., con nota di A. Cordiano, *La Cassazione sull'affidamento ai servizi: ricostruzione di un istituto a morfologia variabile*; Trib. Cosenza, decr. 4 agosto 2020, n. 5786, in *Studium iuris*, 4/2021, pp. 526 s.

¹⁵ Con riguardo al diritto del minore al mantenimento delle relazioni familiari e al contenimento dei tempi di intervento dell'autorità pubblica in funzione della salvaguardia del suo migliore interesse v., fra le tante, Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 gennaio 2013, n. 25704/11, *Lombardo c. Italia*; 13 ottobre 2015, n. 52557/14, *S. H. c. Italia*, specialmente par. 42; 22 giugno 2017, n. 37931/15, *Barnea e Caldararu c. Italia*, specialmente parr. 66 e 86-87; 10 settembre 2019, n. 37283/13, *Strand Lobben e altri c. Norvegia*, par. 208; 1° aprile 2021, n. 70896/17, *A.I. c. Italia*, tutte reperibili su www.hudoc.eu.

prospettiva di considerazione e rispetto della volontà del minore e di preservazione del suo benessere psicofisico.

L'art. 473 *bis* 15 cod. proc. civ., rubricato *Provvedimenti indifferibili*, ad esempio, in caso di pregiudizio imminente e irreparabile – assunte ove opportune sommarie informazioni – consente al giudice di adottare con decreto provvisoriamente esecutivo i provvedimenti necessari nell'interesse dei figli (e delle parti).

Come viene applicata questa norma? Perché alla fine il miglior interesse del minore, enunciato in forma di clausola generale, viene ad essere riempito di contenuto dall'interprete, cioè sempre da un adulto. La giurisprudenza, specie quella europea, sollecita a non adottare misure automatiche e stereotipate ma il nodo rimane: come si fa a ricostruire la volontà del minore e a individuare il suo migliore interesse?

Di recente la Corte di Cassazione ha ricordato come, anche alla luce dell'insegnamento della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, gli interventi del giudice devono includere

*"[...] 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, appunto perché il trascorrere del tempo può avere delle conseguenze irrimediabili sulle relazioni tra il fanciullo e quello dei genitori che non vive con lui (cfr. Corte EDU, 29 gennaio 2012, Lombardo c. Italia)"*¹⁶.

Il passare del tempo può, infatti, determinare la perdita di pezzi di vita del minore che non possono essere recuperati.

Ritorna il nodo del punto precedente, ossia che incidenza può avere, ed ha, la volontà del minore nella ricostruzione e nella individuazione del suo miglior interesse.

Occorre indagare su come viene attuato il diritto all'ascolto.

L'art. 473 *bis* 5, comma 3, cod. proc. civ. esclude di norma la partecipazione all'ascolto dei genitori o degli esercenti la responsabilità genitoriale, dei loro difensori e del curatore speciale del minore (ove nominato) a meno che la partecipazione non sia stata autorizzata dal giudice, il quale prima di sentire il minore deve indicare a tali soggetti i temi sui cui intende indagare in modo da consentire loro di proporre argomenti e contenuti di approfondimento.

Ed in effetti gli avvocati sono abitualmente invitati a non prendere parte all'incontro. La loro assenza dovrebbe essere in qualche modo bilanciata dalla

¹⁶ Cass.civ., sez. I, 9 aprile 2024, n. 9442, in *Onelegale*, par. 2.7.

previsione contenuta nell'ultimo comma dello stesso articolo che stabilisce che dell'ascolto del minore viene effettuata registrazione audiovisiva, strumento che consentirebbe di potere avere la percezione esatta del tipo di comunicazione, verbale e non verbale, effettuato dal minore nel corso della sua audizione.

Tuttavia, poiché la riforma è stata realizzata a costo zero andrebbe verificato se le videoregistrazioni sono davvero abituali nella prassi delle varie realtà giudiziarie perché, ove così non fosse, si porrebbe un problema di effettività delle misure pensate e previste dal legislatore, non potendo il processo verbale con la descrizione dettagliata del contegno del minore, redatto in alternativa alla videoregistrazione, colmare il *vulnus* che si determina in ragione della mancanza della visione diretta del modo e del tenore in cui si è svolta l'audizione.

È evidente, infatti, che il comportamento anche non verbale del minore è essenziale per capire qual è la sua posizione, il suo stato d'animo, il suo reale sentire¹⁷.

La terza questione ruota intorno alla responsabilità genitoriale e al c.d. illecito endofamiliare.

È noto che in caso di gravi inadempienze o di atti che rechino pregiudizio al minore o ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento e dell'esercizio della responsabilità genitoriale il giudice può adottare, d'ufficio, ai sensi dell'art. 473 *bis* 39 cod. proc. civ., una serie di sanzioni – prima della riforma Cartabia individuate nell'art. 709 *ter* cod. proc. civ. – che va dall'ammonimento, alla condanna al pagamento di una somma di denaro sotto forma di coercizione indiretta o di sanzione amministrativa fino alla condanna del genitore inadempiente al risarcimento dei danni a favore dell'altro genitore o, ancora una volta anche d'ufficio, del minore.

Si è detto che la casistica mostra come il rifiuto da parte del minore di incontrare uno dei genitori si riscontri in molte fattispecie e come, quindi, rappresenti una questione complessa e delicata nel diritto di famiglia, specie quando si adduce che tale rifiuto sia il risultato della pressione di un genitore volta a determinare la c.d. alienazione parentale nei confronti dell'altro.

Senza entrare nel merito delle controverse figure dell'illecito endofamiliare e della sindrome di alienazione parentale di cui parlano gli/le illustri relatori/trici in questo volume, segnalo come rispetto a comportamenti escludenti di un genitore nei confronti dell'altro che inevitabilmente determinano delle ripercussioni sul figlio e sulle sue relazioni con i rispettivi genitori, la questione

¹⁷ È opportuno ricordare che ai sensi dell'art. 152 *quinquies* disp. att. cod. proc. civ. le regole tecniche per la registrazione audiovisiva, la sua conservazione e il suo inserimento nel fascicolo informatico devono essere stabilite con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi automatizzati del Ministero della giustizia.

che si pone attiene innanzitutto al piano della prova, della dimostrazione puntuale delle condotte e delle loro ricadute sul figlio, del concreto condizionamento della sua volontà e delle sue scelte, e ancora del conseguente livello di effettività dei rimedi prefigurati dal legislatore.

Tornano alcuni interrogativi: quali sono i limiti dell'intervento giudiziario nelle dinamiche familiari? Come è possibile garantire che le decisioni prese siano veramente assunte nel migliore interesse del minore?

La sentenza della Corte di Cassazione n. 2881/2023 offre alcuni spunti di riflessione rispetto a entrambi gli interrogativi. Scrive la Cassazione:

“il mantenimento di rapporti significativi [...] non può essere assicurato tramite la costrizione del bambino, attraverso un'imposizione manu militari di una relazione sgradita e non voluta, così che nessuna frequentazione può essere disposta a dispetto della volontà manifestata da un minore che abbia compiuto 12 anni o che comunque risulti capace di discernimento, ex art. 336 bis cod. civ.”.

Ed ancora:

“in questi casi l'arsenale' da predisporre, secondo la giurisprudenza europea, per la tutela del diritto degli ascendenti – ma il ragionamento può valere al livello generale (nda) – consiste nell'individuazione di strumenti 'soft' di modulazione delle relazioni che sappiano creare spontaneità (e dunque significatività) di relazione con i minori piuttosto che imporre rapporti non desiderati”.

L'indicazione proveniente dalla Corte, inequivoca nella sua puntualità, svela la complessità dell'individuazione in concreto di soluzioni attuative del dialogo e dell'interazione.

Lo scopo di questo volume è proprio quello di sollecitare una riflessione critica sulle modalità più efficaci per tutelare i diritti dei minori di età e delle famiglie in situazioni di conflitto una volta identificati gli strumenti, le procedure e le strategie percorribili nel caso di rifiuto del minore a mantenere rapporti con uno o entrambi i genitori o con gli ascendenti.

La discussione non potrà che prendere le mosse dalla rilevanza del momento dell'ascolto, della scelta del minore e da come questa scelta finisca con incidere sul processo decisionale del giudice; ed ancora il dibattito non potrà non considerare che tipo di bilanciamento deve essere effettuato tra l'interesse del minore e quello degli adulti a mantenere rapporti significativi tra loro, tenendo a mente l'insegnamento della Cassazione in tema di bigenitorialità secondo cui

“il diritto alla bigenitorialità disciplinato dalle norme codicistiche è, anzitutto, un diritto del minore prima ancora dei genitori, nel senso che esso deve essere necessariamente declinato attraverso criteri e modalità concrete che siano dirette a realizzare in primis il miglior interesse del minore: il diritto del singolo genitore a realizzare e consolidare relazioni e rapporti continuativi e significativi con il figlio presuppone il suo perseguimento nel miglior interesse di quest’ultimo, e assume carattere recessivo se ciò non sia garantito nella fattispecie concreta”¹⁸.

¹⁸ Cass. civ., sez. I, ord. 24 marzo 2022, n. 9691, cit.; v. pure Cass. civ., sez. I, 11 luglio 2024, n. 19103, in *Onelegale*.

LA CUSTODIA DEL MINORE IN PAKISTAN

di Deborah Scolart¹

Sommario: 1. Introduzione – 2. La nozione di custodia nel diritto musulmano e nel diritto dei paesi islamici – 3. La custodia del minore in Pakistan – 4. Il *Guardian and Wards Act* del 1890 e il dibattito sulla sua riforma – 5. Il mantenimento del figlio di genitori separati – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

L'ordinamento giuridico pakistano è particolarmente interessante da osservare perché in esso si realizza una fusione tra diritto statale e diritto musulmano che opera su più livelli: vi è il diritto musulmano codificato come nel caso della reislamizzazione del diritto penale²; il diritto musulmano nella sua forma dottrinale (il *fiqh*³) che opera come riferimento interpretativo per i giudici soprattutto nell'ambito dello statuto personale, affiancato da interventi del legislatore statale che in alcuni casi risalgono al periodo coloniale; infine, il diritto statale puro e semplice, anche questo in alcuni casi coloniale (lo stesso codice penale, pur pesantemente modificato nel tempo, è ancora quello del 1860) e in altri frutto dell'attività legislativa successiva all'indipendenza. Non va inoltre dimenticato il ruolo della giurisprudenza: l'ordinamento pakistano ha ereditato

¹ Professoressa associata di Diritto musulmano e dei Paesi Islamici presso il Dipartimento di Asia, Africa e Mediterraneo dell'Università degli Studi di Napoli L'Orientale.

Il presente contributo è stato sottoposto a procedura di *double-blind peer review*.

² Mi permetto di rinviare al mio *L'islam, il reato, la pena. Dal fiqh alla codificazione del diritto penale*, Roma, Istituto per l'Oriente, 2018, pp. 361-386.

³ Ciò che chiamiamo diritto musulmano è la risultante di due diverse componenti. La prima è la legge divina (la *sharia* in senso tecnico) le cui fonti sono nel Corano e nella Sunna (insieme dei comportamenti) del profeta Muḥammad; la seconda è il *fiqh*, la componente umana del diritto, frutto dell'interpretazione dei dottori della legge (*fuqahā*). Questi ultimi sono riuniti in scuole che si differenziano tra loro per la metodologia seguita e per il diverso ruolo assegnato alle fonti secondarie (quali l'analogia o il consenso). Le scuole sono note dai loro eponimi, e così la scuola hanafita si rifà all'insegnamento di Abū Ḥanīfa (m. 767), la scuola shafi'ita a Muḥammad ibn Idrīs al-Shāfi'ī (m. 820), la scuola sciita ja'farita a Ja'far al-Ṣādiq (m. 765), la scuola malikita a Mālik ibn Anas (m. 796). Sulla formazione del diritto musulmano si vedano, per una prima introduzione, W.B. Hallaq, *Introduzione al diritto islamico*, Bologna, il Mulino, 2013; S.A.A. Abu-Sahlieh, *Il diritto islamico. Fondamenti, fonti, istituzioni*, Roma, Carocci, 2008. Per semplificare la lettura si è qui optato per un sistema di trascrizione misto, che segna le vocali lunghe e le consonanti enfatiche mentre per lettere come la š e la ġ si è scelta una trascrizione – rispettivamente *sh* e *j* – che ne rispecchia la pronuncia relativa. La parola *sharia* è scritta come invalso nell'uso corrente italiano.

dal dominio coloniale il concetto di precedente giurisprudenziale e l'attività interpretativa dei tribunali superiori (soprattutto la Corte Suprema e la Corte Federale Sciaraitica) concorre a delineare il quadro giuridico del paese sia colmando eventuali *lacunae legis* sia indirizzando il legislatore verso riforme coerenti con il quadro costituzionale. Il tema oggetto di queste riflessioni, la custodia dei bambini figli di coppie divorziate, è un'ottima palestra per verificare come le diverse componenti dell'ordinamento pakistano interagiscono tra loro.

2. La nozione di custodia nel diritto musulmano e nel diritto dei paesi islamici

Nel modello islamico di famiglia i genitori svolgono ruoli diversi con riferimento ai figli. Alla mamma è attribuita la *ḥaḍāna*⁴, che traduciamo come custodia⁵, e che comprende i compiti di cura fisica e crescita del bambino: la mamma accudisce e educa il bambino accompagnandolo nel suo processo di crescita. La *ḥaḍāna* non è, però, un diritto della madre sul bambino, bensì un diritto del figlio ad avere una figura femminile di riferimento che provveda ai suoi bisogni essenziali; ci ritorneremo tra breve.

Al padre spetta la tutela legale sul figlio (*wilāya*⁶): si tratta di un insieme di doveri di autorità rispetto alle questioni finanziarie, all'educazione, ai viaggi, e in tutti quei settori nei quali il custodito incontra il mondo al di fuori della casa.

Questo schema organizzativo era perfettamente coerente con la famiglia tradizionale (non solo islamica) nella quale il genere determinava la funzione all'interno della famiglia: la donna incaricata della vita domestica, l'uomo responsabile verso l'esterno del benessere materiale della sua famiglia.

La custodia obbediva ad alcuni principi fondamentali che si trovano ancora oggi espressi in molte leggi di famiglia o sullo statuto personale ispirate alla *sharia*.

⁴ *Ḥaḍāna* viene dalla radice araba *ḥa-ḍa-na* che ha per significato prendere in braccio, abbracciare, allevare un bambino e richiama l'insieme delle cure – tradizionalmente di competenza materna – che l'adulto riserva al bambino; *ḥāḍin/ḥāḍina* è il/la custode e *ḥāḍina* è anche il nome con cui è nota la balia.

⁵ D. Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafito*, I, prima edizione 1926, ristampa anastatica, Roma, Istituto per l'Oriente, 2017, pp. 289-303; M. Zahraa, N.A. Malik, *The Concept of Custody in Islamic Law*, in *Arab Law Quarterly*, 2/1998, pp. 155-177; R. Aluffi, *Poteri e responsabilità genitoriali nei paesi arabi*, in *Minori Giustizia*, 2/2012, pp. 54-62.

⁶ Dalla radice araba *wa-li-ya*, essere vicino, contiguo, che nella forma *wilāya* o *walāya* esprime l'idea di sorvegliare, controllare, dirigere e anche esercitare potere o sovranità su qualcuno. La parola ha, infatti, un uso politico oltre che giuridico e, con le sue varianti persiana e turca, è oggi usata ad esempio per indicare le province di uno Stato; sempre dalla radice *wa-li-ya* deriva il *walī al-nikāḥ*, il tutore matrimoniale della donna e *walī* è il nome con cui si designavano principi e governatori.

Il primo, più importante, è che la *ḥaḍāna*, come detto, è un diritto del bambino, vale a dire che il minore – almeno fino a una certa età – deve avere attorno una figura femminile di cui potersi fidare e che lo accudisca; normalmente si tratta della madre, e se questa manca è preferibile che la custodia vada prima alle parenti della madre, poi alle parenti del padre o al padre stesso e, infine, al tutore testamentario⁷. La custodia termina quando il bambino può fare a meno delle cure di una donna e i giuristi distinguono a tale proposito due fasi nella vita che sono diverse in base al sesso del minore: per il maschio, la prima fascia d'età va dalla nascita fino a un'età variabile dai sette anni delle scuole shafi'ita, hanafita e ja'farita alla pubertà dei malichiti; per la femmina va normalmente dalla nascita fino al matrimonio. In questo periodo, come detto, il bambino “deve” stare con la mamma in caso di separazione dei genitori (o anche di mero allontanamento del padre per motivi lavorativi).

La seconda fase va per i maschi dalla pubertà all'emancipazione; in questo periodo prevale – sempre in caso di separazione dei genitori – la *wilāya* paterna, cioè la *patria potestas*, che cessa quando il figlio è in grado di provvedere da solo all'amministrazione della propria vita e dei propri beni; per la figlia, poiché la *ḥaḍāna* termina normalmente con il matrimonio, il passaggio successivo è la soggezione alla tutela del marito⁸.

Il secondo principio applicabile alla *ḥaḍāna* è che la donna ha la custodia se ne è degna; in altri termini è possibile che la madre non si veda intestata la custodia se non ha un comportamento moralmente irreprendibile o se non abita in un luogo sano e sicuro per il bambino. Se la donna che ha la custodia non è la madre, è preferibile che sia una donna nubile o vedova, perché l'avere un marito potrebbe distrarla dalla cura del bambino, anche se i giuristi ammettono che una donna coniugata con un parente del bambino possa svolgere questa funzione⁹.

⁷ Cfr. D. Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita*, cit., p. 290.

⁸ Che, storicamente, era visibile nel fatto che la donna non poteva disporre da sola che di un terzo del proprio patrimonio; per importi superiori, era necessario l'avallo del marito.

⁹ Il modello proposto dai giuristi classici (*fuqahā*) elenca una serie di persone cui può essere attribuita la custodia del minore che viene ripresa anche dalle leggi contemporanee; la madre del bambino è al vertice della gerarchia, seguita dalla propria madre e dalla suocera; in linea generale le donne sono preferite ai maschi e prevalgono le parenti dal lato materno su quelle dal lato paterno; si cerca ove possibile la parente più stretta del minore confidando che sappia meglio occuparsi del pupillo. La posizione del padre come custode può essere subito dopo la madre (così nella legge algerina e in quella emiratina) ovvero dopo la madre e la nonna paterna (così la legge libica 10/1984, art. 62). In Tunisia, a seguito della riforma dell'art. 57 del codice dello statuto personale avvenuta nel 1966, manca ogni esplicita disposizione relativa alla precedenza della madre quale custode naturale dei bambini, perché “durante il matrimonio la custodia è diritto dei due genitori”. La legge di famiglia del Qatar elenca (art. 170) le qualità che la custode deve avere per poter essere investita della funzione: affetto per il bambino e la capacità di crescerlo, abitazione in un ambiente sano dove il

Quanto alla religione professata dalla custode, la dottrina classica non richiede che sia musulmana, ma se non lo è deve assicurare al bambino abitudini e istruzione coerenti con l'Islam; a tale fine è possibile che le sia affiancata una assistente musulmana¹⁰.

La dottrina costruisce la *ḥaḍāna* dei genitori come un'obbligazione di carattere personale (*fard' ayn*¹¹) cui non è possibile rinunciare; le persone diverse dai genitori chiamate a svolgere questa funzione possono invece esimersene per ragioni che devono però essere valutate e convalidate dal giudice.

Infine, va sottolineato che la custodia consiste in prestazioni di naturale personale e non patrimoniale; in altri termini, le spese di mantenimento e educazione sono a carico del bambino se ha fondi propri, altrimenti sono a carico del tutore legale (il padre o chi ne fa le veci), il quale conserva il diritto di controllare come viene esercitata la custodia. Rientra, infatti, nella *wilāya* paterna (o di altro tutore legale) decidere dell'istruzione del bambino ed amministrarne eventuali beni; la *wilāya* presuppone l'interesse della persona su cui si esercita l'autorità e che non è in grado di provvedervi da sola, nel caso in esame perché minorenni, e quindi priva della piena capacità di agire; la *wilāya* è configurabile anche rispetto a adulti che per debolezza mentale non sono autosufficienti (e in questo caso si profila come una curatela).

Nella dottrina classica la *wilāya* è un dovere tipicamente maschile, intestato al padre o, in sua mancanza, ai suoi parenti maschi o a un tutore esterno espressamente nominato dal padre. Mentre per la custode l'appartenenza religiosa è relativamente importante ove si sia in grado di assicurare al bambino un'educazione islamica, il tutore deve sempre essere un musulmano, perché deve potersi muovere liberamente nella società in modo da garantire al bambino la migliore gestione dei suoi interessi.

Nel mondo islamico premoderno esisteva, infatti, in capo ai non musulmani una parziale limitazione della capacità di agire, il cui aspetto qui più rilevante

bambino possa crescere "protetto dalla delinquenza", capacità di offrire la migliore educazione e assistenza medica, abilità di crescere il bambino correttamente dal punto di vista morale. Cfr. S. Ben Achour, *Tunisia*, in N. Yassari, L.M. Möller, I. Gallala-Arndt (eds.), *Parental Care and the Best Interest of the Child in Muslim Countries*, The Hague, Springer, 2017, pp. 259-284; Y. Linant de Bellefonds, *Ḥaḍāna*, in *Encyclopaedia of Islam*, III, Leiden, Brill, 1986, pp. 16-19.

¹⁰ D. Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita*, cit., p. 291; S. Begum, M.T. Mansoori, *Kitabiyyah mother and ḥaḍanah of the Muslim child: religions and legal practices in Pakistan*, in *Journal of Islamic and Religious Studies*, 3, 2/2018, pp. 23-41.

¹¹ Ad esempio, il codice civile iraniano (art. 1172 cod. civ.) stabilisce che nessuno dei genitori può rifiutare la custodia durante il periodo in cui la cura è a suo carico; l'art. 54 della legge di famiglia (*mudawwana*) marocchina elenca tra i diritti dei figli nei confronti dei genitori "la filiazione paterna (*nasab*), la custodia (*ḥaḍāna*) e il mantenimento (*naḥaqa*)".

consisteva nell'impossibilità di porre in essere atti giuridici aventi valore vincolante sui musulmani; da qui deriva l'esclusione dall'esercizio della funzione di tutore su un minore o un incapace musulmano.

Queste regole generali, comuni a tutte le scuole giuridiche islamiche sia sunnite sia sciite, sono transitate sostanzialmente uguali nel diritto contemporaneo degli Stati islamici, che hanno nella maggior parte dei casi codificato il diritto di famiglia e lo statuto personale a partire dai principi e dalle regole elaborati dal *fiqh*¹².

In non poche occasioni, tuttavia, il legislatore statale è intervenuto per modificare lo schema di ripartizione dei ruoli nel senso di aprire a maggiori responsabilità della madre nella tutela del figlio.

Questo fenomeno è particolarmente evidente nel Mediterraneo: ad esempio, in Tunisia i coniugi "[...] si forniscono reciprocamente aiuto nella gestione degli affari familiari, nella buona educazione dei figli, nelle spese a questi relative, ivi compresi gli studi, i viaggi e gli atti di carattere patrimoniale" (art. 23, comma 3, del codice dello statuto personale, CSP). In Algeria il padre è il tutore dei figli minorenni, ma dopo la sua morte gli subentra "di diritto" la madre (art. 87 L. Fam. del 2005) così come, se il padre è assente o è impedito a svolgere la sua funzione, la madre ne fa le veci nel compimento degli atti urgenti. In Marocco la *mudawwana* del 2004 assegna ai genitori congiuntamente i compiti di crescita e educazione dei figli, specificando che la custodia (*ḥaḍāna*) è un dovere dei due genitori finché restano sposati (art. 164), altrimenti è di norma assegnata alla madre; il padre è tenuto al mantenimento (*naḥaqa*) dei figli, ma se non ne è in grado e la madre ha invece delle risorse economiche sarà lei a provvedere.

Altrove, invece, prevale il modello classico e così in Iran, ad esempio, il figlio minorenni è sotto la tutela obbligatoria (*velayat-e qahri*) del padre e del nonno paterno (art. 1180 cod. civ.) e se questi mancano o sono incapaci di agire il pubblico ministero dovrà individuare un nuovo tutore (art. 1185 cod. civ.), che evidentemente non può essere la madre, mai citata dalla legge in questo ambito.

¹² Sui principi generali sottesi alla codificazione dello statuto personale si veda R. Aluffi, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi*, Milano, Giuffrè, 1990; M. Rohe, *Islamic Law in Past and Present*, Leiden, Brill, 2014; W.B. Hallaq, *Shari'a: Theory, Practice, Transformations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; J.M. Otto, *Sharia Incorporated: A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*, Leiden, Leiden University Press, 2010.

3. La custodia del minore in Pakistan

Si è precedentemente accennato al carattere composito dell'ordinamento pakistano; nel caso della custodia dei minori, si osserva la convivenza di regole del *fiqh* non codificate di scuola hanafita¹³ con leggi di epoca coloniale oltre, naturalmente, all'influenza della giurisprudenza¹⁴.

La regola generale, affermata dal *fiqh* e ribadita dalla giurisprudenza, è che la madre ha diritto alla custodia del figlio maschio fino all'età di sette anni e della femmina fino alla pubertà¹⁵.

Tuttavia, nel caso *Mst. Imtiaz Begum v Tariq Mahmood* (1995 CLC 800), la *High Court* di Lahore ha condizionato il diritto della madre alla custodia al raggiungimento da parte del bambino dell'età per ricevere un'istruzione formale; ad avviso della Corte, tale età si determina in base alle consuetudini della zona di residenza dei genitori.

Osserva Sabreen¹⁶ che tale approccio, rimasto fortunatamente minoritario, comporta un radicale cambio di prospettiva perché, se l'età di scolarizzazione è il limite per la cessazione della custodia, la madre potrebbe tenere con sé il bambino solo fino a circa i suoi tre anni e mezzo, età a partire dalla quale si inizia ad andare a scuola nella maggior parte delle città pakistane (nei villaggi l'età sale intorno ai cinque anni), e molto più bassa della soglia fissata dal *fiqh*.

¹³ Due importanti opere di diritto hanafita sono particolarmente rilevanti in Pakistan; la *Hedaya* è il frutto del lavoro di Burhān al-Dīn al-Marghīnānī (m. 1197) ed è stata tradotta in inglese da Charles Hamilton nel 1791; le *Fatawa-i-Alamgiri* sono una compilazione di *fatāwa* realizzata nel XVII secolo per ordine dell'imperatore Moghul Aurangzeb e tradotta in inglese da Neil B.E. Baillie con il titolo *A digest of Muhamman law* nel 1865. Queste opere, ampiamente utilizzate nelle corti coloniali inglesi, sono considerate una *summa* del diritto hanafita e costituiscono tutt'ora (sia nella versione originale araba sia nella traduzione inglese) testi di riferimento per la dottrina e la giurisprudenza pakistane.

¹⁴ S. Ishaque, M.M. Khan, *The Best Interests of the Child: A Prevailing Consideration within Islamic Principles and a Governing Principle in Child Custody Cases in Pakistan*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1/2015, pp. 78-96; M.F. Davis, *Child Custody in Pakistan: The Role of Ijtihad*, in *Boston College Third World Law Journal*, 2/1985, pp. 119-127; M. Sabreen, *Law on the Custody of Children in Pakistan: Past, Present and Future*, in *LUMS Law Journal*, 4/2017, pp. 72-95; A.A. Rana, *The Right of Custody of Minor: A Comparative Study of Shari'ah and Pakistani Legal System*, in *International Journal of Human Rights and Constitutional Studies*, 4/2022, pp. 350-368; Z.I. Cheema, J. Riaz, A.N. Khan, *Determining the Custody of a Child in Pakistan*, in *Global Regional Review*, 4/2020, pp. 158-164; A. Yaseen, T.U. Rehman, M.A. Mir, G. Mustafa, *Family Law Relating to Child Custody in Pakistan*, in *Harf-O-Sukhan*, 2/2024, pp. 1031-1042.

¹⁵ Questo è l'orientamento della scuola hanafita confermato da giurisprudenza costante; *Maryam Tariq v. SHO of Police Station Defence* (PLD 2015 Kar 382); *Ali Akbar v. Mst. Kaniz Maryam* (PLD 1956 Lah 484); *Sardar Hussain v. Mst. Parveen Umer* (PLD 2004 SC 357); *Mian Muhammad Sabir v. Mst. Uzma Parveen* (PLD 2012 Lah 154); *Muhammad Faraz v. Mehfeez* (PLD 2012 Isl 61).

¹⁶ M. Sabreen, *Law on the Custody of Children in Pakistan*, cit., p. 75.

Come detto, però, la giurisprudenza tende a considerare il benessere del minore¹⁷ e non sono rari i casi in cui, da un lato ha prolungato la custodia materna oltre il termine sopra indicato, e dall'altro ha sottratto il bambino in tenera età alla madre ritenendola inadeguata a garantire il benessere del minore.

Infatti, se la custode è normalmente la madre, non basta essere madre per ottenere la custodia perché altri elementi devono essere valutati.

Tra questi rilevano innanzitutto il carattere e la condotta della custode; nel citato caso *Imtiaz Begum v Tariq Mehmood* (1995 CLC 800) la *High Court* di Lahore ha valutato il carattere dei potenziali custodi, distinguendo tra *fāsiq* (peccatore) e *khā'in* (disonesto) da un lato, e *ādil* (giusto) e *amīn* (onesto) dall'altro, e utilizzando queste categorie per poi decidere sull'attribuzione della custodia solo a coloro che il tribunale ritiene essere persone rette¹⁸.

In secondo luogo, rileva l'appartenenza religiosa delle parti, perché vige in Pakistan la regola generale islamica secondo la quale i figli seguono la religione del padre e se questi è musulmano loro saranno musulmani per nascita¹⁹.

Poiché il diritto islamico vieta alla musulmana di sposarsi con un non musulmano²⁰, ne consegue che gli unici casi possibili di matrimoni interreligiosi

¹⁷ In applicazione dell'art. 24 del *Guardians and Wards Act* del 1890 ai sensi del quale "A person who has custody of a minor is responsible to look after the minor with regards to its health, education and support him/her in all respects". Estremamente interessante è la pronuncia della *High Court* di Islamabad nel caso *Ahmed Bilal v Khurram Javed* del 2021 dove la Corte, argomentando in tema di custodia e interesse del fanciullo, lamenta che "While deciding guardianship requests in the 21st century, we are still working with the roles assigned to genders in a patriarchal society, in disregard of studies carried out to determine what impacts the well-being of children during their early years leading into their youth, and without relying on the advice of professionals such as child psychologists and psychiatrists. Judges are not professionals trained in determining the means for optimally promoting child welfare within broken or divided families. And yet they are required to do so without any expert advice being made available to them while making consequential decisions that have a major impact on shaping the sense of self and identity of a young person [...] The welfare of a child cannot be determined in some mathematical fashion based on proxy factors such as the clock striking a certain hour and a child reaching a certain age. Welfare of a child cannot hinge on lazy use of proxy factors without taking into account the sum total of the facts and circumstances that would impinge on the child's welfare, sanity and happiness".

¹⁸ A.A. Rana, *The Right of Custody of Minor*, cit.

¹⁹ Si tratta anche in questo caso di un principio tra i più importanti del diritto musulmano; l'Islam è considerato la religione naturale (*fiṭra*) dell'essere umano e ad essa tutti devono, teoricamente almeno, tornare.

²⁰ Il divieto è considerato di ordine pubblico islamico e ha radici coraniche: Cor. V, 5: "[...] vi sono permesse, come mogli, le donne oneste di fra le credenti [*mū'mināt*], come anche le donne oneste di fra coloro cui fu dato il Libro prima di voi [...]"; Cor. LX, 10: "O voi che credete! Quando vengono a voi delle credenti emigrate [*mū'mināt muhājirāt*], esaminatele: Dio meglio conosce la fede loro. Che se le conoscerete credenti non rinviatele ai negatori della fede [*kuffār*], poiché costoro non son leciti ad esse, né esse lecite a loro [...]"; Cor. II, 221: "Non date spose donne credenti a idolatri [*mushrikīn*], finché essi non abbian creduto, perché lo schiavo credente [*abd mū'min*] è meglio di un uomo

nei paesi islamici sono quelli in cui l'uomo musulmano sposa una donna di religione diversa²¹. Al momento di determinare la custodia, l'identità religiosa svolge un ruolo tutt'altro che secondario e l'orientamento della giurisprudenza pakistana è che la madre non musulmana non possa essere investita della custodia del figlio²², anche se non sono mancati casi in cui la custodia è stata attribuita alla madre cristiana o ebrea invece che al padre musulmano²³.

Ove la madre non musulmana sia anche una straniera la situazione si complica ulteriormente, perché l'ambiente e la cultura di un paese straniero non sono generalmente considerati idonei a garantire un'educazione islamica²⁴; tuttavia, in qualche raro caso i tribunali hanno sostenuto che dare rilevanza ad argomenti quali la fede, la nazionalità e la cultura sarebbe stato contrario ai principi di "*justice, equity and good conscience*" in considerazione anche del fatto che i padri erano, in questi casi, incriminati all'estero per sottrazione di minore²⁵.

idolatra [*mushrik*], anche se questi vi piaccia". La regola è applicata in tutto il mondo islamico e soffre pochissime eccezioni; sul punto mi permetto di rinviare al mio *Questo matrimonio non s'ha da fare: né ora né mai? Riflessioni sul diritto islamico e le libertà matrimoniali*, in G. Cataldi, R. Montinaro (a cura di), *Società multiculturali e diritto delle relazioni familiari*, Napoli, Unior Press, 2021, pp. 91-130. Le citazioni coraniche sono tratte da A. Bausani, *Il Corano, Introduzione, traduzione e commento*, Milano, BUR, 1988.

²¹ Ma che deve essere una *kitabiyya*, cioè un'appartenente a una religione monoteista; *kitabī/kitabiyya* è colui/colei che professa una religione del Libro (*kitāb* in arabo), cioè ebrei, cristiani, zoroastriani.

²² *Atia Waris v. Sultan Ahmad Khan* (PLD 1959 Lah 205); *Feroze Begum v. Muhammad Hussain* (1978 SCMR 299); *Ms. Christine Brass v. Javed Iqbal* (PLD 1981 Pesh 110); *Mrs. Marina Pushong v. Derick Noel Pushong* (PLD 1975 Lah 793); *Maryam Zohra v. Younas Jamal* (1986 CLC 1857); *Mehtab Mirza v. Mst. Shazia Mansoor* (2005 MLD Lah 256); *Abdul Razzaque v. Dr. Rehana Shaheen* (PLD 2005 Kar 610); *Mst. Nazli v. Muhammad Ilyas* (2010 MLD Lah 477). Cfr. S. Begum, M.T. Mansoori, *Kitabiyah mother and ḥaḍanah of the Muslim child*, cit.

²³ Ma in *Imran Ali v. Mst. Iffat Siddiqui* (PLD 2008 Kar 198) la *High Court* di Karachi ha ritenuto che anche la setta del padre (in questo caso uno sciita ismailita mentre la madre era sunnita) avesse un peso sull'affidamento dei figli.

²⁴ *Mrs. Mosselle Gubbay v. Khawaja Ahmad Said* (PLD 1957 Kar 50); *Mst. Maria Khan v. Muhammad Zubair Khan* (1993 PCr.LJ 1097). In *Christine Brass v. Dr. Javed Iqbal* (PLD 1981 Pesh 110) il punto è chiarito nei termini seguenti: "*The welfare of the child, the comfort, the health and the moral intellectual and spiritual welfare of the infant are the matters for consideration. The father has the right to determine in what religion his infant child should be brought up and this right of the father continues after his death, even if the mother is of different religion. In that view of the matter, it can be held without any difficulty that the minors in this case are Pakistanis and it is their welfare which is of paramount importance. The respondent (father) being a Muslim has a legal right both under the domestic law as well as International Law to see that his children are brought up in the Muslim faith*".

²⁵ A. Shahid, I.A. Khan, *Pakistan*, in N. Yassari, L.-M. Möller, I. Gallala-Arndt (eds.), *Parental Care and the Best Interest of the Child in Muslim Countries*, The Hague, Springer, 2017, pp. 200-202; S. Begum, *Legal Regime on Child's Religion: Pakistan v. England*, in *VFAST Transactions on Islamic Research*, 4/2021, pp. 19-26. Si vedano anche i casi *Peggy Collins v. Muhammad Ishfaq Malik* (PLD 2009 Lah 48) e *Roshan Desai v. Jahanzeb Niaz* (PLD 2011 Lah 423). In *Peggy Collins* i giudici riflettono sull'indole del padre

Se la/il custode non può essere la madre o il padre (perché assenti, deceduti o inadeguati) si deve cercare altrove ed è preferibile che la scelta ricada su un *maḥram* (cioè un parente con cui non è possibile il matrimonio)²⁶.

La questione del *maḥram* è tutt'altro che secondaria perché incide sulla possibilità per la madre divorziata e risposata di vedersi attribuita la custodia.

Infatti, la giurisprudenza ha, da un lato, stabilito che la madre, soprattutto se ha o vuole la custodia di una figlia femmina²⁷, non dovrebbe risposarsi con una persona estranea al bambino²⁸; dall'altro, ha ritenuto che l'eventuale secondo marito non possa essere considerato un *maḥram* per affinità neanche dopo l'avvenuta consumazione del matrimonio²⁹. Il nuovo matrimonio della madre, tuttavia, non è *per se* un fattore squalificante ai fini della custodia perché la giurisprudenza si è di fatto orientata considerando caso per caso anche fattori quali il legame affettivo del bambino con i genitori o la stabilità delle condizioni di vita³⁰.

(musulmano) per decidere l'attribuzione della custodia e puntualizzano che “*The father against whom international warrant for arrest stands issued and he is already under arrest in his country facing a criminal charge of abduction. Therefore, mere professing of Muslim faith and his mere birth in Pakistan is not sufficient to conclude that welfare of the minor would lie in living with father rather than with a French Christian mother whose credentials are blotless. Thus, her courage and character may be better to put good moral, social and human values in the minor's personality*”.

²⁶ Si tratta di una categoria concettuale importantissima nel diritto musulmano (sia classico che codificato) che trova svariate applicazioni sia nel diritto civile che in quello penale. *Maḥram* è il/la parente con il/la quale non è possibile il matrimonio perché esiste un legame parentale determinato dal sangue, dal latte o dall'affinità. Il riferimento coranico si trova in Cor. IV, 22-24, qui citato nella traduzione di I. Zilio-Grandi per A. Ventura (a cura di), *Il Corano*, Milano, Mondadori, 2010: “non sposerete le mogli già sposate dai vostri padri, [...] Vi è proibito sposare le vostre madri, le vostre figlie, le vostre sorelle, le vostre zie paterne e materne, le figlie di vostro fratello e le figlie di vostra sorella, le balie che vi hanno allattato, le vostre sorelle di latte, le madri delle vostre mogli, le giovani che sono sotto vostra tutela, figlie delle vostre mogli con le quali abbiate avuto rapporti maritali – ma se non avrete avuto rapporti con loro, non sarà peccato – e le mogli dei figli nati dai vostri lombi. Vi è inoltre proibito avere per mogli due sorelle insieme [...] Vi è proibito prendere come mogli tutte le donne sposate [...]”.

²⁷ La figlia femmina potrebbe trovarsi a vivere con i fratelli e i figli del patrigno, situazione ritenuta contraria agli interessi della bambina dato che queste persone non sono *maḥram* per lei e non verrebbero quindi rispettate le regole (etiche e morali prima che giuridiche) sul pudore e la castità.

²⁸ *Ruqayya Yasmin v. Muhammad Riaz* (1991 MLD 166); *Mst. Yasmin Bibi v. Mehmood Akhtar* (PLJ 2004 Lah 6). Cfr. M.M.A. Khan, *The decisive factors of best interest principle at adjudication of custody cases in pakistan*, in *Paradigms*, 2/2020, pp. 70-79.

²⁹ *Muhammad Bashir v Ghulam Fatima* (PLD 1953 Lah 73).

³⁰ Così la Corte Suprema nel caso *Shahista Naz v Muhammad Naeem Ahmad* (2004 SCMR 990).

4. Il Guardian and Wards Act del 1890 e il dibattito sulla sua riforma

Il *Guardian and Wards Act* del 1890 è la legge vigente in Pakistan in tema di custodia e tutela: chiaramente di epoca coloniale³¹, è sopravvissuta all'indipendenza e si trova in vigore, sia pure con emendamenti, nei tre paesi del subcontinente indiano (India, Bangladesh e Pakistan). Obiettivo della legge è la promozione del benessere del bambino³², che non deve essere minato dalle vicende coniugali dei suoi genitori.

Questo lodevole intento è però in parte compromesso da un vizio di origine della legge che, alla luce di quanto finora esposto in tema di tutela e custodia, solleva non pochi problemi. La legge, infatti, disciplina solo la tutela (*guardianship*), definendo all'art. 4 il tutore (*guardian*) come "*a person having the care of the person of a minor or of his property, or of both his person and property*" mentre il pupillo (*ward*) è il "*minor for whose person or property, or both, there is a guardian*".

La formulazione della legge lascia emergere l'esistenza di un tutore *de facto*, che è il padre, e un tutore *de jure* nominato dalla Corte quando il primo non può svolgere per qualsivoglia motivo detta funzione.

Secondo la dottrina³³, il fatto che i tribunali si basino spesso sul *Guardian and Ward Act* quando decidono sulla custodia dei figli ha come conseguenza la diluizione della diversità concettuale tra tutela e custodia, che sono, invece, nella tradizione giuridica islamica ben distinte, e che è foriera di errori interpretativi. Forse anche per questo non sono rari i casi in cui è stata la giurisprudenza a offrire una definizione della custodia: ad esempio, nel caso *Juma Khan v Gul Ferosha* (PLD 1972 Pesh 1), la *High Court* di Peshawar ha definito la custodia (*custody*) come "*actual or constructive possession for the purpose of protection*"; nel caso *Sultana Begum v Mir Afzal* (PLD 1988 Kar 252), la *High Court* di Karachi ha ritenuto che la custodia consista nel "*upbringing of a minor child by the mother or by someone legally entitled to it*".

La legge, nel dettare gli elementi che devono essere presi in considerazione dalla Corte per determinare chi abbia diritto a esercitare la tutela (Cap. II, artt. 5-19)³⁴, permette che sia sentito il parere del minore quando questi sia "*old enough*

³¹ Ma la legge nel Regno Unito è stata riformata con il *Guardianship Act* 1973 inteso a "*amend the law of England and Wales as to the guardianship of minors so as to make the rights of a mother equal with those of a father*".

³² La legge considera minore chi rientra nell'ambito di applicazione del *Majority Act* del 1875, che definisce tale chi non ha raggiunto l'età di diciotto anni.

³³ M. Sabreen, *Law on the Custody of Children in Pakistan*, cit., p. 73.

³⁴ Sec. 17 (2): "*In considering what will be for the welfare of the minor, the Court shall have regard to the age, sex and religion of the minor, the character and capacity of the proposed guardian and his nearness of kin to*

to form an intelligent preference” (art. 17, comma 3); non si tratta di un obbligo per la Corte e la legge rimanda all’apprezzamento del giudice il compito di stabilire se il minore è in grado o meno di esprimere un parere ragionevole³⁵. Gli artt. 20-42 del Cap. III disciplinano diritti, doveri e responsabilità del tutore, mentre il Cap. IV (artt. 43-53) detta disposizioni supplementari relative, ad esempio, agli ordini del tribunale per regolare la condotta del tutore, o le sanzioni per l’allontanamento ingiustificato del minore dalla giurisdizione del tribunale competente.

Il *Guardian and Ward Act* è un testo datato e più volte in Pakistan si è discusso di una sua possibile profonda revisione, senza che però tale dibattito si sia tradotto in risultati tangibili.

Alcune disposizioni della legge sono oggi considerate discriminatorie nei confronti delle madri³⁶: ne sono esempi i casi in cui il padre è identificato come unico tutore naturale (*de facto*) del figlio. Si pensi all’art. 19, lett. b), ai sensi del quale il tribunale non può nominare un tutore per un “[...] *minor whose father is living and is not, in the opinion of the Court, unfit to be guardian of the person of the minor*”; e all’art. 41, comma 1, lett. e), in base al quale la tutela cessa “[...] *in the case of a ward whose father was unfit to be guardian of the person of the ward, by the father ceasing to be so or, if the father was deemed by the Court to be so unfit, by his ceasing to be so in the opinion of the Court*”.

Queste disposizioni, riferendosi solo al padre e non citando la madre come possibile tutrice, la escludono da questa funzione; la questione è interessante perché la legge del 1890 era chiaramente espressione della cultura patriarcale inglese del tempo, e nell’esserlo si poneva in linea con il modello islamico classico di divisione dei compiti tra i genitori *supra* illustrato. Mettere in discussione queste disposizioni della legge del 1890 significa indirettamente discutere anche l’articolazione sharaitica di tutela e custodia in base al sesso dei genitori, seppure la dottrina non ponga mai la questione in detti termini trattando l’*Act* inglese separatamente dal *fiqh* hanafita; tuttavia, non si può escludere che questa sia una

the minor, the wishes, if any, of a deceased parent, and any existing or previous relations of the proposed guardian with the minor or his property”.

³⁵ T. Farrukh, *Child Participation in Custody Decisions: Legal Perspectives and Ethical Considerations*, in *Biannual Research Journal Grassroots*, 1/2023, pp. 61-77. Nel caso *Mirjam Aberras Lehdeaho v. SHO, Police Station Chung, Lahore and others* (2018 SCMR 427) la Corte Suprema contesta una pronuncia della *High Court* di Lahore proprio per aver mancato di sentire il parere dei figli “*old enough to form an intelligent preference*”.

³⁶ A. Shahid, I.A. Khan, *Pakistan*, cit., pp. 190-192; M. Sabreen, *Law on the Custody of Children in Pakistan*, cit., pp. 91-95.

delle ragioni sottese alla mancata adozione di una riforma³⁷, i cui primi tentativi risalgono al 2007 e i più recenti al 2022.

Le modifiche proposte hanno riguardato diversi ambiti della legge, dal facilitare il diritto di visita del genitore non titolare della custodia³⁸, al fissare un'età minima (sette anni per il maschio e sedici per la femmina) rispetto alla quale la custodia sia sempre attribuita alla madre, all'introdurre una definizione di custodia ("*hizanat means the legal right of custody of a child*") e sette nuovi articoli (da 19A a 19G) diretti a disciplinare i soggetti che possono essere incaricati della custodia³⁹. Al momento di chiudere queste note, nessuna delle proposte risulta essere stata adottata in via definitiva.

5. Il mantenimento del figlio di genitori separati

Nel modello islamico di famiglia cui si faceva cenno all'inizio, una conseguenza della divisione dei ruoli tra genitori è che sul padre grava, oltre alla *wilāya* (tutela) del figlio anche l'obbligo del mantenimento (*nafaqa*)⁴⁰.

Nel diritto pakistano mancano disposizioni di legge esplicite che disciplinino la questione⁴¹; ne consegue che il *fiqh* hanafita, unitamente alle interpretazioni giurisprudenziali, concorrono a formare il quadro normativo di riferimento⁴².

Nel *fiqh* hanafita il mantenimento comprende vitto, alloggio e vestiario⁴³, ma la Corte suprema pakistana (*Civil Petition No. 8-L of 2023*) ha chiarito che si tratta

³⁷ Z.I. Cheema, J. Riaz, A.N. Khan, *Determining the Custody of a Child in Pakistan*, cit.

³⁸ La proposta prevede di aggiungere all'art. 17 un nuovo comma 4: "*while deciding the custody of a minor between mother and father, the court shall also decide about the visitation and occasional custody rights of the non-custodial parent which may extend to thirty days in one calendar year*" (www.senate.gov.pk).

³⁹ www.senate.gov.pk.

⁴⁰ D. Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita*, cit., pp. 245-246; M.Z. Abbasi, S.H. Cheema, *Family Laws in Pakistan*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 105-143.

⁴¹ In precedenza, le disposizioni relative al mantenimento del figlio erano contenute negli artt. 488-490 del codice di procedura penale del 1898, abrogati con la *Federal Laws (Revision and Declaration) Ordinance* del 1981 (art. 41, n. 8). L'art. 488 cod. proc. pen. imponeva al padre l'obbligo di mantenere la moglie e i figli, sia legittimi che illegittimi; la mancata esecuzione dell'ordine del tribunale di pagare gli alimenti comportava la reclusione. Gli artt. 489 e 490 disciplinavano l'esecuzione del diritto agli alimenti.

⁴² M. Sabreen, *Maintenance of the Child in Pakistan: A Much-Needed Legislation*, in *LUMS Law Journal*, 1/2020, pp. 105-126.

⁴³ Nelle sentenze pakistane si trova sovente citato il volume *Principles of Mahomedan Law* di Dinshaw Fardunji Mulla (m. 1934) la cui XXIII edizione è datata 2021. Il testo al par. 370 illustra la *nafaqa* dovuta dal padre ai figli e alle figlie: "(1) *A father is bound to maintain his sons until they have attained the age of puberty. He is also bound to maintain his daughters until they are married. But he is not bound to*

di espressioni da interpretare in modo estensivo, per cui “[...] it does not exclude other necessary expenses for mental and physical well-being of a minor”; il mantenimento è presentato come un dovere legale e religioso del marito nei confronti dei figli e della moglie, fondato sul Corano⁴⁴.

I figli minorenni hanno diritto al mantenimento se versano in stato di bisogno e sono inabili a mantenersi da soli⁴⁵; il mantenimento è loro dovuto fino a quando diventano in grado di guadagnarsi da vivere onestamente. In generale, per determinare questa capacità del bambino i tribunali considerano lo *status* della sua famiglia e le prassi famigliari; rilevano, naturalmente, anche eventuali *handicap* fisici o mentali del figlio⁴⁶.

Un profilo diverso riguarda il dovere del padre di provvedere all’educazione del figlio, perché non esiste un obbligo specifico con riferimento all’istruzione superiore⁴⁷. Nel caso *Humayun Hassan v Arsalan Humayun and another* (PLD 2013

maintain his adult sons unless they are disabled by infirmity or disease. The fact that the children are in the custody of their mother during their infancy (S. 352) does not relieve the father from the obligation of maintaining them. But the father is not bound to maintain a child who is capable of being maintained out of his or her own property. (2) If the father is poor and incapable of earning by his own labour, the mother, if she is in easy circumstances, is bound to maintain her children as the father would be. (3) If the father is poor and infirm, and the mother also is poor, the obligation to maintain the children lies on the grandfather, provided he is in easy circumstances”.

⁴⁴ Cor. II, 233: “[...] Il padre dovrà provvedere al cibo della madre e ai suoi abiti, come si conviene, ma nessuno è obbligato a fare più di quello che può”; Cor. IV, 34: “Gli uomini sono preposti alle donne perché Dio ha prescelto alcuni di voi sugli altri e perché essi donano parte dei loro beni per mantenerle”.

⁴⁵ Un caso tipico in cui il minore è ritenuto autosufficiente dal punto di vista economico è quando abbia ricevuto un’eredità.

⁴⁶ M. Sabreen, *Maintenance of the Child in Pakistan*, cit., p. 114. In *Alaf Din v Mst. Parveen Akhtar* (PLD 1970 SC 75) la Corte Suprema ha affermato che: “Normally a child, after attaining majority, would be physically in a position to maintain itself, for, it would then be capable of earning some kind of a livelihood. But this again is a question which will depend upon the status and circumstances of each individual family. Thus, although the section does not make any reference to the age of majority, it is a consideration which must inevitably be taken into account by the Court when deciding the question as to whether the child is or is not able to maintain itself. Thus, an infirm or decrepit or deformed son or daughter may be entitled to claim maintenance even up to a very advanced age, while an able-bodied son or daughter might be deprived of the right if he/she has already found suitable gainful employment and is in a position to maintain himself or herself”.

⁴⁷ Sempre nella citata sentenza *Alaf Din v. Mst. Parveen Akhtar* (PLD 1970 SC 75) la Corte Suprema, ragionando sul dovere di mantenimento del padre e la questione dell’istruzione, ha ritenuto che: “Again in interpreting the word “maintenance” some reasonable standard must be adopted. Whilst it is not confined merely to food, clothing and lodging, it cannot, by any stretch of imagination, be extended to incorporate within it education at higher levels ad infinitum. What is necessary to decide in this connection is to find out as to what amount of education has to be attained by the child concerned, having regard to the status and other circumstances of his family, to enable it to earn a complete livelihood by honest and decent means. Thus, it may not be sufficient to say that the child of a tradesman can maintain itself by working as

SC 557) la Corte Suprema ha stabilito che un figlio adulto deve presentare un'istanza al tribunale per ottenere il mantenimento finalizzato all'istruzione; ai fini della decisione, la Corte dovrà prendere in considerazione l'età del figlio maggiorenne, le sue eventuali risorse economiche, il livello della sua istruzione, i suoi risultati accademici, il suo fervore e il suo zelo e, infine, in che misura lo studio per il quale è chiesto il mantenimento influirà sulla sua capacità di guadagnarsi da vivere.

Queste regole generali si applicano anche nel caso della separazione dei genitori e il padre è obbligato a versare la *nafaqa* anche se i figli sono nella custodia (*ḥaḍāna*) della madre⁴⁸. La Corte Suprema in due diverse occasioni (*Mst. Feroze Begum v Lt-Col. Muhammad Hussain* (1983 SCMR 606) e *Munawwar Bibi v Muhammad Amin* (1995 SCMR 1206)) ha ritenuto che, poiché il mantenimento è un dovere del padre, la madre non può essere privata della custodia solo perché non è in grado di mantenere il figlio⁴⁹; allo stesso tempo, se la madre lavora ed è finanziariamente indipendente la cosa è valutata in suo favore al momento di decidere la custodia, soprattutto quando a contendergliela non è il padre del bambino, deceduto, bensì i di lui parenti.

Infine, la giurisprudenza prende in considerazione l'eventualità che il padre sia finanziariamente incapace di sostenere gli oneri del mantenimento, ribadendo più volte che il padre non può sottrarsi ai suoi doveri lamentando difficoltà economiche⁵⁰.

Nel caso *Muhammad Asim v Mst. Samro Begum and others* (PLD 2018 SC 819) la Corte Suprema ha puntualizzato che “*if the husband/father fails to disclose his salary or financial earnings, adverse inference would be drawn against him*”, con il chiaro obiettivo di scoraggiare manovre truffaldine poste in essere dal padre/marito per sfuggire ai suoi obblighi di natura economica.

coolly or by thieving. What is required is that the child must be maintained until it is in a position to earn its own livelihood, in an honest and decent manner in keeping with its family status”.

⁴⁸ *Captain S.M. Aslam v. Rubi Akhtar* (1996 CLC Kar 1); *Muhammad Ashraf v. Nasreen Begum through legal heirs and three others* (PLD 1989 Lah 69); *Muhammad Shafi Alias Papan v. the State* (2011 PCr.LJ Kar 1424).

⁴⁹ *Razia Bibi v. Riaz Ahmad* (2004 SCMR 821): “*mere poverty of a mother, leaving all other pertinent factors aside, cannot be the sole factor for denying her the custody of her child*”.

⁵⁰ In *Mst. Razia Begum v. Ghulam Rasul* (1972 PCr.LJ 1286) i giudici scrivono: “*if a man does not work or does not earn enough to support his children, that in itself is no ground to justify his omission to supply them with reasonable maintenance because having brought them forth in the world, it is his bounden duty to provide for their maintenance*”. In *Syed Zia ul Hassan Gilani v. Mian Khadim Hussain* (PLD 2001 Lah 188) i giudici affermano con chiarezza che la povertà e la debolezza finanziaria non possono esimere il padre dal suo indiscusso dovere di pagare gli alimenti al figlio.

6. Conclusioni

Nel contesto giuridico pakistano l'interrelazione dei formanti (dottrinale, legale, giurisprudenziale) opera a pieno regime nell'ambito dello statuto personale; è della giurisprudenza il compito di riconciliare i principi islamici in materia di statuto personale con le poche disposizioni legislative coloniali e post-coloniali che disciplinano il diritto di famiglia, operazione che, come abbiamo visto, non è scevra di difficoltà quando le incongruenze concettuali tra i due sistemi lasciano spazio a dubbi interpretativi.

Il modello islamico, con la sua divisione dei ruoli genitoriali nei riguardi dei figli, assegna al padre compiti di responsabilità a contenuto essenzialmente patrimoniale, mentre la madre è ritenuta depositaria della capacità di cura.

Nella separazione dei coniugi, questi ruoli vengono rispettati, assegnando di norma i bambini alla madre finché sono nell'età che richiede una presenza femminile e che è diversa per i figli maschi (più breve) e per le figlie femmine (che di norma restano con la madre fino al matrimonio).

L'appartenenza religiosa dei genitori, pur essendo importante, non è una scriminante che opera sempre a favore del genitore (il padre) musulmano perché la giurisprudenza, nel rispondere ai quesiti che le vengono sottoposti, non manca mai di porre l'accento sulla natura etica dei principi e delle regole del diritto musulmano, lasciando che a guidarla nella decisione sia anche la valutazione dell'indole morale dei soggetti interessati.

DIRITTO ALLA BIGENITORIALITÀ E ACCESSO NEGATO A UN GENITORE. GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU E CONDANNE ALL'ITALIA

di Maria Giovanna Ruo¹

Sommario: 1. Introduzione – 2. Il diritto alla relazione genitori figli nella prospettiva dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – 3. Diritto all'identità, all'educazione, allo sviluppo e alla salute – 4. Giurisprudenza di Strasburgo e artt. 6 e 8 della Convenzione di Roma – 5. I rimedi per il ripristino del diritto alla genitorialità in caso di accesso negato all'altro genitore – 6. Il “peso” dell'opinione del BBA “rifiutante” – 7. Condanne all'Italia per situazioni di accesso negato all'altro genitore – 8. Il cammino di approfondimento della Corte EDU: l'ostacolo al libero accesso del figlio minorenne ad entrambi i genitori può costituire violenza e maltrattamento.

1. Introduzione

Nella prospettiva di cui all'art. 117 Cost. la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) costituisce, come è noto, fonte interposta dell'ordinamento e parametro di costituzionalità, progressivamente recepita nell'ordinamento interno².

Negli anni la Corte di Strasburgo si è spesso occupata di questioni in cui gli Stati non siano stati in grado di ripristinare una relazione tra genitore e figlio compromessa per vari fattori.

¹ Avvocata cassazionista del Foro di Roma. È Presidente nazionale dell'Associazione Cammino – Camera Nazionale Avvocati per la Persona, le Relazioni Familiari e i Minorenni.

Il presente contributo è stato sottoposto a procedura di *double-blind peer review*.

² G. Raimondi, *Presentazione*, in A. Di Stasi (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)*, II ed., Milano, Wolters Kluwer-CEDAM, 2020, pp. V-IX: “Negli ultimi anni si guarda al sistema europeo di protezione dei diritti umani in una prospettiva nuova [...] si è affacciata e poi affermata [...] l'idea di quello che si tende oggi a chiamare ordinamento integrato, l'idea cioè dell'esistenza di un nucleo di valori europei che, senza negare la diversità e il pluralismo delle culture e dei popoli stanziati sul nostro continente, concorrono a formare il concetto di identità europea [...]. Si parla perciò oltre che di ordinamento integrato, di ‘tutela multilivello’ dei diritti individuali”.

Le questioni sono state esaminate nella prospettiva della possibile violazione di più norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)³: la maggior parte delle volte, in quella dell'art. 8 (*Diritto alla vita privata e familiare*), ma anche dell'art. 6 (*Diritto all'equo processo*) e dell'art. 13 (*Diritto al ricorso effettivo*), in combinato disposto con il primo.

Il nostro Paese è stato condannato ripetutamente per la sua incapacità di tutelare la relazione genitore estromesso/figlio minorenne, ovviamente se tale relazione era nell'interesse del minore; questo difatti costituisce sempre il parametro principale di ogni corretta decisione in uno Stato democratico; anche secondo la giurisprudenza della Corte è infatti *the best interest of the child*⁴ che deve prevalere nell'equo bilanciamento degli interessi in gioco⁵. Recentemente la Corte di Strasburgo ha compiuto un ulteriore passo in avanti, considerando l'ostacolo alla relazione genitore/figlio, non ripristinato idoneamente in tempi congrui per salvaguardare *the best interest of the child*, non solo violazione della vita familiare di quest'ultimo ma anche della sua vita privata.

³ L. 4 agosto 1955, n. 848, di ratifica della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Roma, 4 novembre 1950, come modificata dai Protocolli nn. 11 e 14.

⁴ M. Bianca (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2021: nelle 1061 pagine Autori vari analizzano il principio da molteplici sfumature. Come ho avuto modo di ricordare in M.G. Ruvo, *Curatore del minore e avvocato*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2023, il criterio è stato costituzionalizzato dalla Consulta che lo ha reso principio generale dell'ordinamento, reinterpretando alla sua luce molte disposizioni ed espungendone altre in quanto incostituzionali; di altre, invece, offrendo un'interpretazione coerente. Si ricordano in particolare tra le più recenti: C. cost. n. 55/2025, che ha escluso l'automatismo della decadenza dalla responsabilità genitoriale come pena accessoria nel caso di reato di maltrattamenti; C. cost. n. 33/2025, in materia di adozione internazionale dei *single*; C. cost. n. 88/2022, in materia di pensione INPS e reversibilità ai superstiti minori regolarmente affidati dagli organi competenti a norma di legge; C. cost. n. 79/2022, in materia di adozione in casi particolari; C. cost. n. 30/2022, in materia di misure alternative alla detenzione di persona ristretta con figlia minore; C. cost. n. 133/2021, in materia di decorrenza del termine per l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità; C. cost. n. 33/2021 e C. cost. n. 32/2021, in materia di procreazione medicalmente assistita e gestazione per altri; C. cost. n. 102/2020, in materia di sospensione della responsabilità genitoriale a seguito di condanna per sottrazione internazionale del figlio minore.

⁵ E. Lamarque, *Diritti fondamentali della persona di minore età e best interests of the child*, in *Giustizia insieme*, 6 febbraio 2023, www.giustiziainsieme.it. Secondo l'Autrice, il principio non impone che l'interesse della persona di età minore debba automaticamente prevalere su tutto e su tutti (c.d. "tirannia del principio"), ma diffida delle previsioni rigide. V. inoltre R. Senigaglia, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, in A. Cordiano, R. Senigaglia (a cura di), *Diritto civile minorile*, Napoli, ESI, 2022, p. 33. A proposito dell'interesse del minore, l'Autore sottolinea come i diritti fondamentali abbiano carattere relazionale: l'interesse del minore costituisce indicazione precisa del metodo nel bilanciamento, secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità, tra i diritti del minore e quelli eventualmente antagonisti di altri soggetti coinvolti.

2. Il diritto alla relazione genitori figli nella prospettiva dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo

Godere della reciproca presenza, di quotidianità e assiduità di relazione⁶, costituisce per figli e genitori uno degli elementi fondamentali dell'art. 8 CEDU.

Infatti, nella corretta prospettiva, si presume, fino a prova contraria, che il rapporto dei figli con entrambi i genitori debba considerarsi nel loro interesse⁷. L'ostacolo al godimento di tale rapporto costituisce quindi violazione al diritto alla vita familiare.

Di conseguenza, le Autorità nazionali sono responsabili della sua tutela e della sua effettiva realizzazione: hanno quindi obblighi negativi di non ingerenza⁸ nella relazione genitori/figli, se non necessitata dallo stesso *best interest of the child*⁹,

⁶ C. Irti, *Nuovi modelli familiari e tutela del minore nella crisi del rapporto di coppia*, in A. Cordiano, R. Senigaglia (a cura di), *Diritto civile minorile*, cit., p. 160, parla di diritto del minore a crescere nella propria famiglia in senso lato, sia godendo anche dell'apporto di ascendenti e altri parenti, sia nella prospettiva di famiglia ampia, che ricomprende una pluralità di modelli.

⁷ European Court of Human Rights, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, 31 August 2024, par. 384: "There is a broad consensus – including in international law – in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount (*Strand Lobben and Others v. Norway* [GC], 2019, § 207; *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], 2010, § 135; *X v. Latvia* [GC], 2013, § 96). The child's best interests may, depending on their nature and seriousness, override those of the parents (*Sahin v. Germany* [GC], 2003, § 66). The parents' interests, especially in having regular contact with their child, nevertheless remain a factor when balancing the various interests at stake (*Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], 2010, § 134). The child's interests dictate that the child's ties with the family must be maintained, except in cases where the family has proved particularly unfit. It follows that family ties may only be severed in very exceptional circumstances and that everything must be done to preserve personal relations and, if and when appropriate, to "rebuild" the family (*Gnahoré v. France*, 2000, § 59 and for a review of the case-law, *Jansen v. Norway*, 2018, §§ 88-93)".

⁸ European Court of Human Rights, *Guide*, cit., par. 5: "The primary purpose of Article 8 is to protect against arbitrary interferences with private and family life, home, and correspondence by a public authority (*Libert v. France*, 2018, §§ 40-42; *Drelon v. France*, 2022, § 85). This obligation is of the classic negative kind, described by the Court as the essential object of Article 8 (*Kroon and Others v. the Netherlands*, 1994, § 31)".

⁹ Il principio è stato introdotto nell'ordinamento interno dall'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo; è richiamato dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, pubblicata in GUUE n. C202 del 7 giugno 2016, pp. 389-405, e in vari strumenti pattizi, come nelle indicazioni delle Linee guida del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa su una giustizia a misura di minore, adottate il 17 novembre 2010. Cfr. J. Long, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in *Questione giustizia*, www.questionegiustizia.it. L'Autrice sottolinea come nella CEDU difetti un riferimento esplicito ai "best interests of the child" ma come la Corte EDU abbia ricostruito tale principio in via interpretativa, "[...] concettualizzandolo alla luce dello human rights-based approach". La Corte intende il principio in tre diverse accezioni: 1) il minore ha un diritto soggettivo a che venga valutato come considerazione primaria; 2) è un principio legale sul piano della politica del diritto che deve

che anche per la Corte EDU costituisce criterio preminente e determinante di giudizio che deve prevalere in uno Stato democratico nell'equo temperamento degli interessi in gioco. In casi eccezionali, difatti, l'inadeguatezza genitoriale non solo legittima, ma reclama l'intervento pur intrusivo dello Stato per salvaguardare il diritto al miglior sviluppo psico-fisico del figlio minorenne.

Lo Stato ha però anche obblighi positivi, di proteggere il rapporto con il genitore estromesso (o genitori estromessi) dalla violazione intrusiva di soggetti privati, compreso l'altro genitore.

In ogni caso è obbligo dello Stato ripristinare la relazione genitore figlio in quanto sia nell'interesse di questi¹⁰, e cioè che sia funzionale al suo miglior sviluppo psico-fisico, efficacemente e nel minor tempo possibile.

Al contrario, se la relazione con il/i genitore/i non fosse nel suo interesse, comprometterebbe il suo sviluppo, e non fosse recuperabile in tempi congrui, non sussisterebbe obbligo di ripristino delle Autorità nazionali e la relazione dovrebbe/potrebbe essere definitivamente interrotta.

L'interesse del minore non è infatti un concetto astratto, ma deve essere sempre declinato in concreto, rispetto a quel minore, alle sue particolari caratteristiche, e a quel genitore, alla sua capacità (art. 30 Cost.) di educarlo favorendone lo sviluppo della persona (art. 2 Cost.).

Lo Stato, nelle sue diverse articolazioni che si occupano di casi di interruzione della relazione genitore-figlio, deve quindi progettare percorsi di ripristino, contrastando gli ostacoli che vi si frappongono, in tempi rapidi, perché il fattore tempo¹¹ ha rilevanza significativa dato che, quando si parla di bambini e

essere preso in considerazione dai decisori pubblici; 3) è una regola procedimentale, volta a garantire la persona di età minore nei procedimenti che la riguardano.

¹⁰ European Court of Human Rights, *Guide*, cit., par. 5: “*although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private life (Lozovyye v. Russia, 2018, § 36). These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves*”.

¹¹ European Court of Human Rights, *Guide*, cit., par. 390 “*In assessing what is considered to be in the best interests of the child, the potential negative long-term consequences of losing contact with the child’s parents and the positive duty to take measures to facilitate family reunification as soon as reasonably feasible have to be sufficiently weighed in the balance. It is imperative to consider the long-term effects which a permanent separation of a child from its natural mother might have (Jansen v. Norway, 2018, § 104)*”. Come ricordo in M.G. Ruo, *Curatore del minore*, cit., p. 89: “il fattore tempo, nell’attuazione dei provvedimenti – sia provvisori sia definitivi –, è determinante e la celerità nell’attuazione coincide nella maggior parte dei casi con l’effettività dei provvedimenti stessi. I minori sono persone in età evolutiva: lo scorrere del tempo per loro è particolarmente veloce. Provvedimenti che sono utili oggi sono necessari domani e possono essere obsoleti tra un mese, in ragione delle rapide modificazioni che l’età

adolescenti, si tratta di persone in età evolutiva particolarmente vulnerabili il cui sviluppo psico-fisico può essere compromesso dai tempi degli adulti¹². Per i BBA¹³ il tempo ha infatti una valenza ben diversa: tre mesi nella vita di un adulto sono ben poco; tre mesi nella vita di un neonato sono tutta la vita.

Questa semplice constatazione di mero “buon senso” ha però una rilevanza giuridica significativa, colta anche dalla normativa interna¹⁴: un BBA non può attendere i tempi di riscatto e di potenziamento degli adulti.

Sono questi che debbono conformarsi ai tempi del minorenne, perché se trascorsi in situazione di privazione e violazione di diritti fondamentali ne possono derivare conseguenze irreparabili.

Conseguentemente sussiste per lo Stato l’obbligo di implementare e proteggere rapporti e relazioni tra i componenti della famiglia e di renderli effettivi, articolando progetti a tal fine ed attuandoli nei tempi tecnici minimi con provvedimenti concreti ed efficaci nella situazione particolare di quella persona

evolutiva comporta. Inoltre, la mancata esecuzione di provvedimenti radica situazioni che divengono poi irreversibili, con violazione dei diritti fondamentali delle persone in età evolutiva. Si ricordano le numerose sentenze della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo di condanna del nostro Paese al quale è stato rimproverato di non avere strumenti normativi adeguati, di riproporre provvedimenti stereotipati e inutili e di concedere eccessiva libertà ai servizi, lasciando così inutilmente decorrere il tempo e radicare situazioni che divengono di fatto irreversibili, come nei casi di rifiuto e rigetto del figlio nei confronti di uno o di entrambi i genitori o dei parenti (cfr. cap. XIX)”. Più avanti, p. 236: “il fattore tempo è considerato dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo elemento imprescindibile nei procedimenti minorili (salvo casi eccezionali in cui il decorrere del tempo sia essenziale per il corretto svolgimento del procedimento) (Corte EDU, Luzi c. Italia, ric. 48322/2017, sent. 5 dicembre 2019; Corte EDU, R.V. c. Italia, ric. 37748/2019, sent. 18 luglio 2019; sulla non violazione dell’art. 8 in procedimenti che richiedono tempo per essere correttamente istruiti e definiti, Corte EDU, Trdan c. Slovenia, ric. 28708/2006, sent. 7 dicembre 2010)”.

¹² European Court of Human Rights, *Guide*, cit., par. 39: “In its case-law on Articles 3 and 8, the Court emphasised the importance to children and the other vulnerable members of society of benefiting from State protection where their physical and mental well-being were threatened (*Wetjen and Others v. Germany*, 2018, § 74, *Tlapak and Others v. Germany*, 2018, § 87; *A and B v. Croatia*, 2019, §§ 106-113)”.

¹³ Secondo le indicazioni emerse nel Congresso mondiale per i diritti dell’infanzia e dell’adolescenza, svoltosi a Roma all’Università La Sapienza il 14-15 novembre 2024, il termine minorenne è inadatto a indicare la persona che ha età da zero a diciotto anni, suggerendo che sia un *minus* rispetto agli adulti. Più idonea, allora, la denominazione bambina/bambino/adolescente che si può correttamente sintetizzare in BBA. Si adotta quindi tale sigla.

¹⁴ La l. n. 184/1983 prevede infatti, in materia di adottabilità, che vengano effettuati progetti di sostegno alla genitorialità fragile. Tuttavia, se questi progetti non riescono a potenziarla in tempi congrui, il BBA non può attendere i tempi dei genitori.

di età minore. È richiesta un'eccezionale diligenza¹⁵. Il tutto con procedimenti giurisdizionali e amministrativi che siano *fair*¹⁶.

3. Diritto all'identità, all'educazione, allo sviluppo e alla salute

Vi sono implicazioni ulteriori nella tutela di cui all'art. 8 CEDU alla vita privata e familiare nella relazione del figlio con entrambi i genitori.

Il diritto alla vita privata è un concetto ampio che, nell'interpretazione stessa della Corte EDU, non può essere definito esaustivamente perché abbraccia diversi aspetti della vita di una persona¹⁷. Il che vuol dire che, tale diritto ricomprende a sua volta una pluralità di diritti fondamentali; in particolare, nel rapporto con entrambi i genitori che lo stesso tutela, vi sono ricompresi il diritto all'identità¹⁸, all'educazione, all'integrità psico-fisica.

L'identità di ogni persona si costruisce infatti al meglio (e di conseguenza assicura le migliori condizioni di sviluppo psico-fisico della persona di età minore) con l'apporto relazionale, affettivo, educativo, culturale, nazionale ed etnico di entrambi i genitori.

Ha rilievo a questo proposito la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo (d'ora in poi denominata anche CRC)¹⁹. Sono particolarmente significativi al riguardo l'art. 9²⁰, che disciplina il diritto alla bigenitorialità di ogni persona da zero a diciotto anni, l'art. 18 – secondo il quale entrambi i genitori hanno una responsabilità comune per quanto riguarda l'educazione del fanciullo e il

¹⁵ Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 20 marzo 2003, n. 77, art. 6.

¹⁶ European Court of Human Rights, *Guide*, cit., par. 44 e 45. La stessa Corte avverte che non sempre esamina i requisiti della *fairness* del processo autonomamente, potendoli ritenere assorbiti nella corretta o scorretta (in caso di condanna per violazione) attuazione dell'art. 8.

¹⁷ European Court of Human Rights, *Guide*, cit., par. 87: "*Private life is a broad concept incapable of exhaustive definition (Niemi v. Germany, 1992, § 29; Pretty v. the United Kingdom, 2002, § 61; Peck v. the United Kingdom, 2003, § 57). It covers the physical and psychological integrity of a person and may embrace multiple aspects of the person's physical and social identity*".

¹⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 giugno 2014, n. 65192/11, *Mennesson c. Francia*; 26 giugno 2016, n. 65941/11, *Labassee c. Francia* (entrambe in materia di maternità surrogata).

¹⁹ Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 24 maggio 1991, n. 176.

²⁰ Viene particolarmente in rilievo nel contesto del presente studio l'art. 9, par. 3, della CRC: "Gli Stati parti rispettano il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo".

provvedere al suo sviluppo –, e l'art. 27, il quale obbliga lo Stato a riconoscere il diritto di ogni fanciullo a un livello di vita sufficiente per consentire il suo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale e sociale, mentre sono i genitori che hanno la responsabilità fondamentale di assicurare le condizioni di vita per tale sviluppo.

Il principio sotteso è quello della solidarietà della responsabilità genitoriale, nel quadro ovviamente degli artt. 30 e 31 della nostra Carta costituzionale: principio di solidarietà che viene violato anche quando uno dei due genitori, arbitrariamente, tenta di espellere l'altro dalla vita del BBA, eventualmente manipolandolo e coartandone la libertà di accesso all'altro.

Analoga rilevanza riveste il diritto all'educazione, come disciplinato dall'art. 29 della CRC che ne detta il contenuto oggettivo prevedendo espressamente il rispetto dei genitori e di entrambi nonché l'educazione alla responsabilità sociale.

Il processo acquisitivo della responsabilità sociale include anche non eliminare le persone scomode, quale viene vissuto il genitore rifiutato; non escludere *a priori* i rapporti che mettono in crisi. Tollerare che si elimini una persona che mette in discussione il proprio modo di essere, senza tentare il recupero del rapporto, significa scarsa educazione alla crescita del sé come persona adulta con conseguente compromissione anche del diritto al migliore sviluppo psico-fisico²¹ e, tendenzialmente, anche dei futuri rapporti del BBA.

L'eliminazione di un genitore, lasciato alla responsabilità della persona di età minore, significa anche comprometterne il diritto alla salute: le problematiche psicologiche del lacerante conflitto di lealtà che ne deriva, i sensi di colpa che comunque ricadono sul BBA che si è mutilato di una parte importante della propria identità, comportano spesso problematiche psicologiche che si riflettono in età adulta anche nella maggiore possibilità di riprodurre relazioni tossiche per se stessi e per gli altri. E lo Stato è tenuto a garantire il miglior sviluppo psico-fisico di un BBA, ai sensi dell'art. 6, par. 2, CRC.

Questi alcuni dei motivi per cui la Corte EDU considera di per sé nell'interesse del minore la tutela della relazione con entrambi i genitori salvo, ovviamente, che il genitore rifiutato sia radicalmente incapace per i suoi comportamenti pregiudizievoli, di per sé idonei al recare un maggior danno al figlio minore.

²¹ European Court of Human Rights, *Guide*, cit., par. 88: "Article 8 protects the right to personal development, whether in terms of personality or of personal autonomy, which is an important principle underlying the interpretation of the Article 8 guarantees. It encompasses the right for each individual to approach others in order to establish and develop relationships with them and with the outside world, that is, the right to a 'private social life' (*Bărbulescu v. Romania* [GC], 2017, § 71; *Botta v. Italy*, 1998, § 32)".

Conseguentemente l'arbitraria eliminazione di un genitore da parte dell'altro, non contrastata efficacemente ed effettivamente, dalle Autorità, viola l'art. 8 CEDU anche nella considerazione non solo della vita familiare, ma anche della vita privata con le sue variegate implicazioni in tema di violazione dei diritti inclusi: quello alla dignità, all'identità, alla salute, allo sviluppo psicologico, all'identità sociale e ai legami affettivi²².

È un giudizio quindi prognostico, quello che deve essere effettuato dalle Autorità nazionali, per non incorrere nella violazione dell'art. 8 CEDU; giudizio prognostico che può essere fallace e va quindi prudentemente assunto, sulla base sia degli elementi in fatto emersi nella storia di ciascun BBA sia delle caratteristiche personali di ciascuno dei protagonisti della relazione da tutelare, prima di tutto il figlio minorenne. Giudizio prognostico che deve essere assunto in un processo la cui *fairness* sia assicurata.

4. Giurisprudenza di Strasburgo e artt. 6 e 8 della Convenzione di Roma

La Corte di Strasburgo ha precisato che il rispetto della normativa sull'equo processo, consacrato dall'art. 6 CEDU²³, è consustanziale al rispetto dell'art. 8. Anche se tale articolo non contiene espliciti requisiti processuali, decisioni che riguardano i vari aspetti contemplati dall'art. 8 (vita familiare, vita privata, corrispondenza, casa) debbono essere assunti in processi che *must be fair*, ai sensi dell'art. 6.

Non vi è infatti tutela giurisdizionale della vita privata e familiare se non all'interno e tramite un processo equo – come specificato dalla stessa giurisprudenza della Corte EDU –: un processo cioè che veda tutte le parti coinvolte, compreso il minorenne; un processo che sia celere, perché si è già detto che l'inutile decorso del tempo comporta di per sé violazione dell'art. 8 CEDU, lasciando radicare situazioni che divengono poi irreversibili; un processo che si avvalga di strumenti esecutivi efficaci: perché è inutile l'assunzione di provvedimenti stereotipati che non assicurino effettività dei diritti in gioco.

²² Sui diritti del minore violati nelle situazioni in cui gli viene impedito l'accesso all'altro genitore e ne fa proprio il rifiuto, rimando al relativo capitolo in M.G. Ruò, *Curatore del minore*, cit, pp. 316 ss.

²³ European Court of Human Rights, *Guide*, cit., par. 4: “While Article 8 contains no explicit procedural requirements, the decision-making process involved in measures of interference must be fair and ensure due respect for the interests safeguarded by Article 8 (*Fernández Martínez v. Spain* [GC], 2014, § 147). In this connection, the Court may have regard to the length of the authorities’ decision-making process and any related judicial proceedings (*T.C. v. Italy*, 2022, §§ 56-57)”.

Al contrario, se il processo non coinvolge tutte le parti, se è ingiustificatamente lento sicché è incompatibile con i tempi di sviluppo della persona di età minore, se non si avvale di strumenti effettivi ed efficaci, è un processo che non rispetta i canoni di cui all'art. 6 della Convenzione di Roma e che comporta di per sé violazione anche dell'art. 8 CEDU.

Ne consegue, sul piano della tutela giurisdizionale, che perché l'obbligo positivo dello Stato di riunire figli e genitori sia soddisfatto, occorrono procedimenti efficaci in cui è richiesto l'esercizio di eccezionale diligenza in tempi brevi²⁴: lo Stato deve assumere decisioni e porre in essere misure atte ed adeguate, in quel caso concreto, a riunire figli e genitore rifiutato²⁵.

Lo Stato, in tutte le sue articolazioni, deve concretamente attivarsi a tale scopo; sono quindi rilevanti anche le modalità di attuazione che debbono essere efficaci: i servizi territoriali dovranno eseguire a ritmi congrui ogni attività volta al ricongiungimento; i giudici dovranno vigilare sull'attività dei servizi o degli enti comunque preposti.

L'attività giurisdizionale potrà superare il vaglio della valutazione della Corte EDU se sarà stata efficace e tempestiva assicurando l'effettività del diritto alla vita privata e familiare delle persone coinvolte.

In nessun caso situazioni di rifiuto consolidate in ragione dell'inefficacia degli strumenti utilizzati potrà successivamente legittimare lo Stato a non attuare il ricongiungimento²⁶.

²⁴ European Court of Human Rights, *Guide*, cit., par. 390: *"In cases concerning a parent's relationship with his or her child, there is a duty to exercise exceptional diligence in view of the risk that the passage of time may result in a de facto determination of the matter (T.C. v. Italy, 2022, § 58)"*.

²⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 giugno 2005, n. 30595/02, *Bove c. Italia*; 2 novembre 2010, n. 36168/09, *Piazzì c. Italia*; 29 gennaio 2013, n. 25704/11, *Lombardo c. Italia*.

²⁶ In Corte europea dei diritti dell'uomo, *Piazzì c. Italia*, cit., si precisa che i servizi debbono agire tempestivamente, attuando misure sufficienti e adeguate per far rispettare il diritto di visita del genitore non affidatario. In ogni caso, devono adoperarsi per ripristinare gli incontri con il figlio minore, specie se si sia stabilito che ciò corrisponda al suo superiore e preminente interesse, e vi siano circostanze ostili al genitore non affidatario idonee a consolidare nel tempo situazioni di fatto assolutamente distanti dalle decisioni assunte con provvedimento del tribunale (nella specie, si trattava di minore sotto l'influenza esclusiva del genitore collocatario, che poneva in essere agiti condizionanti, come tali riconosciuti nella perizia psicologica espletata nel corso del procedimento).

5. I rimedi per il ripristino del diritto alla genitorialità in caso di accesso negato all'altro genitore

Se il rapporto figlio-genitore rifiutato è nell'interesse del BBA, i rimedi individuati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo hanno ormai fatto ingresso nel nostro ordinamento a seguito della riforma Cartabia che, con l'art. 473 *bis* 6 cod. proc. civ., ha impresso particolare celerità ai procedimenti in cui vi sia il rifiuto di un genitore o comportamenti ostativi di quello convivente al rapporto con l'altro.

Inoltre, presidiano la relazione figlio-genitore non convivente anche l'art. 473 *bis* 38 cod. proc. civ. sulle modalità di attuazione dei provvedimenti in materia di affidamento, e l'art. 473 *bis* 39 cod. proc. civ. che prevede le c.d. *astreintes*²⁷.

Difatti, anche secondo risalente giurisprudenza della Corte di Strasburgo, è richiesta particolare diligenza alle Autorità Nazionali²⁸, e i rimedi coercitivi nei confronti del minore sono sconsigliabili²⁹, anche se non sono da escludere pregiudizialmente se viene riconosciuto che il rapporto figlio-genitore rifiutato è nell'interesse del BBA³⁰.

Tali rimedi attuativi coercitivi, disposti ormai esplicitamente dalla normativa interna, sono invece, secondo la Corte EDU da sempre, ampiamente utilizzabili nei confronti del genitore dalla stessa definito "riottoso o riluttante" e cioè che, con il suo comportamento, esplicitamente ostativo al rapporto con l'altro genitore o sottilmente "sabotante", ostacoli tale rapporto condizionando il figlio minore.

Pertanto, anche la giurisprudenza più risalente della Corte EDU non ha affatto escluso l'uso di sanzioni nei confronti del genitore che, con il suo illegittimo comportamento, ostacoli il rapporto con l'altro genitore³¹.

²⁷ La norma sostituisce, alla luce anche della giurisprudenza della Corte EDU, il precedente art. 709 *ter* cod. proc. civ.

²⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 marzo 2007, n. 39177/05, *V.A.M. c. Serbia*, par. 105: "*Secondly, the issues in these proceedings were clearly of particular significance for the applicant as well as her child, and required special diligence on the part of the domestic authorities (see paragraphs 99 and 101 above)*".

²⁹ *Ibidem*, par. 135: "*Finally, the Court has held that although coercive measures against the children are not desirable in this sensitive area, the use of sanctions must not be ruled out in the event of unlawful behaviour by the parent with whom the children live (see Ignaccolo-Zenide, cited above, § 106)*".

³⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 giugno 2000, n. 32842/96, *Nuutinen c. Finlandia*.

³¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *V.A.M. c. Serbia*, cit.; 22 aprile 2021, n. 41382/19, *R.B. e M. c. Italia*, che ha condannato l'Italia anche per non aver il Tribunale per i minorenni di Genova utilizzato lo strumento previsto dall'art. 614 *ter* cod. proc. civ., ora espressamente richiamato dall'art. 473 *bis* 39 cod. proc. civ.

Deve trattarsi di misure adeguate e tali da stimolare effettivamente il ripristino della relazione.

Il mancato ricorso a strumenti coercitivi efficienti può infatti configurare violazione dell'art. 8 CEDU per la necessità di assicurare tutela prioritaria al miglior interesse del BBA, con riguardo alle specifiche circostanze del caso, incluso l'inutile decorso del tempo come prima si è ricordato³².

È stata anche ritenuta insufficiente l'applicazione della sola sanzione pecuniaria a carico del genitore ostativo³³.

La Corte si dichiara consapevole del fatto che per le Autorità nazionali possa essere difficile e complesso superare gli ostacoli posti dal genitore ostacolante. Tuttavia, ritiene che ciò non le esoneri dai loro obblighi positivi di ricongiungimento³⁴.

6. Il “peso” dell’opinione del BBA “rifiutante”

L’ascolto viene definito dal Comitato ONU sui diritti dell’infanzia un diritto assoluto di bambine, bambini, adolescenti che riguarda non la loro vulnerabilità o fragilità, ma è strettamente connesso con il loro miglior sviluppo psico-fisico³⁵.

³² Corte europea dei diritti dell’uomo, V.A.M. c. Serbia, cit., par. 133: “In cases concerning the enforcement of decisions in the sphere of family law, the Court has repeatedly found that what is decisive is whether the national authorities have taken all necessary steps to facilitate the execution as can reasonably be demanded in the special circumstances of each case (see, *mutatis mutandis*, *Hokkanen v. Finland*, cited above, § 58; *Ignaccolo-Zenide*, cited above, § 96; *Nuutinen v. Finland*, cited above, §128; *Sylvester v. Austria*, nos. 36812/97 and 40104/98, § 59, 24 April 2003. 134. In this context, the adequacy of a measure is to be judged by the swiftness of its implementation, as the passage of time can have irremediable consequences for relations between the child and the parent who do not cohabit (see *Ignaccolo-Zenide*, cited above, § 102)”).

³³ Corte europea dei diritti dell’uomo, 11 gennaio 2011, ric. 49868/08, *Bordeianu c. Moldavia*.

³⁴ European Court of Human Rights, *Guide*, cit., par. 392: “Contact disputes are by their very nature extremely sensitive for all the parties concerned and it is not necessarily an easy task for the domestic authorities to ensure enforcement of a court order where the conduct of one or both parents is far from constructive (*Krasicki v. Poland*, 2014, § 90). However, a lack of cooperation between separated parents is not a factor which can, of itself, exempt the authorities from their positive obligation under Article 8: rather it imposes on the authorities an obligation to take measures to reconcile the conflicting interests of the parties (*A. and Others v. Italy*, 2023, § 97; *Anagnostakis v. Greece*, 2023, § 58)”).

³⁵ Nel suo commento all’art. 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo, il Comitato ONU sui diritti dell’infanzia afferma che l’art. 12 è una previsione normativa unica: riguarda lo *status* legale e sociale di ogni bambino e di ogni adolescente che da una parte difetta della piena autonomia e dall’altra è pienamente soggetto di diritto. Quello all’ascolto è un diritto che costituisce uno dei valori fondamentali della Convenzione, insieme ai diritti di non discriminazione, alla vita e allo sviluppo nonché alla primaria considerazione del suo superiore interesse. Si tratta di uno dei diritti di partecipazione, che fa parte del processo educativo e di crescita maturativa di ogni persona di età

Non essere ascoltati, considerati come persone³⁶, conduce inevitabilmente a problematiche varie sul piano psico-fisico: il bambino invisibile e inascoltato è un bambino condannato a disagio e involuzione.

Si tratta di un diritto assoluto perché vale nei confronti di tutti i decisori: dai genitori, al tutore, agli educatori e operatori di qualsivoglia contesto che assumano un ruolo decisionale o anche consulenziale nelle questioni che riguardano i BBA³⁷.

Il dibattito giuridico in Italia si è incentrato per molto tempo sull'ascolto giudiziario, dopo che la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 22238 del 21 ottobre 2009 ha affermato trattarsi di un adempimento obbligatorio, a pena di nullità del procedimento e del provvedimento in esso assunto.

La riforma Cartabia ha dedicato all'ascolto del BBA in ambito giudiziario gli artt. 473 *bis* 4 e 473 *bis* 5 cod. proc. civ.

Dottrina e giurisprudenza sono state concordi nell'affermare che l'obbligo del giudice è quello di ascoltare l'opinione del minore (salvo i casi eccezionali espressamente disciplinati) e tenerla in considerazione senza però necessariamente conformarvisi. Quando il giudice assumerà una decisione divergente, dovrà però motivare, così come dovrà motivare quando deciderà di non ascoltarlo, ricorrendo una delle ipotesi eccezionali derogatorie di cui alla norma.

Nei casi di rifiuto di un genitore da parte di un BBA, le motivazioni possono essere molto diverse tra loro e quasi divergenti: vi potranno essere ipotesi in cui il rifiuto sia spontaneo e autenticamente proprio del figlio, per abusi o violenze subite direttamente o indirettamente o per inadeguatezza del genitore stesso, sicché il BBA lo rifiuta in quanto pregiudizievole per sé. Ma vi potranno essere ipotesi di "arruolamento" da parte del genitore "riottoso o riluttante" in ragione del quale il figlio, lacerato dal conflitto di lealtà nei confronti di questi, esprimerà

minore (cfr. Comitato sui diritti dell'infanzia, *Il diritto del bambino e dell'adolescente di essere ascoltato. Commento generale n. 12*, Roma, Comitato italiano per l'UNICEF, 2010).

³⁶ Cfr. anche le *Linee guida per una giustizia a misura di minore* cit.: "III. Principi Fondamentali, [...] C. Dignità: 1. I minori dovrebbero essere trattati con attenzione, sensibilità, equità e rispetto nel corso di qualsiasi procedimento o causa, prestando particolare attenzione alla loro situazione personale, al loro benessere e ai loro bisogni specifici e nel pieno rispetto della loro integrità fisica e psicologica. Tale trattamento dovrebbe essere loro riservato quale che sia il modo in cui essi sono entrati in contatto con procedimenti giudiziari, stragiudiziari o altri interventi, a prescindere dalla loro condizione e capacità giuridica nel procedimento o nella causa".

³⁷ *Ibidem*: "III. Principi Fondamentali, [...] A. Partecipazione 1. Dovrebbe essere rispettato il diritto di ogni minore di essere informato sui suoi diritti, di disporre di idonee modalità per accedere alla giustizia e di essere consultato e ascoltato nei procedimenti che lo coinvolgono o lo riguardano. In particolare, si dovrebbe dare il giusto riconoscimento alle opinioni del minore, tenendo conto del suo grado di maturità e delle sue eventuali difficoltà di comunicazione al fine di rendere significativa la sua partecipazione".

volontà negativa di incontro e di rapporti con l'altro genitore rifiutato o senza una giustificazione oppure facendo proprie le argomentazioni del genitore ostacolante. Secondo la Corte EDU, l'opinione della persona di età minore relativamente alla sua situazione familiare va ascoltata, considerata, indagata anche con l'ausilio di esperti, in particolare nei procedimenti di alta conflittualità tra i genitori³⁸.

La prospettiva del BBA – avverte la Corte – non è immutabile e alle relative obiezioni deve essere attribuito un giusto peso: non sono di per sé sufficienti per contrastare gli interessi dei genitori, specialmente e proprio nel caso in cui questi richiedano regolari rapporti con il figlio minore. Non può essere attribuito un potere di veto ai BBA senza la considerazione di altri fattori che vanno ponderati con attenzione per individuare quale sia realmente il loro *best interest* da far prevalere tra gli interessi in gioco³⁹.

Va valutata attentamente la sua situazione psicologica, con seria considerazione della sua volontà. Una decisione basata sulla volontà viziata del figlio minore, ad esempio per un conflitto di lealtà nei confronti di un genitore, o la sua alleanza con un genitore, violerebbe l'art. 8 CEDU⁴⁰.

La Corte EDU è quindi molto attenta alle dinamiche esistenziali e giudiziarie dei singoli casi, valutando talvolta negativamente che sia stato dato eccessivo peso alla volontà dei figli e altre volte, invece, che le decisioni non siano state conformi alla volontà negativa espressa dal figlio di avere relazioni con il genitore non convivente, ritenendola libera da condizionamenti, autentica, e correttamente valutativa del *best interest*.

Vi sono quindi stati casi di condanna per la violazione dell'art. 8 CEDU per essere stato attribuito eccessivo peso alla volontà negativa del figlio rifiutante il genitore⁴¹. Ma vi sono stati anche altri casi in cui invece la Corte di Strasburgo ha

³⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 gennaio 2011, n. 18830/07, *Plaza c. Polonia*.

³⁹ European Court of Human Rights, *Key theme, Article 8. Right of the child to be heard in domestic proceedings on family matters*, 28 March 2025, p. 2: “*The views of children are not necessarily immutable, and their objections which must be given due weight, are not necessarily sufficient to override the parents’ interests, especially in having regular contact with their child. No unconditional veto power should be given to children without any other factors being considered and an examination being carried out to determine their best interests (Zelikha Magomadova v. Russia, 2019, § 115); such interests normally dictate that the child’s ties with its family must be maintained, except in cases where this would harm the child’s health and development (Suur v. Estonia, 2020, § 79)*”.

⁴⁰ *Ibidem*: “*Should a court base a decision on the views of children who are palpably unable to form and articulate an opinion as to their wishes – for example, because of a loyalty conflict and/or their exposure to the alienating behaviour of one parent – such a decision could run contrary to Article 8 (K.B. and Others v. Croatia, 2017, § 143 and case-law references therein; see more recently Jurišić v. Croatia (no. 2), 2022, § 44)*”.

⁴¹ Così, ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 maggio 2006, n. 18249/02, *C. c. Finlandia*: i due figli minorenni di un padre svizzero, durante tutto il procedimento e i vari esperimenti di

ritenuto che sia stato attribuito “giusto peso” alla volontà negativa del figlio di relazionarsi con un genitore⁴².

Dipende dal caso concreto, da un’attenta valutazione degli interessi in gioco, e la Corte EDU, pur ritenendo e affermando che non intende sostituirsi alle Autorità nazionali che per prossimità hanno un largo margine discrezionale di valutazione in ogni singolo caso, ne esegue una disamina precisa e minuziosa, per verificare “nell’equo contemperamento degli interessi in gioco” nella fattispecie concreta quale debba prevalere.

7. Condanne all’Italia per situazioni di accesso negato all’altro genitore

Il nostro Paese ha collezionato negli anni varie condanne che riguardano l’incapacità del nostro Stato di tutelare i rapporti figlio minorenni-genitore non convivente ostacolati dal genitore convivente.

È stato ritenuto che le nostre Autorità nazionali non avessero saputo/potuto assicurare il libero accesso del figlio minorenni al genitore non convivente.

rapporto con il padre, avevano sempre dichiarato di voler rimanere con la ex compagna della madre deceduta. La Corte EDU condanna la Finlandia per l’eccessivo peso dato alla loro opinione, ritenendo nel loro interesse primariamente il rapporto con il padre; 13 luglio 2000, n. 25735/94, *Elsholz c. Germania*: la condanna è anche in relazione ai mancati approfondimenti relativi alle cause della volontà negativa dei minori di voler incontrare il padre; *Piazzi c. Italia*, cit., e *Lombardo c. Italia*, cit.: il nostro Paese viene sanzionato per aver sottoposto il genitore rifiutato a una serie di inutili esperimenti accordando eccessivo peso alla volontà negativa del minorenni. Tutta la giurisprudenza successiva di condanne all’Italia è coerente.

⁴² Così, ad esempio, Corte europea dei diritti dell’uomo, *Plaza c. Polonia*, cit.: il padre era risultato aver posto comportamenti pregiudizievoli nei confronti della figlia minorenni rifiutante. Ricorda la Corte EDU nella *Guide*, cit.: “*where a 13 year-old girl had expressed her clear wish not to see her father, and had done so for several years, and where forcing her to see him would seriously disturb her emotional and psychological balance, the decision to refuse contact with the father can be taken to have been made in the interests of the child (Sommerfeld v. Germany [GC], 2003, §§ 64-65; Buscemi v. Italy, 1999, § 55)*”. Così anche nella sentenza 20 ottobre 2020, n. 41736/18, *Suur c. Estonia*, “*the Court found no breach of Article 8 where the domestic courts had fully considered the best interests of the child and had put forward relevant and sufficient reasons why – at that point in time – the child should not be forced to have contact with his biological father*”. Nella sentenza 17 aprile 2012, n. 805/09, *Pascal c. Romania*, emerge dall’esame del caso concreto un comportamento ostile del genitore rifiutato, la sua mancata collaborazione ai fini degli incontri, il suo sottrarsi a un percorso di sostegno alla genitorialità. Nella sentenza 21 giugno 2011, n. 2040/06, *Sbarnea c. Romania*, la bambina dai nove anni aveva rifiutato il padre e aveva poi sempre confermato. La Corte rileva come il padre avesse un comportamento rivendicativo e, scegliendo di agire in sede penale contro la madre invece che in sede civile, avesse scelto una strada incongrua e posto la figlia in una posizione traumatica, assoggettandola a una serie di accertamenti e colloqui.

I procedimenti relativi sono talvolta connessi con separazione, divorzio, affidamento e mantenimento di figli dei genitori non coniugati e relative modifiche ma, se questo è l'oggetto principale del procedimento, la situazione emersa e considerata riguarda sostanzialmente l'esercizio pregiudizievole della responsabilità genitoriale, per lo più del genitore convivente con il BBA.

Il paradigma è quello che si è riferito: poiché secondo la Corte di Strasburgo per genitori e figli vivere insieme o comunque una relazione intensa e stabile costituisce contenuto dei diritti sanciti dall'art. 8 della Convenzione di Roma, lo Stato ha obblighi positivi di tutelarla anche in caso di ostacoli frapposti dall'altro genitore. Le Autorità nazionali – intese nel loro complesso: giudici, servizi, operatori sanitari, forze dell'ordine, curatori e curatori speciali – devono in questo caso adottare ogni misura necessaria e concreta e ragionevolmente esigibile allo scopo di facilitare il riavvicinamento tra genitore rifiutato e figlio.

Tale obbligo non è soddisfatto dalla sola adozione da parte delle Autorità nazionali (giudici, servizi alla persona, altri organismi coinvolti) di misure automatiche e stereotipate che risultino inidonee ad evitare il consolidarsi di una situazione di separazione di fatto irreparabilmente pregiudizievole per la relazione figlio-genitore, generata talvolta anche dall'inosservanza delle decisioni giudiziarie da parte dei servizi alla persona coinvolti nel procedimento⁴³.

L'inutile decorso del tempo può avere infatti conseguenze irrimediabili sulle relazioni tra il figlio di età minore ed il genitore non convivente lasciando emergere e poi consolidare situazioni di rifiuto che divengono irreversibili con irreparabile pregiudizio dei diritti tutelati dall'art. 8 CEDU.

In questo quadro di principi si sono susseguite numerose sentenze: Corte europea dei diritti dell'uomo, 2 novembre 2010, n. 36168/09, *Piazzì c. Italia*; 29 gennaio 2013, n. 25704/11, *Lombardo c. Italia*; 17 novembre 2015, n. 35532/12, *Bondavalli c. Italia*; 23 giugno 2016, n. 53377/13, *Strumia c. Italia*; 4 maggio 2017, n. 66396/14, *Improta c. Italia*; 17 dicembre 2013, n. 51930/10, *Santilli c. Italia*; 15 settembre 2016, n. 43299/12, *Giorgioni c. Italia*; 23 marzo 2017, n. 71660/14, *Endrizzi c. Italia*; 5 dicembre 2019, n. 48322/17, *Luzi c. Italia*; 10 dicembre 2020, n. 36936/18, *A.V. c. Italia*; 22 aprile 2021, n. 41382/19, *R.B. e M. c. Italia*; 24 giugno 2021, n. 40910/19, *A.T. c. Italia*; 7 ottobre 2021, n. 29786/19, *T.M. c. Italia*.

⁴³ European Court of Human Rights, *Guide*, cit., par. 391: "The Court also found that in placing reliance on a series of automatic and stereotyped measures in order to secure the exercise of the father's contact rights in respect of his child, the domestic courts had not taken the appropriate measures to establish a meaningful relationship between the applicant and his child and to make the full exercise of his contact rights possible (*Giorgioni v. Italy*, 2016, §§ 75-77; *Macready v. the Czech Republic*, 2010, § 66; *Bondavalli v. Italy*, 2015, §§ 81-84)".

Nella sentenza 2 settembre 2023, n. 17791/22, *A. e altri c. Italia*, il ricorso alla Corte EDU è stato presentato dal curatore speciale dei minori oltre che dal padre, beneficiario di un programma di sicurezza, impedito nell'esercizio del suo diritto di relazione con i due figli.

La Corte ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 8 CEDU rilevando il difetto di diligenza nelle Autorità nazionali nell'organizzare le visite tra il padre e i suoi figli nonostante vi fossero provvedimenti in tal senso. Tali visite non furono organizzate per la perdurante opposizione materna e il parere negativo dei servizi sociali che avevano ritenuto che potessero essere negative per l'equilibrio psico-fisico dei bambini; tuttavia, nessun supporto psicologico era stato loro fornito per rafforzarli e facilitare la relazione con il padre che, peraltro, entrambi avevano richiesto.

Dalla lettura si rileva come la Corte EDU esamini il comportamento di entrambi i genitori sotto diverse prospettive, con molta attenzione al caso concreto. Ritiene che sussista violazione dell'art. 8 CEDU quando venga attribuito eccessivo peso all'opinione negativa sul rapporto con il genitore rifiutato espressa dal figlio in quanto emerge da altri elementi che il genitore convivente ne ha fortemente condizionato la volontà sovrapponendo la propria a quella del figlio, coartandolo, non ascoltando le sue esigenze ma sovrapponendo le proprie in modo disfunzionale al di lui superiore interesse, inibendo un rapporto che sarebbe stato invece positivo per il di lui sviluppo.

La Corte di Strasburgo al contrario ritiene che non sussista violazione dell'art. 8 CEDU quando il genitore rifiutato non sia stato lui stesso in grado di ascoltare le più profonde esigenze del figlio, sostanzialmente assumendosi un ruolo meramente rivendicativo della funzione genitoriale priva di contenuti di cura e attenzione alle reali esigenze del figlio, e, quindi, disfunzionale al suo superiore interesse.

Viene quindi valorizzata dalla Corte EDU la capacità di ascolto dei genitori delle esigenze dei figli di cui all'art. 315 *bis* cod. civ.

8. Il cammino di approfondimento della Corte EDU: l'ostacolo al libero accesso del figlio minorenne ad entrambi i genitori può costituire violenza e maltrattamento

Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, nell'incontro tenutosi l'8-9 marzo 2022, ha manifestato la propria preoccupazione per i procedimenti minorili, in particolare proprio per quelli che riguardano il rifiuto del figlio di

incontrare il genitore non convivente, ma anche la relazione nonni-nipoti e la rarefazione dei rapporti tra i genitori e i bambini in casa-famiglia.

Il Comitato dei Ministri, pur vedendo con soddisfazione la riforma Cartabia del processo e del giudice in questo settore⁴⁴, ha però ritenuto che debbano essere modificate le prassi dei Tribunali minorili e dei Servizi sociali⁴⁵.

La sentenza 19 ottobre 2023, n. 48618/22, A.S. e M.S. c. *Italia*, costituisce importante elemento di novità del percorso di approfondimento della giurisprudenza della Corte EDU in materia di accesso negato al genitore non convivente.

La fattispecie ripercorre gli elementi (purtroppo) noti di procedimenti civili e penali che si accavallano, in I e in II grado. L'Italia viene condannata ai sensi dell'art. 8 CEDU per violazione sia della vita familiare, sia della vita privata.

Nella prima prospettiva (violazione della vita familiare) in quanto le Autorità nazionali non hanno adottato, rapidamente, le misure idonee a mantenere un legame tra padre e figlio per circa sei anni.

Nella prospettiva della vita privata per non aver adottato le giurisdizioni interne, rapidamente, le misure idonee affinché il figlio minorenne fosse allontanato da un ambiente che gli provocava una grave sofferenza psicologica.

La Corte di Strasburgo, relativamente alla posizione del secondo ricorrente (il figlio), richiama – per quanto guarda la tutela dell'integrità morale dei minori – tra gli atti costitutivi di “violenza psicologica”⁴⁶, i “comportamenti che possono nuocere allo sviluppo e al benessere psicologici di un minore”.

La Corte qualifica esercizio abusivo della responsabilità genitoriale il comportamento del genitore che sottopone suo figlio a una manipolazione mentale allontanandolo dall'altro genitore con il quale aveva una relazione estremamente conflittuale, ed afferma che tale comportamento costituisce violenza psicologica nei confronti del BBA violando l'art. 8 CEDU sotto il profilo

⁴⁴ Riforma processuale (o riforma Cartabia): legge 26 novembre 2021, n. 206 (Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata, pubblicata in *GU* n. 292 del 9 dicembre 2021, pp.1-46; e d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata), pubblicato in *GU* n. 243, suppl. ord. n. 38, del 17 ottobre 2022, pp.1-108.

⁴⁵ CM/Notes/1428/H46-17 - 1428th meeting (DH) (8-9 March 2022) - H46-17 Terna group (Application No. 21052/18) and R.V. and Others (Application No. 37748/13) v. Italy, www.coe.int.

⁴⁶ Di cui all'Allegato 2 della raccomandazione (2009)10 del Comitato dei Ministri sulle strategie nazionali integrate di protezione dei minori contro la violenza.

della “vita privata”. Ritiene infine che tale violazione della “vita privata” del figlio minorenne – rilevata peraltro nella fattispecie da plurime autorità nel corso dei vari procedimenti – gli abbia arrecato un serio pregiudizio con importanti ripercussioni sulla sua percezione dei suoi rapporti con i genitori, nonché sulla sua salute mentale, sul suo benessere e sul suo sviluppo⁴⁷.

Né i ritardi nell’esecuzione dell’allontanamento dalla residenza materna sono giustificabili con la natura simbiotica della relazione tra la madre e il figlio e l’opposizione di quest’ultimo, inequivocabilmente influenzato dalla madre⁴⁸.

La Corte, facendo applicazione dei ricordati principi, rileva che le obiezioni di un minore alla sua relazione con un genitore non sono sufficienti a prevalere di per sé sull’interesse del genitore alla relazione con lui cui non si può riconoscere un diritto di veto. Debbono essere presi in considerazione vari fattori ricercando nel caso concreto quale sia l’interesse del minore.

La ritardata esecuzione del provvedimento di collocamento ha comportato che il padre non potesse esercitare il suo diritto di visita e che il bambino fosse lasciato, secondo vari rapporti, in uno stato di profondo malessere dovuto al fatto che viveva con la madre, e a causa dell’influenza negativa che esercitavano su di lui i suoi nonni materni.

La Corte conclude che le giurisdizioni interne hanno omesso per vari anni di adottare, rapidamente, le misure adeguate che ci si poteva ragionevolmente attendere dalle stesse ai fini della protezione dell’interesse legittimo che vi era, per entrambi i ricorrenti, padre e figlio, a mantenere un legame tra loro; considerata la grave sofferenza psicologica causata al figlio per non essere stato tempestivamente allontanato dal nocivo ambiente materno, ritiene sussistente nei suoi confronti violazione dell’art. 8 CEDU da parte delle Autorità nazionali sia sotto il profilo della vita familiare sia di quello della vita privata.

⁴⁷ Corte europea dei diritti dell’uomo, 19 ottobre 2023, n. 48618/22, A.S. e M.S. c. *Italia*, parr. 122-126.

⁴⁸ *Ibidem*, parr. 20, 23, 35 e 36.

DA MCP A GREISLZEL PER IL TRAMITE DI RZECZNIK PRAW DZIECKA E ALTRI. QUESTIONI INERENTI ALLA COMPETENZA E AL RITORNO NEI CASI DI SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORI

di Pierluigi Simone¹

Sommario: 1. Introduzione – 2. La portata territoriale e le condizioni di applicazione del regolamento (CE) n. 2201/2003 e del regolamento (UE) 2019/1111 in relazione al trasferimento illecito o al mancato ritorno di un minore – 3. L'imperativo di celerità della procedura di ritorno, tra ipotesi di sospensione della esecutorietà della relativa decisione e incompatibilità con il diritto dell'Unione europea – 4. La competenza giurisdizionale internazionale nella sottrazione di minori residenti in uno Stato membro dell'Unione europea e il procedimento di ritorno da uno Stato membro a uno Stato terzo – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Le cause di sottrazione di minori rientrano indubbiamente tra quelle più delicate che un magistrato possa essere chiamato a istruire o a decidere.

Sono inserite, infatti, in un contesto giuridico ed emotivo particolarmente gravoso, nel quale il reciproco rancore dei genitori e i sentimenti che essi provano nei confronti del figlio o dei figli vanno commisurati all'urgenza di garantire e di salvaguardare i diritti fondamentali degli uni e degli altri.

Queste tristi vicende, sempre impegnative e difficili, esprimono maggiore complessità laddove abbiano modo di manifestarsi all'interno di famiglie "transnazionali" (ossia di nuclei familiari i cui membri, anche se tenuti insieme da un unico vincolo, sono spazialmente collocati in una pluralità di territori statali), nonché di famiglie "miste" o "interculturali", con genitori appartenenti a nazionalità diverse che hanno mantenuto reti di parentela nel rispettivo Stato di provenienza².

¹ Ricercatore confermato di Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

Il presente contributo è stato sottoposto a procedura di *double-blind peer review*.

² La migrazione è un evento critico che si ripercuote sulle relazioni tra familiari di generazioni diverse, e può portare alla creazione sia di famiglie transnazionali, con genitori o figli che rimangono nello Stato di provenienza, sia di famiglie miste o interculturali, nelle quali i valori e le abitudini del luogo di origine possono scontrarsi con quelli dello Stato di arrivo. Cfr. in tema H. Goulbourne, T. Reynolds, J. Solomos, E. Zontini, *Transnational Families: Ethnicities, Identities and Social Capital*,

Si parla, al riguardo, di “sottrazione internazionale” quando un bambino, un fanciullo o un adolescente, abitualmente residente in un determinato Stato, è condotto in un altro Stato senza il consenso del genitore o comunque del titolare della responsabilità genitoriale.

Alla sottrazione è equiparato il “trattenimento” del minore in uno Stato diverso da quello di dimora principale, non autorizzato dal genitore o da altra persona affidataria³.

Il diritto internazionale prima, e il diritto dell’Unione europea più di recente, non hanno potuto non interessarsi a tali fenomeni.

La Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, aperta alla firma a L’Aia il 25 ottobre 1980 ed entrata in vigore il 1° dicembre 1983, è uno degli accordi finalizzati a dettare norme uniformi per risolvere le controversie derivanti dai trasferimenti illeciti⁴. Negoziata in seno alla Conferenza de L’Aia di diritto internazionale privato, utilizzata soprattutto per le istanze di rimpatrio e per quelle relative all’esercizio del diritto di visita, si applica a ogni soggetto infrasedicenne che abbia avuto la propria residenza abituale in uno Stato Parte nel periodo immediatamente antecedente alla violazione dei diritti di affidamento o di visita, essendo ininfluyente la nazionalità del minore e degli adulti coinvolti⁵.

London, Routledge, 2010; L. Baldassar, L. Merla (eds.), *Transnational Families, Migration and the Circulation of Care: Understanding Mobility and Absence in Family Life*, London, Routledge, 2013; C. Torrero, *Famiglia, culture e valori. Alla ricerca di radici comuni*, Torino, Effatà, 2017; G. Gasperoni, M. Albertini, D. Mantovani, *Fra genitori e figli: immigrazione, rapporti intergenerazionali e famiglie nell’Europa contemporanea*, Bologna, il Mulino, 2018; T. Lacroix, C. Audebert, E. Ma Mung, *La famille transnationale dans les recherches sur les migrations*, in C. Imbert, È Lelièvre, D. Lessault (sous la direction de), *La famille à distance. Mobilités, territoires et liens familiaux*, Paris, Ined, 2021, pp. 73-92; A. Christou, E. Kofman, *Gender and Migration*, Cham, Springer, 2022, pp. 57-76.

³ V. T. Buck, *International Child Law*, London-Sydney-Portland, Oregon, Cavendish, 2005, pp. 136-140.

⁴ Per i testi ufficiali in inglese e in francese della Convenzione de L’Aia del 1980 v. *United Nations Treaty Series*, 1343, New York, 1992, pp. 89-112, nonché il sito www.hcch.net. Una traduzione informale in lingua italiana si trova invece pubblicata in *GU* n. 23, suppl. ord. n. 16, del 29 gennaio 1994, pp. 35-51, in calce alla l. 15 gennaio 1994, n. 64, che l’ha ratificata ed eseguita in Italia.

⁵ Art. 4 della Convenzione de L’Aia del 1980. Su questa v. A.E. Anton, *The Hague Convention on International Child Abduction*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 3/1981, pp. 537-567; P.R. Beaumont, P.E. McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford, OUP, 1999; H. Kadiri Idoumghar, *Les enlèvements internationaux d’enfants 25 ans après la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l’enlèvement d’enfants*, Metz, Université Paul Verlaine, 2005; R. Schuz, *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2013; M. Salvatori, *La protezione dei minori oltre i confini internazionali: gli strumenti di diritto internazionale*, in A. Cagnazzo (a cura di), *La sottrazione internazionale di minori*, Bari, Cacucci, 2019, pp. 22-25; M. Freeman,

L'art. 3, comma 1, della Convenzione ritiene sanzionabili il trasferimento o il mancato rientro di un minore quando avvengono in violazione dei diritti di custodia assegnati a una persona, a una istituzione o a ogni altro ente, congiuntamente o individualmente, in virtù della legislazione dello Stato nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro⁶.

L'obiettivo principale della Convenzione de L'Aia del 1980, pertanto, è quello di assicurare la restituzione immediata del minore introdotto o trattenuto in uno Stato contro la volontà del genitore che esercita la potestà o a cui il minore è affidato.

Essa prescinde dall'esistenza di un titolo giuridico, avendo come scopo esclusivo la tutela dell'affidamento, quale situazione di mero fatto, da reintegrare con l'immediato rientro del minore nel proprio Stato di origine⁷. L'accertamento della "residenza abituale" (nozione non definita dalla Convenzione) va riservato all'apprezzamento del giudice di merito.

L'elemento determinante è dato dalla presenza duratura del minore sul territorio di uno Stato contraente, in un luogo nel quale sia posizionato, rinvenibile e riconoscibile il baricentro dei vincoli affettivi (non limitati a quelli parentali) del minore stesso, scaturiti dallo svolgersi della sua quotidiana vita di relazione, a nulla rilevando la residenza del nucleo familiare⁸.

Una autorità centrale, nominata da ogni Stato Parte, è incaricata di eseguire gli obblighi imposti dalla Convenzione. Nei rispettivi Stati, le autorità centrali cooperano reciprocamente e agiscono, direttamente o tramite qualsivoglia intermediario, a supporto del minore e della sua riconsegna⁹.

N. Taylor (eds.), *Research Handbook on International Child Abduction. The 1980 Hague Convention*, Cheltenham, Elgar Publishing, 2023.

⁶ A termini del comma 2 della medesima norma, "Il diritto di custodia [...] può in particolare derivare direttamente dalla legge, da una decisione giudiziaria o amministrativa, o da un accordo in vigore in base alla legislazione del predetto Stato". V. inoltre G. Magri, *Il criterio della violazione dei "rights of custody"*, in A. Cagnazzo (a cura di), *La sottrazione internazionale di minori*, cit., pp. 129-144.

⁷ Art. 1 della Convenzione de L'Aia del 1980.

⁸ V., ad esempio, quanto rilevato dalla giurisprudenza italiana: Cass. civ., sez. I, n. 397/2006; Cass. civ., sez. I, n. 16902/2006; Cass. civ., sez. I, n. 22507/2006; Cass. civ., sez. I, n. 3798/2008; Cass. civ., sez. I, n. 18614/2008; Cass. civ., sez. I, n. 14792/2014; Cass. civ., sez. I, n. 19320/2014; Cass. civ., sez. I, n. 19695/2014 [P.R. Beaumont, P.E. McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, cit., pp. 88-112; R. Schuz, *The Hague Child Abduction Convention*, cit., pp. 180-186; M.C. Baruffi, *La sottrazione internazionale tra Convenzione dell'Aja del 1980 e reg. n. 2201/2003*, in *Rivista AIAF*, 1/2015, pp. 22-23; M. Tirini, C. Grassi, *Il concetto della residenza abituale del minore*, in A. Cagnazzo (a cura di), *La sottrazione internazionale di minori*, cit., pp. 120-127].

⁹ Artt. 6 e 7 della Convenzione de L'Aia del 1980. Le autorità centrali curano quanto serve, ad esempio, per localizzare un minore illecitamente trasferito o trattenuto e impedirgli nuovi pericoli;

Anche l'ordinamento dell'Unione europea, nello sviluppare un *corpus* normativo sul diritto di famiglia, ha tenuto presenti le congiunture patologiche che portano al trasferimento o al trattenimento di un minore (considerato come persona di età inferiore ai diciotto anni) in uno Stato membro diverso da quello di residenza abituale: all'inizio, fino al 28 febbraio 2005, con il regolamento (CE) n. 1347/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi (c.d. regolamento Bruxelles II)¹⁰; poi, fino al 31 luglio 2022, con il regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000 (c.d. regolamento Bruxelles II-*bis*)¹¹; attualmente, con il regolamento (UE) 2019/1111 del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori, nel quale il regolamento (CE) n. 2201/2003 è stato rifiuto (c.d. regolamento Bruxelles II-*ter*)¹².

Il regolamento (CE) n. 2201/2003 e il regolamento (UE) 2019/1111 sono la "pietra angolare" della cooperazione giudiziaria legata alle tematiche familiari con implicazioni transnazionali¹³. Basati il primo sugli artt. 61, lett. c), e 67, par. 1, del Trattato istitutivo della Comunità europea (TCE), il secondo sull'art. 81, par.

per assicurare la consegna volontaria del minore, o agevolare una composizione amichevole; per scambiarsi reciprocamente, se utile, le informazioni riguardanti la situazione sociale del minore; per avviare o agevolare una procedura diretta a ottenere il rientro del minore in condizioni di sicurezza e, se del caso, consentire l'organizzazione o l'esercizio effettivo del diritto di visita; per concedere o agevolare l'assistenza giudiziaria e legale, ivi compresa la partecipazione di un avvocato.

¹⁰ In *GUCE* n. L160 del 30 giugno 2000, pp. 19-36. Il regolamento Bruxelles II riprendeva ampiamente il contenuto della Convenzione di Bruxelles del 28 maggio 1998, stabilita sulla base dell'art. K3 del Trattato sull'Unione europea, concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nelle cause matrimoniali.

¹¹ In *GUUE* n. L338 del 23 dicembre 2003, pp. 1-29.

¹² In *GUUE* n. L178 del 2 luglio 2019, pp. 1-115. La relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo concernente l'applicazione del regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, doc. COM(2014)225 def. del 15 aprile 2014, p. 18, aveva concluso che il regolamento Bruxelles II-*bis*, seppur funzionale e vantaggioso per i cittadini, richiedeva varie modifiche ed era perciò opportuno procedere alla sua riedizione.

¹³ Così si esprime la Commissione al par. 1 della relazione anteposta alla sua proposta di regolamento del Consiglio concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e la sottrazione internazionale di minori (rifusione), doc. COM (2016)411 def. del 30 giugno 2016, p. 2.

3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), disciplinano la competenza riguardante il divorzio, la separazione personale, l'annullamento del matrimonio e le controversie sulla responsabilità genitoriale che presentano un elemento internazionale, inclusa la sottrazione di minori¹⁴; facilitano la circolazione nell'Unione delle decisioni, degli atti pubblici e di taluni accordi, stabilendo disposizioni relative al loro riconoscimento e alla loro esecuzione in altri Stati membri¹⁵; chiariscono il diritto del minore capace di discernimento di essere ascoltato e di poter concretamente ed effettivamente esprimere la sua opinione (direttamente o tramite un rappresentante o un organismo appropriato, e in ottemperanza al diritto e alle procedure nazionali) nei procedimenti che lo riguardano (se l'audizione non sia ritenuta inopportuna in ragione dell'età o del grado di maturità)¹⁶.

Contribuiscono perciò a rafforzare la certezza giuridica e a incrementare la flessibilità, come pure a garantire un migliore accesso e una maggiore efficienza ai procedimenti giudiziari, nella consapevolezza di quanto sia vitale per l'Unione e per il suo mercato il corretto e buon funzionamento di uno spazio europeo di giustizia rispettoso dei diversi sistemi e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri¹⁷.

Ciascuno Stato membro designa una o più autorità centrali (di cui specifica le competenze territoriali e materiali) per essere assistito nell'applicazione sia del regolamento (CE) n. 2201/2003, sia del regolamento (UE) 2019/1111.

Le autorità centrali mettono a disposizione informazioni sull'ordinamento, sulle procedure e sui servizi disponibili a livello nazionale a proposito della responsabilità genitoriale, e adottano le misure appropriate volte a promuovere la cooperazione, ricorrendo anche alla Rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale istituita con la decisione 2001/470/CE del Consiglio, del 28 maggio 2001¹⁸. Sono incaricate, tra l'altro, operando sui singoli casi, di raccogliere e di scambiare informazioni sulla localizzazione del minore, sugli eventuali procedimenti in corso o sulle decisioni adottate relativamente al minore; di assistere coloro che chiedono il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni sul proprio territorio in merito al diritto di visita e al ritorno del minore; di facilitare la comunicazione con le autorità giurisdizionali in relazione soprattutto agli adempimenti connessi al ritorno del minore, al trasferimento della competenza a

¹⁴ Artt. 3-20 del regolamento (CE) n. 2201/2003; artt. 3-29 del regolamento (UE) 2019/1111.

¹⁵ Artt. 21-52 del regolamento (CE) n. 2201/2003; artt. 30-68 del regolamento (UE) 2019/1111.

¹⁶ Artt. 41, par. 2, comma 1, lett. c), e 42, par. 2, comma 1, lett. a), del regolamento (CE) n. 2201/2003; artt. 21 e 47, par. 3, lett. b), del regolamento (UE) 2019/1111.

¹⁷ V. il 2° e il 3° "considerando" del regolamento (UE) 2019/1111.

¹⁸ In *GUCE* n. L174 del 27 giugno 2001, pp. 25-31.

una autorità giurisdizionale di un altro Stato membro, all'adozione di provvedimenti cautelari e provvisori in genere¹⁹.

Nei rapporti tra gli Stati membri dell'Unione europea che ne sono Parte, il regolamento Bruxelles II-bis [art. 60, lett. e)] prevale sulla Convenzione de L'Aia del 1980 per le materie da questa non prese in considerazione; nei casi di trasferimento illegittimo o di mancato ritorno, recita il regolamento Bruxelles II-ter (art. 96), continuano ad applicarsi le disposizioni della Convenzione integrate da quelle dei Capi III e IV del regolamento medesimo, mentre per il riconoscimento e l'esecuzione in uno Stato membro di una decisione di ritorno resa in un altro Stato membro, si segue il Capo IV²⁰.

Il regolamento (CE) n. 2201/2003 e il regolamento (UE) 2019/1111, per quanto è qui di rilievo, completano e arricchiscono alcuni aspetti processuali "trascurati" dalla Convenzione de L'Aia del 1980, con la quale costituiscono un "insieme normativo indivisibile" applicabile alle procedure di rientro dei minori illecitamente trasferiti all'interno dell'Unione²¹. In linea di massima, prevedono regole molto rigide sull'affidamento e sul diritto di visita, volte a individuare la competenza di un unico giudice alla cui giurisdizione è possibile derogare in un numero estremamente ristretto di situazioni. In proposito, l'ipotesi alla quale i regolamenti dedicano abbondante spazio è proprio quella della sottrazione di minori, allo scopo di verificare se lo spostamento in uno Stato membro diverso da quello originario possa incidere sulla competenza, attribuendola al giudice dello Stato membro di trasferimento²².

Riguardo al riconoscimento e all'esecuzione di decisioni, di atti pubblici e di accordi resi in uno Stato membro dell'Unione europea (fondati sul principio della fiducia reciproca nell'amministrazione della giustizia, con i motivi di diniego del riconoscimento elencati tassativamente), viene inoltre contemplato un sistema veloce ed efficiente, quale mezzo ulteriore destinato a garantire e a facilitare il

¹⁹ Artt. 53-55 del regolamento (CE) n. 2201/2003; artt. 76-79 del regolamento (UE) 2019/1111.

²⁰ Cfr. il 17° "considerando" del regolamento (CE) n. 2201/2003 e il 22° "considerando" del regolamento (UE) 2019/1111. V. R. Schuz, *The Hague Child Abduction Convention*, cit., pp. 14-15; E. Bergamini, *Giurisdizione e riconoscimento delle sentenze di Stati terzi in materia familiare: i regolamenti 2201/2003 e 2019/1111*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 3-4/2021, pp. 410-414; N. Lowe, C. Honorati, M. Hellner, *Brussels II-ter: Cross-border Marriage Dissolution, Parental Responsibility Disputes and Child Abduction in the EU*, Cambridge-Antwerp-Chicago, Intersentia, 2024, pp. 29-41.

²¹ Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, 14 ottobre 2014, parere 1/13 sull'Adesione di Stati terzi alla Convenzione de L'Aia, punto 78.

²² M.C. Baruffi, *La sottrazione internazionale tra Convenzione dell'Aja del 1980 e reg. n. 2201/2003*, cit., p. 27.

ritorno del minore nel suo Stato di residenza²³.

La Corte di giustizia dell'Unione europea, incaricata di assicurare “[...] il rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione dei Trattati” [art. 19, par. 1, comma 1, del Trattato sull’Unione europea (TUE)], si è occupata più volte della sottrazione internazionale di minori, e ha valutato sia il regolamento Bruxelles II-*bis*, sia il regolamento Bruxelles II-*ter*, sia ancora la Convenzione de L’Aia del 1980 in connessione all’uno e all’altro²⁴.

Prendendo ispirazione dalle pronunce MCP, *Rzecznik Praw Dziecka e altri*, e *Greislzel*, emanate nel 2021, nel 2023 e nel 2024, il presente contributo espone i punti chiave del ragionamento che ha portato la Corte a prendere posizione, nei casi suddetti, su eccezioni attinenti alla competenza delle autorità giurisdizionali degli Stati membri in ambiti che collegano gli Stati membri a Stati terzi, e alla esecuzione delle decisioni di ritorno, per poterne trarre, infine, delle deduzioni conclusive.

2. La portata territoriale e le condizioni di applicazione del regolamento (CE) n. 2201/2003 e del regolamento (UE) 2019/1111 in relazione al trasferimento illecito o al mancato ritorno di un minore

Nota per avere avuto a oggetto l’ultima domanda di pronuncia pregiudiziale proposta, ai sensi dell’art. 267 TFUE, nel settore del diritto di famiglia prima che si perfezionasse la Brexit²⁵, la sentenza MCP del 24 marzo 2021 si concentra sui

²³ M.C. Baruffi, *La sottrazione internazionale tra Convenzione dell’Aja del 1980 e reg. n. 2201/2003*, cit., p. 27. L’Autrice osserva anzi come la disciplina sul riconoscimento e sull’esecuzione delle decisioni rappresenti una significativa novità, “[...] soprattutto per quanto riguarda la decisione di ritorno, dopo che sia stata emanata una decisione di non ritorno, beneficiando del regime di abolizione dell’*exequatur*”. V. anche C. Honorati, *La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II-bis: più tutela per i minori e più efficacia nell’esecuzione delle decisioni*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2/2017, pp. 262-294; A. Figone, *Il regolamento (UE) 2019/1111*, in *Rivista AIAF*, 4/2022, pp. 289-300.

²⁴ Per una ricognizione complessiva sul punto v. da ultima C. Honorati, *The Court of Justice of the European Union and International Abduction of Children*, in M. Freeman, N. Taylor (eds.), *Research Handbook on International Child Abduction*, cit., pp. 163-178.

²⁵ Secondo l’art. 86, par. 2, dell’Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall’Unione europea e dalla Comunità europea dell’energia atomica, firmato a Bruxelles e a Londra il 24 gennaio 2020, “La Corte di giustizia dell’Unione europea resta competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sulle domande presentate dai giudici del Regno Unito prima della fine del periodo di transizione”.

rapporti tra le fonti interne al sistema dell'Unione e i trattati internazionali²⁶.

La Corte di giustizia (Quinta Sezione), disattendendo *in toto* le conclusioni cui era pervenuto l'avvocato generale Athanasios Rantos²⁷, ha dichiarato che

*“L'articolo 10 del regolamento (CE) n. 2201/2003 [...] deve essere interpretato nel senso che esso non si applica al caso in cui venga accertato che un minore ha acquisito, alla data di presentazione della domanda relativa alla responsabilità genitoriale, la residenza abituale in uno Stato terzo a seguito di una sottrazione verso tale Stato. In un caso del genere, la competenza del giudice adito dovrà essere determinata in conformità alle convenzioni internazionali applicabili, oppure, in assenza di una siffatta convenzione internazionale, in conformità all'articolo 14 di tale regolamento”*²⁸.

La fattispecie ha riguardato la minore P, nata nel 2017, cittadina britannica residente abituale nel Regno Unito, figlia di due cittadini indiani (titolari di un permesso di soggiorno nel Regno Unito) i quali, seppur non coniugati tra loro, esercitavano congiuntamente la responsabilità genitoriale nei suoi confronti.

In seguito ad asseriti maltrattamenti, mancandole qualunque aiuto e nel completo disinteresse del padre per la figlia, la madre era fuggita in India con la bambina dal novembre 2017 al marzo 2018 e poi di nuovo, a causa di ulteriori violenze, dall'ottobre 2018 all'aprile 2019. Dopo essere stata ricondotta temporaneamente nel Regno Unito per un periodo inferiore a due settimane (perché la legislazione indiana sull'immigrazione non la autorizzava a restare in India per più di 180 giorni), P veniva riportata in India nell'aprile 2019.

Da allora rimaneva lì continuativamente, insieme alla nonna materna, e acquisiva la residenza abituale in quello Stato. La madre, tornata da sola a vivere

²⁶ Corte di giustizia dell'Unione europea, 24 marzo 2021, causa C-603/20 PPU, SS c. MCP, ECLI:EU:C:2021:231. Su tale pronuncia si rinvia a M.C. Baruffi, *La sottrazione internazionale di minori: il difficile rapporto tra il regolamento Bruxelles II-bis e la Convenzione dell'Aja del 1996*, in *Eurojus*, 3/2021, pp. 27-37; E. Bergamini, *Giurisdizione e riconoscimento delle sentenze di Stati terzi in materia familiare*, cit., pp. 418-421; V. Égea, *Enlèvement international vers un État-tiers: primat de la Convention de La Haye sur le Règlement Bruxelles II bis*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 4/2021, pp. 924-925; M. González Marimón, *Competencia judicial internacional ante un caso de sustracción internacional de menores de un estado miembro de la UE a un estado tercero: la STJUE de 24 de marzo de 2021*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 55/2021, pp. 229-244; L. Idot, *Règlement Bruxelles II bis-Enlèvement international d'enfant vers un pays tiers*, in *Europe*, 5/2021, comm. 196; N. Lowe, *The Application of Art. 10 of Brussels II-bis to Children Abducted Out of the EU: The Last UK Reference to Family Law?*, in *European Papers*, 1/2021, pp. 219-228; E. Gallant, *Inapplicabilité de l'article 10 du règlement Bruxelles II bis en cas d'acquisition d'une résidence habituelle dans un État tiers*, in *Revue critique de droit international privé*, 1/2023, pp. 127-134.

²⁷ Conclusioni presentate dall'avvocato generale Athanasios Rantos il 23 febbraio 2021, causa C-603/20 PPU, SS c. MCP, ECLI:EU:C:2021:126.

²⁸ Corte di giustizia dell'Unione europea, 24 marzo 2021, MCP, cit., punto 64.

nel Regno Unito, si era rivolta al Tribunale per le cause in materia di diritto di famiglia di Chelmsford (*Family Court at Chelmsford*) allo scopo di ottenere una “autorizzazione al cambio di giurisdizione sulla minore (*‘permission to change jurisdiction of the child’*)”. Il padre della bambina (che nel frattempo si era sposato con un’altra donna e aveva procreato un altro figlio), ricorreva invece all’Alta Corte di giustizia (Inghilterra e Galles), divisione del diritto di famiglia [*High Court of Justice, (England & Wales), Family Division*], giudice del rinvio, chiedendo segnatamente il ritorno della propria figlia P nel Regno Unito e il diritto di visita²⁹.

Dovendosi esprimere sulla possibilità di applicare il regolamento (CE) n. 2201/2003 unicamente ai rapporti giuridici tra Stati membri dell’Unione europea ovvero anche a quelli tra Stati membri e Stati terzi, e dunque sulla ipotesi che le autorità giurisdizionali dello Stato membro nel quale un minore abbia avuto la residenza abituale subito prima della sottrazione conservino la loro competenza senza limiti di tempo, l’avvocato generale e la Corte di giustizia sono giunti a risultati diametralmente opposti³⁰.

La loro interpretazione ha toccato l’art. 10 del regolamento (CE) n. 2201/2003 [equivalente adesso all’art. 9 del regolamento (UE) 2019/1111] e gli strumenti internazionali rilevanti.

L’art. 10 si occupa della competenza nei casi di trasferimento illecito o di mancato ritorno di un minore. L’autorità giurisdizionale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento o del mancato ritorno detiene e conserva tale competenza fino al momento in cui il minore non abbia acquisito la residenza abituale in un altro Stato membro e qualora ricorra una delle due condizioni alternative enunciate: se la persona, l’istituzione o l’altro ente titolare del diritto di affidamento ha accettato il trasferimento o il mancato ritorno; o se il minore ha soggiornato nell’altro Stato membro, integrandosi nel nuovo ambiente, per almeno un anno da quando chi è titolare del diritto di affidamento ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza del luogo in cui il minore stesso si trovava³¹. L’art. 10, inoltre, è *lex specialis* rispetto alla norma generale sancita dall’art. 8, par. 1, del regolamento (CE) n. 2201/2003, ai sensi del quale i giudici di uno Stato membro dell’Unione sono competenti in

²⁹ Cfr. Corte di giustizia dell’Unione europea, 24 marzo 2021, *MCP*, cit., punti 19-25. V. inoltre le conclusioni dell’avvocato generale Rantos del 23 febbraio 2021, *MCP*, cit., punti 19-24.

³⁰ Corte di giustizia dell’Unione europea, 24 marzo 2021, *MCP*, cit., punto 64; conclusioni dell’avvocato generale Rantos del 23 febbraio 2021, *MCP*, cit., punto 96.

³¹ In quest’ultima eventualità, deve essere soddisfatta almeno una delle condizioni indicate, rispettivamente, dall’art. 10, lett. b), i)-iv), del regolamento (CE) n. 2201/2003, e dall’art. 9, lett. b), i)-v), del regolamento (UE) 2019/1111. Cfr. R. Molè, *Il regolamento CE n. 2201/2003 (Bruxelles II bis): i criteri di riparto della giurisdizione e la disciplina della sottrazione internazionale dei minori*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 4/2012, pp. 366-375. V. altresì *infra*, par. 4.

materia di responsabilità genitoriale nei confronti di un minore se questi risiede abitualmente in tale Stato membro nel momento in cui il giudice viene adito.

Lo stesso è a dirsi per l'art. 9 del regolamento (UE) 2019/1111 rispetto all'art. 7, par. 1, del medesimo provvedimento.

Come l'art. 8, par. 1, si applica “[...] fatte salve le disposizioni degli articoli 9, 10 e 12” del regolamento Bruxelles II-*bis*, così l'art. 7, par. 1, si applica “[...] fatti salvi gli articoli da 8 a 10” del regolamento Bruxelles II-*ter*³².

In conformità a una giurisprudenza costante, sia l'avvocato generale, sia la Corte hanno tenuto conto, nella loro disamina, del tenore letterale dell'art. 10, del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui fa parte³³. Anche la genesi storica della disposizione ha rivelato elementi utili³⁴.

L'avvocato generale Rantos ha respinto l'approccio ermeneutico che considera l'art. 10 del regolamento (CE) n. 2201/2003 applicabile solo nel caso in cui la sottrazione del minore avvenga verso un altro Stato membro dell'Unione europea. In quanto norma speciale, prevalente sull'art. 8, par. 1, in caso di sottrazione internazionale di minori, l'art. 10 reca ai suoi occhi “due parti ben distinte”, ciascuna sottoposta a una disciplina differenziata. Così, il trasferimento del minore in uno Stato membro dell'Unione potrebbe dare luogo alla *translatio iudicii* verso il giudice di un altro Stato membro, grazie al mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie dovuto al principio della fiducia reciproca.

Il trasferimento del minore in uno Stato terzo, non vincolato alla cooperazione giudiziaria in materia civile di cui all'art. 81 TFUE, impedirebbe invece lo spostamento della competenza sulle autorità giurisdizionali dello Stato terzo, realizzandosi bensì una *perpetuatio fori*, senza scadenze temporali, in capo alle autorità giurisdizionali dello Stato membro nel quale il minore risiedeva

³² Art. 8, par. 2, del regolamento (CE) n. 2201/2003; art. 7, par. 2, del regolamento (UE) 2019/1111.

³³ V. Corte di giustizia delle Comunità europee, 17 novembre 1983, causa 292/82, *Firma E. Merck*, punto 12, nonché Corte di giustizia dell'Unione europea, 4 maggio 2010, causa C-533/08, *TNT Express Nederland BV*, punto 44; 20 novembre 2014, causa C-40/14, *Utopia SARL*, punto 27; 21 maggio 2015, causa C-65/14, *Rosselle*, punto 43; 2 settembre 2015, causa C-127/14, *Surmačs*, punto 28; 17 marzo 2016, causa C-99/15, *Liffers*, punto 14; 18 gennaio 2017, causa C-427/15, *NEW WAVE CZ a.s.*, punto 19; 6 ottobre 2020, causa C-181/19, *Jobcenter Krefeld-Widerspruchsstelle*, punto 61; 28 ottobre 2022, causa C-435/22 PPU, *Generalstaatsanwaltschaft München*, punto 67.

³⁴ V. Corte di giustizia dell'Unione europea, 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, punto 135; 3 ottobre 2013, causa C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami e altri*, punto 50; 1° luglio 2015, causa C-461/13, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, punto 30; 18 maggio 2017, causa C-617/15, *Hummel Holding A/S*, punto 22; 20 dicembre 2017, cause riunite C-397/16 e C-435/16, *Acacia Srl e D'Amato*, punto 31.

abituale prima di essere sottratto e trasferito verso lo Stato terzo³⁵.

Alla luce della formulazione dell'art. 10, non sussisterebbe pertanto nessuna "lacuna giuridica" per la situazione in cui un minore sia oggetto di trasferimento illecito o di mancato rientro in relazione a uno Stato terzo: poiché la sottrazione non si verifica verso uno Stato membro, "[...] sono *sempre* le autorità giurisdizionali dello Stato membro d'origine a essere competenti a pronunciarsi sulla responsabilità genitoriale nei confronti di tale minore"³⁶.

La Corte di giustizia, all'opposto, ha sottolineato come la norma, soggetta a interpretazione restrittiva, sia costituita "[...] da una sola frase, cosicché già dalla sua struttura emerge che ess[a] forma un tutto inscindibile".

I criteri adottati, non utilizzando mai le espressioni "Stato" o "Stato terzo", e non considerando l'eventualità di una residenza acquisita al di fuori dell'Unione, evocano situazioni circoscritte al territorio degli Stati membri dell'Unione; il passaggio di competenza, perciò, quando si realizza, avviene in via esclusiva tra autorità di Stati membri dell'Unione³⁷. Inoltre, le disposizioni di carattere generale (la Corte lo aveva precisato nella sentenza 17 ottobre 2018, *UD*, in riferimento all'art. 8, par. 1) non sono subordinate all'esistenza di un rapporto giuridico transfrontaliero interno all'Unione europea, mentre dalla formulazione dell'art. 10 deriva necessariamente che la relativa applicazione dipenda da un potenziale conflitto di competenza tra giudici di più Stati membri³⁸.

L'intenzione delle clausole di competenza speciale sopra menzionate, cioè dell'art. 10 del regolamento (CE) n. 2201/2003 e dell'art. 9 del regolamento (UE) 2019/1111, è evidente già dalla relazione allegata alla proposta di regolamento Bruxelles II-bis, ed è quella di neutralizzare in qualche modo l'effetto che l'applicazione delle norme di competenza generale comporterebbe in caso di sottrazione di minore, ossia il trasferimento della competenza verso lo Stato membro nel quale il minore avesse acquisito una nuova residenza abituale a seguito della sua sottrazione, nonché di scongiurare il vantaggio procedurale che

³⁵ Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Rantos del 23 febbraio 2021, *MCP*, cit., punti 53-55 e 61-63. V. altresì M.C. Baruffi, *La sottrazione internazionale di minori*, cit., pp. 34-35; E. Bergamini, *Giurisdizione e riconoscimento delle sentenze di Stati terzi in materia familiare*, cit., p. 420.

³⁶ Conclusioni dell'avvocato generale Rantos del 23 febbraio 2021, *MCP*, cit., punto 56.

³⁷ V. Corte di giustizia dell'Unione europea, 24 marzo 2021, *MCP*, cit., punti 40 e 42, nonché M.C. Baruffi, *La sottrazione internazionale di minori*, cit., pp. 30 e 35; V. Égea, *Enlèvement international vers un État tiers*, cit., p. 925; N. Lowe, *The Application of Art. 10 of Brussels II-bis to Children Abducted Out of the EU*, cit., pp. 222-223; E. Gallant, *Inapplicabilité de l'article 10 du règlement Bruxelles II bis en cas d'acquisition d'une résidence habituelle dans un État tiers*, cit., pp. 129-130.

³⁸ Corte di giustizia dell'Unione europea, 17 ottobre 2018, causa C-393/18 PPU, *UD* c. XB, ECLI:EU:C:2018:835, punti 32 e 33.

un cambio di competenza rischierebbe di procurare all'autore dell'atto illecito³⁹. Né l'art. 8, par. 1, del regolamento (CE) n. 2201/2003, né l'art. 7, par. 1, del regolamento (UE) 2019/1111 sono utilizzabili laddove manchi la residenza abituale nel territorio di uno Stato membro dell'Unione; in occasioni analoghe, l'art. 10 e l'art. 9 perdono ugualmente (e con motivi maggiormente validi) la loro "raison d'être"⁴⁰.

Se il legislatore dell'Unione europea ha voluto istituire una normativa chiara e rigorosa per le sottrazioni di minori all'interno dell'Unione stessa ma non ha inteso sottoporre a tale normativa le sottrazioni di minori verso uno Stato terzo, queste ultime devono essere necessariamente disciplinate (in un'ottica di coesistenza, di coerenza e di integrazione con l'ordinamento dell'Unione) dal diritto internazionale pattizio.

Rilevano, in particolare, la Convenzione de L'Aia del 1980, precedentemente citata, di cui sono Parte tutti gli Stati membri dell'Unione europea⁴¹; e la Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, fatta a L'Aia il 19 ottobre 1996, entrata in vigore il 1° gennaio 2002, pure essa elaborata dalla Conferenza de L'Aia di diritto internazionale privato e rispetto alla quale ogni Stato membro dell'Unione (su autorizzazione della preesistente Comunità europea) ha parimenti prodotto il proprio strumento di ratifica o di adesione⁴².

³⁹ Par. 3 della proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000 e che modifica il regolamento (CE) n. 44/2001 relativamente alle obbligazioni alimentari, doc. COM(2002)222 def./2 del 3 maggio 2002, p. 12. Cfr. M.C. Baruffi, *La sottrazione internazionale di minori*, cit., p. 30; E. Bergamini, *Giurisdizione e riconoscimento delle sentenze di Stati terzi in materia familiare*, cit., p. 420; V. Égea, *Enlèvement international vers un État-tiers*, cit., p. 925; N. Lowe, *The Application of Art. 10 of Brussels II-bis to Children Abducted Out of the EU*, cit., p. 222; E. Gallant, *Inapplicabilité de l'article 10 du règlement Bruxelles II bis en cas d'acquisition d'une résidence habituelle dans un État tiers*, cit., p. 129; N. Lowe, C. Honorati, M. Hellner, *Brussels II-ter*, cit., pp. 124-125. V. altresì Corte di giustizia delle Comunità europee, 11 luglio 2008, causa C-195/08 PPU, *Rinau*, punto 52, e inoltre Corte di giustizia dell'Unione europea, 1° luglio 2010, causa C-211/10 PPU, *Povse*, punto 43; 13 luglio 2023, causa C-87/22, *TT*, punto 36.

⁴⁰ Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, 24 marzo 2021, *MCP*, cit., punti 43-46, nonché M.C. Baruffi, *La sottrazione internazionale di minori*, cit., p. 30; N. Lowe, *The Application of Art. 10 of Brussels II-bis to Children Abducted Out of the EU*, cit., p. 222; E. Gallant, *Inapplicabilité de l'article 10 du règlement Bruxelles II bis en cas d'acquisition d'une résidence habituelle dans un État tiers*, cit., p. 130; N. Lowe, C. Honorati, M. Hellner, *Brussels II-ter*, cit., pp. 111-114.

⁴¹ La stessa Unione europea non è Parte di tale Convenzione poiché questa, a termini dei suoi artt. 37, comma 1, e 38, comma 1, non autorizza l'adesione di organizzazioni internazionali.

⁴² Sulla Convenzione de L'Aia del 1996 v. *United Nations Treaty Series*, 2204, New York, 2004, pp. 95-141, e il sito www.hcch.net (quanto ai testi ufficiali inglese e francese); nonché GU n. 157 del 9 luglio

Al ricorrere di determinate condizioni (connesse all'acquiescenza o alla passività del titolare del diritto di affidamento), la Convenzione de L'Aia del 1996 prevede (al pari dell'art. 10 del regolamento Bruxelles II-*bis* e dell'art. 9 del regolamento Bruxelles II-*ter*) il trasferimento di competenza ai giudici dello Stato della nuova residenza abituale del minore⁴³.

Allo stesso modo, l'art. 97 del regolamento (UE) 2019/1111, nel confermare, al par. 1, quello che già diceva l'art. 61 del regolamento (CE) n. 2201/2003, ovvero che il regolamento solitamente prevale sulla Convenzione de L'Aia del 1996 laddove il minore abbia la residenza in uno Stato membro dell'Unione⁴⁴, inserisce al par. 2 alcune eccezioni a tale principio, innovando l'art. 61 e stabilendo in particolare che

“a) se le parti hanno convenuto la competenza di un'autorità giurisdizionale di uno Stato parte della convenzione dell'Aia del 1996 in cui non si applica il presente regolamento, si applica l'articolo 10 di tale convenzione;

b) in relazione al trasferimento di competenza tra un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro e un'autorità giurisdizionale di uno Stato parte della convenzione dell'Aia del 1996 in cui non si applica il presente regolamento, si applicano gli articoli 8 e 9 di tale convenzione;

2015, pp. 27-37 (quanto al testo italiano, allegato alla l. 18 giugno 2015, n. 101). Cfr. P.E. Nygh, *The Hague Convention on the Protection of Children*, in *Netherlands International Law Review*, 1/1998, pp. 1-28; N.V. Lowe, *The 1996 Hague Convention on the Protection of Children. A Fresh Appraisal*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2/2002, pp. 191-206; N.V. Lowe, M. Nicholls, *The 1996 Hague Convention on the Protection of Children*, Bristol, Jordan Publishing, 2012; P. Lortie, *La Convention de La Haye de 1996*, in D. Attias, L. Khaïat (par le soin de), *Les enfants non accompagnés: l'état du droit et des bonnes pratiques en France et en Europe*, Paris, Legis Comparée, 2017, pp. 45-71; M. Salvatori, *La protezione dei minori oltre i confini internazionali*, cit., pp. 25-29. Nella relazione della Commissione del Parlamento europeo per le libertà e i diritti dei cittadini, la giustizia e gli affari interni (LIBE) sulla proposta di regolamento del Consiglio relativa alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000 e che modifica il regolamento (CE) n. 44/2001 relativamente alle obbligazioni alimentari, doc. A5-0385/2002 del 7 novembre 2002, si fa riferimento alla capacità del futuro regolamento Bruxelles II-*bis* di creare “[...] un sistema più integrato nell'ambito dell'Unione europea [che] assieme alle Convenzioni dell'Aia del 1980 e del 1996 [potesse] operare in ambito internazionale [...]”, in quanto “[...] molti, se non la maggior parte, dei problemi concernenti le sottrazioni di minori e diritti di visita sorgono in relazione a paesi non comunitari”.

⁴³ Art. 7, comma 1, della Convenzione de L'Aia del 1996.

⁴⁴ L'art. 61 del regolamento (CE) n. 2201/2003 stabiliva, anch'esso come l'art. 97, par. 1, del regolamento (UE) 2019/1111, la prevalenza del regolamento sulla Convenzione de L'Aia del 1996 in due ipotesi: “a) se il minore in questione ha la sua residenza abituale nel territorio di uno Stato membro; b) per quanto riguarda il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione emessa dal giudice competente di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro, anche se il minore risiede abitualmente nel territorio di uno Stato non membro che è parte contraente di detta convenzione”.

*c) se dinanzi a un'autorità giurisdizionale di uno Stato parte della convenzione dell'Aia del 1996 in cui non si applica il presente regolamento è pendente un procedimento in materia di responsabilità genitoriale nel momento in cui l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro è investita di un procedimento riguardante lo stesso minore e il medesimo oggetto, si applica l'articolo 13 di tale convenzione"*⁴⁵.

Gli artt. 8-10 e 13 della Convenzione de L'Aia del 1996, quali norme di conflitto, integrano pertanto le norme generali sulla giurisdizione del regolamento (UE) 2019/1111 e permettono di devolvere la competenza ai giudici di Stati terzi che si reputi siano meglio in grado di valutare, in un caso specifico, l'interesse superiore del minore⁴⁶.

L'avvocato generale ha liquidato assai sbrigativamente questo punto, ritenendo di non dover approfondire come si conciliano nei dettagli il regolamento Bruxelles II-bis e la Convenzione de L'Aia del 1996, dal momento che l'India non è Parte della Convenzione medesima⁴⁷.

La Corte di giustizia, al contrario, ha insistito molto sul ruolo del diritto internazionale, e ha chiarito che la possibilità offerta dalla Convenzione de L'Aia del 1996 sarebbe definitivamente esclusa se, in forza dell'art. 10 del regolamento Bruxelles II-bis (e dell'art. 9 del regolamento Bruxelles II-ter), i giudici di uno Stato membro dell'Unione europea dovessero conservare, senza limiti nel tempo, la loro competenza. Ne deriverebbe un singolare paradosso: le disposizioni della Convenzione de L'Aia del 1996, nel caso di una sottrazione di minore verso uno Stato terzo che è Parte contraente della Convenzione stessa, sarebbero private di effetto, tradendo altresì la logica della Convenzione de L'Aia del 1980; gli Stati membri dell'Unione (che, lo si diceva poc'anzi, hanno tutti ratificato la, o aderito alla, Convenzione de L'Aia del 1996) si vedrebbero costretti ad agire, a termini del diritto dell'Unione europea, in violazione degli obblighi internazionali da essi assunti⁴⁸.

⁴⁵ Cfr. E. Bergamini, *Giurisdizione e riconoscimento delle sentenze di Stati terzi in materia familiare*, cit., pp. 413-415; M. Tirini, *Convenzione dell'Aja 1996: norme di conflitto in materia di responsabilità genitoriale e misure di protezione del minore*, in *Rivista AIAF*, 4/2022, p. 323.

⁴⁶ Ciò accade per i motivi elencati dall'art. 8, par. 2, della Convenzione de L'Aia del 1996: il minore è cittadino dello Stato terzo; nel territorio di questo si trovano i suoi beni; un'autorità dello Stato terzo è chiamata a conoscere un'istanza di divorzio, di separazione legale o di annullamento del matrimonio dei genitori del minore; con lo Stato terzo il minore presenta uno stretto legame. V. E. Bergamini, *Giurisdizione e riconoscimento delle sentenze di Stati terzi in materia familiare*, cit., pp. 414-415; N. Lowe, C. Honorati, M. Hellner, *Brussels II-ter*, cit., pp. 111-112.

⁴⁷ Conclusioni dell'avvocato generale Rantos del 23 febbraio 2021, MCP, cit., punto 85.

⁴⁸ Il mantenimento di competenza contrasterebbe anche con l'art. 52, par. 3, della Convenzione de L'Aia del 1996, il quale afferma che gli accordi conclusi da uno o più Stati Parte su materie regolamentate dalla Convenzione medesima [possono essere ritenuti tali sia il regolamento (CE) n.

A parere della Corte, la conservazione di una competenza illimitata nel tempo non è, infine, conforme a uno degli obiettivi prioritari perseguiti dai regolamenti Bruxelles II-bis e Bruxelles II-ter, ossia rispondere all'interesse superiore del minore, enunciato tra l'altro dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989⁴⁹.

Va privilegiato, a tal fine, il criterio di vicinanza (o "di prossimità"), secondo il quale il giudice geograficamente vicino alla residenza abituale del minore si trova nella situazione più adatta a valutare i provvedimenti da disporre in favore di costui e non gli può dunque essere impedito di conoscere le domande concernenti le misure che occorre adottare⁵⁰. Per evitare che una interpretazione errata dell'art. 10 del regolamento (CE) n. 2201/2003 [o dell'art. 9 del regolamento (UE) 2019/1111] porti a travisare anche la logica del meccanismo di ritorno o di non ritorno immediato stabilito dalla Convenzione de L'Aia del 1980⁵¹, l'autorità

2201/2003, sia il regolamento (UE) 2019/1111] "[...] non interferiscono con l'applicazione delle disposizioni della presente convenzione, nell'ambito dei rapporti di tali Stati con gli altri Stati contraenti". Cfr. M.C. Baruffi, *La sottrazione internazionale di minori*, cit., p. 32; E. Bergamini, *Giurisdizione e riconoscimento delle sentenze di Stati terzi in materia familiare*, cit., p. 420; V. Égea, *Enlèvement international vers un État-tiers*, cit., p. 925; N. Lowe, *The Application of Art. 10 of Brussels II-bis to Children Abducted Out of the EU*, cit., p. 224; E. Gallant, *Inapplicabilité de l'article 10 du règlement Bruxelles II bis en cas d'acquisition d'une résidence habituelle dans un État tiers*, cit., p. 131.

⁴⁹ Il testo completo in lingua inglese della Convenzione di New York del 1989 può essere letto su *United Nations Treaty Series*, 1577, New York, 1999, pp. 3-177, e sul sito www.ohchr.org. In argomento v. S. Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague-Boston-London, M. Nijhoff Publishers, 1999, pp. 85-99; J. Eekelaar, J. Tobin, *The Best Interest of the Child*, in J. Tobin (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child. A Commentary*, Oxford, OUP, 2019, pp. 73-107. Cfr. altresì il 33° "considerando" del regolamento (CE) n. 2201/2003 e il 19° "considerando" del regolamento (UE) 2019/1111.

⁵⁰ V. il 12° "considerando" del regolamento (CE) n. 2201/2003 e il 20° "considerando" del regolamento (UE) 2019/1111. Cfr. in merito Corte di giustizia dell'Unione europea, 23 dicembre 2009, causa C-403/09 PPU, *Detiček*, punto 36; 15 luglio 2010, causa C-256/09, *Purrucker*, punto 91; 15 febbraio 2017, causa C-499/15, *W e V*, punto 51; 17 ottobre 2018, *UD*, cit., punto 48; 14 luglio 2022, causa C-572/21, *CC*, punto 27, nonché P.R. Beaumont, P.E. McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, cit., pp. 29-31; S. Veronesi, *Il criterio dei "best interests of the child"*, in A. Cagnazzo (a cura di), *La sottrazione internazionale di minori*, cit., pp. 145-162; C.E. Tuo, *Superiore interesse del minore e regolamenti UE di diritto internazionale privato della famiglia*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 3/2020, pp. 676-686; M.C. Baruffi, *La sottrazione internazionale di minori*, cit., pp. 32-33.

⁵¹ Sul punto, osserva correttamente la Corte che "[...] qualora, in conformità all'articolo 16 di tale convenzione, sia dimostrato che le condizioni di detta convenzione per un ritorno del minore non sono soddisfatte, oppure qualora sia decorso un periodo di tempo ragionevole senza che sia stata presentata un'istanza di applicazione di questa stessa convenzione, le autorità dello Stato nel quale il minore è stato trasferito o è trattenuto divengono le autorità della residenza abituale del minore e, in quanto autorità giurisdizionali geograficamente più vicine a tale residenza abituale, dovrebbero

giurisdizionale di uno Stato membro investita di un'azione per responsabilità genitoriale che, in assenza di un accordo tra le parti del procedimento, constati di non poter basare la propria competenza sui casi di proroga rubricati dall'art. 12 del regolamento Bruxelles II-*bis* e dall'art. 10, par. 1, del regolamento Bruxelles II-*ter*, dovrà pertanto stabilirla sul fondamento delle convenzioni internazionali bilaterali o multilaterali eventualmente applicabili oppure, in mancanza di esse, dei titoli di giurisdizione sanciti dalle norme di diritto internazionale privato e processuale vigenti nel suo ordinamento nazionale⁵².

Il pensiero della Corte, sommariamente riepilogato, è alquanto lineare.

La soluzione suggerita dall'avvocato generale Rantos, viceversa, non convince. Incline a ritenere il diritto dell'Unione europea applicabile anche agli Stati terzi, egli ha prospettato la corrispettiva espansione senza limiti della competenza delle autorità giurisdizionali degli Stati membri individuata dal regolamento (CE) n. 2201/2003 e, di riflesso, dal regolamento (UE) 2019/1111.

La sua esegesi delle norme e della giurisprudenza (le stesse, tra l'altro, che ha richiamato la Corte di giustizia), orientata a una protezione estremamente elevata e "assoluta" dell'interesse del minore da ogni tipo di sottrazione, sembra essersi spinta troppo oltre, fino a "sovvertire" la gerarchia delle fonti e a non considerare imprescindibile il rispetto delle obbligazioni assunte dagli Stati membri dell'Unione europea a livello internazionale⁵³.

poter esercitare la loro competenza in materia di responsabilità genitoriale" (Corte di giustizia dell'Unione europea, 24 marzo 2021, MCP, cit., punto 61).

⁵² Art. 14 del regolamento (CE) n. 2201/2003; art. 14 del regolamento (UE) 2019/1111. V. M.C. Baruffi, *La sottrazione internazionale di minori*, cit., p. 33; N. Lowe, *The Application of Art. 10 of Brussels II-bis to Children Abducted Out of the EU*, cit., pp. 224-225; A. Figone, *Il regolamento (UE) 2019/1111*, cit., p. 293; E. Gallant, *Inapplicabilité de l'article 10 du règlement Bruxelles II bis en cas d'acquisition d'une résidence habituelle dans un État tiers*, cit., p. 131; N. Lowe, C. Honorati, M. Hellner, *Brussels II-ter*, cit., pp. 171-172.

⁵³ Cfr. M.C. Baruffi, *La sottrazione internazionale di minori*, cit., pp. 33-35. Molto critico al riguardo è S. Álvarez González, *Desplazamiento ilícito de menores de un estado miembro a un tercer Estado y reglamento 2201/2003, Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 2021, asunto C-603/20 PPU*, in *La Ley Unión Europea*, 92/2021, pp. 1-13. Dopo aver notato che "[...] el Abogado General subraya lo que le interesa y solo lo que le interesa", l'Autore reputa l'apprezzamento della Corte di giustizia "[...] más claro porque abre más el objetivo y contempla más elementos en la ecuación". Si ha la sensazione "[...] de que el TJ ha querido enfatizar la importancia de los Convenios de La Haya de 1996 y de 1980 en una medida mayor a la que se ven reflejados en el propio Reglamento 2201/2003", per cui la Corte "[...] se mueve más en la filosofía del nuevo Reglamento 2019/1111, más atento a la complementariedad y colaboración con tales instrumentos [...]" (pp. 6 e 11).

3. L'imperativo di celerità della procedura di ritorno, tra ipotesi di sospensione della esecutorietà della relativa decisione e incompatibilità con il diritto dell'Unione europea

La seconda pronuncia che merita attenzione, ossia la sentenza 16 febbraio 2023, *Rzecznik Praw Dziecka e altri*⁵⁴, verte sull'interpretazione dell'art. 11, par. 3, del regolamento (CE) n. 2201/2003, nonché degli artt. 22, 24, 27, par. 6, e 28, parr. 1 e 2, del regolamento (UE) 2019/1111, in combinato disposto con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Come si evince dal testo della sentenza stessa e da quello delle conclusioni presentate dall'avvocato generale Nicholas Emiliou⁵⁵, la Corte d'Appello di Varsavia (*Sąd Apelacyjny w Warszawie*) ha invitato la Corte di giustizia (Terza Sezione) a esaminare l'obbligo, derivante per gli Stati membri dell'Unione dalla Convenzione de L'Aia del 1980 e dalle integrazioni a questa contenute negli strumenti appena citati, di prevedere procedure rapide per il trattamento delle domande di ritorno del minore nello Stato di residenza abituale.

Promuovendo un apposito rinvio pregiudiziale, il giudice nazionale ha chiesto, più precisamente, se uno Stato membro possa prevedere in materia, oltre a due gradi di giudizio ordinario, anche la possibilità di un ricorso per cassazione che comporti, su semplice domanda non motivata, la sospensione dell'esecuzione di una decisione di ritorno definitiva⁵⁶.

Dal 24 giugno 2022, in effetti, il Codice di procedura civile polacco consente al Procuratore generale (*Prokurator Generalny*), al Difensore civico per i minori (*Rzecznik Praw Dziecka*) e al Difensore civico (*Rzecznik Praw Obywatelskich*) di

⁵⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea, 16 febbraio 2023, causa C-638/22 PPU, T.C., *Rzecznik Praw Dziecka e Prokurator Generalny*, ECLI:EU:C:2023:103. Cfr., per approfondimenti in merito, A. Caiola, *Retour d'enfants et droit au respect de la vie familiale*, in *Revue des affaires européennes*, 1/2023, pp. 293-300; O.M. Ceran, *Expediiousness of Child Abduction Proceedings, Procedural Autonomy, and what it Has to Do with Sincere Cooperation: Rzecznik Praw Dziecka and Others*, in *Common Market Law Review*, 6/2023, pp. 1788-1805; T. van Hof, *Restricted Freedom for Member States to Lay Down Procedural Rules in Child Abduction Cases: Private International Law and Children's Rights Law Concur* (*Rzecznik Praw Dziecka e.a., C-638/22 PPU*), in *EU Law Live*, 8 March 2023; L. Rass-Masson, *Cour de justice, 3e ch., 16 février 2023, Rzecznik Praw Dziecka e.a., aff. C-638/22 PPU*, ECLI:EU:C:2023:103, in F. Picod (sous la direction de), *Jurisprudence de la CJUE 2023. Décisions et commentaires*, Bruxelles, Bruylant, 2024, pp. 871-884.

⁵⁵ Conclusioni presentate dall'avvocato generale Nicholas Emiliou il 12 gennaio 2023, causa C-638/22 PPU, T.C., *Rzecznik Praw Dziecka e Prokurator Generalny*, ECLI:EU:C:2023:21.

⁵⁶ V. Corte di giustizia dell'Unione europea, 16 febbraio 2023, *Rzecznik Praw Dziecka e altri*, cit., punti 34-38; conclusioni dell'avvocato generale Emiliou del 12 gennaio 2023, *Rzecznik Praw Dziecka e altri*, cit., punto 23.

ottenere una simile interruzione per un periodo di due mesi.

Qualora le autorità suddette propongano ricorso per cassazione avverso la decisione di ritorno, la sospensione è prorogata di diritto fino alla conclusione del procedimento dinanzi alla Corte Suprema (*Sąd Najwyższy*).

Per di più, anche laddove il ricorso per cassazione fosse respinto, la sospensione potrebbe essere nuovamente ottenuta per mezzo di una impugnazione straordinaria⁵⁷.

Nel caso dedotto in giudizio, due minori, N.C. e M.C., nati in Irlanda, rispettivamente nel 2011 e nel 2017, da genitori polacchi, erano residenti da sempre in tale Stato membro, dove il padre e la madre erano occupati stabilmente. Nel corso dell'estate del 2021, i minori e la loro madre erano andati in vacanza in Polonia, con il consenso del padre.

Nel settembre 2021 la madre aveva informato il padre che sarebbe rimasta in modo permanente in quest'ultimo Stato insieme ai figli. Il padre, non avendo acconsentito a un siffatto trasferimento, proponeva perciò dinanzi agli organi giurisdizionali polacchi una domanda di ritorno dei figli stessi in Irlanda.

Il Tribunale regionale di Breslavia (*Sąd Okręgowy we Wrocławiu*), quale giudice di primo grado, la accoglieva e disponeva il rientro dei due minori con una ordinanza poi confermata dalla Corte d'Appello di Varsavia.

Dopo che la decisione di ritorno era divenuta esecutiva, sia il Procuratore generale, sia il Difensore civico per i minori avevano chiesto la sospensione della relativa esecuzione. La Corte d'Appello di Varsavia aveva espresso dubbi in merito alla conciliabilità della loro istanza con il requisito di celerità previsto dal regolamento Bruxelles II-bis. Dal momento che la sospensione può essere chiesta da organi non giurisdizionali e che l'esercizio di questa facoltà non è soggetto al controllo del potere giudiziario, il giudice polacco aveva altresì chiesto alla Corte di giustizia se la legislazione nazionale fosse compatibile con il diritto a un ricorso effettivo sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵⁸.

Il trasferimento o il trattenimento illeciti arrecano grave pregiudizio agli interessi del minore sottratto, in quanto lo allontanano dall'ambiente che gli era proprio prima della sottrazione e, spesso, lo privano dei contatti con l'altro genitore. È dunque opportuno ripristinare, nel più breve tempo possibile, lo *statu*

⁵⁷ Artt. 388, par. 1, 388¹, 388³ e 519¹, parr. 2¹ e 2², del Codice di procedura civile polacco. Su di essi si rinvia a J. Pawliczak, *Reformed Polish Court Proceedings for the Return of a Child under the 1980 Hague Convention in the Light of the Brussels IIb Regulation*, in *Journal of Private International Law*, 3/2021, pp. 560-586.

⁵⁸ Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, 16 febbraio 2023, *Rzecznik Praw Dziecka e altri*, cit., punti 23-33, e le conclusioni dell'avvocato generale Emiliou del 12 gennaio 2023, *Rzecznik Praw Dziecka e altri*, cit., punti 13-22.

quo ante e la continuità delle sue condizioni di esistenza e di sviluppo⁵⁹.

Per questo la Convenzione de L'Aia del 1980 prevede una procedura specifica allo scopo di garantire il ritorno immediato del minore nello Stato di residenza abituale. Se un minore è stato illecitamente trasferito o trattenuto, ed è trascorso un periodo inferiore a un anno, a decorrere dal trasferimento o dal mancato ritorno, fino alla presentazione dell'istanza presso l'autorità (giudiziaria o amministrativa) dello Stato contraente nel quale si trova il minore sottratto (lo "Stato richiesto"), l'art. 12, comma 1, della Convenzione prevede che tale autorità debba ordinare il ritorno immediato di quest'ultimo nello Stato di residenza abituale⁶⁰. Malgrado ciò, a termini dell'art. 13, l'autorità adita (tenuto conto delle informazioni fornite dall'autorità centrale o da ogni altra autorità competente dello Stato di residenza del minore riguardo alla sua situazione sociale) non è tenuta a disporre il ritorno quando la persona, l'istituzione o l'ente che si oppone, dimostri

"a) che la persona, l'istituzione o l'ente cui era affidato il minore non esercitava effettivamente il diritto di affidamento al momento del trasferimento o del mancato rientro, o aveva consentito, anche successivamente, al trasferimento o al mancato ritorno; o

*b) che sussiste un fondato rischio, per il minore, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, a pericoli fisici e psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile"*⁶¹.

⁵⁹ V. il Preambolo della Convenzione de L'Aia del 1980; il 12° e il 33° "considerando" del regolamento (CE) n. 2201/2003; il 19° e il 20° "considerando" del regolamento (UE) 2019/1111. Cfr. inoltre Corte di giustizia dell'Unione europea, 22 dicembre 2010, causa C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*, punto 44; 8 giugno 2017, causa C-111/17 PPU, *OL*, punto 61.

⁶⁰ L'art. 12, commi 2 e 3, della Convenzione de L'Aia del 1980 precisa poi che "L'autorità giudiziaria o amministrativa, benché adita dopo la scadenza del periodo di un anno di cui al capoverso precedente, deve ordinare il ritorno del minore, a meno che non sia dimostrato che il minore sia integrato nel suo nuovo ambiente. Se l'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato richiesto ha motivo di ritenere che il minore è stato condotto in un altro Stato, essa può sospendere la procedura o respingere la domanda di ritorno del minore". Cfr. P.R. Beaumont, P.E. McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, cit., pp. 203-209; R. Schuz, *The Hague Child Abduction Convention*, cit., pp. 225-236; E.M. Magrone, *I procedimenti in materia di sottrazione internazionale di minori con paesi UE*, in A. Cagnazzo (a cura di), *La sottrazione internazionale di minori*, cit., pp. 68-73.

⁶¹ Art. 13, comma 1, della Convenzione de L'Aia del 1980. V. P.R. Beaumont, P.E. McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, cit., pp. 114-155; E.M. Magrone, *I procedimenti in materia di sottrazione internazionale di minori con paesi UE*, cit., pp. 73-75; G. Sciacaluga, F. Maoli, *I procedimenti in materia di sottrazione internazionale di minori con paesi firmatari della Convenzione dell'Aja*, in A. Cagnazzo (a cura di), *La sottrazione internazionale di minori*, cit., pp. 90-96 e 99-100; C. Honorati, *Il ritorno del minore sottratto e il rischio grave di pregiudizio ai sensi dell'art. 13 par. 1 lett. b della Convenzione dell'Aja del 1980*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 4/2020, pp. 811-818.

L'autorità giudiziaria o amministrativa può altresì rifiutarsi di ordinare il ritorno del minore laddove accerti che esso vi si oppone e che ha raggiunto un'età e un grado di maturità tali da indurre a dover tenere conto del suo parere⁶².

Se si verifica una sottrazione di minori all'interno dell'Unione europea, le norme della Convenzione de L'Aia del 1980 sono integrate dalle disposizioni dell'art. 11 del regolamento (CE) n. 2201/2003 ovvero, per le domande di ritorno presentate a partire dal 1° agosto 2022, dalle disposizioni degli artt. 22-29 del regolamento (UE) 2019/1111.

Tali atti rafforzano, nei rapporti tra Stati membri dell'Unione, il principio del ritorno immediato del minore di cui all'art. 12 della Convenzione, disciplinando in modo più restrittivo, rispetto a questa, i motivi di diniego definiti all'art. 13⁶³. Nella pronuncia in commento, la Corte di giustizia ha ritenuto applicabile, *ratione temporis*, solamente il regolamento (CE) n. 2201/2003, ma la sentenza resta certamente valida pure in relazione al nuovo regolamento (UE) 2019/1111, che può "[...] essere preso in considerazione quale elemento contestuale" nell'analisi della questione pregiudiziale⁶⁴. Conviene pertanto, quando necessario, menzionarli entrambi e richiamarne, innanzitutto, il rispettivo contenuto.

Premesso che il minore, essendo accertata la sua capacità di discernimento, ha il diritto di essere ascoltato e di poter esprimere liberamente la sua opinione durante l'intero arco della procedura di cui agli artt. 12 e 13⁶⁵, e ferma restando, in qualsiasi fase di questa, la facoltà di accedere alla mediazione o ad altri metodi

⁶² Art. 13, comma 2, della Convenzione de L'Aia del 1980. V. P.R. Beaumont, P.E. McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, cit., pp. 177-199; R. Schuz, *The Hague Child Abduction Convention*, cit., pp. 323-342; E.M. Magrone, *I procedimenti in materia di sottrazione internazionale di minori con paesi UE*, cit., pp. 73-75; G. Sciacaluga, F. Maoli, *I procedimenti in materia di sottrazione internazionale di minori con paesi firmatari della Convenzione dell'Aja*, cit., pp. 96-99.

⁶³ C. Honorati, *La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II-bis*, cit., pp. 279-280; L. Carpaneto, *La sottrazione internazionale di minori nel regolamento (UE) 2019/1111*, in *Rivista AIAF*, 4/2022, pp. 335-339; A. Figone, *Il regolamento (UE) 2019/1111*, cit., pp. 296-298; M. González Marimón, *La regulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1/2022, pp. 294-297; N. Lowe, C. Honorati, M. Hellner, *Brussels II-ter*, cit., pp. 224-226.

⁶⁴ Così le conclusioni dell'avvocato generale Emiliou del 12 gennaio 2023, *Rzecznik Praw Dziecka e altri*, cit., punto 50, oltre a Corte di giustizia dell'Unione europea, 16 febbraio 2023, *Rzecznik Praw Dziecka e altri*, cit., punti 55 e 56; T. van Hof, *Restricted Freedom for Member States to Lay Down Procedural Rules in Child Abduction Cases*, cit.; O.M. Ceran, *Expeditionness of Child Abduction Proceedings, Procedural Autonomy, and what it Has to Do with Sincere Cooperation*, cit., p. 1795.

⁶⁵ Art. 11, par. 2, del regolamento (CE) n. 2201/2003; art. 26 del regolamento (UE) 2019/1111. V. B. Ubertazzi, *The Child's Right to Be Heard in the Brussels System*, in *European Papers*, 1/2017, pp. 43-74; L. Carpaneto, *La sottrazione internazionale di minori nel regolamento (UE) 2019/1111*, cit., p. 336; A. Figone, *Il regolamento (UE) 2019/1111*, cit., pp. 294-296; N. Lowe, C. Honorati, M. Hellner, *Brussels II-ter*, cit., pp. 247-248.

di risoluzione alternativa delle controversie (a meno che ciò non vada contro l'interesse superiore del minore, sia inappropriato o non ritardi indebitamente la procedura medesima)⁶⁶, tanto il regolamento Bruxelles II-*bis*, quanto il regolamento Bruxelles II-*ter* (rispettivamente, all'art. 11, par. 3, e agli artt. 23 e 24) associano tempi assai rapidi al trattamento della domanda da parte delle autorità centrali e delle autorità giurisdizionali degli Stati membri.

L'autorità centrale dello Stato richiesto accusa infatti ricevuta della domanda entro cinque giorni lavorativi dalla data in cui è prevenuta, e informa senza indebito ritardo l'autorità centrale dello Stato richiedente o l'istante circa le prime misure che sono state o che saranno prese per trattare la domanda stessa, potendo richiedere tutte le informazioni o i documenti supplementari reputati necessari.

Per contro, a meno che non si verifichino circostanze eccezionali, l'autorità giurisdizionale di primo grado decide entro sei settimane da quando è stato promosso il ricorso; l'autorità giurisdizionale di grado superiore decide invece entro sei settimane dal momento in cui, essendo state espletate tutte le fasi procedurali richieste, essa è in grado di esaminare l'impugnazione mediante udienza o in altro modo⁶⁷.

L'art. 11, parr. 4-6, del regolamento (CE) n. 2201/2003, insieme agli artt. 27, parr. 1 e 3, e 29, par. 3, del regolamento (UE) 2019/1111, disciplinano la facoltà per il giudice di uno Stato membro di rifiutare l'ordine di ritorno di un minore sulla base della Convenzione de L'Aia del 1980, assoggettando l'esercizio di tale facoltà a condizioni supplementari. Non ci si può esimere dall'ordinare il ritorno di un minore ai sensi dell'art. 13, comma 1, lett. b), della Convenzione se è dimostrato con prove sufficienti che sono state previste misure adeguate ad assicurarne la protezione dopo il ritorno medesimo, oppure se la persona che lo ha chiesto non ha avuto la possibilità di essere ascoltata⁶⁸.

⁶⁶ Art. 25 del regolamento (UE) 2019/1111. Cfr. L. Carpaneto, *La sottrazione internazionale di minori nel regolamento (UE) 2019/1111*, cit., pp. 338-339; A. Figone, *Il regolamento (UE) 2019/1111*, cit., pp. 296-297; N. Lowe, C. Honorati, M. Hellner, *Brussels II-ter*, cit., pp. 245-247.

⁶⁷ Art. 11, par. 3, del regolamento (CE) n. 2201/2003; artt. 23 e 24 del regolamento (UE) 2019/1111. V. L. Carpaneto, *La sottrazione internazionale di minori nel regolamento (UE) 2019/1111*, cit., p. 336; A. Figone, *Il regolamento (UE) 2019/1111*, cit., p. 296; A. Caiola, *Retour d'enfants et droit au respect de la vie familiale*, cit., p. 296; O.M. Ceran, *Expediency of Child Abduction Proceedings, Procedural Autonomy, and what it Has to Do with Sincere Cooperation*, cit., p. 1794; N. Lowe, C. Honorati, M. Hellner, *Brussels II-ter*, cit., pp. 239-245.

⁶⁸ Art. 11, parr. 4 e 5, del regolamento (CE) n. 2201/2003; art. 27, parr. 1 e 3, del regolamento (UE) 2019/1111. Si tenga presente che l'autorità giurisdizionale può esaminare, in qualsiasi fase del procedimento, la necessità di assicurare contatti tra il minore e la persona che ne richiede il ritorno, tenuto conto dell'interesse superiore del minore; e che, a termini dell'art. 27, par. 5, del regolamento (UE) 2019/1111, "Nel disporre il ritorno del minore, l'autorità giurisdizionale può, se del caso, adottare provvedimenti provvisori, inclusi i provvedimenti cautelari, [...] al fine di proteggere il

In riferimento alla procedura successiva alla eventuale emanazione di una decisione contraria al ritorno, il regolamento (CE) n. 2201/2003 e il regolamento (UE) 2019/1111 affermano che l'autorità giurisdizionale dello Stato membro debba trasmettere entro un mese, direttamente ovvero tramite la sua autorità centrale, una copia del provvedimento giudiziario emesso e i documenti pertinenti all'autorità giurisdizionale competente o all'autorità centrale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento illecito o del mancato ritorno⁶⁹.

Dopo aver ricevuto le informazioni, l'autorità giurisdizionale o l'autorità centrale dello Stato membro di residenza abituale deve informarne le parti e invitarle a presentare le proprie conclusioni dinanzi al giudice, conformemente alla legislazione nazionale, entro tre mesi dalla data della notifica, affinché possa essere esaminata la questione dell'affidamento del minore. In caso contrario, il procedimento viene archiviato⁷⁰.

L'art. 11, par. 8, del regolamento (CE) n. 2201/2003 e l'art. 29, par. 6, del regolamento (UE) 2019/1111 istituiscono infine un meccanismo che facilita il ritorno dei minori illecitamente trasferiti, complementare anch'esso rispetto a quello previsto dalla Convenzione de L'Aia del 1980. Nonostante l'avvenuta emissione di una decisione contraria alla restituzione, il giudice competente può adottare una successiva decisione di merito, relativa al diritto di affidamento, che comporti il ritorno del minore, dotata di forza esecutiva negli altri Stati membri dell'Unione europea senza che le autorità di tali Stati possano opporsi al riconoscimento, a norma del Capo III, Sezione 4, del regolamento Bruxelles II-*bis* e, oggi, del Capo IV del regolamento Bruxelles II-*ter*⁷¹.

minore dal grave rischio di cui all'articolo 13, primo comma, lettera b), della convenzione dell'Aia del 1980, purché l'esame e l'adozione di tali provvedimenti non ritardino indebitamente il procedimento di ritorno". V. A. Figone, *Il regolamento (UE) 2019/1111*, cit., pp. 297-298; N. Lowe, C. Honorati, M. Hellner, *Brussels II-ter*, cit., pp. 248-250 e 257-260.

⁶⁹ Art. 11, par. 6, del regolamento (CE) n. 2201/2003; art. 29, par. 3, del regolamento (UE) 2019/1111. Quest'ultimo atto precisa che, oltre alla copia della decisione, occorre trasmettere il certificato rilasciato all'autorità giurisdizionale investita del procedimento di merito relativo al diritto di affidamento, in conformità all'Allegato I; se del caso, una trascrizione, una sintesi o un verbale delle udienze dinanzi all'autorità giurisdizionale; e qualsiasi altro documento ritenuto utile. Cfr. A. Figone, *Il regolamento (UE) 2019/1111*, cit., p. 297; N. Lowe, C. Honorati, M. Hellner, *Brussels II-ter*, cit., pp. 250-251 e 260-262.

⁷⁰ Art. 11, par. 7, del regolamento (CE) n. 2201/2003; art. 29, par. 5, del regolamento (UE) 2019/1111.

⁷¹ V. anche l'art. 42 del regolamento (CE) n. 2201/2003 e l'art. 43 del regolamento (UE) 2019/1111. Cfr. L. Carpaneto, *In-Depth Considerations of Family Life v. Immediate Return of the Child in Abduction Proceedings within the EU*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 4/2014, pp. 931-958; Ead., *La sottrazione internazionale di minori nel regolamento (UE) 2019/1111*, cit., p. 337; G. Debernardi, *Esecuzione dell'ordine di ritorno*, in A. Cagnazzo (a cura di), *La sottrazione internazionale di minori*, cit.,

Nella sentenza *Rzecznik Praw Dziecka e altri*, la Corte di giustizia ha ricordato i termini particolarmente brevi e rigorosi di cui si è detto poc'anzi in relazione all'art. 11, par. 3, nonché i casi specifici ed eccezionali, debitamente giustificati, idonei a impedire il ritorno di un minore illecitamente sottratto⁷².

Al riguardo, gli artt. 8-11 della Convenzione de L'Aia del 1980 e l'art. 11 del regolamento (CE) n. 2201/2003 costituiscono “[...] un insieme normativo indivisibile che si applica ai procedimenti di ritorno di minori illecitamente trasferiti all'interno dell'Unione [...]” nel quale il regolamento completa e precisa la Convenzione⁷³.

A causa della sovrapposizione e dello stretto legame esistente tra le disposizioni del regolamento Bruxelles II-bis e quelle della Convenzione suddetta, specialmente tra l'art. 11 e il Capo III della Convenzione, le norme di quest'ultima possono incidere sul significato, sulla portata e sull'efficacia delle norme del regolamento (CE) n. 2201/2003⁷⁴. Esse hanno lo scopo di ottenere che il ritorno del minore sia effettuato immediatamente; e che sia prontamente ristabilita la situazione esistente prima del trasferimento o del mancato ritorno⁷⁵.

La Corte, in proposito, ha giustamente sottolineato come il requisito di efficacia e di celerità contraddistingua e vincoli le autorità nazionali in merito non soltanto all'adozione, ma anche all'esecuzione della decisione di ritorno.

Esemplificative appaiono le parole dell'avvocato generale, orientate a censurare la soluzione escogitata dal legislatore polacco in quanto concretamente rischiosa per l'effetto utile del regolamento Bruxelles II-bis:

“[...] se è vero che, [...] [i] diversi obblighi riguardano l'adozione di una decisione di ritorno, e non l'esecuzione di una decisione siffatta, un medesimo imperativo di efficacia e di celerità si impone alle autorità nazionali a tal riguardo. Infatti, se una decisione di ritorno

pp. 216-220; A. Figone, *Il regolamento (UE) 2019/1111*, cit., p. 297; N. Lowe, C. Honorati, M. Hellner, *Brussels II-ter*, cit., pp. 255-257.

⁷² Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, 16 febbraio 2023, *Rzecznik Praw Dziecka e altri*, cit., punti 58 e 60, nonché A. Caiola, *Retour d'enfants et droit au respect de la vie familiale*, cit., p. 297.

⁷³ V. Corte di giustizia dell'Unione europea, 16 febbraio 2023, *Rzecznik Praw Dziecka e altri*, cit., punto 62. Cfr. altresì Corte di giustizia dell'Unione europea, 14 ottobre 2014, parere sull'*Adesione di Stati terzi alla Convenzione de L'Aia*, cit., punti 77 e 78. A. Caiola, *Retour d'enfants et droit au respect de la vie familiale*, cit., p. 297, osserva che “[...] en raison du chevauchement et du lien étroit existant entre les dispositions du règlement n° 2201/2003 et celle de la convention de La Haye de 1980, ces dernières dispositions sont susceptibles d'avoir une incidence sur le sens, la portée et l'efficacité des règles de ce règlement”.

⁷⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea, 14 ottobre 2014, parere sull'*Adesione di Stati terzi alla Convenzione de L'Aia*, cit., punto 85.

⁷⁵ Corte di giustizia delle Comunità europee, 11 luglio 2008, *Rinau*, cit., punto 52; Corte di giustizia dell'Unione europea, 8 giugno 2017, *OL*, cit., punto 61; A. Caiola, *Retour d'enfants et droit au respect de la vie familiale*, cit., p. 297.

pronunciata con tutta la rapidità richiesta potesse poi restare lettera morta, o essere eseguita solo tardivamente da tali autorità, gli obblighi in questione sarebbero privati di ogni effetto utile.

*In tale contesto, i legislatori degli Stati membri, in forza dell'articolo 2 della Convenzione dell'Aia del 1980 e del principio di leale cooperazione sancito all'articolo 4, paragrafo 3, TUE, devono prevedere un quadro normativo atto a garantire la celerità e l'efficacia della procedura di ritorno e, quindi, a garantire la realizzazione dell'obiettivo da essa perseguito, consentendo alle autorità richieste di trattare le domande di ritorno, e di eseguire le decisioni corrispondenti, con tutta la rapidità richiesta"*⁷⁶.

Gli obblighi finalizzati all'adozione e all'esecuzione, nel più breve tempo possibile, di una decisione che consenta il rapido ritorno del minore nel proprio luogo di residenza abituale, mirano parimenti a garantire, a beneficio di costui, i diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: il diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare (art. 7), da leggere congiuntamente alla tutela del preminente interesse superiore del minore di cui all'art. 24, par. 2; e il diritto, espresso dall'art. 24, par. 3, di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori⁷⁷. Anche il diritto del genitore (come il padre, nel caso di specie) a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, previsto dall'art. 47, risulta essere gravemente limitato⁷⁸.

Le clausole di equivalenza e di compatibilità (artt. 52, par. 3, e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) inducono poi a valutare le norme sopra menzionate alla luce degli artt. 6 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti

⁷⁶ V. le conclusioni dell'avvocato generale Emiliou del 12 gennaio 2023, *Rzecznik Praw Dziecka e altri*, cit., punti 59 e 60, nonché Corte di giustizia delle Comunità europee, 11 luglio 2008, *Rinau*, cit., punto 82, e O.M. Ceran, *Expeditionousness of Child Abduction Proceedings, Procedural Autonomy, and what it Has to Do with Sincere Cooperation*, cit., pp. 1790 e 1792. Secondo una giurisprudenza costante della Corte, il principio di leale cooperazione obbliga gli Stati membri (ivi comprese le loro autorità legislative) ad adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto dell'Unione (Corte di giustizia dell'Unione europea, 4 settembre 2014, causa C-192/13 P, *Spagna c. Commissione*, punto 87; 19 dicembre 2019, causa C-677/18, *Amoena Ltd*, punto 55).

⁷⁷ A. Caiola, *Retour d'enfants et droit au respect de la vie familiale*, cit., pp. 297-298; O.M. Ceran, *Expeditionousness of Child Abduction Proceedings, Procedural Autonomy, and what it Has to Do with Sincere Cooperation*, cit., p. 1791. Cfr. inoltre Corte di giustizia dell'Unione europea, 6 dicembre 2012, cause riunite C-356/11 e C-357/11, *O., S. e L.*, punto 76; 16 luglio 2020, cause riunite C-133/19, C-136/19 e C-137/19, *B.M.M. e altri*, punto 34; 11 marzo 2021, causa C-112/20, *M.A.*, punto 36; 17 novembre 2022, causa C-230/21, *Belgische Staat*, punto 48.

⁷⁸ A. Caiola, *Retour d'enfants et droit au respect de la vie familiale*, cit., p. 298; O.M. Ceran, *Expeditionousness of Child Abduction Proceedings, Procedural Autonomy, and what it Has to Do with Sincere Cooperation*, cit., pp. 1791, 1792 e 1794.

dell'uomo (Corte EDU) attinente a essi.

È in questa ottica, infatti, che la Corte di giustizia ha elaborato gli artt. 7, 24 e 47 in modo più dettagliato, sebbene sia stata biasimata “[...] *for insufficient grounding of its conclusion in the analysis of the children’s rights framework*”⁷⁹. Il diritto di un genitore, in caso di sottrazione internazionale, di chiedere il ritorno del figlio rientra nel diritto al rispetto della vita privata e familiare protetto dall’art. 8 CEDU⁸⁰.

In tale ambito, la Corte EDU ha ripetutamente dichiarato che gli Stati Parte hanno obblighi positivi, interpretabili sulla base della Convenzione de L’Aia del 1980.

Per far rispettare il diritto del genitore a cui è stato sottratto il minore al ritorno di quest’ultimo, gli Stati devono dotarsi di mezzi adeguati ed efficaci, compreso un quadro normativo idoneo a garantire che si decida sulle domande entro un “termine ragionevole” in qualsiasi grado di giudizio; alle autorità nazionali, inoltre, è richiesta una “diligenza eccezionale” in materia⁸¹. L’adeguatezza di una misura deve essere valutata soprattutto in considerazione della celerità della sua esecuzione. I procedimenti devono essere trattati con urgenza, poiché il trascorrere del tempo può produrre conseguenze irreparabili per i rapporti tra i minori e il genitore che non risiede con loro.

Il fatto di consentire numerosi appelli, ricorsi per cassazione e altre impugnazioni straordinarie avverso le decisioni di ritorno, eventualmente con effetto sospensivo, costituisce, al riguardo, una “carezza sistemica”, dal momento che questi molteplici ricorsi prolungano in modo irragionevole l’esame di

⁷⁹ T. van Hof, *Restricted Freedom for Member States to Lay Down Procedural Rules in Child Abduction Cases*, cit.; O.M. Ceran, *Expediency of Child Abduction Proceedings, Procedural Autonomy, and what it Has to Do with Sincere Cooperation*, cit., p. 1796.

⁸⁰ Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, 3 giugno 2014, n. 10280/12, *López Guió c. Slovacchia*, par. 82.

⁸¹ Corte europea dei diritti dell’uomo, 18 febbraio 1999, n. 33158/96, *Laino c. Italia*, par. 18; 25 gennaio 2000, n. 31679/96, *Ignaccolo-Zenide c. Romania*, par. 94; 27 giugno 2000, n. 30979/96, *Frydlender c. Francia*, par. 43; 7 marzo 2013, n. 10131/11, *Raw e altri c. Francia*, par. 78; 13 gennaio 2015, n. 35632/13, *Hoholm c. Slovacchia*, par. 44. V. R. Schuz, *The Hague Child Abduction Convention*, cit., pp. 16-18; P. Beaumont, K. Trimmings, L. Walker, J. Holliday, *Child Abduction: Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1/2015, pp. 39-63; C.M. Caamiña Domínguez, *La sustracción internacional de menores ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Liber Amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell’età della globalizzazione*, I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 431-452; A. Caiola, *Retour d’enfants et droit au respect de la vie familiale*, cit., p. 298; O.M. Ceran, *Expediency of Child Abduction Proceedings, Procedural Autonomy, and what it Has to Do with Sincere Cooperation*, cit., pp. 1791 e 1794.

qualsiasi istanza, al punto da rasentare addirittura il diniego di giustizia⁸². I ritardi nel procedimento possono quindi essere di per sé sufficienti a dichiarare che le autorità nazionali sono venute meno agli obblighi loro incombenti ai sensi della CEDU⁸³.

Lo stesso vale per il diritto a un equo processo previsto dall'art. 6 CEDU. La Corte EDU, "[...] being the 'master of the characterisation' to be given in law to the facts of any case before it [...]", e sostenendo che "[...] the lack of respect for the applicants' family life resulting from the non-enforcement of the final return order is at the heart of their complaint", ha anzi ripetutamente ammesso che le doglianze dedotte dai vari ricorrenti ai sensi dell'art. 6 dovessero essere assorbite da quelle fondate sull'art. 8, per cui in controversie di questo genere "[...] it is not necessary to examine whether [...] there has been a violation of Article 6 [...]" ed esse "[...] fall to be examined under Article 8 of the Convention". Si può così affermare che, a termini sia dell'art. 8, sia dell'art. 6 CEDU, gli Stati Parte, in caso di decisione definitiva di ritorno, siano tenuti ad adottare tutte le misure adeguate e necessarie per facilitarne l'esecuzione⁸⁴.

Con la riforma del Codice di procedura civile approvata nel 2022, la Polonia sembra pertanto avere ecceduto e oltrepassato la propria competenza (non illimitata, bensì "delimitata", come chiarito dall'avvocato generale Emiliou), fino a privare di efficacia la procedura di ritorno⁸⁵.

La sospensione iniziale dell'esecuzione della decisione di ritorno del minore nel luogo di residenza abituale della durata di almeno due mesi, laddove il Procuratore generale, il Difensore civico per i minori o il Difensore civico azionino

⁸² Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 luglio 2006, n. 7198/04, *Iosub Caras c. Romania*, par. 38; 3 giugno 2014, *López Guió c. Slovacchia*, cit., parr. 107-109; 1° luglio 2014, n. 54443/10, *Blaga c. Romania*, par. 72; 13 gennaio 2015, *Hoholm c. Slovacchia*, cit., parr. 49, 52 e 53; 28 aprile 2015, n. 1714/10, *Ferrari c. Romania*, par. 49; 18 gennaio 2018, n. 28481/12, *Oller Kamińska c. Polonia*, par. 85; 19 settembre 2019, n. 79441/17, *Andersena c. Lettonia*, par. 88; 1° aprile 2021, n. 16202/14, *M.V. c. Polonia*, parr. 73-80. Cfr. O.M. Ceran, *Expeditionousness of Child Abduction Proceedings, Procedural Autonomy, and what it Has to Do with Sincere Cooperation*, cit., pp. 1791, 1792, 1794 e 1798.

⁸³ Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 aprile 2003, n. 56673/00, *Iglesias Gil e A.U.I. c. Spagna*, par. 56; 26 luglio 2011, n. 6457/09, *Shaw c. Ungheria*, par. 72; 7 marzo 2013, *Raw e altri c. Francia*, cit., par. 79; 28 aprile 2015, *Ferrari c. Romania*, cit., par. 49.

⁸⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 gennaio 2000, *Ignaccolo-Zenide c. Romania*, cit., parr. 96 e 101; 24 aprile 2003, n. 36812/97 e n. 40104/98, *Sylvester c. Austria*, par. 77; 15 dicembre 2005, n. 35030/04, *Karadžić c. Croazia*, par. 67; 7 marzo 2013, *Raw e altri c. Francia*, cit., par. 84; 3 ottobre 2013, n. 7233/04, *Gobec c. Slovenia*, par. 105; 12 marzo 2015, n. 22643/14, *Adžić c. Croazia*, par. 68; 14 gennaio 2020, n. 10926/09, *Rinau c. Lituania*, par. 152.

⁸⁵ Così le conclusioni dell'avvocato generale Emiliou del 12 gennaio 2023, *Rzecznik Praw Dziecka e altri*, cit., punti 53 e 54. V. O.M. Ceran, *Expeditionousness of Child Abduction Proceedings, Procedural Autonomy, and what it Has to Do with Sincere Cooperation*, cit., p. 1790.

una apposita impugnazione, e la proroga *de iure* fino alla conclusione del procedimento se le autorità legittimate (che non possiedono lo *status* di giudice) dovessero proporre ricorso per cassazione, eccedono da sole le prescrizioni fissate dal diritto dell'Unione europea e privano di effetto utile tanto il regolamento (CE) n. 2201/2003, quanto, in definitiva, il regolamento (UE) 2019/1111.

A maggior ragione questo si verifica con il ricorso straordinario, casomai fosse presentato dopo il rigetto del ricorso per cassazione⁸⁶. Le autorità abilitate a fare richiesta di sospensione non sono tenute a motivarla e l'esercizio di tale prerogativa non è soggetto ad alcun sindacato giurisdizionale, per cui la legislazione polacca non garantisce affatto che il ritorno del minore possa essere evitato solo in casi specifici, eccezionali e debitamente motivati, come il diritto derivato vorrebbe.

A ciò si aggiunga che un'autorità pubblica non può impedire l'esecuzione di una decisione giudiziaria. Il diritto a un ricorso effettivo sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sarebbe infatti illusorio se l'ordinamento giuridico di uno Stato membro consentisse che una decisione giudiziaria definitiva e vincolante resti inoperante a danno di una parte⁸⁷.

La Corte di giustizia ha altresì respinto l'argomento secondo il quale la normativa polacca, attraverso il ricorso per cassazione, consentirebbe di evitare che i minori interessati subiscano un danno irreparabile, constatando che la tutela del minore contro un rischio di danno fisico o psicologico è, in linea di principio, già garantita dalla possibilità di esperire un ricorso dinanzi a un organo giurisdizionale⁸⁸. Rispetto a tale punto, la Corte ha ritenuto che il diritto dell'Unione europea non imponga agli Stati membri di prevedere un ulteriore grado di giudizio nei confronti di una decisione di ritorno, qualora essa sia stata

⁸⁶ Corte di giustizia dell'Unione europea, 16 febbraio 2023, *Rzecznik Praw Dziecka e altri*, cit., punti 81 e 82. Cfr. A. Caiola, *Retour d'enfants et droit au respect de la vie familiale*, cit., p. 298; O.M. Ceran, *Expeditionness of Child Abduction Proceedings, Procedural Autonomy, and what it Has to Do with Sincere Cooperation*, cit., pp. 1794-1795.

⁸⁷ A. Caiola, *Retour d'enfants et droit au respect de la vie familiale*, cit., p. 298. Il concetto si rinviene in costanti pronunce della Corte di giustizia: cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, 30 giugno 2016, causa C-205/15, *Toma e Biroul Executorului Judecătoresc Horațiu-Vasile Cruduleci*, punto 43; 29 luglio 2019, causa C-556/17, *Torubarov*, punto 57; 19 dicembre 2019, causa C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe eV*, punto 36. Analogo principio viene riconosciuto dalla Corte EDU: v. Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 maggio 2002, n. 59498/00, *Burdov c. Russia*, par. 34; 6 settembre 2005, n. 73970/01, *Săcăleanu c. Romania*, par. 55.

⁸⁸ V. in tal senso Corte di giustizia dell'Unione europea, 28 luglio 2011, causa C-69/10, *Samba Diouf*, punto 69; 19 giugno 2018, causa C-181/16, *Gnandi*, punto 57; 26 settembre 2018, causa C-175/17, *Belastingdienst/Toeslagen*, punto 34. Cfr. anche A. Caiola, *Retour d'enfants et droit au respect de la vie familiale*, cit., pp. 298-299; O.M. Ceran, *Expeditionness of Child Abduction Proceedings, Procedural Autonomy, and what it Has to Do with Sincere Cooperation*, cit., p. 1792.

adottata nell'ambito di un procedimento che ne contempli già due e che tenga in considerazione l'esistenza di rischi in caso di ritorno del minore interessato⁸⁹.

A fortiori, il diritto dell'Unione europea non permette agli Stati membri di attribuire effetti sospensivi automatici alle impugnazioni proposte contro le decisioni di cui sopra⁹⁰.

4. La competenza giurisdizionale internazionale nella sottrazione di minori residenti in uno Stato membro dell'Unione europea e il procedimento di ritorno da uno Stato membro a uno Stato terzo

Con la sentenza *Greislzel* del 20 giugno 2024, la Corte di giustizia (Quarta Sezione) si è pronunciata ancora una volta sugli artt. 10 e 11 del regolamento (CE) n. 2201/2003 nel contesto di una sottrazione internazionale di minori⁹¹. Le argomentazioni appaiono consequenziali a quelle illustrate dall'avvocato generale Manuel Campos Sánchez-Bordona nelle sue conclusioni⁹².

La lite alla base del rinvio pregiudiziale riguardava un cittadino tedesco residente in Svizzera, padre della minore L, e la moglie, madre di quest'ultima,

⁸⁹ Si noti infatti che, a termini del 42° "considerando" del regolamento (UE) 2019/1111, "Gli Stati membri dovrebbero [...] considerare l'opportunità di limitare a uno il numero di impugnazioni possibili avverso una decisione che dispone o nega il ritorno di un minore ai sensi della convenzione dell'Aia del 1980" [A. Figone, *Il regolamento (UE) 2019/1111*, cit., p. 296; O.M. Ceran, *Expeditionousness of Child Abduction Proceedings, Procedural Autonomy, and what it Has to Do with Sincere Cooperation*, cit., p. 1799; N. Lowe, C. Honorati, M. Hellner, *Brussels II-ter*, cit., p. 239].

⁹⁰ Corte di giustizia dell'Unione europea, 16 febbraio 2023, *Rzecznik Praw Dziecka e altri*, cit., punto 89; A. Caiola, *Retour d'enfants et droit au respect de la vie familiale*, cit., p. 299; O.M. Ceran, *Expeditionousness of Child Abduction Proceedings, Procedural Autonomy, and what it Has to Do with Sincere Cooperation*, cit., pp. 1791 e 1793.

⁹¹ Corte di giustizia dell'Unione europea, 20 giugno 2024, causa C-35/23, *Padre c. Madre*, altra parte nel procedimento *Minore L e Avvocata [Greislzel]*, ECLI:EU:C:2024:532. V. su di essa M. Ferrari, *Brevi spunti di riflessione su un recente caso di sottrazione internazionale di minore*, in *Quaderni AISDUE*, 3/2024, pp. 1-12; L. Idot, *Règlement "Bruxelles II bis"-Déplacement illicite d'enfant*, in *Europe*, 8-9/2024, comm. 336. Il nome della causa è immaginario e non corrisponde a quello di nessuna delle parti del procedimento. A partire dal 1° gennaio 2023, infatti, a tutte le nuove cause anonimizzate pendenti tra persone fisiche (i cui nomi, per motivi di protezione dei dati personali, erano in passato sostituiti da iniziali) o tra persone fisiche e persone giuridiche il cui nome non sia distintivo, viene assegnata una denominazione fittizia mediante un generatore automatico informatizzato, così che possano essere designate in modo più agevole e citate più facilmente sia nella giurisprudenza, sia in altri contesti.

⁹² Conclusioni presentate dall'avvocato generale Manuel Campos Sánchez-Bordona l'8 febbraio 2024, causa C-35/23, *Padre c. Madre*, altra parte nel procedimento *Minore L e Curatore nel procedimento, rappresentante degli interessi del minore [Greislzel]*, ECLI:EU:C:2024:130.

cittadina polacca, con la quale egli aveva contratto matrimonio, in merito alla responsabilità genitoriale sulla figlia. Stando agli atti, sin dalla nascita della bambina, nel 2014, la famiglia non aveva mai condiviso la residenza. Il padre, vivendo in Svizzera per motivi di lavoro, si era recato regolarmente in visita presso la moglie e la figlia comune in Germania, trascorrendo altresì insieme a loro le vacanze, fino all'aprile 2016, periodo in cui queste si erano trasferite in Polonia. Il padre, inizialmente, si era recato a visitare la moglie e L in Polonia, ma a partire dall'aprile 2017 la madre gli aveva negato il diritto di vedere la figlia, iscrivendola in quello Stato a una scuola dell'infanzia senza il consenso del padre stesso. Alla fine del maggio 2017, la madre informava il padre che sarebbe rimasta in Polonia con la figlia L. Né la madre, né la figlia avevano mai usufruito del permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare che avevano ottenuto, rilasciato dall'Ufficio svizzero per l'immigrazione⁹³.

Nel luglio 2017, il padre presentava alle autorità giurisdizionali polacche, attraverso l'Ufficio federale di giustizia a Berna (*Bundesamt für Justiz in Bern*), autorità centrale designata dalla Confederazione Elvetica, una domanda di ritorno della figlia in Svizzera ai sensi della Convenzione de L'Aia del 1980.

La domanda veniva respinta in primo grado dal Tribunale circondariale di Cracovia-Nowa Huta (*Sąd Rejonowy Krakowa-Nowej Huty*), con la motivazione che il padre avrebbe prestato un consenso di durata indefinita al trasferimento di L in Polonia e che il ritorno avrebbe comportato un fondato rischio per l'interesse superiore della minore, poiché il padre aveva ammesso, in un'unica occasione, di avere usato violenza nei confronti della madre. La decisione era confermata in appello dal Tribunale regionale di Cracovia (*Sąd Okręgowy Krakowa*). Il medesimo giudice, nella procedura di divorzio avviata dalla madre, affidava provvisoriamente a costei la responsabilità genitoriale per la bambina, con l'obbligo di corresponsione di un assegno di mantenimento a carico del padre⁹⁴. Quest'ultimo si rivolgeva allora alle autorità giurisdizionali tedesche, chiedendo al Tribunale circoscrizionale di Francoforte sul Meno (*Amtsgericht Frankfurt am Main*) in via principale, l'affidamento esclusivo della figlia; in subordine, il diritto di deciderne la residenza. Nella fase conclusiva del processo, sollecitava altresì che si ingiungesse alla madre di ricondurre la minore in Svizzera. Il ricorso veniva respinto per difetto di competenza giurisdizionale internazionale. Il Tribunale superiore del *Land*, Francoforte sul Meno (*Oberlandesgericht Frankfurt am Main*),

⁹³ V. Corte di giustizia dell'Unione europea, 20 giugno 2024, *Greislzel*, cit., punti 16-20; conclusioni dell'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona dell'8 febbraio 2024, *Greislzel*, cit., punti 11-16.

⁹⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea, 20 giugno 2024, *Greislzel*, cit., punti 21-25. Cfr. altresì le conclusioni dell'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona dell'8 febbraio 2024, *Greislzel*, cit., punti 17-20.

adito in appello, decideva quindi di sottoporre alla Corte di giustizia tre quesiti sull'interpretazione degli artt. 10 e 11 del regolamento Bruxelles II-bis⁹⁵.

La Corte è intervenuta sulle domande che le sono state sottoposte avvalendosi della potestà di riformulazione accreditata da innumerevoli pronunce (si consideri, da ultima, la sentenza 30 aprile 2025, *Inspektorat kam Visshia sadeben savet*)⁹⁶.

Dato che L risultava abitualmente residente in Germania prima del trasferimento in Polonia insieme alla madre, e che il padre, avendo ritenuto illecito il trasferimento medesimo, reclamava il ritorno della figlia non in Germania, bensì in Svizzera (Stato Parte della Convenzione de L'Aia del 1980, ma non vincolato al regolamento Bruxelles II-bis), con la prima questione interpretativa il giudice del rinvio ha chiesto di stabilire se l'art. 10, lett. b), i), del regolamento (CE) n. 2201/2003 sia applicabile anche nell'ipotesi in cui il minore abbia la residenza abituale in uno Stato membro dell'Unione europea prima del trasferimento, ma il procedimento per il ritorno ai sensi della Convenzione de L'Aia del 1980 si svolga tra uno Stato membro e uno Stato terzo, e si concluda con il rifiuto delle autorità dello Stato membro di ordinare il rimpatrio del minore⁹⁷.

All'art. 10 del regolamento Bruxelles II-bis si è già accennato in precedenza a proposito della sentenza MCP. Esso (disposizione di carattere speciale, come si è visto, rispetto all'art. 8, par. 1) prevede che le autorità giurisdizionali dello Stato membro nel cui territorio il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del trasferimento illecito o del mancato ritorno, conservino la loro competenza fino a che il minore non abbia acquisito una residenza abituale in un altro Stato membro, in ossequio al suo interesse superiore⁹⁸.

Nella sentenza *Greislzel*, peraltro, la Corte di giustizia ha dato risalto a due delle condizioni a cui il trasferimento di competenza è subordinato [quelle

⁹⁵ Corte di giustizia dell'Unione europea, 20 giugno 2024, *Greislzel*, cit., punti 27-38; conclusioni dell'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona dell'8 febbraio 2024, *Greislzel*, cit., punti 22-26.

⁹⁶ Corte di giustizia dell'Unione europea, 30 aprile 2025, cause riunite C-313/23, C-316/23 e C-332/23, *Inspektorat kam Visshia sadeben savet*, ECLI:EU:C:2025:303, punto 65. V. anche, tra le più recenti, Corte di giustizia dell'Unione europea, 4 ottobre 2024, causa C-242/23, *Tecno*37*, punto 52; 28 novembre 2024, causa C-80/23, *V.S.*, punto 48; 30 gennaio 2025, causa C-510/23, *Trenitalia SpA*, punto 28; 30 gennaio 2025, causa C-511/23, *Caronte & Tourist SpA*, punto 35.

⁹⁷ Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, 20 giugno 2024, *Greislzel*, cit., punti 38, 40 e 42; conclusioni dell'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona dell'8 febbraio 2024, *Greislzel*, cit., punto 26.

⁹⁸ V. *supra*, par. 2. Cfr. inoltre R. Molè, *Il regolamento CE n. 2201/2003 (Bruxelles II bis)*, cit., pp. 370-372; C.E. Tuo, *Superiore interesse del minore e regolamenti UE di diritto internazionale privato della famiglia*, cit., pp. 678-682.

dell'art. 10, lett. b), i), del regolamento Bruxelles II-bis], sottaciute in relazione alla sentenza MCP in quanto inconferenti alla soluzione del caso. La prima esige che il minore abbia soggiornato

“[...] in quell'altro Stato membro almeno per un anno da quando la persona, istituzione o altro ente titolare del diritto di affidamento ha avuto conoscenza, o avrebbe dovuto avere conoscenza, del luogo in cui il minore si trovava e il minore si è integrato nel nuovo ambiente [...]”;

la seconda, associata alla prima, vuole che

“entro un anno da quando il titolare del diritto di affidamento ha avuto conoscenza, o avrebbe dovuto avere conoscenza, del luogo in cui il minore si trovava, non [sia] stata presentata alcuna domanda di ritorno del minore dinanzi alle autorità competenti dello Stato membro nel quale il minore è stato trasferito o dal quale non ha fatto rientro”⁹⁹.

La regola sulla competenza appena illustrata prescinde dall'avvio, necessariamente successivo ed eventuale, di un procedimento di ritorno, ai sensi della Convenzione de L'Aia del 1980, tra le autorità centrali o giurisdizionali di uno Stato terzo e di uno Stato membro dell'Unione europea.

È fondata, piuttosto, sul “trasferimento illecito o mancato ritorno del minore” come inteso ai sensi dell'art. 2, n. 11, del regolamento (CE) n. 2201/2003, avvenuto cioè in violazione dei diritti di affidamento derivanti da una decisione, dalla legge o da un accordo vigente in base alla legislazione dello Stato membro nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro, a condizione che il diritto di affidamento fosse effettivamente esercitato, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o lo sarebbe stato se non fossero sopravvenuti tali eventi¹⁰⁰.

L'obiettivo, citato pure ai fini della sentenza MCP, è sempre quello di evitare di procurare all'autore della sottrazione un vantaggio procedurale derivante dal fatto che le autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima della sottrazione perdano

⁹⁹ In maniera del tutto analoga all'art. 10, lett. b), i), del regolamento (CE) n. 2201/2003 si esprime adesso l'art. 9, lett. b), i), del regolamento (UE) 2019/1111.

¹⁰⁰ V. la sintesi riportata in Corte di giustizia dell'Unione europea, 2 agosto 2021, causa C-262/21 PPU, A, punto 44. Identica definizione è contenuta nell'art. 2, par. 2, n. 11), del regolamento (UE) 2019/1111. Cfr. inoltre M. Ferrari, *Brevi spunti di riflessione su un recente caso di sottrazione internazionale di minore*, cit., p. 5.

automaticamente la loro competenza per il solo motivo che il minore stesso risiede ormai abitualmente in un altro Stato membro con chi si è reso responsabile dell'atto illecito¹⁰¹.

Per contro, l'art. 10, lett. b), i), del regolamento Bruxelles II-*bis* fa riferimento all'assenza di qualsiasi domanda di ritorno presso le autorità competenti dello Stato membro nel cui territorio il minore è stato illecitamente trasferito o trattenuto, ma non specifica affatto che una simile domanda debba essere stata presentata ai sensi della Convenzione de L'Aia del 1980, né esclude che essa abbia potuto essere presentata per il tramite di un'autorità centrale di uno Stato terzo¹⁰². Il titolare della responsabilità genitoriale, il cui diritto di affidamento è stato violato, non è perciò in alcun modo obbligato ad avvalersi delle disposizioni della Convenzione per chiedere il ritorno del minore interessato.

La Convenzione medesima, inoltre, non esclude, all'art. 34, che un altro strumento internazionale in vigore tra lo Stato di origine e lo Stato richiesto, o la legislazione nazionale dello Stato richiesto, possano essere invocati per ottenere il ritorno di un minore illecitamente trasferito o trattenuto, o per organizzare il diritto di visita. Con la sentenza 19 settembre 2018, *C.E. e N.E.*, la Corte di giustizia ha preso una posizione netta e inequivoca in merito, chiarendo, da un lato, che una persona, un organismo o un'autorità, nel caso in cui sia dedotta una sottrazione internazionale di minori, non ha l'obbligo di avvalersi della Convenzione de L'Aia del 1980 per chiedere il rientro immediato del minore nello Stato della sua residenza abituale; dall'altro, che

*"[...] un titolare della responsabilità genitoriale può presentare domanda di riconoscimento e di esecuzione ai sensi del capo III del regolamento n. 2201/2003, di una decisione sulla potestà genitoriale e sul rientro di minori, adottata da un organo giurisdizionale competente a norma del capo II, sezione 2, del regolamento n. 2201/2003, anche se non ha presentato alcuna domanda di rientro fondata sulla Convenzione dell'Aia del 1980"*¹⁰³.

¹⁰¹ Cfr. *supra*, par. 2, nonché Corte di giustizia delle Comunità europee, 11 luglio 2008, *Rinau*, cit., punto 52, e Corte di giustizia dell'Unione europea, 1° luglio 2010, *Povse*, cit., punto 43; 13 luglio 2023, *TT*, cit., punto 36. V. anche M. Ferrari, *Brevi spunti di riflessione su un recente caso di sottrazione internazionale di minore*, cit., p. 7.

¹⁰² Corte di giustizia dell'Unione europea, 20 giugno 2024, *Greislzel*, cit., punto 55. Cfr. M. Ferrari, *Brevi spunti di riflessione su un recente caso di sottrazione internazionale di minore*, cit., p. 5.

¹⁰³ V. Corte di giustizia dell'Unione europea, 19 settembre 2018, cause riunite C-325/18 PPU e C-375/18 PPU, *Hampshire County Council c. C.E. e N.E.*, ECLI:EU:C:2018:739, punti 49, 51 e 53. Cfr. altresì M. Ferrari, *Brevi spunti di riflessione su un recente caso di sottrazione internazionale di minore*, cit., p. 5. D'altro canto, come accennato *supra*, par. 1, conformemente all'art. 60, lett. e), del regolamento (CE) n. 2201/2003, nelle materie da questo disciplinate la Convenzione de L'Aia del 1980 non prevale, nei

Pertanto, la mera circostanza che il genitore abbia intrapreso, senza successo, un procedimento in virtù della Convenzione de L'Aia del 1980, diretto a ottenere il ritorno del minore illecitamente trasferito o trattenuto, tramite l'autorità centrale di uno Stato terzo e trasmesso, in seguito, alle autorità competenti di uno Stato membro, non incide sull'applicazione, a questa situazione, della regola di competenza prevista all'art. 10 del regolamento (CE) n. 2201/2003¹⁰⁴.

Il secondo quesito posto dal Tribunale superiore del *Land*, Francoforte sul Meno, concernente l'individuazione dei criteri per stabilire il perdurare della competenza giurisdizionale in capo allo Stato membro della precedente residenza del minore, nell'ipotesi di cui all'art. 10, lett. b), i), del regolamento Bruxelles II-bis, è stato rielaborato dalla Corte nel senso di farlo convergere, principalmente, attorno la nozione di "domanda di ritorno" prevista dalla disposizione da ultimo citata.

Ci si è chiesti, in particolare, se in tale nozione potesse rientrare quella che l'avvocato generale ha definito "domanda di ritorno *in senso stretto*", ossia una domanda diretta al ritorno del minore in uno Stato, ivi incluso uno Stato terzo, diverso dallo Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento o del mancato ritorno, senza che si entri nel merito della responsabilità genitoriale; oppure una domanda di affidamento di tale minore presentata dinanzi alle autorità giurisdizionali di quello Stato membro¹⁰⁵.

La Corte ha escluso ambedue le ipotesi da una tale assimilazione.

Il regolamento (CE) n. 2201/2003 non specifica cosa debba intendersi per "domanda di ritorno".

rapporti tra gli Stati membri dell'Unione europea che ne siano Parte, sulle disposizioni del regolamento stesso.

¹⁰⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea, 20 giugno 2024, *Greislzel*, cit., punti 61 e 62, laddove si specifica che "[...] non si può ammettere, nel silenzio del regolamento n. 2201/2003, che l'applicazione della norma sulla competenza giurisdizionale in materia di responsabilità genitoriale, prevista all'articolo 10 di tale regolamento, sia subordinata all'applicazione di norme procedurali, come quelle enunciate all'articolo 11, paragrafi 6 e 7, di detto regolamento, intese principalmente a disciplinare le modalità di trasmissione delle informazioni relative al provvedimento contro il ritorno adottato ai sensi dell'articolo 13 della convenzione dell'Aia del 1980, da comunicare all'autorità giurisdizionale competente dello Stato membro nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o mancato ritorno, nonché a determinare le modalità di notificazione di tali informazioni [...]" (cfr. in tema Corte di giustizia dell'Unione europea, 9 gennaio 2015, causa C-498/14 PPU, RG, punto 46). V. pure le conclusioni dell'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona dell'8 febbraio 2024, *Greislzel*, cit., punti 84 e 88.

¹⁰⁵ Corte di giustizia dell'Unione europea, 20 giugno 2024, *Greislzel*, cit., punti 64 e 65; conclusioni dell'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona dell'8 febbraio 2024, *Greislzel*, cit., punto 41.

Tuttavia, è logico e coerente con l'impianto delle norme sulla competenza in materia di responsabilità genitoriale in esso contenute che, da un lato, la "domanda di ritorno" indicata dall'art. 10 debba essere rivolta alle autorità competenti dello Stato membro nel cui territorio il minore è stato illecitamente trasferito e si trova fisicamente; e che, dall'altro, questa stessa domanda miri ad ottenere il ritorno del minore nello Stato membro nel cui territorio aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento illecito e le cui autorità giurisdizionali si trovano generalmente, a causa della loro vicinanza geografica, nella posizione più favorevole per valutare le misure da adottare nell'interesse di tale minore¹⁰⁶. Una domanda diretta a che il minore sia condotto in un altro Stato (per di più terzo rispetto all'Unione europea) nel cui territorio non ha risieduto abitualmente prima del suo trasferimento illecito, non solo comprometterebbe gli obiettivi del regolamento Bruxelles II-bis, ma contrasterebbe altresì con gli obblighi prescritti dalla Convenzione de L'Aia del 1980, essendo questa destinata a proteggere il minore, a livello internazionale, contro gli effetti nocivi derivanti da un suo trasferimento o mancato ritorno illecito, e a stabilire procedure tese ad assicurare l'immediato ritorno del minore nel proprio Stato di residenza abituale¹⁰⁷.

Non può essere considerata equivalente a una "domanda di ritorno" ai sensi dell'art. 10, lett. b), i), del regolamento (CE) n. 2201/2003 neppure la domanda di affidamento presentata presso le autorità giurisdizionali dello Stato membro nel cui territorio il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del trasferimento o del mancato ritorno.

Giustamente, l'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona ha affermato, al riguardo, che

"[...] in materia di sottrazione di minori, il fattore tempo è determinante. Pertanto, ai fini dell'articolo 10, lettera b), punto i), del regolamento n. 2201/2003, una domanda il cui unico obiettivo è il rapido ritorno del minore e che, per questo motivo, viene trattata con urgenza, e un'altra che deciderà sull'affidamento dopo un esame dettagliato del merito della

¹⁰⁶ Corte di giustizia dell'Unione europea, 20 giugno 2024, *Greislzel*, cit., punti 70 e 71, laddove si aggiunge e si sottolinea che il regolamento (CE) n. 2201/2003, oltretutto, "[...] mira a dissuadere le sottrazioni di minori tra Stati e, in caso di sottrazione, ad ottenere il ritorno immediato del minore nel suo Stato di residenza abituale [...]". Cfr. altresì Corte di giustizia dell'Unione europea, 23 dicembre 2009, *Detiček*, cit., punto 36; 19 settembre 2018, *C.E. e N.E.*, cit., punto 47; 14 luglio 2022, *CC*, cit., punto 27; 27 aprile 2023, causa C-372/22, *CM*, punti 21 e 22.

¹⁰⁷ V. in tal senso il Preambolo e l'art. 1, lett. a), della Convenzione de L'Aia del 1980. Cfr. pure M. Ferrari, *Brevi spunti di riflessione su un recente caso di sottrazione internazionale di minore*, cit., pp. 7-8.

controversia nel procedimento a tal fine, non sono intercambiabili"¹⁰⁸.

Tra gli Stati membri dell'Unione europea, il regolamento (CE) n. 2201/2003 facilita certamente il riconoscimento della decisione di affidamento, attenuando la preoccupazione per la lentezza e per gli eventuali ritardi che ha invece un peso decisivo nei contesti, ad esempio, della Convenzione de L'Aia del 1980 e della Convenzione de L'Aia del 1996¹⁰⁹. La concezione e la durata del procedimento di affidamento sono però pur sempre nelle mani degli Stati membri e, a differenza di quanto previsto all'art. 11, par. 3, dello stesso regolamento (CE) n. 2201/2003 ricordato in precedenza, non esiste alcuna norma sui limiti temporali per decidere¹¹⁰.

La domanda di ritorno del minore e la domanda di attribuzione dell'affidamento del minore hanno, dunque, funzioni diverse. L'una è oggetto, per sua natura, di una procedura d'urgenza, dal momento che mira a garantire l'immediato ritorno del minore; l'altra richiede un esame approfondito del merito della controversia in materia di responsabilità genitoriale.

Peraltro, un provvedimento sul ritorno o sul mancato ritorno del minore non risolve la questione dell'affidamento di quest'ultimo, essendo evidente che l'impossibilità di beneficiare di una procedura di ritorno nel quadro del procedimento principale non pregiudica comunque la facoltà del genitore di reclamare i suoi diritti sul minore mediante una procedura di accertamento nel

¹⁰⁸ Oltre alle conclusioni dell'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona dell'8 febbraio 2024, *Greislzel*, cit., punto 61, v. M. Ferrari, *Brevi spunti di riflessione su un recente caso di sottrazione internazionale di minore*, cit., p. 8.

¹⁰⁹ Nel sistema della Convenzione de L'Aia del 1980, infatti, si cerca di subordinare la domanda di affidamento a quella di ritorno: non a caso, in riferimento al problema del rapporto con le altre convenzioni di cui si fa carico l'art. 34, la relazione esplicativa redatta da Elisa Pérez Vera, pubblicata il 12 aprile 1981, afferma, al par. 40, che "*The Convention is designed as a means for bringing about speedy solutions so as to prevent the consolidation in law of initially unlawful factual situations, brought about by the removal or retention of a child*", per cui "[...] *[a] compatibility can be achieved only by ensuring that priority is given to those provisions which are likely to bring about a speedy and, to some extent, temporary solution*". Quanto alla Convenzione de L'Aia del 1996, sussiste una preoccupazione simile, e lo si può dedurre dal commento al suo art. 40 presente nella relazione esplicativa di Paul Lagarde del 15 gennaio 1997, laddove si ribadisce, al par. 168, il primato della Convenzione de L'Aia del 1980 perché "*When a child has been wrongfully removed, the priority remains that of assuring his or her immediate return, and it is only after this return that the discussions may commence on the merits as to measures of protection*".

¹¹⁰ Sull'art. 11, par. 3, del regolamento (CE) n. 2201/2003 v. *supra*, par. 3. L'art. 21, lett. b), ii), della proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000 e che modifica il regolamento (CE) n. 44/2001 relativamente alle obbligazioni alimentari, doc. COM(2002)222, cit., p. 7, prevedeva invece un limite temporale per la decisione, stralciato poi dal testo del provvedimento nella versione approvata in via definitiva.

merito della responsabilità genitoriale, proposta dinanzi ai giudici competenti a conoscerne in forza delle disposizioni del regolamento (CE) n. 2201/2003, nell'ambito della quale potrà essere effettuato un esame approfondito del complesso delle circostanze¹¹¹.

Con il terzo quesito, per concludere, il giudice *a quo* ha chiesto di stabilire se l'art. 11, parr. 6-8, del regolamento Bruxelles II-*bis* trovi applicazione anche nello svolgimento di un procedimento di rimpatrio, ai sensi della Convenzione de L'Aia del 1980, tra uno Stato terzo e uno Stato membro dell'Unione europea nel cui territorio il minore si trova a causa di una sottrazione o di un trattenimento illeciti, "[...] nella misura in cui quest'ultimo aveva la sua residenza abituale in un altro Stato membro prima del suo trasferimento"¹¹².

Poiché l'art. 11 del regolamento suddetto si applica in sinergia con le disposizioni della Convenzione de L'Aia del 1980 solo nei rapporti tra gli Stati membri, ne consegue, a parere della Corte, che gli obblighi di informazione e di notificazione da esso previsti ai parr. 6 e 7, dei quali si è già detto, nonché il carattere esecutivo della decisione di cui all'art. 11, par. 8, al quale pure si è accennato, non si applicano a un procedimento di ritorno del minore espletato tra un'autorità centrale di uno Stato terzo e le autorità dello Stato membro in cui si trova il minore a seguito di un trasferimento illecito o mancato ritorno¹¹³.

5. Conclusioni

Il 15 luglio 2014, nell'illustrare gli orientamenti politici per la Commissione che si candidava a guidare nel quinquennio 2014-2019, Jean-Claude Juncker,

¹¹¹ Così Corte di giustizia dell'Unione europea, 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *J. McB.*, punto 58, per la quale "[Il] trasferimento [del minore compiuto dalla madre verso un altro Stato membro] rappresenta [...] l'esercizio lecito, da parte della madre affidataria del minore, del suo diritto alla libera circolazione, sancito agli artt. 20, n. 2, lett. a), TFUE e 21, n. 1, TFUE, e del suo diritto di decidere il luogo di residenza del minore, senza che ciò privi il padre naturale della possibilità di esercitare il suo diritto di richiedere in seguito il diritto di affidamento del figlio o il diritto di fargli visita". V. anche Corte di giustizia dell'Unione europea, 8 giugno 2017, *OL*, cit., punto 65.

¹¹² Corte di giustizia dell'Unione europea, 20 giugno 2024, *Greislzel*, cit., punto 82; conclusioni dell'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona dell'8 febbraio 2024, *Greislzel*, cit., punto 26.

¹¹³ Cfr. *supra*, par. 3. V. inoltre Corte di giustizia dell'Unione europea, 20 giugno 2024, *Greislzel*, cit., punti 84 e 85; conclusioni dell'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona dell'8 febbraio 2024, *Greislzel*, cit., punti 81-83; L. Carpaneto, *In-Depth Considerations of Family Life v. Immediate Return of the Child in Abduction Proceedings within the EU*, cit., pp. 931-958; Ead., *La sottrazione internazionale di minori nel regolamento (UE) 2019/1111*, cit., p. 336; G. Debernardi, *Esecuzione dell'ordine di ritorno*, cit., pp. 216-220; M. Ferrari, *Brevi spunti di riflessione su un recente caso di sottrazione internazionale di minore*, cit., p. 9; N. Lowe, C. Honorati, M. Hellner, *Brussels II-ter*, cit., pp. 255-257.

nominato allora dal Consiglio europeo alla carica di Presidente, sottolineava quanto fosse importante migliorare progressivamente la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri dell'Unione europea per tenerla al passo di un'epoca in cui sempre più cittadini "[...] spaziano nell'intera Unione per studiare, lavorare, concludere affari, sposarsi e fare figli [...]", gettando ponti tra i diversi ordinamenti nazionali, rafforzando gli strumenti comuni e "[...] assicurando quel riconoscimento reciproco delle sentenze che agevolerà cittadini e imprese nell'esercizio dei propri diritti in tutta l'Unione"¹¹⁴. Mossa dalla profonda certezza che l'interesse del minore (parte debole del rapporto familiare, i cui diritti devono prevalere in un giudizio di bilanciamento con altri diritti eventualmente contrapposti) sia di rilevanza fondamentale in tutte le questioni pertinenti alla sua custodia, la Corte di giustizia adempie ai suoi compiti statutari prestando particolare cura ai casi di sottrazione internazionale con i quali deve confrontarsi, affinché vengano ponderati e risolti nella garanzia del buon funzionamento del mercato interno alla cui concretizzazione, a termini dell'art. 81, par. 2, TFUE, le misure concernenti la cooperazione giudiziaria in materia civile, nel loro insieme, vanno a tendere¹¹⁵.

Le sentenze *MCP*, *Rzecznik Praw Dziecka e altri*, e *Greislzel* sono buoni esempi di questa attitudine.

Nessuna delle tre contiene una definizione del concetto di "residenza abituale", assai rilevante nella dimensione processuale per gli importanti riflessi in ordine alla determinazione della competenza.

Questa lacuna emerge soprattutto nella sentenza *MCP*, laddove, è stato osservato, "[...] *that concept is crucial to the operation not just to art. 10 of Brussels II-bis (art. 9 of Brussels II-ter) but also to the operation of art. 7 of the 1996 Hague Protection of Children Convention and to the 1980 Hague Abduction Convention*"¹¹⁶. Le pronunce,

¹¹⁴ Cfr. J.-C. Juncker, *Un nuovo inizio per l'Europa. Il mio programma per l'occupazione, la crescita, l'equità e il cambiamento democratico. Orientamenti politici per la prossima Commissione europea*, Strasburgo, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2014, reperibile sul sito commission.europa.eu. V. anche il punto 1 della relazione anteposta alla proposta di regolamento del Consiglio concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e la sottrazione internazionale di minori (rifusione), doc. COM (2016)411, cit., p. 2.

¹¹⁵ Sul connubio tra cooperazione giudiziaria in materia civile e buon funzionamento del mercato interno v. specialmente M. Fallon, *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience des Communautés européennes*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 255, The Hague-Boston-London, M. Nijhoff Publishers, 1996, pp. 199-231; J. Heymann, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Paris, Economica, 2010.

¹¹⁶ N. Lowe, *The Application of Art. 10 of Brussels II-bis to Children Abducted Out of the EU*, cit., p. 228. Per un accenno al problema della residenza abituale che "[...] *n'est aucunement explicitée par la Cour*

in realtà, presuppongono (e quindi, confermano) gli interventi realizzati più volte in tema dalla Corte stessa, che ha ribadito la necessità di procedere a una interpretazione “[...] autonoma ed uniforme, da effettuarsi tenendo conto del contesto [...] e dello scopo perseguito dalla normativa di cui trattasi”, nonché l’impossibilità di trasporre direttamente “[...] la giurisprudenza della Corte sulla nozione di residenza abituale relativa ad altri settori del diritto dell’Unione europea”¹¹⁷. La presenza fisica del minore in un determinato luogo costituisce solo uno dei criteri per valutare l’abitualità della residenza, essendo altresì necessario considerare in modo globale se il minore vi si trovi in via temporanea o occasionale e se vi sia un certo grado di integrazione nell’ambiente sociale e familiare¹¹⁸.

Talvolta, oltre ai criteri della durata, della regolarità, delle condizioni e ragioni del soggiorno nel territorio dello Stato membro, si deve anche prendere in considerazione, “[...] alla luce di tutte le circostanze di fatto specifiche della fattispecie”, il trasferimento della madre, la sua origine geografica e familiare, nonché “[...] i rapporti familiari e sociali che la madre e il minore intrattengono in quello stesso Stato membro”, ossia la volontà “[...] di fissarvi, con l’intenzione di conferirgli carattere stabile, il centro permanente o abituale degli interessi”¹¹⁹.

de justice” nella sentenza MCP, si rinvia a E. Gallant, *Inapplicabilité de l’article 10 du règlement Bruxelles II bis en cas d’acquisition d’une résidence habituelle dans un État tiers*, cit., pp. 132-133.

¹¹⁷ Cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, 15 settembre 1994, causa C-452/93 P, *Magdalena Fernández*, punto 22; 11 novembre 2004, causa C-372/02, *Adanez-Vega*, punto 37; 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Kozłowski*, punti 30-54; 2 aprile 2009, causa C-523/07, *A*, punti 34 e 36. Per un commento v. R. Lamont, *Case C-523/07, A, Judgment of the Court of Justice (Third Chamber) of 2 April 2009*, in *Common Market Law Review*, 1/2010, pp. 235-244; S. Marino, *Nuovi criteri interpretativi per la determinazione della giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale: la nozione di residenza abituale dei minori in una recente sentenza della Corte di giustizia CE*, in *Rivista di diritto processuale*, 2/2010, pp. 467-476.

¹¹⁸ Per fare ciò si devono tenere in particolare conto circostanze specifiche, quali la durata, la regolarità, le condizioni e le ragioni del soggiorno in quel luogo e l’eventuale trasloco di tutta la famiglia; la cittadinanza del minore; il luogo e le condizioni della frequenza scolastica; le conoscenze linguistiche e le relazioni familiari e sociali del minore. A titolo esemplificativo, l’affitto, l’acquisto di una abitazione oppure la presentazione di una domanda di alloggio popolare o sociale possono costituire un indizio della volontà di trasferimento del nucleo familiare in un determinato Stato, mentre il soggiorno senza fissa dimora, avendo il minore la residenza abituale altrove, non può essere un valido elemento per determinare l’avvenuta integrazione del minore stesso in un dato ambiente (Corte di giustizia delle Comunità europee, 2 aprile 2009, *A*, cit., punti 39-41).

¹¹⁹ Così Corte di giustizia dell’Unione europea, 22 dicembre 2010, causa C-497/10 PPU, *Mercredi*, punti 51 e 56. Il criterio della durata della permanenza, necessario per distinguere la residenza abituale da una mera presenza temporanea, non può quindi costituire l’unico elemento ai fini della valutazione della stabilità della residenza medesima. Cfr., per maggiori dettagli, M.C. Baruffi, *La sottrazione internazionale tra Convenzione dell’Aja del 1980 e reg. n. 2201/2003*, cit., pp. 27-28; M. Tirini, C. Grassi, *Il concetto della residenza abituale del minore*, cit., pp. 120-124; C. Fossati, *La residenza abituale*

Tutte e tre fanno risaltare invece, potenziandola, la funzione del diritto internazionale, particolarmente della Convenzione de L'Aia del 1980 e della Convenzione de L'Aia del 1996, e mettono a segno un punto di rilievo nel tentativo di superare le difficoltà di coordinamento tra queste, il regolamento Bruxelles II-*bis* e il regolamento Bruxelles II-*ter* quando le loro disposizioni debbano essere applicate in situazioni di protezione dei minori di cui sono partecipi le autorità di Stati terzi.

A tale proposito, le norme del regolamento (UE) 2019/1111 (artt. 94-99) recano innegabilmente maggiori e migliori certezze rispetto alle pregresse norme del regolamento (CE) n. 2201/2003 (artt. 59-63)¹²⁰. Le sentenze *MCP*, *Rzecznik Praw Dziecka e altri*, e *Greislzel* contribuiscono all'obiettivo, accentuato anche dalla dottrina, di mantenere sugli strumenti pattizi e di diritto dell'Unione europea menzionati una interpretazione il più possibile orientata a garantire la tutela del superiore interesse del minore, ossia della traccia alla quale devono ispirarsi i giudici nazionali ogniqualvolta siano impegnati da vicende del genere¹²¹.

Esse, inoltre, confermano l'idea, attestata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo la quale anche se l'Unione non è vincolata da un accordo internazionale, la circostanza che tutti i suoi Stati membri ne siano Parte contraente può avere conseguenze per il diritto derivato rientrando nell'ambito di applicazione dell'accordo medesimo, in quanto la Corte stessa deve interpretare il diritto suddetto alla luce dell'accordo, in ragione del principio consuetudinario della buona fede e del principio di leale cooperazione tra l'Unione e gli Stati

nei regolamenti europei di diritto internazionale privato della famiglia alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2/2022, pp. 283-299.

¹²⁰ Rimangono tuttavia “[...] margini interpretativi rilevanti sui quali la Corte di giustizia potrà essere chiamata a pronunciarsi” (E. Bergamini, *Giurisdizione e riconoscimento delle sentenze di Stati terzi in materia familiare*, cit., p. 423). Sui rapporti tra il regolamento Bruxelles II-*bis*, il regolamento Bruxelles II-*ter*, la Convenzione de L'Aia del 1980 e la Convenzione de L'Aia del 1996, si rinvia, di recente, a T. Kruger, F. Maoli, *The Hague Conventions and EU Instruments in Private International Law*, in W. Schrama, M. Freeman, N. Taylor, M. Bruning (eds.), *International Handbook on Child Participation in Family Law*, Cambridge-Antwerp-Chicago, Intersentia, 2021, pp. 69-86; M. Montserrat Guzmán Peces, *El Reglamento (CE) 2019/1111: principales novedades e interacción con el Convenio de la Haya de 1980 y de 1996*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2/2022, pp. 1293-1309; G. Biagioni, *The Interplay of EU Regulation 2019/1111 with the 1980 Hague Convention in Matters of Child Abduction*, *ivi*, 1/2023, pp. 1077-1089; L. Lusznat, *The Brussels IIb Regulation: Most Significant Changes Compared to its Predecessor and Enhancement of the 1980 Hague Convention on International Child Abduction*, in *Journal of Private International Law*, 1/2024, pp. 129-153.

¹²¹ V. E. Bergamini, *Giurisdizione e riconoscimento delle sentenze di Stati terzi in materia familiare*, cit., p. 423.

membri di cui all'art. 4, par. 3, TUE¹²².

Ciascuna, infine, ha un proprio tratto distintivo che ne caratterizza il contenuto e ne giustifica l'impatto.

La sentenza *MCP* ha affrontato la complessa questione dell'ambito di applicazione del regolamento (CE) n. 2201/2003 [e del regolamento (UE) 2019/1111] a situazioni che coinvolgono Stati terzi. Sempre più frequentemente, i tribunali degli Stati membri sono chiamati a pronunciarsi su casi che riguardano rapporti con Stati terzi e a valutare l'applicabilità in tali situazioni delle norme di diritto derivato¹²³. Una rigorosa interpretazione ha portato la Corte di giustizia a escludere l'applicabilità dell'art. 10 del regolamento Bruxelles II-bis. Quando un minore viene trasferito o trattenuto illegittimamente in uno Stato terzo, la competenza del giudice che dovrà intervenire sulla responsabilità genitoriale non può pertanto essere determinata sulla scorta di norme comuni giustificate dall'integrazione tra gli Stati membri dell'Unione e dal conseguente principio della fiducia reciproca.

La soluzione va invece ricercata nelle diverse norme che vincolano l'Unione e lo Stato terzo di volta in volta considerato, sulla base del rango delle norme stesse o, in via residuale, nelle norme interne di diritto internazionale privato di ciascuno Stato¹²⁴.

È stato notato come la Corte non abbia affrontato un elemento cruciale nell'identificazione dell'illiceità del trasferimento, ossia la questione dell'esercizio effettivo da parte del padre della responsabilità genitoriale.

È tuttavia probabile che essa, animata dalla volontà di assicurare l'uniforme applicazione del regolamento (CE) n. 2201/2003 nel territorio degli Stati membri, abbia "[...] preferito cogliere l'occasione per fornire una risposta a tutti i giudici nazionali sulla normativa applicabile in un caso di sottrazione internazionale verso un paese terzo, limitando – correttamente – l'applicazione del regolamento alle sole ipotesi di sottrazione intra UE"¹²⁵.

La sentenza *Rzecznik Praw Dziecka e altri* contribuisce in maniera importante

¹²² Cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, 3 giugno 2008, causa C-308/06, *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e altri*, punto 52; Corte di giustizia dell'Unione europea, 23 gennaio 2014, causa C-537/11, *Manzi e Compagnia Naviera Orchestra*, punto 45.

¹²³ Lo si desume dalle statistiche cui si riferisce M. Freeman, *Parental Child Abduction to Third Countries*, Study requested by the JURI Committee, Brussels, European Parliament-Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, 2024, pp. 1-57. V. inoltre l'*International Child Abduction Database* (INCADAT) gestito dalla Conferenza de L'Aia di diritto internazionale privato.

¹²⁴ Così M.C. Baruffi, *La sottrazione internazionale di minori*, cit., p. 29.

¹²⁵ Il rischio era quello di dover qualificare la fattispecie analizzata nella sentenza *MCP* come un caso di trasferimento lecito: v. M.C. Baruffi, *La sottrazione internazionale di minori*, cit., p. 36.

a chiarire i requisiti imposti dal diritto dell'Unione europea ai procedimenti nazionali riguardanti la sottrazione internazionale di minori.

La Corte di giustizia ha stabilito quali siano i limiti dell'autonomia procedurale degli Stati membri in relazione all'efficacia del diritto dell'Unione europea e dei diritti fondamentali, agganciando l'obbligo di risultato di cui all'art. 11, par. 3, del regolamento (CE) n. 2201/2003 al principio del primato nonché alla portata generale e alla diretta applicabilità dei regolamenti, e allineando la sua analisi con la giurisprudenza rilevante della Corte EDU a proposito degli artt. 6 e 8 CEDU¹²⁶.

Nei casi di sottrazione di minori, in effetti, la tempestività è essenziale affinché la procedura di ritorno vada a buon fine. Quanto più rapidamente si pone fine al problema causato dal cambiamento ambientale, tanto meno quest'ultimo sarà traumatizzante per il minore. Anche il rapporto tra il minore e il genitore cui è stato sottratto ne risente: l'intensità si riduce nel corso dei mesi trascorsi senza contatti; più il minore interessato è in tenera età, più la sua struttura intellettuale e psicologica evolve rapidamente, e più il trascorrere del tempo può essere lesivo¹²⁷. Non sempre, però, è possibile garantire l'immediatezza auspicabile, e i motivi sono vari.

Tra questi, lo ha segnalato la Commissione nella sua relazione di accompagnamento alla proposta di regolamento Bruxelles II-ter, il fatto che la legislazione nazionale non limiti il numero di impugnazioni proponibili avverso il relativo provvedimento¹²⁸. Le forti difficoltà riscontrate in proposito nell'ordinamento polacco hanno indotto la Commissione stessa a promuovere

¹²⁶ A. Caiola, *Retour d'enfants et droit au respect de la vie familiale*, cit., pp. 299-300; O.M. Ceran, *Expeditionness of Child Abduction Proceedings, Procedural Autonomy, and what it Has to Do with Sincere Cooperation*, cit., pp. 1793 e 1805. V. Corte di giustizia delle Comunità europee, 17 settembre 2002, causa C-253/00, *Antonio Muñoz y Cia SA e Superior Fruiticola SA*, punto 27; Corte di giustizia dell'Unione europea, 22 febbraio 2022, causa C-430/21, *RS*, punto 53.

¹²⁷ Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Emiliou del 12 gennaio 2023, *Rzecznik Praw Dziecka e altri*, cit., punto 56, nonché Corte di giustizia delle Comunità europee, 11 luglio 2008, *Rinau*, cit., punto 81.

¹²⁸ Punto 1 della relazione anteposta alla proposta di regolamento del Consiglio concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e la sottrazione internazionale di minori (rifusione), doc. COM(2016)411, cit., p. 3, in cui si aggiunge poi che "I ritardi di trattamento dei casi sono anche ascrivibili alla scarsa specializzazione, in diversi Stati membri, delle autorità giurisdizionali che si occupano delle domande di ritorno. I casi di sottrazione transfrontaliera sono complessi e sensibili e se a trattarli sono tutte le autorità giurisdizionali locali competenti in materia di diritto di famiglia, il singolo giudice vi si imbatte solo raramente. Di conseguenza avrà poca familiarità con le procedure e le disposizioni applicabili e poche possibilità di mantenere contatti con altre giurisdizioni dell'UE secondo modalità assodate, e di rafforzare così la fiducia reciproca".

una procedura di infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE, notificando alla Polonia, il 26 gennaio 2023 (quattordici giorni dopo la pubblicazione delle conclusioni dell'avvocato generale Emiliou), una lettera di messa in mora nella quale sono state evidenziate "[...] *the non-conformity of the Polish law with the Brussels IIa Regulation, specifically the provisions relating to the enforcement of judgments or orders that require the return of abducted children to their place of habitual residence*", nonché "[...] *a systematic and persistent failure of Polish authorities to speedily and effectively enforce judgments ordering the return of abducted children to other EU Member States*"¹²⁹. Aver modificato il Codice di procedura civile nel senso spiegato in precedenza, dopo l'entrata in vigore del nuovo regolamento (UE) 2019/1111 ma prima della sua data di applicazione, solleva certamente gravi questioni in termini di leale cooperazione nei confronti dell'Unione¹³⁰.

La sentenza *Greislzel* delucida tre aspetti il cui peso, nella sottrazione internazionale di minori, è oltremodo palese. Pronunciandosi sulla regola di competenza speciale prevista dall'art. 10 del regolamento (CE) n. 2201/2003, la Corte di giustizia, come detto, ha, in primo luogo, confermato che le autorità giurisdizionali dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale prima del suo trasferimento illecito o del mancato ritorno conservano, in linea di principio e a determinate condizioni, la loro competenza internazionale¹³¹. Né la definizione di "trasferimento illecito o mancato rientro del minore", su cui si fonda l'art. 10, dipende dall'avvio di un procedimento di ritorno basato sulla Convenzione de L'Aia del 1980 da parte del titolare del diritto di affidamento; né l'art. 10, lett. b), i), del regolamento Bruxelles II-bis specifica che una domanda di ritorno debba essere stata presentata a titolo della Convenzione o esclude che essa abbia potuto essere presentata per il tramite di un'autorità centrale di uno Stato terzo¹³². La Corte ha altresì rilevato che una domanda diretta al ritorno del minore in uno Stato diverso dallo Stato membro nel quale esso era abitualmente residente e una domanda di affidamento presentata dinanzi alle autorità giurisdizionali di

¹²⁹ Si tratta della procedura INFR(2021)2001 del 26 gennaio 2023, i cui documenti sono consultabili sul sito ec.europa.eu. Cfr. European Commission, *January Infringements Package: Key Decisions*, press release 23-142, Brussels, 26 January 2023, disponibile anch'esso sul sito ec.europa.eu. O.M. Ceran, *Expediiousness of Child Abduction Proceedings, Procedural Autonomy, and what it Has to Do with Sincere Cooperation*, cit., p. 1802, ha considerato (sensatamente) che "*This must have been known to the Court*".

¹³⁰ V. in merito O.M. Ceran, *Expediiousness of Child Abduction Proceedings, Procedural Autonomy, and what it Has to Do with Sincere Cooperation*, cit., p. 1805.

¹³¹ R. Molè, *Il regolamento CE n. 2201/2003 (Bruxelles II bis)*, cit., pp. 370-372; C.E. Tuo, *Superiore interesse del minore e regolamenti UE di diritto internazionale privato della famiglia*, cit., pp. 678-682; M. Ferrari, *Brevi spunti di riflessione su un recente caso di sottrazione internazionale di minore*, cit., pp. 4-5.

¹³² Cfr. M. Ferrari, *Brevi spunti di riflessione su un recente caso di sottrazione internazionale di minore*, cit., p. 5.

tale Stato membro non rientrano nella nozione di “domanda di ritorno” ai sensi dell’art. 10, lett. b), i), suddetto¹³³.

La Corte, infine, ha precisato come l’art. 11 del regolamento (CE) n. 2201/2003 si applichi solo tra Stati membri dell’Unione europea, insieme con la Convenzione de L’Aia del 1980. Pertanto, gli obblighi di informazione e di notifica previsti dai parr. 6 e 7, e il carattere esecutivo della decisione di cui al par. 8, non si applicano a un procedimento di ritorno espletato in forza di tale Convenzione tra uno Stato terzo e uno Stato membro in cui si trovi il minore¹³⁴.

¹³³ Cfr. M. Ferrari, *Brevi spunti di riflessione su un recente caso di sottrazione internazionale di minore*, cit., pp. 7-8.

¹³⁴ V. L. Carpaneto, *In-Depth Considerations of Family Life v. Immediate Return of the Child in Abduction Proceedings within the EU*, cit., pp. 931-958; Ead., *La sottrazione internazionale di minori nel regolamento (UE) 2019/1111*, cit., p. 336; G. Debernardi, *Esecuzione dell’ordine di ritorno*, cit., pp. 216-220; M. Ferrari, *Brevi spunti di riflessione su un recente caso di sottrazione internazionale di minore*, cit., p. 9; N. Lowe, C. Honorati, M. Hellner, *Brussels II-ter*, cit., pp. 255-257.

**DIRITTI FONDAMENTALI, DISCREZIONALITÀ DEGLI STATI IN TEMA
DI RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE E PERCORSI LEGALI
DI ACCESSO: NOTE ALLA SENTENZA AFRIN**

di *Emilio Adamo*¹

Sommario: 1. Introduzione – 2. I fatti oggetto della controversia – 3. Questioni preliminari – 4. Questioni di merito – 5. Obblighi per gli Stati individuati dalla Corte – 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il ricongiungimento familiare e l'alienazione parentale sono due concetti legati al mondo del diritto di famiglia. Pur avendo significati e implicazioni diverse, si può percepire una correlazione eventuale tra la prima e la seconda fattispecie nella misura in cui l'azione di un genitore che danneggia il rapporto del figlio o dei figli con l'altro genitore possa vedersi avvantaggiata da situazioni di separazione che proprio il diritto al ricongiungimento familiare avrebbe lo scopo e l'intenzione di risolvere.

Deriva da ciò l'interesse per la sentenza *Afrin* (sentenza del 18 aprile 2023, causa C-1/23 PPU), con la quale la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è pronunciata in merito ad un caso in cui si è fatta applicazione della normativa belga di recepimento della direttiva 2003/86/CE, relativa al diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini dei Paesi terzi legalmente residenti nell'Unione.

In tale occasione, la Corte ha dovuto chiarire se l'art. 5, par. 1, della direttiva 2003/86/CE, alla luce del disposto dell'art. 7 nonché dell'art. 24, parr. 2 e 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in seguito: "la Carta"), fosse di impedimento ad una normativa nazionale che richiede, senza eccezioni, la comparizione personale dei familiari del soggiornante al momento della presentazione della domanda di ricongiungimento familiare.

La Corte ha risposto che

“l'articolo 5, par. 1, della direttiva 2003/86/CE, in combinato disposto con l'articolo 7 nonché con l'articolo 24, paragrafi 2 e 3, della Carta, deve essere interpretato nel senso che

¹ Dottorando di Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Il presente contributo è stato sottoposto a procedura di *double-blind peer review*.

esso osta a una normativa nazionale che, ai fini della presentazione di una domanda di ingresso e di soggiorno per ricongiungimento familiare, richiede ai familiari del soggiornante, che sia stato in particolare riconosciuto come rifugiato, di presentarsi personalmente presso la sede diplomatica o consolare di uno Stato membro competente per il loro luogo di residenza o di soggiorno all'estero, e ciò anche in una situazione in cui sia per loro impossibile o eccessivamente difficile recarsi presso la suddetta sede, fatta salva la possibilità per tale Stato membro di richiedere la comparizione personale di tali familiari in una fase successiva della procedura di domanda di ricongiungimento familiare”².

La direttiva 2003/86/CE si inserisce nell’ambito dei percorsi legali di accesso al territorio dell’Unione per cittadini di Paesi terzi.

Scopo del presente contributo è quello di sottolineare l’importanza, in tale settore, di previsioni normative in grado di realizzare un’armonizzazione effettiva tra i vari ordinamenti nazionali.

A tale scopo, siffatte previsioni dovrebbero essere, da un lato, sufficientemente dettagliate al fine di scongiurare margini discrezionali eccessivamente ampi per gli Stati membri in fase di recepimento, che rischierebbero di produrre decisioni arbitrarie non conformi alla disciplina da recepire e lesive dei principi della Carta. Dall’altro, dovrebbero essere in grado di realizzare un impianto normativo coerentemente strutturato tale da prevedere obblighi effettivi ed adeguate garanzie.

La trattazione verrà articolata come segue: dapprima, illustreremo i fatti oggetto del giudizio (par. 2); in seguito, ci soffermeremo brevemente su alcune questioni preliminari (par. 3) e passeremo in rassegna le questioni principali affrontate dalla Corte (par. 4); analizzeremo gli obblighi individuati dalla sentenza, cui gli Stati sono tenuti in fase di applicazione della normativa nazionale di recepimento (par. 5); infine, tratteremo alcune brevi considerazioni (par. 6).

2. I fatti oggetto della controversia

La vicenda riguarda una famiglia di cittadini siriani. Nel 2019, il sig. Y lasciava la Siria per recarsi in Belgio, dove gli veniva riconosciuto lo *status* di rifugiato, mentre la sig.ra X e i loro due figli minorenni, rimanevano nella città di Afrin, situata nel nord-ovest della Siria. La domanda di ricongiungimento familiare veniva presentata, prima, a mezzo messaggio di posta elettronica e, successivamente, con lettera raccomandata.

² Corte di giustizia dell’Unione europea, 18 aprile 2023, causa C-1/23 PPU, *Afrin*, punto 60.

La sig.ra X e i suoi figli si trovavano in condizioni eccezionali che impedivano loro, effettivamente, di recarsi presso una sede diplomatica belga al fine di presentare ivi la domanda. Tuttavia, l'*Office des étrangers* (Ufficio stranieri, Belgio) rispondeva che, secondo la legislazione belga, non era possibile presentare una domanda di ingresso e di soggiorno per ricongiungimento familiare mediante messaggio di posta elettronica ed invitava i richiedenti a contattare l'ambasciata competente. Stante il diniego, il nucleo familiare citava lo Stato belga dinanzi al Tribunale di primo grado di Bruxelles, giudice del rinvio, al fine di ottenere la registrazione della domanda presentata via e-mail. In particolare, i ricorrenti sostenevano che tenuto conto dell'impossibilità per la sig.ra X ed i suoi figli di recarsi presso una sede diplomatica o consolare, la normativa belga – che impone il requisito della comparizione personale, anche nel caso in cui detti familiari siano nell'impossibilità di recarvisi – non sarebbe conforme al diritto dell'Unione e pertanto la domanda avrebbe dovuto essere registrata.

Come evidenziato dal giudice del rinvio, la normativa belga non prevede deroghe all'obbligo di presentazione personale presso la rappresentanza diplomatica o consolare competente per il luogo di residenza o soggiorno all'estero. Inoltre, all'epoca, la regione di Afrin si trovava sotto l'effettivo controllo della Turchia e la sig.ra X ed i suoi figli non avevano alcuna possibilità concreta di lasciare tale area per presentare una domanda di ricongiungimento familiare personalmente.

In questo contesto, il tribunale belga ha sottoposto, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), una sola questione pregiudiziale per la quale ha chiesto, peraltro, l'instaurazione del procedimento pregiudiziale d'urgenza previsto dall'art. 107, par. 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia. La questione riguarda l'art. 5, par. 1, della direttiva 2003/86/CE, gli artt. 23 e 24 della direttiva 2011/95/UE (c.d. direttiva qualifiche), nonché gli artt. 7 e 24 della Carta.

Prima di passare in rassegna i passaggi più rilevanti della motivazione, appare opportuno soffermarsi su alcuni aspetti preliminari.

3. Questioni preliminari

Innanzitutto, sulla scorta delle conclusioni dell'Avvocato generale è stato riformulato il quesito del giudice del rinvio³. Gli artt. 23 e 24 della direttiva 2011/95/UE, relativi al mantenimento dell'unità del nucleo familiare e al permesso

³ Conclusioni dell'Avvocato generale Pitruzzella del 9 marzo 2023, causa C-1/23 PPU, *Afrin*, par. 31.

di soggiorno, non sono stati ritenuti attinenti al caso di specie poiché non si applicano ai familiari di un rifugiato non presenti nel territorio dello Stato membro interessato.

In secondo luogo, la causa è stata trattata con il procedimento pregiudiziale d'urgenza per due ordini di ragioni. Innanzitutto, la domanda di pronuncia pregiudiziale riguardava l'interpretazione di un atto adottato sulla base dell'art. 63, comma 1, punto 3, lett. a), del Trattato istitutivo della Comunità europea (TCE), divenuto oggi l'art. 79 TFUE.

Tale atto si colloca nel Titolo V della Parte Terza del TFUE, relativo allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Il secondo motivo risiede nella sussistenza del requisito dell'urgenza. Infatti, i figli minorenni erano separati dal padre da più di tre anni ed il perdurare di questa situazione, che sarebbe derivata dalla mancata registrazione della domanda, avrebbe potuto compromettere seriamente la relazione genitoriale⁴.

In terzo luogo, va segnalato il mancato accoglimento della richiesta di non luogo a statuire sulla domanda di pronuncia pregiudiziale avanzata dal governo belga. La richiesta si fondava sulla circostanza per la quale con successiva e-mail, ormai in pendenza del giudizio avviato dai ricorrenti, l'Ufficio stranieri, ritornando sui propri passi, avesse autorizzato i familiari del soggiornante a presentare la loro domanda di ricongiungimento familiare senza dover comparire personalmente.

Tuttavia, la Corte evidenziava come la predetta e-mail non costituisse un'accettazione da parte dell'Ufficio di registrare l'originaria domanda, bensì un semplice invito a proporre una nuova senza questa volta l'obbligo della comparizione personale⁵. Inoltre, l'art. 5, par. 4, della direttiva 2003/86/CE stabilisce che le autorità nazionali competenti comunicano la loro decisione "[...] non appena possibile e comunque entro nove mesi dalla data di presentazione". Pertanto, in assenza della registrazione della domanda e quindi del *dies a quo*, permaneva per i ricorrenti un interesse certo alla registrazione e da ciò la necessità di una pronuncia sulla questione pregiudiziale.

⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea, 16 febbraio 2023, causa C-638/22 PPU, *Rzecznik Praw Dziecka e altri (Sospensione dell'ordine di ritorno)*, punto 42.

⁵ Conclusioni dall'Avvocato generale, cit., par. 24.

4. Questioni di merito

Ciò premesso, occorre esaminare i passaggi più importanti della motivazione.

Innanzitutto, la Corte si sofferma sul disposto dell'art. 5, par. 1, della direttiva 2003/86/CE, ai sensi del quale gli Stati membri determinano se, per esercitare il diritto al ricongiungimento familiare, la domanda di ingresso e di soggiorno debba essere presentata alle autorità competenti dello Stato membro interessato, dal soggiornante o dal familiare o dai familiari. L'art. 12 *bis*, par. 1, comma 1, della legge del 15 dicembre 1980, che recepisce nel diritto belga l'art. 5, par. 1, prevede, in capo ai familiari del soggiornante e non al soggiornante stesso, l'onere di presentare una domanda di ingresso e di soggiorno per ricongiungimento familiare nonché di presentarsi personalmente presso il rappresentante diplomatico o consolare belga competente per il loro luogo di residenza o di soggiorno all'estero.

La Corte, rifacendosi alla sua giurisprudenza precedente, precisa come in base all'art. 5, par. 1, della direttiva, gli Stati membri debbano determinare sia la persona autorizzata a presentare la domanda di ingresso e soggiorno per ricongiungimento familiare, sia l'autorità competente a registrarla.

Tuttavia, tale discrezionalità deve essere esercitata in modo da non pregiudicare l'obiettivo e l'effetto utile della direttiva⁶.

L'obiettivo che la direttiva si prefigge di realizzare è quello di favorire il ricongiungimento familiare e accordare una protezione ai cittadini di Paesi terzi, in particolare ai minori. Al riguardo, dall'art. 4, par. 1, della direttiva, la Corte ha desunto obblighi positivi precisi cui fanno da contraltare diritti soggettivi chiaramente definiti. In particolare, al ricorrere delle condizioni previste dal Capo IV della direttiva, gli Stati sono tenuti ad autorizzare il ricongiungimento di alcuni familiari del soggiornante⁷.

A ciò si aggiunge l'obiettivo "specifico" della direttiva, desumibile dal suo 8° "considerando", ovvero di garantire una tutela rafforzata ai cittadini di Paesi terzi riconosciuti rifugiati, in considerazione del fatto che la loro situazione richiede un'attenzione particolare⁸.

⁶ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Afrin*, cit., punto 41 e giurisprudenza ivi richiamata; Corte di giustizia dell'Unione europea, 4 marzo 2010, causa C-578/08, *Chakroun*, punto 43.

⁷ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Afrin*, cit., punto 42.

⁸ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Afrin*, cit., punto 43; comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio concernente gli orientamenti per l'applicazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento, doc. COM (2014)210 def. del 3 aprile 2014, p. 23;

In secondo luogo, la Corte si è soffermata sui principi sanciti dall'art. 7 nonché dall'art. 24, parr. 2 e 3, della Carta. Ai sensi del 2° "considerando", la direttiva rispetta i diritti fondamentali ed i principi riconosciuti in particolare nell'art. 8 CEDU e dalla Carta.

Al riguardo, la Corte, richiamando sue precedenti pronunce, sottolinea come gli Stati membri siano tenuti non solo ad interpretare il rispettivo diritto nazionale in modo conforme al diritto europeo ma anche a non prediligere interpretazioni degli atti di diritto derivato contrastanti con i diritti fondamentali⁹.

In particolare, l'art. 7, riconosce il diritto al rispetto del proprio domicilio e delle sue comunicazioni nonché il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare. Rifacendosi, ancora una volta, alla propria giurisprudenza, la Corte rammenta come tale disposizione debba essere letta in combinato disposto con l'art. 24, parr. 2 e 3, della Carta, concernente l'obbligo di considerare preminente l'interesse superiore del minore ed il diritto del minore di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse¹⁰.

Da ciò la Corte fa discendere l'obbligo di interpretare e applicare le disposizioni della direttiva 2003/86/CE alla luce dell'art. 7 e dell'art. 24, parr. 2 e 3, della Carta, come risulta dal 2° "considerando" nonché dall'art. 5, par. 5, della direttiva, che impongono agli Stati membri di esaminare le domande di ricongiungimento tenendo conto dell'interesse superiore dei minori coinvolti e nell'ottica di favorire la vita familiare.

Inoltre, nel fare ciò, le autorità nazionali devono svolgere una valutazione equilibrata e ragionevole di tutti gli interessi in gioco, tenendo conto in particolare di quelli dei minori coinvolti¹¹.

In terzo luogo, la Corte sottolinea come, al fine di realizzare l'obiettivo della direttiva, sia indispensabile che, in situazioni nelle quali la comparizione sia impossibile o eccessivamente difficile, gli Stati membri diano prova della flessibilità necessaria, agevolando la presentazione della domanda di ricongiungimento ed ammettendo il ricorso a mezzi di comunicazione a distanza. Ricorso alla flessibilità che si rende particolarmente necessario con riferimento alla situazione peculiare dei rifugiati.

Per questi ultimi, infatti, l'art. 12 della direttiva prevede un regime di favore, esonerando il rifugiato o i suoi familiari dall'onere di dover provare la sussistenza

Corte di giustizia dell'Unione europea, 12 dicembre 2019, causa C-519/18, *Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*.

⁹ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Afrin*, cit., punto 44.

¹⁰ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Afrin*, cit., punto 45.

¹¹ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Afrin*, cit., punti 46 e 47.

delle condizioni stabilite nell'art. 7, par. 1 (adeguatezza alloggiativa, assicurazione contro le malattie, risorse economiche stabili e regolari).

Tuttavia, tale *favor* potrebbe venir meno qualora la domanda di ricongiungimento non fosse presentata entro tre mesi dalla concessione dello *status* di rifugiato, come previsto dall'art. 12, par. 1, comma 3, o dalla relativa disposizione nazionale di recepimento¹².

Pertanto, conclude la Corte, una normativa interna che preveda il requisito della comparizione personale al momento della presentazione di una domanda di ricongiungimento, senza che siano ammesse eccezioni per tener conto della situazione concreta, finisce con il rendere in pratica impossibile l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare.

Conseguentemente, tale normativa, applicata senza la flessibilità necessaria, pregiudica l'obiettivo perseguito dalla direttiva 2003/86/CE e priva quest'ultima del suo effetto utile. Inoltre, siffatta normativa viola il diritto al rispetto dell'unità familiare sancito dall'art. 7 della Carta, se del caso in combinato disposto con l'art. 24, parr. 2 e 3, della stessa¹³.

L'obbligo di comparizione personale, invocato dal governo belga al fine di contrastare le frodi connesse al ricongiungimento familiare, sebbene legittimo, costituisce un'ingerenza sproporzionata nel diritto al rispetto dell'unità familiare in violazione dell'art. 52, par. 1, della Carta.

Al riguardo, la Corte segnala come la procedura per il ricongiungimento familiare, di cui all'art. 5, si articola in più fasi.

Pertanto, gli Stati membri potrebbero richiedere la comparizione personale dei familiari in una fase ulteriore deputata alla verifica dei vincoli familiari e dell'identità degli interessati. In tali ipotesi, precisa la Corte, al fine di non pregiudicare l'obiettivo perseguito dalla direttiva e i diritti fondamentali che essa mira a proteggere, lo Stato membro deve facilitare la comparizione, segnatamente mediante l'emissione di documenti consolari o lasciapassare, e ridurre allo stretto necessario il numero di comparizioni.

In particolare, la possibilità di effettuare tali controlli andrebbe prevista alla fine della procedura, possibilmente, contestualmente alla consegna dei documenti consolari¹⁴.

¹² Corte di giustizia dell'Unione europea, *Afrin*, cit., punti 51 e 53.

¹³ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Afrin*, cit., punti 54 e 56.

¹⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Afrin*, cit., punti 57-59.

5. Obblighi per gli Stati individuati dalla Corte

L'iter legislativo che aveva condotto all'emanazione del testo della direttiva era stato alquanto travagliato.

Soltanto in terza battuta si era giunti all'emanazione di un testo definitivo.

La versione finale rappresenta un'armonizzazione ridotta, una "*directive caméléon*" che si adatta agli ordinamenti nazionali assicurando agli Stati membri ampi margini discrezionali e facoltà di deroga¹⁵.

La prima proposta di direttiva della Commissione prevedeva, inizialmente, che la domanda di ricongiungimento familiare andasse presentata dal richiedente.

Quest'ultimo, in quanto già residente, avrebbe dovuto avere maggiori *chances* di orientarsi nelle procedure amministrative, grazie alla conoscenza della lingua del Paese e delle prassi burocratiche¹⁶.

Tuttavia, in conseguenza di un emendamento del Consiglio, la proposta iniziale venne modificata prevedendo un'ulteriore opzione, consistente nella possibilità di stabilire che la domanda di ricongiungimento fosse presentata dall'estero dai familiari del richiedente.

La *ratio* dell'emendamento, come poi chiarito dalla Commissione, era quella di consentire agli Stati membri di organizzare colloqui con gli interessati ed avviare indagini per contrastare le frodi¹⁷.

Proprio a tale finalità sembrerebbe orientata la normativa nazionale belga allorché prevede, in capo ai familiari del soggiornante anziché al soggiornante stesso, l'onere di presentare la domanda di ricongiungimento personalmente dinanzi l'autorità competente per il loro luogo di residenza o di soggiorno all'estero. Del resto, come si è visto, il legislatore dell'Unione, attraverso la formulazione finale dell'art. 5, par. 1, ha lasciato agli Stati membri ampia discrezionalità quanto alla determinazione delle modalità di presentazione delle domande di ricongiungimento familiare.

Tuttavia, tale potere non è illimitato ma trova un argine nell'obiettivo perseguito dalla direttiva, nel relativo effetto utile nonché nel rispetto dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta. Pertanto, le esigenze sottese alla politica di lotta

¹⁵ P. De Bruycker, Y. Pascouau, *Le regroupement familial à la croisée des droits européen et belge*, Bruxelles, Fondation Roi Baudouin, 2011, p. 17; C. Favilli, *La politica dell'Unione in materia d'immigrazione e asilo. Carenze strutturali e antagonismo tra gli Stati membri*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2018, p. 6; comunicazione della Commissione, cit., p. 3.

¹⁶ Proposta di direttiva del Consiglio relativa al diritto al ricongiungimento familiare, doc. COM(1999)638 def. del 1° dicembre 1999, art. 7.

¹⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale, cit., par. 45.

alle frodi in materia di ricongiungimento, certamente legittime, non possono essere ritenute prevalenti rispetto agli obiettivi e diritti che la direttiva e la Carta si prefiggono di perseguire e tutelare.

In tal senso, con la sentenza *Afrin*, la Corte individua alcuni obblighi in capo agli Stati membri volti a contenere i predetti margini discrezionali.

In primo luogo, considerato che la discrezionalità riservata agli Stati dall'art. 5, par. 1, della direttiva, non può esplicarsi in pregiudizio all'obiettivo fissato dalla direttiva stessa e del relativo effetto utile, la normativa nazionale eccessivamente rigida deve essere applicata con la flessibilità necessaria.

In secondo luogo, l'applicazione rigida, priva di deroghe, della normativa belga costituirebbe un'ingerenza sproporzionata nel diritto al rispetto dell'unità familiare che non tiene conto del superiore interesse del minore e che pregiudicherebbe il cosiddetto "diritto ai genitori" di ciascun bambino¹⁸.

Pertanto, gli Stati membri dovrebbero facilitare la comparizione dei richiedenti prevedendo tale requisito in una fase ulteriore o finale della procedura, possibilmente, contestualmente alla consegna dei documenti consolari, così da limitare il numero degli appuntamenti in presenza¹⁹.

In terzo luogo, al fine di garantire un'interpretazione ed applicazione delle disposizioni della direttiva conforme agli artt. 7 e 24, parr. 2 e 3, della Carta, le autorità nazionali competenti debbono procedere ad una valutazione equilibrata e ragionevole di tutti gli interessi in gioco, tenendo conto in particolare di quelli dei minori coinvolti²⁰.

Si tratta del c.d. obbligo di individualizzazione, che la Corte ha desunto dall'art. 17 della direttiva.

In base a tale obbligo, spetta agli Stati membri fare in modo che le autorità nazionali competenti procedano, in ogni singolo caso, a una valutazione individuale della situazione delle persone interessate, che tenga conto di tutti gli elementi rilevanti e che, ove necessario, presti particolare attenzione agli interessi dei minori e all'ottica di favorire la vita familiare.

¹⁸ P.F. Lotito, *Art. 24. Diritti del bambino*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2001, pp. 185 e 194-195.

¹⁹ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Afrin*, cit., punti 58 e 59.

²⁰ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Afrin*, cit., punto 47; conclusioni dell'Avvocato generale, cit., par. 56.

6. Considerazioni conclusive

Il sistema delineato dalla direttiva 2003/86/CE ha introdotto nell'ordinamento dell'Unione europea uno dei primi modelli di percorsi legali di accesso al territorio dell'Unione per i cittadini di Paesi terzi.

Sebbene, come si è visto, non abbia realizzato un'armonizzazione completa, la direttiva ha, quantomeno, introdotto una disciplina normativa in materia di ricongiungimento familiare.

In questo senso, siffatto strumento si affianca ad altri atti dell'Unione con i quali è stata regolamentata la posizione degli stranieri in condizione di soggiorno legale.

Tuttavia, non sempre l'ordinamento europeo è riuscito a prevedere una vera e propria disciplina normativa dei vari percorsi legali di accesso esistenti.

Nell'ambito di questo secondo filone possiamo citare il *resettlement*, programma europeo avviato sin dal 2015.

Lo strumento giuridico utilizzato in tale occasione era stata la raccomandazione (UE) 2015/914 con la quale la Commissione ha, appunto, raccomandato che gli Stati membri reinsediassero 20.000 persone bisognose di protezione internazionale sulla base dei parametri indicati dalla raccomandazione stessa²¹.

Sempre nell'ambito di questa seconda categoria troviamo due ulteriori tipologie di percorsi legali, classificabili come *complementary pathways*, stante la loro complementarietà rispetto al *resettlement*²².

Essi sono, innanzitutto, quelli avviati su iniziativa di organizzazioni della società civile o con la collaborazione di organizzazioni internazionali, sotto la veste di *partnership* pubblico-privato.

Nella maggior parte dei Paesi europei, tali programmi sono stati realizzati tramite la stipula di protocolli d'intesa tra i predetti soggetti e le pubbliche amministrazioni, di volta in volta, coinvolte²³.

In secondo luogo, troviamo quelli a carattere emergenziale attivati in contesti operativi eccezionali, tali da richiedere prontezza e tempestività di intervento.

²¹ Raccomandazione (UE) 2015/914 della Commissione, dell'8 giugno 2015, relativa a un programma di reinsediamento europeo.

²² United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), *The Global Compact on Refugees*, New York, United Nations, 2018, par. 85.

²³ European Commission, Directorate-General for Migration and Home Affairs, *Study on the feasibility and added value of sponsorship schemes as a possible pathway to safe channels for admission to the EU, including resettlement – Final report*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2018, p. 51.

Il recente regolamento (UE) 2024/1350 ha introdotto una cornice normativa sia per il *resettlement*, sia per le *complementary pathways*.

Tuttavia tale strumento si limita a prevedere norme minime di armonizzazione riservando ampi margini discrezionali agli Stati membri.

In particolare, il regolamento non riconosce il diritto per i cittadini di Paesi terzi o per gli apolidi di chiedere l'ammissione o di essere ammessi nel territorio di uno Stato membro, né impone, in capo agli Stati membri, l'obbligo di ammettere un cittadino di un Paese terzo o un apolide²⁴.

Il percorso legale di ingresso delineato dalla direttiva in esame si basa su una disciplina normativa vera e propria ma dai contorni eccessivamente ampi che presta il fianco a recepimenti differenziati e distorsioni attuative²⁵.

Gli ampi margini discrezionali, che la direttiva riserva agli Stati membri in fase di recepimento della stessa, si riverberano sulla discrezionalità amministrativa delle autorità chiamate a fare applicazione della normativa nazionale di attuazione.

Come dimostra la sentenza *Afrin*, si potrebbero configurare lesioni di diritti fondamentali qualora l'eventuale rigidità della disciplina nazionale di recepimento non fosse temperata dalla necessaria flessibilità in fase di interpretazione ed applicazione della stessa da parte dell'autorità nazionale competente.

Diversamente, per il secondo gruppo di percorsi legali non si rinviene ancora una solida cornice normativa dell'Unione o nazionale di riferimento.

Pertanto, la discrezionalità amministrativa delle autorità nazionali viene esercitata entro maglie già di per sé più ampie, consentendo il ricorso a soluzioni più elastiche. Ciò nonostante, l'inadeguatezza dell'impianto normativo potrebbe prestare il fianco ad arbitrii, trattamenti differenziati ed insufficienti garanzie per i beneficiari nonché ad opacità procedurali.

Basti pensare al fatto che il regolamento non prevede espressamente la possibilità, per un cittadino di uno Stato terzo, di impugnare la decisione di diniego, con il rischio di violare l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁶.

²⁴ Regolamento (UE) 2024/1350 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e l'ammissione umanitaria e modifica il regolamento (UE) 2021/1147, art. 1.

²⁵ R. Palladino, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo: tra integrazione del mercato e tutela dei diritti fondamentali*, Bari, Cacucci, 2012, p. 169.

²⁶ M. Borraccetti, *Le vie legali di accesso all'Unione nel nuovo Patto su asilo e migrazione della Commissione europea*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 369.

Ciò detto, al netto delle note difficoltà di conciliare le varie posizioni in una materia come quella della politica di immigrazione, che tradizionalmente rientrava unicamente nella competenza degli Stati, possono essere tracciate alcune considerazioni.

Da un lato, la regolamentazione della materia consente di poter beneficiare delle garanzie proprie di una disciplina normativa e quindi certezza del diritto, diritti e obblighi definiti, adeguate tutele per i beneficiari, eventuali regimi sanzionatori nel caso di inadempienze o insussistenza dei requisiti previsti, specifici rimedi giurisdizionali.

Eppure, in presenza di margini discrezionali eccessivamente ampi, riservati ai legislatori nazionali in fase di recepimento, si correrebbe il rischio di produrre conseguenze giuridiche fortemente pregiudizievoli per coloro i quali dovrebbero trovare tutela nella disciplina normativa.

Dall'altro lato, soluzioni normative poco coraggiose ed il ricorso a *partnership* pubblico-privato non supportate da adeguati impianti normativi, pur consentendo una certa flessibilità in fase attuativa, rischiano di avere ricadute negative sugli stessi beneficiari e stridono con i principi di imparzialità, buona amministrazione e concorrenza.

Verosimilmente, *in medio stat virtus*.

Pertanto, sarebbero auspicabili interventi del legislatore dell'Unione europea volti ad introdurre adeguate cornici normative.

In particolare, nel caso di ricorso allo strumento della direttiva piuttosto che al regolamento, la tecnica legislativa dovrebbe orientarsi verso previsioni sufficientemente dettagliate tali da scongiurare discrepanze e distorsioni interpretative ed attuative in fase di recepimento. Altrimenti, si assisterebbe ad un continuo intervento compensativo della Corte di giustizia, chiamata a riempire di contenuti, persino procedurali, disposizioni eccessivamente vaghe.

Dall'altro lato, l'utilizzo dello strumento regolamentare non dovrebbe essere svilito da previsioni eccessivamente ampie che, anziché porre obblighi effettivi, si limitano ad introdurre regimi su base volontaria²⁷.

²⁷ Regolamento (UE) 2024/1350, cit., art. 1.

ALIENAZIONE PARENTALE: IMPOTENZA

E STRESS DELLA FIGURA PATERNA

di *Mauro Amici*¹

Sommario: 1. Premessa – 2. Riflessi psicologici nei padri in casi di rifiuto del minore – 3. La competenza genitoriale – 4. Il dialogo interiore e la sindrome generale di adattamento – 5. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

Il mio contributo si discosta dagli approcci più giuridici del volume, introducendo una prospettiva diversa. Presenterò il tema della sicurezza genitoriale paterna, indicando con chiarezza a quali figure paterne intendo riferirmi per evitare malintesi e possibili equivoci.

Faccio riferimento a quei padri che dimostrano comportamenti esemplari verso i figli, desiderano mantenere un rapporto con loro, sono competenti a livello genitoriale e provvedono regolarmente al loro mantenimento, ma che, per cause esterne – spesso legate all’azione delle madri – si vedono impediti a partecipare attivamente alla vita dei figli.

È bene precisare che questo approccio non ignora la competenza genitoriale di molte madri né la problematica dei padri violenti; l’obiettivo è piuttosto esplorare il fenomeno specifico dei padri competenti esclusi, già oggetto di discussione nei precedenti interventi in questa raccolta di studi.

Il mio *focus* è piuttosto sul fenomeno, già accennato in altre relazioni (come quella di Agata C. Amato che ha parlato di autenticità nel diritto), dei padri ingiustamente esclusi. Noi psicologi, per esempio, parliamo di teoria generale della sindrome da alienazione parentale e di auto-autenticità e complessità dell’individuo. Approfondiremo a breve questi aspetti e analizzeremo il termine “rifiuto” presente nell’art. 473 *bis* 6 cod. proc. civ.

L’art. 473 *bis* 6 cod. proc. civ., nel suo riferimento al “rifiuto” del minore, sottende spesso un fenomeno di schieramento indotto da condizionamenti genitoriali.

¹ Psicologo (iscritto all’Albo degli Psicologi della Regione Lazio), svolge anche attività di *counseling*, *coaching* e *assessment*, nonché di formazione delle risorse umane all’interno di svariati contesti lavorativi e realtà aziendali. Il presente contributo è stato sottoposto a procedura di *double-blind peer review*.

In qualità di psicologo specializzato in *parent coaching* e certificato clinico professionale per il trattamento dell'ansia, la mia esperienza con genitori in situazioni altamente conflittuali rivela una crescente casistica di padri sistematicamente squalificati dalle madri.

Questa dinamica è spesso radicata in “legami perversi”, un termine che, nel linguaggio psicologico, indica una distorsione mentale del rapporto come evidenziato in certe dinamiche relazionali madre-figlio/a, piuttosto che una connotazione sessuale deviata.

Queste circostanze portano sempre più padri, indipendentemente dalla loro professione o *background* (dagli avvocati ai muratori), a sperimentare significative difficoltà psichiche. In questo contesto, sono emerse ed emergono domande, da parte di questi padri, molto ricorrenti e che riflettono un profondo disagio:

- 1) Qual è la ragione della percepita scarsa importanza della figura paterna in Italia?
- 2) Perché l'essere padre comporta un onere psicologico e sociale così gravoso?
- 3) Perché la sofferenza dei padri resta inascoltata, soprattutto a livello giuridico?
- 4) Quali sono le cause della disparità di trattamento dei padri nell'affidamento dei figli, anche in regime di affidamento condiviso?
- 5) Perché, a fronte dell'obbligo di mantenimento per i padri, le madri non sempre dichiarano i loro guadagni o sono soggette a obblighi comparabili, e chi ne verifica le entrate mensili?
- 6) Perché l'inadempienza nel mantenimento comporta per i padri un rischio penale, a differenza di quanto accade per le madri?
- 7) Perché non esistono studi o casistiche sociali e psicologiche che documentino i disagi specifici dei padri?
- 8) Infine, perché le CTU (e in alcuni casi le CTP, come ho riscontrato personalmente) mostrano spesso una tendenza “pro-madre”, anche in situazioni in cui le madri potrebbero non essere idonee ad avere il minore con sé per ragioni psicologiche e sociali?

Le domande appena delineate rappresentano una sintesi delle problematiche e delle casistiche che ho avuto modo di raccogliere nella mia pratica professionale. Domande che hanno una profondità che bisogna tenere in considerazione e che dovrebbero far riflettere tutti noi, specializzati nei vari campi di interesse.

2. Riflessi psicologici nei padri in casi di rifiuto del minore

Ci concentriamo ora su come alcuni aspetti psicologici possano influenzare profondamente la motivazione di questi padri competenti.

Analizziamo pertanto le dinamiche psicologiche che portano i padri a subire l'erosione del senso di *autoefficacia*.

L'esposizione prolungata a stimoli negativi può generare una percezione distorta della loro capacità di influenzare la realtà, con ripercussioni significative proprio nel contesto della genitorialità.

Il primo elemento che emerge infatti è un costrutto psicologico di grande interesse, elaborato da Cherry nel 2014 e denominato *Impotenza Appresa* (*Learned Helplessness*).

Questi padri, come individui esposti reiteratamente a circostanze avverse, che siano di natura dolorosa, umiliante, invalidante o squalificante, possono sviluppare nel tempo una progressiva riluttanza nell'affrontare simili situazioni future.

Questo processo conduce, nel tempo, a una erronea consapevolezza, radicata in schemi mentali appresi, di non possedere più le capacità necessarie per prendersi cura della prole. Ne consegue un profondo senso di inadeguatezza e una conseguente auto-colpevolizzazione.

La *Learned Helplessness* si configura dunque come una forma di resilienza psicologica compromessa, in cui l'esperienza ripetuta di fallimento o di avversità non superabili conduce a una rinuncia interiore e ad una interiorizzazione di incapacità che trascende la situazione contingente, radicandosi profondamente nell'immagine di sé.

Quindi cosa succede? Alla fine l'individuo si convince (e la convinzione è alla base di molti stati ansiogeni, stressogeni, nonché depressivi), che la condizione non cambierà mai e si getta nelle mani del destino: da proattivo che era, diventa reattivo. Qual è la differenza tra pro-azione e reazione? Il soggetto proattivo è qualcuno che si dà da fare, lotta, quindi decide, propone. Il reattivo invece è un individuo che sostanzialmente comincia a reagire (proprio schema) e va a chiudersi in sé stesso, quindi, rischia profondamente la frustrazione che fra poco vedremo. Ritorcersi su sé stessi è una delle azioni psichiche più nocive per l'individuo. In seguito, il soggetto rischia la depressione reattiva che in alcuni casi può portare al pensiero e all'agito suicida.

Perché effettivamente alcuni padri sviluppano questo tipo di meccanica e cioè la condizione di *Impotenza Appresa*?

La psicologia e le neuroscienze hanno diviso la *Learned Helplessness*, che sostanzialmente si verifica quando una persona ha imparato che non esiste aiuto, quindi, che non c'è speranza di miglioramento della propria condizione, in due categorie, in due rami: una che viene detta *universale* e l'altra *individuale*.

Universale significa che quell'individuo entra nell'idea che non c'è alcuna speranza, alcuna soluzione al problema, non c'è più niente da fare per recuperare la situazione, in questo caso il rapporto con il figlio/figli.

Individuale invece è quella categoria in cui sono collocati quei padri o quelle persone che, nonostante la sensazione di non poter far nulla, pensano che un aiuto o una via di uscita possa esistere per cambiare la situazione che vivono.

Quando la sensazione di impotenza, che abbiamo appena illustrato, si radica profondamente nella psiche di questi padri e diventa universale, si genera, secondo la *Learned Helplessness*, quella che viene detta *frustrazione*. Ossia questi padri vedono frantumarsi pian piano tutti i loro scopi, obiettivi, desideri. Con il tempo questa frustrazione può trasformarli in persone pronte ad "esplodere" di rabbia, che possono arrivare a sfogare in modo esplosivo o implosivo, quindi verso l'esterno o verso l'interno.

Dunque, le esperienze negative nel rapporto di rifiuto dei figli porta alcuni padri a sentirsi incapaci e senza speranza, il che a sua volta genera frustrazione e potenziali reazioni emotive molto intense.

Questi padri possono anche entrare nello stato psichico demotivazionale e di colpa.

Ci sono padri che, senza aver mai commesso nulla, si sentono in colpa perché pensano che la distanza creatasi con i loro figli sia dipesa da loro, quando è evidente che non si hanno armi o non si ha nessuna colpa, ma piuttosto la responsabilità di questa distanza, realisticamente, va ricercata altrove, quindi nel rapporto madre figlio/i o addirittura nei nonni materni figlio/figli.

Ci sono esempi di padri di questa tipologia che per pulsione sono entrati in demotivazione, hanno tirato i remi in barca, ossia si sono arresi all'idea che non possono vedere i propri figli, non possono soddisfare i loro legittimi desideri, e sanno che nessuno ne tiene conto. Ho apprezzato molto a questo riguardo quanto espresso da Rosaria Petrolà a proposito della necessità per gli avvocati di avere una maggiore empatia.

Io penso che dovrebbero averla proprio la giustizia in generale o lo Stato italiano in generale quando legifera in ambito della famiglia. Quando vedo la parola rifiuto, spesso mi chiedo: ma gli operatori del diritto sanno cosa significa la parola rifiuto? Hanno mai vissuto un rifiuto? In realtà in tutti i campi le persone vivono il rifiuto. Se non si è mai vissuta una cosa, non la si può insegnare, non la si può comprendere. Vissuto significa poi esperienza e l'esperienza porta alla

chiarezza per me stesso e gli altri. Ripeto la domanda: chi legifera sa cosa significa la parola rifiuto?

Il nodo cruciale che emerge da questa riflessione, dal punto di vista psicologico, risiede nella difficoltà di comprendere la genesi di una legge percepita come rigidamente programmata e pervasiva. L'interrogativo si sposta verso una possibile matrice ideologica sottostante, un'ossatura di pensiero che, sedimentandosi nel tessuto sociale italiano, avrebbe condotto al fenomeno del *politically correct* e ad altre dinamiche più complesse.

Questa strutturazione ideologica, tuttavia, viene percepita come un potenziale "pericolo generazionale".

Traducendo questa preoccupazione in termini più diretti, personalmente intravedo il rischio che un'impostazione sociale di questo tipo possa creare una generazione di giovani, futuri uomini e donne, precocemente schierati e, di conseguenza, inclini a una condotta autoreferenziale, priva di reale contraddittorio.

L'eco di tale dinamica si riverbera, con una inquietante concretezza, nel contesto scolastico, dove si osserva un'*escalation* di violenza inaudita, in cui assistiamo ad un inedito potere di molti studenti a discapito dei propri pari e della figura docente. Dietro questa dinamica scolastica si intravede, spesso, almeno secondo la mia esperienza sul campo, un'influenza genitoriale, in particolare materna, che si manifesta con veemenza nel momento in cui un giudizio scolastico ritenuto insoddisfacente (come un "quattro") scatena reazioni spropositate nei confronti del corpo docente. Un quattro non è forse educativo? Un quattro non ha insegnato a tutti noi l'impegno maggiore e l'umiltà? Eppure, oggi un quattro, spesso, è strumento di rivalsa per difendere la propria prole dalla loro poca voglia di studiare. Stranamente i "somari" a scuola non esistono più. Esistono, oggi, professori "cattivi". Chiedetevi: "perché sta succedendo tutto questo?".

Sempre nella mia esperienza professionale mi trovo di fronte un quadro allarmante: padri costretti al ricorso a psicofarmaci e a condizioni di vita estreme pur di preservare il proprio ruolo genitoriale, sentendosi depauperati e ignorati nelle proprie competenze. Si avverte quindi un disagio profondo, una sensazione di svilimento del ruolo paterno all'interno di un contesto sociale e legale che si mostra decisamente sbilanciato.

Nel nostro specifico tema il rifiuto è dettato da uno schieramento di base che assume il minore *per mentalità appresa o per condizionamento appreso*.

3. La competenza genitoriale

Spostiamo ora la nostra attenzione su un concetto fondamentale: la competenza genitoriale.

Il termine competenza comprende tre aspetti: saper, saper fare e saper essere. Arrivati al terzo *step* di competenza si entra, poi, nel quarto *step*: il saper divenire. Purtroppo, questo saper divenire, in tema di rapporto padre/figli, sembra essere stato bruscamente ostacolato in Italia, in molti contesti sociali e giuridici.

Per essere competente, un genitore deve saper “fare” il genitore, il che implica che deve avere il bagaglio culturale (sapere) per essere un genitore; ma la teoria non è sufficiente: occorre allenarsi a fare il genitore con tutti gli errori che si possono commettere e dai quali imparare; e dagli errori, si svilupperà l’esperienza per essere un genitore a tutti gli effetti.

Questo concetto di competenza genitoriale si usa molto, ma spesso si sostituisce la competenza con l’attenzione e questo è un errore: devi saper ascoltare (attenzione), devi saper comprendere i momenti difficili (attenzione), devi saper accudire tuo figlio (attenzione), tutti aspetti che vengono enfatizzati; non devi essere invece un genitore che sgrida il proprio bambino, non devi essere un genitore che richiama il proprio bambino ai suoi doveri, perché, ad esempio, tutto questo, oggi, viene percepito come violenza. Il confine della parola violenza si è talmente ampliato da essere quasi indefinito. Su questa base il saper divenire si frantuma, ciò che resta è un saper fare moralistico, senza alcun progresso di maturità per i figli. Siamo dinanzi, se ci si pensa bene, alla negazione dell’insuccesso per chi è infante, preadolescente e adolescente, ma non è sui fallimenti che si costruisce il successo? Non è forse dalle sconfitte che si impara a vincere?

Come psicologo vedo che molte cose vengono etichettate come violenza; ad esempio, ho assistito in certe CTU, in tema di affidamento condiviso di figli, a situazioni davvero sconcertanti; ad esempio, venivano somministrati dei *test* psicologici e psichiatrici palesemente orientati contro la figura paterna e decisamente precostituiti in forma di *maternal preference*, concetto secondo il quale il genitore più adatto alla cura e all’affidamento dei figli è sempre la madre, come anche più volte ribadito nelle relazioni dell’incontro che ha dato origine a questo volume. In Italia, tornando al *politically correct*, potremmo definirci dal punto di vista giuridico: *madre dipendenti*.

4. Il dialogo interiore e la sindrome generale di adattamento

Uno degli aspetti cruciali su cui noi psicologi ci concentriamo, quando cerchiamo di aiutare le persone, è esplorare il loro dialogo interiore, quella costante conversazione che ognuno di noi intrattiene con sé stesso.

E in questi padri – che spesso si fanno carico del mantenimento economico dei figli, che desiderano attivamente essere genitori presenti e che possiedono tutte le qualità per sviluppare ottime competenze genitoriali – frequentemente si instaura quello che ho definito *il dialogo interiore del padre frustrato*.

In sostanza, questi genitori iniziano a ripetersi frasi come:

“È colpa mia, sono io l’incapace, io non valgo nulla. La legge ha ragione, devo stare al mio posto, in silenzio. Ho sbagliato tutto, e anche se sono separato, devo continuare ad avere un rapporto corretto perché sono io a fare del male ai miei figli. Sono io che, in qualche modo, ho danneggiato i miei figli”.

E la cosa più dolorosa è che, molto spesso, dietro a queste autoaccuse non c'è nulla di reale.

Questo dialogo interiore, quando lo analizziamo negli incontri psicologici, si rivela per lo più un costrutto immaginario, non basato su fatti concreti, ma alimentato da convinzioni profonde.

Ricordiamoci che ciò che ci diciamo costantemente è il risultato di schemi e convinzioni apprese durante l’infanzia, l’adolescenza, a scuola, in ambito religioso e, come abbiamo visto con il concetto di *Impotenza Appresa*, anche a seguito di ripetuti fallimenti o esperienze negative, anche in conseguenza di impedimenti esterni che non fanno esprimere le proprie abilità.

Il cuore del problema, nel dialogo interiore dei padri frustrati, è proprio questa convinzione radicata di essere dei falliti, o di aver fallito come genitori.

E questo è un dolore profondo, lacerante. Mi sento di portarlo all’attenzione di figure chiave nel sistema giuridico italiano: comprendere questa sofferenza interiore è fondamentale. *Il dolore di un padre, che si percepisce come un fallimento, quando magari non lo è affatto.*

Quindi si evidenzia una discrasia tra percezione e realtà, per cui la percezione del padre “fallito” diventa la realtà che crea la convinzione di essere fallito, mentre la realtà vera dimostra che questi padri hanno ottime competenze genitoriali, offuscate dalla percezione creatasi, percezione creatasi non per loro responsabilità, perché sono come ammanettati piedi e mani e non possono muoversi in nessun modo.

Il dialogo interiore, visto dal punto di vista transazionale, in questi padri, diventa un genitore normativo che rimprovera e critica il proprio bambino interiore. Ma qui il discorso sarebbe troppo lungo. Vi invito però a leggere il dialogo interiore nell'analisi transazionale, come si struttura e si sviluppa.

Credo fermamente che questi padri abbiano bisogno di un aiuto concreto per riappropriarsi del loro ruolo genitoriale, per ritrovare la loro forza come genitori. Il dialogo interiore di una persona frustrata, demotivata, depressa, verte spesso sull'autosvalutazione, sulla distruzione della propria autostima, con conseguenze devastanti a livello di ansia, depressione e mancanza di motivazione.

Infine, un altro aspetto cruciale a cui vorrei accennare è lo stress.

Prendiamo in considerazione la sindrome generale di adattamento di Selye, che si basa sulla percezione di uno stimolo come minaccia. La sindrome generale di adattamento è strutturata in tre fasi:

I) *Allarme*: in cui lo *stressor* o gli *stressors* vengono percepiti come pericolosi, nocivi, e, già in questa fase, i sistemi immunitario e psichico si preparano a fronteggiare un nemico che è solo percettivo.

II) *Resistenza*: l'individuo non riesce a sconfiggere il pericolo percepito, e la sua psiche e il suo sistema nervoso e immunitario operano una tenace resistenza agli *stressors*.

III) *Esaurimento*: la psiche e il sistema nervoso e immunitario cedono ed emergono le malattie psicosomatiche che vanno dalle più leggere alle più pesanti come infarto, ictus, tumori, etc.

Vediamo insieme alcuni degli *stressors* che incidono sulla vita psichica di questi padri:

I) L'impossibilità di contribuire attivamente come educatori nella vita dei propri figli.

II) I continui rifiuti e ostacoli posti in essere dalla madre, spesso in un rapporto simbiotico con il figlio o la figlia.

III) L'essere ridotti al ruolo di un bancomat, un genitore percepito unicamente come fonte di sostentamento economico.

IV) L'isolamento mentale che si genera quando esiste un forte clan familiare materno, un non riconoscimento dei valori, delle relazioni familiari e degli schemi mentali del padre, con il conseguente schieramento dei figli verso la famiglia della madre.

V) La difficoltà a rompere una simbiosi madre-figlio/a per favorire l'autonomia della prole.

Tutti questi *stressors*, come già accennato, mettono i padri in una situazione di allarme e di preoccupazione, col risultato che vivono, spesso, momenti di instabilità emotiva, e se arrivano alla terza fase della sindrome generale di adattamento possono sviluppare, come in alcuni casi è avvenuto, malattie psicosomatiche.

A tutto questo aggiungo, concludendo, una preoccupante constatazione: sono in aumento i casi di simbiosi patologica tra madre e figlio o figlia.

5. Osservazioni conclusive

L'articolo evidenzia un tema spesso trascurato nel dibattito giuridico e sociale italiano: la difficoltà psicologica e sociale dei padri, in particolare di quelli competenti e responsabili, che si trovano ingiustamente esclusi dalla vita quotidiana dei propri figli.

Le questioni sollevate, tra cui la discriminazione nei confronti dei padri in ambito giuridico, l'inadeguatezza del sistema legale nell'ascoltare e risolvere le problematiche emotive e psicologiche dei padri, e la disuguaglianza nel trattamento del mantenimento economico, pongono interrogativi cruciali per il futuro della genitorialità in Italia.

L'analisi psicologica delle dinamiche di esclusione e rifiuto, illustrate nel concetto di *Impotenza Appresa*, suggerisce che questi padri, esposti a ripetuti fallimenti e frustrazioni, sviluppano una percezione distorta di sé stessi e della propria capacità genitoriale, che li porta a rinunciare a combattere per il loro ruolo.

Tale condizione li espone a rischi psicologici significativi, tra cui ansia, depressione e, nei casi più gravi, il suicidio. Inoltre, il dialogo interiore dei padri frustrati, che li porta ad autoaccusarsi di errori mai commessi, rappresenta una manifestazione di sofferenza profonda che rischia di minare la loro autostima e di distorcere la loro percezione della realtà.

Questo mio contributo intende anche sollevare un'importante riflessione sulla competenza genitoriale, indicando che, in molti casi, la competenza dei padri viene messa in discussione a causa di pregiudizi legali e sociali che pongono la figura materna come l'unica valida per l'affidamento dei figli.

Questa visione rigida e sbilanciata crea non solo un danno per i padri, ma soprattutto per i figli, che sono privati di una relazione equilibrata con entrambi i genitori.

Infine, l'articolo vuole sottolineare l'importanza di un cambiamento nella percezione sociale e giuridica della figura paterna, invitando a una maggiore

empatia e comprensione nei confronti dei padri che si trovano in situazioni difficili.

La legge e il sistema giuridico, secondo la mia opinione, dovrebbero essere più attenti a garantire il diritto di ogni genitore di partecipare attivamente alla vita dei figli, senza subire discriminazioni basate su stereotipi culturali o ideologici.

In sintesi, le problematiche descritte nel testo suggeriscono la necessità di un ripensamento profondo del sistema giuridico e sociale italiano, affinché venga riconosciuta la piena competenza genitoriale di tutti i padri, garantendo loro un adeguato supporto psicologico, legale e sociale al fine di svolgere il ruolo genitoriale in modo equilibrato e rispettoso nei confronti della figura materna e, soprattutto, dei figli².

² Bibliografia: G.B. Camerini, M. Pingitore, G. Lopez (a cura di), *Alienazione parentale: Innovazioni cliniche e giuridiche*, Milano, Franco Angeli, 2016; M. Casonato, M.A. Mazzola, *Alienazione genitoriale e syndrome da alienazione parentale (PAS)*, Milano, Key, 2016; E. Del Pianto, *La Potenza del coaching. Modelli e strumenti per incrementare l'efficacia di un percorso di coaching*, Milano, Franco Angeli, 2017; M. Pingitore (a cura di), *Nodi e snodi nell'alienazione parentale. Nuovi strumenti psicoforensi per la tutela dei diritti dei figli*, Milano, Franco Angeli, 2021; S. Sassaroli, R. Lorenzini, G.M. Ruggiero (a cura di), *Psicoterapia cognitive dell'ansia. Rimuginio, controllo ed evitamento*, Milano, Raffaello Cartina, 2006; C. Moiso, M. Novellino, *Stati dell'io. Le basi teoriche della Analisi Transazionale Integrata*, Roma, Astrolabio, 1982; A. Oliverio Ferraris, *Piccoli bulli e cyberbully crescono. Come impedire che la violenza rovini la vita ai nostri figli*, Milano, Rizzoli, 2007; D. Leveni, P. Michielin, D. Piacentini, *Superare la depressione. Un programma di terapia cognitivo-comportamentale*, Milano, Erickson, 2018; S. Palmern, A. Whybrow, *Handbook of coaching Psychology. A guide for practitioners*, London, Routledge, 2007.

IL RIFIUTO DA PARTE DEL FIGLIO AD INCONTRARE UN GENITORE O GLI ASCENDENTI: ART. 473 BIS 6 COD. PROC. CIV.

di Giovanni Battista Camerini¹

Sommario: 1. Introduzione – 2. Fondamenti normativi – 3. La nozione di rifiuto genitoriale e di alienazione – 4. Le conseguenze per i figli – 5. Le misure da adottare.

1. Introduzione

Il tema del rifiuto da parte di un figlio verso un genitore è molto attuale e viene contemplato dall'art. 473 bis 6 cod. proc. civ., riformato dalla Cartabia:

“Quando il minore rifiuta di incontrare uno o entrambi i genitori, il giudice procede all’ascolto senza ritardo, assume sommarie informazioni sulle cause del rifiuto e può disporre l’abbreviazione dei termini processuali. Allo stesso modo il giudice procede quando sono allegate o segnalate condotte di un genitore tali da ostacolare il mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo tra il minore e l’altro genitore o la conservazione di rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale”.

La letteratura scientifica internazionale distingue due situazioni:

I) *Estraniamento (estrangement)*: rifiuto di un bambino nei confronti di un genitore giustificato in quanto conseguenza di violenza familiare, abuso e trascuratezza da parte del genitore rifiutato. A queste situazioni fanno riferimento gli artt. 473 bis 6, comma 1-473 bis 44, comma 1, cod. proc. civ.

II) *Alienazione (alienation)*: rifiuto ingiustificato di un bambino nei confronti di un genitore, con sentimenti e credenze irragionevolmente negative che sono significativamente sproporzionate rispetto all’esperienza attuale del bambino con quel genitore. A queste situazioni fa riferimento l’art. 473 bis 6, comma 2, cod. proc. civ.

Sul piano giuridico, quest’ultima forma di rifiuto rappresenta una violazione dei diritti relazionali del figlio contraria ai *best interests* del figlio, ovvero una

¹ Psicoterapeuta, neuropsichiatra dell’infanzia e dell’adolescenza; esperto in psichiatria forense e in psicologia giuridica dell’infanzia e dell’adolescenza in ambito penale e civile. È Professore a contratto presso il Dipartimento di Scienze Mediche e Chirurgiche dell’Università degli Studi “Alma Mater Studiorum” di Bologna.

Il presente contributo è stato sottoposto a procedura di *double-blind peer review*.

condizione di pregiudizio. Come tale, richiede un'attenta valutazione in ambito giudiziario per essere individuata con la dovuta tempestività, al fine di attivare gli interventi più opportuni.

2. Fondamenti normativi

L'art. 337 *ter* cod. civ. così recita:

“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 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”.

Si tratta del c.d. diritto del figlio alla bigenitorialità, introdotto nel nostro ordinamento legislativo dalla legge n. 54/2006.

Alla luce di esso, si pone in primo piano (nella valutazione delle c.d. “capacità genitoriali”) il rispetto che ciascun genitore mostra verso il ruolo e le funzioni dell'altro, per garantire al figlio l'accesso ad entrambi.

Giova ricordare alcuni passaggi contenuti in una recente ordinanza della Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. I, 21 febbraio 2025 n. 4595; Pres.: M. Acierno – Rel.: R.E.A. Russo):

“Deve qui ricordarsi che i comportamenti volti ad ostacolare l'esercizio della bigenitorialità e ad impedire che i figli minori mantengano anche con l'altro genitore un rapporto stabile e continuativo interferiscono con il diritto-dovere dell'altro genitore di svolgere le sue funzioni di cura educazione e istruzione, arrecano pregiudizio agli interessi del minore e integrano violazione dei doveri genitoriali, che il giudice può sanzionare (Cass. n. 37899 del 28/12/2022). Ciascuno dei genitori deve rispettare il diritto del minore a mantenere un rapporto stabile e continuativo con l'altro genitore e cooperare perché detto diritto trovi attuazione, salvo che non vi siano gravi ragioni, che devono essere vagliate dall'autorità giudiziaria, per diradare o sospendere gli incontri tra il minore ed uno dei due genitori. Ove tali gravi ragioni non sussistano, il giudice deve adottare rapidamente misure

adeguate per garantire i contatti tra il minore ed entrambi i suoi genitori, e in particolare per garantire l'esercizio del diritto di visita cercando in primo luogo di stimolare la collaborazione tra le parti, anche ricorrendo a mezzi di coercizione indiretta quali le sanzioni, o modificando il regime di affidamento (Corte europea dei diritti dell'uomo, A.S. e M.S. c. Italia – del 19 ottobre 2023, ricorso n. 48618/22; Landini c. Italia – del 12 ottobre 2023, ricorso n. 48280/21; Piazzini c. Italia 2 novembre 2010 – ricorso n.36168/09; Lombardo c. Italia – 29 gennaio 2013 ricorso n. 25704/11)”.

3. La nozione di rifiuto genitoriale e di alienazione

Gli studiosi che hanno approfondito tale tematica hanno introdotto correttivi e spunti di riflessione sul rifiuto genitoriale (anche critici (in relazione alla insussistenza di una “sindrome” individuale legata a questo fenomeno), inserendo tale problematica nel *continuum* di relazioni che si instaurano tra ciascun genitore e figlio durante la crisi familiare, con il rifiuto di un genitore come esito finale.

Diversi ricercatori e professionisti dell'ambito psicologico-clinico e forense hanno sviluppato alcuni modelli teorici per spiegare sia i comportamenti di figli e genitori che si trovano a vivere le situazioni di rifiuto, sia le cause del rifiuto stesso da parte del figlio verso un genitore con il quale aveva precedentemente una relazione positiva, in assenza di violenze o maltrattamenti significativi.

Nella letteratura più recente questo fenomeno è descritto come una dinamica familiare nella quale un genitore (detto “dominante” o “alienante”) mette in atto comportamenti che possono favorire nel figlio un rifiuto ingiustificato e sentimenti di disaffezione verso l'altro genitore (detto “bersaglio”, “rifiutato” o “alienato”): un genitore comunica al figlio, in modo più o meno esplicito, che l'altro genitore non lo ama e che a sua volta non è meritevole di essere amato.

Questi due messaggi hanno un potente impatto su pensieri, sentimenti e comportamenti dei figli. Le dinamiche relazionali disfunzionali che si attivano in questo processo sono più potenti dei pensieri e delle emozioni dei figli stessi, impedendo loro di utilizzare strategie di adattamento adeguate.

Il genitore dominante propone al figlio una narrazione negativa del genitore escluso, al quale possono venire attribuite la colpa della separazione, la volontà di abbandonare la famiglia, la mancanza di interesse e di amore verso i figli, preferenze verso membri della propria famiglia d'origine, solitamente descritti

come avversi al genitore dominante², o addirittura condotte sessualmente abusanti o violente verso i figli³.

Attraverso questa c.d. campagna denigratoria, anche il genitore dominante giustifica la propria condotta, riuscendo altresì ad indurre nel figlio una determinazione propria al rifiuto, al punto che costui affermerà di aver deciso autonomamente di non volere rapporti l'altro genitore, adducendo tipicamente motivazioni futili a giustificazione di ciò, dando così luogo al fenomeno del "pensatore indipendente"⁴.

Durante il processo di alienazione, il figlio viene sovente sottoposto ad una più o meno diretta ed esplicita campagna denigratoria contro il genitore escluso che frequentemente bersaglia e rifiuta anche i suoi ascendenti e familiari.

Si tratta di narrazioni che distorcono ed esagerano la realtà riguardante il rapporto con quel genitore e quei nonni, fino ad indurre nel figlio un pensiero totalmente negativo su di essi divenendo il fedele alleato di un genitore contro l'altro⁵. Il genitore escluso diverrà così indegno di qualsivoglia forma di affetto o interessamento ed il figlio vivrà come tradimento dell'alleanza con il genitore preferito anche la minima forma di contatto con quello escluso, dando così vita ad un drammatico "conflitto di lealtà"⁶. Quanto più prolungato sarà questo indottrinamento, tanto più profondamente si radicherà il condizionamento e risulterà difficile contrastarne gli effetti⁷.

La comunità scientifica riconosce e si occupa da tempo di questo fenomeno.

Nel DSM-5 esso è incluso tra i *Problemi relazionali*, inseriti all'interno delle *Altre condizioni che possono essere oggetto di attenzione clinica*, cioè psicologica o psichiatrica.

Di queste condizioni fanno parte anche l'abuso e la trascuratezza, che egualmente non rappresentano delle malattie mentali.

² D.C. Rand, R. Rand, *Factors affecting reconciliation between the child and target parent*, in R.A. Gardner, S.R. Sauber, D. Lorandos (eds.), *The international handbook of parental alienation syndrome*, Springfield, Charles C. Thomas, 2006, pp. 163-178.

³ M.S. Milchman, *Oversimplified beliefs about child abuse allegations in custody cases with alienation rebuttals*, in *Review of empirical data. Journal of Family Trauma, Child Custody & Child Development*, 2/2024, pp. 165-192.

⁴ A.J.L. Baker, *Parental alienation: a special case of parental rejection*, in *Parental Acceptance*, 4/2010, pp. 4-5.

⁵ W. Bernet, D. Lorandos, *Children of High Conflict Families*, in D. Lorandos, *The Litigator's Handbook of Forensic Medicine, Psychiatry and Psychology*, Egan, Minnesota, WEST, 2020.

⁶ J.J. Harman, W. Bernet, *Parental Alienation: The Blossoming of a Field of Study*, in *Current Directions in Psychological Science*, 2/2019, pp. 212-217.

⁷ R. Sobal, *Parental alienation syndrome and international child abduction*, in R.A. Gardner, S.R. Sauber, D. Lorandos (eds.), *The international handbook of parental alienation syndrome*, cit., pp. 433-437.

Tutte queste condizioni possono però richiamare l'attenzione dello specialista o influenzare l'andamento di un disturbo mentale di un paziente.

Ci sono due aspetti importanti da considerare.

I) Da un lato, il DSM-5 specifica che le relazioni più importanti, specialmente quelle intime tra *partner* adulti e quelle tra genitore e figlio, hanno una grande importanza per le persone coinvolte in quanto possono migliorarne il benessere quando sono positive, ma peggiorarlo se sono caratterizzate da maltrattamento o trascuratezza. Quindi, una "relazione intima con il genitore" può rappresentare sia un fattore protettivo per il benessere del figlio, ma anche un grave fattore di rischio.

II) Dall'altro lato, un problema relazionale può creare disagi molto importanti in uno o più membri della famiglia. Il DSM-5 sottolinea infatti che una persona con un problema relazionale può presentarsi a uno psicologo o a uno psichiatra sia perché soffre direttamente per questo problema oppure perché il problema influenza negativamente l'andamento di un'altra sua malattia mentale o fisica.

Questi problemi, dunque, richiedono spesso un intervento di cura e di prevenzione perché possono produrre effetti negativi sulla crescita del figlio.

Tra i vari problemi relazionali, il DSM-5 considera proprio i *Problemi legati alla crescita ed all'educazione dei figli*, descrivendone due.

I) Il primo si chiama *Problema relazionale genitore-bambino*, ovvero un problema nella qualità della relazione tra genitore e figlio tale da provocare un serio disagio in quest'ultimo e che si manifesta attraverso un peggioramento del comportamento, dei pensieri e delle emozioni.

Ad esempio, questi problemi possono consistere nel fatto che uno o entrambi i genitori coinvolgono il figlio nelle questioni degli adulti, o non lo sanno curare o proteggere correttamente esercitando eccessive pressioni.

I problemi cognitivi che possono insorgere nel figlio includono attribuzioni negative alle intenzioni altrui, ostilità verso gli altri, o rendere gli altri il capro espiatorio, e sentimenti non giustificati di alienazione.

II) Il secondo problema è denominato *Effetti negativi del disagio relazionale dei genitori sul bambino* e rappresenta gli effetti negativi della discordia nella relazione genitoriale su un bambino in famiglia (per esempio, alti livelli di conflitto, disagio o denigrazione dell'altro genitore).

Anche l'ICD-11 descrive il *Problema relazionale genitore-bambino*, definito come un *Problema associato alle interazioni interpersonali durante l'infanzia* che causa una

sostanziale e prolungata insoddisfazione all'interno della relazione genitore-figlio e che può provocare anche seri disturbi nel comportamento del bambino.

Un contributo di Harman a tale riguardo specifica che:

“La teoria e la ricerca hanno descritto i processi di sviluppo che portano a relazioni genitore-figlio danneggiate, come quelle che si verificano durante un divorzio. Tuttavia, alcuni studiosi contestano lo status scientifico della letteratura sui bambini che formano alleanze malsane con un genitore contro l'altro, definita alienazione parentale (PA). Questa revisione completa della letteratura mette alla prova le descrizioni concorrenti della letteratura sulla PA. Accedendo a quattro database elettronici, abbiamo identificato 213 documenti con dati empirici sulla PA pubblicati in 10 lingue fino a dicembre 2020. I risultati hanno confermato che lo stato attuale della borsa di studio sulla PA soddisfa tre criteri di un campo di indagine scientifica in maturazione: una letteratura in espansione, uno spostamento verso studi quantitativi e un crescente corpo di ricerca che mette alla prova le ipotesi generate dalla teoria. Quasi il 40% della letteratura sull'AP è stata pubblicata dal 2016, stabilendo che la ricerca sull'AP è andata oltre una fase iniziale di sviluppo scientifico e ha prodotto una base di conoscenza scientificamente affidabile. Questa revisione della letteratura documenta il valore di molteplici metodologie di ricerca per questa base di conoscenza. Inoltre, il crescente corpo di ricerca descritto in questa recensione migliora la nostra comprensione dell'associazione tra conflitto inter-parentale e rottura delle relazioni genitore-figlio nelle famiglie in cui il conflitto influenza in modo differenziato la relazione e il comportamento dei bambini nei confronti di ciascun genitore”⁸.

4. Le conseguenze per i figli

Ciò che interessa maggiormente sono le conseguenze che questi problemi relazionali producono per i figli che vi si trovano coinvolti. Un bambino o un adolescente che denigra ingiustamente e immotivatamente il proprio genitore impara, anche in modo inconsapevole, ad essere duro e crudele ed a manipolare e sfruttare gli altri.

La strutturazione della propria personalità e della realtà circostante viene dunque compromessa, perché un figlio coinvolto in queste dinamiche impara a distorcere continuamente la realtà, sviluppando una credenza irrealistica che al mondo ci sono persone tutte “buone” (come il genitore dominante, solo dal quale crede di essere amato) o tutte “cattive” (come il genitore rifiutato, che dichiara di

⁸ J. Harman, R.A. Warshak, D. Lorandos, M.J. Florian, *Developmental Psychology and the Scientific Status of Parental Alienation*. *Developmental Psychology*, in *Developmental Psychology*, 10/2022, pp. 1887-1911.

odiare). Questi figli non sviluppano adeguatamente il *pensiero critico*, cioè la capacità di pensare e decidere con la propria testa, e avranno bisogno sempre di un'altra persona per riuscire a decidere e a pianificare il loro comportamento. Inoltre, non imparano a riconoscere i propri pensieri come distinti da quelli degli altri e a identificare i propri bisogni e le proprie emozioni. Verrocchio e Marchetti definiscono le dinamiche psicologiche alla base del rifiuto come *“un fenomeno relazionale reale ed innegabile che rappresenta un grave fattore di rischio evolutivo per lo sviluppo psicoaffettivo del minore”*.

Queste dinamiche relazionali rappresentano un importante rischio per lo sviluppo del figlio. Nei bambini e nei ragazzini che vengono coinvolti non si verifica difatti soltanto una disaffezione da un genitore, ma anche un'alienazione da una parte importante di loro stessi, con una compromissione della propria capacità di vivere adeguatamente le relazioni affettive con gli altri.

Ciò crea disequilibri psicologici che possono diventare permanenti durante l'evolversi della personalità, compromettendo lo sviluppo emotivo e relazionale del figlio, che in età adulta potrà vivere condizioni di disadattamento caratterizzate da bassa autonomia, bassa cooperatività ed insicurezza.

La letteratura scientifica su questo argomento segnala l'insorgenza di problemi quali ansia e depressione, distress generale, uso di sostanze e abuso di alcool, problemi relazionali, maggiore probabilità di divorzio, ridotto funzionamento sociale causato da problemi fisici ed emotivi, minori autostima ed autoefficacia, aumentata disoccupazione⁹.

Il problema delle conseguenze sulla salute dei figli legate alla perdita della relazione con un genitore dopo la separazione è così importante che anche la Società italiana di medicina legale e delle assicurazioni ne parla nelle sue *Linee Guida per la valutazione medico-legale del danno alla persona in ambito civilistico*¹⁰.

Queste linee guida considerano infatti anche il *Danno da ostacolo ai diritti di visita* e spiegano che quando il coinvolgimento del figlio nel conflitto familiare determina reazioni prolungate di ansia o di disturbo del funzionamento psicologico e sociale, questo potrà rappresentare un danno grave per lo sviluppo

⁹ M.C. Verrocchio, A.J.L. Baker, *Italian adults' recall of childhood exposure to parental loyalty conflicts*, in *Journal of Child and Family Studies*, 24/2015, pp. 95-105; M.C. Verrocchio, A.J.L. Baker, W. Bernet, *Associations between exposure to alienating behaviors, anxiety, and depression in an Italian sample of adults*, in *Journal of Forensic Sciences*, 61/2016, pp. 692-698; M.C. Verrocchio, D. Marchetti, M. Fulcheri, *Perceived parental functioning, self-esteem, and psychological distress in adults whose parents are separated/divorced*, in *Frontiers in Psychology*, 6/2015, p. 1760.

¹⁰ Società italiana di medicina legale e delle assicurazioni, *Linee Guida per la valutazione medico-legale del danno alla persona in ambito civilistico*, Milano, Giuffrè, 2016.

del figlio, con possibile modificazione della sua personalità e conseguente danno psichico permanente eventualmente risarcibile.

5. Le misure da adottare

Per tutti i motivi detti fin qui è necessario, come ha più volte raccomandato la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), che vengano posti in essere interventi giudiziari tempestivi ed efficaci per evitare che la perdita di relazione tra un figlio ed un genitore si stabilizzi e si cronicizzi. La Corte EDU ha sanzionato diverse volte il nostro Paese per non essere intervenuto adeguatamente in questi casi.

L'effettività della tutela va commisurata sia alla completezza delle misure comprendenti quelle *preparatorie*, dirette a rendere possibili i risultati attesi, che la *tempestività* della loro applicazione “[...] perché il decorso del tempo può avere conseguenze irrimediabili per le relazioni tra il bambino genitore che non vive con lui” (Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 gennaio 2013, n. 25704/2011, *Lombardo c. Italia*).

In un'altra decisione (Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 febbraio 2009, n. 29768/2005, *Errico c. Italia*) conclusasi egualmente con la condanna dell'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU, la Corte chiarisce che

“un ritardo nella procedura rischia sempre in simili casi di risolvere la controversia con un fatto compiuto. L'effettivo rispetto della vita familiare richiede che le relazioni future tra genitore e figlio siano regolate unicamente in base a tutti gli elementi pertinenti e non dal semplice trascorrere del tempo [...]. Il trascorrere del tempo può avere conseguenze irrimediabili sulle relazioni tra figlio ed il genitore che non vive con lui, poiché la rottura di contatti con un figlio molto giovane può portare ad un crescente deterioramento del suo rapporto con il genitore”.

Infatti, quando l'ambiente impatta – positivamente o negativamente – con forza rilevante e continua con l'esperienza di vita di un soggetto in età evolutiva, incide sempre sullo sviluppo della sua personalità, formandola o, eventualmente, deformandola.

È di recente pubblicazione il libro *Rifiuto genitoriale-Approccio integrato multiprofessionale, un vademecum operativo per lavorare in rete*, in cui si propongono gli interventi più congrui ed efficaci in questi casi.

Uno degli interventi più frequentemente posti in essere nel nostro Paese per favorire il recupero relazionale tra figli e genitori esclusi riguarda i c.d. incontri

“protetti” in “spazio neutro”, non di rado accompagnati da sessioni di supporto psicologico o psicoterapia per il figlio, psicoterapia familiare e/o *parent training*.

Questa fattispecie di incontri “protetti” genera una sorta di paradosso paradigmatico del *setting*: il genitore che ha subito l’esclusione è spesso quello da cui il figlio viene tecnicamente “protetto”, mentre quello che l’ha cagionata è spesso considerato una “base sicura” presso cui mantenere collocato il figlio.

Per meglio comprendere il paradosso, va anche considerato che gli incontri “protetti” nascono per favorire il diritto alla continuità relazionale tra figli abusati o maltrattati e genitori abusanti o maltrattanti e seguono pertanto un’impostazione metodologica conseguente¹¹, laddove servirebbero invece programmi d’intervento specifici per i casi di rifiuto genitoriale.

L’esperienza di lavoro rileva, altresì, come nella stragrande maggioranza dei casi questi programmi di trattamento, praticati anche a livello internazionale, non risolvano il rifiuto né le pressioni condizionanti da parte del genitore alienante o sottrattore, dando non di rado luogo ad ulteriori ricorsi giudiziari da parte del genitore escluso.

In assenza di specifica preparazione ed esperienza nel trattare bambini gravemente condizionati al rifiuto, gli operatori della salute mentale e della giustizia rischiano, altresì, di trovarsi confusi e di venire tratti in inganno nel tentativo di decodificare il comportamento del figlio, ritenendo erroneamente che alla base di esso possano esservi delle pur valide motivazioni, soprattutto quando siano state generate dichiarazioni fuorvianti contro il genitore rifiutato¹².

Con questi presupposti le terapie tradizionali sono condannate al fallimento ancor prima di essere intraprese.

Sul profilo tecnico scientifico, va infatti rilevato come nelle situazioni di rifiuto o di negativismo acritico da parte del figlio nei riguardi di un genitore i tradizionali trattamenti a carattere psicoterapico sono stati riconosciuti inefficaci o addirittura iatrogeni¹³. Simili interventi, infatti, rischiano di aumentare il livello

¹¹ G. Lopez, *Incontri protetti: indicazioni per la strutturazione, l’osservazione, la valutazione e l’intervento*, in G.B. Camerini, R. Di Cori, U. Sabatello, G. Sergio (a cura di), *Manuale psicoforense dell’età evolutiva*, Milano, Giuffrè, 2018.

¹² M.S. Milchman, *Oversimplified beliefs about child abuse allegations in custody cases with alienation rebuttals*, cit.; K.M. Reay, *Family reflections: A promising therapeutic program designed to treat severely alienated children and their family system*, in *American Journal of Family Therapy*, 43/2015, pp. 197-207.

¹³ B.J. Fidler, N. Bala, M.A. Saini, *Children who resist postseparation parental contact: A differential approach for legal and mental health professionals*, Oxford, Oxford University Press, 2013; D. Lorandos, *Parental Alienation, Traditional Therapy, and Family Bridges: What Works, What Doesn’t, and Why: Part II of II*, in *American Journal of Family Law*, 4/2020, p. 415; S.G. Miller, *Clinical reasoning and decision-making in cases of child alignment: Diagnostic and therapeutic issues*, in A.J.L. Baker, S.R. Sauber (eds.), *Working with alienated families: A clinical guidebook*, New York, Routledge, 2013, pp. 8-46; D. Rand, R. Rand, L.

di conflittualità o di deresponsabilizzazione dei genitori condizionanti, delegando a terzi la soluzione dei problemi che essi continuano a generare e perpetrare.

Inoltre, la prescrizione di un “percorso” di terapia o di mediazione in favore dei figli solitamente non prevede sanzioni in caso di inadempienza, né ulteriori e più drastici provvedimenti in caso di mancata risoluzione del rifiuto.

È evidente come tali presupposti possano incoraggiare nel genitore favorito e nel figlio ad esso alleato un’adesione meramente formale al trattamento, anche quando questo è prescritto dall’autorità giudiziaria.

Poiché la maggior parte dei bambini o dei ragazzini ha mantenuto posizioni ferme contro qualsiasi relazione con il genitore bersaglio per anni, le terapie tradizionali, in cui alle parti viene chiesto di esaminare il passato e discernere “la verità”, finiscono per fallire poiché i figli si rifiutano di accettare la responsabilità e “perdono la faccia”.

Il problema delle terapie tradizionali con questa popolazione è aggravato dalla continua presenza del genitore “dominante” nella vita del figlio, la cui mancanza di rispetto per gli ordini del Tribunale e la manipolazione incessante del figlio stesso sabotano gli sforzi di riunificazione. Piuttosto, una riunificazione efficace delle famiglie che soffrono di grave alienazione genitoriale richiede un approccio diverso, mirando all’educazione al pensiero critico ed alla risoluzione dei conflitti, combinata con una separazione temporanea dal genitore dominante.

La psicologa statunitense Kathleen Reay ha ben definito i vari fattori che concorrono al fallimento dei trattamenti psicoterapici tradizionali nei casi gravi di rifiuto relazionale verso un genitore separato: assenza di specializzazione degli operatori socio-sanitari sui temi del rifiuto genitoriale immotivato; mancato ricorso a protocolli specifici per il trattamento dei casi gravi di rifiuto, molto diversi da quelli lievi o moderati; collusione da parte di operatori inesperti con le tesi accusatorie del genitore condizionante e con le futili motivazioni del rifiuto addotte dal figlio; dubitazioni aprioristiche verso il genitore escluso ed ingiustamente accusato; assenza di formazione degli operatori sul fenomeno dei falsi abusi e falsi maltrattamenti; caratteristiche personologiche dei genitori condizionanti che spesso presentano disturbo *borderline*, paranoico o narcisistico di personalità e/o tratti sociopatici; indisponibilità dei figli e del genitore condizionante ad accettare narrazioni diverse dei fatti ed a sviluppare l’alleanza terapeutica spontanea prevista dalla terapia tradizionale; indisponibilità dei genitori condizionanti ad essere esaminati da terzi; assenza di motivazione da

parte del genitore condizionante e del figlio a favorire il riavvicinamento al genitore escluso e dunque, implicito boicottaggio della terapia; infine, la psicoterapia tradizionale non contempla tecniche di contrasto dei comportamenti di rifiuto genitoriale¹⁴.

Dunque, per superare il rifiuto e la paura del figlio alienato verso il genitore escluso e per ripristinare la loro relazione, sono necessari programmi di trattamento vigorosi e specifici, ben diversi dalla terapia tradizionale¹⁵.

Lo psicologo clinico forense e ricercatore americano Demosthenes Lorandos nel 2020, sulla scorta della disamina di una vasta casistica, ha dimostrato che per superare il persistente rifiuto immotivato di un figlio verso un genitore è necessario un intervento specifico, che preveda una fase di “disintossicazione” dal genitore condizionante, il quale continua peraltro ad assumere atteggiamenti e comportamenti che sabotano sia le ordinanze del tribunale, sia gli sforzi terapeutici di riunificazione.

Gli interventi di c.d. *Family Bridging*, incentrati sull’educazione al pensiero critico e sulla risoluzione dei conflitti, combinate con un breve periodo di separazione dal genitore condizionante¹⁶, si sono dimostrati molto efficaci nel riparare le situazioni di rifiuto genitoriale immotivato, con miglioramenti significativi e immediati che durano per anni.

Questi interventi si rivolgono a tre tipi principali di figli: quelli che:

- 1) rifiutano il genitore dopo il divorzio;
- 2) rifiutano e/o resistono al contatto con un genitore;
- 3) hanno una relazione seriamente tesa con un genitore, che si manifesta come estremo ritiro o grave disprezzo.

Utilizzando principi di istruzione basati sulle prove per massimizzare l’apprendimento e creare un’atmosfera sicura, i figli sviluppano capacità per resistere alle pressioni esterne, mentre i genitori rifiutati imparano a gestire con sensibilità il comportamento dei loro figli e la famiglia impara gli strumenti per comunicare e gestire efficacemente i conflitti.

Il programma è dedicato all’intervento educativo piuttosto che a uno terapeutico ed aiuta tutti i partecipanti a comprendere come si verificano le distorsioni nella memoria, nella percezione e nel pensiero, il ruolo della

¹⁴ K.M. Reay, *Family reflections: A promising therapeutic program designed to treat severely alienated children and their family system*, cit.

¹⁵ R.A. Warshak, *Divorce poison: How to protect your family from bad-mouthing and brainwashing*, New York, Harper-Collins, 2010.

¹⁶ R.A. Warshak, *Family Bridges: Using insights from social science to reconnect parents and alienated children*, in *Family Court Review*, 1/2010, pp. 48–80.

suggestionabilità e della formazione di stereotipi negativi e la facilità con cui ciò accade¹⁷. Contribuendo ad una tendenza a interpretare eventi neutri in una luce benigna e aiutando ad alleviare la gestione di inevitabili irritazioni e disaccordi, il programma promuove un’*“abbondanza di esperienze positive”*¹⁸.

Per facilitare questo lavoro, il programma si svolge solitamente in un ambiente informale, simile a un *resort*, che aiuta a creare un senso di tranquillità, con opportunità di “passare il tempo” con il genitore rifiutato se il figlio lo desidera¹⁹.

È evidente come i programmi di *Family Bridging* sperimentati in Nord America non possono essere replicati *tout court* in Italia per via delle differenze strutturali tra il sistema di *welfare* pubblico-universalistico nostrano e quello prevalentemente liberale-privatistico nordamericano. Tuttavia, a fronte di una formazione specialistica degli operatori preposti, dell’opportuno allestimento degli spazi di lavoro, del reperimento di appositi materiali e strumenti pedagogici, è possibile estrapolare i principi fondanti dei programmi di *Family Bridging* e adattarli al setting di spazio neutro, eventualmente ricorrendo ad un esperto operante in qualità di ausiliario del Giudice, ai sensi dell’art. 473 *bis* 26 cod. proc. civ.²⁰. Va sottolineato come l’*“ascolto”* del figlio minore non debba essere, in questi casi, considerato come il recepimento di una volontà da non contrastare. In primo luogo, la *capacità di discernimento* in questi soggetti è decisamente compromessa: sia dal punto di vista giuridico della maturità, sia da quello psicologico della capacità di riconoscere i propri bisogni e di elaborare

¹⁷ R.A. Warshak, *Family Bridges: Using insights from social science to reconnect parents and alienated children*, cit.; J. Kelly, *Commentary on “Family Bridges: Using insights from social science to reconnect parents and alienated children”* (Warshak, 2010), in *Family Court Review*, 1/2010, pp. 81-90, in particolare p. 83; R. Rand, *Family Bridges: A workshop for troubled and alienated parent-child relationships*, in *Family Bridges Advisory Committee*, 2018.

¹⁸ R.A. Warshak, *Family Bridges: Using insights from social science to reconnect parents and alienated children*, cit., p. 60.

¹⁹ J. Kelly, *Commentary on “Family Bridges: Using insights from social science to reconnect parents and alienated children”*, cit., p. 84; R. Rand, *Family Bridges: A workshop for troubled and alienated parent-child relationships*, cit.

²⁰ Che così recita: “1. Il giudice, su istanza congiunta delle parti, può nominare ai sensi dell’articolo 68 uno o più ausiliari, scelti tra gli iscritti all’albo dei consulenti tecnici d’ufficio, o al di fuori dell’albo se vi è accordo delle parti, per intervenire sul nucleo familiare al fine di superare i conflitti tra le parti, fornire ausilio per i minori e agevolare la ripresa o il miglioramento delle relazioni tra genitori e figli.

2. Il giudice individua gli obiettivi dell’attività demandata all’ausiliario tra quelli indicati nel primo comma, e fissa i termini, anche periodici, entro cui l’ausiliario deposita una relazione sull’attività svolta e quelli entro cui le parti possono depositare note scritte.

3. Se sorgono questioni sui poteri o sui limiti dell’incarico conferito, l’ausiliario o le parti informano il giudice il quale, sentite le parti, dà i provvedimenti opportuni”.

strategie per soddisfarli e di esprimere giudizi e voleri autonomi senza condizionamenti. Inoltre, mantenendo al centro i loro *best interests*, occorre considerare come il “trauma” derivante dalla coercizione volta a fare incontrare il genitore rifiutato sia molto minore del trauma evolutivo derivante dal mantenimento della posizione di rifiuto. Purtroppo, molto spesso queste dinamiche sono sottovalutate o ignorate dalle agenzie sociali alle quali l’autorità giudiziaria delega le valutazioni e gli interventi, realizzandosi così ritardi e inazioni in grado di produrre gravi danni per i figli coinvolti.

Al fine di favorire e preservare l’alleanza di lavoro, è altresì importante che l’*equipe* che guida le attività trattamentali non svolga altri incarichi o funzioni nei confronti della famiglia, soprattutto di natura valutativa o di controllo²¹.

²¹ Bibliografia (ulteriore): A.J.L. Baker, *Reliability and validity of the four-factor model of parental alienation*, in *Journal of family therapy*, 1/2020, pp. 100-118; A.J.L. Baker, N. Ben-Ami, *To turn a child against a parent is to turn a child against himself*, in *Journal of Divorce and Remarriage*, 54/2011, pp. 203-219; A.J.L. Baker, P. Fine, *Surviving parental alienation. A Journey of hope and dealing*, Lahnam, Rowman & Littlefield Pub. Inc., 2014; N. Ben-Ami, A.J.L. Baker, *The Long-Term Correlates of Childhood Exposure to Parental Alienation on Adult Self-Sufficiency and Well-Being*, in *The American Journal of Family Therapy*, 40/2012, pp. 169-183; W. Bernet, A.J.L. Baker, M.C. Verrocchio, *Symptom Checklist-90-Revised Scores in Adult Children Exposed to Alienating Behaviors: An Italian Sample*, in *Journal of Forensic Sciences*, 60/2015, pp. 357-362; G.B. Camerini, M. Pingitore, G. Lopez, *Alienazione parentale. Innovazioni cliniche e giuridiche*, Milano, FrancoAngeli, 2016; P. Conti, T. Amato, A. Odino, G.B. Camerini, G. Lopez, G. Gennari, *Rifiuto genitoriale-Approccio integrato multiprofessionale, un Vademecum Operativo per lavorare in rete*, Bologna, Esculapio, 2025; B.D. Garber, *Parental alienation and the dynamics of the enmeshed parent-child dyad: Adulthood, parentification, and infantilization*, in *Family Court Review*, 49/2011, pp. 322-335; G. Gulotta, A. Cavedon, M. Liberatore, *La sindrome da alienazione parentale (PAS). Lavaggio del cervello e programmazione dei figli in danno dell’altro genitore*, Milano, Giuffrè, 2015; J.J. Harman, E. Kruk, D.A. Hines, *Parental Alienating Behaviors: An Unacknowledged Form of Family Violence*, in *Psychological Bulletin*, 12/2018, pp. 1275-1299; J. Harman, C.R. Maniotes, C. Grubb, *Power dynamics in families affected by parental alienation*, in *Personal Relationships*, 4/2018, pp. 883-906; J.B. Kelly, J.R. Johnston, *The alienated child: A reformulation of parental alienation syndrome*, in *Family Court Review*, 39/2001, pp. 249-266; S. Lee-Maturana, M. Matthewson, C. Dwan, K. Norris, *Characteristics and experiences of targeted parents of parental alienation from their own perspective: A systematic literature review*, in *Australian Journal of Psychology*, 2/2019, pp. 83-91; S. Lee-Maturana, M. Matthewson, C. Dwan, *Ten Key Findings on Targeted Parents’ Experiences: Towards a Broader Definition of Parental Alienation*, in *Journal of Family Issues*, 2021, pp. 1-29; G. Lopez, *Il trattamento dell’alienazione parentale in spazio neutro: Parent-Child Visiting ReActivation Framework*, in M. Pingitore (a cura di), *Nodi e snodi nell’alienazione parentale. Nuovi strumenti psicoforensi per la tutela dei diritti dei figli*, Milano, FrancoAngeli, 2021; A. Lubrano Lavadera, S. Ferracuti, M.M. Togliatti, *Parental Alienation Syndrome in Italian legal judgments: An exploratory study*, in *International journal of law and psychiatry*, 4/2012, pp. 334-342; M. Saini, R.J. Johnston, B.J. Fidler, N. Bala, *Empirical studies of Alienation*, in L. Droz, M. Saini, N. Olesen (eds.), *Parenting plan evaluations: Applied research for the Family Court*, New York, Oxford University Press, 2016; M.C. Verrocchio, D. Marchetti, P. Roma, S. Ferracuti, *Caratteristiche psicologiche e relazionali in coppie altamente conflittuali coinvolte nell’alienazione genitoriale*, in *Ricerche di Psicologia*, 4/2018, pp. 679-692.

A PROPOSITO DI GENITORIALITÀ E DI NATALITÀ.

UNA LETTURA FILOSOFICO-GIURIDICA

di Agata C. Amato Mangiameli¹

Sommario: 1. Venire al mondo, essere natale, essere figlio(a) – 2. Desidero un(a) figlio(a)/non desidero un(a) figlio(a) – 3. L'umano incombe e si impone – 4. Sulla vita prodotta e reificata. E sul poter-essere-sé-stessi – 5. *Segue:* "in prima persona"!

1. *Venire al mondo, essere natale, essere figlio(a)*

Figlia/o si nasce, genitore si diventa!

Questa semplice, quanto ovvia, affermazione, ha in realtà delle particolari e rilevanti implicazioni che derivano dal diverso significato dei termini nascere e diventare (o divenire). Ed è proprio a partire da questa prima – e semplicissima – affermazione, che può rivelarsi utile tornare a riflettere sul senso della genitorialità e della natalità, come pure sulla particolare relazione che ne scaturisce.

- Il venire al mondo, la nascita, quale categoria biologica e al contempo quale inizio e meraviglia, è nell'umano *esercizio di senso*. Esercizio di senso, innanzitutto perché gli esseri umani – nonostante debbano morire – non sono nati per morire, ma per incominciare. Ogni nuovo nato, infatti, è un essere inaugurale: viene al mondo e appare agli altri che sono già in esso, aprendo così una breccia nel *continuum*. Non si tratta semplicemente di un'altra vita, bensì di una nuova storia di vita. Scrive Arendt:

*"il cominciamento inerente alla nascita può farsi riconoscere nel mondo solo perché il nuovo venuto possiede la capacità di dar luogo a qualcosa di nuovo, cioè di agire. Alla luce di questo concetto di iniziativa, un elemento di azione, e perciò di natalità, è intrinseco in tutte le attività umane. Il che significa che queste attività vengono esercitate da esseri che – venuti al mondo attraverso la nascita – sottostanno al requisito della natalità"*².

¹ Professoressa Ordinaria di Filosofia del diritto, Biogiuridica e Informatica giuridica presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

Il presente contributo (già edito in A.C. Amato Mangiameli, *Natur@. Dimensioni della biogiuridica*, Torino, Giappichelli, 2021) viene, qui, riproposto con alcune revisioni e alcuni adattamenti e dopo essere stato sottoposto a procedura di *double-blind peer review*.

² *Vita activa. La condizione umana*, trad. it., Milano, Bompiani, 2000, in part. pp. 127 ss.

Si badi, seguendo questa lettura, non sarebbe la mortalità, ma la natalità a costituire il tratto caratterizzante dell'umano.

L'evento determinante dell'uomo – in quanto *esserci* – non può che essere il suo venire al mondo e, d'altra parte, lo *stupore di essere vivi*, e di essere e di essere unici, è l'autentico e originario sentire umano. Se così, e a differenza dall'*essere-per-la-morte*³ e dall'incontro col nulla, l'essere natale si dispiega in un intreccio di relazioni, delle quali la prima è quella instaurata con la madre: l'intersoggettività si manifesta subito, a maggior ragione e in modo evidente quando si è contemporaneamente attesi e accolti. Detto altrimenti, la nascita è un evento di natura essenzialmente dialogica, è in senso proprio un dialogo perché si nasce sempre *da qualcuno* e *per qualcuno* e, in questo dialogo, il nuovo nato è esposto al potere dell'altro come accogliente o, al contrario, come inospitale.

Un evento particolarmente complesso. Il venire al mondo, ovvero nascere, deve misurarsi anche con quel *dis-venire*, quel *dis-nascere*, che Zambrano in *Adsum*⁴ enuncia quale superamento della disperazione iniziale. Se nascere, il fatto di essere nato, è innanzitutto essere espulsi, cacciati, per essere lì, qui, nella nudità muta e senza difesa alcuna, il *dis-nascere* del soggetto è ricordare. È, per meglio dire, un viaggio alla ricerca dell'origine, un raccogliere ciò che in lui e attorno a lui è nato, e nel raccoglierlo, restituirlo al nulla, per riscattarlo dalle oscurità iniziali e dargli l'occasione di rinascere, perché nasca in altro modo e con una consapevolezza del tutto nuova. Sì, sono qui!

Venire al mondo, essere natale, essere figlio/a, tutte espressioni che rinviano all'ordine naturale delle cose e all'inizio di qualcosa di nuovo e inaspettato, un inizio che getta luce escatologica su ogni singola nascita e che ci ricorda la condizione plurale umana: si nasce sempre insieme all'altro e all'altra, si nasce sempre grazie all'altro e all'altra. Ecco perché nelle molteplici vicissitudini della vita, quando il dialogo diventa faticoso, la relazione impraticabile, l'abbandono l'unica cifra, si è spesso – o anche di nuovo – esposti a quell'originaria e singolare vulnerabilità del venire al mondo, ovvero al distacco traumatico del calore placentare e alla disumana nudità.

- Se il venire al mondo, la nascita, quale categoria biologica e al contempo quale inizio e meraviglia, è insita nell'umano esercizio di senso, diventare genitore, diventare *responsabile per qualcuno/qualcuna*, è connaturato all'umano esercizio della libertà. Va da sé che un tale esercizio non può non tener conto del significato proprio della libertà: la libertà, infatti, non si identifica con l'onnipotenza.

³ M. Heidegger, *Essere e tempo*, trad. it., Milano, Mondadori, 2021.

⁴ *Delirio e destino*, trad. it., Milano, Raffaello Cortina, 2000, pp. 15 ss.

Una cosa è essere liberi, optare liberamente per certe cose in determinate circostanze, in breve, decidere di fare qualcosa o di optare per un dato comportamento, ben altra cosa, invece, è realizzare pienamente i propri desideri e riuscire in ciò che ognuno di noi vuole. Certo, quanto più la nostra capacità di agire è sviluppata, tanto più otterremo risultati e raggiungeremo obiettivi, e ciò sempre grazie alla libertà che è al contempo una forza nel mondo e la nostra stessa forza. E tuttavia, dal momento che, nel quotidiano, la libertà il più delle volte viene sfidata dalla necessità – che dunque la limita – e, poiché, la volontà del singolo convive e si coordina sempre con altre volontà – che di fatto la condizionano –, le decisioni dalle quali dipendono prospettive più o meno importanti sono il risultato dell'incontro/scontro fra libertà e necessità o, ancora, fra volontà dell'uno e volontà dell'altro, ma non per questo smettono di essere decisioni libere.

Si badi: il diventare genitore – in quanto esercizio della libertà – ha quale presupposto il dovere, il dovere di prendersi cura del/la figlio/a, almeno sino a quando l'età, la ragione e la legge, non gli/le consentano di esercitare quella libertà che è comune a tutti gli uomini. Si tratta di un dovere di cura, che è presupposto, in quanto il fatto di diventare genitore non rappresenta solamente una conseguenza dell'atto sessuale, della fecondazione, della gestazione e del parto (fasi che si rinvergono nel processo produttivo di tutti i mammiferi), ma rinvia a qualcosa di ulteriore, ovvero a quel processo unitario che lega in una relazione corporea, esistenziale, morale, giuridica, un/a figlio/a, una madre, un padre.

Un processo che, nella procreazione, ha inizio con il legame uomo/donna e si completa con la nascita, e che, invece, nel caso dell'adozione, si spinge oltre la nascita in una relazione di accoglienza e d'amore con un figlio nato da altri.

Com'è intuitivo, la cura è sottoposta a certe condizioni e richiede determinati processi interpersonali d'attivazione.

Questi processi muovono dal fenomeno della *simpatia*, altrimenti detto, sono i sorrisi, i sorrisi dei volti, ad aprirci all'esperienza e a mostrarci i colori e i suoni del mondo. Proseguono tramite l'*empatia*, ulteriore livello di relazione grazie al quale ci si può immedesimare nell'altro, partecipando situazioni e condividendo con lui/lei sensazioni e sentimenti. Qui è la preoccupazione per l'altro che permette di andare verso qualcuno, anzi di trasformarsi in *qualcosa per qualcuno*, situazione che si verifica ogniqualvolta ci preoccupiamo in modo assolutamente disinteressato di una o di alcune persone. E poi, ancora, attraverso la simpatia e l'empatia, si procede con l'*entropia*, quale capacità di comprendersi interiormente nella condivisione di un sentimento, come testimonia l'amicizia e svela l'amore.

I processi interpersonali hanno al centro l'empatia⁵, sentimento questo dello spirito, volto a poter vivere i valori, in quanto ancora genere di atto, nei quali si coglie l'esperienza vitale altrui (corporale, psichica, spirituale) e si scopre anche, e soprattutto, l'essere umano stesso nel suo valore peculiare. *Empatizzare significa percepire lo stesso dolore, la stessa gioia che l'altro ha in sé, nell'empatizzare, colgo il suo dolore, colgo la sua gioia, e ciò facendo mi traspongo in esso, in essa.*

- Riprendendo di nuovo l'espressione iniziale *figlio(a) si nasce*. A tal proposito, infatti, si deve ancora osservare che la nascita – quale evento straordinario che accomuna tutti gli esseri umani – è al contempo un evento che ci distingue. Nascere figlio(a) vuol dire instaurare immediatamente una relazione con l'altro, e in particolare con la madre, percepita subito come “diversa”. Per *anér* l'altra (la madre) è altra anche nel sesso, che è diverso dal suo, per *gyné* invece l'altra (la madre) è altra in quanto il suo essere-sé-stessa passa attraverso una differenza che deve andare oltre il sesso.

Com'è comprensibile, qui è in gioco l'identità. L'angoscia del “corpo-inframmenti” dei primi sei mesi di vita, causato dal trauma della nascita, e cioè dalla rottura dell'unità intrauterina, è pur con alterne vicende vinta a partire dallo “stadio dello specchio”⁶.

In questa fase, il bambino giunge alla costituzione del proprio *io* singolo attraverso la ricomposizione dell'unità perduta di sé stesso, un'unità offertagli intuitivamente dalla sua stessa immagine riflessa.

Si tratta naturalmente di un'identità fragile, quanto mai debole e insicura – diversi complessi ne sono prova, non ultimo quello edipico –, un'identità che non ha ancora raggiunto quell'autonomia cognitiva e morale ascrivibile a un soggetto che può essere considerato autonomo dal punto di vista intellettuale e morale, un'identità quindi che deve fare i conti con la gradualità del processo di formazione o maturazione e che giustifica – anzi rende necessario – l'intervento del genitore che si trova a decidere nei diversi ambiti per conto del figlio.

C'è quanto basta, per comprendere come la decisione a fondamento di quell'affermazione iniziale *genitore si diventa!* sia presa a partire da una rete complessa di giudizi, di relazioni, di valori, come pure di pregiudizi, di

⁵ Secondo Edith Stein di *Zum Problem der Einfühlung* (Freiburg i. Br., Verlag Herder, 2010), parte della dissertazione con la quale si addottora nel 1916 in Filosofia alla Albert-Ludwig-Universität di Freiburg i. Br.

⁶ J. Lacan, *Lo stadio dello specchio come formatore della funzione dell'io*, trad. it., in *Scritti*, I, Torino, Einaudi, 1974, pp. 87 ss.

atteggiamenti, di stereotipi, e vada oltre la spinta primordiale di preservare la specie e di procreare.

Una decisione certo condizionata da due domini distinti, quello naturale e quello culturale, in cui a volte prevale l'uno a volte l'altro, ma che tuttavia resta decisione: si decide l'età in cui si diventa genitori (e oggi l'età si è innalzata in modo significativo, nonostante il periodo più adeguato a livello genetico sia rimasto lo stesso), si decide il numero dei figli (un numero che si abbassa costantemente, sebbene per la preservazione della specie tale tendenza non sia funzionale) oppure si decide di non avere figli (nonostante per la specie ciò sia nocivo).

2. *Desidero un(a) figlio(a)/non desidero un(a) figlio(a)*

Nel momento in cui nella mente compare il desiderio di diventare padre o madre, ecco che il desiderio – consapevolmente o meno, a seconda della propria realtà e del proprio carattere, oppure in ragione del fatto di essere stati figli desiderati o al contrario indesiderati – si presenta così:

- *desidero/voglio un figlio, ma ho paura* (ad es. la paura che il bambino possa nascere con problemi, o ancora la paura di non sentirsi all'altezza, di non sentirsi adeguati come genitori, oppure il timore di assumersi la responsabilità e di perdere la propria libertà);
- *desidero/voglio un figlio, perché solo così mi sentirò davvero realizzata/o* (i motivi per i quali avere figli diventa un'urgenza imprescindibile sono naturalmente i più vari: innanzitutto i diversi condizionamenti naturali e culturali, come pure le differenti fantasie, ad esempio quella di realizzare sé stessi attraverso i figli, e i tanti sogni di rivalsa, attraverso i figli, rispetto a limitazioni vissute);
- *voglio un figlio a tutti i costi, o anche desidero/voglio un figlio, ma non arriva* (e così ci si sottopone a qualunque trattamento pur di poterlo avere e si indirizzano tutte le proprie energie verso questo pensiero, trascurando ogni altro ambito compresa la stessa relazione di coppia);
- *desidero/voglio un figlio, ma il mio compagno, o mio marito, la mia compagna, o mia moglie, no* (e qui ha inizio la contesa, le cui armi possono essere la minaccia: se non mi dai un figlio ti lascio, l'inganno: faccio delle cose di nascosto per raggiungere il mio obiettivo, la ripicca: tu non mi dai quello che io voglio e io non ti do ciò che vuoi, il tradimento: lo faccio con qualcun altro). Naturalmente è ben possibile che il desiderio di diventare padre o madre non compaia, ed ecco allora che le espressioni suonano più o meno così:

- *non voglio un figlio, ma il mio compagno, o mio marito, la mia compagna, o mia moglie, sì; non voglio un figlio, ma tutti se lo aspettano*. Espressione quest'ultima che rinnova le domande del tipo: quanto siamo liberi di decidere? Quanto siamo adulti abbastanza da non sottostare alle aspettative altrui? Quanto della nostra esperienza che arriva a noi da figli è determinante nell'accentuare ora la gioia di poter assistere al miracolo della vita, ora l'enorme responsabilità che questo miracolo comporta? Quanto dipende dai geni e quanto dalle influenze ambientali?

3. *L'umano incombe e si impone*

Mortalità/natalità, unicità/pluralità, identità/alterità e – come se non bastasse – libertà/necessità, diritto/dovere, responsabilità/irresponsabilità, autonomia/dipendenza: queste coppie ci parlano dell'essere umano e ci dicono che il diritto nell'accostarsi e nel regolare il rapporto genitori-figli deve prendere sul serio la complessità di quell'umano che è in tutti noi e che prima o poi, nonostante gli accadimenti, si impone.

3.1. È così anche nell'episodio che Heller, la pensatrice ebreo-ungherese sopravvissuta alla barbarie, ci racconta⁷. Le retate delle SS si susseguono, le ore che separano lei e i suoi cari dalla tragedia sembrano contate, Agnes spia dalla finestra, si accorge che è rimasto un solo soldato di guardia, e pensa: se mi avvicino ora al soldato e lo guardo negli occhi, avrà pietà di una bambina, perché in assenza del controllo d'altri la sua umanità non avrà paura a manifestarsi. Pochi attimi e il soldato, fissato negli occhi da una bambina spuntata dal silenzio del terrore, consente ad Agnes e ai suoi di uscire dal ghetto, senza alcun segno di riconoscimento. È la salvezza. Altrimenti detto, c'è una umanità in tutti noi, una tendenza alla solidarietà, e questa tendenza – posta in condizione di potersi esprimere liberamente – non resiste alla trascendenza dello sguardo d'altri, soprattutto dello sguardo innocente.

3.2. L'umano incombe e si impone su ogni altra logica, su ogni calcolo di interesse immediato, incombe e si impone con tutto il suo carico, ivi comprese le tante difficoltà e le diverse mancanze. Il bambino adottato può e potrà dire di essere stato voluto e di vivere nell'amore del padre e della madre, certo è mancante di colei che lo ha generato. Il bambino biologico,

⁷ Per il vero, lo racconta a Bruno Forte: <http://www.ccdc.it/>.

quando è anche voluto e amato, può e potrà senz'altro dire che anche il grembo materno lo ha accolto e lo ha protetto. In entrambi i casi, i genitori dovranno riconoscere il ruolo e la forza delle loro attese sulla vita del bambino al fine di potenziare l'ascolto e il ricorso a una parola rassicurante nei confronti dell'agire del figlio alla ricerca del proprio spazio nel mondo.

Particolarmente significativo è a tal proposito quanto affermato da Françoise Dolto. La celebre educatrice e terapeuta, nota per il suo impegno politico e religioso, interrogata sulla – secondo alcuni – apparente bizzarria di avere un figlio famoso in tutt'altro modo che la madre (Jean Crisosthome, noto come Carlos, cantante di cabaret), così rispondeva:

“perché dovrei meravigliarmi? I figli non ci appartengono! [...] Bisogna che i genitori adottino i propri figli e, purtroppo, molto spesso non lo fanno. Non si ha mai un figlio come lo si è sognato, si ha un certo tipo di bambino e bisogna lasciare che cresca secondo la sua verità: spesso invece facciamo il contrario”.

Ed ecco un suggerimento:

“fino a un certo punto condividiamo la morale con i nostri figli, ma quella sacra non siamo noi che possiamo inculcargliela, possiamo solo dire loro che esiste e che devono cercarla. E siccome il sacro non è prudente (pensiamo a Gesù), è molto difficile allevare figli. Noi proponiamo loro molti comportamenti ‘per il loro bene’, ma dobbiamo accettare, in nome della ricerca della loro libertà, del loro sacro, che corrano molti rischi, mentre noi non possiamo che preoccuparci perché li corrono [...]”⁸.

4. Sulla vita prodotta e reificata. E sul poter-essere-sé-stessi

La considerazione qui da ultimo proposta rinvia a un'altra importante questione, e cioè se e sino a che punto il genitore si può spingere a realizzare il desiderio di avere un certo tipo di figlio, grazie alla tecnica che ormai padroneggia la contingenza finora indisponibile del processo di fecondazione⁹.

⁸ *Informations catholiques Internationales*, 15 febbraio 1974.

⁹ Distinta in omologa ed eterologa, nell'ordinamento italiano la L. 40/2004 – recante “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita” – inizialmente consentiva solamente la fecondazione omologa. Limitazione, questa, venuta meno a seguito della pronuncia (n. 162/2014) della Corte costituzionale, che ha dichiarato incostituzionale il divieto di ricorrere a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in tutti quei casi in cui alla coppia sia stata diagnosticata una patologia dalla quale derivi una condizione di sterilità irreversibile. Circa lo stato

Tra le diverse ricostruzioni, proprio per l'attenzione rivolta alla tutela di predisposizioni genetiche integre e non manipolate, merita certamente di essere ripresa la tesi di Habermas¹⁰. Essa ha un grande merito: evitare ogni inutile polarizzazione ideologica e tentare di conciliare esigenze e visioni diverse sulla dignità della vita umana. Tanto più importante, se si considera che di fronte alle tante scelte bioetiche diventa sempre più necessario trovare delle soluzioni convincenti e ideologicamente neutrali, senza alcuna presunzione (e illusione) di delineare il modello di vita giusta, poiché ora il pluralismo delle visioni del mondo e la progressiva individualizzazione degli stili di vita richiedono che le società lascino libere le persone di decidere della loro vita e siano al contempo garantite le concezioni personali di vita buona (secondo proprie possibilità e preferenze). Peraltro, anche il verbo dovere (che cosa devo – o dobbiamo – fare?) è collocato nel contesto di una determinata storia di vita individuale o di una particolare forma di vita collettiva, così che non si danno soluzioni indipendenti dal contesto stesso e non esistono perciò risposte generali e vincolanti per tutti allo stesso modo.

Non altrettanto può dirsi quando il progresso delle scienze biologiche e lo sviluppo delle biotecnologie modifica o mette in pericolo la nostra autocomprensione (etica) di agenti responsabili (soggetti capaci di azione e linguaggio). È a questo punto che non ci si può esimere dall'interrogarsi, ad esempio, sull'*allevamento selettivo e razziale dell'uomo*, come pure sugli interventi nel genoma umano. Come dobbiamo infatti intenderli:

*“come una crescita di libertà che chiede di essere disciplinata sul piano normativo, oppure come l'autorizzazione (che l'uomo si darebbe da solo) a produrre (in base alle proprie preferenze soggettive) trasformazioni che non hanno bisogno di nessuna autolimitazione?”*¹¹

Per rispondere, bisogna subito considerare, oltre gli scopi pratici (terapeutici o migliorativi), le conseguenze essenziali degli interventi sul genoma umano.

di attuazione della Legge 40, cfr. la *Relazione del Ministero della Salute al Parlamento* del 26 giugno 2019 (si veda http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2866_allegato.pdf). In tema, significativi – e per molti aspetti ancora attuali – i documenti del Comitato nazionale per la bioetica (*La fecondazione assistita*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1996). Cfr. i contributi: L. Corradi (a cura di), *Odissea embrionale. Fecondazione in vitro, eterologa e surroga di gravidanza: problemi di salute, giuridici e sociali*, Milano, Mimesis, 2019; E. Laghero, M. Lombardi Ricci, G. Zeppigno (a cura di), *Nascere oggi. Questioni bioetiche di inizio vita*, Cantalupa, Effatà editrice, 2019; G.J. Woodall (a cura di), *La via, la verità e la vita. In occasione del cinquantenario dell'Humanae vitae e del venticinquesimo della Veritatis Splendor*, Morolo, If Press, 2019.

¹⁰ *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, trad. it., Torino, Einaudi, 2002.

¹¹ *Ivi*, pp. 14-15.

Il geneticamente manipolato è un prodotto: il genitore modella (prova a modellare) il corredo genetico del proprio figlio, e a tale prodotto sarebbe preclusa quella struttura del poter-essere-sé-stessi, perché verrebbe compromessa la simmetria della responsabilità sussistente tra persone libere ed eguali. La persona diventata adulta continuerebbe a dipendere dalla irreversibile decisione di un'altra persona, e una tale decisione inciderebbe sul nostro modo di intenderci quali esseri normativi, ossia esseri che si attendono l'uno dall'altro responsabilità solidale ed eguale rispetto.

Di qui il ricorso a quelle idee sulle quali tutti possono ragionevolmente convenire. Si può, ad esempio, discutere e non trovare accordo sulla sacralità a-priori della vita umana pre-personale (rendendo possibile l'aborto¹²), e tuttavia resta una intuizione comune: la vita umana, anche nei suoi primi stadi, è un valore *sui generis*, non collocabile sullo stesso piano dei valori secondari del tipo: libertà della ricerca scientifica, interesse della nazione all'incremento della salute pubblica, interesse economico dell'industria farmaceutica. E in nome di siffatta intuizione (etico-antropologica) si condivide pure l'affermazione secondo cui

“neppure contro la speranza di poter scoprire nuovi procedimenti terapeutici per gravi malattie genetiche noi sentiamo di poter mettere in gioco la vita umana”¹³.

Alla prassi che rimette alla discrezionalità degli utenti il compito di definire gli obiettivi degli interventi correttivi e quindi, ad esempio, ai genitori le decisioni sul patrimonio genetico dei loro bambini, è da contrapporre così la “moralizzazione” della natura umana, ovvero “l'autocomprensione etica del genere”, da cui dipende la stessa possibilità di continuare ad intenderci come autori indivisi della nostra storia di vita, di continuare a riconoscerci reciprocamente come persone che agiscono in maniera autonoma, di

¹² Come noto, in Italia, l'aborto è stato disciplinato dalla Legge n. 194 del 1978, recante “Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza”, che ha previsto la facoltà della donna di chiedere che si proceda all'interruzione volontaria della gravidanza mediante intervento chirurgico, oppure per via farmacologica. Modalità, quest'ultima, che recentemente è stata oggetto di revisione e di aggiornamento a seguito dell'emanazione, il 12 agosto 2020 delle nuove “Linee di indirizzo sulla interruzione volontaria di gravidanza con mifepristone e prostaglandine”. Linee guida alquanto discusse, perché, oltre ad aver annullato il vincolo relativo all'utilizzo del farmaco (mifegyne) in regime di ricovero (dall'assunzione del farmaco fino alla conclusione del percorso assistenziale), ne hanno anche esteso l'arco temporale di impiego, prolungandolo sino alla nona settimana (compiuta) di gestazione (si veda: <https://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/renderNormsanPdf?anno=2020&codLeg=75683&parte=1%20&serie=null>). Fra i più recenti contributi cfr. D. Mpanda Kazadi, *L'aborto: conseguenze e riparazione*, Tavagnacco (UD), Edizioni Segno, 2020.

¹³ J. Habermas, *Il futuro della natura umana*, cit., p. 69.

salvaguardare quell'idea degli uomini (soggetti di linguaggio e di azione) per cui le ragioni morali hanno un peso e incidono sulla nostra maniera di trattare anche la vita umana pre-personale¹⁴.

5. Segue: "in prima persona"!

Identità e autonomia¹⁵, caso e libera scelta¹⁶, l'ingegneria genetica sempre più ridefinisce queste espressioni, riconfigura i confini e al contempo solleva diversi interrogativi: è compatibile con la dignità della vita umana essere generati con riserva, essere giudicati degni di vivere, essere programmati o anche essere strumentalizzati?

Ancor prima di entrare nei contesti pubblici dell'interazione, la vita umana gode di tutela giuridica, quale oggetto privilegiato di nostri doveri. In altri termini, il bimbo che sta crescendo in utero¹⁷, non ancora apostrofabile nel ruolo

¹⁴ Senza infatti "l'emozione dei sentimenti morali" (obbligazione e colpa, rimprovero e perdono), senza "la libertà del rispetto morale", "la felicità dell'aiuto solidale", "lo sconforto del fallimento morale", senza "la 'gentilezza' di un procedimento incivilito nel trattamento di conflitti e contrasti", dovremmo sentire come insopportabile l'universo abitato dagli uomini. "Non varrebbe più la pena di vivere in una sorta di vuoto morale". E in questo giudizio si esprime "l'impulso a preferire un'esistenza che sia degna dell'uomo rispetto alla freddezza di forme-di-vita impermeabili agli scrupoli morali" (*ivi*, p. 73).

¹⁵ Il genitore *programmatore*, il *designer*, "interferisce in maniera unilaterale e irreversibile nella formazione d'identità della persona futura. In questo senso, egli non pone limiti estrinseci alla libertà progettuale di un altro. Ma interferisce per così dire dall'interno – nella misura in cui si rende *coautore di una vita altrui* – nella coscienza che l'altro ha della propria autonomia. Alla persona programmata, cui venga tolta la consapevolezza della *contingenza* delle sue iniziali condizioni biografiche di partenza, viene meno un prerequisite mentale che deve essere invece soddisfatto, se essa deve retrospettivamente assumere la responsabilità *esclusiva* della sua vita" (*ivi*, p. 82).

¹⁶ Secondo Dworkin, i nostri giudizi sulla responsabilità (personale e collettiva) sono dominati dalla distinzione fondamentale tra caso e scelta, e cioè tra ciò che noi siamo e ciò che noi facciamo di nostra iniziativa, un confine questo che rappresenta la spina dorsale della nostra morale, poiché "noi distinguiamo la parte del nostro destino soggetta ad attribuzioni di responsabilità, in quanto conseguenza della scelta compiuta da qualcuno, dalla parte non soggetta a tali attribuzioni, in quanto conseguenza dell'opera non di persone, bensì della natura o della sorte brutta" (*Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, I, trad. it., Milano, Feltrinelli, 2002, p. 315).

¹⁷ Che potrebbe essere preso anche "in affitto", come accade nell'ipotesi di maternità surrogata alla quale ricorrono soprattutto le coppie omosessuali. Si tratta di una questione aperta e tuttora alquanto controversa, di una pratica, attualmente vietata dal nostro ordinamento, che, però, è tornata prepotentemente alla ribalta a seguito della questione di legittimità (dell'art. 12 della Legge n. 40 del 2004; dell'art. 18 del D.P.R. n. 396 del 2000; dell'art. 64, comma 1, lett. g, della Legge n. 218 del 1995), sollevata dalla Corte di Cassazione, sez. I civ., con l'ordinanza interlocutoria n. 8325, depositata il 29 aprile 2020 in merito alla possibilità di trascrizione dell'atto di nascita di un minore nato all'estero

ascritto di seconda persona grammaticale e non ancora soggetto di doveri e titolare di diritti, non è comunque semplicemente l'oggetto delle nostre conversazioni, è pure il destinatario autentico di una comunicazione in senso proprio e nei suoi confronti abbiamo doveri giuridici e morali *per amore di lui*.

La vita pre-personale gode cioè di dignità ed è perciò indisponibile (ovvero non strumentalizzabile), in quanto conserva sempre un valore pieno, grazie al quale ci identifichiamo nel nostro essere uomini e ci differenziamo dagli altri esseri viventi.

Ovviamente, non è l'ingegneria genetica *tout court* a costituire un problema, bensì lo spettro delle sue applicazioni e la possibile violazione dei requisiti di naturalità, importanti per considerarsi autori della propria vita e membri giuridicamente eguali della comunità morale.

Si pensi, sotto questo profilo, alla diagnosi di pre-impianto e alla sperimentazione sugli embrioni.

Con la prima, l'esistenza umana è sospesa, impiantare o meno dipende dalle preferenze e dalla decisione di terzi (i genitori). Ma impiantare, o diversamente rinunciare a impiantare un embrione che non corrisponde a determinati standard di salute, implica già una strumentalizzazione dell'esistenza umana.

Con la seconda (interventi sull'embrione), poi, il patrimonio genetico è il risultato di desideri e gusti dei genitori. Ma così, ogni intervento genetico¹⁸ confonde il confine intuitivo tra ciò che è naturalmente cresciuto e ciò che è tecnicamente prodotto, con la conseguenza ulteriore che attrezzare il nascituro di determinati requisiti genetici è un'azione imputabile e d'altra parte, con l'ampliamento del potere di disposizione sul patrimonio genetico di una persona futura, ogni persona programmata o meno

“potrà d'ora in poi considerare la composizione del suo genoma come il risultato di un'azione rinfacciabile oppure di un'azione tralasciata”¹⁹.

con maternità surrogata. Per un agile commento, cfr., fra gli altri, G. Vassallo, *Maternità surrogata, sollevata questione di costituzionalità. È legittimo il divieto di riconoscere il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero con maternità surrogata e il genitore d'intenzione?* (Cass., ord. interlocutoria n. 8325/2020), in *Altalex.com*, 28 maggio 2020.

¹⁸ Che induceva Jonas a domandarsi: “ma a chi appartiene questo potere? E su chi, o che cosa, esso si esercita? Evidentemente è il potere dei viventi sugli uomini venturi, che sono gli oggetti inermi di decisioni prese in anticipo da chi pianifica oggi. L'altra faccia dell'odierno potere è la futura schiavitù dei vivi nei confronti dei morti” (*Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio di responsabilità*, trad. it., Torino, Einaudi, 1997, p. 127).

¹⁹ E Habermas così prosegue: “crescendo negli anni, il giovane potrà interrogare il suo ‘designer’ e chiedergli ragione dei motivi per cui egli, risolvendosi per una dote matematica, gli ha negato quella capacità atletica o quella dote musicale che gli sarebbero state molto più utili nella carriera sportiva

Le ipotesi sono, com'è ovvio, molteplici. Si può intervenire per far sì che una determinata predisposizione ereditaria sia rimossa; ma si può pure intervenire per far sì che la malattia o l'handicap permanga, in nome di una sorta di comunitarismo genetico²⁰. Si può decidere di impiantare perché, nonostante un embrione malato, si preferisce non impedire la possibile nascita di un genio, visto che proprio l'handicap potrebbe rilevarsi profondamente creativo; ma si può pure non procedere all'impianto, perché piuttosto che un genio potenziale, si preferisce evitare ogni problema ed anche la responsabilità di mettere al mondo un individuo sofferente. *E staremmo qui seduti senza la Nona Sinfonia di Beethoven e privi del Moulin Rouge di Toulouse-Lautrec!*²¹.

Ma il punto non è questo. L'intervento genetico, mirato a promuovere una determinata caratteristica biologica o a scartarne un'altra, incide sull'autocomprensione morale della persona oggetto dell'intervento e può compromettere la forma comunicativa di vita e il diritto di partecipare alla comunità illimitata dei parlanti con eguali opportunità e con un eguale cominciamento. Nell'ipotesi di trasformazioni genetiche la persona si renderebbe conto che la sua natura, vissuta come indisponibile, non è altro che il risultato di

o pianistica cui egli effettivamente aspira. È questa la situazione che ci spinge a chiederci fino a che punto noi possiamo accollarci la responsabilità di distribuire risorse naturali, prefigurando con ciò i margini entro cui una seconda persona svilupperà e perseguirà la sua soggettiva concezione della vita" (*Il futuro della natura umana*, cit., in part. p. 83).

²⁰ Al quale si sono richiamate Sharon e Candy, due audiolese, allorché hanno deciso nel 1996, e di nuovo nel 2001, di utilizzare per la fecondazione il seme di un amico privo di udito. Ritenendo infatti la sordità non un handicap, bensì un'identità fisica e culturale da conservare, hanno voluto massimizzare le possibilità di generare figli con la stessa disfunzione: sono così nati due bimbi (disabili) con le stesse caratteristiche fisiche (problemi di udito) delle madri. In questo caso si è naturalmente solo scelto un donatore sordo, non si è qui intervenuti sull'embrione, e tuttavia il caso in questione solleva infinite domande, poiché la logica applicata potrebbe aprire la via e giustificare qualsiasi scelta (seppur bizzarra) e magari manipolazioni ancor più complesse (P. Mastrolilli, *Nati sordi per scelta delle madri*, in *La Stampa*, 9 aprile 2002).

²¹ L'uno affetto da sordità meningitica e l'altro da distrofia muscolare. Ma, secondo Harris, lamentare la perdita di un Beethoven o di un Toulouse-Lautrec "non ha più senso che celebrarla come perdita di un Hitler" e poi, "a quanto ne so, nulla dimostra che il genio provenga solamente o anche solo principalmente dai ranghi delle persone che hanno disturbi genetici, né si può dire che i disturbi genetici svolgano un ruolo causale nella genesi del genio. Parimenti non c'è ragione di pensare che ridurre la predisposizione umana agli handicap genetici significhi pari passo ridurre la possibilità del genio; diversamente occorrerebbe presupporre che il genio possa nascere solo dai difetti genetici, cosa che, come ho detto, nessuno ha mai dimostrato. Perciò non c'è alcun motivo di pensare che ridurre la quantità totale di infelicità umana significhi ridurre la frequenza del genio" (*Wonderwoman e Superman. Manipolazione genetica e futuro dell'uomo*, trad. it., Milano, Baldini & Castoldi, 1997, in part. pp. 264-265).

una strumentalizzazione e programmazione. Il suo essere-organismo verrebbe subordinato al suo avere-un-corpo, un corpo che l'intenzione estranea (il programma genetico) ha manipolato e col quale potrebbe non del tutto identificarsi. Perché infatti la persona sia tutt'uno con il proprio corpo, quest'ultimo deve essere esperito come spontaneo, ed è questa poi la condizione perché il soggetto agente si consideri l'iniziatore delle sue azioni, l'autore di azioni responsabili e la fonte di pretese autentiche. Altrimenti detto: il suo poter-essere-sé-stesso e il suo rapporto con gli altri ha quale presupposto la differenza tra ciò che *si è* e ciò che *ci accade*, tra il "destino di natura" (indisponibile) del suo organismo e il "destino di socializzazione" di una persona²², più in particolare ha a presupposto la condizione umana della natalità – il già ricordato miracolo dell'inizio²³ – a sua volta fondamento delle forme comunicative democratiche:

*"nel poter dire-di-no che caratterizza i partecipanti al discorso, deve prendere voce la spontanea comprensione di Sé e del mondo che è tipica di individui che non possono mai delegare altri a parlare in loro vece [...]. Quando ci concepiamo come persone morali, noi diamo intuitivamente per certo che agiamo e giudichiamo, per così dire, 'in prima persona', ossia in maniera non delegabile. Nessun'altra voce se non la nostra esce dalle nostre labbra"*²⁴.

²² "Se una persona fosse soltanto il prodotto di un destino di socializzazione meramente subito, ad essa il suo Sé sfuggirebbe necessariamente di mano, perdendosi nel vortice effettivo delle costellazioni, relazioni ed influenze. Nelle vicissitudini della storia di vita, noi possiamo ribadire il nostro 'essere noi stessi' solo quando possiamo stabilire una differenza tra ciò che *noi siamo* e ciò che *a noi accade*. Questa differenza noi la fissiamo a un'esistenza corporea in cui si prolunga un 'destino di natura' che affonda le sue radici al di là di un 'destino di socializzazione'. Un indisponibile 'destino di natura' che anteceda, per così dire, il nostro stesso passato biografico sembra essere elemento essenziale alla coscienza della nostra libertà" (J. Habermas, *Il futuro della natura umana*, cit., pp. 55-61).

²³ "Con la nascita di ciascuno viene al mondo qualcosa di nuovo nella sua unicità. Di questo qualcuno che è unico si può fondatamente dire che prima di lui non c'era nessuno. Se l'azione come cominciamento corrisponde al fatto della nascita, allora il discorso corrisponde al fatto della distinzione, ed è la realizzazione della condizione umana della pluralità, cioè del vivere come distinto e unico essere tra uguali" (H. Arendt, *Vita activa*, cit., pp. 127 ss.).

²⁴ J. Habermas, *Il futuro della natura umana*, cit., pp. 58-59.

RIPENSARE LA (BI)GENITORIALITÀ: TRA SUGGERIMENTI E SCORCI DI RICERCA

di Maria Novella Campagnoli¹

Sommario: 1. Premessa. L'alienazione genitoriale: un'occasione di riflessione – 2. Ripensando al *femminile* e al *maschile*: per un'ermeneutica diversa – 3. *Codice materno* vs. *Codice paterno*: due versanti irrinunciabili della bigenitorialità – 4. Conclusioni: percorsi di parità e di giustizia.

1. Premessa. L'alienazione genitoriale: un'occasione di riflessione

Frutto di un'elaborazione dottorinale assai articolata e tutto sommato decisamente recente, l'alienazione parentale² – *rectius* genitoriale – si iscrive quasi sempre nel quadro di una relazionale familiare disfunzionale, spesso coincidente con una separazione coniugale o con un divorzio altamente conflittuali³.

¹ Professoressa associata di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata, dove insegna *Teoria e pratica dei diritti umani, Fondamenti della sostenibilità e strategie digitali* ed *Introduzione alle tecniche ed alla metodologia della ricerca informatica*.

Il presente contributo è stato sottoposto a procedura di *double-blind peer review*.

² Per primo a introdurre il concetto di "Parental Alienation Syndrome" (PAS) (in italiano, sindrome da alienazione parentale), R.A. Gardner (*Parental Alienation Syndrome and the Differentiation Between Fabricated and Genuine Child Sex Abuse*, New York, Creative Therapeutics, 1987).

³ Spesso, invero, quando i coniugi non riescono ad elaborare e ad affrontare la separazione, può svilupparsi – per mezzo del conflitto – una sorta di "strascico", di "cordone" e di "legame disperante". In tale contesto, non solo le funzioni genitoriali rischiano di essere compromesse (con la conseguenza che la genitorialità si tramuta in uno degli ambiti in cui in maniera più spiccata si perpetua e si estrinseca il conflitto della coppia), ma si sviluppa anche una condizione di elevato disagio e di stress a carico del/i figlio/i. Cfr., fra gli altri: V. Cigoli, C. Galimberti, M. Mombelli, *Il legame disperante. Il divorzio come dramma di genitori e figli*, Milano, Raffaello Cortina editore, 1988; G. Gulotta, A. Cavedon, M. Liberatore, *La sindrome da alienazione parentale (PAS). Lavaggio del cervello e programmazione dei figli in danno dell'altro genitore*, Milano, Giuffrè, 2008; M. Malagoli Togliatti, A. Lubrano Lavadera, *Il rifiuto e il disagio dei figli nei casi di separazione conflittuale: possibili percorsi evolutivi*, in *Maltrattamento e abuso all'infanzia*, 3/2009, pp. 27-38; A. Lubrano Lavadera, *Ascoltare il minore: comprendere le dinamiche relazionali e familiari*, in M. Malagoli Togliatti, A. Lubrano Lavadera, *Bambini in tribunale. L'ascolto dei figli "contesi"*, Milano, Raffaello Cortina, 2011; M. Casonato, M.A. Mazzola, *Alienazione genitoriale e sindrome da alienazione parentale (PAS)*, Milano, Key, 2016; G. Cassano, I. Grimaldi, P. Corder, *L'alienazione parentale nelle aule giudiziarie*, Milano, Maggioli, 2018;

Si badi: è metodologicamente doveroso tenere distinto il lessico nosografico da quello giuridico. Il diritto non “diagnostica” sindromi, piuttosto qualifica condotte e riconosce nessi causali alla luce di standard probatori e di garanzie processuali. Ration per cui, il ricorso al paradigma dell’“alienazione” ha natura prettamente argomentativa e non clinica.

In modo particolare, si parla di alienazione parentale/genitoriale ogni qual volta un genitore ricorre ad azioni o a comportamenti (come, ad esempio, la denigrazione sistematica dell’altro, l’esclusione dalla vita del minore, oppure l’induzione in false credenze), finalizzati a minare, e in senso proprio, a sfilacciare e a incrinare irrimediabilmente il rapporto con il/la figlio/a⁴.

Com’è intuitivo, le implicazioni connesse a una simile fattispecie – caleidoscopica e multifaccettata anche per via delle diverse forme e delle tante modalità con le quali può declinarsi e realizzarsi – sono davvero moltissime e sollecitano a più riprese, non solo le riflessioni del giurista (teorico e pratico), ma anche quelle degli operatori sociosanitari e, naturalmente, degli psicologi e degli psichiatri⁵.

In linea generale, può dirsi che la condizione di alienazione parentale/genitoriale si rintraccia per la presenza di alcuni fattori “spia”, come: *a*) la presenza di un rifiuto “non giustificato” nei riguardi di un genitore, ovvero non motivato da pregresse esperienze di abuso o trascuratezza⁶; *b*) la constatazione che il bambino rifiuta un genitore che precedentemente amava e con il quale aveva un buon legame di attaccamento; *c*) una campagna calunniosa nei riguardi del genitore rifiutato, il sostegno incondizionato verso l’altro (genitore preferito), ma anche l’estensione dell’atteggiamento ostile a altri componenti del nucleo

G.B. Camerini, M. Pingitore, G. Lopez, *Alienazione Parentale. Innovazioni cliniche e giuridiche*, Milano, Franco Angeli, 2025.

⁴ Nel dettaglio, riprendendo quelli che sono stati gli studi, pionieristici, dello psichiatra statunitense Richard Gardner che, già negli anni Ottanta si interessava al fenomeno, la PAS si sostanzierebbe in una dinamica psicologica disfunzionale che si sviluppa in capo ai figli minori coinvolti nelle separazioni conflittuali. Si tratterebbe, in pratica, del risultato di una presunta “influenza” e “programmazione” dei figli da parte di uno dei due genitori (ovverosia da parte del c.d. “genitore alienante”) che induce i figli a provare (e a esternare) astio e rifiuto nei riguardi dell’altro genitore (il c.d. “genitore alienato”). In altre parole, si tratterebbe di una vera e propria forma di incitamento ad allontanarsi da uno dei due genitori, incentivato da espressioni denigratorie, dal ricorso a false narrazioni e accuse prive di reale fondamento.

⁵ Mi permetto, in questa sede, di richiamare i lavori di M. Amici (*Alienazione parentale: impotenza e stress della figura paterna*) e di G.B. Camerini (*Il rifiuto del figlio ad incontrare un genitore o gli ascendenti: art. 473 bis 6 cod. proc. civ.*).

⁶ J.B. Kelly, J.R. Johnston, *The alienated child: A reformulation of parental alienation syndrome*, in *Family Court Review*, 39, 3/2001, pp. 249-266; J.J. Harman, W. Bernet, J. Harman, *Parental alienation: The blossoming of a field of study. Current Directions in Psychological Science*, 28, 2/2019, pp. 212-217.

familiare del genitore rifiutato (nonni, zii, ecc.)⁷.

Alla luce dell'*International Classification of Diseases, 11th Revision (ICD-11)* dell'OMS), che non contempla la *Parental Alienation Syndrome* come diagnosi autonoma, il riferimento più corretto è a problemi della "relazione caregiver-bambino"⁸.

La categoria giuridica di alienazione deve essere, dunque, ancorata a fatti provati e a effetti relazionali verificabili, non già ad etichette cliniche.

Agli occhi del filosofo del diritto, appare subito evidente che la rilevanza dell'alienazione genitoriale – stimolante e attualissimo caso di studio, nonché importante banco prova per il diritto⁹ – risiede, per un verso, nella capacità di riportare il *focus* sul binomio femminile/maschile¹⁰ e, per un altro verso, nel richiamo ai principi fondamentali del diritto e, soprattutto, della giustizia.

⁷ M.C. Verrocchio, D. Marchetti, *L'intervento nei casi di alienazione genitoriale. Una rassegna sistematica della letteratura*, in *Maltrattamento e Abuso all'Infanzia*, 19, 1/2017, pp. 67-83.

⁸ Cfr. OMS, *ICD-11*, 2019/2022.

⁹ È importante ricordare – seppur brevemente – che negli ultimi anni, tanto da parte della giurisprudenza, quanto da parte del legislatore, si è registrata una maggior sensibilità nei confronti dell'alienazione parentale. In modo particolare, si deve ricordare che, prima della c.d. Riforma Cartabia, il Giudice riscontrava diversi limiti nell'agire e nel prevenire tale fenomenologia, tanto che, molto spesso, anche gli interventi del Tribunale risultavano essere tardivi e insufficienti a scongiurare le conseguenze del fenomeno. Di contro, la Riforma Cartabia ha introdotto specifiche norme sull'ascolto del minore: oggi strumento chiave per prevenire tale pratica. Nel dettaglio, l'art. 473 *bis* 4 cod. proc. civ. dispone che il minore che ha compiuto dodici anni – e anche di età inferiore ove capace di discernimento – sia ascoltato dal giudice nei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano. Inoltre, di grande importanza è anche l'art. 473 *bis* 6 cod. proc. civ. che attribuisce al Tribunale alcuni strumenti *ad hoc*, nel caso in cui il minore decida di non vedere più uno dei genitori; tali strumenti sono: l'ascolto qualificato del minore da parte del giudice; l'assunzione anche sommaria di informazioni utili a comprendere le ragioni del rifiuto e la presenza di un'eventuale influenza esercitata da parte dell'altro genitore; l'abbreviazione dei termini processuali, onde contenere l'aggravio della situazione. Si aggiunga, poi, che in caso di gravi inadempienze o di atti che arrechino pregiudizio al minore ostacolando il corretto svolgimento delle modalità di affidamento e l'esercizio della responsabilità (bi)genitoriale, il giudice ha facoltà di:

i) ammonire il genitore inadempiente;

ii) individuare ai sensi dell'articolo 614 *bis* cod. proc. civ. la somma di denaro dovuta dal genitore inadempiente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento;

iii) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da 75 a 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende, nonché al risarcimento dei danni a favore dell'altro genitore o del minore.

¹⁰ Per un agile, ma completo, approfondimento della dialettica femminile/maschile in chiave filosofico-giuridica e biogiuridica, rinvio a A.C. Amato Mangiameli, voce *Femminile/Maschile*, in A.C. Amato Mangiameli, G. Saraceni (a cura di), *Cento e una voce di Biogiuridica*, Torino, Giappichelli, 2024; nonché a Ead., voce *Gyné*, in A.C. Amato Mangiameli, F. D'Agostino (a cura di), *Cento e una voce di Filosofia dal diritto*, Torino, Giappichelli, 2013.

In questa cornice, il diritto del minore alla continuità affettiva opera come diritto-principio, che non esprime una politica dell'utile, ma una ragione che, ove in conflitto con interessi contingenti degli adulti, prevale salvo il limite del danno e della tutela da abusi¹¹.

Pressochè inevitabile è, ovviamente, il rinvio all'uguaglianza¹² e alla parità¹³ fra i soggetti, alla simmetria¹⁴ e alla reciprocità¹⁵ dei comportamenti, come pure, alla proporzionalità¹⁶ e alla compossibilità dei diritti e delle posizioni in ossequio alla necessità di assicurare l'equilibrio coesistenziale¹⁷.

¹¹ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

¹² Ovvero, a quell'uguaglianza ontologica – dovuta alla comune appartenenza alla famiglia umana – che trascende qualunque differenza e/o qualsiasi specificità ontica (e fattuale). Un principio, questo, che si rinviene nella stessa formulazione dell'art. 3 della nostra Costituzione, con la sua duplice attenzione, all'uguaglianza formale e sostanziale.

¹³ Circa il concetto di parità fra i soggetti – con la consueta chiarezza ed efficacia – scrive Cotta: “per la loro comune qualità di uomini. Questo è il fondamentale ‘suo’ di ciascuno, di cui non si può venir privati per nessuna considerazione, in nome di nessun bene, senza venir ridotti a una ‘cosa’, reificati. Anche da un punto meramente logico, la giustizia non si esercita verso le cose. La parità significa dunque riconoscimento della comune umanità, che non tollera, per usare l'espressione evangelica, ‘accezione di persona’” (S. Cotta, *Perché il diritto?*, Brescia, La Scuola, 1992, pp. 116 ss.).

¹⁴ “Se un soggetto ha il diritto (basato sulla simmetria) di pretendere qualcosa, sia un bene o un comportamento, gli altri soggetti hanno il dovere di corrispondergli quel bene o quel comportamento, ossia ciò che si suole chiamare l'oggetto di quel diritto. Il ‘suo’, esteso a ciascuno dalla simmetria, si rivela così garantito dall'obbligo corrispondente di rispettarlo. Parità umana e simmetria chiariscono che questa reciprocità non può essere unilaterale, non può, in altri termini, attribuire diritti solo a un soggetto e doveri a tutti gli altri. Ma è reversibile, altrimenti il soggetto a cui spettassero solo doveri non sarebbe un uomo ma un mero oggetto. Così avveniva nel caso degli schiavi” (*ibidem*).

¹⁵ Ragion per cui, “[...] ciò che io rivendico a me come mio in una data situazione, devo riconoscerlo a te come tuo nella medesima situazione. Ciò che io rivendico a me di fare, o di non fare, liberamente ad altri, devo riconoscere ad altri la medesima libertà di farlo o non farlo a me. In questa simmetria – che conferma la parità umana – le pretese dei soggetti (siano essi individuali o collettivi) non possono trovare giustificazione nella loro particolarità soggettivistica ma solo nella loro validità oggettiva per ogni soggetto; perciò, si concretano in veri e propri diritti dei soggetti, senza prevaricazioni degli uni sugli altri” (*ibidem*).

¹⁶ Qui – continua Sergio Cotta – “tocchiamo il punto più delicato della questione, poiché sulla parità umana, prolungatasi nella simmetria e nella reciprocità, s'innesta la differenza dei soggetti. Ognuno di essi, infatti, agisce secondo le proprie capacità individuali e perciò dà luogo ad atti diversi. Mediante la proporzionalità fra bisogni, responsabilità e meriti da un lato, e attribuzioni e remunerazioni dall'altro lato, è possibile rispettare le differenze senza menomare la giustizia, anzi attuandola più pienamente. D'altronde, parità e simmetria comportano l'oggettività della determinazione della proporzionalità” (*ibidem*).

¹⁷ Del resto, il diritto è per sua natura socioeconomico, ovvero, finalizzato a rendere possibile e a garantire la relazionalità e la pacifica convivenza fra una pluralità di soggetti che si riconoscono reciprocamente come tali (unici ed irripetibili e, al contempo, assolutamente uguali). Cfr. S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano, Giuffrè, 1991.

Tutti principi inderogabili (pena la possibile deriva del diritto nel non-diritto e nel suo esatto contrario, ovvero, nella sopraffazione e nella violenza)¹⁸, ai quali s'accompagna la necessità di garantire il soddisfacimento del preminente interesse del minore¹⁹ e l'effettiva garanzia della bigenitorialità²⁰.

Il tutto, nella consapevolezza che la tutela dei diritti – di tutti i diritti, di quelli del minore così come di quelli del genitore ingiustamente alienato – non può essere realizzata, né può essere concepita, in termini individualistici e solipstistici, ma soltanto nell'ambito di una relazionalità, familiare e sociale, reale, piena, autentica.

Si osservi: la vita umana scaturisce sempre da una relazione, verso la quale essa è, in un certo qual modo, debitrice e dalla quale è (e resta) inevitabilmente segnata²¹. Si nasce caduchi, difettivi ed indigenti²² e – come osserva Husserl – è soltanto a partire dal riconoscimento di questa particolare genesi (e di questa singolare natura) che diventa possibile costruire la storia individuale e quella del mondo, trasferendo

¹⁸ Sul distinguo fra diritto, violenza e non-diritto, S. Cotta, *Perché la violenza? Una interpretazione filosofica*, L'Aquila, Japadre, 1978. Inoltre, sempre in merito al distinguo fra diritto e violenza e sulle possibili derive del fenomeno giuridico in non-diritto, sempre illuminanti le riflessioni di A.C. Amato Mangiameli, *Arte e/o tecnica. Sfide giuridiche*, Padova, Cedam, 2013; nonché Ead., *I diritti umani tra teorie e prassi*, Torino, Giappichelli, 2021.

¹⁹ Impossibile non menzionare la Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo, nella quale si afferma che il minore ha diritto a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, nonché a ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi. Così, si legge, all'art. 7: "Il fanciullo è registrato immediatamente al momento della sua nascita e da allora ha diritto ad un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori ed a essere allevato da essi".

²⁰ Sul punto è interessante ricordare l'ordinanza n. 9691 del 24 marzo 2022, con cui la I sezione civile della Corte di Cassazione ha ribadito il principio secondo il quale, il principio della bigenitorialità deve essere assicurato nell'interesse del minore, che, per l'appunto, ha diritto a godere della comune presenza nella sua vita di ambedue i genitori al fine di consentirgli di intrattenere salde relazioni affettive con entrambi. Si tratta, per altro, di un orientamento che trova riscontro nella giurisprudenza della Corte EDU, che, chiamata a pronunciarsi sul rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 CEDU, pur riconoscendo all'autorità giudiziaria ampia libertà in materia di diritto di affidamento del figlio minore, ha precisato che è comunque necessario un rigoroso controllo a tutela delle garanzie giuridiche destinate ad assicurare la protezione effettiva del diritto dei genitori e dei figli al rispetto della vita familiare.

²¹ Mi permetto di rinviare a quanto efficacemente osservato in questa stessa sede da A.C. Amato Mangiameli, *A proposito di genitorialità e di natalità. Una lettura filosofico-giuridica*.

²² Circa l'indigenza, la caducità e la difettività umana, d'obbligo il richiamo alle sempre illuminanti e incisive riflessioni di Piovani, oggi, riproposte in P. Piovani, *Per una filosofia della morale*, Milano, Bompiani, 2010.

“[...] a tutte le relazioni della vita il senso intersoggettivo del venire al mondo, quale senso che è già intuibile in qualche modo per tutti [...] a cominciare [proprio] dalla relazione originaria [e imprescindibile] con [entrambi] i propri genitori”²³.

2. Ripensando al femminile e al maschile: per un'ermeneutica diversa

In questa sede è utile sottolineare sin da subito che il tema dell'alienazione genitoriale, per certi versi, sembra riproporre e ravvivare una determinata percezione – inveterata e culturalmente trasversale – del femminile e del maschile²⁴. Vale a dire, una visione in base alla quale i due termini sono percepiti per lo più come alternativi (se non addirittura antitetici e opposti), per via delle caratteristiche e delle specifiche attribuzioni che, da sempre, li individuano e li contraddistinguono; ora, contribuendo a reiterare demarcazioni apparentemente invalicabili, ora, perpetuando stilemi annosi e antichi pregiudizi²⁵.

Ed è proprio in tal senso, che la prospettiva giusfilosofica può concorrere a favorire una diversa lettura della diade; non tanto nel segno della differenza e della contrapposizione, quanto piuttosto nell'ottica della reciproca valorizzazione e di una proficua sinergia, che dovrebbe inverarsi positivamente *a fortiori* nel comune impegno genitoriale.

Un'ermeneutica, questa, che a suo modo può rivelarsi propedeutica, sia, a cogliere i risvolti giuridici sottesi all'alienazione genitoriale, sia, a mettere in luce quali possono essere rischi, in termini di violazione dei diritti fondamentali sia del minore, sia del genitore pretermesso e immotivatamente estraniato dalla dinamica relazionale.

Si badi, nel solco dell'assai suggestiva – e ancora oggi fondamentale – ricostruzione di Johann Jakob Bachofen (*Das Mutterrecht. Eine Untersuchung über*

²³ E. Husserl, *Meditazioni cartesiane*, trad. it., Milano, Bompiani, 1989, in part. pp. 77-78.

²⁴ Decisamente nota – e assai citata – è l'origine dei tre diversi generi narrata da Platone: “[...] il maschio aveva la sua origine dal Sole, la femmina dalla Terra e il genere che aveva i caratteri d'entrambi dalla Luna, visto che la Luna ha i caratteri sia del Sole che della Terra” (Platone, *Simposio*, trad. it., Milano, Adelphi, 1978).

²⁵ In argomento, v. i lavori di A. Cavarero, *Il femminile negato. La radice greca della violenza occidentale*, Villa Verucchio, Pazzini, 2007; Id., *Nonostante Platone. Figure femminili nella filosofia antica*, Roma, Castelvechi, 2023; L. Muraro, *Diotima: Il pensiero della differenza sessuale*, Milano, La Tartaruga, 1987; Id., *L'ordine simbolico della madre*, Roma, Editori Riuniti, 1991; Id., *Diotima. Oltre l'uguaglianza. Le radici femminili dell'autorità*, Napoli, Liguori, 1994; Id., *Tre lezioni sulla differenza sessuale e altri scritti*, Napoli, Orthotes Editrice, 2011; L. Irigaray, *Etica della differenza sessuale*, trad. it., Milano, Feltrinelli, 1985; Id., *Sessi e genealogie*, trad. it. Milano, La Tartaruga, 1987; Id., *Il tempo della differenza*, Roma, Editori Riuniti, 1989; Id., *Io tu noi. Per una cultura della differenza*, Torino, Bollati Boringhieri, 1992.

die Gynaikokratie del alten Welt und ihrer religiösen und rechtlichen Natur)²⁶, non si può non ricordare che la storia dell'umanità può essere letta come un'alternanza di domini e, in modo particolare, come una successione fra il dominio femminile (*matriarcato*) e il dominio maschile (*patriarcato*).

Come spiega bene il celebre giurista e storico tedesco, inoltre, esisterebbe un preciso nesso fra la supremazia di un ordine e l'emersione di un certo assetto sociale e giuridico.

Nel dettaglio, sarebbe stato proprio il superamento della fase matriarcale (ispirata ai legami di sangue, ai vincoli tellurici e a un ordine per così dire notturno) a favorire il passaggio ad un ordine diverso e nettamente superiore, quello patriarcale: il quale reca con sé un'organizzazione cittadina (e statale), fatta di vincoli civili e ispirata a un'ordine diurno, razionale anziché emozionale.

Così, Bachofen:

*"[...] pur rappresentando un progresso rispetto all'eterismo primitivo, [il matriarcato] non è il momento più alto di organizzazione sociale [...] è uno stadio intermedio tra l'afroditismo e il patriarcato: è 'superiore all'eterismo' perché introduce un ordine 'demetrico' nella maternità, ma è inferiore al patriarcato perché accorda la preponderanza al principio femminile e non riconosce la superiorità di quello maschile. [...] L'organizzazione patriarcale, invece, esalta il principio della paternità, introducendo regole completamente diverse [...] Il principio della maternità, infatti, è comune a tutte le specie animali: legato in modo immediato alla nascita, esso è di tipo naturalistico. La paternità, invece, è legata a un atto che pur essendo la causa prima della vita, è cronologicamente staccata dal momento iniziale di questa. Ha carattere spirituale, quindi, e come tale, affermandosi, innalza lo spirito umano al di sopra dei bisogni materiali. Con il predominio del principio paterno, dunque, l'umanità si libera dalle leggi 'telluriche' e si innalza verso il cielo. Il giorno ora prevale sulla notte. Il sole, che desta la vita nella materia (e che pertanto rappresenta la paternità) prevale sulla luna. Non a caso l'affermarsi del principio paterno è rappresentato come opera di eroi solari (così come la difesa del diritto materno è opera delle divinità ctoniche)"*²⁷.

Altrimenti detto ed in breve, fin quando l'uomo è schiavo della vita prettamente fisica regna la donna, quando però

"l'energia viene separata dalla materia terrena e viene messa in relazione al sole,

²⁶ (1897), trad. it., *Il matriarcato. Ricerca sulla ginecocrazia nel mondo antico nei suoi aspetti religiosi e giuridici*, Torino, Einaudi, 2016.

²⁷ J.J. Bachofen, *Il potere femminile. Storia e teoria*, a cura di E. Cantarella, Milano, Mimesis, 2021 (Kindle). Sulla figura di Bachofen mi sia consentito rinviare ad uno dei primi lavori di M. Fiorentini, *Bachofen tra Pandettistica e filologia: gli anni romanistici*, in *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa. Classe di Lettere e Filosofia*, s. III, XVIII, 1988 p. 727-748.

subentra una condizione più alta. Il matriarcato resta legato al mondo animale mentre la famiglia umana passa alla condizione patriarcale [...]"²⁸.

Da qui, come è evidente, affiora e si fa strada una certa visione del femminile e del maschile, come pure della maternità e della paternità.

Una visione che, diacronicamente, si è poi tramandata pressoché inalterata e che – soprattutto agli occhi del filosofo del diritto – appare gravida di suggestioni e spunti meritevoli di ripresa e di approfondimento.

Per un verso, il femminile – non solo quale richiamo, come s'è detto, al notturno, al tellurico e ai legami di sangue – ma anche quale appello a un diritto costitutivamente giusto. Un diritto, che ha a che vedere con *Thémis* (ovverosia con la giustizia divina) e che incarna quel diritto supremo (*diritto naturale*), immutabile, eterno e non scritto al quale si appella Antigone²⁹.

Per un altro verso, il maschile, espressione della dimensione diurna, emblema della *Dike* (della giustizia umana) e del *diritto positivo* (posto dall'autorità, statuito, codificato), che si fa strada *con/nella* città, *con/nello* Stato, colonnizzando e monopolizzando la sfera pubblica e la dimensione politica, dalla quale gradatamente il femminile viene allontanato, per restare a lungo escluso, relagato nel privato dell'*oikia* (cioè, della dimensione casalinga) e deputato in via esclusiva alla generatività e alla cura della prole e in generale della famiglia.

Sempre di qui, anche quella particolare lettura – che Simone De Beauvoir ha mirabilmente illustrato nel *Secondo sesso*³⁰ – in base alla quale a fondamento dell'errata dialettica di potere fra maschile e femminile (oppositiva e sostanzialmente discriminatoria), in definitiva, si rintraccierebbe l'ancestrale preminenza accordata al *genere che uccide* (ovvero il maschile), che dà la morte nelle spedizioni guerriere, conquistando territori e procacciando cibo, a dispetto del *genere che dà la vita* (il femminile), espressione di una potenza diversa, misteriosa e, di fatto, incontrollabile³¹.

Si badi: quella fra maschile e femminile (e più precisamente tra *principio maschile* e *principio femminile*)³² è una dialettica che ritorna a più riprese nella speculazione giusfilosofica (soprattutto con riguardo al rapporto fra *jus* e *lex*) e

²⁸ J. Bachofen, *Il potere femminile*, cit.

²⁹ Celebre il passo in cui l'eroina sofoclea (poi divenuta effigie del richiamo al diritto naturale come pure del c.d. principio femminile) si esprime circa l'inferiorità delle leggi umane rispetto a quelle divine (per l'appunto eterne e immutabili): "Né davo tanta forza ai tuoi decreti, che un mortale potesse trasgredire leggi non scritte, e innate, degli dèi. Non sono d'oggi, non di ieri, vivono sempre, nessuno sa quando comparvero né di dove" (vv. 450-457).

³⁰ Trad. it., Milano, Il Saggiatore, 2016.

³¹ Circa il potere di dare la vita, contrapposto a quello di dare la morte e, in modo particolare, con riguardo ad un certo modo di guardare al femminile, cfr. A. Cavarero, *Il femminile negato*, cit.

³² D'obbligo il rinvio alle riflessioni di I. Mancini, *Filosofia della prassi*, Brescia, Morcelliana, 1986.

che oggi – dinnanzi all’urgenza di misurarsi con pratiche altamente conflittuali come l’alienazione genitoriale, nonché con il bisogno di ripensare la bigenitorialità (in modo particolare, nell’interesse del minore) – riacquista prepotentemente il centro della scena, sebbene con accenti e *nuances* diverse.

Pur muovendo dal medesimo binomio concettuale femminile/maschile, infatti, l’idea di fondo che ispira questo contributo – e che, *mutatis mutandis*, permea tutta l’opera – è quella di guardare non tanto (e non solo) *alle differenze*, quanto piuttosto di spingersi *oltre le differenze stesse*.

Nell’intento di cogliere e di riaffermare quella formidabile ricchezza – frutto della complementarità fra le due dimensioni (femminile/maschile) come pure del connubio di due figure parimenti importanti e ugualmente irrinunciabili (quella materna e quella paterna) – che svolge un ruolo fondamentale non solo nell’educazione dei figli ma anche nella costruzione della loro stessa identità³³.

Sul punto, decisamente illuminanti, sono le osservazioni di Edith Stein³⁴, che estende e proietta la nozione di cura, di responsabilità e di maternità, oltre la dimensione meramente biologica e ben al di là del genere femminile. L’atteggiamento materno con il quale solitamente si allude alla custodia, alla cura e alla tutela, invero, non appartarrebbe solo alle donne³⁵.

Al contrario, con Stein, si può dire che la maternità, più che un’attitudine di matrice biologica, è anche – e soprattutto – un atteggiamento spirituale, che non si rintraccia solo e in via esclusiva nel femminile, ma che, a suo modo, è presente anche nel maschile, quale precipitato del riconoscimento intersoggettivo, dell’accoglienza e del bisogno dell’altro e del *vivere-con-l’altro*³⁶.

Di qui, come è evidente, un nuovo (e assai diverso) modo di considerare non soltanto il ruolo della madre, ma anche quello del padre, in una prospettiva che – pur senza sminuire nessuna delle due figure, né tanto meno rincorrendo il primato dell’una sull’altra – può rivelarsi particolarmente utile proprio a prevenire e a scardinare sul nascere, tutte quelle pericolose forme di alienazione

³³ Cfr. F. D’Agostino, *Parole di bioetica*, Torino, Giappichelli, 2004; Id., *La famiglia un bene insostituibile*, Milano, Cantagalli, 2008; Id., *Credere nella famiglia*, Cinisello Balsamo (MI), San Paolo, 2010.

³⁴ E. Stein, *La struttura della persona umana*, trad. it., Roma, Città Nuova, 2013.

³⁵ R. Fidanzia (a cura di), *Maternità. Prospettive e riflessioni al cuore del femminile*, Pomezia, Centro Studi Femininum Ingenium, 2022.

³⁶ Impossibile non ricordare quanto osservato, seppur con toni e accenti assolutamente diversi, da Martin Heidegger – secondo il quale l’essere dell’uomo è sempre un *essere-con-l’altro*, ragion per cui tale relazione costituisce l’orizzonte stesso della nostra stessa esistenza, che, per l’appunto è un *con-esserci*, un *Mitsein* (*Essere e tempo*, trad. it., Milano, Mondadori, 2017; Id., *Lettera sull’umanesimo*, trad. it., Milano, Adelphi, 1995) – e da Jean Paul Sartre – per il quale invece l’uomo, dopo essere stato “gettato nel mondo” percepisce l’inferno negli altri (*L’essere e il nulla*, trad. it. Milano, Il Saggiatore, 1997).

genitoriale, che, invece, fra le pieghe dei conflitti familiari, tendono a svilupparsi con una certa facilità.

3. Codice materno vs. Codice paterno: due versanti irrinunciabili della bigenitorialità

Muovo, come sovente mi capita, dal richiamo a un'opera d'arte.

Si tratta di *Primi passi*: un quadro di Vincent van Gogh che, con straordinaria efficacia, trasferisce in chiave pittorica gli schemi che, da sempre, sono stati associati alla genitorialità e, in modo particolare, ai ruoli familiari.

Da un lato, vediamo la madre (con un corredo e un copione di atteggiamenti specifici e ben delineati); dall'altro lato, si staglia il padre (con una grammatica relazionale e una linea comportamentale del tutto diversa).

Immerso in un bucolico contesto agreste, il protagonista è un bambino, che, traendo le mosse e al contempo emancipandosi dal sostegno materno, comincia a camminare, e – seppur con incedere stentato e presumibilmente precario – si rivolge nella direzione del padre.

Come è evidente, il dipinto a suo modo ci parla di quell'alternanza di ruoli che da sempre si dà fra la figura materna e quella paterna. Sostegno e porto sicuro, pronta a sorreggere e ad accudire, la madre è, però, anche colei che il bambino, metaforicamente, deve abbandonare per avviarsi alla vita autonoma, svincolata dalla dimensione casalinga e proiettata nella sfera sociale. Ed è proprio in questo distacco – e in questo “slancio alla scoperta del mondo” – che affiora, in tutta la sua evidenza, l'importanza del padre.

Figura centrale e simbolica, archetipo dell'autorità, della costruzione sociale, ma anche effigie della dimensione normativa, fonte di ordine e nello stesso tempo del limite, il padre, oggi, sembra tuttavia farsi sempre più evanescente, inerte, sino quasi a divenire marginale e, in un certo qual modo, dimissionario³⁷.

Così, scrive – con accenti provocatori e dissacranti – Zoja:

“Il graduale disfacimento paterno [...] ha due facce. Una è simbolica, culturale, riguarda i valori e le immagini-guida. La società si laicizza. Nessun Padre assoluto abita più nei cieli. È scomparso il riferimento universale, il simbolo dei simboli. Anche i ‘Padri della patria’ sono

³⁷ “[...] sotto il segno del padre sono sorti regni, culti, religioni, pensieri e filosofie, sotto il vessillo paterno è stato dato avvio alla nostra società Occidentale. In seguito, tale vessillo è stato spezzato, si è sgretolato il suo regno, è definitivamente cessato il regime patriarcale, tanto che tutt'ora ci chiediamo dove sia il padre” (G. Cau, *Il padre: tra tradizione e innovazione*, in *I profili dell'abuso*, Focus Minori, 2/2017).

dimenticati o letti come esempi negativi. La seconda faccia è statistica. I padri scompaiono dalla famiglia. [...] [Viviamo il] secolo [...] dei divorzi [...]. [E] malgrado i progressi formali di costumi e [di] leggi, la grandissima maggioranza dei figli [...] resta con le madri [...] [e, di fatto,] cresce senza [un] padre”³⁸.

Tralasciando quello che – a detta del noto psicanalista – è il declino simbolico e culturale del ruolo paterno³⁹, in questa sede, ad attrarre la nostra attenzione è senza ombra di dubbio il possibile tramonto del padre, quale pilastro cardinale (assieme alla madre)⁴⁰ dell’assetto relazionale-familiare⁴¹. Una figura (quella paterna) che, spesso, però, si ritrova ad essere minimizzata – o, peggio ancora, bypassata – in quello che è (e che dovrebbe essere) il suo apporto affettivo e il suo ruolo educativo nei riguardi della prole. Talvolta incombente e scomoda⁴², talaltra

³⁸ L. Zoja, *Il gesto di Ettore. Preistoria, storia, attualità e scomparsa del padre*, Torino, Bollati Boringhieri, 2016 (Kindle).

³⁹ In tema, fra gli altri, cfr. G. Kantzà, *Il nome del padre nella psicoanalisi. Freud, Jung, Lacan*, Milano, Ares, 2008.

⁴⁰ Del resto – come notano Bornstein e Venuti – “il compito di essere genitori e di allevare, far crescere e far diventare adulto un piccolo è il compito principale che l’evoluzione ha assegnato a un uomo e a una donna per garantire la sopravvivenza della specie” (M.H. Bornstein, P. Venuti, *Genitorialità. Fattori biologici e culturali dell’essere genitori*, Bologna, il Mulino, 2013).

⁴¹ Un principio, questo, che rintracciamo anche nella nostra Costituzione e, in modo particolare, negli artt. 29 (“La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull’uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell’unità familiare”) e 30 (“È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità”).

⁴² “[...] il germe della paternità nasce nella preistoria nel momento in cui gli ominidi collegano l’atto sessuale alla procreazione. È poi nella Grecia classica e nella Roma antica che si costituisce non solo la paternità, ma anche i valori di marca paterna che daranno avvio alle società patriarcali, rimanendo come archetipo nelle generazioni future, sotto forma di eredità che inconsciamente l’essere umano porta con sé. Da quel momento in poi, nel corso dei secoli, la gerarchia familiare che si è venuta a creare ha sancito di sovente una disparità fra mariti e mogli (padri e madri), che pone l’uomo come perno e capo della famiglia. Il sistema patriarcale guida e dà senso allo sviluppo delle società, il nome del padre diventa simbolo portatore di valori e significati propri che le generazioni avvenire poi assoceranno alla tirannia e all’autoritarismo” (G. Cau, *Il padre: tra tradizione e innovazione*, cit.). Sul punto, inoltre, v. gli oramai classici lavori di: M. Horkheimer, *Studi sull’autorità e la famiglia*, trad. it., Torino, UTET, 1974; J. Dupuis, *Storia della paternità*, trad. it., Milano, Tranchida, 1992; A. Murgia, B. Poggio (a cura di), *Padri che cambiano: sguardi interdisciplinari sulla paternità contemporanea tra rappresentazione e pratiche quotidiane*, Pisa, ETS, 2011; A. Oliverio Ferraris, *Padri alla riscossa. Crescere un figlio oggi*, Firenze, Giunti, 2012; M. Pastorino (a cura di), *Il delirio e la speranza. Storie di padri separati*, Genova, Erga, 2012; M. Recalcati, *Cosa resta del padre? La paternità nell’epoca ipermoderna*,

dibattuta e controversa⁴³, la figura del padre è stata di frequente messa in secondo piano (se non addirittura tra parentesi).

In taluni casi, ciò è accaduto come conseguenza indiretta di un più generale giudizio di disvalore nei confronti del patriarcato e delle sue logiche prevaricatorie e discriminatorie nei confronti del femminile. In talaltri casi, invece, questa figura non ha goduto della dovuta attenzione e della giusta importanza, per via di un sostanziale squilibrio e di un vero e proprio sbilanciamento fattuale in favore del ruolo della madre.

Ora, vien da sé che – nell’ottica di una genitorialità attenta, partecipe e soprattutto condivisa – il ruolo paterno non possa non essere riconsiderato e, se vogliamo, anche recuperato. Il padre, invero, non solo contribuisce a fondare l’identità del figlio, concorrendo a riconoscerlo come persona, ma è anche colui che provvede ad accompagnarlo e a sospingerlo nel mondo.

Di qui, la necessità – da parte dei figli – di confrontarsi simultaneamente con ambedue i versanti: quello femminile/materno (con il suo proprio codice) e quello maschile/paterno (che, invece, presenta un codice del tutto diverso)

Nella consapevolezza che, sia il codice materno, sia quello paterno, di per sé, non sono sufficienti alla formazione dell’individuo, che, invece, si può realizzare solo grazie alla sinergia e all’interazione/integrazione di entrambi i codici considerati.

Si osservi:

“il codice materno è fondamentalmente affettivo, orientato alla cura, alla protezione, al soddisfacimento dei bisogni [...] [teso ad assicurare] al bambino appagamento, conferma, rassicurazione, elementi indispensabili affinché il piccolo possa acquisire quella sicurezza di base che gli consentirà di affrontare la vita con equilibrio. [...]”⁴⁴.

Diversamente, il codice paterno controbilancia l’eccesso di protezione e di cura, fondandosi:

“sull’incoraggiamento, sull’invito continuo a fronteggiare le prove della vita e ad adattarsi [...] [accompagnando, così] il figlio nella crescita attraverso un rapporto sempre meno mediato con la realtà. Tale codice aiuta ad accettare e affrontare la frustrazione,

Milano, Raffaello Cortina, 2011; Id., *Il complesso di Telemaco. Genitori e figli dopo il tramonto del padre*, Milano, Feltrinelli, 2013.

⁴³ Al punto che Zoja afferma: “ormai nel nostro immaginario collettivo è seduta in prima fila l’immagine del padre che toglie la vita. [...] L’immagine pubblica dominante è quella negativa” (*Il gesto di Ettore*, cit.).

⁴⁴ L. Romano, *Paterno, paternità, padre*, Como, Il Ciliegio, 2016.

l'incertezza e il differimento della gratificazione, a gestire il conflitto, le delusioni e la sofferenza che ne conseguono, consentendo gradualmente al figlio di accettare questi ineludibili aspetti della condizione umana"⁴⁵.

Ne deriva che il "codice materno" e il "codice paterno" hanno rango co-essenziale sul piano educativo e giuridico.

La loro integrazione realizza l'equilibrio coesistenziale e traduce in pratica l'idea di composibilità dei diritti all'interno della medesima relazione familiare.

Di qui, come è evidente, non solo l'importanza di tutte e due le figure (quella materna e quella paterna) e di tutti e due i codici (che, fra loro, si contemperano e si controbilanciano, evitando tanto l'eccesso dell'uno, quanto l'eccesso dell'altro), ma anche una complementare suddivisione di funzioni, un po' come – *mutatis mutandis* – ci racconta il quadro di van Gogh.

Se, infatti, per un verso, si potrebbe dire che la madre dà (e consegna) alla prole le "chiavi della vita", dell'esistenza fisica, emozionale e dialogica, per un altro verso, si può affermare che il padre – con quel suo codice orientato alla scoperta del mondo, alla razionalità e al vivere sociale – è colui che dona alla prole le "chiavi della città".

E anche di qui, ovviamente, il richiamo alla (bi)genitorialità, vale a dire a una genitorialità che – se realmente esercitata nell'interesse del minore – non può esimersi dal coinvolgimento dell'altro genitore, a meno che non si voglia impoverire la stessa esperienza familiare-relazionale, pretermettendo un tassello basilare per la formazione della prole, per la quale, comunque, la bigenitorialità rappresenta a tutti gli effetti un diritto⁴⁶. Un diritto del quale – *ça va sans dire* – si deve tener conto e che, invece, l'alienazione genitoriale va a negare indebitamente e in radice.

4. Conclusioni: percorsi di parità e di giustizia...

Tirare le fila di questo breve *excursus* non è affatto facile, in quanto l'alienazione genitoriale rappresenta un complesso e arduo banco di prova per il diritto, che – nel segno di quello che è il suo statuto ontologico – è chiamato a rendere giustizia del caso concreto, contemperando le diverse posizioni e bilanciando attentamente i diritti e i doveri, di volta in volta in gioco.

⁴⁵ *Ibidem*.

Certo, in questi anni, sono stati fatti grandi e importanti passi in avanti (tanto in giurisprudenza come pure in dottrina)⁴⁷, tesi a garantire la piena realizzazione della bigenitorialità nel segno di un'effettiva parità fra le posizioni (e i diritti) della madre e le posizioni (e i diritti) del padre, avendo, per altro, sempre cura di porre al centro il superiore interesse del minore⁴⁸.

Eppure, proprio guardando nella direzione della parità e della giustizia – in parte già realizzate e in parte ancora da perfezionare, soprattutto nelle more dei contesti altamente conflittuali – si fa strada il richiamo a un diverso modo di pensare la figura del padre.

Altrimenti detto, emerge la necessità di recuperare quegli aspetti che lo rendono irrinunciabile e insostituibile, al di là (e a prescindere) dalle difficoltà (e dai fallimenti) coniugali e/o della coppia. Perfino nei frangenti “patologici”, difatti, l'importanza che il padre riveste per la prole deve rimanere impregiudicata e non può (né deve!) tramutarsi in un *excamotage* di rivalsa e vendetta.

Del resto, come afferma Zambrano:

*“Niente è più decisivo in una vita delle proprie origini. Per questo il padre rappresenta molto di più di un uomo in carne e ossa che ci ha generati. [Egli] ci dà un nome. [...] Avere un nome significa avere un'origine chiara, appartenere a una stirpe, avere un destino, sentirsi chiamati da voci inconfondibili, sentirsi legati e obbligati. Avendo un nome, sentiamo che in ogni nostra azione mettiamo in gioco tutta l'eredità che ci vincola, ci sentiamo responsabili di cose che, se fossero solo nostre, non ci premerebbero e, invece, ci premono molto di più di quelle che ci riguardano direttamente. È il peso, la chiamata di coloro che si chiamarono come noi, continuità viva che forma la storia reale; siamo eredi, siamo sempre continuatori”*⁴⁹.

E proprio a partire dalla consapevolezza che siamo tutti eredi – e continuatori – di un padre nei riguardi del quale il legame non può e non dovrebbe mai essere spezzato, appare evidente che la difesa della bigenitorialità e dell'effettiva parità dei ruoli genitoriali si pone, oggi, come una fondamentale (e ineludibile) istanza di giustizia, nei confronti della quale il diritto – e la filosofia del diritto in modo particolare – non può certo restare inerme.

⁴⁷ Cfr. *supra* R. Petrolà, *Rifiuto del minore, continuità affettiva e ruolo dell'avvocato. Rassegna giurisprudenziale sul tema*.

⁴⁸ V. *supra* M.G. Ruo, *Diritto alla bigenitorialità e accesso negato a un genitore. Giurisprudenza della Corte EDU e condanne all'Italia*.

⁴⁹ M. Zambrano, *Verso un sapere dell'anima*, trad. it., Milano, Raffaello Cortina, 1996, p. 118.

CONCLUSIONI

di Rosaria Petrolà¹

L'approccio scientifico e le analisi condotte da ogni singolo relatore e da ogni singola relatrice in questo interessante *webinar*, nonché gli studi che si sono aggiunti in questo volume, consentono di trarre diverse conclusioni che evidenziano la complessità e la delicatezza delle tematiche trattate, focalizzate principalmente sulle dinamiche genitoriali in contesti di separazione e divorzio, con un'attenzione particolare al fenomeno del rifiuto del minore e alle sue implicazioni giuridiche e psicologiche.

Uno dei punti centrali emersi è la distinzione tra l'essere figlio, condizione innata che rappresenta un "esercizio di senso", e il diventare genitore, un processo che implica un "esercizio di libertà" ma soprattutto un dovere e una responsabilità di cura.

In questa cornice concettuale si è sottolineato come il ruolo genitoriale non sia un mero diritto, ma un impegno attivo che richiede consapevolezza e assunzione di responsabilità.

Il *webinar* ha evidenziato una evoluzione nella terminologia e nella comprensione del fenomeno del rifiuto del minore. Sebbene il termine "alienazione parentale" sia stato a lungo utilizzato, si preferisce oggi parlare di "comportamenti alienanti o ostacolanti".

La scelta terminologica riflette un approccio che si concentra sui comportamenti concreti dei genitori piuttosto che su una sindrome specifica, intesa come complesso di sintomi di cui è ignota l'origine.

Tutto ciò in quanto è stato sottolineato come il fenomeno, pur non essendo classificato nel DSM-5, sia ampiamente riconosciuto dalla comunità scientifica internazionale e ancora oggi oggetto di ricerca.

Un tema ricorrente è stata la centralità del "*best interest of the child*" come principio guida nelle decisioni giuridiche e negli interventi psicologici.

Questo principio implica la necessità di considerare il minore come un soggetto attivo con capacità di autodeterminazione, in linea con il suo grado di sviluppo e maturità.

La riforma Cartabia ha rafforzato questo aspetto, ponendo l'accento sull'ascolto del minore nei procedimenti che lo riguardano e sulla possibilità di nominare un curatore speciale per tutelare i suoi interessi.

¹ Avvocata cassazionista del foro di Palermo e Docente di diritto civile nella Scuola Superiore per le Professioni Legali "Gaetano Scaduto" dell'Università degli Studi di Palermo.

Tuttavia, è stato evidenziato come l'ascolto debba essere condotto con sensibilità e competenza da parte del giudice, tenendo conto della possibilità di condizionamenti esterni e valutando la capacità di discernimento del minore, anche attraverso il supporto di consulenti tecnici d'ufficio (CTU).

Il diritto romano è venuto in soccorso a questa visione d'insieme della problematica offrendoci una prospettiva storica sull'evoluzione dei concetti di *patria potestas* e responsabilità genitoriale, evidenziando come anche in un contesto storico diverso si rintracciasse la preoccupazione di evitare abusi e tutelare il benessere dei figli.

Le leggi del diritto tardo antico, come quelle di Diocleziano e Giustiniano, mostrano un'attenzione crescente al principio di bigenitorialità e alla necessità di considerare il primario interesse dei figli nelle decisioni relative all'affidamento.

Sotto il profilo processuale, l'incontro ha permesso di evidenziare le difficoltà nell'attuazione dei provvedimenti volti a garantire il diritto di visita e la continuità affettiva.

La riforma Cartabia introduce nuove procedure per l'attuazione, ma la loro efficacia pratica prevista rimane una questione aperta.

È stata sottolineata l'importanza di un approccio che privilegi la conciliazione e l'intervento di figure specializzate, pur riconoscendo i limiti intrinseci all'utilizzo della forza pubblica in contesti familiari delicati. L'art. 473 *bis* 39 cod. proc. civ. offre strumenti per affrontare comportamenti che ostacolano la responsabilità genitoriale, inclusa la possibilità di sanzioni economiche (richiamando anche l'art. 614 *bis* cod. proc. civ.), ma la loro applicazione richiede un'istruttoria approfondita, che potrebbe minare l'efficacia sanzionatoria.

Anche il profilo internazionale del problema ha sottolineato esperienze familiari particolari, come per il diritto pakistano, o disfunzionali, nonché l'accentrarsi della legislazione sugli interessi dei figli.

Dal punto di vista psicologico, il *webinar* ha esplorato l'impatto che i conflitti genitoriali e l'alienazione possono avere sui genitori alienati, descrivendo fenomeni come la "*learned helplessness*" (impotenza appresa), la frustrazione, la demotivazione e lo stress, lo stato mentale in cui una persona si convince di non poter controllare determinate situazioni.

È stata evidenziata la sofferenza di genitori che, pur essendo competenti e desiderosi di mantenere un rapporto con i figli, si trovano ostacolati dall'altro genitore. Parallelamente, è stato sottolineato il danno psicologico che il rifiuto e l'estraneazione possono causare sui minori, influenzando negativamente la loro identità, autostima, capacità di adattamento e relazioni future.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) è stata richiamata per sottolineare l'obbligo degli Stati di garantire il diritto al

rispetto della vita familiare (art. 8 CEDU), adottando misure positive ed efficaci per proteggere e ristabilire i rapporti tra genitori e figli, enfatizzando la tempestività degli interventi e l'inefficacia di situazioni di rifiuto consolidate a causa della mancata attuazione di misure adeguate.

In ultimo, ma non per importanza, è stato sottolineato il ruolo dell'avvocatura e la deontologia che deve assistere il suo operato nella tutela del minore, il quale va considerato come il terzo beneficiario della protezione che gli adulti (i genitori), che si rivolgono a lui/lei devono sapere garantire.

In conclusione, il *webinar* ha delineato un quadro complesso in cui aspetti giuridici, psicologici e sociali si intersecano nella gestione dei conflitti familiari e nella tutela dei minori.

La priorità rimane la protezione del benessere psicofisico del bambino e la garanzia del suo diritto a mantenere relazioni significative con entrambi i genitori (ove ciò sia nel suo interesse).

Ciò richiede un approccio multidisciplinare, una grande sensibilità da parte degli operatori del diritto e dei professionisti della salute mentale, e l'adozione di interventi tempestivi, efficaci e non stereotipati che tengano conto della voce del minore e della sua capacità di discernimento, senza sottovalutare il potenziale impatto dei condizionamenti esterni.

La sfida consiste nel bilanciare il diritto del minore all'autodeterminazione con la necessità di proteggerlo da dinamiche familiari disfunzionali e di promuovere, quando possibile e auspicabile, la bigenitorialità e la continuità affettiva.

“Orizzonte JUS”

A cura di Massimo Farina e Maria Novella Campagnoli

Volumi pubblicati

1. Mercedes Ten Doménech – *La felicidad a la luz de los principios de la modernidad*, 2024
2. Cristina Simonetti – *I testi processuali nel vicino Oriente antico*, 2024
3. Cristina Simonetti (a cura di) – *Immigrazione, multiculturalismo, integrazione Percorsi e discipline a confronto*, 2024
4. Alessia Palladino – *Sharing, data and smart mobility. Towards innovative urban paradigms*, 2024
5. Maria Novella Campagnoli, Ana-Paz Garibo Peyró – *Diritto e felicità*, 2025
6. Paola Bianchi, (a cura di) – *Genitorialità e alienazione parentale. Un tavolo di lavoro tra saperi e professioni*, 2025

Aggiornato a settembre 2025

Il volume "Genitorialità e alienazione parentale. Un tavolo di lavoro tra saperi e professioni" raccoglie gli atti di un convegno multidisciplinare svoltosi nel 2024. Oggetto d'indagine è il complesso fenomeno dell'"alienazione parentale" (o "manipolazione genitoriale"), di cui si indagano le dimensioni storiche, filosofiche, psicologiche, psichiatriche, giuridiche.

La struttura del volume si articola in ricerche che spaziano da una prospettiva filosofico-giuridica a un contesto storico, con un'attenzione al diritto sostanziale e processuale, nazionale ed europeo, nonché ad una prospettiva di diritto comparato; arricchisce il quadro l'apertura agli aspetti psicologici e psichiatrici del fenomeno.

L'obiettivo primario dell'opera è quello di sottolineare come, al di là delle controversie sul concetto di "PAS", il fenomeno della manipolazione genitoriale, inquadrato dall'art. 473 bis 6 cod. proc. civ., sia un'evidenza che impone studio e soluzioni mirate. Il volume intende, pertanto, offrire un'analisi multidisciplinare e oggettiva, che – affrancata dai condizionamenti della teoria di Gardner – guarda ai casi di alienazione genitoriale in un'accezione ampia. La curatrice, in quanto romanista, enfatizza il valore intrinseco del diritto romano quale matrice culturale e fonte di principi per la comprensione di dinamiche che, pur riproponendosi in differenti contesti, manifestano intramontabili similitudini. L'auspicio è che quest'opera possa contribuire significativamente alla diffusione della conoscenza e risoluzione di queste problematiche così complesse e delicate, che coinvolgono (e travolgono) la vita familiare e relazionale dei soggetti (adulti e minori) coinvolti.

Paola Bianchi è ricercatrice di Diritto romano e fondamenti del diritto europeo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata, dove ha insegnato Storia del diritto romano. Presso il medesimo Ateneo, è membro del collegio dei docenti del Dottorato di Ricerca in Diritto e tutela: esperienza contemporanea, comparazione, sistema romano.

I suoi interessi scientifici si sono concentrati sul diritto tardo antico: si è occupata di problemi lessicali, di tradizione manoscritta, del rapporto tra i romani e gli "altri", degli effetti del tempo sulle situazioni di appartenenza, della convergenza di leggi imperiali e dettami patristici sul tema della ricchezza e della povertà.

È autrice di varie monografie e contributi.

