

# DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

## L'INTERESSE DEL MINORE COME LIMITE ALLE LIBERTÀ GENITORIALI

Posted on Dicembre 16, 2021 by [Maurizio Di Masi](#)

Con l'ordinanza n. 33608 del 11 novembre 2021 la Prima Sezione della Cassazione ritiene inammissibile il ricorso di una madre a cui è stato negato, dai giudici di merito, il diritto fondamentale a trasferire all'estero la residenza propria e del figlio collocato presso di lei, ma in regime di affidamento condiviso. A parere della genitrice, infatti, il trasferimento in Romania avrebbe garantito anche il *best interest* del minore – dal testo della pronuncia non si evincono le motivazioni apportate dalla madre sul punto –, mentre il rapporto con il padre co-affidatario sarebbe stato preservato “mediante una diversa modulazione del regime di frequentazione del figlio”.

La donna, dunque, non ha inteso mettere in discussione l'affidamento condiviso, né ha inteso rinunciare al collocamento del figlio presso di sé. Essa ha avuto la sola pretesa di rimodulare il regime di incontri del figlio con il padre in relazione alla nuova situazione delineatasi a seguito di un desiderato trasferimento in Romania.

Di fronte a questa specifica situazione la Cassazione non ha potuto che prendere atto che il diritto fondamentale della madre di

trasferire la propria residenza all'estero deve essere bilanciato con (e limitato da) – a ben vedere, leggendo fra le righe dell'ordinanza – ben due diritti fondamentali del figlio: quello a preservare la bigenitorialità (ex Art. 30 Cost., 24 Carta di Nizza, 9, comma 3, Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989) e quello a conservare la stabilità di vita che esso ha in Italia, ove il minore – viene specificato – è integrato (Art. 2 Cost.).

Di questo bilanciamento, di certo, l'interesse del minore è il criterio guida, il metro di valutazione che i giudici devono utilizzare in tutte le fattispecie che riguardano i minori di età, in tutti i contesti che li coinvolgono (Art. 3 Convenzione di New York sui diritti del fanciullo). In prospettiva tipicamente giusprivatistica, peraltro, l'interesse della persona minore di età costituisce una clausola generale-*standard* giudiziario che permette al giudice, anche derogando la legge generale e astratta, di pervenire alla decisione più adatta per il singolo minorenne oggetto di tutela. Il *best interest*, difatti, non solo permette il bilanciamento di diritti e interessi contrapposti, ma limita anche diritti e libertà degli adulti che esercitano la responsabilità genitoriale, qualora il suo esercizio leda la persona minore di età. In ogni caso, l'interesse del minore contribuisce fattivamente alla costruzione giuridica e sociale delle identità, ed in particolare a quelle di genitori e figli.

Il diritto del minore di età alla bigenitorialità, come si ricorda nell'ordinanza in commento, obbliga entrambi i genitori a garantire la presenza dell'altro nella vita del figlio, in modo da mantenere salde le relazioni affettive e garantire "una stabile consuetudine di vita".

Da una parte, come osservato già dai giudici di merito, il trasferimento in Romania lederebbe significativamente il diritto alla bigenitorialità del figlio, dato che, di fatto, non sarebbe facilmente praticabile una diversa modulazione del regime di incontri con il genitore non collocatario e si finirebbe per compromettere il legame affettivo del minore col padre, "con negativa incidenza sullo sviluppo psico-fisico del minore". Per di più, il trasferimento all'estero

renderebbe più difficile l'esercizio da parte del padre dei doveri connessi alla responsabilità genitoriale che gravano su entrambi i genitori (art. 337 ter c.c., comma 3).

Dall'altra parte – e tale motivazione per quanto solo accennata nell'ordinanza della Cassazione appare fondamentale per una valutazione non meramente astratta –, l'interesse del minore pare minacciato dal conseguenziale sradicamento dall'ambiente di vita (in Italia) in cui il minore è cresciuto ed è integrato. L'integrazione del minore nell'ambiente in cui vive, d'altronde, può ben essere considerata una figura sintomatica del miglior interesse del minore (sia consentito il rinvio a Di Masi, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, 2020), come tale in grado di razionalizzare l'applicazione della clausola generale stessa. Applicazione che ha, ad ogni modo, la propria ragione d'essere nell'attribuire stabilità ai rapporti genitoriali e sociali per un sano sviluppo della persona minore di età in conformità agli artt. 2, 30 e 31 Cost.

Una volta che i giudici hanno accertato che un eventuale trasferimento all'estero, al seguito della madre, non tutela in concreto il *best interest* né morale né materiale del figlio, l'esito non può che essere l'inammissibilità delle pretese materne, con conseguente limitazione del suo diritto fondamentale di spostare la residenza in Romania.

Questa ordinanza della Cassazione, invero, risulta interessante per lo specifico utilizzo che vien fatto della clausola generale dell'interesse del minore, che ancora una volta consente di razionalizzare il conflitto familiare esistente e, limitando la "vaghezza" della clausola generale, di tutelare in concreto il figlio minore di età.

La fortuna di questo dispositivo tecnico-giuridico, d'altra parte, è proprio nella sua vaghezza e nella sua neutralità: l'indeterminatezza della nozione permette alla tutela della persona minore d'età di essere adattata alle più disparate situazioni, mentre la sua neutralità gli consente di recepire i mutevoli valori sociali, nonché le diverse concezioni culturali e giuridiche di famiglia che si avvicendano nella realtà sociale. Ecco perché non è necessario che la clausola generale

del miglior interesse del minore perda la sua flessibilità, ma diventa necessario allo stesso tempo specificare il contenuto.

In tal senso la clausola generale "interesse del minore" finisce anche per essere un concetto liminale, che segna una zona indefinita fra diritto e fatto, fra naturale e cultura, fra soggettivo ed oggettivo, fra regola ed eccezione: è allora all'uso di tale dispositivo da parte dei giudici che occorre fare attenzione, per apprezzarne l'effettiva corrispondenza al pieno sviluppo della persona minore di età.

La valutazione dell'impatto delle soluzioni cui si giunge con l'interpretazione dell'interesse del minore, difatti, può variare a seconda del contesto familiare che si presenta, ma non può mai prescindere dalla prospettiva di tutela dello sviluppo della persona minore di età (ex Art. 2 Cost.).

Sviluppo della persona che, nell'attuale fase della globalizzazione del diritto di famiglia, comporta una ridefinizione dello stesso rapporto fra pubblico e privato, nel senso che l'ingerenza dello Stato nella sfera familiare non può che essere eccezionale, essendo garantito anche in Europa il diritto fondamentale al rispetto della vita privata e familiare (Art. 8 CEDU; Art. 7 Carta di Nizza) (in dottrina cfr. M. R. Marella – G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Roma-Bari, 2014).

Il rispetto del *pubblico* per la *privatezza* dei contesti familiari mantiene, infatti, la funzionalizzazione delle comunità intermedie allo sviluppo della persona ereditata dalla c.d. costituzionalizzazione del diritto privato (S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006), e allo sviluppo del minore con specifico riferimento alle comunità familiari. Funzionalizzazione da cui deriva l'interesse pubblico ad interferire nelle dinamiche familiari ogni qualvolta sia a rischio il benessere e, nello specifico, i diritti fondamentali dei minori di età. Se quindi il pubblico riconosce e delega in prima istanza ai genitori il *diritto-dovere* (ex art. 30 Cost.) a mantenere, istruire ed educare i figli nel rispetto dei diritti fondamentali della persona (ex Artt. 2, 3 e 117 Cost.), rispettandone la privatezza, esso può invece ri-espandere il suo potere in tutti i casi in cui i figli minori sono

maggiormente esposti alla lesione dei loro diritti fondamentali. Quindi, il controllo istituzionale sulle dinamiche familiari è di regola rispettoso delle libertà individuali dei membri delle famiglie, per i quali di norma vigono i principi dell'accordo e dell'ascolto, quali principio fondamentali del 'governo' della famiglia e in particolare, rispettivamente, dei rapporti fra adulti e dei rapporti genitori-figli: solo eccezionalmente, come la recente ordinanza della Cassazione ci conferma, il legislatore stabilisce un intervento dei giudici volto a garantire nella fattispecie concreta, con la minor ingerenza possibile nella vita familiare, il miglior interesse del minore d'età.

Se è vero che molto spesso la naturalizzazione della bigenitorialità finisce per rafforzare i ruoli di genere, le attitudini e le funzioni dei due sessi nelle dinamiche familiari, questo caso ci dimostra la difficoltà di una negoziazione di diritti e interessi fra uomini e donne a seguito della crisi del *ménage*, restituendoci ancora una volta l'immagine di una donna che deve sacrificare la propria autonomia per un interesse superiore che non è più, come in passato, quello dell'unità familiare, bensì quello del figlio minore di età.

Difficoltà che sposta il conflitto fra genitori nelle aule dei tribunali, ove i giudici si trovano ad applicare in concreto il preminente interesse del minore, interesse che non può (quasi) mai prescindere dalle stabili relazioni del minore con le figure genitoriali (ex art. 315 bis) e che impone di ridimensionare il conflitto fra madre e padre, se nel caso anche limitando alcune libertà fondamentali.