



Marzia Rossi

(professore associato di Diritto privato nell'Università degli Studi Guglielmo Marconi di Roma, Dipartimento di Scienze Giuridiche e Politiche)

**Interesse del minore e relazione di filiazione
tra diritto interno, diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea**

*

*Interest of the Child and Parent-Child Relationship
between Italian Law, International Law and European Union Law **

ABSTRACT: The notion of the “interests of the child”, although with different lexical nuances, is enshrined in international and supranational charters of rights, in European Union legislation, in Italian legislation and in judicial decisions concerning children. The paper intends to analyse the complex evolutive process that has involved the term “interests of the child” until it has become, over time, a cardinal principle of family law in its essence both as a general clause to which the legislator must conform, when it comes to the adoption of rules that implement the child’s interests, and as a hermeneutical criterion prevailing for the interpreter.

ABSTRACT: La nozione di “interesse del minore”, seppur con sfumature lessicali diverse, è sancita dalle Carte dei diritti internazionali e sovranazionali, dalla legislazione dell'Unione europea, dalla legislazione italiana e dalle decisioni giudiziarie in materia di minori. Il contributo intende analizzare il complesso processo evolutivo che ha coinvolto il termine “interesse del minore” fino a farlo diventare, nel tempo, un principio cardine del diritto di famiglia nella sua essenza sia come clausola generale a cui il legislatore deve conformarsi, quando si tratta di adottare norme che attuano l'interesse del minore, sia come criterio ermeneutico prevalente per l'interprete.

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi - 2. La condizione personale e giuridica del minore di età nel processo evolutivo del diritto di famiglia - 3. I diritti dei minori di età e il principio dell’“interesse del minore” nel patrimonio culturale e giuridico occidentale - 4. Il paradigma dell’“interesse del minore” nelle fonti internazionali e nel diritto dell’Unione europea - 5. Il paradigma dell’“interesse del minore” nel codice civile italiano e in alcune leggi collegate - 6. L’interesse del minore: un principio vago dall’essenza problematica.

1 - Profili introduttivi

La locuzione “interesse del minore”¹, palesatasi nell’ordinamento italiano in anni successivi rispetto all’entrata in vigore del codice civile

* Contributo sottoposto a valutazione - Peer reviewed paper.



¹ Riguardo alla tematica dell'interesse del minore, senza pretesa di esaustività, si segnalano: **M. ACIERNO**, *Il mantra del preminente interesse del minore*, in *Quest. Giust.*, 2019, 2, p. 93 ss.; **P. ALSTON**, *The Best Interest of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1994; **R. AMAGLIANI**, *La riforma della filiazione (etichette, formule magiche e principi nel diritto di famiglia)*, in *Giust. civ.*, 2018, 4, p. 1023 ss.; **G. BALLARANI**, *La responsabilità genitoriale e l'interesse del minore (tra norme e principi)*, in *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, Atti del 13° Convegno Nazionale SISDiC 3-4-5 maggio 2018, a cura di P. PERLINGIERI, S. GIOVA, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, p. 317 ss.; **E. BILOTTI**, *Diritti e interessi del minore*, in *L-Jus*, 2019, 2 (10 febbraio 2020, on-line al link <https://l-jus.it/diritti-e-interessi-del-minore/>); **G. CORAPI**, *La tutela dell'interesse del minore*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 3, p. 777 ss.; **R. DE MEO**, *La tutela del minore e del suo interesse nella cultura giuridica italiana ed europea*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 1, p. 461 ss.; **M. DI MASI**, *L'interesse del minore quale unica certezza nell'odierno diritto di famiglia*, in *Comp. dir. civ.*, 2019, 1, p. 109 ss.; **ID.**, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Jovene, Napoli, 2020; **ID.**, *Giudici, famiglie e interesse del/la minore: alcuni recenti orientamenti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2020, 4, p. 579 ss.; **M. DOGLIOTTI**, *Che cosa è l'interesse del minore*, in *Dir. fam.*, 1992, p. 1094 ss.; **G. FERRANDO**, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. dir.*, 1998, 1, p. 167 ss.; **C. FOCARELLI**, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 981 ss.; **H. FULCHIRON**, *L'intérêt de l'enfant à la mesure des droits de l'enfant*, in *Gaz. pal.*, 8 déc. 2009, 342, p. 15; **L. GIACOMELLI**, *(Re)interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?*, in *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di F. GIUFFRÈ, I.A. NICOTRA, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, p. 567 ss.; **F. GIARDINA**, *Interesse del minore: gli aspetti identitari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1, II, p. 159 ss.; **E. LAMARQUE**, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2016; **L. LENTI**, *«Best interests of the child» o «best interests of the children»?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 157 ss.; **ID.**, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1, II, p. 148 ss.; **ID.**, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1, p. 86 ss.; **ID.**, *La costituzione del rapporto filiale e l'interesse del minore*, in *Juscivile*, 2019, 1, p. 1 ss.; **ID.**, *Diritto di famiglia*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, 2020, p. 73 ss.; **J. LONG**, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in *La Corte di Strasburgo*, a cura di F. BUFFA, M.G. CIVININI, in *Quest. Giust. (Speciale di)*, 2019, p. 413 ss.; **M.R. MARELLA**, *Fra status e identità. L'interesse del minore e la costruzione della genitorialità*, in *AA.VV., Liber Amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 1213 ss.; **M. PARADISO**, *Lo statuto dei diritti del figlio tra interesse superiore della famiglia e riassetto del fenomeno familiare*, in *Famiglia*, 2016, 3-4, p. 213 ss.; **V. POCAR, P. RONFANI**, *L'interesse del minore nella legge e nella pratica. Esperienze nazionali a confronto*, Guerini Scientifica, Milano, 1997; **E. QUADRI**, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Fam. dir.*, 1999, 1, p. 80 ss.; **ID.**, *Una riflessione sull'interesse del minore e la dimensione familiare della sua tutela*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 6, II, p. 1330 ss.; **R. RIVELLO**, *L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità*, in *Minorigiustizia*, 2011, 3, p. 15 ss.; **R. ROMBOLI**, *La natura "relativa" ed il significato di "clausola generale" del principio del superiore interesse del minore*, in *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, p. 505 ss.; **P. RONFANI**, *L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?*, in *Soc. dir.*, 1997, 1, p. 47 ss.; **R. SENIGAGLIA**, *The best interest of the child tra persona e contratto*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 3, p. 803 ss.; **ID.**, *Le misure di protezione dell'interesse del soggetto minore di età tra autonomia ed eteronomia*, in *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, a cura di R. SENIGAGLIA, Pacini Giuridica, Pisa, 2019, p. 43 ss.; **G. SALMÈ**, *L'interesse del minore nelle società multietniche*, in *Quest. Giust.*, 2014, 1, p. 120 ss.; **V. SCALISI**, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 2, p. 405 ss.; **G. SICCHIERO**, *La nozione di interesse del minore*, in *Fam. dir.*, 2015, 1, p. 72 ss.; **F. TOMMASEO**, *La tutela*



del 1942, si rinviene, pur con diverse sfumature lessicali, nelle carte internazionali e sovranazionali dei diritti, nella normativa dell'Unione Europea, nella legislazione interna, nei provvedimenti giurisdizionali che attengono ai minori e anche in tutte le discussioni che concernono la condizione giuridica e sociale dei bambini e degli adolescenti, tanto nella sfera del diritto di famiglia e del diritto minorile quanto nel campo dell'assistenza sociale, della psicologia e della pedagogia².

La difformità dei lemmi utilizzati nelle diverse fonti del diritto rende tuttavia, come si dirà, assai arduo delineare gli esatti confini del sintagma in questione, come pure enuclearne il significato e precisarne in modo netto i profili funzionali. La formula risulta - nella sua complessità - pervasa da molteplici implicazioni, spesso determinate dal contesto ideologico, religioso e storico di riferimento nonché dal retroterra culturale di chi se ne fa assertore e viene ad assumere una differente conformazione a seconda del sostrato giuridico-culturale precipuo dell'ordinamento in cui la stessa è predicata³. Inoltre, il suo non univoco valore semantico si rivela suscettibile di condurre nella pratica a impieghi connotati da ampi margini di discrezionalità da parte del giudice⁴.

Cionondimeno, non può revocarsi in dubbio che nel sistema giuridico italiano l'"interesse del minore" abbia assunto nel tempo - e specificamente nel passaggio dal tradizionale modello di famiglia fondata sul matrimonio alla pluralità dei modelli familiari e affettivi⁵ all'interno dei quali i rapporti di filiazione assumono una valenza essenziale - un'accezione nodale, rilevando oggi quale nozione cardine del diritto di famiglia⁶, quale principio informatore di tutta la normativa a tutela del fanciullo⁷, da indagarsi tenendo in considerazione il profilo della rilevanza dei principi nel processo applicativo e interpretativo del diritto⁸.

L'evidenza centrale raggiunta dal paradigma in analisi consegue al mutato assetto valoriale su cui poggiano le relazioni familiari e si pone in linea con la sempre maggiore attenzione riservata dall'ordinamento allo sviluppo della persona umana (artt. 2 e 3, secondo comma, Cost.) e

dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali, in *Fam. dir.*, 2015, 2, p. 157 ss.

² Così **L. LENTI**, *Diritto della famiglia*, cit., p. 74.

³ **L. LENTI**, *Diritto della famiglia*, cit., p. 74.

⁴ **V. SCALISI**, *Il superiore interesse del minore*, cit., p. 405.

⁵ **BIANCA M.**, *I nuovi modelli familiari*, in *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale*, a cura di E. AL MUREDEN, R. ROVATTI, G. Giappichelli Editore, Torino, 2020, p. 3 ss.

⁶ **V. SCALISI**, *Il superiore interesse del minore*, cit., p. 407, evidenzia come l'interesse del minore sia asceso nel tempo "a valore apicale del sistema".

⁷ **L. LENTI**, *Diritto della famiglia*, cit., p. 73; **M. SESTA**, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. dir.*, 2021, 7, p. 763.

⁸ Sul punto cfr. **N. LIPARI**, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1, p. 5 ss.; **E. NAVARRETTA**, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*.



alla valorizzazione della prospettiva personalistica della tutela della persona minore di età⁹.

Invero, la sempre più pregnante protezione riservata oggi dall'ordinamento al minore e alla sua condizione personale e giuridica costituisce l'esito del complesso *iter* evolutivo compiuto dal nostro diritto di famiglia - di cui di dirà di seguito e che costituisce un aspetto primario per la comprensione del tema in analisi -, nel cui ambito si sono succeduti e continuano a registrarsi tangibili passaggi determinati per molti versi appunto da trasformazioni del costume e del sentire in seno alla coscienza sociale nonché dai processi culturali che più in generale hanno interessato l'occidente soprattutto negli ultimi cinquant'anni.

2 - La condizione personale e giuridica del minore di età nel processo evolutivo del diritto di famiglia

La famiglia così come rappresentata nell'originario assetto della codificazione del 1942 è stata radicalmente incisa dai mutamenti culturali intervenuti nel corso del tempo e ha conosciuto una profonda trasformazione quanto alla struttura, ai rapporti personali intercorrenti tra i suoi componenti e ai valori su cui poggia le proprie fondamenta, sicché l'immagine della famiglia odierna, *rectius* delle famiglie odierne, è decisamente molto distante dall'archetipo codificato¹⁰.

Allo stesso modo la relazione di filiazione, anche in virtù di una costante attenzione riservata da parte delle istituzioni, del legislatore, della dottrina e della giurisprudenza nazionale e sovranazionale ai diritti e allo *status* delle persone minori di età, ha subito un'autentica metamorfosi rispetto all'originaria concezione codicistica, sostanziandosi nel fulcro essenziale del contemporaneo diritto di famiglia, di tal che il rapporto genitore-figlio viene oggi in considerazione quale relazione in sé, a prescindere dal modello familiare ove il fanciullo trova accoglimento¹¹ e dal legame genetico con i genitori¹².

Il mutamento del paradigma con cui la scienza giuridica si interessa oggi dei minori di età e delle situazioni giuridiche che li riguardano è evidentemente il portato di un lungo processo evolutivo che ha investito il diritto di famiglia e del quale di seguito saranno tratteggiati i lineamenti fondamentali¹³. In siffatto processo si individuano tre fasi essenziali, temporalmente collocabili, rispettivamente, la prima, dalla metà dell'800 all'inizio del '900, la seconda, dall'inizio del '900 fino

⁹ Cfr. G. BALLARANI, *La responsabilità genitoriale*, cit., p. 317 ss.

¹⁰ V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, p. 1043 ss.

¹¹ M.R. MARELLA, *Fra status e identità*, cit., p. 1213.

¹² M. MANTOVANI, *Riflessioni sparse in tema di azioni di stato e interesse del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 6, II, p. 1346 ss.

¹³ Cfr. M. DI MASI, *L'interesse del minore. Il principio*, cit., p. 25 ss., a cui si rinvia per l'*iter* evolutivo del diritto di famiglia relativamente al profilo dell'"interesse del minore" e per i richiami bibliografici sul punto.



agli anni '70 del '900, la terza dagli anni '80 del '900 fino a oggi¹⁴. Si tratta della fase formalistica, della fase funzionalistica e della fase attuale della complessità¹⁵.

La prima fase del diritto di famiglia - la fase ottocentesca-formalistica -, il cui sviluppo si riconduce alle codificazioni del XIX secolo¹⁶, corrisponde in termini generali al periodo della cosiddetta prima globalizzazione del diritto¹⁷. In questa prima fase, secondo l'insegnamento di Savigny¹⁸, il diritto di famiglia è inteso come settore del diritto privato che partecipa della natura di diritto pubblico¹⁹ e i rapporti umani da esso disciplinati, in quanto radicati nella natura e nella morale, rilevano quali legami dal diritto semplicemente riconosciuti. Tale ramo del diritto viene delineato come contrassegnato dalla stabilità dei rapporti familiari e dalla indissociabile triade famiglia-matrimonio-filiazione legittima²⁰.

Nella rappresentazione in analisi rileva una concezione della famiglia di matrice patriarcale, cui peraltro già in anni precedenti avevano riservato parole di dissenso insigni giuristi²¹. Nella delineata prospettiva la famiglia, da un lato, si connota per il carattere gerarchico e solidaristico²²; dall'altro, viene vista come "germe dello Stato"²³, in cui appunto si rinvencono tre requisiti inseparabilmente legati - natura, morale e giuridico -²⁴. La famiglia viene altresì definita come l'insieme di

¹⁴ Cfr. **M. DI MASI**, *L'interesse del minore. Il principio*, cit., p. 26 ss. Cfr. altresì **F. CAGGIA**, *Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 6, p. 1572, ss.; **D. KENNEDY**, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, edited by D.M. TRUBEK and A. SANTOS, Cambridge University Press, New York, 2006, p. 19 ss.; **ID.**, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, Beard Books, Washington D.C., 2006, p. 125 ss.; **M.R. MARELLA**, **G. MARINI**, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2014.

¹⁵ Così **F. CAGGIA**, *Capire il diritto*, cit., p. 1572, ss.

¹⁶ Tale fase del diritto di famiglia è identificata con il pensiero giuridico classico, in cui viene esaltato il cosiddetto dogma della volontà e per il quale il diritto, come evidenziato in **M. DI MASI**, *L'interesse del minore. Il principio*, cit., p. 28, è inteso "come un sistema di sfere di autonomia" e si pone come "insieme di strumenti di cui lo Stato si serve per tutelare le prerogative dei singoli".

¹⁷ Per un'approfondita analisi riguardo alla cosiddetta prima globalizzazione del diritto cfr. **D. KENNEDY**, *Three Globalizations of Law*, cit., p. 25 ss.

¹⁸ **F.K. VON SAVIGNY**, *System des heutigen römischen Recht*, Voll. I-VIII, De Gruyter, Berlin, 1840-1849, traduzione italiana a cura di V. SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, voll. I-VIII, Utet, Torino, 1886.

¹⁹ **F.K. VON SAVIGNY**, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I, cit., p. 345.

²⁰ Cfr. **M. DI MASI**, *L'interesse del minore. Il principio*, cit., p. 33.

²¹ Si consideri al riguardo **C. BECCARIA**, *Dei delitti e delle pene*, edizione a cura di R. FABIETTI, Mursia and C., Milano, 1973, ove, nel capitolo 26, è contenuta un'aspra critica alla famiglia patriarcale, che all'uomo "ispira soggezione e timore" e che all'uomo "comanda un continuo sacrificio di se stesso a un idolo vano, che si chiama bene di famiglia".

²² Cfr. **M. DI MASI**, *L'interesse del minore. Il principio*, cit., p. 38.

²³ **F.K. VON SAVIGNY**, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I, cit., p. 345.

²⁴ **F.K. VON SAVIGNY**, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I, cit., p. 348.



tre rapporti giuridici integrantisi gli uni gli altri, il matrimonio, la patria potestà e la parentela²⁵.

Per quanto attiene nel dettaglio al matrimonio, l'istituto viene in rilievo quale nucleo fondativo del sistema familiare ed è concepito non più come contratto, secondo il pensiero preponderante fino agli inizi del XIX secolo, bensì come *status*²⁶.

In termini ideologici, del matrimonio si valorizza la peculiare essenza di *seminarium Reipublicae*, ossia di luogo di concepimento e crescita del fanciullo, funzionale all'esigenza di assicurare cittadini allo Stato²⁷.

A tale fase del diritto di famiglia si riconduce l'elaborazione dello *status familiae*, quale nozione idonea ad attrarre le situazioni giuridiche soggettive che si ascrivono in capo a un soggetto in quanto appartenente appunto alla famiglia²⁸.

Nella concezione in esame le relazioni familiari sono improntate a rigidità e trovano tutela e riconoscimento solo in quanto trovino svolgimento all'interno dell'unica forma di famiglia contemplata dall'ordinamento giuridico, ossia la famiglia legittima, gerarchica, nucleare, bigenitoriale, fondata sul matrimonio²⁹.

²⁵ F.K. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I, cit., p. 344.

²⁶ In merito J. HALLEY, *What is Family Law?: A Genealogy*, Part I, in *Yale Journal of Law & the Humanities*, 2011, 23, p. 2, evidenzia che nella prospettiva precedente alle codificazioni ottocentesche il rapporto giuridico tra moglie e marito e quello tra genitori e figli erano separati, sebbene connessi, ed erano enucleabili alla medesima stregua dei rapporti giuridici facenti capo al tutore, al curatore e al padrone: in altri termini nella famiglia si tutelavano soggetti speciali e il marito-padre-padrone si poneva in una posizione di preminenza. Precisa l'Autrice: "in the early nineteenth century, there was no family law. The law of husband and wife and the law of parent and child were separate, parallel, and closely related legal topics, but they were equally proximate to the law of guardian and ward and-most significantly, for my purposes-the law of master and servant. This pattern corresponded with a social order in which cohabitation, legitimate sexual relations, reproduction, and productive labor were assumed to belong in one place: the household. A single figure was assumed to serve as husband, father, and master. He was not one but three legal persons. The wife, the child, and the servant were not just subordinate; they were similarly subordinate". Invero tale visione, per ragioni giuridiche e sociali, subì un mutamento e cominciò a porsi "a pressure to divide marriage from the law of an emerging capitalist market order". Nel pensiero giuridico "the critical category became marriage (not husband and wife), and the question of whether marriage was contract became salient". Se "in the early decades of the nineteenth century, it was easy to answer that question affirmatively: marriage was a civil contract (like many other types of contract)", tuttavia "with the rise of classical legal thought, of free labor, and of separate spheres ideology, the answer to that question increasingly had to be no" e "by the 1860s, the consensus view, even among early opponents of the idea, was that marriage was not contract. Instead it became status".

²⁷ Sul punto A. DONATI, *La famiglia tra diritto pubblico e diritto privato*, Cedam, Padova, 2004, *passim*.

²⁸ S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, vol. I, sez. I, Giuffrè, Milano, 1943, p. 263.

²⁹ Cfr. M. DI MASI, *L'interesse del minore. Il principio*, cit., p. 39.



In quel contesto la certezza dello *status* di figlio è garantita dalla potestà del padre e dal *favor legitimitatis*³⁰ e si evidenzia una concezione dei rapporti genitoriali caratterizzata da un'assoluta assenza di personalismo dei minori e da una cieca soggezione all'autorità paterna³¹. Peraltro, seppure soltanto al minore di età nato nella famiglia matrimoniale è riservata una qualche cura, si pone comunque una netta differenziazione nella configurazione dei destini educativi del bambino e della bambina a seconda del ceto sociale di appartenenza³².

La visione della famiglia e dei legami familiari propria di questa prima fase del diritto di famiglia fu recepita nel codice Pisanelli del 1865, il quale, in linea con il codice Napoleone, cristallizza appunto un modello familiare finalizzato al mantenimento di un ordine privato modellato sulla falsariga dell'ordine pubblico³³.

Per quanto in questa sede rileva, la prima codificazione italiana non contiene alcuna previsione volta al riconoscimento della personalità del figlio nel rapporto con i genitori e la patria potestà, benché attribuita a entrambi i genitori (art. 138 c.c. 1865), è esercitata esclusivamente dal padre (art. 220 c.c. 1865)³⁴. La tutela dei minori è collegata non a un proprio interesse, ma, in una raffigurazione paternalistica, all'interesse della famiglia, il quale è declinato in funzione del perseguimento dell'interesse generale. Non si prevede dunque alcuna specifica tutela per il minore in quanto persona, ma questi trova considerazione come "qualcosa" meritevole di protezione³⁵. In quel panorama normativo, sotto le spoglie del perseguimento di presunte finalità educative, erano tollerante in tutti gli strati sociali violenze fisiche e psicologiche

³⁰ Cfr. **M. DI MASI**, *L'interesse del minore. Il principio*, cit., p. 51.

³¹ È questo il sistema tirannico enucleabile nel Codice Napoleonico del 1804, in cui al padre, in virtù della *puissance paternelle*, erano attribuiti poteri pieni sulla persona e sul patrimonio del figlio, tali da comprendere il *droit de correction* e il *droit de garde*. Si tratta di un sistema invero sottoposto a severa critica dal Cambacérès già in sede di presentazione del progetto alla suddetta codificazione francese, come evidenziato in **V.C. COLOMBET**, *Commentaire de la loi du 4 Juin 1970 sur l'autorité*, in *Rec. Dalloz*, 1971, Chron. 1, p. 6. Si consideri, nella medesima prospettiva, il modello di relazione familiare presente nel codice civile italiano del 1865. Cfr. al riguardo **M. BESSONE, E. ROPPO**, *Il Diritto di famiglia: evoluzione storica, principi costituzionali, prospettive di riforma*, Edizioni culturali internazionali, Genova, 1975, p. 43 ss.

³² Profondamente diversi sono i destini educativi, le condizioni di vita e le cure riservate ai figli del ceto borghese o aristocratico rispetto a quelli dei figli delle classi contadina e operaia, generalmente avviati al lavoro in tenera età. Cfr. sul punto **F. CAMBI**, *Paradigmi dell'infanzia nell'Italia liberale*, in *Storia dell'infanzia nell'Italia liberale*, a cura di F. CAMBI, S. ULIVIERI, La Nuova Italia, Firenze, 1988, p. 11 ss.; **U. VINCENTI**, *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Editori Laterza, Bari-Roma, 2007, p. 69 ss.

³³ Cfr. **M. DI MASI**, *L'interesse del minore. Il principio*, cit., p. 37.

³⁴ Cfr. **L. GARLATI**, *La famiglia tra passato e presente*, in S. PATTI, M.G. CUBEDDU, *Diritto della famiglia*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, 1 ss.; **A. GORGONI**, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Cedam, Padova, 2017, p. 93 ss.

³⁵ **E. MOSCATI**, *Il minore nel diritto privato, da soggetto da proteggere a persona da valorizzare (contributo allo studio dell'"interesse del minore")*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 3, p. 1141 ss.; **V. SCALISI**, *Il superiore interesse del minore*, cit., p. 405 ss.



perpetrate sui bambini³⁶ e i figli, ove il padre non fosse in grado di frenarne eventuali “travisamenti”, su proposta dello stesso padre e per decisione del presidente del tribunale, potevano essere collocati in un istituto di educazione e correzione (art. 222 c.c. 1865).

In questa prima fase del diritto di famiglia il concetto di interesse del minore è dunque assai lontano dall’essere predicato e la relazione tra genitori e figli è fortemente adultocentrica.

Nel percorso evolutivo del diritto di famiglia, una diversa rappresentazione della famiglia e dei rapporti ivi svolgentesi si registra nella seconda fase del diritto di famiglia, la fase funzionalistica sociale del diritto corrispondente alla seconda globalizzazione del diritto³⁷, nella quale si assiste alla sostituzione del dogma della volontà con una concezione del diritto inteso come strumento per il raggiungimento di finalità di carattere sociale³⁸.

In specie, nei primi anni del ‘900, in seno al pensiero giuridico l’interesse sociale acquista peculiare valore rispetto agli interessi individuali e la rilevanza o irrilevanza per il diritto nelle relazioni tra i vari membri della famiglia viene a commisurarsi alla rilevanza o irrilevanza di tale relazione per la società. Si assiste a una attrazione dei rapporti familiari verso il diritto pubblico e, allo scopo di giustificare i poteri di intervento da parte dello Stato, si valorizza il ruolo della famiglia nel quadro dell’organizzazione della società: nell’interazione tra Stato e famiglia è la famiglia che si rivela funzionale alla realizzazione degli interessi della società³⁹, sostanzandosi come soggetto propulsore che prepara lo Stato⁴⁰.

In un’ottica pubblicistica si intende dunque anche lo *status familiae*⁴¹, il quale, giusta l’analogia tra potestà familiare e sovranità, è associato allo *status civitatis* e viene in rilievo piuttosto come potere che come diritto in senso privatistico⁴². Il rapporto tra genitori e figli, in

³⁶ Cfr. E. BECCHI, D. JULIA, *Storia dell’infanzia* (a cura di), voll. I-II, Editori Laterza, Roma-Bari, 1996; F. CAMBI, S. ULIVIERI, *Storia dell’infanzia nell’Italia liberale*, cit., p. 11 ss.; S. ULIVIERI, *Ieri e l’altro ieri. Per una storia della violenza all’infanzia*, in *Infanzia e violenza. Forme, terapie, interpretazioni*, a cura di F. CAMBI, S. ULIVIERI, La Nuova Italia, Firenze, 1990, p. 206 ss.

³⁷ Per un ampio esame relativamente alla cosiddetta seconda globalizzazione del diritto cfr. D. KENNEDY, *Three Globalizations of Law*, cit., p. 37 ss.

³⁸ M.R. MARELLA, G. MARINI, *Di cosa parliamo*, cit., p. 31 ss.

³⁹ Così R. POUND, *The Individual Interests in the Domestic Relations*, in *Michigan Law Review*, 1916, 14, 3, p. 177.

⁴⁰ Cfr. G. CAPOGRASSI, *Riflessioni sulla autorità e la sua crisi*, Carabba, Lanciano, 1921, ora in *Opera*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1959, p. 265, per il quale la famiglia è “la vera società concreta tra tutte le società umane”.

⁴¹ Cfr. G. BONILINI, *Lo status o gli status di filiazione?*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 8-9, p. 687 ss.; L. LENTI, voce *Status*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, vol. XIX, UTET, Torino, 1999, p. 29 ss.; P. RESCIGNO, *Situazione e status nell’esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 209 ss.; P. RESCIGNO, voce *Status*, 1) *Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXIV, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1993, p. 1 ss.

⁴² A. CICU, *Il concetto di «status»*, in *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli*, Jovene, Napoli, 1917, ora in *Scritti minori*, vol. I, t. I, Giuffrè, Milano, 1963, p. 65 ss.



siffatto contesto nel quale si radica una concezione istituzionale della famiglia, non muta.

A questa seconda fase del diritto di famiglia si ascrive l'entrata in vigore del codice civile del 1942, nel cui assetto originario, si ritrova il modello familiare proprio della codificazione del 1865 tanto nella sua struttura quanto nel suo spirito⁴³: il minore continua a non essere inteso come persona da valorizzare, ma come soggetto meritevole di protezione e dunque continua a essere considerato in termini paternalistici⁴⁴.

Un significativo cambio di rotta in chiave ideale si ha, nell'ambito di questa fase, con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana⁴⁵, sul cui assetto valoriale si innesta e prende avvio il processo di costituzionalizzazione del diritto di famiglia⁴⁶.

Invero, benché quel processo sarà lento e talvolta non piano, tuttavia condurrà all'emersione di una concezione nuova della famiglia⁴⁷. Nello specifico, nella concezione costituzionale della famiglia, che nel tempo si va realizzando, si delinea una funzionalizzazione della famiglia alle esigenze dei suoi membri: la famiglia non è più concepita come una struttura gerarchico-autoritaria realizzatrice di istanze pubblicistiche, ma diventa il luogo di realizzazione della persona basato su una condizione affettiva e solidaristica di vita dei suoi membri e non già sulle esigenze dell'unità familiare⁴⁸.

È segnatamente a far data dagli anni '60 del '900 che viene poi ad attuarsi un graduale riconoscimento dei diritti della persona e si imporrà in modo esplicito una progressiva rappresentazione della persona come destinataria di tutti i diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione⁴⁹.

⁴³ Benché nell'assetto originario della codificazione del 1942 continuino a permanere i connotati autoritari, paternalistici e adultocentrici propri del Codice Pisanelli, tuttavia, nella logica di protezione dei soggetti fragili, lo Stato autoritario introduce nel codice civile una nuova figura di giudice, il giudice tutelare. A qualche anno prima risale inoltre la creazione del tribunale per i minorenni (regio decreto-legge 20 luglio 1934, n. 1404 convertito con modificazioni dalla legge 27 maggio 1935, n. 835).

⁴⁴ **R. SENIGAGLIA**, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Jovene, Napoli, 2013, p. 2 sottolinea come fino alla promulgazione della Costituzione la relazione tra genitori e figli si sostanzia in termini adultocentrici.

⁴⁵ La fase del funzionalismo sociale del diritto di famiglia investe dunque tanto la concezione istituzionale della famiglia, propria dello Stato totalitario e dell'ideologia fascista, quanto la concezione costituzionale. Cfr. al riguardo **C. RODOTÀ, S. RODOTÀ**, *Il diritto di famiglia*, in **AA.VV.**, *Ritratto di famiglia degli anni '80*, Editori Laterza, Roma-Bari, 1981, p. 161 ss.

⁴⁶ Cfr. **M. DI MASI**, *L'interesse del minore. Il principio*, cit., p. 41.

⁴⁷ **P. PASSANITI**, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della "società coniugale" in Italia*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2011, *passim*.

⁴⁸ **S. ROSSI**, *Lungo il percorso di costituzionalizzazione della persona. Riflessioni sull'opera di Stefano Rodotà*, in *BioLaw Journal*, 2018, 1, p. 147 ss.

⁴⁹ La non emersione della questione nei primi venti anni successivi all'entrata in vigore della Carta fondamentale risponde alla logica dei criteri interpretativi utilizzati dalla dottrina e dalla giurisprudenza civilistica dell'epoca, le quali continuarono a vagliare i rapporti tra privati sotto la lente del codice civile, tralasciando i principi costituzionali. In merito cfr. **G. ALPA**, *Il "diritto costituzionale" sotto la lente del giusprivatista*, in *Riv. dir. cost.*, 1999, II, p. 22, e altresì **ID.**, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Laterza, Bari-Roma, 2009, p. 339.



Taluni provvedimenti legislativi che si succedono in quegli anni tracciano altresì la comparsa dei diritti di autodeterminazione dell'individuo⁵⁰ accanto al consolidarsi del principio di uguaglianza⁵¹: il riferimento è alla novella che ha introdotto l'adozione cosiddetta piena (legge n. 431 del 1967), alla legislazione divorzile (legge n. 898 del 1970), alla legislazione in tema di consultori familiari (legge n. 405 del 1975), alle disposizioni volte ad affermare la parità tra uomo e donna nei rapporti di lavoro (legge n. 903 del 1977), alle statuizioni normative che riconoscono la facoltà per il transessuale o la transessuale operati chirurgicamente di sposarsi (legge n. 164 del 1982), alla legge sulle adozioni (legge n. 184 del 1983), ma soprattutto alla generale riforma del diritto di famiglia del 1975 (legge n. 151 del 1975).

In tale scenario, benché per il passaggio da un sistema adultocentrico a un sistema che metta in primo piano il minore e il suo statuto giuridico si dovrà attendere l'attuazione piena dei principi della carta costituzionale⁵² - attuazione forse ancor oggi non compiutamente realizzata -, tuttavia sarà a partire da quegli anni che una sempre più crescente attenzione sarà riservata ai minori di età⁵³, anche a seguito dell'apertura operata dal riformatore del 1975 verso i diritti fondamentali della persona⁵⁴.

In particolare, il legame di filiazione si conforma sempre più al rispetto della persona del figlio; lo stigma dell'esser nati fuori dal matrimonio lentamente viene attenuato in virtù dell'introduzione della nozione di figlio naturale in luogo di figlio illegittimo⁵⁵ e dunque si tutela

⁵⁰ Cfr. **S. RODOTÀ**, *Diritto d'amore*, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. 81.

⁵¹ Determinanti si rivelano in quegli anni le molteplici battaglie condotte dai movimenti femministi per il riconoscimento dei diritti delle donne e per la parità tra uomo e donna anche in ambito familiare. Cfr. al riguardo **M.R. MARELLA**, *Le donne, in Gli anni settanta del diritto privato*, a cura di L. NIVARRA, Giuffrè, Milano, 2008, p. 341 ss.

⁵² Cfr. **L. FERRAJOLI**, *I diritti fondamentali dei bambini*, in *Minorigiustizia*, 2014, 2, p. 7 e p. 9 s.; **G.M. FLICK**, *Il bambino, oggi: il diritto di avere diritti; la speranza di avere un futuro*, in *Rivista Aic*, 2015, 2, p. 2 s.; **G. MALUCCI**, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Cedam, Padova, 2015, p. 4; **P. PASSAGLIA**, *I minori nel diritto costituzionale*, in *Una voce per i minori*, a cura di F. GIARDINA, E. PELLECCIA, Titivillus Mostre Editoria, San Miniato, 2008, p. 94 s.; **R. SENIGAGLIA**, *Status filiationis*, cit., p. 2; **S. SILEONI**, *L'autodeterminazione del minore tra tutela della famiglia e tutela dalla famiglia*, in *Quad. cost.*, 2014, 3, p. 609.

⁵³ Per un percorso riguardo al pensiero giuridico italiano in materia si vedano, senza pretesa di esaustività, i seguenti studi: **M. BESSONE**, *Art. 29-34. Rapporti etico-sociali*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli - Soc. ed. del Foro italiano, Bologna-Roma, 1976, p. 7 e p. 86 ss.; **L. CARLASSARE**, *Posizione costituzionale dei minori e sovranità popolare*, in *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, a cura di M. DE CRISTOFARO, A. BELVEDERE, Giuffrè, Milano, 1980, p. 49 s.; **U. MAJELLO**, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, Morano, Napoli, 1965, p. 9 ss.; **A.C. MORO**, *I diritti inattuati del minore*, La Scuola SEI, Napoli, 1994, p. 4 ss.; **A.M. SANDULLI**, *Aspetti giuspubblicistici della posizione dei minori*, in *Diritto di famiglia. Raccolta di scritti di colleghi della Facoltà giuridica di Roma e di allievi in onore di Rosario Nicolò*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 263 ss.

⁵⁴ Cfr. **M. DI MASI**, *L'interesse del minore. Il principio*, cit., p. 46; **F. UCCELLA**, *Persona umana e diritto*, Edisud Salerno, Salerno, 2005.

⁵⁵ Cfr. **M. COSTANZA**, voce *Filiazione*, III) *Filiazione naturale*, in *Enc. giur. Treccani*,



non più la sola verità legale, ma si dà riconoscimento alla verità biologica⁵⁶; la potestà non è più paterna, ma genitoriale, e non è più correlata alla soggezione del figlio, ma si afferma una potestà come dovere o funzione finalizzata alla considerazione dell'interesse del minore⁵⁷; l'interesse del minore acquista rilievo sia nella fase fisiologica del rapporto tra genitori e figli sia in quella patologica atteso che ex art. 155, come modificato dal legislatore del 1975, esso diventa criterio prevalente cui ascrivere in sede giudiziale ogni decisione pertinente all'affidamento dei figli⁵⁸; lo statuto giuridico dei figli trova realizzazione negli artt. 2 e 3 Cost., ma anche negli artt. 30 e 31 Cost.⁵⁹; l'art. 147 c.c. si rivela sempre più quale limite alla potestà genitoriale, contribuendo a rendere sempre più effettivo il dovere dei genitori di rispettare le attitudini, le inclinazioni e le scelte dei figli in vista dell'esplicazione della loro personalità⁶⁰.

Un chiaro ribaltamento di prospettiva si attesta nella terza fase del diritto di famiglia, una fase ancora in essere e dai contorni sfumati, corrispondente alla fase della complessità del diritto e alla cosiddetta terza globalizzazione del diritto, le cui peculiarità non sono di piana identificazione, ma che si qualifica per una globalizzazione dell'idea della pluralità di identità da tutelare e per la centralità dei diritti umani⁶¹. Speciale rilievo assumono in tale ambito le decisioni giurisprudenziali, alle quali sempre più è demandata l'opera di bilanciamento degli interessi contrapposti o il giudizio di proporzionalità⁶².

Più specificamente, in questa fase del diritto di famiglia, un'importanza nodale è attribuita alla persona, ai suoi diritti quale individuo e ai suoi diritti nelle relazioni familiari, così da porsi in essere

Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2005, vol. XV, p. 1 ss.; **G. FERRANDO**, voce *Filiazione legittima e naturale*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, vol. VIII, UTET, Torino, 1992, p. 295 ss.; **M. MANTOVANI**, *I fondamenti della filiazione*, in *Filiazione*, a cura di G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI, vol. II, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2012, p. 3 ss.; **A. PALAZZO**, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 2013, 2ª ed.; **ID.**, *La riforma dello status della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 2, p. 269 ss.; **M. SESTA**, voce *Filiazione (diritto civile)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 2015, p. 445 ss.

⁵⁶ **G. FERRANDO**, voce *Filiazione legittima*, cit., p. 295 ss.

⁵⁷ Cfr. **A. GERMANÒ**, *Potestà dei genitori e diritti fondamentali dei minori*, in *Dir. fam.*, 1979, 4, p. 1514 ss.; **F. GIARDINA**, *I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 4, p. 1352 ss.; **F. RUSCELLO**, *La potestà dei genitori. Rapporti personali. Artt. 315-319*, in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 1996 p. 78 ss.

⁵⁸ Cfr. **A. GERMANÒ**, *Potestà dei genitori*, cit., p. 1525.

⁵⁹ **P. STANZIONE**, *Lo statuto del minore (commento al disegno di legge 12 gennaio 1994, n. 1792)*, in *Fam. dir.*, 1994, 3, p. 351 ss.

⁶⁰ Cfr. **M. SESTA**, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2023, 3, p. 236.

⁶¹ Per un'accurata indagine circa la cosiddetta terza globalizzazione del diritto cfr. **D. KENNEDY**, *Three Globalizations of Law*, cit., p. 63 ss.

⁶² Cfr. **M. DI MASI**, *L'interesse del minore. Il principio*, cit., p. 30.



un'autentica giuridificazione della persona⁶³. Al centro del diritto di famiglia si staglia appunto la persona e la sua identità⁶⁴. Ne consegue il riconoscimento di un'eguale diritto di tutti i soggetti dell'ordinamento all'affermazione e alla tutela nella famiglia della propria identità, ivi contemplate le identità LGBTQIA+, nonché il riconoscimento dei diritti di cui sono portatori i singoli componenti del gruppo familiare⁶⁵.

I legami familiari, secondo una declinazione delle situazioni esistenziali in una sempre più stringente dimensione personalistica, sono improntati al rispetto e alla logica del dialogo, sono intese in termini di dignità e pari dignità sociale è riservata ai diversi tipi di famiglia - quali le famiglie di fatto, le famiglie unipersonali, le famiglie monoparentali, le famiglie omosessuali, le famiglie allargate, le famiglie poliamorose ... - che, anche per l'avvento delle nuove tecnologie riproduttive⁶⁶, vanno enucleandosi accanto alla tradizionale famiglia monogamica, nucleare, eterosessuale e bigenitoriale⁶⁷.

In questa visione muta la dinamica pubblico/privato⁶⁸ e si enucleano due diverse tendenze.

⁶³ In merito **G. MARINI**, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 359 ss., il quale illustra ampiamente la tematica della giuridificazione della persona.

⁶⁴ Al riguardo cfr. **G. FERRANDO**, *I diritti delle persone nella famiglia*, in *Il diritto privato nella società moderna. Seminario in onore di Stefano Rodotà*, a cura di G. ALPA, V. ROPPO, Jovene, Napoli, 2005, p. 309 ss.; **P. PERLINGIERI**, *La persona e i suoi diritti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005; **G. VETTORI**, *Carta europea e diritti dei privati (diritti e doveri nel nuovo sistema delle fonti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 669 ss.

⁶⁵ Cfr. **M. DI MASI**, *L'interesse del minore. Il principio*, cit., p. 30.

⁶⁶ Sul punto cfr. **G. AUTORINO STANZIONE**, *Ricerca scientifica, consenso e tutela della persona*, in *Comparazione e diritto civile. Percorsi*, a cura di G. AUTORINO, S. SICA, Brunolibri, Salerno, 2007, p. 53 ss.; **A. BUCELLI**, *Procreazione assistita e famiglia*, in *Produrre uomini*, a cura di A. BUCELLI, Firenze University Press, Firenze, 2005, p. 127 ss.; **M.R. MARELLA**, *Riproduzione assistita e modelli familiari*, in *Scienza, etica e legislazione della procreazione assistita. Atti del Convegno di Perugia, 4 ottobre 2002*, a cura di F. DI PILLA, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, p. 235 ss.; **U. SALANITRO**, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 10, II, p. 1360 ss.; **M.C. VENUTI**, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, in *GenIUS*, 2018 (1 aprile 2018), p. 85 ss.

⁶⁷ Cfr. **G. FURGIUELE**, *Modelli familiari nel diritto italiano e straniero*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 3, 10, p. 820 ss.; **L. MENCARINI**, *Le famiglie in Italia: un'istantanea demografica*, in *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà*, a cura di C. MANCINA, M. RICCIARDI, Donzelli, Roma, 2012, p. 29 ss.; **F. PARENTE**, *L'evoluzione dei modelli familiari: dal principio di autorità alla tutela delle libertà personali*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 2, p. 388 ss.; **F. PARENTE**, *I modelli familiari dopo la legge sulle unioni civili e sulle convivenze di fatto*, in **AA.VV.**, *Studi in onore di Pasquale Stanzone*, vol. II, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. 851 ss.; **C. SALVI**, *Natura e storia nell'evoluzione del diritto di famiglia in Italia: 1942-2008*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 4, p. 559 ss.; **V. SCALISI**, *"Famiglia" e "famiglie" in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, p. 7 ss.

⁶⁸ Cfr. **M. FORTINO**, *Verso una nuova «privatizzazione» della famiglia nella società globale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 167 ss.; **M. SESTA**, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione «arriva» in cassazione (Nota a Cass., sez. I, 10 maggio 2005, n. 9801)*, in *Fam. dir.*, 2005, 4, p. 370 ss.; **G. VETTORI**, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 3, p. 197 ss.; **P. ZATTI**, *Famiglia*,



Da una parte, infatti, si determina un arretramento da parte dello Stato per quanto attiene al controllo sulla istituzione delle famiglie e un'incidente contrattualizzazione delle relazioni di coppia⁶⁹. Sul punto si registra in particolare una propensione del legislatore ad ascrivere all'autonomia privata sempre maggiore portata quanto alla regolamentazione della formazione e della cessazione dei legami intersoggettivi tra i componenti della coppia amorosa⁷⁰: in siffatto contesto singolare preminenza rivestono la legge n. 76 del 2016⁷¹, la legge n. 162 del 2014 e la legge n. 55 del 2015⁷².

In antitesi si constata un'intromissione sempre maggiore del potere pubblico per il settore del diritto di famiglia relativo al rapporto genitore-figlio e, in una concezione del diritto predicato come paidocentrico⁷³, il diritto di famiglia si rivela sempre più incentrato sul figlio minore di età e i diritti-doveri dei genitori verso la prole, ripudiata la dimensione verticale, sono qualificati in termini orizzontali e dialogici⁷⁴.

In tale ambito si è posta una vera e propria rivoluzione riguardo alla connotazione dello *status filiationis*. L'unicità dello *status* di figlio, finalmente - seppure tardivamente - introdotta nell'ordinamento italiano a seguito della riforma della filiazione del 2012/2013⁷⁵ e

familiae. *Declinazione di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2002, 1, p. 9 ss.

⁶⁹ Cfr. **M. DI MASI**, *L'interesse del minore. Il principio*, cit., p. 52 s.

⁷⁰ Relativamente al fenomeno rappresentato cfr. **S. CATANOSSI**, *Libertà del volere e contrattualizzazione delle relazioni familiari*, Jovene, Napoli, 2013; **R. AMAGLIANI**, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2005; **M.R. MARELLA**, *The privatization of Family Law: limits, gaps, backlashes*, in *Famiglia*, 2017, 6, p. 611 ss.; **S. PATTI**, *La rilevanza del contratto nel diritto di famiglia*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, 3-4, p. 197 ss.; **P. RESCIGNO**, *L'autonomia dei privati*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 1, p. 15 ss.; **P. ZATTI**, *Famiglia, familiae*, cit., p. 9 ss.; **A. ZOPPINI**, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 213 ss.

⁷¹ Per una disamina sulla legge 20 maggio 2016, n. 76, cfr. **AA.VV.**, *Legge 20 maggio 2016, n. 76. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, a cura di S. PATTI, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati* SCIALOJA-BRANCA-GALGANO, Zanichelli, Bologna, 2020; **M.R. MARELLA**, *Qualche notazione sui possibili effetti simbolici e redistributivi della legge Cirinnà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, 2, p. 231 ss.; **E. QUADRI**, *"Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze": il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, in *Corr. giur.*, 2016, 7, p. 893 ss.

⁷² Per un'indagine sulla legge 12 maggio 2015, n. 55, cfr. **F. DANOVI**, *Al via il «divorzio breve»: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, in *Fam. dir.*, 2015, 6, p. 607 ss.; **ID.**, *I rapporti tra il processo di separazione e il processo di divorzio alla luce della L. n. 55/2015*, in *Fam. dir.*, 2016, 11, p. 1093 ss.; **F. TOMMASEO**, *La tutela dell'interesse dei minori*, cit., p. 157 ss.

⁷³ Il termine "diritto paidocentrico" è stato coniato da **J. CARBONNIER**, *Droit civil*, t. 2, *La famille, les incapacités*, Presses Universitaires de France, Paris, 8^a éd., 1969, p. 370. Cfr. **M. SESTA**, *La prospettiva paidocentrica*, cit., p. 763; **M. PALAZZO**, *La filiazione*, cit., p. 541 ss.

⁷⁴ Così **L. ROSSI CARLEO**, *Diritto del minore di crescere in famiglia tra realtà sociale e regolamentazione*, in **AA.VV.**, *Studi in onore di Pasquale Stanzone*, vol. II, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. 961 ss. Al riguardo cfr. altresì **L. ROSSI CARLEO**, *La famiglia dei figli*, in *Giur. it.*, 2014, 5, p. 1262 ss.

⁷⁵ La riforma della filiazione, intervenuta con la legge 10 dicembre 2012 e completata



programmaticamente statuita dal novellato art. 315 c.c., si attesta infatti, in questa fase del diritto di famiglia, quale principio fondamentale del diritto della filiazione, per il cui tramite la filiazione viene a identificarsi non più nel rapporto tra il figlio e la famiglia, bensì nel rapporto tra il figlio e il genitore e i parenti del genitore⁷⁶. La qualificazione dello *status filiationis* come unico consegue alla considerazione della filiazione quale rapporto che, secondo una condivisa lettura del primo comma dell'art. 30 Cost., costituisce una relazione tutelata come valore originale e non dipendente e dunque quale rapporto che si connota non per la nascita in seno alla famiglia matrimoniale, bensì in virtù della trasmissione

attraverso la promulgazione del d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, cassando dall'ordinamento qualsiasi odiosa distinzione tassonomica, denominazione o appellativo riguardo ai figli, costituisce l'approdo di una rivoluzione culturale il cui esito impone la qualificazione dello *status* di figlio come unico. Per effetto di tale riforma, da un lato, lo *status* di figlio si determina, indifferentemente, per nascita da genitori coniugati, per riconoscimento o per dichiarazione giudiziale; dall'altro, a seguito dell'acquisizione di tale *status*, il figlio diviene parente delle persone che discendono dallo stipite dei suoi genitori e pertanto diviene componente della famiglia di questi, a prescindere dal fatto che sia stato concepito o sia nato in costanza di matrimonio o meno. Cfr. **C.M. BIANCA**, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, p. 1 ss.; **O. CLARIZIA**, *Innovazioni e problemi aperti all'indomani del decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 3, p. 597 ss.; **B. DE FILIPPIS**, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, in *Fam. dir.*, 2013, 3, p. 291 ss.; **A. DEL GIUDICE**, *La filiazione prima e dopo la riforma*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 1, p. 337 ss.; **M. DOGLIOTTI**, *La nuova filiazione fuori del matrimonio: molte luci e qualche ombra*, in *Fam. dir.*, 2014, 5, p. 480 ss.; **M. DOSSETTI, M. MORETTI, C. MORETTI**, *La riforma della filiazione. Aspetti personali, successori e processuali*, Zanichelli, Bologna, 2013; **G. FERRANDO**, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, 3, p. 527 ss.; **A. FIGONE**, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale. Testo aggiornato al d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, Giappichelli, Torino, 2014; **L. LENTI**, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 201 ss.; **P. MOROZZO DELLA ROCCA**, *Costituzione e demolizione dello stato di figlio nato fuori del matrimonio*, in *AA.VV.*, *La nuova disciplina della filiazione*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 94 ss.; **P. RESCIGNO**, *La filiazione "riformata": l'unicità dello status*, in *Giust. it.*, 2014, 5, p. 1261 ss.; **R. ROSETTI**, *Dello stato di figlio*, in *AA.VV.*, *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali in materia di filiazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, p. 42 ss.; **U. SALANITRO**, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (II parte)*, in *Corr. giur.*, 2014, 5, p. 675 ss.; **V. SANTARSIERE**, *Le nuove norme sui figli nati fuori dal matrimonio. Superamento di alcuni aspetti discriminatori*, in *Giur. mer.*, 2013, 3, p. 522 ss.; **M. SESTA**, voce *Filiazione (diritto civile)*, cit., p. 445 ss.; **M. SESTA**, *La filiazione*, in *Diritto privato*, a cura di S. PATTI, Wolters Kluwer-Cedam, Padova, 2022, 3^a ed., p. 799 ss.

⁷⁶ Con la locuzione *status* di figlio si designa dunque la relazione di filiazione giuridicamente accertata la quale colloca la persona del figlio in rapporto sia con i genitori sia con i parenti dei genitori sia in senso ampio con la società. Cfr. **M. BIANCA**, *L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. n. 219 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, II, p. 205 ss.; **M. BIANCA**, *Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*, in *La riforma del diritto della filiazione*, a cura di C.M. BIANCA, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 3, p. 507 ss.; **R. PICARO**, *Stato unico della filiazione. Un problema ancora aperto*, Giappichelli, Torino, 2015; **F. PROSPERI**, *Unicità dello "status filiationis" e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 2, p. 277 ss.; **M. SESTA**, *L'unicità dello stato di filiazione*, cit., p. 231 ss.



genetica o di una volontaria assunzione di responsabilità⁷⁷. In tal senso l'unificazione dello *status* di figlio valorizza e supera il dettato costituzionale di cui all'art. 30 e istituzionalizza - sistematicamente - una separazione tra filiazione e matrimonio⁷⁸, laddove, attesa la prospettata ingerenza del pubblico nel rapporto tra genitore e figlio, lo *status* di genitore si specifica in termini di indisponibilità⁷⁹.

Invero la nozione tecnico-giuridica di *status*⁸⁰, adeguandosi all'attuale realtà storico-sociale⁸¹, si manifesta, nella rappresentazione in esame della filiazione, come strumento funzionale alla tutela dei diritti dell'individuo, come strumento in grado altresì di veicolare le istanze di tutti i soggetti dell'ordinamento, e dunque anche dei soggetti deboli, garantendo così il pieno sviluppo della persona, dei suoi diritti fondamentali e della sua identità⁸².

In tale prospettiva, se, nella contrapposizione tra *favor veritatis* e *favor legitimittatis*, rilievo assume la cosiddetta verità biologica⁸³, non può tuttavia tacersi il contributo dato dalla giurisprudenza che tende a dare ampi spazi alla genitorialità affettiva, posto che il quarto comma dell'art. 30 Cost. non conferisce al *favor veritatis* valore di preminente rilevanza costituzionale⁸⁴ e posto altresì che, nella dinamica tra interessi spesso in conflitto, ciò che costituisce cardine del sistema è la ricerca del benessere della persona del figlio, dell'individuo che è e che sarà⁸⁵.

⁷⁷ A. SASSI, *Parentela e devoluzioni ereditarie nel nuovo diritto filiale*, in L. CASSETTI, S. VANNUCCINI, *Diritti e principi nella pluralità dei livelli di protezione: evoluzione, dialettica e conflittualità*, in *Quaderni della ricerca diritti-cedu.unipg.it*, Perugia, 2019, p. 181 ss., specialmente p. 187; S. STEFANELLI, *Caratteri e funzioni dello status*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *Le Persone e la famiglia*, vol. IV, *La filiazione e i minori*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, UTET Giuridica, Torino, 2018, 2ª ed., p. 67 ss.

⁷⁸ Cfr. sul punto ROSSI CARLEO, *Diritto del minore*, cit., p. 961 ss.

⁷⁹ Tale indisponibilità tendenziale dello *status* genitoriale non si ravvisa nell'ipotesi di parto sotto anonimato, ove alla madre si consente di non riconoscere il bambino dopo il parto e di lasciarlo nell'ospedale in cui è stato partorito. Cfr. S. STEFANELLI, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini*, in *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, vol. II, *Persona, famiglia e successioni*, a cura di S. MAZZARESE, A. SASSI, UTET Giuridica, Torino, 2009, p. 823 ss.

⁸⁰ M. DI MASI, *L'interesse del minore. Il principio*, cit., p. 56 e s., in merito allo strumento giuridico dello *status*, pone l'accento sulla neutralità delle nozioni giuridiche, le quali sono suscettibili di adeguarsi alle diverse concezioni storico sociali.

⁸¹ Per quanto attiene all'evoluzione giuridica del concetto di *status* cfr. F. CAGGIA, *Il linguaggio del «nuovo» diritto di filiazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 2, p. 235 ss.; C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e status della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 1, p. 7 ss.; A. SASSI, *Parentela e devoluzioni ereditarie*, cit., p. 188.

⁸² In merito a tale ricostruzione cfr. ampiamente G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Laterza, Roma-Bari, 1993. Cfr. altresì E. LA ROSA, *Tutela dei minori e contesti familiari. Contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 27 ss.

⁸³ Cfr. Corte cost., 6 luglio 2006, n. 266 e le riflessioni di M. FORTINO, *Diritto di famiglia: il «favor veritatis» vince un'altra battaglia, ma non diventa valore assoluto*, in *Foro it.*, 2007, I, 705 ss.

⁸⁴ Cfr. Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767.

⁸⁵ Cfr. G. FERRANDO, *I diritti delle persone nella famiglia*, cit., p. 309 ss.; M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 2, p. 567



Nella complessità del mondo di oggi, nel quale si pongono plurime e differenti situazioni, in bilico tra certezza e incertezza in termini regolativi⁸⁶, sempre più stringente si manifesta allora la necessità di tutelare le situazioni giuridiche soggettive facenti capo ai minori.

In altri termini, in un contesto nel quale i figli, tutti i figli - siano figli minori nati in costanza di matrimonio o nella convivenza di fatto o di diritto, figli minori di genitori separati, figli minori che vivono in famiglie ricomposte, figli minori allontanati dalla famiglia di origine, figli minori adottati, figli minori alla ricerca delle proprie origini, figli minori che vivono nelle famiglie così dette arcobaleno, figli minori che appartengono a culture differenti, figli minori stranieri non accompagnati, figli minori migranti, figli minori nati da tecniche di procreazione medicalmente assistita ...⁸⁷ -, sono meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento⁸⁸, risulta essenziale il richiamo al perseguimento dell'interesse del minore.

3 - I diritti dei minori di età e il principio dell'“interesse del minore” nel patrimonio culturale e giuridico occidentale

L'affermazione del principio dell'“interesse del minore” nel nostro ordinamento si innesta sulla scia dell'emersione nell'Europa occidentale della tematica dei *children's rights* e dell'intensa attività normativa e riformistica che, in linea con la tendenza uniformante delle legislazioni dei principali Paesi europei e delle convenzioni internazionali tese a tutelare la persona del minore, ha investito il diritto di famiglia italiano dagli anni Settanta del secolo scorso a oggi.

Invero, a partire dal secondo dopoguerra, quale reazione agli orrori perpetrati nel secondo conflitto mondiale, diversamente, come si vedrà di seguito, da quanto accade nel panorama giuridico anglo-americano, gli ordinamenti costituzionali europei si andranno sempre più aprendo al riconoscimento di diritti in capo ai minori di età e via via non si porrà più in discussione che i minori godano di tutti i diritti fondamentali dell'uomo e che la titolarità di tali diritti discenda semplicemente dal loro essere persone. In merito è stato puntualmente notato come, se divergenze sussistono tra le legislazioni europee, esse attengono non a profili di ordine generale, bensì esclusivamente ad aspetti marginali⁸⁹, i quali in Italia sono da affrontarsi o facendo

ss.

⁸⁶ Cfr. G. ALPA, *La certezza del diritto al tempo dell'incertezza*, in *Rass. forense*, 2006, 1, p. 307 ss.

⁸⁷ M. DI MASI, *L'interesse del minore. Il principio*, cit., p. 61 ss.

⁸⁸ Cfr. M. SESTA, *Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi*, in *Fam. Dir.*, 2019, 11, p. 1049 ss.

⁸⁹ Il riferimento, come precisato in E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 36, è, ad esempio, a questioni che incidono sulla titolarità di un diritto fondamentale ovvero che attengono al rapporto tra autodeterminazione del minore e responsabilità genitoriale nel consenso al trattamento sanitario ovvero alle libertà politiche. Cfr. F. CARETTI e G.



riferimento ai limiti che sussistono in capo al minore riguardo all'esercizio di ciascun diritto fondamentale - limiti da intendersi in termini restrittivi attesa la valenza espansiva del principio di libertà contemplato all'art. 2 Cost. - ovvero procedendo al bilanciamento in concreto, nelle situazioni proprie della vita, tra i diritti e le prerogative dei minori da un lato e dei soggetti che con essi si pongono in relazione dall'altro⁹⁰.

In particolare, nell'ordinamento italiano, viene ad affermarsi - si è detto a partire dagli anni '60 del secolo scorso - una visione costituzionale della persona del minore basata sugli artt. 2 e 3 Cost.⁹¹ e si verifica una virata del diritto minorile in senso costituzionale⁹².

In tale processo, per quanto pertiene alla connotazione esistenziale della persona del minore di età, assume un significato fondativo il valore della dignità umana⁹³, nel tempo sostanziantesi non come un diritto fondamentale tra i tanti diritti fondamentali quanto piuttosto quale base di tutti i diritti fondamentali, quale "valore assoluto"⁹⁴, quale principio capace di "integrare principi fondamentali già consolidati - libertà, eguaglianza, solidarietà - facendo corpo con essi e imponendone una reinterpretazione in una logica di indivisibilità"⁹⁵. Tale valore, nella sua accezione di dote innata di ogni persona, si manifesta dunque come architrave sistematico atto a sostenere la comunità statale, come "premessa antropologico-culturale dello Stato costituzionale contemporaneo"⁹⁶, permeante di sé i singoli diritti ascritti in capo a ciascuna persona umana⁹⁷. Si tratta di una proprietà inscindibile dalla

TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2022, 5^a ed., p. 95 ss.; **L. LENTI**, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in *I diritti in medicina*, a cura di L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2011, p. 417 ss.; **A. PACE**, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Cedam, Padova, 2003, 3^a ed., p. 306 ss.

⁹⁰ Così **E. LAMARQUE**, *Prima i bambini*, cit., p. 36.

⁹¹ Cfr. **U. MAJELLO**, *Profili costituzionali*, cit., p. 9 ss.

⁹² In questi termini **L. FERRAJOLI**, *I diritti fondamentali dei bambini*, cit., p. 7 e p. 9 s.

⁹³ Cfr. sulla tematica le nitide osservazioni e i riferimenti bibliografici contenuti in **E. LAMARQUE**, *Prima i bambini*, cit., p. 32 ss. Cfr. altresì le analisi contemplate in: **E. DEL PRATO**, *Dignità e solidarietà: spigolature di un civilista*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2019, 10, p. 455 ss.; **M. DI CIOMMO**, *Dignità umana e Stato costituzionale: la dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Passigli, Firenze, 2010; **C.M. MAZZONI**, *Quale dignità: il lungo viaggio di un'idea*, Olschki, Firenze, 2019; **C. PICIOCCHI**, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Cedam, Padova, 2013; **F. POLITI**, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Giappichelli, Torino, 2018; **E. RIPEPE**, *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*, Giappichelli, Torino, 2014; **V. SCALISI**, *L'ermeneutica della dignità*, Giuffrè Francis & Taylor, Milano, 2018; **G. TURCO**, *Dignità e diritti: un bivio filosofico-giuridico*, Giappichelli, Torino, 2018.

⁹⁴ **G.M. FLICK**, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in *Rivista Aic*, 2014, 4, p. 5.

⁹⁵ **S. RODOTÀ**, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 199.

⁹⁶ **E. LAMARQUE**, *Prima i bambini*, cit., p. 32.

⁹⁷ **P. HÄBERLE**, *La dignità umana come fondamento della comunità statale*, in **P. HÄBERLE**, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo. Saggi*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 49 e p. 76 s.



persona⁹⁸, di un bene irrinunciabile e non sacrificabile, dalla portata supercostituzionale⁹⁹ e operante, per la sua forza pervasiva e per la sua essenza di misura di ogni altro valore fondamentale¹⁰⁰, quale limite insuscettibile di essere superato in termini discrezionali dal legislatore¹⁰¹.

Peraltro, il principio di dignità non solo si pone come base del costituzionalismo europeo ma anche come valore universale dapprima proclamato nella Carta istitutiva delle Nazioni Unite (1945), subito dopo annoverato nella Dichiarazione universale dei diritti umani (1948) e successivamente enunciato formalmente come il primo dei valori della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, il cui art. 1 espressamente recita "La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata".

Accanto alla dimensione dignitaria dei diritti dei minori e al principio personalistico, speciale e ulteriore riguardo, nel processo in analisi, è riservato dalla Costituzione italiana al minore come "persona in crescita", in capo alla quale, oltre ai diritti costituzionali comuni a tutti i soggetti dell'ordinamento, siano essi adulti o minori, sono riconosciuti diritti fondamentali specificamente contemplati appunto per i soggetti minori di età¹⁰².

Il descritto approccio proprio della tradizione europeo-continentale al tema dei *children's rights* - approccio che, dunque, non pone in alcun modo in discussione la configurabilità e titolarità di diritti

⁹⁸ Evidenzia G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, cit., p. 11 che la dignità rileva "come valore ultimo e fondante della persona", "come clausola che ne riassume le caratteristiche e le qualità".

⁹⁹ A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. 28 ss.

¹⁰⁰ Nota M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2020, 2^a ed., p. 175 s. che si pongono cinque usi del concetto di dignità in senso giuridico: "a) come limite ai diritti fondamentali; b) come fondamento di nuovi diritti; c) come ulteriore sostegno a diritti già riconosciuti; d) come perno del bilanciamento; e) come concetto utilizzato per definire altri concetti".

¹⁰¹ A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista Aic*, 2011, 1, p. 4.

¹⁰² In tal senso E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 37, la quale rileva che la Costituzione italiana, più di altre carte fondamentali, rafforza una concezione di massima garanzia del minore di età, posto che "accanto alla concezione dignitaria dei diritti e al principio personalistico in generale, esprime anche una particolare attenzione alla persona in crescita, affermando la necessità sia di una tutela delle formazioni sociali all'interno delle quali la persona si sviluppa, sia di una tutela della persona stessa contro le formazioni sociali nelle quali lo sviluppo è minacciato o compromesso, come emerge da una inequivoca e consolidata lettura sempre dell'art. 2 Cost., e ciò soprattutto qualora la persona si trovi inserita in una formazione sociale indipendentemente dalla propria volontà, cosa che accade ai figli nella famiglia". L'Autrice osserva inoltre che "la nostra Costituzione pone accanto ai diritti costituzionali comuni a tutti, adulti e minori, alcuni diritti fondamentali di tipo prevalentemente sociale dedicati in modo specifico ai minori: dal diritto di ricevere una particolare protezione da parte dei pubblici poteri in ragione dell'età infantile o giovanile al diritto dei minori-figli, in quanto parti 'deboli' del rapporto di filiazione, non solo di essere mantenuti, educati e istruiti dai propri genitori, ma anche di essere comunque mantenuti, educati e istruiti, sulla base di appositi istituti legislativi di sostegno, in caso di incapacità dei genitori".



in capo al minore di età, ma che dal predicato assunto muove - procede, come anticipato, su un diverso piano rispetto agli orientamenti che si registrano in seno al contesto giuridico anglo-americano, ai quali nella presente analisi è necessario far cenno, attesa l'influenza da essi esercitata sui contenuti dei primi documenti internazionali relativi alla persona dei minori¹⁰³.

In termini antitetici, oltre Manica, il dibattito si incentra infatti proprio sulla configurabilità o meno di tali diritti e sulla titolarità degli *human rights* da parte dei minori, polarizzandosi la controversia tra l'opinione che, in una visione libertaria, auspica il riconoscimento dei *children's rights* e la posizione che, in una rappresentazione paternalistica, sostiene che il minore non sia portatore di propri diritti. La letteratura si sofferma inoltre, quanto ai diritti dei fanciulli, sulla distinzione tra *moral rights* - diritti non pienamente intesi ma estrinsecantesi quali meri doveri morali incombenenti sugli adulti e sulla società nei confronti appunto dei minori - e *legal rights* - diritti in senso pieno ai quali corrispondono autentici obblighi giuridici¹⁰⁴.

Le ragioni di tale distanza di concezioni sono ricondotte all'assenza di riferimenti, nella descrizione della tradizione costituzionale anglo-americana, al tema della dignità umana, il quale, quanto meno nella predicata accezione di "valore ultimo e nucleo della persona umana"¹⁰⁵, di base di ogni diritto fondamentale, non trova in quegli ordinamenti collocazione alcuna¹⁰⁶.

Essenzialmente, nel quadro di quella tradizione, il *rights-bearer* non si riconosce nella persona titolare di diritti come contemplata negli ordinamenti costituzionali europei, nei quali la persona umana è intesa come portatrice di diritti a prescindere dalla sua capacità di operare scelte nella propria vita e di agire in completa autonomia. In quel contesto giuridico, posto che la maggior parte degli autori non rinuncia alla configurazione dei diritti come pretese, colui il quale a causa della sua età minore manca della capacità di agire, alla medesima stregua della persona fragile, non è titolare di diritti in senso pieno o quantomeno si dubita che lo sia¹⁰⁷.

In merito, nell'ambito della letteratura anglo-americana del secolo scorso, si contrappongono essenzialmente due diverse concezioni sulla questione: l'una, la liberazionista *will* (o *choice* o *power*) *theory*, che privilegia il profilo della preminenza del potere di scelta del titolare del diritto individuale rispetto alla volontà di altri individui; l'altra, la paternalistica *interests theory*, che pone l'accento sulla funzione del diritto

¹⁰³ Per una dettagliata indagine in materia circa i contenuti del dibattito e gli specifici contributi di pensiero sviluppatasi nei sistemi costituzionali di area anglo-americana si rinvia ancora a E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 38 ss., da cui si è attinto per le considerazioni contenute nel presente contributo.

¹⁰⁴ Cfr. E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 39.

¹⁰⁵ G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, cit., p. 4.

¹⁰⁶ In tal senso E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 41 s.

¹⁰⁷ Cfr. E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 42 s.



come protezione non della volontà, ma degli interessi del suo titolare¹⁰⁸. Nelle diverse sfumature di cui il dibattito in quegli ordinamenti si colora, si manifestano invero due posizioni nettamente distinte: da un lato, in un'ottica liberazionista, la corrente di pensiero denominata dell'*autonomy* o della *self-determination*, che prende le mosse dalle tesi pedagogiche degli anni '70 del '900, le quali propendevano per un'educazione del fanciullo fondata sul *self-government*, e che, guardando ai *children* come a una minoranza oppressa, si pone come obiettivo la liberazione del bambino, riconoscendo a quest'ultimo un pieno diritto alla *self-determination*; dall'altro, nella prospettiva paternalistico liberale, l'orientamento che nega che il fanciullo possa avere le medesime prerogative di un adulto e che, in luogo di attribuire ai minori *rights*, sostiene piuttosto che si debba focalizzare l'attenzione sulla *protection* del minore¹⁰⁹.

È appunto in seno al sistema anglo-americano - nel quale la delineata diafrasi tra inconciliabili matrici ideali, ancor oggi persistente e lungi dall'essere sopita, vede l'un contro l'altro, ideologicamente armati, il concetto di *autonomy* e quello di *protection* - che il principio dell'interesse del minore, qualificato come "*best*", nasce e vi trova specifico svolgimento.

In particolare, il principio in analisi, in termini filosofici, affonda le proprie radici nel pensiero illuminista sei-settecentesco, secondo cui - in aperto contrasto con le idee dominanti dell'epoca riguardo alla famiglia e alla società politica allora ritenute soggette rispettivamente all'autorità del padre o del re - funzione naturale della famiglia è quella di provvedere all'allevamento e alla educazione dei figli fino al raggiungimento di una loro autonomia di vita e il potere dei genitori sui figli è riconosciuto in capo ai primi esclusivamente in ragione della cura, dell'educazione, dell'allevamento e del mantenimento dei secondi e dunque è da qualificarsi non come diritto soggettivo, bensì come potere-dovere da esercitarsi nell'interesse dei figli e da ascriversi non soltanto al padre ma altresì alla madre¹¹⁰.

Nella sfera giuridica, il sintagma vede la luce all'inizio dell'Ottocento negli Stati Uniti d'America grazie alla *best interests of the child doctrine*, la quale, al fine di superare i rigidi limiti propri dei sistemi di *common law* dell'epoca, per cui i *parental rights* erano intesi come di spettanza esclusiva del padre e ritenuti intrasmissibili e inalienabili, fa espresso riferimento a concetti anticipati da Lock, quali la primazia della genitorialità psicologica rispetto a quella genetica, la considerazione dei

¹⁰⁸ Cfr. E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 44 s.

¹⁰⁹ Cfr. E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 50 ss.

¹¹⁰ Si vedano sul punto le osservazioni di L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 89 s., e i richiami ivi contenuti a J. LOCKE, *Secondo trattato sul governo*, traduzione italiana a cura di L. PAREYSON, *Due trattati sul governo e altri scritti*, UTET, Torino, 1982, p. 264. Cfr. altresì L. LENTI, *Diritto di famiglia*, cit., p. 79 ss.



poteri genitoriali come finalizzati e funzionali al benessere dei figli e una declinazione della relazione di filiazione in termini puerocentrici¹¹¹.

Così conformata, la locuzione - evidentemente avversata da quanti, nella visuale della tradizione liberale, guardano ai *children's rights* come diritti di *self-determination* ed esaltata dai fautori dell'orientamento protezionistico, i quali, sull'assunto che il minore di età non sia in grado di provvedere al proprio benessere mediante scelte proprie e autonome, utilizzano il principio quale strumento che consente il raggiungimento dell'obiettivo del *well-being* e del *welfare* del minore - vede successivamente la sua affermazione nel secolo scorso nei sistemi anglo-americani, dapprima in via giurisprudenziale, nelle controversie in materia di *child custody*, e nel tempo in via legislativa, sia per i casi di *child custody* sia in materia adottiva¹¹².

Nell'Europa continentale il processo si pone su binari differenti. Prime evidenze del principio sono contenute, in materia di affidamento dei figli in caso di separazione dei genitori, nel code Napoléon del 1804 - che all'art. 302 contiene la formula "*le plus grand avantage des enfants*" -, laddove, nella prefata materia, l'ABGB austriaco del 1811 (art. 142) e il testo originario del BGB tedesco del 1900 (§. 1635) contengono soltanto norme rigide - che dettano precisi dettami per l'affidamento della prole -, mentre il Codice italiano del 1865 tace del tutto, prescrivendo invece, in materia di adozione, che l'adozione medesima debba essere "conveniente per l'adottato" (art. 215, n. 3)¹¹³.

Si dovrà tuttavia attendere che nel panorama del pensiero occidentale si affermi una sistematica di principi tesi alla tutela dei diritti umani e si riservi una peculiare attenzione per la persona del minore, perché il lemma "interesse del minore" trovi effettiva collocazione nei sistemi ordinamentali continentali. Il ché avverrà a partire dal secondo dopoguerra e ne conseguirà l'introduzione della locuzione nelle legislazioni interne dei diversi Stati e nelle carte fondamentali che vedono la luce nel corso della seconda metà del '900, con l'incontestato obiettivo di assicurare piena dignità al minore nella differente ottica propria degli ordinamenti di *civil law* rispetto alla logica dei sistemi di *common law*¹¹⁴. Oltre ad assurgere a perno dei sistemi ordinamentali continentali, il principio acquisirà una dimensione internazionale, trovando luogo nelle carte internazionali dei diritti, all'interno delle quali emerge accresciuto e dilatato¹¹⁵.

In tale prospettiva nel General Comment alla Convenzione ONU del 1989, predisposto nel 2013, si afferma che il concetto contemplato nell'art. 3, par.1, deve essere considerato secondo un approccio *rights-*

¹¹¹ Cfr. L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 90.

¹¹² Cfr. E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 52 ss. e 68; L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 90 s.

¹¹³ Per i considerati rilievi cfr. L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 91.

¹¹⁴ Cfr. E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 69.

¹¹⁵ Cfr. V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore*, cit., p. 406 s.



based, così da poter qualificare l'interesse del minore, oltre che come principio interpretativo e regola procedurale, come un vero diritto sostanziale¹¹⁶.

4 - Il paradigma dell'“interesse del minore” nelle fonti internazionali e nel diritto dell'Unione europea

Il principio del *best interest of the child* si rinviene - come più sopra rilevato - in alcune carte internazionali dei diritti che si sono occupate di minori succedutesi a partire dal secolo scorso.

Le prime fonti normative che attengono al bambino sono la Convenzione sull'età minima del 1919 in materia di lavoro minorile e la Dichiarazione di Ginevra sui Diritti del fanciullo della Società delle Nazioni firmata nel 1924. Sebbene in ambedue i documenti non siano contenuti riferimenti espressi all'interesse del minore, tuttavia essi segnano il passo nella direzione di un'effettiva attenzione degli Stati per il destino dell'infanzia e per le istanze dignitarie e autodeterminative dei bambini¹¹⁷.

In particolare, nella Dichiarazione di Ginevra - documento redatto di proprio pugno da Eglantyne Jebb, dama della Croce Rossa, che aveva fondato nel 1919, insieme alla sorella Dorothy, l'associazione *Save the Children Fund*¹¹⁸ -, oltre ad asserirsi che tutti i bambini hanno peculiari

¹¹⁶ Cfr. Committee on the Rights of the Children, *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), adopted by the Committee at its sixty-second session (14 January -1 February 2013), 29 May 2013, spec. 4, ove si afferma: “The Committee underlines that the child’s best interests is a threefold concept: (a) A substantive right: The right of the child to have his or her best interests assessed and taken as a primary consideration when different interests are being considered in order to reach a decision on the issue at stake, and the guarantee that this right will be implemented whenever a decision is to be made concerning a child, a group of identified or unidentified children or children in general. Article 3, paragraph 1, creates an intrinsic obligation for States, is directly applicable (self-executing) and can be invoked before a court. (b) A fundamental, interpretative legal principle: If a legal provision is open to more than one interpretation, the interpretation which most effectively serves the child’s best interests should be chosen. The rights enshrined in the Convention and its Optional Protocols provide the framework for interpretation. (c) A rule of procedure: Whenever a decision is to be made that will affect a specific child, an identified group of children or children in general, the decision-making process must include an evaluation of the possible impact (positive or negative) of the decision on the child or children concerned. Assessing and determining the best interests of the child require procedural guarantees. Furthermore, the justification of a decision must show that the right has been explicitly taken into account. In this regard, States parties shall explain how the right has been respected in the decision, that is, what has been considered to be in the child’s best interests; what criteria it is based on; and how the child’s interests have been weighed against other considerations, be they broad issues of policy or individual cases”.

¹¹⁷ Cfr. G. MARINI, ‘Globalizzazione attraverso i diritti’ e metamorfosi del diritto comparato, in *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, a cura di G. ALPA, V. ROPPO, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 319 ss.

¹¹⁸ Sulla personalità e sul ruolo svolto da Eglantyne Jebb nella elaborazione del



bisogni di ordine materiale ed educativo e devono essere protetti “al di là di ogni considerazione di razza, nazionalità e credo”, si prevedono una serie di impegni, tassonomicamente elencati in cinque punti¹¹⁹, per l’enucleazione dei quali viene utilizzato il termine “*duty*”. I *duties* enumerati sono obblighi morali posti a carico dell’umanità intera: sono l’immagine degli “obblighi umanitari di protezione e assistenza nei confronti dell’infanzia che versa nelle condizioni più difficili”¹²⁰. Il documento, dunque, piuttosto che annoverare veri e propri diritti, fissa doveri della società nei confronti dell’infanzia, per la cui realizzazione è necessario un intervento attivo degli adulti, e non include diritti negativi di libertà atti a impedire interferenze degli adulti nella vita dei fanciulli o diritti volti a riconoscere al minore un certo grado di autonomia nella propria sfera determinativa. In altri termini, come puntualmente osservato, il modo di concepire la titolarità degli *human rights* dei minori proprio della concezione anglo-americana di cui si è detto sembra sia confluito nello spirito della Dichiarazione di Ginevra intridendola di sé¹²¹.

Una tappa fondamentale, nella presente ricognizione delle fonti internazionali in tema di interesse del minore, è costituita dalla Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo, approvata dall’Organizzazione delle Nazioni Unite il 20 novembre 1959: la dichiarazione è articolata in dieci principi preceduti da un preambolo¹²², nel quale si asserisce la fede nei diritti fondamentali dell’uomo e nella dignità della persona umana. Per quel che qui rileva, il documento, che introduce il concetto che, al pari di qualsiasi altro essere umano, anche il minore deve essere considerato come soggetto di diritti (primo principio), in due diverse statuizioni contempla espressamente la locuzione di *best interest*. Segnatamente l’espressione è contenuta nel secondo principio, ove si stabilisce che il bambino è destinatario di “una speciale protezione” e di “possibilità e facilitazioni” che gli consentano di “crescere in modo sano e normale sul piano fisico intellettuale morale spirituale e sociale in condizioni di libertà e di dignità”, da adottarsi

documento si vedano le riflessioni di E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 47 ss.

¹¹⁹ La Dichiarazione dei diritti del fanciullo (Dichiarazione di Ginevra, 1924), figlia del filantropismo nordamericano e inglese, espressamente recita: “1. Al fanciullo si devono dare i mezzi necessari al suo normale sviluppo, sia materiale che spirituale. 2. Il fanciullo che ha fame deve essere nutrito; il fanciullo malato deve essere curato; il fanciullo il cui sviluppo è arretrato deve essere aiutato; il minore delinquente deve essere recuperato; l’orfano ed il trovatello devono essere ospitati e soccorsi. 3. Il fanciullo deve essere il primo a ricevere assistenza in tempo di miseria. 4. Il fanciullo deve essere messo in condizioni di guadagnarsi da vivere e deve essere protetto contro ogni forma di sfruttamento. 5. Il fanciullo deve essere allevato nella consapevolezza che i suoi talenti vanno messi al servizio degli altri uomini”.

¹²⁰ E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 47 s.

¹²¹ E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 47 ss.

¹²² Nel preambolo si richiama la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, adottata a Parigi dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, e la Dichiarazione sui diritti del fanciullo del 1924.



appunto tenendo conto dell'“interesse del minore”¹²³, e nel settimo principio, ove la locuzione è assunta come criterio guida dell'intero documento per indirizzare sia l'azione dei pubblici poteri, e in specie dei legislatori nazionali, sia quella dei privati, quali in primo luogo i genitori¹²⁴. Anche quella dichiarazione¹²⁵, come quella del 1924, si colloca nella direzione di enfattizzazione dei doveri verso i minori propria della visione anglo-americana degli *human rights* e non ascrive ai minori diritti *stricto sensu* intesi¹²⁶.

Confermano i principi della Dichiarazione del 1959 sia il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966 e il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 19 dicembre 1966 - adottati a New York dall'Organizzazione delle Nazioni Unite - sia le Regole minime sull'amministrazione della giustizia minorile (così dette Regole di Pechino) - adottate dall'Organizzazione delle Nazioni Unite con risoluzione 40/33 del 1985 -. Anche nell'emanazione dei suddetti documenti l'ordinamento internazionale si è conformato alla concezione paternalistica anglo-americana dei diritti umani e, rifiutando l'opzione del riconoscimento in capo ai minori dei diritti nel senso della tradizione liberale europea, ha optato per la concezione della protezione e del sostegno da parte degli adulti¹²⁷.

Di segno diverso è la Convenzione sui diritti del fanciullo, adottata a New York dall'Organizzazione delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 - trent'anni dopo la Dichiarazione del 1959 -, nella quale si rinvencono due anime antitetiche, figlie delle due distinte tradizioni anglo-americana e occidentale-continentale sopra esaminate. La convenzione è frutto in special modo dell'iniziativa della Polonia - Paese che, durante il secondo conflitto mondiale, fu teatro di atroci violenze sui minori e nel quale furono perpetrate indicibili violazioni dei diritti dei bambini - e della sollecita presidenza del gruppo di lavoro del polacco Lopatka, che verosimilmente trasse ispirazione dagli insegnamenti del medico, pensatore ed educatore ebreo polacco Janusz Korczak¹²⁸. Il

¹²³ Il principio secondo della Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo del 1959 stabilisce: “The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interests of the child shall be the paramount consideration”.

¹²⁴ Il principio settimo della Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo del 1959 statuisce: “[...] The best interests of the child shall be the guiding principle of those responsible for his education and guidance; that responsibility lies in the first place with his parents”.

¹²⁵ Cfr. **M.R. SAULLE**, *La Convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 1994.

¹²⁶ Cfr. **P. RONFANI**, *Dal bambino protetto al bambino partecipante*, in *Soc. dir.*, 2001, 1, p. 70.

¹²⁷ Cfr. **E. LAMARQUE**, *Prima i bambini*, cit., p. 60.

¹²⁸ Riguardo alla figura di Janusz Korczak e all'importanza del suo pensiero in seno alla letteratura in materia di diritti dei minori, si vedano le riflessioni di **E. LAMARQUE**, *Prima i bambini*, cit., p. 21 ss. e p. 49 s.



documento si compone di un preambolo - nel quale, in linea di continuità, espressamente si richiamano le fonti internazionali precedenti¹²⁹ - e di cinquantaquattro articoli - nei quali è annoverato un cospicuo numero di diritti fondamentali che devono essere garantiti a tutti i minori -.

In merito alla formula “interesse del fanciullo”, di rilievo è il suo inserimento in tre diversi articoli. Specificamente il principio è menzionato: ove si tratti di assumere “decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi” (art. 3, par. 1)¹³⁰; nei casi di decisioni che attengono alla separazione del minore dai propri genitori (art. 9, par. 3)¹³¹; in materia di adozione (art. 21, par. 1)¹³².

Per quanto concerne il profilo che alla presente analisi attiene, un dato che incontrovertibilmente spicca è che gli *human rights* contemplati nella convenzione del 1989 sono finalmente declinati secondo quella logica dignitaria e libertaria di stampo europeo-continentale di cui più sopra si è diffusamente riferito. Il documento si presenta infatti come un eterogeneo repertorio di diritti, tra loro collegati dal riferimento all’interesse del minore, da intendersi come oggetto di “*primary consideration*” in tutte le azioni relative ai fanciulli. L’immagine del minore tratteggiata è quella di una “persona” - tale considerata dal momento della nascita - a cui sono ascritti diritti fondamentali appunto in ragione della sua qualità di essere umano. La personalità del fanciullo viene in questa prospettiva valorizzata anche in virtù dell’espresso riconoscimento del suo diritto a partecipare in prima persona alla propria formazione e ad essere coinvolto nelle scelte che lo riguardano (artt. 9-12)¹³³. Al minore sono altresì riconosciuti quei diritti civili e sociali soltanto enunciati nella Dichiarazione del 1959 e certamente incontestati in seno al pensiero europeo continentale, ma diversamente avvertiti dalla sensibilità d’oltre Manica, per la cui letteratura costituiscono dunque

¹²⁹ Nel preambolo si richiamano: la Dichiarazione sui Diritti del Fanciullo del 1924; la Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo del 1959; il Patto internazionale sui diritti civili e politici 1966; il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966.

¹³⁰ L’art. 3, par. 1, della Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo recita: “In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration”.

¹³¹ L’art. 9, par. 3, della Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo dispone: “States Parties shall respect the right of the child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child’s best interests”.

¹³² In materia di adozione l’art. 21, par. 1, della Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo statuisce: “States Parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount consideration”.

¹³³ M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica*, cit., p. 763.



un'autentica conquista operata dalla convenzione del 1989¹³⁴. Peculiare riguardo è riservato inoltre a quei diritti di libertà icasticamente fissati nella Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 di cui sono titolari gli adulti e ora attribuiti ai fanciulli.

Ne deriva che il valore, non soltanto simbolico ma anche operativo, della convenzione è certamente di straordinaria portata, sia perché da essa scaturisce uno *status* giuridico dei fanciulli fondato sul riconoscimento della loro soggettività giuridica sia per il carattere vincolante delle norme per gli Stati che l'hanno ratificata¹³⁵.

Cionondimeno, sebbene il minore, nella delineata visione, pienamente rispondente alla dialettica libertaria europeo-continentale, si palesi come titolare di diritti soggettivi, tuttavia non può tacersi che l'espressione "*best interests*", enunciata all'art. 3 nell'ambito delle misure di protezione, si pone in linea con i connotati della tradizione angloamericana, sollevando comprensibili perplessità¹³⁶. Si manifestano dunque, nel documento in analisi, evidenti difficoltà di collocazione sistematica del lemma - sulle quali ci si soffermerà di seguito - ed è questo il vero dilemma che affligge il principio, il quale risente, in termini lessicali, anche di traduzioni linguistiche che pongono in evidenza profili diversi. In ogni caso, pur in presenza di tali criticità, il sintagma, in ragione della sua natura di principio convenzionale di ordine internazionale, rileva quale paradigma ordinamentale che impegna gli Stati contraenti e che deve essere osservato per un'interpretazione sistematica della convenzione¹³⁷.

Per quanto concerne il diritto europeo, della locuzione non vi è traccia nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu) del 1950.

La formula non compare in termini espressi neanche nel testo della Convenzione europea sull'adozione dei minori - firmata a Strasburgo il 24 novembre 1967 -, la quale, alla luce dei dettami della Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo del 1959, si poneva l'obiettivo di armonizzare le discipline sull'adozione vigenti nei diversi ordinamenti degli Stati membri del Consiglio d'Europa al fine promuovere il bene degli adottandi.

¹³⁴ Cfr. D. REYNAERT, E. DESMET, S. LEMBRECHTS e W. VANDENHOLE, *Introduction: a critical approach to children's rights*, in *Routledge international handbook of children's rights studies*, edited by W. VANDENHOLE, E. DESMET, D. REYNAERT e S. LEMBRECHTS, Routledge, London, p. 5 ss.

¹³⁵ M. DI MASI, *L'interesse del minore. Il principio*, cit., p. 87.

¹³⁶ E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 63 evidenzia: "Il paradigma dei *best interests of the child*, enunciato all'art. 3 della Convenzione nell'ambito delle misure di *protection* [...] presenta evidenti caratteristiche genetiche anglo-americane. Tuttavia, sia nel contesto dei diritti convenzionali, che [...] non sono affatto di stampo anglo-americano, sia una volta calato all'interno degli ordinamenti costituzionali nazionali europei che accolgono una visione dignitaria dei diritti dei minori comprensiva di un ricco pacchetto di diritti sociali, esso non serve più a compensare il mancato riconoscimento di *rights* intesi come pura *self-determination*, e deve quindi trovare una nuova collocazione".

¹³⁷ Cfr. M. DI MASI, *L'interesse del minore. Il principio*, cit., p. 88.



Il termine compare invece, senza specificazione alcuna, nel preambolo della Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori.

Il riferimento all'interesse del minore, qualificato come "superiore", ricorre poi anche in talune disposizioni della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei bambini firmata a Strasburgo il 25 gennaio 1996 (art. 1, par. 2; art. 6, lett. a); art. 10), la quale individua un catalogo di diritti processuali del minore nei procedimenti civili che li riguardano.

L'espressione "interesse del minore" è anche contenuta nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la Carta di Nizza, solennemente proclamata nel 2000 e nuovamente proclamata a Strasburgo nel 2007, la quale enuncia i diritti civili, politici, economici e sociali dei cittadini europei e di tutte le persone che vivono sul territorio dell'Unione¹³⁸. In particolare, in merito all'"interesse del minore", l'art. 24 del documento, rubricato "Diritti del bambino", al par. 2, riprendendo la perifrasi della Convenzione di New York del 1989, statuisce che in tutti gli atti relativi ai minori "l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente".

La locuzione è solo indirettamente richiamata dal Trattato di Lisbona del 2007 (entrato in vigore il 1° dicembre 2009) nel quadro della promozione dei diritti del minore (art. 3, par. 3).

Diversamente le Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore, adottate il 17 novembre 2010 e finalizzate a garantire che, ove siano coinvolti minori, la giustizia - nell'ambito del diritto penale, civile o amministrativo - sia esercitata con sensibilità, contengono un richiamo espresso al "superiore interesse del minore". Il sintagma è contemplato nella lettera B della parte III dedicata ai "diritti fondamentali", laddove è altresì esplicitato il modo in cui lo stesso deve essere valutato¹³⁹.

¹³⁸ Il documento si compone di un preambolo, in cui sono richiamati i valori spirituali e morali dell'UE, e di 54 articoli suddivisi in sette capi, di cui, i primi sei, sono dedicati alla dignità, alla libertà, all'uguaglianza, alla solidarietà, alla cittadinanza e alla giustizia, mentre il settimo concerne disposizioni generali.

¹³⁹ La lett. B, rubricata "L'interesse superiore del minore", della Parte III (concernente "I diritti fondamentali") delle Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore statuisce: "1. Gli Stati membri dovrebbero garantire l'effettiva attuazione del diritto dei minori affinché il loro interesse superiore sia posto davanti a ogni altra considerazione in tutte le questioni che li coinvolgono o li riguardano. 2. Nel valutare l'interesse superiore dei minori coinvolti o interessati: a. dovrebbe essere riconosciuto il dovuto peso ai loro punti di vista e alle loro opinioni; b. dovrebbero essere rispettati in ogni momento tutti gli altri diritti del minore quali il diritto alla dignità, alla libertà e alla parità di trattamento; c. dovrebbe essere adottato un approccio globale da parte di tutte le autorità competenti, in modo da tenere in debita considerazione tutti gli interessi in gioco tra cui il benessere psicofisico nonché gli interessi legali, sociali ed economici del minore. 3. L'interesse superiore di tutti i minori interessati nello stesso procedimento o caso dovrebbe essere valutato separatamente e soppesato nell'intento di conciliare eventuali interessi divergenti dei minori. 4. Mentre le autorità giudiziarie hanno la competenza e la responsabilità ultime per l'adozione delle decisioni finali, gli Stati membri dovrebbero, se del caso, adoperarsi



Una menzione del principio, appellato come “superiore” può infine rinvenirsi nei seguenti atti normativi: regolamento 2201/2003/CE del Consiglio dell’Unione Europea del 27 novembre 2003 “relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale” [art. 12, par. 1, lett. b)]; direttiva 2003/86/CE del Consiglio dell’Unione Europea del 22 settembre 2003 “relativa al diritto al ricongiungimento familiare” (art. 5, par. 5); direttiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell’Unione Europea del 5 aprile 2011 “concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime” (art. 14, par. 2, art. 16, par. 2); regolamento 2013/604/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell’Unione Europea del 26 giugno 2013 “che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide” (art. 6, parr. 1-4, art. 8, parr. 1-4, art. 20, par. 3); direttiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell’Unione Europea del 26 giugno 2013 “recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione)” (art. 11, par. 2, art. 23, parr. 1, 2 e 5).

Le previsioni contenute nel variegato panorama delle fonti sovranazionali sopra richiamate - e di cui in questa sede si sono potuti tratteggiare soltanto i lineamenti essenziali - determinano dei precisi impegni per gli Stati derivanti dalla ratifica dei documenti considerati. In merito, la necessità di garantire i diritti fondamentali ascriviti ai minori impone uno spostamento dei piani di tutela di tali diritti, da una limitata dimensione nazionale a una dimensione multilivello¹⁴⁰.

Per quel che attiene al peculiare ambito europeo, atteso che i diritti umani “sono sottoposti a un continuo processo di individuazione incrementativa in funzione di indici ricavabili dal modo in cui l’esperienza sociale si va evolvendo”¹⁴¹ e considerato altresì che, come autorevolmente osservato, essi nel tempo sono divenuti fattori di integrazione e di identità culturale e politica in seno all’Unione¹⁴², per la loro tutela urge una sempre maggiore leale collaborazione tra diverse

in modo concertato al fine di stabilire approcci multidisciplinari finalizzati a valutare l’interesse superiore dei minori nei procedimenti che li coinvolgono”.

¹⁴⁰ Cfr. **M. CARTABIA**, *The Multilevel Protection of Fundamental Rights in Europe: the European Pluralism and the Need for a Judicial Dialogue*, in *The Protection of Fundamental Rights in Europe: Lessons from Canada*, a cura di C. CASONATO, Università degli Studi di Trento, Trento, 2004, p. 81; **M. CARTABIA**, *L’universalità dei diritti umani nell’età dei «nuovi diritti»*, in *Quad. cost.*, 2009, 3, p. 537 ss.

¹⁴¹ Così **N. LIPARI**, *Considerazioni introduttive*, in *Costituzione, Europa e Diritto privato. Effettività e Drittwirkung: idee a confronto*, a cura di E. NAVARRETTA, Giappichelli, Torino, 2018, p. VIII, il quale precisa che i diritti umani in sé considerati “non sono regole, bensì generano regole all’insorgere del fatto”.

¹⁴² **G. ALPA, M. ANDENAS**, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2005, p. 29 ss.



istituzioni, in vista della creazione di un effettivo sistema ordinamentale unitario¹⁴³.

Invero, anche in ragione della condivisibile qualificazione dei diritti fondamentali come espressione di civiltà, di costumi, di valori e di mentalità comuni, prima che come situazioni giuridiche soggettive¹⁴⁴, il ruolo dell'interprete - posto sempre più incisivamente e di frequente dinanzi alla necessità di procedere all'applicazione di principi - si va sempre più rafforzando¹⁴⁵.

In tale quadro si rileva che, negli ultimi anni, riguardo all'alveo del diritto di famiglia in generale e al diritto dei minori in particolare, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha svolto un ruolo di grande rilievo nel processo di armonizzazione e uniformazione dei diritti fondamentali a livello europeo. D'altra parte, la giurisprudenza nazionale si mostra via via più sensibile nel riconoscere sia carattere precettivo alle norme sovranazionali sia rango di norme subcostituzionali alle norme della Cedu¹⁴⁶.

Segnatamente, circa il profilo dell'"interesse del minore", deve considerarsi che la locuzione viene interpretata tanto come una specificazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, contemplato nel par. 1 dell'art. 8 Cedu, quanto come uno strumento risolutivo da utilizzarsi in caso di contrasto tra interesse pubblico e diritti individuali, secondo una lungimirante lettura del par. 2 dell'art. 8 Cedu¹⁴⁷. In tal senso può dirsi che lo spirito del sintagma e le concezioni a esso sottese ne hanno modellato la natura di principio dell'ordinamento che impegna gli Stati membri dell'Unione europea¹⁴⁸.

5 - Il paradigma dell'"interesse del minore" nel codice civile italiano e in alcune leggi collegate

Sebbene nella Costituzione italiana non sia contenuto alcun richiamo espresso all'interesse del minore, cionondimeno - si è detto - vi sono contenute talune disposizioni nelle quali la figura del minore è contemplata come persona titolare di diritti propri sia riguardo ai diritti di protezione sia riguardo ai diritti di prestazione e promozione¹⁴⁹. Il

¹⁴³ In tal senso **P. PERLINGIERI**, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 2008, p. 10.

¹⁴⁴ **S.P. PANUNZIO**, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, a cura di S.P. PANUNZIO, Jovene, Napoli, 2005, p. 6.

¹⁴⁵ Cfr. **E. NAVARRETTA**, *Costituzione, Europa*, cit., p. 31 ss.

¹⁴⁶ Cfr. per un'accurata disamina sulla questione, **M. DI MASI**, *L'interesse del minore. Il principio*, cit., 92 ss.

¹⁴⁷ **G. FERRANDO**, *Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, a cura di L. RUGGERI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. 175 ss.

¹⁴⁸ Per un'analisi dell'applicazione giurisprudenziale del principio cfr. **E. LAMARQUE**, *Prima i bambini*, cit., p. 87 ss.

¹⁴⁹ Così **V. SCALISI**, *Il superiore interesse del minore*, cit., p. 406 s.



riferimento è oltre che agli artt. 2 e 3, all'art. 30, specificamente relativo alla filiazione, e agli artt. 31, secondo comma, 34, e 37, primo e terzo comma¹⁵⁰.

A conferma dell'attenzione del legislatore per la condizione personale e giuridica del minore di età¹⁵¹ e, in applicazione dell'art. 117, primo comma, Cost., conformemente alle indicazioni contenute nelle fonti internazionali, nell'ambito della legislazione ordinaria italiana, si sono invece succeduti nel tempo precetti normativi contenenti espressi riferimenti al lemma "interesse del minore", talvolta ultroneamente qualificato.

Limitando - e senza pretesa di esaustività - l'enucleazione delle suddette norme alle disposizioni di maggior rilievo di matrice privatistica e per lo più alle statuizioni contenute nel codice civile, si evidenzia come il richiamo alla locuzione "interesse del minore" sia divenuto nel tempo assai frequente.

In particolare, il temine in esame è annoverato senza ulteriore aggettivazione o specificazione in talune disposizioni del codice civile, quali: l'art. 145, secondo comma, c.c., nel quale è statuito che, in ipotesi di assenza di una soluzione concordata tra i genitori circa la residenza o altri affari essenziali, il giudice, se ne sia richiesto, "adotta la soluzione che ritiene più adeguata all'interesse dei figli e alle esigenze dell'unità e della vita della famiglia"; gli artt. 250, quarto e quinto comma, c.c. e 251, primo comma, c.c., in tema di riconoscimento del figlio; l'art. 252, secondo comma, c.c., per quanto pertiene all'inserimento del figlio nato fuori dal matrimonio nella famiglia legittima di uno dei genitori; l'art. 316, terzo comma, c.c., il quale, per quanto concerne l'esercizio della responsabilità genitoriale, in caso di contrasto su questioni di particolare importanza, prescrive che "il giudice, sentiti i genitori e disposto l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento, tenta di raggiungere una soluzione concordata e, ove questa non sia possibile, adotta la soluzione che ritiene più adeguata all'interesse del figlio"; l'art. 337-*quater*, primo e secondo comma, c.c., relativamente all'affidamento a un solo genitore e all'opposizione all'affidamento condiviso; l'art. 403, settimo comma, c.c., il quale, in tema di intervento della pubblica autorità a favore di minori moralmente o materialmente abbandonati o esposti, nell'ambiente familiare, a grave pregiudizio e pericolo per la loro incolumità psico-fisica, statuisce che, qualora il provvedimento perda efficacia nelle circostanze dallo stesso settimo comma previste, "il tribunale per i minorenni adotta i provvedimenti temporanei e urgenti nell'interesse del minore".

¹⁵⁰ Cfr. **G. MATUCCI**, *Lo statuto costituzionale del minore di età*, Wolters Kluwer-Cedam, Padova, 2015, p. 3 ss.

¹⁵¹ Cfr. **P. RESCIGNO**, *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 303 ss.; **P. STANZIONE**, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Jovene, Napoli, 1975, p. 299.



Il principio è *tout court* richiamato: negli abrogati artt. 155-*bis*, primo comma, c.c., 158, secondo comma, c.c., 336-*bis*, primo comma, c.c. e 337-*octies*, primo comma, c.c.

Il principio è altresì *tout court* richiamato in talune disposizioni contemplate nella l. n. 184 del 1983 in materia di adozione, quali: l'art. 4, quinto e quinto-*ter* comma; l'art. 19, secondo comma; l'art. 25, terzo e quarto comma; l'art. 35, quarto comma; l'art. 43, terzo comma; l'art. 46, secondo comma; l'abrogato art. 14, primo comma.

In alcune statuizioni la locuzione è esplicitata come "superiore". Ciò avviene, in materia di adozione, negli artt. 32, primo comma, e 35, terzo e quarto comma, l. n. 184 del 1983 nonché, per i minori stranieri, nell'art. 28, terzo comma, d.lgs. 286 del 1998 (*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*).

In altre disposizioni l'interesse è contemplato come "prioritario". In tal senso, nel primo comma dell'art. 337-*sexies* c.c., circa l'assegnazione della casa familiare, alla formula "interesse del minore" è anteposto - in funzione di puntualizzazione terminologica - l'avverbio "prioritariamente", come avveniva nell'abrogato art. 155-*quater*, primo comma, c.c., ivi confluito.

Altre volte al lemma si unisce l'attributo "preminente", come, in materia di adozione, nell'art. 57, primo comma, n. 2, l. n. 184 del 1983.

Talvolta il sintagma è qualificato come "esclusivo". Specificamente nell'art. 317-*bis* c.c., disciplinante i rapporti dei minori con gli ascendenti, si utilizza, al secondo comma, il determinativo "nell'esclusivo interesse del minore", in merito all'adozione di provvedimenti del giudice a seguito di ricorso da parte dell'ascendente al quale sia impedito l'esercizio del diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni. L'aggettivo compare altresì nell'art. 337-*ter*, secondo comma, c.c., per quanto attiene ai provvedimenti riguardo ai figli "in caso di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio", e negli artt. 11, primo comma, 25, quinto comma, 33, quarto comma, l. n. 184 del 1983 in materia di adozione.

Infine, il principio è talvolta declinato quale "interesse morale e materiale", come nell'art. 252, primo comma, c.c., relativamente all'adozione di provvedimento a tutela dell'interesse del figlio, nel citato art. 337-*ter*, secondo comma, c.c. e nel secondo comma dell'abrogato art. 155-*sexies*, c.c. rubricato "*Poteri del giudice e ascolto del minore*".

Il principio era inoltre contenuto, talvolta con peculiari determinativi, in alcune abrogate disposizioni relative alla prole contenute nella l. n. 898 del 1970, in materia di scioglimento del matrimonio.

6 - L'interesse del minore: un principio vago dall'essenza problematica



Dal complesso e articolato novero di disposizioni internazionali, europee e interne sopra menzionate emerge, sotto il profilo lessicale, una variegata qualificazione del principio dell'interesse del minore: si discorre infatti, come precisato, di *best interest* ovvero di superiore interesse o di preminente interesse o ancora di primario interesse del minore, qualificazioni evidentemente non perfettamente sovrapponibili l'una all'altra.

Si pongono peraltro riguardo alle locuzioni contemplate nei documenti internazionali e europei traduzioni linguistiche, che si connotano per non piane sfumature, le quali minano il principio in termini definitivi, rendendolo quali inafferrabile: si allude, quanto alla lingua italiana, alle formule "il massimo benessere per il bambino", "il maggior interesse possibile per il bambino", "la soluzione migliore per il bambino", "il migliore interesse del bambino", "il preminente interesse del bambino", "il superiore interesse del bambino", nonché all'"*intérêt supérieur*" nell'ottica di "*une considération primordiale*" propria della lingua francese.

In ragione della vaghezza dell'espressione e dell'obiettivo problematicità di delinearne la trama sostanziale nonché della altrettanto obiettiva difficoltà di evidenziare in via prognostica ciò che realmente giovi al minore, non solo nell'immediatezza ma nel suo futuro, in termini critici, taluno giudica la locuzione come una nozione "confusa e ambigua, sfuggente e indeterminata, idonea a essere impiegata con modalità molto fortemente condizionate dalle scelte di valore di chi vi ricorre"¹⁵², una "nozione magica"¹⁵³, una sorta di araba fenice, dal valore tuttavia taumaturgico¹⁵⁴, "che si trasforma, che cambia continuamente contenuto, manifestando una natura proteiforme"¹⁵⁵ e alla quale si ricorre

¹⁵² Così L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, cit., p. 148.

¹⁵³ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *La famille, les incapacités*, cit., p. 370; P. RONFANI, *L'interesse del minore: dato assiomatico*, cit., p. 47 ss.

¹⁵⁴ L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 86.

¹⁵⁵ In questi termini ancora L. LENTI, *L'interesse del minore*, cit., p. 148 s., il quale evidenzia almeno quattro fattori di confusione e ambiguità. Un primo fattore che ingenererebbe confusione sarebbe il dato terminologico, posto che il termine inglese "best", nella sua valenza morfologica di superlativo relativo è nei documenti internazionali tradotto con il francese "*supérieur*", il quale ha un diverso valore semantico, ponendosi in una posizione intermedia tra un superlativo assoluto e un superlativo relativo, ed è, secondo tale traduzione letterale, entrato nel lessico italiano come "superiore". Un profilo di ambiguità riguarderebbe anche le funzioni svolte dal principio, dal momento che l'interesse del minore, da un lato, si sostanzierebbe come finalità prioritaria per quanto attiene alla politica del diritto e, dall'altro, consentirebbe al giudice di disapplicare singole norme di legge venendo a svolgere la funzione di "valvola di sfogo rispetto a eventuali rigidità del sistema legislativo". Un altro dato ambiguo sarebbe quello emergente dalle diverse prospettive temporali da considerare quando si tratti di assicurare in termini effettivi l'interesse del minore, ossia se sia da privilegiare il benessere del minore nell'immediatezza o nel breve periodo ovvero se si debbano considerare dinamiche di lungo periodo. Quale ulteriore elemento di confusione si porrebbe infine "l'incerto rapporto che intercorre tra interesse del minore e diritti del minore".



da parte della scienza e del diritto ove non si sia in grado di indicare un criterio di decisione sicuro e univoco¹⁵⁶. In un'altra scettica prospettiva si tratterebbe di una clausola "polivalente"¹⁵⁷ e "polimorfa"¹⁵⁸, idonea a essere variamente interpretata secondo ipotesi esegetiche discordi¹⁵⁹. Altri ancora si spinge fino a definirla come una scatola vuota atta ad essere riempita di qualsivoglia contenuto¹⁶⁰.

Di certo le perplessità sollevate in ordine alla enucleazione del contenuto del principio non paiono pretestuose, attesa l'innegabilità dell'evanescenza e dell'indeterminatezza sostanziale del sintagma e la sua essenza di clausola generale. Ne patirebbero, quale ulteriore implicazione, i connessi profili dell'effettività della tutela del minore e della certezza del diritto.

Cionondimeno sembra cogliere nel segno l'opinione di chi suggerisce di non fermarsi a considerare l'interesse del minore come un paradigma "tirannico", avulso dal sistema, evidenziando altresì che "per quanto molteplici e divergenti dal punto di vista spaziale possano risultare gli standards determinativi di una clausola o di un principio, questo non esclude che si possano fissare dei punti fermi suscettibili di applicazione tendenzialmente universalistica o quantomeno espressione di concezioni culturali non unilaterali, come dimostra l'emergere in diversi settori della esperienza giuridica di un diritto uniforme convenzionale anche di elaborazione dottrinale" e che la questione sollevata riguardo al principio in esame concerne tutti i concetti indeterminati di cui però il diritto non può fare a meno¹⁶¹.

Né può smentirsi che, poiché "il minore non è un atomo isolato, che possa immaginarsi staccato e scisso dal complessivo sistema di relazioni che a mo' di rete lo rendono compartecipe di tutta una serie di legami esistenziali significativi"¹⁶², la sua posizione deve essere indagata e temperata con quella di altri soggetti che vantano interessi o diritti talvolta confliggenti¹⁶³, spostando dunque "il baricentro della riflessione verso le operazioni di bilanciamento"¹⁶⁴.

L'interesse del minore, allora, lungi dall'essere identificato *a priori*, emerge nella sua specificità esclusivamente *a posteriori*, a seguito di una valutazione "individualizzata" e dunque calata su un minore non astrattamente inteso, bensì su quel soggetto la cui posizione è oggetto di specifica considerazione: vale a dire che la valutazione deve essere "personalizzata" e condotta "sia *in negativo* (come assenza di possibili pregiudizi ostativi al pieno e integrale sviluppo della sua personalità) ma anche soprattutto *in positivo* ossia in termini di benefici (sia fisici che

¹⁵⁶ L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 86 ss.

¹⁵⁷ E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 64 ss.

¹⁵⁸ R. RIVELLO, *L'interesse del minore*, cit., p. 21 s.

¹⁵⁹ C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York*, cit., p. 992.

¹⁶⁰ V. POCAR, P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 172 s.

¹⁶¹ V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore*, cit., p. 412.

¹⁶² V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore*, cit., p. 431 s.

¹⁶³ L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 103.

¹⁶⁴ G. BALLARANI, *La responsabilità genitoriale*, cit., p. 327.



psichici, sia materiali che spirituali, sia patrimoniali che propriamente esistenziali) da assicurare al minore”¹⁶⁵.

Ma vi è di più, l’indagine personalizzata e individualizzata deve essere posta in essere attribuendo giusto rilievo al contesto sociale, familiare, economico e culturale nel quale il minore vive, nella prospettiva di un percorso di crescita che ne consenta un sano e armonico sviluppo psico-fisico¹⁶⁶.

Secondo tale formulazione e nella indicata prospettiva, il concetto rileva in termini liminali, in quanto delimita una zona indefinita, tra soggettivo e oggettivo, tra regola ed eccezione, tra diritto e fatto, tra dato culturale e dato naturale¹⁶⁷, e assurge a criterio predisposto dal sistema effettivamente atto a dirimere le controversie familiari tanto a livello orizzontale, ossia nelle questioni emergenti nella relazione tra genitori e figli, quanto a livello verticale, ovvero quando si pongano contrasti tra i diritti fondamentali dei membri della famiglia e l’ordine pubblico dello Stato¹⁶⁸.

Invero, se problematica appare la qualificazione dell’espressione in esame, meno problematica si rivela la questione concernente la funzione che il paradigma dell’interesse del minore svolge. Il principio, infatti, in primo luogo adempie a una prioritaria finalità politica, sia quale clausola generale alla quale si deve adeguare il legislatore, ove si tratti dell’adozione di norme che attuino l’interesse del minore, sia quale criterio ermeneutico prevalente per l’interprete¹⁶⁹. Costituisce altresì principio di diritto suscettibile di essere invocato da parte del giudice qualora si tratti di disapplicare singole regole del diritto¹⁷⁰.

¹⁶⁵ V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore*, cit., p. 413.

¹⁶⁶ Cfr. G. BALLARANI, *La responsabilità genitoriale*, cit., p. 325 s.

¹⁶⁷ Cfr. M. DI MASI, *L’interesse del minore. Il principio*, cit., p. 67.

¹⁶⁸ Cfr. M. DI MASI, *L’interesse del minore. Il principio*, cit., p. 99.

¹⁶⁹ Cfr. L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 87; V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore*, cit., p. 414.

¹⁷⁰ Cfr. V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore*, cit., p. 414.