

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche

Ciclo XXXI°

Curriculum in Diritto Romano, Storia del diritto medievale e moderno, Filosofia e Sociologia del diritto

# **Il principio dell'interesse del minore: una nozione “magica” nell'interpretazione della giurisprudenza**

Gaia Vannoni

Matricola 810415

Tutor: Prof.ssa Roberta Dameno

Coordinatore: Prof. Maurizio Arcari

**ANNO ACCADEMICO 2017-2018**



## Indice

<b>Introduzione</b>	<b>5</b>
<b>Capitolo Primo: L'interesse del minore come nozione magica</b>	<b>10</b>
1. <i>Introduzione</i>	10
2. <i>Perché l'interesse del minore è una nozione magica?</i>	10
3. <i>Un po' di storia sull'interesse del minore</i>	16
4. <i>Le fonti normative</i>	20
4.1 Le fonti normative internazionali	20
4.2 Le fonti normative italiane	27
5. <i>Il dibattito in tema di interesse del minore e diritti dei minori tra protezione e autonomia</i>	28
6. <i>Categoria giuridica della minore età</i>	41
7. <i>Interesse del minore e responsabilità genitoriale</i>	55
8. <i>Il bilanciamento</i>	68
9. <i>Interesse del minore e certezza del diritto</i>	76
<b>Capitolo Secondo: L'analisi della giurisprudenza italiana</b>	<b>84</b>
1. <i>Le ipotesi di ricerca</i>	84
2. <i>La famiglia omogenitoriale</i>	87
2.1 Le famiglie omogenitoriali: inquadramento dell'ambito in cui operano i best interests	87
2.2 La stepchild adoption	91
2.3 I best interests of the child come valutazione del caso concreto	109
2.4 Il bilanciamento fra il principio dell'ordine pubblico e il principio dell'interesse del minore	112
2.5 Conclusioni	129
3. <i>L'interesse del minore nell'accertamento della filiazione</i>	132
3.1 L'ambito dell'accertamento della filiazione	132
3.2 Modelli interpretativi dei best interests of the child nei casi di riconoscimento di paternità e azione giudiziale di dichiarazione di paternità/maternità	135
3.3 Modelli interpretativi dei best interests of the child nei casi di disconoscimento ed impugnazione del riconoscimento	149
3.4 Modelli interpretativi di best interests of the child nei casi di attribuzione o perdita del cognome	164
3.5 Conclusioni	170
4. <i>L'interesse del minore straniero presente sul territorio italiano</i>	173

4.1 L'ambito di applicazione	173
4.2 L'interesse del minore e l'indagine del caso concreto	175
4.3 Casi di richiesta di autorizzazione ex art. 31 c.3 del testo unico immigrazione	184
4.4 Cenni sugli effetti giuridici nell'ordinamento italiano dell'istituto della kafalah alla luce dell'interesse del minore	204
4.5 Cenni in riferimento alla condizione giuridica dei minori stranieri non accompagnati	208
4.6 Conclusioni	210
<b>5. L'interesse del minore in altri ambiti rilevanti</b>	<b>215</b>
5.1 I best interests of the child e la sottrazione internazionale di minori	215
5.1.1 L'ambito di applicazione	215
5.1.2 L'interesse del minore come standard giudiziario per la risoluzione del caso concreto	221
5.2 L'interesse del minore e la gestazione per altri: alcune questioni aperte	227
5.3 Il principio dell'interesse del minore nei provvedimenti riguardanti i figli	232
<b>6. L'interpretazione dell'interesse del minore in tema di affidamento dei minori, di stato di adottabilità e di provvedimenti di limitazione della responsabilità genitoriale.</b>	<b>245</b>
6.1 Affidamento dei minori in seguito a separazione e divorzio	245
6.2 Lo stato di adottabilità	248
6.3 Limitazione della responsabilità genitoriale	250
<b>Capitolo Terzo: Il principio dell'interesse del minore e le Corti sovranazionali</b>	<b>252</b>
<b>1. Il principio dei best interests of the child nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo</b>	<b>252</b>
<b>2. Conclusioni</b>	<b>264</b>
<b>3. Brevi cenni sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea</b>	<b>266</b>
<b>Capitolo Quarto: Un'indagine sui giudici in servizio presso i Tribunali per i minorenni</b>	<b>269</b>
<b>1. Nota metodologica</b>	<b>269</b>
<b>2. I risultati</b>	<b>273</b>
<b>3. Alcune osservazioni conclusive</b>	<b>279</b>
<b>Conclusioni</b>	<b>282</b>
<b>Bibliografia</b>	<b>294</b>
<b>Indice dei provvedimenti</b>	<b>306</b>

## Introduzione

Obiettivo di questa ricerca è indagare il principio dell'interesse del minore, noto anche come *best interests of the child*. Il principio in esame è una clausola generale il cui contenuto è caratterizzato da un'estrema vaghezza tanto da essere stato definito dalla maggioranza della dottrina come una nozione "magica"<sup>1</sup>.

Nonostante gli sforzi della dottrina, la nozione di interesse del minore è tuttora rimasta piuttosto vaga e l'elevato grado di indeterminatezza che caratterizza questo concetto rischia di alimentare rispetto ad esso confusione, ambiguità e sovrapposizione di significati, rendendone controversa l'applicazione.

Per alcuni autori il principio è un criterio interpretativo<sup>2</sup>, per altri è una di quelle "formule chiuse che non riescono mai a comprendere - e quindi utilmente disciplinare - tutti gli imprevedibili casi della vita e le peculiarità delle diverse situazioni esistenziali"<sup>3</sup>. Parte della dottrina lo considera una "vuota tautologia, mero abbellimento esteriore dell'argomento" che ha contribuito "ad ampliare notevolmente (e talora assai pericolosamente) la sfera di discrezionalità dell'ordinamento giudiziario minorile"<sup>4</sup>. È stato definito anche un "*passepourtout* discrezionale, in nome del quale da un capo all'altro della Penisola vengono prese quotidianamente, attingendole al soggettivismo e alla discrezionalità, decisioni una diversa dall'altra"<sup>5</sup>. Per altri è uno strumento grazie a cui potranno essere abbandonate le antiche gerarchie all'interno della famiglia per passare ad una famiglia fondata su base egualitaria e democratica<sup>6</sup>.

Dunque, la nozione di interesse del minore da un lato sembra assiomatica poiché attualmente ogni legislazione che riguarda i minori non manca di richiamarla e definirla come oggetto di primaria considerazione, dall'altro lato è stata da più parti definita "magica" poiché vaga e soggetta alle interpretazioni più diverse<sup>7</sup>.

La ricerca è divisa in tre parti: una prima parte teorica, una seconda parte di analisi della giurisprudenza sia italiana sia sovranazionale e un'ultima parte riguardante un'indagine empirica che ha coinvolto i giudici in servizio presso i Tribunali per i minorenni italiani.

Il *primo capitolo* di questo lavoro è dedicato all'impianto teorico della tesi in cui si sono approfondite le fonti del diritto, nazionali e sovranazionali, in cui il principio è richiamato, il dibattito che negli anni si è sviluppato intorno ai diritti dei bambini e, in

---

<sup>1</sup> Carbonnier J., 1969. *Droit civil I.2, La famille, les incapacités*. Paris: P.U.F, p. 370.

<sup>2</sup> Sergio G., 2002. *La giustizia minorile. Funzione, competenze, strutta, prospettive di riforma*, in Lenti L. (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*. Milano: Giuffrè editore, p. 34.

<sup>3</sup> Moro A. C., 2002. *Manuale di diritto minorile*, Bologna: Zanichelli., p. 40 ss.

<sup>4</sup> Montecchiari T., 2006. *La potestà dei genitori*. Milano: Giuffrè, p. 17.

<sup>5</sup> Montecchiari T., 2006, *ibidem*, p. 18.

<sup>6</sup> Si veda Di Francia A., Dallagiacomina F., 2008. *I diritti dei minorenni nella giurisprudenza*, Milano: Giuffrè editore, p. 19.

<sup>7</sup> Ronfani P., 1997. L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?, *Sociologia del diritto*, 1: 47.

particolare, i maggiori orientamenti in materia quali le teorie della protezione, le teorie liberazioniste, le teorie della partecipazione e quelle dei diritti relazionali. Si è poi cercato di ricostruire la genesi della categoria giuridica della minore età, trattando in modo particolare gli aspetti della titolarità e dell'esercizio dei diritti da parte di un soggetto minorenni. Inoltre, si è approfondita la relazione fra il concetto di interesse del minore e l'istituto della responsabilità genitoriale, funzione attribuita ai genitori al fine di adempiere i loro doveri nei confronti della prole. Infine, la disamina teorica si chiude con l'analisi dello strumento principe utilizzato dalla giurisprudenza nella prassi giudiziaria: il giudizio di bilanciamento fra diritti e/o interessi. Di conseguenza, sono state analizzate le ricadute di tale giudizio sul piano della certezza del diritto.

Alla luce della ricostruzione del quadro teorico sono emersi alcuni aspetti principali.

Un *primo aspetto problematico* riguarda la sovrapposizione di significati in riferimento al principio dell'interesse del minore. Non vi è normativa o carta di diritti che non proclami di essere stata siglata con l'obiettivo di perseguire l'interesse dei minori. Il principio viene richiamato spesso sia nella normativa sia nella giurisprudenza accordandogli un significato che potremmo ricondurre all'interesse dell'intera categoria dei soggetti minorenni e dunque probabilmente meglio identificabile come diritto dei minori.

L'analisi della dottrina dimostra come “lo standard dei *best interests* nasca per esigenze di giustizia sostanziale nel caso concreto, per dare voce agli interessi di soggetti “*incompetent or incapacitated*”, affidando a un terzo imparziale la risoluzione del conflitto. Pensare a questo standard come allo strumento per trovare la soluzione “ideale” per ogni situazione è fuorviante e anche improprio: si tratta piuttosto di un criterio di ragionevolezza”<sup>8</sup>.

Secondo parte della dottrina spesso vi è il rischio di confondere il principio e la funzione dell'interesse del minore, così come è nato e cioè come standard giudiziario del caso concreto, con l'affermazione di principio che una determinata normativa miri a perseguire l'interesse della categoria dei minori. Seguendo questa seconda tendenza il concetto di interesse del minore ha cominciato ad essere richiamato quale giustificazione delle stesse norme generali in materia di minori sul piano della politica del diritto<sup>9</sup>. Il concetto assume così anche un nuovo significato che si aggiunge all'altro: orientare tutta la materia del diritto minorile al rispetto del benessere dei minori. In questa seconda accezione diventa il fondamento delle stesse norme generali e astratte che, per assurdo, potranno essere derogate in sede di interpretazione, in quanto troppo rigide, proprio grazie al principio dell'interesse del minore. In questo secondo significato sarebbe più corretto dunque parlare di interesse dei minori o *best interests of the children* intesi come categoria<sup>10</sup> o, forse, di diritti dei minori.

---

<sup>8</sup> Giacomelli L., 2014. *Ibidem*, p. 477.

<sup>9</sup> Lenti L., 2016. Note critiche in tema di interesse del minore. *Rivista di diritto civile*, 1: 93.

<sup>10</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 93; Lenti L., 2016, *Diritto di famiglia e servizi sociali*. Torino: Giappichelli, p. 308.

Tale questione, che ad una prima impressione potrebbe sembrare meramente teorica, in realtà presenta non poche difficoltà legate all'applicazione del principio nei casi giudiziari, che per loro natura pongono al centro dell'attenzione le circostanze del caso concreto, e all'individuazione del contenuto da dare volta per volta alla clausola generale.

Ai fini della decisione dei casi giudiziari, adottare un'accezione o l'altra non è irrilevante per la determinazione dell'interesse in concreto. I *best interests*, dunque, dovranno essere identificati con l'interesse del singolo specifico minore o con quello dei minori intesi come categoria generale nel suo complesso? In questa seconda accezione non è così raro il configurarsi di una situazione in cui "l'interesse del minore come gruppo sociale non corrisponda e, anzi, sia addirittura confliggente con quello di un minore particolare"<sup>11</sup> in riferimento alla peculiare condizione in cui egli si trova. Vi è molta confusione nel linguaggio giuridico tra la categoria dell'interesse del minore e i diritti del minore come se questi fossero concetti sovrapponibili.

Un *secondo aspetto problematico* emerso dall'analisi del quadro teorico riguarda gli aggettivi che qualificano l'enunciazione dell'interesse del minore. Nelle differenti lingue europee - inglese, francese, italiano - la connotazione dell'interesse del minore è espressa con aggettivazione diversa<sup>12</sup>. Mentre nella formulazione del testo della Convenzione di New York del 1989 la versione francese parla di un interesse "supérieur", la versione inglese parla di "best". È evidente che la traduzione italiana dei due termini è diversa, "superiore" l'uno, "migliore" l'altro<sup>13</sup>. Il testo italiano ha preferito ispirarsi alla formulazione francese e usare il termine "superiore". Le due traduzioni, quindi, non sono perfettamente corrispondenti dal punto di vista semantico e si vedranno le implicazioni che tale questione comporta sull'interpretazione giurisprudenziale.

Altri nodi problematici si trovano nel linguaggio utilizzato dal legislatore nelle norme che si approfondiranno. Non sembra esservi chiarezza riguardo ai termini indicati, di conseguenza non è chiaro se agli aggettivi esclusivo, superiore o prioritario corrisponda un diverso modo di bilanciare i diritti rispetto al caso in cui il legislatore preveda la sola locuzione "interesse del minore" senza ulteriori precisazioni. Si ha l'impressione che spesso il linguaggio del legislatore in materia di interesse del minore sia retorico e approssimativo, rendendo in ogni modo impossibile trarre dalla lettera della legge indicazioni interpretative certe<sup>14</sup>.

Nel caso in cui gli interessi del minore della fattispecie concreta si pongano in conflitto con quelli di altri soggetti o con quelli dello Stato oppure confliggano due diritti del minore stesso come si dovrà comportare il giudice? Dovrà operare un giudizio di bilanciamento degli interessi/diritti coinvolti o dovrà invece, come sembra indicare la

---

<sup>11</sup> Ronfani P., 1997. *L'interesse del minore nella cultura giuridica e nella pratica*, in Guido Maggioni, Claudio Baraldi (a cura di), *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell'infanzia*. Urbino: Quattroventi, p. 268.

<sup>12</sup> Magno G., 2011. Il minore è portatore di un semplice interesse, oppure è titolare di diritti? *Minorigiustizia*, 3: 28.

<sup>13</sup> Sul punto anche Lamarque E., 2016. *Prima i bambini*. Milano: Franco Angeli, p. 78.

<sup>14</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 103.

normativa, considerare l'interesse del minore "superiore" o "preminente"? A tal proposito la Corte Costituzionale<sup>15</sup> ha affermato in tema di interesse del minore come esso non possa considerarsi "tiranno" rispetto agli altri diritti, prefigurando la via del bilanciamento di diritti.

Alla luce del quadro teorico approfondito, la *prima ipotesi* di ricerca vuole verificare se il principio dell'interesse del minore sia uno standard giudiziario da interpretarsi secondo il caso concreto distinguendosi dal concetto di diritti dei minori, oppure se invece sia, nell'interpretazione della giurisprudenza, una mera e retorica clausola di stile.

La *seconda ipotesi* vuole verificare se lo strumento utilizzato dalla giurisprudenza per la determinazione dell'interesse del minore, nonostante le frequenti statuizioni del legislatore che ne afferma la "superiorità" o "preminenza", sia quello del bilanciamento di diritti o interessi, in quanto nessun diritto da solo può essere assoluto o "tiranno".

Questa tesi intende rispondere alle domande di ricerca attraverso l'analisi delle interpretazioni della giurisprudenza in materia di *best interests of the child*. Dunque, in primo luogo, in modo particolare, si è indagato se vi siano dei modelli interpretativi utilizzati dai giudici e se la nozione di interesse del minore si individui in riferimento ad ogni minore concreto del caso di specie o, invece, sia costruita in riferimento ad un'idea astratta di minore, concepito come un bambino modello che rappresenti l'intera categoria dei minori<sup>16</sup>. In secondo luogo, si è cercato di verificare quale sia la natura dell'interesse del minore nell'interpretazione della giurisprudenza, assoluta o bilanciabile con altri diritti e interessi.

Effettuando le ricerche attraverso la locuzione "interesse del minore" sulle banche dati giuridiche, integrate con le riviste scientifiche di settore, si sono potuti individuare alcuni ambiti ricorrenti di applicazione del principio, il quale, come noto, permea tutta la materia del diritto di famiglia e minorile in settori eterogenei. In base agli ambiti emersi da questa prima analisi, si è deciso di studiare le sentenze per aree tematiche individuando i seguenti gruppi: le famiglie omogenitoriali, le richieste di riconoscimento o disconoscimento di paternità, i minori stranieri, provvedimenti in materia di *kafalah*<sup>17</sup>, la sottrazione internazionale di minore, la gestazione per altri, il rapporto con gli ascendenti, i provvedimenti riguardanti i figli in materia di istruzione, educazione, specialmente religiosa, e salute.

In virtù dell'enorme mole di decisioni in materia, si è scelto di non concentrarsi su alcuni ambiti importanti del diritto minorile quali le decisioni in materia di adozione, di limitazione della responsabilità genitoriale e di provvedimenti in materia di affidamento che seguono una separazione o divorzio in quanto in questi casi lo standard dell'interesse

---

<sup>15</sup> Corte Costituzionale sent. n. 85 del 2013, punto 9 cons. in diritto.

<sup>16</sup> Si potrebbe fare riferimento ad interessi dei minori "standard" in base a due o più fasce di età come, per esempio, l'infanzia e l'adolescenza. Si vedano i riferimenti al rapporto fra le fasce di età, l'interesse del minore e la sua capacità illustrati nel primo capitolo.

<sup>17</sup> La *kafalah* è un istituto di diritto islamico che permette ad un individuo di prendersi cura di un minore fino alla maggiore età garantendogli il mantenimento e l'istruzione. In modo difforme rispetto all'istituto dell'adozione occidentale, attraverso questo istituto, che è un atto revocabile, il minore non assume lo *status* di figlio del suo affidatario, né il cognome, né i diritti ereditari.



del minore può considerarsi sovrapponibile ad un giudizio di idoneità riguardante il singolo genitore. In questi casi, infatti, il giudice, spesso fondando il proprio convincimento sulle risultanze di una consulenza tecnica, valuta le capacità di un soggetto di ricoprire il ruolo genitoriale in modo da non recare un danno al figlio minore.

Ogni ambito di applicazione dei *best interests* studiato è introdotto da un breve inquadramento sul contesto normativo e le circostanze dei casi di specie al fine di comprendere i termini delle diverse questioni.

Al fine di verificare la prima ipotesi di ricerca si sono poi analizzati gli orientamenti in tema di interesse del minore che si sono affermati nella giurisprudenza di merito e di legittimità.

Per quanto riguarda la seconda ipotesi di ricerca, si è indagato se vi fossero conflitti fra l'interesse del minore e altri interessi o diritti in gioco, sia pubblici sia privati, per comprendere come si articolasse nell'interpretazione giurisprudenziale il concetto di "preminenza", o di presunta superiorità rispetto agli altri interessi, dell'interesse del minore e se questo effettivamente prevalesse nelle aule di giustizia.

È interessante capire quali siano i principi che guidano il giudice nelle decisioni cosiddette "caso per caso": infatti, in questo tipo di questioni, se da un lato si cerca di raggiungere la miglior decisione per il concreto minore della situazione del caso di specie, dall'altra, l'ampia aderenza dell'interpretazione al caso concreto rischia di minare la certezza del diritto.

Il *secondo* capitolo contiene un'analisi approfondita della giurisprudenza italiana divisa, come detto, per aree tematiche. In questa parte della ricerca le aree tematiche sono fra loro molto eterogenee ma sono tutte accomunate dalla presenza, quale principio guida, dei *best interests of the child*.

Nel *terzo* capitolo si è cercato di tracciare un quadro generale delle interpretazioni della Corte di Strasburgo e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in relazione ai tratti salienti emersi dalla giurisprudenza italiana.

Infine, il *quarto* capitolo dà conto di un'indagine empirica realizzata mediante un questionario online rivolto ai giudici in servizio presso i Tribunali per i minorenni somministrato tra il 12 marzo e il 12 aprile 2017. Obiettivo della ricerca empirica è comprendere come i giudici minorili interpretino nei casi giudiziari il principio dell'interesse del minore, quale peso esso abbia nell'applicazione del diritto di famiglia e se vi sia su questo tema una cultura giuridica omogenea.

## Capitolo Primo: L'interesse del minore come nozione magica

### 1. Introduzione

In questo primo capitolo ci si occuperà dal punto di vista teorico della nozione di interesse del minore, principio dal contenuto così vago da essere stato definito dalla maggioranza della dottrina come una nozione “magica”. L'elevato grado di indeterminazione che caratterizza questo concetto rischia di alimentare rispetto ad esso confusione, ambiguità e sovrapposizione di significati, rendendone controversa l'applicazione.

In *primo* luogo, l'analisi si occuperà delle fonti del diritto, nazionali e sovranazionali, in cui il principio è richiamato.

In *secondo* luogo, si affronterà il dibattito che negli anni si è sviluppato intorno ai diritti dei bambini<sup>18</sup> e, in particolare, i due maggiori orientamenti in materia, le teorie della protezione da un lato e le teorie liberazioniste dall'altro.

In *terzo* luogo, si cercherà di ricostruire la genesi della categoria giuridica della minore età, trattando in modo particolare gli aspetti della titolarità e dell'esercizio dei diritti da parte di un soggetto minorenne.

In *quarto* luogo, si metterà poi in relazione il concetto di interesse del minore con l'istituto della responsabilità genitoriale, funzione attribuita ai genitori al fine di adempiere i loro doveri nei confronti della prole. Tale istituto infatti è importante ai fini della comprensione del concetto di interesse del minore.

Infine, il capitolo si chiuderà trattando dello strumento che la giurisprudenza adopera per poter individuare l'interesse del minore: il giudizio di bilanciamento. Si vedranno quindi le ricadute di tale giudizio sul piano della certezza del diritto.

### 2. Perché l'interesse del minore è una nozione magica?

Il concetto di preminente o superiore interesse del minore è considerato uno dei principi cardine del diritto di famiglia sia a livello internazionale<sup>19</sup> sia a livello nazionale. La locuzione “superiore interesse del minore” traduce l'espressione inglese *best interests of the child*<sup>20</sup> utilizzata dalle carte internazionali dei diritti.

---

<sup>18</sup> Nel parlare di bambino o bambini si userà il maschile in un'accezione neutra rispetto al genere secondo le regole della lingua italiana, ma si precisa che ci si riferisce sia ai bambini che alle bambine.

<sup>19</sup> Di Francia A., Dallagiacoma F., 2008, *ibidem*, p. 19.

<sup>20</sup> Uso anche l'espressione inglese in quanto essa è ormai entrata nel linguaggio giuridico sia della dottrina sia della giurisprudenza, per questo motivo utilizzerò indistintamente la locuzione italiana o quella inglese.

Nonostante gli sforzi della dottrina, la nozione di interesse del minore è tuttora rimasta piuttosto vaga. In un noto scritto di Paola Ronfani<sup>21</sup>, l'autrice introduce il problema della definizione di questo principio con due citazioni rispettivamente di Giovanni Manera e di Jean Carbonnier. Per il primo, "la preminenza dell'interesse del minore su qualsiasi altro interesse è stata tanto ripetutamente affermata, che può ritenersi ormai un dato assiomatico, che non abbisogna di particolare dimostrazione"<sup>22</sup>, per il secondo "l'interesse del minore è la nozione magica. Per quanto sia contemplata dalla legge, ciò che non viene previsto è l'abuso che se ne fa oggi. Al limite, essa finirebbe col rendere superflui tutti gli istituti del diritto di famiglia"<sup>23</sup>. Entrambi gli autori - nota Paola Ronfani - hanno colto aspetti importanti: da un lato, la nozione di interesse del minore è assiomatica poiché attualmente ogni legislazione che riguarda i minori la richiama e la descrive come oggetto di primaria considerazione, dall'altro lato, è anche "magica" poiché vaga e soggetta a contrastanti interpretazioni. Dello stesso avviso anche gli autori Irène Théry e Michael King che la definiscono come "pozione magica"<sup>24</sup>.

L'interesse del minore è stato considerato da alcuni come un criterio interpretativo<sup>25</sup>, da altri come una di quelle "formule chiuse che non riescono mai a comprendere - e quindi utilmente disciplinare - tutti gli imprevedibili casi della vita e le peculiarità delle diverse situazioni esistenziali"<sup>26</sup>. Ancora è stato descritto come "vuota tautologia, mero abbellimento esteriore dell'argomento" che ha contribuito "ad ampliare notevolmente (e talora assai pericolosamente) la sfera di discrezionalità dell'ordinamento giudiziario minorile"<sup>27</sup>. Alcuni autori ne parlano come di un "cuscinetto", "*passepertout* discrezionale, in nome del quale da un capo all'altro della Penisola vengono prese quotidianamente, attingendole al soggettivismo e alla discrezionalità, decisioni una diversa dall'altra"<sup>28</sup>; altri come lo strumento grazie a cui potranno essere abbandonate le antiche gerarchie all'interno della famiglia per passare ad una famiglia fondata su base egualitaria e democratica<sup>29</sup>. È certamente complesso riuscire ad elaborare una definizione astratta che possa risultare valida in tutti i campi del diritto minorile e adatta ad ogni caso, ma è comunque urgente individuarne i parametri poiché il principio si è ormai consolidato come criterio determinante di ogni atto che riguardi i minori<sup>30</sup>.

---

<sup>21</sup> Ronfani P., 1997. L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica? *Ibidem*, p. 47; ma si veda anche Pocar V., Ronfani P., 2008. *La famiglia e il diritto*. Roma-Bari: Laterza., p. 172.

<sup>22</sup> Manera G., 1983. Il minore come soggetto di diritti, ossia rilevanza della sua volontà nell'affidamento ad uno dei genitori. *Giurisprudenza di merito*, 15: 361.

<sup>23</sup> Rubellin-Devichi J., 1994. Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises, *Revue française des Affaires sociales*, 4: 157; Carbonnier J., 1969 *ibidem*, 370.

<sup>24</sup> Théry I., 1992. "Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique?", *Esprit*, marzo, aprile: 5-30; King M., 1993. I diritti del bambino, ovvero la magia del diritto, *Sociologia del diritto*, 3: 25-44.

<sup>25</sup> Sergio G., 2002. *Ibidem*, p. 34.

<sup>26</sup> Moro A. C., 2002. *Ibidem* p. 40 ss.

<sup>27</sup> Montecchiari T., 2006. *Ibidem*, p. 17.

<sup>28</sup> Montecchiari T., 2006. *Ibidem*, p. 18.

<sup>29</sup> Si veda Di Francia A., Dallagiacomma F., 2008. *Ibidem*, p. 19.

<sup>30</sup> Di Francia A., Dallagiacomma F., 2008, *Ibidem*, p. 19. Riguardo l'indeterminatezza del concetto si veda anche Parker S., 1991. *The best interests of the child. Principles and problems*, in Alston P. (a cura di), *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*, Oxford: Clarendon Press, p. 26.

Secondo gli autori Dallagiacomina e Di Francia, il concetto di interesse del minore ha via via assunto un peso sempre maggiore fino a diventare un'autonoma categoria giuridica, i cui principi generali sono rimasti così vaghi da lasciare un'ampia discrezionalità all'operatore del diritto. In modo simile si esprime anche Dosi che considera la discrezionalità del terzo nella determinazione del migliore interesse uno strumento sottratto a qualsiasi onere di verifica dialettica. In questo senso l'espressione interesse del minore non avrebbe alcuna connotazione giuridica ma rappresenterebbe piuttosto un concetto paternalistico e di falsificazione, ormai lontano dalla sua originaria funzione di tutela<sup>31</sup>.

Oltre alla vaghezza del concetto segnalata dalla dottrina, bisogna porre l'attenzione su un'ulteriore questione: la sovrapposizione di almeno due significati del principio in esame. Le locuzioni «interesse del minore», «superiore interesse del minore», oppure in inglese «*best interests of the child*» poste al singolare («minore», «*child*»), fanno riferimento all'interesse di un singolo minore concreto da considerare rispetto al caso analizzato dall'operatore del diritto. L'espressione però da tempo è utilizzata, specialmente dal legislatore, come se si riferisse a tutta categoria dei minori in generale, facendo riferimento in astratto ai diritti riconosciuti a tutta la categoria nel suo complesso<sup>32</sup>. Tale sovrapposizione non si risolve meramente in una questione linguistica ma effettivamente al concetto di interesse del minore sono ricondotte diverse funzioni. Da un lato, la realizzazione dei *best interests* è considerata - spesso con una "buona dose di retorica"<sup>33</sup> - un obiettivo sul piano della politica del diritto. Su questo livello il principio dovrebbe guidare sia il legislatore durante la redazione delle norme, sia l'interprete nella formulazione di una lettura della norma orientata all'interesse del minore. Dall'altro lato, funziona come strumento tramite cui è possibile disapplicare singole regole di diritto. Questo accade quando il giudice, per applicare la norma al singolo caso concreto e realizzare il miglior interesse del minore, deroga alla legge generale "in nome dell'esigenza di prendere una decisione «giusta» in un singolo determinato caso concreto [...] una decisione alla quale sarebbe però impossibile pervenire, in quel caso, applicando le regole stabilite dal diritto in via generale e astratta"<sup>34</sup>.

Per quanto riguarda questa seconda funzione, occorre fare una precisazione riguardo l'utilizzo nel diritto delle c.d. clausole generali, tra cui può essere ricompreso il principio oggetto del presente lavoro. Le clausole generali, utilizzate con frequenza specialmente nel diritto di famiglia, ampliano il margine di apprezzamento del giudice e, se da un lato possono essere considerate più efficaci e adatte per risolvere il caso concreto, dall'altro lato pongono seri problemi sul piano della certezza del diritto.

La clausola "interesse del minore", per esempio, può assumere un carattere particolarmente eversivo nel momento in cui entri in conflitto con il principio di legalità.

---

<sup>31</sup> Dosi G., 2005. *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penale*. Torino: Giappichelli, p. 189.

<sup>32</sup> Lenti L., 2010. «Best interests of the child» o «best interests of children»? *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3: 157.

<sup>33</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 87.

<sup>34</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 87.

In un caso del genere far prevalere l'interesse del minore sul principio di legalità, permettendo la deroga ad una norma dell'ordinamento, potrebbe, in alcune circostanze, consolidare situazioni di fatto create in seguito a condotte illegali da parte degli adulti e, in definitiva, premiarle o almeno tollerarle<sup>35</sup>. Si pensi ai casi tanto discussi di gestazioni per altri effettuate all'estero e vietate in Italia.

L'utilizzo di clausole generali, le quali si presentano come "scatole vuote", se da un lato consente un buon adattamento delle norme al caso concreto, dall'altro lato si presta ad interpretazioni arbitrarie ed ideologiche<sup>36</sup>. L'interpretazione di tali clausole, infatti, dipende inevitabilmente anche dai valori e dal contesto culturale dell'interprete che si appresta a decidere il caso<sup>37</sup>. La *ratio* di una clausola generale non consiste, dunque, nel disciplinare analiticamente una situazione, ma piuttosto nel lasciare che il giudice determini in concreto delle "nozioni modellate sulla realtà delle relazioni sociali"<sup>38</sup>, destinate a variare con il passare del tempo. La clausola generale comporta certamente dei rischi perché permette di mascherare particolari valori, ideologie o scelte di politica del diritto che possono celarsi dietro le scelte adottate in giudizio. Potrebbe diventare un semplice strumento *passpartout* capace di fornire una base oggettiva ad ogni decisione che lo richiami<sup>39</sup>. Non è raro che decisioni prese evocando astrattamente i *best interests* non siano altro che lo specchio della cultura dominante in un determinato momento storico o di valori soggettivi dell'interprete. In particolare, le clausole generali come il principio dell'interesse del minore, recepiscono i cambiamenti culturali intervenuti e quelli in corso, il sentire comune e le spinte che vengono dalla società civile.

Parte della dottrina<sup>40</sup> tuttavia sostiene che l'eliminazione dello strumento della clausola generale non possa essere presa in considerazione perché, in questo modo, il giudice si troverebbe ad utilizzare, nel suo lavoro di interpretazione, norme rigide, incapaci di ricomprendere le eterogenee situazioni che si presentano nella realtà. Di conseguenza è forte il rischio di ottenere in questo modo un sistema rigido che funzioni tramite semplici automatismi perdendo di vista le specificità del caso concreto.

Un'altra peculiarità del principio in esame, che ne complica la formulazione, è la necessità di operare, al momento dell'interpretazione, una valutazione prognostica. Questa caratteristica differenzia i casi in esame dalla maggior parte delle questioni di competenza del giudice, in cui l'interprete è chiamato a decidere le controversie accertando e valutando eventi passati. Al contrario, le situazioni in cui il giudice deve determinare quale sia l'interesse del minore, pur basandosi in un primo momento sulla valutazione di eventi passati, chiedono al contrario al giudice di proiettare la decisione nel futuro - mostrando così il loro carattere prognostico - cercando di individuare la

---

<sup>35</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 87.

<sup>36</sup> Alpa G., 1993. *I principi generali del diritto nel settore familiare*, in Mazza Galanti F., *Tutela della famiglia o famiglia sotto tutela?* Milano: Unicopli, p. 43.

<sup>37</sup> Ronfani P., 1997. L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica? *Ibidem*, p. 49.

<sup>38</sup> Rodotà S., 1995. *Tecnologie e diritti*. Bologna: Il Mulino, p. 140.

<sup>39</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 106.

<sup>40</sup> Moro A. C., 2000. *Diritti del minore e nozione di interesse* in Ambrosini M. T., Corrado I., Lojacono V., Ziino D., *Scritti sul minore in memoria di Francesca Laura Morvillo*. Milano: Giuffrè, p. 308.

soluzione che si riveli la migliore per la vita futura di quel particolare minore. Questi giudizi, essendo fondati su una previsione della vita futura del minore e della sua famiglia, sono caratterizzati da un elevatissimo grado di incertezza e di opinabilità<sup>41</sup>. L'attenzione al futuro del minore, tuttavia, non deve far trascurare la situazione presente in quanto i minori e il loro benessere non vanno visti solo in prospettiva, ma anche nel loro presente di bambini.

Da questi elementi finora analizzati possiamo dedurre che l'interpretazione dei *best interests* necessita di una buona dose di prudenza, in primo luogo perché interessa un delicato aspetto della vita delle persone come le relazioni familiari, in secondo luogo poiché è necessario evitare “impieghi taumaturgici” del principio tali da rendere il semplice richiamo all'interesse del minore un'implicita giustificazione della bontà della decisione<sup>42</sup>. Un uso corretto del principio prevede invece che siano indicati esplicitamente e con chiarezza sia gli elementi su cui si basa il giudizio prognostico sia l'interpretazione di tali circostanze del caso concreto.

Inoltre, non deve essere trascurato il ruolo giocato dai saperi altri rispetto al diritto durante l'interpretazione della norma o del principio giuridico. Per saperi altri si intendono quelle branche di sapere come la sociologia, la psicologia e la pedagogia che, specialmente negli ultimi anni, hanno un ruolo sempre più determinante nella decisione delle questioni relative alla sfera familiare<sup>43</sup>. Queste contribuiscono all'interpretazione del caso concreto quando, per esempio, il giudice si avvale della collaborazione dei servizi sociali o dei consulenti d'ufficio. Per quanto riguarda il Tribunale per i minorenni, poi, la metà dei componenti del collegio giudicante è formata da benemeriti dell'assistenza sociale, scelti tra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia e di psicologia<sup>44</sup>.

Le considerazioni fatte finora mettono in luce l'impossibilità di una individuazione una volta per tutte del significato di interesse del minore, che subisce una notevole influenza da parte delle differenti circostanze storiche, geografiche e culturali.

Può essere utile per capire quanto sopra sottolineato esaminare le particolari condizioni di una famiglia di ceto sociale elevato fino all'inizio del XX secolo. Si scoprirà come rientrasse nella normalità il fatto che i bambini non fossero accuditi dai propri genitori ma da personale predisposto per questo servizio. Di conseguenza spesso i bambini erano affettivamente più legati alle governanti che ai propri genitori. Sicuramente nella cultura odierna questa modalità di accudimento sarebbe vista con sfavore e considerata contrario all'interesse del minore, mentre in quel momento storico risultava consueta. Allo stesso

---

<sup>41</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 88.

<sup>42</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 88.

<sup>43</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 106.

<sup>44</sup> Art. 2, Regio Decreto-Legge 20 luglio 1934, n. 1404 (in Gazz. Uff., 5 settembre, n. 208, Decreto convertito in Legge 27 maggio 1935, n. 835 (in Gazz. Uff., 12 giugno 1935, n. 137, *Istituzione e funzionamento del Tribunale per i minorenni*).

modo era considerato normale che i minori vivessero parte dell'anno in collegi o seminari, lontani dalla propria famiglia in ragione della propria formazione e istruzione<sup>45</sup>.

Si pensi ancora all'affidamento dei figli minori in seguito alla separazione dei coniugi, riguardo al quale vigevano nei paesi europei primariamente due principi. Secondo il primo, nell'interesse del minore l'affidamento dei figli spettava al padre in quanto genitore che esercitava in modo esclusivo la potestà. Il secondo considerava in linea con l'interesse del minore il crescere con il genitore che non aveva infranto con la propria condotta i principi della morale dell'epoca. Spesso nella pratica la madre era esclusa dall'affidamento, in modo particolare se era venuta meno ai principi della morale sessuale imposti dalla società alla donna, ma non all'uomo<sup>46</sup>.

La nascita di nuove teorie psicologiche in materia di infanzia nel corso degli anni Settanta del Novecento, contribuì a modificare l'orientamento in tema di affidamento in seguito a separazione o divorzio. Al contrario dell'orientamento precedente, l'interesse del minore cominciò ad essere individuato nella crescita insieme alla madre, "in base a una sorta di presunzione, allora assai ardua da contrastare, secondo la quale sarebbe suo bisogno psicologico, primordiale e prioritario la presenza assidua della figura materna, senza che su ciò possa influire la sua eventuale «immoralità»"<sup>47</sup>.

Questi paradigmi in passato erano elaborati su base astratta, senza considerare i profili peculiari del caso concreto. Negli ultimi decenni vi è stato uno slittamento da considerazioni puramente astratte circa l'interesse del minore ad indicazioni specifiche, caso per caso, utilizzando indagini psicologiche individuali in modo da indagare le circostanze specifiche della situazione da trattare.

Alla luce di questi esempi appare evidente come il principio dei *best interests* risenta dell'influenza della cultura dominante in una determinata epoca.

Relativamente all'individuazione dell'interesse del minore, il passaggio da considerazioni astratte a considerazioni ritagliate sul caso concreto può essere ricondotto entro il soggettivismo tipico della nostra società odierna. All'interno di quest'ottica viene messo in discussione uno dei paradigmi fondamentali in quest'ambito, il quale sosteneva

---

<sup>45</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 106. Sul punto anche Rivello R., 2011. L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità, *Minorigiustizia*, 3: 15-27.

<sup>46</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 107.

<sup>47</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 108.

che il bene del minore si individuasse tramite parametri oggettivi, dapprima sociali e successivamente psicologici, prescindendo dalle peculiarità soggettive del singolo caso<sup>48</sup>.

### 3. *Un po' di storia sull'interesse del minore*

Ritengo utile inserire a questo punto del ragionamento un excursus storico che possa far meglio comprendere quale sia stata l'evoluzione di questo principio. Fino a non molto tempo fa, la minore età non era considerata un periodo peculiare rispetto alla condizione di adulto né dal punto di vista sociale né da quello psicologico. Bambini e ragazzi erano trattati dalla società e dalla famiglia semplicemente come “futuri adulti”.

L'espressione “interesse del minore” comparve per la prima volta nell'applicazione del diritto all'inizio dell'Ottocento negli Stati Uniti. Esso era utilizzato come criterio operativo e permetteva di aggirare la rigidità del principio del *common law* di quel tempo, secondo cui i diritti relativi alla potestà genitoriale appartenevano esclusivamente al padre<sup>49</sup>. Grazie alla *best interests of the child doctrine* fecero ingresso nella regolazione dei rapporti tra figli e genitori principi nuovi, i quali erano stati anticipati da Locke<sup>50</sup> ed erano ben radicati nel pensiero illuminista settecentesco. Tra questi concetti, sopiti nell'Ottocento e nel primo Novecento e poi ripresi in modo ampio a metà del XX secolo, vi erano il riconoscimento in capo ai genitori di poteri non arbitrari. Tali poteri dovevano essere esercitati nell'esclusivo interesse del figlio. Il pensiero illuminista, inoltre, riconosceva una maggiore importanza alla “genitorialità psicologica” su quella

---

<sup>48</sup> Per un approfondimento sul tema si rimanda a Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 108. Negli ultimi due-tre decenni il contenuto dell'interesse del minore è cambiato in quanto, come già detto, l'approccio generale e astratto alle situazioni conflittuali è stato progressivamente sostituito da un approccio specifico, caso per caso, derivante da indagini psicologiche individuali condotte sia sui minori sia sui loro genitori. Secondo Lenti “nelle circostanze in cui occorre prendere decisioni finalizzate all'interesse del minore, dunque, oggi l'attenzione è dichiaratamente centrata in modo prioritario sulla condizione psicologica individuale del minore e delle altre persone coinvolte: determinare che cosa sia, di caso in caso, il suo interesse e quali siano i modi migliori per proteggerlo è per lo più demandato alla consulenza psicologica e fa dichiarato riferimento alla specifica condizione di quel determinato minore e di quei determinati genitori. Questa recente acquisizione, che in linea di principio si allinea al soggettivismo della cultura oggi dominante, capovolge dunque regole imperanti nel passato, anche recente: un tempo ciò che era bene per la formazione dell'essere umano di minore età, invece, era dichiaratamente determinato secondo parametri di carattere oggettivo, dapprima principalmente sociali e poi principalmente psicologici, che comunque per lo più prescindevano dagli specifici fattori soggettivi del singolo caso. Fondare le decisioni sulla valutazione psicologica individuale delle persone coinvolte (anzitutto dei figli minorenni e dei genitori), oltre a produrre la conseguenza, inevitabile, di ridurre molto la prevedibilità delle decisioni, significa anche attribuire alla psicologia un alto grado di oggettività, che presuppone necessariamente piena fiducia nella sua scientificità”.

<sup>49</sup> Giacomelli L., 2014. *Ibidem*, p. 468.

<sup>50</sup> Locke J., *Secondo trattato sul governo*, trad. it., in Luigi Pareyson (a cura di), 1982. *Due trattati sul governo e altri scritti*. Torino: Utet, p. 264. Il potere del padre sul figlio non è un potere arbitrario ma è una limitazione della sua libertà, giustificata «fino a che la sua intelligenza non diventi atta ad assumere il governo della sua volontà» (§ 59): «quando giunge allo stato che ha reso il padre un uomo libero, anche il figlio è un uomo libero» (§ 58). «Il potere che i genitori hanno sui figli deriva da quel dovere, che incombe su di essi, di prendersi cura della loro prole durante l'imperfetto stato di fanciullezza» (§ 58): non è altro «se non un aiuto alla debolezza e all'imperfezione della loro minorità», e «dura quanto il loro nutrimento e la loro educazione, a cui è inseparabilmente connesso» (§ 65”).



“genetica” e auspicava che il punto di vista del minore fosse considerato al centro delle questioni che lo riguardavano<sup>51</sup>. Nel diritto nordamericano si cominciò quindi ad utilizzare la *best interest of the child doctrine* sia per quanto riguarda i casi di adozione, sia per quanto riguarda l’affidamento dei figli in seguito a divorzio. Grazie a questo strumento diventò possibile differenziare le decisioni dei giudici, i quali iniziarono a valutare le singole circostanze del caso concreto, in deroga ai principi consolidati<sup>52</sup>. In caso contrario, seguendo la *parental rights doctrine*, la potestà genitoriale sarebbe spettata, come abbiamo già detto, esclusivamente al padre e con essa l’affidamento del minore, senza la possibilità di valutare le esigenze del caso concreto.

La categoria dell’interesse del minore è presente anche nel diritto europeo continentale dell’inizio Ottocento in tema di affidamento di figli in caso di separazione dei genitori. Il *code Napoléon* prevedeva che i figli, in seguito alla separazione o al divorzio, fossero affidati di regola al coniuge non colpevole. Era prevista però un’eccezione alla regola generale e astratta «*pour le plus grand avantage des enfants*» (art. 302). A differenza del codice civile francese, quello italiano del 1865 non conteneva alcun riferimento all’interesse del minore e i riferimenti della giurisprudenza alla priorità dei *best interests*, quale strumento di disapplicazione di regole consolidate così come utilizzato negli Stati Uniti e in Francia, comparirono in maniera consistente solo dopo la metà del XX secolo<sup>53</sup>.

Per quanto riguarda in particolare la società e il diritto italiano, l’analisi storica di Paolo Vercellone<sup>54</sup> delinea in modo efficace il contesto sociale in cui la categoria di interesse del minore si è andata sviluppando. Secondo Vercellone, nella storia, nel momento in cui “una categoria di esseri umani vuole dominare ed eventualmente sfruttare un’altra categoria di esseri umani, dichiara formalmente non di volerla dominare ma di volerla proteggere”<sup>55</sup>. Negli anni sono stati sottoposti a “protezione” popoli di colore, donne, poveri e bambini mentre i compiti di protezione invece erano affidati solamente ai maschi adulti, bianchi e ricchi. La disparità di forze tra i vari gruppi non può rappresentare una giustificazione della discriminazione poiché negherebbe la possibilità stessa di riconoscere l’esistenza di diritti umani<sup>56</sup>.

Lo stato unitario italiano, con un codice del 1865 fortemente ispirato al codice Napoleone, racchiudeva un’immagine prevalentemente maschilista della società. La struttura della famiglia vedeva il marito a capo come esclusivo titolare della patria potestà. Il significato di unità della famiglia era quello di assicurare al maschio adulto la posizione di superiorità in una famiglia dove moglie e marito non godevano di pari diritti. Questo

---

<sup>51</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 90.

<sup>52</sup> Per alcuni esempi di giurisprudenza americana di metà Ottocento si veda Giacomelli L., 2014. *Ibidem*, p. 472.

<sup>53</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 91.

<sup>54</sup> Vercellone P., 2007. *Bambini, ragazzi e giudici. Scritti scelti*, Milano: Franco Angeli.

<sup>55</sup> Vercellone P., 2007. *Ibidem*, p. 218.

<sup>56</sup> Sul punto si veda anche Pocar V., 2003. *Gli animali non umani. Per una sociologia dei diritti*. Roma-Bari: Laterza, p. 37; Pocar V., 2001. *Diritti umani e diritti dei viventi. Una riflessione sociologica* in Dameno R., Verga M. (a cura di), *Finzioni e utopie. Diritto e diritti nella società contemporanea*. Milano: Guerini e associati, pp. 121-145.

tipo di famiglia, secondo Vercellone, era stata pensata come “edificio forte, monolitico, che non tollera interferenze esterne, nemmeno da parte dello Stato”.

Il successivo codice civile del 1942 non introdusse novità rilevanti. La propaganda fascista si serviva della famiglia come il luogo primario di nuove leve per il regime, per questo motivo essa non era riconosciuta come un’entità dotata di ampia autonomia, specialmente in riferimento all’educazione. Proprio al fine di controllare l’educazione dei giovani, cominciò a farsi penetrante il controllo dello Stato sulla famiglia con la nascita di due nuove istituzioni, il giudice tutelare ed il Tribunale per i minorenni. La protezione del minore venne in parte sottratta al genitore per essere affidata al giudice<sup>57</sup>. Il codice civile del 1942 introdusse nell’ordinamento l’art. 333 c.c. che, tuttora vigente, permette al giudice minorile di adottare provvedimenti nell’interesse del bambino nel caso in cui il genitore ponga in essere una condotta pregiudizievole.

L’assetto ordinamentale della stesura originale del codice del 1942 in tema di famiglia aveva come obiettivo principale quello di garantire a quest’ultima la stabilità. Ad essa, infatti, lo Stato aveva affidato compiti essenziali per la vita della società come la trasmissione della vita, la cura, l’istruzione, l’educazione dei figli e l’assistenza sia di questi che degli anziani. Questo obiettivo presupponeva che l’unico modello di famiglia riconosciuto fosse quello fondato sul matrimonio rendendo di conseguenza necessaria l’adozione di regole rigide come l’indissolubilità del matrimonio, la disegualianza tra i coniugi e la discriminazione dei figli nati fuori dal matrimonio<sup>58</sup>. Alla potestà del capo famiglia erano soggetti sia la moglie che i figli e tale autorità era funzionale al garantire gli interessi della famiglia, posti in posizione superiore rispetto a quelli dei singoli membri che ne facevano parte. In questo periodo storico la sfera degli affetti e dei sentimenti era posta in secondo piano rispetto al potere e alla soggezione<sup>59</sup>. Tale modello fu messo in discussione solo negli anni Settanta con la riforma del 1975 che interessò il diritto di famiglia.

Per quanto riguarda, nello specifico, il cambiamento della concezione di minore nella storia, i codici liberali del XIX secolo si occupavano di minori solo in riferimento alla loro limitata capacità negoziale. La concezione di patria potestà era molto diversa dall’odierna responsabilità genitoriale e il minore era, più che soggetto di diritto, un oggetto. La dottrina giuridica più tradizionale riteneva che l’individuazione dell’interesse del minore fosse un compito riservato ai genitori. Tale interesse coincideva con quello dello Stato poiché esso, in questo modo, partecipava, attraverso una corretta educazione dei giovani, al progredire della società<sup>60</sup>. Il controllo pubblico verteva solamente sulle questioni patrimoniali, mentre non si occupava dei bisogni affettivi e di cura del minore. Di conseguenza non si configuravano conflitti tra i diritti dei genitori e quelli dei figli non essendovi ancora attenzione ai bisogni materiali e psicologici dei bambini.

---

<sup>57</sup> Vercellone P., 2007. *Ibidem*, p. 221.

<sup>58</sup> Sesta M., 2016. *Manuale di diritto di famiglia*. Milano: Cedam, p.7.

<sup>59</sup> Sesta M., 2016. *Ibidem*, p. 8.

<sup>60</sup> Ronfani P., 2001. Dal bambino protetto al bambino partecipante, *Sociologia del diritto*, 1: 70.

Caduto il regime fascista ed entrata in vigore la Costituzione repubblicana, in realtà, non ci furono immediatamente le riforme che ci si sarebbe potuti aspettare, in considerazione delle garanzie di uguaglianza tra i sessi e di protezione dell'infanzia sancite dalla Carta Costituzionale. Solo con la fine degli anni Sessanta si porranno le basi per le grandi riforme, specchio del mutamento sociale in corso nel nostro Paese, che avverranno negli anni Settanta: la legge sul divorzio del 1970, la riforma del diritto di famiglia nel 1975 e la legge sull'adozione del 1983<sup>61</sup>. Grazie alla riforma del diritto di famiglia furono riconosciuti a marito e moglie i medesimi diritti e doveri e la potestà genitoriale, da esclusivo diritto del marito, diventò diritto-dovere di entrambi i genitori.

Anche per quanto riguarda la concezione di minore età, una trasformazione radicale avvenne negli anni Sessanta e Settanta del Novecento, grazie ai nuovi movimenti culturali che interessarono anche la cultura dell'infanzia ponendo una particolare attenzione sul bambino in quanto individuo con specifici bisogni differenti rispetto a quelli dell'adulto e meritevoli di particolare cura. Con essi cambiò anche la determinazione dell'interesse del minore, non più riservata ai soli genitori ma anche al giudice tramite l'interpretazione. Fecero il loro ingresso nel mondo giuridico i saperi esperti come sociologia, psicologia e pedagogia tramite operatori sociali, giudici onorari e consulenti<sup>62</sup>.

Secondo gli autori Pocar e Ronfani, con il controllo della magistratura sull'autorità genitoriale si verificò uno slittamento dal paternalismo familiare ad una sorta di paternalismo giudiziario, in cui alla valutazione del padre si sostituiva così quella del giudice. Il minore era considerato un soggetto da proteggere per le sue peculiari caratteristiche di immaturità e incapacità dovute all'età, un individuo non ancora in grado di assumere responsabilità, di prendersi cura dei propri interessi e compiere scelte in modo consapevole.

Queste convinzioni hanno influenzato la cultura giuridica in riferimento al concetto di incapacità di agire del minore. L'ordinamento, infatti, non riconosce al minore la maturità sufficiente per poter esercitare direttamente i diritti di cui è titolare salvo alcune eccezioni espressamente previste<sup>63</sup> di cui si dirà nel prosieguo del capitolo.

Da questo breve excursus storico si può dedurre che il secondo dopoguerra vide rifiorire nel diritto quei concetti che già facevano parte del patrimonio illuminista. Ciò contribuì all'elaborazione, sia a livello costituzionale sia a livello internazionale, di un sistema di protezione dei diritti fondamentali "modellato su un archetipo generale e

---

<sup>61</sup> Vercellone P., 2007. *Ibidem*, p. 222.

<sup>62</sup> Pocar V., Ronfani P., 2004. *Il giudice e i diritti dei minori*. Roma-Bari: Laterza, p. 15; Ronfani P., 2001. Dal bambino *ibidem*, p. 71.

<sup>63</sup> Ricordano Pocar e Ronfani che, negli ordinamenti occidentali, il principio dell'incapacità non ha carattere assoluto. Alcune eccezioni riguardano i modi di acquisto della proprietà, al diritto d'autore, all'invenzione industriale, ai brevetti, all'acquisto del legato, al possesso e all'usucapione. Altre eccezioni sono previste per alcuni atti in materia familiare come il riconoscimento di figli naturali, la possibilità di dare il consenso all'adozione o al riconoscimento tardivo di un genitore. Una ragazza non ancora maggiorenne può chiedere l'interruzione di gravidanza anche senza l'assenso dei genitori; lo studente delle scuole superiori può decidere in modo autonomo di non frequentare l'insegnamento facoltativo della religione (Pocar V., Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 8; Paolo Cendon P., Gaudino L., 1991, *I problemi generali*, in Paolo Cendon (a cura di), *I bambini e i loro diritti*, Bologna: Il Mulino, p. 24).

astratto di essere umano, dotato di un grado sufficiente di maturità e di consapevolezza”<sup>64</sup>. Tali protezioni furono estese anche alle categorie che fino a quel momento non erano state considerate titolari di diritti. Sia la normativa internazionale sia la normativa italiana, come si vedrà nel prossimo paragrafo, inaugurarono una nuova stagione per i diritti dei bambini, che cominciarono ad essere enunciati e presi in considerazione nell’interpretazione delle corti.

#### 4. *Le fonti normative*

In questo paragrafo si vedranno in primo luogo quali fonti normative internazionali richiamano il principio dell’interesse del minore. A seguire, ci si occuperà delle fonti normative italiane in tema di *best interests of the child*. Nonostante il concetto compaia con una certa frequenza nelle principali legislazioni, è difficile ricavare una nozione generale dello stesso.

##### 4.1 *Le fonti normative internazionali*

Il principio dei *best interests of the child* è contenuto in alcune carte internazionali dei diritti<sup>65</sup>. Le prime fonti normative relative ai bambini, anche se non vi è ancora espresso riferimento all’interesse del minore, sono la Convenzione sull’età minima del 1919 relativa al lavoro e la Dichiarazione di Ginevra sui diritti del bambino della Società delle Nazioni, firmata nel 1924 e ispirata al *Children’s Charter* del 1922 redatto da International Save the Children Union.

La Dichiarazione di Ginevra riconosce che tutti i bambini hanno specifici bisogni senza alcuna distinzione di nascita, religione e nazionalità. Tali bisogni sono sia di tipo materiale, sia relativi alla loro protezione ed educazione. Nella formulazione della Dichiarazione questi, più che veri e propri diritti, sembrano piuttosto doveri che la società ha nei confronti dell’infanzia. Sono previsti alcuni diritti sociali per la cui realizzazione è necessario un intervento attivo degli adulti, mentre non sono contemplati diritti negativi di libertà che impediscano agli adulti di interferire in modo irragionevole nella vita dei bambini né diritti che riconoscano al bambino un certo grado di autonomia nei confronti dell’adulto<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 92.

<sup>65</sup> Magno G., 2011. Il minore è portatore di un semplice interesse, oppure è titolare di diritti? *Minorigiustizia*, 3: 29-30; Macrillò A. (a cura di), 2015. *Ibidem*, p. 35; Rivello R., 2011. *Ibidem*, p. 16 e ss; Lamarque E., 2007. *I diritti dei figli* in Marta Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*. Bologna: Il Mulino, p. 289; Distefano M., 2012. *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori*. Padova: Cedam; Assante G., Giannino P., Mazziotti F., 2000. *Manuale di diritto minorile*, Roma-Bari: Laterza, p. 9; Martinelli P., Moyersoen J., 2011. L’interesse del minore: proviamo a ripensarlo davvero. *Minorigiustizia*, 3: 2.

<sup>66</sup> Pocar V., Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 23.

Relativamente al riconoscimento di diritti ai bambini, il testo evidenzia le difficoltà riscontrate in ambito culturale anglo-americano nel momento in cui si discute della titolarità da parte dei minori di veri e propri diritti umani. La Dichiarazione sostiene infatti che esistano dei doveri degli adulti verso i minori ma non considera i diritti dei bambini come conseguenza diretta della loro dignità di persona. Secondo Elisabetta Lamarque, quelli previsti dalla Convenzione di Ginevra sono “il pallido riflesso degli obblighi umanitari di protezione e assistenza nei confronti dell’infanzia che versa nelle condizioni più difficili, concepiti appunto come semplici doveri morali gravanti sull’umanità intera”<sup>67</sup>.

Posizione rilevante ricopre la Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo, approvata dall’Onu il 20 novembre 1959 in cui vengono affermati, attraverso dieci principi, i diritti appartenenti ai minori e le tutele di cui essi godono. La Dichiarazione prevede che i diritti in essa contenuti siano assicurati a tutti i minori senza distinzioni di razza, colore, sesso, lingua, religione o opinioni politiche o di altro genere, origine nazionale o sociale, condizioni economiche, nascita, o ogni altra condizione, sia che si riferisca al fanciullo stesso o alla sua famiglia (Principio primo). I bambini hanno diritto ad un nome e ad una nazionalità, di crescere in modo sano, di godere di protezione sociale e di ricevere le idonee cure mediche. Hanno diritto all’alimentazione, ad un alloggio, a svaghi. Il bambino ha bisogno, ai fini di una sana crescita, di amore e comprensione. Salvo circostanze eccezionali, il bambino in tenera età non deve essere separato dalla madre. Inoltre egli ha diritto ad una istruzione, almeno per quanto riguarda quella elementare. Ogni minore deve essere protetto da qualsiasi forma di negligenza, di crudeltà o di sfruttamento. Il fanciullo non deve essere inserito nell’attività produttiva prima di aver raggiunto un’età minima adatta, non specificata però dalla Dichiarazione. Deve essere protetto da possibili discriminazioni razziali, religiose e da ogni altra forma di discriminazione. La Dichiarazione si chiude indicando i principi a cui ogni minore dovrebbe essere educato in “uno spirito di comprensione, di tolleranza, di amicizia fra i popoli, di pace e di fratellanza universale, e nella consapevolezza che deve consacrare le sue energie e la sua intelligenza al servizio dei propri simili”.

Al secondo e settimo principio, troviamo citato l’interesse del minore, descritto come “la guida di coloro che hanno la responsabilità della sua educazione e del suo orientamento; tale responsabilità incombe in primo luogo sui propri genitori” (Principio settimo). Il Preambolo individua la giustificazione del potere-dovere di responsabilità genitoriale nell’immaturità fisica e intellettuale del minore e nel relativo bisogno di protezione e cura. Al principio secondo possiamo leggere “il fanciullo deve beneficiare di una speciale protezione e godere di possibilità e facilitazioni, in base alla legge e ad altri provvedimenti, in modo da essere in grado di crescere in modo sano e normale sul piano fisico, intellettuale morale, spirituale e sociale, in condizioni di libertà e di dignità.

---

<sup>67</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 47.

Nell'adozione delle leggi rivolte a tal fine, la considerazione determinante deve essere il superiore interesse del fanciullo”.

Anche in questa Dichiarazione, in realtà, si fa leva sui doveri degli adulti nei confronti dei bambini piuttosto che sui diritti dei minori stessi<sup>68</sup>.

Il limite della Dichiarazione si può trovare nella sua struttura: essa è indirizzata agli Stati con una valenza programmatica per cui si esclude una sua applicazione diretta non contenendo disposizioni *self executing*<sup>69</sup>.

Quanto stabilito dalla Dichiarazione del 1959 viene confermato dai patti internazionali approvati dalle Nazioni Unite nel 1966 a New York, rispettivamente il 16 e 19 dicembre (Patto internazionale sui diritti civili e politici e Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali ratificati con l. 25 ottobre 1977, n. 881) che affermano il diritto al nome e alla cittadinanza per il minore e si occupano del processo penale e del sistema sanzionatorio e penitenziario affermando che la procedura dovrà tenere conto della loro età e dell'interesse a promuovere la loro rieducazione (art. 14 Patto sui diritti civile e politici).

Successivamente troviamo la Convenzione europea in materia di adozione e minori firmata a Strasburgo il 24 novembre 1967, ratificata dall'Italia con l. 22 maggio 1974 n. 357. Essa traccia alcuni principi generali in tema di adozione di minori al fine di realizzare una più stretta armonizzazione fra gli ordinamenti degli stati membri del Consiglio d'Europa. Infatti, nonostante l'istituto dell'adozione dei minori esista nella legislazione di tutti gli Stati membri, vi sono tuttavia divergenze sui principi che dovrebbero regolarla sia in riferimento alle procedure sia ai suoi effetti giuridici.

La Convenzione del 1967 è stata successivamente sostituita dalla Convenzione firmata il 27 novembre 2008 ma al momento non ratificata dall'Italia. Obiettivo della nuova Convenzione è ancora armonizzare la legislazione dei diversi Stati europei in riferimento alle procedure e agli effetti giuridici dell'adozione alla luce delle evoluzioni sociali e giuridiche intervenute nel corso degli ultimi anni, nell'interesse superiore del minore e in conformità alla Convenzione di New York del 1989.

Parlano ancora di interesse del minore le Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile, risoluzione Onu del 29 novembre 1985 conosciuta come Regole di Pechino, uno dei primi documenti a dettare principi in tema di processo penale minorile.

Pietra miliare per il diritto minorile è certamente la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, formata da cinquantaquattro articoli, conosciuta come Convenzione di New York, approvata trent'anni dopo la Dichiarazione del 1959 e ratificata dall'Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176, in cui il concetto di interesse del minore compare in tre diversi articoli: il terzo, il nono e il ventunesimo.

Nel Preambolo della Convenzione, quasi ad indicarne la continuità, vengono menzionate le fonti che hanno ritenuto importante riconoscere una protezione speciale al

---

<sup>68</sup> Ronfani P., 2001. Dal bambino *ibidem*, p. 70.

<sup>69</sup> Cottatellucci C., 2016. *Diritto di famiglia e minorile: istituti e questioni aperte*. Torino: Giappichelli, p. 8.

fanciullo. Sono perciò menzionate la Dichiarazione di Ginevra del 1924 sui diritti del fanciullo e la Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo adottata dall'Assemblea Generale il 20 novembre 1959 e riconosciuta nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici ed il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali.

È utile riportare gli articoli della Convenzione in cui viene espressamente citato il concetto di interesse del minore:

**Article 3**

1. *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.*

2. *States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.*

3. *States Parties shall ensure that the institutions, services and facilities responsible for the care or protection of children shall conform with the standards established by competent authorities, particularly in the areas of safety, health, in the number and suitability of their staff, as well as competent supervision.*

**Article 9**

1. *States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child. Such determination may be necessary in a particular case such as one involving abuse or neglect of the child by the parents, or one where the parents are living separately and a decision must be made as to the child's place of residence.*

2. *In any proceedings pursuant to paragraph 1 of the present article, all interested parties shall be given an opportunity to participate in the proceedings and make their views known.*

3. *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**.*

4. *Where such separation results from any action initiated by a State Party, such as the detention, imprisonment, exile, deportation or death (including death arising from any cause while the person is in the custody of the State) of one or both parents or of the child, that State Party shall, upon request, provide the parents, the child or, if appropriate, another member of the family with the essential information concerning the whereabouts of the absent member(s) of the family unless the provision of the information would be detrimental to the well-being of the child. States Parties shall further ensure that the submission of such a request shall of itself entail no adverse consequences for the person(s) concerned."*

**Article 21**

*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 and they shall:*

(a) *Ensure that the adoption of a child is authorized only by competent authorities who determine, in accordance with applicable law and procedures and on the basis of all pertinent and reliable information, that the adoption is permissible in view of the child's status concerning parents,*

*relatives and legal guardians and that, if required, the persons concerned have given their informed consent to the adoption on the basis of such counselling as may be necessary;*

*(b) Recognize that inter-country adoption may be considered as an alternative means of child's care, if the child cannot be placed in a foster or an adoptive family or cannot in any suitable manner be cared for in the child's country of origin;*

*(c) Ensure that the child concerned by inter-country adoption enjoys safeguards and standards equivalent to those existing in the case of national adoption;*

*(d) Take all appropriate measures to ensure that, in inter-country adoption, the placement does not result in improper financial gain for those involved in it;*

*(e) Promote, where appropriate, the objectives of the present article by concluding bilateral or multilateral arrangements or agreements, and endeavour, within this framework, to ensure that the placement of the child in another country is carried out by competent authorities or organs."*

Come la Dichiarazione del 1959, anche la Convenzione di New York si basa sul presupposto che il minore abbia bisogno della protezione degli adulti per far valere i propri diritti. Esso è considerato *persona* dal momento della nascita e non un soggetto in posizione di inferiorità, ma allo stesso tempo l'immatunità fisica e intellettuale non gli permette di esercitare autonomamente i diritti che gli spettano in quanto persona<sup>70</sup>. Nella Convenzione del 1989, inoltre, si compie un passo avanti rispetto alle dichiarazioni intervenute fino a quel momento. In essa, infatti, i diritti civili e sociali, sono estesi anche ai minori, con particolare attenzione per i diritti di libertà di cui sono titolari gli adulti nella Dichiarazione sui diritti umani. In questo modo le enunciazioni della Dichiarazione del 1959 sono state trasformate in diritti soggettivi<sup>71</sup>. La Convenzione si presenta così come un eterogeneo catalogo di diritti che ha come filo conduttore l'interesse del minore, il quale deve essere "oggetto di primaria considerazione" in tutte le azioni che riguardano i minori<sup>72</sup>. Allo stesso tempo però viene rimarcato il ruolo primario che i genitori hanno nell'educazione dei figli e di conseguenza la tradizionale visione del minore come un soggetto sì titolare di diritti ma sostanzialmente incapace di agire<sup>73</sup>.

La Convenzione del 1989, dunque, racchiude al suo interno due anime che rimandano ai due maggiori orientamenti presenti in tema di diritti dei minori che si affronteranno in dettaglio nei prossimi paragrafi. Il primo, di matrice paternalistica, considera l'individuo minore come un soggetto bisognoso della protezione da parte degli adulti, il secondo, conosciuto come liberazionista, invece, lo considera come un individuo autonomo e dotato della piena titolarità dei diritti fondamentali nonostante la responsabilità del loro esercizio sia affidata ai genitori<sup>74</sup>. I due orientamenti citati ritengono però che le due visioni siano in contrasto e imputano alla Convenzione di non essersi schierata né con un

<sup>70</sup> Pocar V., Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 26.

<sup>71</sup> Pocar V., Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 27.

<sup>72</sup> Pocar V., Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 29; Alston P., 1994. *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*. Oxford: Clarendon Press, p. 2; Mc Goldrick D., 2003. *The united nations convention on the rights of the child*, in Freeman M. (a cura di), *Children's Rights vol II*. Farnham: Ashgate, p. 79; Breen C., 2002. *The standard of the best interests of the child. A Western tradition in International and comparative law*. The Hague-London-New York: Martinus Nijhoff Publisher, p. 78.

<sup>73</sup> Pocar V., Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 30.

<sup>74</sup> Di Francia A., Dallagiacoma F., 2008. *Ibidem*, p. 14; Ronfani P., 2001. Dal bambino *ibidem*, p. 75.



orientamento né con l'altro. È stata sollevata, infatti, la criticità che questa da un lato affermi la preminenza dell'interesse del minore in un'accezione paternalistica sottolineando il suo bisogno di protezione e dall'altro presenti invece il minore come autonomo titolare di diritti<sup>75</sup>.

Secondo parte della dottrina<sup>76</sup>, la Convenzione di New York, prima di essere un codice di diritti, è un vero e proprio programma pedagogico e di formazione dei minori con cui gli Stati firmatari si impegnano ad adottare misure idonee a realizzarlo. Un aspetto innovativo di questa Convenzione riguarda la valorizzazione della personalità del fanciullo quando si afferma agli articoli 9 e 12 che egli ha diritto a partecipare in prima persona alla sua formazione ed essere coinvolto nelle scelte che lo riguardano<sup>77</sup>. La portata rivoluzionaria di questi articoli consiste nell'affermare i diritti dei bambini modificando di conseguenza la relazione genitore-figlio che fino a quel momento si era imposta. I minori stessi, in base al grado di maturità raggiunta, contribuirebbero a definire il loro migliore interesse insieme ai genitori, il cui ruolo sarebbe quello di fornire orientamenti in un processo di "autodeterminazione dinamica". La relazione genitori-figli, dunque, da relazione in cui i primi decidono circa l'interesse dei minori indipendentemente dai secondi diventerebbe una relazione di assistenza e collaborazione fondata sulla comunicazione e l'interazione tra genitori e figli<sup>78</sup>.

È ormai opinione condivisa sia in dottrina sia in giurisprudenza che la Convenzione non abbia solo natura programmatica ma che, dalla ratifica, le sue disposizioni abbiano efficacia imperativa<sup>79</sup>. Anche l'interpretazione della Corte Costituzionale pare aver escluso una lettura meramente programmatica dell'intera Convenzione<sup>80</sup>. Gli Stati dovranno pertanto adottare tutti gli strumenti idonei nei limiti delle risorse di cui dispongono al fine di dare attuazione ai diritti riconosciuti in Convenzione (articolo 4).

In ambito comunitario, si riferisce al principio dell'interesse del minore la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* del 2000, conosciuta come Carta di Nizza, firmata a Strasburgo nel 2007. L'articolo 24 riprende la dizione della Convenzione di New York per cui "l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente" in tutti gli atti relativi ai minori.

Il Trattato di Lisbona riprende solo indirettamente la formula dell'interesse del minorenne, mancante anche nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (Cedu).

Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha adottato delle *Guidelines*<sup>81</sup> (17 novembre 2010) che dovrebbero essere un pratico strumento per gli Stati al fine di adeguare gli ordinamenti ai diritti, agli interessi e ai bisogni dei minori. Queste citano espressamente il principio dell'interesse del minore nella parte III, lett. b.

<sup>75</sup> Pocar V., Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 34.

<sup>76</sup> Sesta M., 2016. *Ibidem*, p. 27.

<sup>77</sup> Sesta M., 2016. *Ibidem*, p. 27.

<sup>78</sup> Sesta M., 2016. *Ibidem*, p. 28.

<sup>79</sup> Cottatellucci C., 2016. *Ibidem*, p. 12.

<sup>80</sup> Corte Cost. sent. 10 giugno 2009, n. 179; sent. 30 gennaio 2002, n. 1. Per approfondire questo punto si veda Cottatellucci C., 2016. *Ibidem*, p. 12 e ss.

<sup>81</sup> Si può trovarne una traduzione italiana in *Minorigiustizia*, 2/2011.

L'art. 6 comma 3 del Trattato sull'Unione Europea, nella versione consolidata conseguente al Trattato di Lisbona, afferma che i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo sono principi generali del diritto dell'Unione e di conseguenza sono direttamente applicabili nell'ordinamento degli Stati membri. Tra questi diritti è presente anche quello che garantisce anche al minorenne il diritto di ottenere soddisfazione dei propri diritti in un giusto processo<sup>82</sup>.

Si possono menzionare anche le *Guidelines on Determining the Best Interests of the Child* dell'Unhrc del 2008, in cui si legge che “*the term ‘best interests’ broadly describes the well-being of a child. Such well-being is determined by a variety of individual circumstances, such as the age, the level of maturity of the child, the presence or absence of parents, the child’s environment and experiences*”.

L'espressione *best interests of the child*, compare anche nella Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori.

La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei bambini firmata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata dall'Italia con l. 20 marzo 2003, n. 77, individua un catalogo di diritti processuali, in particolare in relazione al rito civile. Il minore con sufficiente capacità di discernimento ha diritto ad essere informato, consultato e di far valere la propria opinione nei procedimenti che lo riguardano.

La Convenzione dell'Aja del 1993 sulla tutela e la cooperazione in materia di adozione internazionale afferma che, oltre ad essere tenuta in considerazione l'opinione del minore, vanno considerati anche i suoi desideri. Il minore ha, inoltre, il diritto di essere informato sulle conseguenze che derivano dalla sua adozione<sup>83</sup>.

Per quanto riguarda i biodiritti e la medicina, la Convenzione sui diritti dell'uomo e la medicina conosciuta come Convenzione di Oviedo del 1996 non afferma espressamente il principio del superiore interesse del minore ma riconosce al minore il diritto ad essere ascoltato infatti prevede che “il parere di un minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità” (articolo 6).

I *best interests* sono richiamati anche nel regolamento CE n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 riguardo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e genitoriale.

La maggior parte dei citati documenti richiama il principio dell'interesse del minore ma nessuno di questi riporta una sua definizione, la quale sembra essere dunque affidata all'interprete<sup>84</sup>. Quest'ultimo dovrà ricercare la *ratio* del principio nella Convenzione di New York in primis, e a seguire in tutti gli interventi in favore del miglior interesse del minore. Il Preambolo della Convenzione ci suggerisce *a cosa* il minore abbia interesse:

---

<sup>82</sup> Magno G., 2011. *Ibidem*, p. 30.

<sup>83</sup> Sesta M., 2016. *Ibidem*, p. 28.

<sup>84</sup> Magno G., 2011. *Ibidem*, p. 31.

che l'interprete trovi una soluzione "ai fini dello sviluppo armonioso e completo della sua personalità"<sup>85</sup>.

Come si avrà modo di approfondire nei prossimi capitoli, in ambito Cedu, l'interesse del minore, pur non essendo espressamente formulato nella Convenzione, è stato trattato in correlazione all'art. 8 della stessa, relativamente al rispetto della vita privata e familiare.

A conclusione di questo discorso introduttivo, è utile fare una breve annotazione di carattere prettamente linguistico, volta a sottolineare come in lingue europee differenti, inglese, francese, italiano, la connotazione dell'interesse del minore sia espressa con aggettivazione diversa<sup>86</sup>. È interessante notare che, mentre nella formulazione del testo della Convenzione di New York del 1989 la versione francese parla di un interesse "supérieur", la versione inglese parla di "best". È evidente che la traduzione italiana dei due termini è diversa, "superiore" l'uno, "migliore" l'altro<sup>87</sup>. Il testo italiano ha preferito ispirarsi alla formulazione francese e usare il termine "superiore". Le due traduzioni quindi non sono perfettamente corrispondenti dal punto di vista semantico. L'aggettivo *supérieur* del testo francese esprime ambigualmente una via di mezzo tra un superlativo assoluto e un superlativo relativo quasi a sottolineare la prevalenza dell'interesse del minore sugli eventuali altri interessi in campo. L'aggettivo *best*, invece, inequivocabilmente superlativo relativo, richiama una scelta tra alternative<sup>88</sup>. Si potrebbe concludere che il testo francese intenda sottolineare dal punto di vista teorico che l'interesse del minore è sempre superiore ad altri laddove invece il testo inglese sembra più praticamente operare una scelta pratica tra diverse applicazioni possibili.

#### 4.2 Le fonti normative italiane

Il principio dell'interesse del minore compare anche nella legislazione italiana ma non è formulato esplicitamente dalla Carta Costituzionale. L'espressione è ricompresa nella legge n. 184 del 1983 in tema di adozione e diritto del minore ad una famiglia. L'adozione è un istituto volto alla realizzazione dell'interesse del minore e ad esso vanno orientate tutte le disposizioni in materia di azione. La locuzione "interesse del minore", infatti, compare agli articoli 25 c.1, in riferimento alla dichiarazione di adozione, 11 c. 1 e 57 in tema di adozione in casi particolari e all'articolo 33 c.4 relativo all'ingresso di minori stranieri nel territorio dello Stato.

Il concetto compare, inoltre, nei seguenti articoli del codice civile. L'articolo 316 prevede, in caso di contrasto fra i genitori riguardo a decisioni importanti per il minore,

---

<sup>85</sup> Magno G., 2011. *Ibidem*, p. 31.

<sup>86</sup> Magno G., 2011. *Ibidem*, p. 28.

<sup>87</sup> Sul punto anche Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 78.

<sup>88</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 89.

che il giudice possa suggerire soluzioni nell'interesse del figlio o, qualora il contrasto permanga, prendere una decisione nel medesimo interesse.

All'articolo 317 bis c. 2 si legge che l'ascendente al quale è impedito l'esercizio della responsabilità genitoriale può ricorrere al giudice del luogo di residenza abituale del minore affinché siano adottati i provvedimenti più idonei nell'esclusivo interesse del minore.

Può essere nominato un curatore del minore al fine di compiere gli atti necessari al perseguimento dell'interesse del bambino - stabilisce l'articolo 321 - qualora i genitori non possano o non vogliano compierli.

In caso di urgente necessità, ai sensi dell'articolo 336 c. 3, il Tribunale può adottare, anche d'ufficio, provvedimenti temporanei nell'interesse del figlio.

Il diritto di ascolto del minore, principio cardine della Convenzione di New York, è previsto dal nostro codice civile agli articoli 336 bis c.1 e 337 octies. Le norme prevedono per il minore il diritto ad essere ascoltato, in riferimento ai procedimenti che lo riguardano, qualora abbia compiuto i 12 anni o, anche più piccolo, se ha capacità di discernimento salvo che ciò sia contrario al suo interesse.

Anche i provvedimenti in caso di separazione e divorzio all'articolo 337 ter c. 2 e 3, di affidamento dei figli ad uno solo dei genitori ai sensi dell'articolo 337 quarter e di assegnazione della casa familiare di cui all'articolo 336 sexies c. 1 devono essere volti alla realizzazione dell'interesse del minore.

##### 5. *Il dibattito in tema di interesse del minore e diritti dei minori tra protezione e autonomia*

Si analizzeranno ora le posizioni emerse in dottrina rispetto alla categoria dell'interesse del minore. Rispetto a questo argomento è necessario distinguere *in primis* il dibattito che si è creato nei paesi di tradizione angloamericana da quello che invece si è sviluppato nell'Europa continentale. I due approcci, come si vedrà, sono molto diversi almeno sul piano teorico<sup>89</sup>.

Nei paesi dell'Europa continentale, dal secondo dopoguerra in poi, i diversi testi costituzionali hanno esteso la titolarità dei diritti fondamentali anche ai soggetti minorenni in quanto ad ogni individuo deve essere riconosciuto un nucleo di diritti in virtù della sua dignità umana. La nostra Costituzione<sup>90</sup>, in particolare, offre garanzie al minore sia in quanto persona sia in quanto peculiare soggetto in crescita. I minori, infatti, sono beneficiari di particolari diritti di tipo sociale previsti dagli articoli 30 e 31 della Costituzione. Essi godono di una particolare protezione in ragione della loro età e, in quanto parti deboli nel rapporto genitore-figlio, hanno diritto di essere mantenuti, educati

<sup>89</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 38 e ss.

<sup>90</sup> Lamarque E., 2007. *Ibidem*, p. 294.

e istruiti dai propri genitori. In caso di incapacità di questi ultimi, lo Stato dovrà intervenire al fine di garantire il rispetto dei diritti sopra citati.

In conclusione, sostiene Elisabetta Lamarque, in Italia, e più in generale in Europa continentale, il dibattito sui diritti dei minori si è incentrato su un unico aspetto: l'uguaglianza di tutti i figli minori nei confronti dei genitori, della famiglia e della società nel suo complesso, sia che essi siano nati da genitori coniugati, sia che siano nati da genitori non coniugati. Oggi in Europa è garantita la parità di tutti i figli dal punto di vista sociale, personale, patrimoniale e successorio, ma per alcuni paesi tale parità non è stata priva di ostacoli, si pensi al fatto che in Italia la questione è stata risolta del tutto solo nel 2012, con grave ritardo rispetto ad un cambiamento che già era percepito all'interno della società (l. 10 dicembre 2012, n. 219 e d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, Corte Cost. n. 146 del 2015)<sup>91</sup>. In Italia, dunque, questo è stato il nodo centrale, né in dottrina né in giurisprudenza vi è stata una vera contrapposizione su altre questioni fondamentali per i diritti dei minori. Nel nostro paese le questioni più complesse riguardano invece i delicati bilanciamenti che i giudici devono effettuare fra i diritti dei differenti soggetti delle controversie in cui sono coinvolti i minori<sup>92</sup>.

Il dibattito anglo-americano parte invece da presupposti diversi. Il lettore che conosca gli studi italiani sui diritti dei minori può provare, nell'immergersi in questo dibattito, la sensazione di non disporre degli strumenti culturali sufficienti alla comprensione delle questioni discusse<sup>93</sup>. Prima di esaminare in dettaglio gli orientamenti più importanti, discutiamo gli elementi del dibattito anglo-americano che, secondo Elisabetta Lamarque, possono risultare *ostici* per il giurista di *civil law*.

Un *primo* aspetto che potrebbe incuriosire il giurista di *civil law* riguarda le argomentazioni dei sostenitori dei *children's rights*, i quali non si stancano di ribadire ciò che potrebbe sembrare al lettore europeo continentale come una ovvietà ovvero che anche ai minori di età siano riconosciuti dei diritti.

Una *seconda* considerazione riguarda la differenza tra *moral rights* e *legal rights* (la distinzione è simile a quello tra diritti naturali e diritti positivi). I primi, riprendendo le definizioni di Bobbio, non sono pieni in quanto non sono protetti dall'ordinamento, non trovando una corrispondenza in obblighi giuridici a carico di altri soggetti. Essi sono "esigenze da far valere per essere eventualmente trasformate in diritti di un nuovo ordinamento normativo"<sup>94</sup>. Spesso i sostenitori dei diritti dei minori si sono accontentati di ricomprendere i diritti tra i *moral rights*. I *legal rights*, al contrario, sono posizioni giuridiche protette dall'ordinamento e trovano corrispondenza in obblighi giuridici altrui.

La *terza* considerazione riguarda l'idea difesa da alcuni sostenitori dei diritti dei bambini secondo cui la titolarità dei diritti da parte dei minori sarebbe inconciliabile con l'idea di protezione dei minori in quanto quest'ultima andrebbe a frustrare l'autonomia

---

<sup>91</sup> In dottrina si veda Tommaseo F., 2015. La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali, *Famiglia e diritto*, 2: 157 ss.

<sup>92</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 38.

<sup>93</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 39.

<sup>94</sup> Bobbio N., 1989. Diritti dell'uomo e società. *Sociologia del diritto*, 1: 24 ss.

dei minori. Dall'altro lato, chi sostiene che i minori necessitino di una speciale protezione in relazione alla loro vulnerabilità vedono con sfavore l'attribuzione ai minori di veri e propri diritti, strumenti che non potrebbero usare in modo libero e consapevole<sup>95</sup>.

Un altro aspetto che può destare sorpresa nel giurista di civil law riguarda il fatto che i sostenitori dei diritti dei bambini si siano spesso riconosciuti, specialmente negli Stati Uniti, in un movimento di liberazione molto simile a quelli che erano nati in sostegno ad altri gruppi discriminati come i neri, gli omosessuali, le donne e, più recentemente, gli animali. Il movimento liberazionista considera infatti i bambini come un gruppo debole e oppresso.

L'*ultima* considerazione riguarda il punto di vista di molti studiosi di diritto internazionale sulla questione dei diritti dei bambini. Secondo Lamarque, può stupire il lettore dell'Europa continentale il fatto di non trovare un terreno comune nemmeno sul piano dei diritti umani. Alcuni internazionalisti, infatti, hanno criticato in modo deciso la Convenzione di New York poiché non avrebbe preso una chiara posizione rispetto al dibattito tra autonomia e protezione accettando elementi di entrambe le concezioni.

Cerchiamo di capire allora perché vi sia una distanza così grande tra la visione dell'Europa continentale e quella anglo-americana. Il punto che divide le due visioni e le rende apparentemente distanti anni luce riguarda le basi su cui fondare i diritti.

Per quanto riguarda il dibattito anglo-americano sui diritti dei bambini ci troviamo all'interno di una tradizione costituzionale che prescinde dal concetto di dignità umana inteso come elemento innato in ogni persona e come ragione di ogni suo diritto fondamentale. In questa concezione è un soggetto di diritto la persona che si autodetermina.

Nell'Europa continentale, invece, la titolarità dei diritti si ottiene, per il solo fatto di essere persona, con la nascita. Si pensi che esistono addirittura alcune protezioni giuridiche per il concepito e quindi per un soggetto che ancora non è nato. Date queste premesse, si può capire come il dibattito non parta dagli stessi presupposti.

Sostenere che anche i minori abbiano dei diritti è un aspetto condiviso e scontato nella cultura giuridica dell'Europa continentale, mentre nella tradizione anglo-americana si dubita che rientri tra i titolari di diritti in senso pieno<sup>96</sup> un soggetto che manchi della capacità di autodeterminarsi e di provvedere a se stesso, anche qualora tale condizione sia legata all'età infantile. Questa impostazione trova riscontro nelle parole di Martha Minow che afferma che "*children are the paradigmatic group excluded from traditional liberal rights*"<sup>97</sup> o nelle parole di Hillary Rodham Clinton secondo cui "*child citizens, although their needs and interests may be greater than those of adults, have far fewer legal rights*"<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 39.

<sup>96</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 43.

<sup>97</sup> Minow M. M., 1990. *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion, and American Law*, Ithaca, New York: Cornell University Press, p. 283.

<sup>98</sup> Rodham H., 2004. *Children Under the Law*, in Freeman M. (a cura di), *Children's Rights. vol. I*, Farnham: Ashgate, p. 30.

Cogliendo la differenza tra le due impostazioni teoriche si può ora meglio comprendere perché i sostenitori dei *children's rights*, specialmente negli Stati Uniti, insistano a definire i bambini come individui autonomi. Al fine di ottenere per loro il riconoscimento di diritti cercano infatti di farli rientrare nello schema dei diritti individuali tipico della loro tradizione secondo cui tali diritti sarebbero “*claims by autonomous, self-determining and self-interested individuals*”<sup>99</sup>, e quindi pretese azionabili da chi può dirsi autonomo e capace di scegliere ciò che è meglio per sé<sup>100</sup>.

Chiarita la differenza che separa il dibattito dell'Europa continentale da quello anglo-americano si possono ora affrontare i due principali orientamenti che, specialmente nel secondo ambito, si sono contrapposti e tuttora si contrappongono: da un lato la posizione più tradizionale legata al paternalismo liberale conosciuta come orientamento della *protection o interests theory*, dall'altro la posizione liberazionista, o dell'*authonomy*, nota anche come *will theory*. Il primo approccio sostiene una logica di differenza e tutela, in quanto considera il bambino come soggetto vulnerabile che necessita di una protezione particolare proprio a causa di questa sua peculiarità. Il secondo, sostiene l'uguaglianza dei diritti di tutti i soggetti, che siano adulti o bambini e considera il bambino un soggetto autonomo, titolare di diritti e non di meri interessi tutelati in modo paternalistico<sup>101</sup>. I primi sostengono l'importanza del concetto di *best interests of the child*, i secondi auspicano il suo superamento in favore di pieni diritti, considerandolo un concetto fortemente paternalistico.

A questi due orientamenti, che ora si affronteranno in dettaglio, se ne aggiunge un terzo in posizione di sintesi rispetto agli altri due.

L'orientamento tradizionale è quello chiamato della *protection o della interests theory*. Secondo questa posizione, la funzione del diritto consiste nel proteggere gli interessi del suo titolare, non necessariamente la sua volontà. Tale orientamento ha le sue radici nel paternalismo liberale di John Stuart Mill, secondo cui, fino al momento in cui non siano in grado di assumere le proprie responsabilità, i minori dovrebbero essere protetti da loro stessi in modo da preservare i loro interessi che altrimenti sarebbero posti in pericolo<sup>102</sup>. L'attribuire ai minori le stesse “prerogative di autodeterminazione” degli adulti<sup>103</sup> potrebbe esporli a pericoli, poiché i soggetti minorenni non hanno ancora raggiunto la sufficiente capacità di discernimento idonea a compiere scelte nel proprio interesse.

Gli autori che sostengono questo orientamento vedono come fonte di pregiudizio l'“abbandonare i minori ai loro diritti”<sup>104</sup>, poiché, come si è detto, significherebbe abbandonarli alle loro scelte autonome che, essendo essi soggetti deboli e vulnerabili,

---

<sup>99</sup> Minow M. M., 1990. *Ibidem*, p. 289.

<sup>100</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 44.

<sup>101</sup> Ronfani P., 1995. *I diritti del minore. Cultura giuridica e rappresentazioni sociali*, Milano: Guerini; Fanlo Cortès I., 2008. *Bambini e diritti. Una relazione problematica*. Torino: Giappichelli, p. 6; Breen C., 2002. *Ibidem*, p. 16.

<sup>102</sup> Mill J. S., 1981 (ed. originale 1859). *Saggio sulla libertà*, trad. it., Milano: Il Saggiatore, p. 112.

<sup>103</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 51.

<sup>104</sup> Hafen B. C., 1976. Children's Liberation and the New Egalitarianism: Some Reservation About Abandoning Youth to their Rights, in *BYU Law Review*, 3: 607.

potrebbero invece causare loro danno. L'intervento degli adulti sarebbe necessario per compensare la loro momentanea incapacità. I sostenitori della protezione non auspicano per i minori la piena titolarità di diritti perché ciò autorizzerebbe a pensare ai minori come a soggetti che possono autodeterminarsi senza bisogno di speciali protezioni. Sostengono piuttosto che agli adulti debbano essere attribuiti obblighi di protezione nei confronti dei bambini<sup>105</sup>.

Questo modello tradizionale si ispira ad una concezione di infanzia intesa tradizionalmente come un'età di transizione dalla condizione di incapacità e incompetenza alla condizione di autonomia e maturità, condizioni che permetteranno al minore di entrare nella società degli adulti<sup>106</sup>.

Al riguardo merita una particolare attenzione *Children's Rights, Children's Lives*<sup>107</sup> di Onora O'Neill poiché riassume alcune classiche obiezioni che solitamente sono rivolte ai sostenitori dei diritti dei bambini<sup>108</sup>. Secondo Onora O'Neill, parlare di diritti dei minori nasconde una intrinseca contraddizione poiché accomuna i minori ad alcuni gruppi che sono stati tradizionalmente oppressi nella storia come le donne, gli schiavi o i neri. Le citate categorie in realtà non possono essere accomunate alla categoria dei minori: secondo l'autrice in questo modo i liberazionisti trascurano completamente la condizione di incapacità dei bambini, data dalla loro insufficiente razionalità e maturità, di avanzare rivendicazioni. Incapacità che sarebbe proprio l'origine della loro mancanza di potere<sup>109</sup>. Se nei casi degli schiavi, delle donne e dei neri la condizione di dipendenza di questi gruppi è stata creata in modo artificiale perché causata dall'oppressione, secondo O'Neill, nel caso dei minorenni la dipendenza è invece una condizione naturale incontrovertibile, una dipendenza che nessun mutamento sociale potrebbe cambiare<sup>110</sup>.

Per la O'Neill l'infanzia costituisce una fase della vita da cui il bambino è naturalmente destinato ad uscire anche con l'aiuto dei suoi genitori. Mentre di norma gli oppressori hanno interesse a che la condizione di oppressione sia mantenuta nel tempo, i soggetti che hanno potere sulla vita del bambino sono interessati a porre fine alla dipendenza infantile<sup>111</sup>. Secondo i protezionisti la dipendenza dei bambini dagli adulti è, dunque, un fatto normale, di conseguenza non può essere totalmente eliminata. I sostenitori dei diritti dei bambini allora dovrebbero dedicare le loro attenzioni non tanto ai bambini ma piuttosto a chi, con le sue azioni, può influenzare la vita dei bambini stessi. In questo senso i diritti dei minori dovrebbero essere considerati come interessi da proteggere e da difendere e il loro esercizio dovrebbe essere affidato agli adulti in quanto responsabili

---

<sup>105</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 52.

<sup>106</sup> Ronfani P., 2001. *Diritti dei minori e transnazionalizzazione del diritto di famiglia*, in Ferrari V., Ronfani P., Stabile S. (a cura di), *Diritti e conflitti nella società transazionale*. Milano: Franco Angeli, pp. 345-365; Bosisio R., 2006. *Il percorso dell'infanzia nel mondo dei diritti*, in Mazzucchelli F., *Viaggio attraverso i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*. Milano: Franco Angeli, p. 36.

<sup>107</sup> O'Neill O., 1988. *Children's Rights and Children's Lives*. *Ethics*, 3: 445-463.

<sup>108</sup> Fanlo Cortès I., 2008. *Ibidem*, p. 129.

<sup>109</sup> O'Neill O., 1988. *Ibidem*, p. 445-463.

<sup>110</sup> Bosisio R., 2006. *Ibidem*, p. 36-37.

<sup>111</sup> O'Neill O., 1988. *Ibidem*, p. 462.



della loro crescita ed educazione<sup>112</sup>. La categoria della minore età ha bisogno della protezione degli adulti, ma, “esprimere questa protezione nel linguaggio dei diritti potrebbe essere interpretato più come un artificio retorico che come un serio tentativo di liberare i bambini e di dotarli di potere politico o economico”<sup>113</sup>.

Anche la sociologa francese Irène Théry considera retorico il riferimento ai diritti dei minori. Tali diritti possono rischiare di mettere in secondo piano i necessari interventi di welfare, dimenticando che l’infanzia si tutela anche e soprattutto tramite interventi di politica sociale prima ancora che giuridici. Questa nuova “ideologia dei diritti” nasconderebbe secondo la sociologa francese scopi di carattere essenzialmente demagogico a cui potrebbe aggiungersi il rischio di manipolazione connesso all’attribuzione al minore stesso della responsabilità della propria protezione<sup>114</sup>. La Convenzione di New York non avrebbe in realtà affrontato un problema centrale su questo tema, cioè l’incapacità di agire che rende i diritti annunciati in realtà non esercitabili tramutandoli così in “parole vuote, forse molto piacevoli per le orecchie adulte”<sup>115</sup>.

I due orientamenti si dividono anche in riferimento al significato da attribuire alla capacità di agire. Mentre per i liberazionisti essa è il mezzo attraverso cui si pone in essere la loro discriminazione<sup>116</sup>, per i sostenitori dell’orientamento della protezione essa è frutto del diritto dei bambini all’irresponsabilità e quindi al non dover sottostare a doveri imposti dalla condizione di capacità<sup>117</sup>.

La posizione liberazionista dell’*autonomy* o *self-determination*, nota anche come *will theory* sostiene che ai minori debba essere garantita la possibilità di autodeterminarsi, compiendo in autonomia le scelte che riguardano la propria vita. Questo orientamento prende vita negli anni Settanta del secolo scorso e si poggia a sua volta sulle tesi pedagogiche dell’epoca che sostenevano un’educazione del bambino basata sul *self-government*<sup>118</sup>.

Gli aderenti alle teorie liberazioniste adottarono e radicalizzarono alcuni orientamenti emersi in alcuni settori della cultura psicologica e pedagogica, dove il bambino non era presentato come soggetto in evoluzione ma come “individuo completo in se stesso, separato dall’adulto in quanto da lui differente, ma non inferiore”, denunciando “la discriminazione dei minori realizzata in nome della loro presunta incapacità e irrazionalità che ne giustificherebbe l’emarginazione dalla società e la subordinazione

---

<sup>112</sup> Bosisio R., 2006. *Ibidem*, p. 37.

<sup>113</sup> King M., 2004. *I diritti dei bambini in un mondo incerto*. Roma: Donzelli, p. 72.

<sup>114</sup> Bosisio R., 2006. *Ibidem*, p. 38.

<sup>115</sup> Théry I., 1991, *La Convenzione ONU sui diritti del bambino: nascita di una nuova ideologia*, in Ministero dell’Interno. Direzione generale dei servizi civili (a cura di), *Politiche sociali per l’infanzia e l’adolescenza*. Milano: Unicopli, p. 97.

<sup>116</sup> Bosisio R., 2006. *Ibidem*, p. 38.

<sup>117</sup> Théry I., 1991, *Ibidem*.

<sup>118</sup> Holt J., 1975. *Escape From Childhood. The Needs and Rights of Children*. London: Penguin; Foster H., Freed D. J., 1972. A Bill of Rights for Children, *Family Law Quarterly*, 4: 343 ss; Adams P., Berg L., Berger N., Duane M., Neil A. S., Ollendorff R., 1971. *Children’s Rights. Toward the Liberation of the Child*. New York: Praeger Publisher.

agli adulti, detentori del potere”<sup>119</sup>. Secondo i liberazionisti, i bambini dovrebbero perciò essere liberati dalla condizione di dipendenza dagli adulti e considerati come individui pari ad essi poiché anch’essi sarebbero capaci di autodeterminarsi. L’autodeterminazione dovrebbe riguardare tutti gli ambiti della vita privata dal nutrirsi, dormire o vestirsi, allo scegliere dove e con chi vivere, se viaggiare o guidare fino a sfere più delicate come quella sessuale o quella relativa alle principali libertà economiche e politiche come la proprietà, lo scegliere se lavorare o studiare, il diritto di voto<sup>120</sup>.

Per i liberazionisti i minori sono soggetti sostanzialmente discriminati. La relazione di potere genitore-figlio sarebbe sproporzionata poiché vede il genitore in una posizione di vantaggio potendo imporre al figlio la propria volontà. Secondo questa teoria, gli adulti, quali detentori del potere, avrebbero deciso di limitare i soggetti minorenni in ambito sociale, politico, economico e familiare attraverso il potere di definire la condizione di minore età<sup>121</sup>. Socializzazione ed educazione sarebbero quindi processi di segregazione del bambino e non conseguenza dell’attenzione e dell’amore genitoriale. In questo modo l’orientamento puerocentrico si sostanzierebbe in un mero “mito consolatorio”<sup>122</sup>. Sarebbero stati gli adulti a “mitizzare in chiave paternalistica e sentimentale” la minore età in modo che venisse nascosta, dietro ad obblighi di cura e di educazione, la sostanziale esclusione dei minori dalla vita della società<sup>123</sup>. In conclusione, i minori sarebbero, allo stesso modo degli anziani, un gruppo discriminato in base all’età (*ageism*). Tale discriminazione in riferimento all’età, al pari di razzismo e sessismo, costituirebbe un’ideologia discriminatrice secondo cui i bambini non possiedono né autonomia né diritti umani<sup>124</sup>. Alcuni autori sostengono che se lo stesso trattamento fosse stato riservato ad altre categorie sarebbe stato denunciato come discriminatorio ed avrebbe sollevato rivendicazioni sul piano politico<sup>125</sup>.

I sostenitori dell’*authonomy* considerano fondamentale ai fini dell’emancipazione da una posizione di soggezione e paternalismo l’acquisizione dei diritti politici<sup>126</sup>. Inoltre andrebbe rovesciata la presunzione di incompetenza dei minori cominciando a considerare anche bambini e adolescenti competenti fino a prova contraria, esattamente come avviene per gli adulti<sup>127</sup>. Le posizioni liberazioniste sostengono quelle teorie sociologiche dell’infanzia che considerano il bambino come capace di costruire

---

<sup>119</sup> Bosisio R., 2006. *Ibidem*, p. 39.

<sup>120</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 51.

<sup>121</sup> Pocar V., Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 10.

<sup>122</sup> Sgritta G. B., 1988. *La condizione dell’infanzia. Teorie, politiche, rappresentazioni sociali*, Milano: Franco Angeli, p. 10.

<sup>123</sup> Pocar V., Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 10; sul punto anche Jens Qvortrup, 1990, *A voice for Children in Statistical and Social Accounting: A Plea for constructing Childhood. Contemporary Issues in the Sociological Study of Childhood*, London: The Falmer Press, p. 78-98.

<sup>124</sup> Pocar V., Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 11; Fanlo Cortès I., 2008. *Ibidem*, p. 33; Ronfani P., 1995. *I diritti del minore. Cultura giuridica e rappresentazioni sociali*, Milano: Guerini.

<sup>125</sup> Bob Franklin, *The Rights of Children*, 1986. Oxford: Basil Blackwell, p. 33.

<sup>126</sup> Bob Franklin, 1986 “Children Political Rights”, in Bob Franklin, *The Rights of Children*, 1986, Oxford: Basil Blackwell, pp. 24-53.

<sup>127</sup> Bosisio R., 2006. *Ibidem*, p. 39.

autonomamente i propri mondi sociali e che criticano l'idea di infanzia come periodo di transizione<sup>128</sup>.

Secondo Pocar e Ronfani “per i liberazionisti la frattura tra adulti e bambini non appare più giustificata dalla finalità di cure speciali e di un’attenzione, premurosa anche se severa, rivolte al futuro del bambino. Essa è considerata come segregazione nel presente, marginalizzazione, controllo repressivo e strumentale, non solo nei confronti dei bambini, ma anche delle donne, che sono ritenute, dalla società e dallo stato, le responsabili primarie della loro crescita”<sup>129</sup>.

Secondo Bob Franklin i minori costituiscono l'unico gruppo sociale a cui è sottratto il potere, l'unico gruppo, in un sistema democratico, i cui diritti sono affidati ad un altro gruppo senza che vi siano meccanismi di controllo o verifica delle decisioni<sup>130</sup>. L'unico gruppo sottoposto a leggi che non ha contribuito a formulare. L'esclusione dei bambini sarebbe tra l'altro arbitraria poiché il limite di età per l'acquisizione della cittadinanza varia storicamente<sup>131</sup>.

In generale, osservano alcuni autori<sup>132</sup>, il percorso verso il riconoscimento dei diritti di cittadinanza dei bambini si è attuato in una direzione diversa sia rispetto a quello degli uomini sia rispetto a quello delle donne. La nota teoria di Thomas H. Marshall del 1949 non si applicherebbe che agli uomini. Secondo l'autore, infatti, gli individui sarebbero riusciti a conquistare i propri diritti attraverso tre gradualità fasi: in una prima fase il riconoscimento dei diritti civili (XVII e XVIII sec), poi il riconoscimento dei diritti politici (XIX) ed, infine, quello dei diritti sociali (XX sec)<sup>133</sup>. In realtà sia per quanto riguarda le donne sia per quanto riguarda i bambini le fasi appaiono invertite. Alle donne sono stati riconosciuti in un primo momento i soli diritti sociali specifici come la protezione della maternità e solo in un secondo momento il diritto di voto e i diritti civili. Per i bambini prima sono stati riconosciuti i diritti sociali relativamente alla protezione, solo successivamente quelli civili e, per quanto riguarda i politici, essi sono stati riconosciuti solo parzialmente in quanto ai bambini non è riconosciuto il diritto di voto.

Alle teorie liberazioniste, nonostante le molte critiche che le hanno ritenute troppo radicali, va riconosciuto il pregio di aver aperto alcune riflessioni, in particolare per quanto riguarda la creazione di criteri per stabilire la maturità di un soggetto e per stabilire la sua capacità o incapacità di assumere responsabilità connesse all'esercizio di un diritto<sup>134</sup>.

---

<sup>128</sup> Guido Maggioni, Claudio Baraldi (a cura di), 1997 *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell'infanzia*, Urbino: Quattro Venti; Allison James, Alan Prout (a cura di), 1990, *Constructing and Reconstructing Childhood: Contemporary Issues in the Sociological Study of Childhood*, London: The Falmer Press.

<sup>129</sup> Pocar V., Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 11.

<sup>130</sup> Sul punto anche Alessandro Baratta A., “Infanzia e democrazia. Per una interpretazione dinamica della Convenzione internazionale sui diritti del bambino”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/1999, p. 495-525; King M., 2004. *I diritti dei bambini in un mondo incerto*. Roma: Donzelli.

<sup>131</sup> Bob Franklin, 1986, *The Rights of Children*, Oxford: Basil Blackwell.

<sup>132</sup> Bosisio R., 2006. *Ibidem*, p. 45.

<sup>133</sup> Thomas Humphrey Marshall, 1977, (ed. or. 1964), *Cittadinanza e classe sociale*, Torino: Utet.

<sup>134</sup> Pocar V., Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 13.

Alcune critiche alle teorie del bambino-cittadino e, in generale, ai diritti del bambino<sup>135</sup> hanno sottolineato come i liberazionisti interpretino l'incapacità di agire e la tutela del minore come strumenti di oppressione e autoritarismo, mentre la prospettiva tradizionale ne fa strumenti di un processo educativo o manifestazione del diritto all'irresponsabilità, che, come si è detto, il bambino possiede in virtù della sua vulnerabilità. In quest'ottica allora la piena libertà di diritti ai bambini non è la scelta migliore per loro, vi è il rischio che accentuare il discorso dei diritti e non riconoscere le loro peculiarità possa indebolire le politiche sociali nei confronti dell'infanzia. Queste ultime potrebbero essere erroneamente considerate strumenti tipicamente paternalistici mentre invece sono indispensabili per sostenere, in particolar modo, i minori in situazioni di povertà ed emarginazione<sup>136</sup>. I diritti dei minori, inoltre, non essendo correlati a corrispondenti doveri sottintenderebbero la possibilità di avanzare pretese senza assumersi corrispondenti responsabilità, legittimando un dispotismo "angelicamente illuminato" che può celare un'indebita intrusione dello Stato e non riuscire davvero ad essere strumento incisivo verso quei bambini che sono veramente maltrattati o sfruttati<sup>137</sup>. In ogni caso, tuttavia, nemmeno i liberazionisti più radicali si spingono fino ad affermare che i bambini molto piccoli abbiano la capacità di agire e possano esercitare in autonomia i propri diritti<sup>138</sup>.

In conclusione, la dottrina dell'*authonomy* o *will theory* tende a svalutare l'interesse del minore come strumento di tutela dei bambini poiché lo considera come un interesse dei genitori e della società a formare gli adulti di domani senza porre attenzione alla situazione presente dei bambini. Il rimedio a questa situazione sarebbe adottare strumenti che rendano il minore partecipe di tutte le decisioni che lo riguardano. Solo in questo modo la protezione diverrebbe anche protezione dei diritti dei bambini<sup>139</sup>.

Oltre ai due principali orientamenti riportati, esiste un ulteriore punto di vista più recente che ha cercato di determinare i confini del paternalismo, sia parentale sia giudiziario, conciliandolo con l'esigenza di autonomia<sup>140</sup>. Questo orientamento combina due aspetti che gli altri orientamenti hanno sempre contrapposto. Da un lato ritiene che siano necessari alcuni interventi nei confronti dei minori entro limiti ben precisi al fine di preservarli dai rischi correlati ad azioni irrazionali. Gli aderenti a questo orientamento riconoscono la maggiore vulnerabilità dei bambini rispetto alla condizione adulta e il conseguente bisogno di un certo grado di protezione. Dall'altro lato però non sottovalutano l'aspetto dell'autonomia, "sulla base del convincimento che tale questione non possa essere risolta in virtù del rigido criterio dell'età né possa essere lasciata alla

---

<sup>135</sup> Pocar V., Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 13.

<sup>136</sup> Théry I., 1992, pp.5-30; Théry I., 1991. *Ibidem*, pp.87-94.

<sup>137</sup> Pocar V., Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 14.

<sup>138</sup> Bosisio R., 2006. *Ibidem*, p. 39.

<sup>139</sup> Verhellen E., 1998. *The Convention of the Rights of the Child*, in Saporiti A. (a cura di), *Exploring Children's Rights. Third European Intensive Erasmus Course on Children's Rights*. Milano: FrancoAngeli, p. 21 ss.

<sup>140</sup> Pocar V., Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 17.

mera discrezionalità dei singoli interpreti”<sup>141</sup>. Questo orientamento, che vede in Michael Freeman uno dei suoi esponenti più importanti, cerca di conciliare le due visioni sopra affrontate. Compiere il meglio per il bambino vuol dire aiutarlo a sviluppare la capacità di assumere dei rischi che corrisponde al vero significato di avere dei diritti. I diritti, in questo senso, sono correlati alle responsabilità.

Si presentano allora due questioni. In primo luogo, un bambino che non gode di nessun tipo di protezione difficilmente potrà esercitare consapevolmente la propria autodeterminazione. In secondo luogo, i limiti posti all'autonomia di bambini e ragazzi sono condivisibili solamente quando rivolti “ad evitare un pericolo immediato o a sviluppare capacità di compiere scelte razionali attraverso le quali l'individuo può avere ragionevoli opportunità di evitare tali pericoli”<sup>142</sup>.

Questo orientamento sostiene che alla base dei diritti dei bambini vi siano degli interessi che vanno protetti ancora prima che i minori abbiano sviluppato la capacità di farli valere e che qualcun altro possa farlo al loro posto. Gli interessi corrispondono ai bisogni legati sia alla sfera razionale sia a quella del sentimento. Allo stesso tempo, questo orientamento non accetta di porre a fondamento dei diritti dei minori, la sola previsione di obblighi degli adulti nei loro riguardi<sup>143</sup>.

Secondo l'orientamento descritto, il principio dell'interesse del minore potrebbe affievolire i diritti dei minori fino a declassarli a prescrizioni suscettibili di disapplicazione in virtù dei loro superiori interessi<sup>144</sup>. Perché ciò non si verifichi si incoraggia una partecipazione assistita e graduale, per fasce di età, del minore che dovrà essere coinvolto in modo crescente nelle decisioni che incidono sulla sua vita. Grazie a questo metodo, la protezione affievolirebbe la sua spinta paternalista per diventare protezione e promozione dei diritti e della partecipazione del bambino<sup>145</sup>. Così formulata, questa interpretazione sembra costituire un buon bilanciamento fra i due orientamenti del protezionismo e del liberazionismo, tenendo insieme i pregi di ognuna delle teorie.

Studi neocognitivisti hanno spiegato come i bambini, fin da piccoli, siano in grado di interagire in modo attivo con l'esterno, per cui, “maggiore sarà la disponibilità dimostrata dagli adulti ad aiutare i bambini a comprendere quanto li circonda, maggiore sarà la loro competenza”<sup>146</sup>. La partecipazione del minore e la collaborazione da parte degli adulti può essere altresì uno strumento per imparare ad essere buoni cittadini poiché nella capacità di confronto tra posizioni diverse e di partecipazione ai processi decisionali si comprende quali siano i diritti e i doveri di ciascuno, imparando inoltre a non nuocere agli altri mediante le proprie azioni<sup>147</sup>. La partecipazione è d'altronde sostenuta dalla

---

<sup>141</sup> Pocar V., Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 17.

<sup>142</sup> Freeman M., 1997. *The Moral status of Children. Essay on the Rights of the Child*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, p. 96.

<sup>143</sup> O'Neill ritiene il contrario in *Children's Rights and Children's Lives*, in Alston P., Parker S., Seymour J., 1992. *Children, Rights and the Law*. Oxford: Clarendon Press, p. 39.

<sup>144</sup> Pocar V., Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 19.

<sup>145</sup> Verhellen E., 1998. *Ibidem*, p. 21-50.

<sup>146</sup> Bosisio R., 2006. *Ibidem*, p. 41.

<sup>147</sup> Bosisio R., 2006. *Ibidem*, p. 42.

Convenzione di New York stessa all'articolo 12 in tema di ascolto del minore, che valorizza le competenze del minore in quanto presuppone che gli adulti si predispongano ad ascoltare e tenere in considerazione ciò che i bambini hanno da dire<sup>148</sup>.

Una teoria particolare, che si può considerare complementare a quella della partecipazione appena esaminata, è quella che riguarda i diritti relazionali o *relational rights*<sup>149</sup>. Gli studiosi che l'hanno elaborata hanno criticato le teorie liberazioniste di cui non condividono l'idea di proporre i diritti come panacea di tutti i mali e l'idea di non considerare che le esigenze dei bambini e i complessi problemi sociali dell'infanzia richiedano di essere affrontati anche e soprattutto con strumenti diversi<sup>150</sup>. Secondo Ronfani “la categoria dei diritti relazionali è stata elaborata, almeno nella sua accezione più frequente, per cercare di definire normativamente le relazioni che intercorrono fra genitori e figli e stabilire le loro rispettive posizioni giuridiche. Per dare una risposta, in altre parole, alla questione ben nota se sia possibile ritenere che genitori e figli abbiano ognuno distinti, e anche contrapposti, diritti soggettivi nell'ambito delle relazioni familiari”<sup>151</sup>.

Gli aderenti alla teoria dei diritti relazionali respingono la conflittualità sottintesa ad un approccio individualistico, prediligendo una visione del legame sociale che si poggia sulla solidarietà e sulla partecipazione<sup>152</sup>, sottolineando con particolare attenzione il bisogno fondamentale per ogni individuo della relazione con l'altro. Per Marta Minow, studiosa che ha elaborato la categoria dei diritti relazionali nella prospettiva femminista, i “diritti garantiscono e forniscono un linguaggio che esprime le interconnessioni umane, e dipende dalle medesime, nel momento stesso in cui gli individui chiedono agli altri di riconoscere i loro interessi separati”<sup>153</sup>.

La teoria dei diritti relazionali si basa su alcuni assunti. Si sostiene che i diritti stabiliscano “ciò che una persona può fare in relazione ad un'altra persona”<sup>154</sup>. I soggetti acquistano la propria identità solo attraverso le interazioni sociali. Si sostiene inoltre che gli individui debbano essere considerati dal diritto non solo nella prospettiva dell'uguaglianza, ma anche in quella della differenza e cioè con attenzione rispetto alle specificità delle relazioni interpersonali. I diritti dovrebbero promuovere la cura, la fiducia e, in generale, un maggiore rispetto degli individui. Per questa teoria, riconoscere i minori quali soggetti di diritto implica salvaguardare le loro relazioni con le persone più significative per la loro crescita. È difficile garantire i diritti dei minori se non si garantiscono i diritti-doveri degli adulti in relazione alla responsabilità genitoriale.

---

<sup>148</sup> Bosisio R., 2006. *Ibidem*, p. 41.

<sup>149</sup> Minow M. M., 1990. *Ibidem*, p. 283; Ruth Zafran, *Children's Rights as Relational Rights: The Case of Relocation*, in Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & L., 2009-2010, p. 163; Ronfani P., 2004. I diritti relazionali. Una nuova categoria di diritti? *Sociologia del diritto*, 2: 107-116.

<sup>150</sup> King M., 1997. *A Better World for Children? Explorations in Morality and Authority*. Londra: Routledge, p. 183.

<sup>151</sup> Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 109.

<sup>152</sup> Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 112.

<sup>153</sup> Minow M. M., 1990. *Ibidem*, p. 286.

<sup>154</sup> Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 108.

In riferimento al tipo di intervento più idoneo da adottare nel caso in cui le relazioni non si svolgano nel rispetto della giustizia ma ledano l'integrità fisica e psichica dei partecipanti alla relazione, i sostenitori dei diritti relazionali vedono di buon occhio la risoluzione delle controversie mediante la giustizia informale, in modo particolare la mediazione. Tuttavia si sostiene che i diritti debbano avere spazio anche nella prospettiva della giustizia formale, specialmente nei procedimenti che riguardano le relazioni familiari. I giudici dovrebbero decidere i casi mediante soluzioni che prestino attenzione alla qualità delle relazioni che vi sono tra le persone attraverso un'analisi rivolta al futuro, abbandonando la logica classica basata essenzialmente sull'accertamento dei diritti e dei doveri e l'applicazione di principi astratti<sup>155</sup>.

Le elaborazioni più conosciute della categoria dei diritti relazionali sono state formulate pensando all'infanzia, tuttavia, alcuni fautori di questa teoria ritengono che potrebbe applicarsi anche in riferimento alla generalità dei soggetti coinvolti in relazioni interpersonali, sostituendo la categoria dei diritti soggettivi.

Tale teoria non è stata esente da critiche: si sostiene che l'accento posto sulle relazioni rischi di celare le disparità delle posizioni di potere e possa lasciare spazio ad atteggiamenti paternalistici. Inoltre, si è anche detto che tale teoria in realtà presenti elementi di vaghezza molto simili a quelli caratterizzanti il concetto di interesse del minore, difettando di definizioni rigorose.

Le teorie esposte si sono ispirate a loro volta a differenti concezioni sociologiche, psicologiche e pedagogiche. Le differenti rappresentazioni dell'infanzia nelle scienze sociali hanno influenzato gli orientamenti della cultura giuridica e sociologica in tema di diritti dei minori. Queste discipline si sono poste l'ambizioso obiettivo di delineare i bisogni dei bambini e tali bisogni sono stati "tradotti nel linguaggio dei diritti" nelle legislazioni in materia di famiglia e minori dei Paesi occidentali<sup>156</sup>.

Un primo orientamento può essere individuato nella concezione chiamata "tradizionale" di tipo lineare, per cui il bambino sarebbe un individuo soggetto ad una transizione da un essere puramente biologico ad un essere sociale. Questo orientamento sostiene che il bambino sia, prima della sua crescita, un soggetto "incompetente" che, attraverso un processo evolutivo, acquisterà le competenze necessarie ad orientarsi nel mondo. A sostenere questo punto di vista troviamo la psicologia di tipo evolutivo, secondo cui il bambino si sviluppa in modo progressivo e la sua crescita naturale lo porta a sviluppare progressivamente un maggior grado di razionalità, caratteristica tipica dell'età adulta. L'infanzia rappresenterebbe perciò un periodo in cui si sviluppano competenze necessarie ad abbandonare l'irrazionalità e raggiungere così la condizione di adulto.

Oltre alla psicologia evolutiva, all'interno di questo orientamento si trovano anche le teorie della socializzazione, specialmente per quanto riguarda la visione del funzionalismo, nate negli anni Cinquanta del Novecento delle quali importanti esponenti

---

<sup>155</sup> Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 115.

<sup>156</sup> Pocar V., Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 4.

sono Parsons e Bales<sup>157</sup>. Secondo gli autori l'idealtipo di bambino è un soggetto immaturo, irrazionale e privo di competenze e per questo non autonomo. In un primo momento il bambino è visto anche come a-sociale e a-culturale. L'adulto al contrario è un soggetto maturo, razionale e socialmente competente, di conseguenza, autonomo. La famiglia è ritenuta come la prima struttura all'interno della società volta alla socializzazione dei bambini, i quali proprio grazie ad essa possono assorbire le competenze necessarie.

Un opposto orientamento invece sostiene che il bambino sia fin da subito un soggetto attivo e competente, il quale “non si limiterebbe a interiorizzare le norme, i valori e la cultura del mondo adulto, ma, attraverso la produzione creativa di cultura con i gruppi dei pari e le sue interazione e negoziazione con gli adulti, concorrerebbe alla riproduzione di questo stesso mondo”<sup>158</sup>. Le teorie che si rispecchiano in questo orientamento sostengono una visione non evolutiva dell'infanzia. Quest'ultima non coincide con l'idea di immaturità biologica, non è considerata né naturale né universale ma è al contrario concepita come una costruzione sociale. Di conseguenza i minori sarebbero soggetti attivi e competenti sia nei processi sociali che culturali in cui vivono e interpreterebbero essi stessi la realtà attraverso le proprie competenze. I bambini avrebbero perciò culture e visioni del mondo proprie rispetto a quelle degli adulti.

In realtà, fino agli anni Ottanta del Novecento, la maggior parte degli studi sui minori nell'ambito delle scienze sociali non comprendeva il punto di vista dei bambini stessi e anche laddove fosse presente, ad esso era assegnato un ruolo marginale. Il bambino era sempre stato studiato solo in relazione ad altre categorie di soggetti adulti come genitori o educatori in riferimento, per esempio, alle teorie dell'educazione e della socializzazione<sup>159</sup>. Il fatto di essere considerati, dal punto di vista della socializzazione, soggetti ancora non sociali, li rendeva poco interessanti agli occhi della scienza sociale<sup>160</sup>. La prospettiva adottata per lungo tempo è stata quella “adultocentrica”, che considerava cioè i minori solo dalla prospettiva dell'adulto e dei suoi interessi, incentrata su ciò che i bambini sarebbero diventati e non su ciò potevano essere nel presente. I minori erano ritenuti “*social becomings*” e non “*social beings*”<sup>161</sup>.

Roberta Bosisio<sup>162</sup> mette in luce come la nuova sociologia dell'infanzia - che si pone in una prospettiva puerocentrica - ed in particolare gli studi dedicati ai minori, i *Childhood Studies*, sia stata paragonata da numerosi studiosi ai *Women's Studies* e agli altri *Minority*

---

<sup>157</sup> Talcott Parsons T., Robert F. Bales, 1955, *Family, Socialization and Interaction Process*, Free Press, Glencoe (Ill.), 1955.

<sup>158</sup> Pocar V., Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 5.

<sup>159</sup> Bosisio R., 2006. *Ibidem*, p. 25.

<sup>160</sup> Corsaro W. A., 1997. *The Sociology of Childhood*. Thousand Oaks: Pine Forge Press, p. 4.

<sup>161</sup> Alanen L., 2005, *Women's Studies/Childhood studies, Parallels, Links and Perspectives* in Mason J., Fattore T. (eds.), *Children Taken Seriously. In Theory, Policy and Practice*. London: Jessica Kingsley Publisher, p. 32; James A., Prout A. (a cura di), 1990. *Costructing and Reconstructing Childhood: Contemporary Issues in the Sociological Study of Childhood*. London: The Falmer Press, pp. 7-34; Bosisio R., 2006. *Il percorso dell'infanzia nel mondo dei diritti*, in Francesca Mazzucchelli, *Viaggio attraverso i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*. Milano: Franco Angeli, p. 26.

<sup>162</sup> Bosisio R., 2006. *Ibidem*, p. 27.



*Groups' Studies*. Fino agli anni Ottanta, bambini e donne erano soggetti sostanzialmente marginali all'interno della società. Si è sostenuto allora che, per sviluppare una prospettiva sociologica che prendesse sul serio i bambini, potessero essere utili gli approcci dei *Critical Studies*, in particolare degli *Women's Studies*. Le somiglianze tra i due, infatti, si troverebbero in primo luogo nella comune critica ad un sistema consolidato - nel caso dei bambini un *adult-centred approach*, nel caso delle donne un *gendered-centred approach* - in secondo luogo nella comune elaborazione di concetti *gendered/generational* (sociologia degli studi di genere, sociologia dell'infanzia) e nella ricostruzione teorica attraverso lo sviluppo e l'utilizzo del punto di vista di donne/bambini<sup>163</sup>. Il periodo dell'infanzia deve essere perciò studiato in quanto "componente strutturale della società"<sup>164</sup> dando rilevanza alle competenze proprie dei bambini come agenti sociali sia nei rapporti tra pari sia nei rapporti con gli adulti<sup>165</sup>. È importante infatti uscire da una "familizzazione dell'infanzia" intesa come tendenza a favorire l'invisibilità del minore facendo coincidere i suoi bisogni con quelli della famiglia stessa, indebolendo le peculiari istanze del bambino<sup>166</sup>. Al contrario, per conoscere reali condizioni, esigenze ed interessi dei bambini, è necessario adottare il punto di vista del minore e non filtrare l'analisi solo attraverso la famiglia e i suoi genitori considerati come suoi rappresentanti<sup>167</sup>.

Si è cercato di tracciare, senza pretesa di completezza, qualche linea guida utile al fine di orientarsi nel linguaggio dei diritti e degli interessi dei bambini così come sono stati trattati dai maggiori orientamenti in dottrina. Si passerà ora all'analisi di un altro nodo cruciale in tema di interesse e diritti dei minori: la categoria giuridica della minore età.

## 6. Categoria giuridica della minore età

In questo paragrafo ci si propone di analizzare alcuni punti controversi relativamente alla titolarità e all'esercizio di diritti da parte della complessa ed enormemente eterogenea categoria giuridica della minore età. Risulta difficile fornire per questa categoria una definizione univoca che esuli da quella costruita in mera opposizione alla maggiore età e cioè come gruppo costituito da tutti gli individui che non abbiano ancora compiuto un'età individuata dal legislatore, in Europa prevalentemente diciott'anni<sup>168</sup>. Il mondo giuridico,

<sup>163</sup> Alanen L., 2005. *Ibidem*; Bosisio R., 2006. *Ibidem*, p. 28.

<sup>164</sup> Corsaro W. A., 1997. *Ibidem*; King M., 2004. *I diritti dei bambini in un mondo incerto*. Roma: Donzelli.

<sup>165</sup> Alanen L., 2005. *Ibidem*, pp. 31-45; James A., Prout A. (a cura di), 1990. *Ibidem*, pp. 7-34; Bosisio R., 2006. *Ibidem*, p. 29.

<sup>166</sup> Makrinioti D., 1994. *Conceptualization of Childhood in a Welfare State: a Critical Reappraisal*, in Qvortrup J., Bardy M., Sgritta G., Wintersberger H. (a cura di), *Childhood Matters, Social Theory, Practice and Politics*, 1994, Aldershot, Avebury, pp. 267-284; Bosisio R., 2006. *ibidem*, p. 40.

<sup>167</sup> Qvortrup J., 1996. *Monitoring Childhood: Its Social, Economic and Political Features* in Verhellen E. (a cura di), *Monitoring Children's Rights*, The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 33-48.

<sup>168</sup> Fanlo Cortès I., 2008. *Ibidem*, p. 4.

al pari di altri campi, è arrivato per gradi a riconoscere la minore età come una condizione particolare e diversa rispetto all'età adulta.

Al fine di comprendere in profondità come il diritto, ed in particolare quello italiano, ha concepito tale categoria, si ritiene utile fare una premessa storico-filosofica poiché le concezioni di infanzia che si sono susseguite hanno influenzato la formulazione giuridica della categoria stessa. Senza la pretesa di tracciare una ricostruzione completa delle teorie dell'infanzia che si sono alternate nei secoli, si proverà a tracciare alcune linee guida.

In primo luogo si fa riferimento al paradigma noto come paradigma della "indifferenza", concezione che intende la minore età come mera limitazione della capacità negoziale di un soggetto. Tale paradigma ha origine nelle teorie preformazionistiche dello sviluppo umano del periodo pre-illuminista secondo cui ogni essere umano è il "prodotto di un atto istantaneo di creazione e dunque, fin dal suo nascere, un uomo o una donna "in formato ridotto"<sup>169</sup>. Ciò che distinguerebbe il bambino dall'adulto sarebbero solo le dimensioni del corpo. Partendo da queste premesse si sostiene che il ruolo dell'educazione dei giovani si sostanzia nel riuscire a liberare le idee innate che Dio ha posto nell'uomo attraverso una rigida disciplina morale uguale sia per gli adulti sia per i bambini, poiché questi ultimi possiedono le stesse capacità intellettive dei primi<sup>170</sup>.

In opposizione a questo tipo di teorie e al modello educativo del XVIII secolo troviamo le teorie di Rousseau, il quale delinea l'infanzia come età dell'innocenza e della purezza, in antitesi rispetto all'età adulta da cui si differenzia. Per Rousseau l'educazione dovrebbe essere "naturale" e "negativa". In primo luogo naturale perché deve assecondare i tempi lenti e gradualmente che caratterizzano la crescita di un individuo, seguendo il suo naturale sviluppo, dall'infanzia all'età adulta. In secondo luogo deve essere negativa poiché il bambino, in quanto individuo ancora innocente e puro, non ha bisogno di apprendere la virtù ma piuttosto di preservarsi dal vizio, sviluppando in modo spontaneo la sua personalità<sup>171</sup>.

Un'altra voce critica nei confronti dell'innatismo è stata quella di Locke che sostiene al contrario che l'intelletto umano si poggia sull'esperienza personale e sociale. Se da un lato per Locke gli uomini partono tutti da una medesima condizione, dall'altro lato, recuperando l'idea aristotelica della tabula rasa, egli attribuisce un ruolo determinante per il processo di sviluppo umano sia alle esperienze e all'educazione sia alla maturità e alla razionalità. Questi elementi differenziano la condizione del bambino da quella dell'adulto e, su un piano diverso, lo *status* di cittadino da quello di non cittadino<sup>172</sup>. Gli uomini, dunque, nascono uguali ma solo dopo aver acquisito maturità ed esperienza possono diventare liberi cittadini, tale maturità non è innata ma si acquisisce in modo graduale<sup>173</sup>.

---

<sup>169</sup> Fanlo Cortès I., 2008. *Ibidem*, p. 22.

<sup>170</sup> Fanlo Cortès I., 2008. *Ibidem*, p. 22.

<sup>171</sup> Fanlo Cortès I., 2008. *Ibidem*, p. 23.

<sup>172</sup> Fanlo Cortès I., 2008. *Ibidem*, p. 24.

<sup>173</sup> Fanlo Cortès I., 2008. *Ibidem*, p. 25.

Si pongono così le basi per la nascita di nuove teorie dello sviluppo infantile che contribuiranno a cambiare i paradigmi con cui viene interpretata la categoria della minore età. Si passa così dal paradigma dell'indifferenza a quello della "differenza" che permette di scoprire la minore età come un periodo da proteggere e valorizzare in quanto diverso dall'età adulta<sup>174</sup>. Tra gli aderenti a quest'ultimo paradigma ricordiamo Jean Piaget,<sup>175</sup> il quale considera la minore età suddivisa in "stadi evolutivi". Egli aveva ripartito lo sviluppo del bambino in stadi successivi in cui il minore acquisiva progressivamente con la crescita le competenze concettuali. Il processo di crescita sarebbe dunque avvenuto attraverso la graduale acquisizione di livelli sempre più complessi di razionalità<sup>176</sup>. All'età di dodici anni il minore sarebbe stato in grado di utilizzare le capacità logico-formali e la razionalità dell'età adulta.

L'ambito giuridico non è rimasto immune da questi cambiamenti di paradigma, secondo Fanlo Cortés "se consideriamo ad esempio l'ordinamento italiano, qui il prevalere di una visione evolutivo-lineare trova espressione nel meccanismo che radica nell'acquisizione della c.d. capacità di agire il passaggio dalla condizione giuridica di "minore" a quella di maggiorenne"<sup>177</sup>.

Appare, dunque, opportuno chiedersi se il bambino, soprattutto quello piccolo, nonostante sia privo delle caratteristiche tipiche dell'agente morale capace e responsabile, possa essere titolare di diritti. Questa questione tocca la materia dei teorici del diritto in quanto coinvolge la definizione di diritto soggettivo, la sua giustificazione sul piano normativo e l'individuazione di caratteristiche moralmente rilevanti degli aspiranti al titolo di soggetti di diritto e il concetto stesso di persona.

Secondo la posizione volontaristica di stampo anglo-americano, nota come *choice o will theory*, affinché i bambini possano ottenere il riconoscimento di diritti positivi dovranno per prima cosa essere considerati titolari di diritti morali<sup>178</sup>. Si pone così all'attenzione un paradosso: da un lato le carte internazionali a cui si è fatto riferimento all'inizio del capitolo, in special modo la Convenzione del 1989, affermano i diritti della categoria della minore età, dall'altro lato si mette in dubbio che gli individui minorenni siano soggetti diritto. Secondo la *will theory*, i diritti sono poteri normativi che, attraverso l'esercizio della volontà del titolare, determinano il sorgere di obblighi in capo ad altri individui. Secondo questa costruzione teorica il diritto è perciò definito dal potere, inteso come la volontà o la discrezionalità del titolare in riferimento al contenuto del diritto<sup>179</sup>.

---

<sup>174</sup> Fanlo Cortés I., 2008. *Ibidem*, p. 29.

<sup>175</sup> Piaget J., 1993, Il giudizio morale nel fanciullo, (ed. originale, 1932. *Le jugement moral chez l'enfant*). Firenze: Giunti e Barbera; Piaget J., 1967. *Lo sviluppo mentale del bambino e altri studi di psicologia* (ed. originale 1964. *Six études de Psychologie*). Torino: Einaudi; Piaget J., 1973, *La costruzione del reale nel bambino*. (ed. originale 1937. *La construction du réel chez l'enfant*). Firenze: La Nuova Italia; Piaget J., 1973, *La nascita dell'intelligenza del bambino* (ed. originale 1936. *La naissance de l'intelligence chez l'enfant*). Firenze: La Nuova Italia.

<sup>176</sup> Fanlo Cortés I., 2008. *Ibidem*, p. 26.

<sup>177</sup> Fanlo Cortés I., 2008. *Ibidem*, p. 27.

<sup>178</sup> Si fa riferimento alla distinzione tra *moral rights* e *legal rights* di cui abbiamo già parlato.

<sup>179</sup> Fanlo Cortés I., 2008. *Ibidem*, p. 91.

Tra gli studiosi appartenenti a questo orientamento troviamo Herbert Hart<sup>180</sup> secondo cui colui che rivendica il diritto deve essere anche colui che ne controlla l'esecuzione. Il titolare del diritto ha, in fase esecutiva, il potere di estinguere l'obbligo corrispondente al proprio diritto, il potere di chiedere un risarcimento qualora vi sia inadempimento e il potere di estinguere l'obbligo di risarcimento. Il titolare di diritto è un soggetto capace di determinare, attraverso un atto di scelta, il comportamento di un altro soggetto.

Dati questi presupposti, sembra difficile poter includere i bambini tra i soggetti di diritto poiché, specialmente i più piccoli, non saranno in grado né di compiere scelte in piena autonomia né di esercitare il controllo prospettato da Hart. Questa definizione di diritto sembra dunque apparentemente inconciliabile con ciò che si intende per "minore", concetto che rimanda immediatamente ad una debolezza intrinseca legata alla sua immaturità e "incapacità di autogestione senza l'intervento mediativo di protezione, guida e assistenza da parte dell'adulto"<sup>181</sup>.

I diritti dei minori però non sono l'unica categoria ad essere esclusa da tale restrittiva teoria: essa non riesce allo stesso modo a giustificare neppure i diritti indisponibili che, per definizione, sono sottratti alla completa disponibilità del soggetto adulto o minore che sia. Questa concezione di diritto trascura un elemento che dal secondo dopoguerra si è proposto con sempre maggiore insistenza. Il linguaggio dei diritti, infatti, non è stato più legato esclusivamente al piano della volontà, ma è diventato espressione dei bisogni e delle aspettative degli individui<sup>182</sup>.

Su un piano opposto rispetto alle teorie della *will theory* si pongono le teorie degli interessi, o *interests theory*, di cui ricordiamo fra i maggiori esponenti Neil MacCormick<sup>183</sup>. Queste teorie definiscono i diritti come interessi individuali da proteggere attraverso l'attribuzione di doveri ad altri individui. In questo modo viene ridimensionato l'aspetto soggettivo della volontà e valorizzato l'aspetto oggettivo in quanto l'interesse oggetto di protezione è da intendersi così importante da non poter essere lasciato alla sola discrezionalità del titolare<sup>184</sup>.

Secondo Joseph Raz, un soggetto è titolare di un diritto se il suo benessere (il suo interesse) è ragione sufficiente per stabilire che un altro soggetto abbia un dovere nei suoi confronti<sup>185</sup>.

---

<sup>180</sup> Hart H. L. A., 1953. *Definition and Theory in Jurisprudence*, ora in Hart H. L. A., 1983. *Essay in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, p. 21-48; Hart H. L. A., 1973. *Legal rights* ora in Hart H. L. A., 1982. *Essay on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon Press, p. 162-193.

<sup>181</sup> Fanlo Cortès I., 2008. *Ibidem*, p. 5.

<sup>182</sup> Fanlo Cortès I., 2008. *Ibidem*, p. 94.

<sup>183</sup> MacCormick N., 1976. Children Rights: a test-case for theories of rights, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 3: 305-317.

<sup>184</sup> Hierro Sánchez-Pescador L. L., 1991. Tiene los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño. *Revista de Educación*, 294: 221-233.

<sup>185</sup> Raz J., 1988, *The morality of freedom*, Oxford: Clarendon Press.

Altri studiosi, tra cui John Rawls<sup>186</sup>, hanno giustificato l'attribuzione di diritti ai bambini attraverso l'argomento della "potenzialità". Si è sostenuto che l'incapacità tipica della condizione dell'infanzia sia naturalmente superabile e che il bambino, a differenza degli animali o di altri soggetti umani irrazionali, possa sviluppare le capacità razionali che gli permetteranno di essere autonomo<sup>187</sup>.

Le argomentazioni a sostegno dell'inclusione dei bambini tra i soggetti di diritto si sono mosse principalmente in due direzioni. Da un lato, il concetto di diritto soggettivo è stato ridefinito in modo da ricomprendere anche quelle situazioni normative che non fossero riconducibili all'interno dello schema della volontà<sup>188</sup>, dall'altro lato si è lavorato sull'ampliamento della nozione di agente morale in modo da ricomprendervi anche quei soggetti che non abbiano - o non abbiano ancora - la capacità e la razionalità che caratterizza l'età adulta. Entrambe le concezioni hanno origine nel concetto di interesse. Per i primi esiste un legame concettuale/normativo tra diritti e interessi/necessità fondamentali degli individui. Per i secondi, che si concentrano sulla definizione di agente morale, al fine di decidere sull'inclusione nel mondo dei diritti, "la capacità di avere interessi meritevoli di tutela" è un criterio più attendibile rispetto al possesso di capacità razionali<sup>189</sup>.

Queste premesse mostrano alcuni problemi insiti alla relazione tra bambini e diritti. Vediamo ora come il diritto, e nello specifico quello italiano, ha definito nel tempo la categoria giuridica della minore età. Possiamo affermare come la minore età non sia un dato naturale ma piuttosto una scelta legislativa. Sono i legislatori, infatti, a fissare convenzionalmente un'età a partire dalla quale non si apparterrà più alla categoria dei minorenni. In Italia, per esempio, con la legge dell'8 marzo 1975 n. 39 è stato stabilito che il limite per la minore età non fosse più fissato a ventuno anni ma a diciotto, età a cui si sono uniformati la maggior parte dei paesi<sup>190</sup>.

Le definizioni di minore età fornite dal diritto non caratterizzano la categoria né si preoccupano di individuare i differenti soggetti che ne fanno parte ma, come si è già detto, fanno semplicemente riferimento ad un limite convenzionale fissato dal legislatore a partire dal quale un soggetto non sarà più considerato minorenne. Dunque, "si intende per minorenne una persona di età inferiore a quella prescritta dalla legge per essere ritenuta maggiorenne"<sup>191</sup>.

Al compimento dei diciotto anni il nostro ordinamento attribuisce all'individuo la capacità di agire (art. 2 c.c.) mentre la capacità giuridica (art. 1 c.c.) è riconosciuta a tutti gli individui dal momento della nascita. Tuttavia non sempre l'età costituisce lo

---

<sup>186</sup> Rawls J., trad. it. di Santini U., Maffettone S. (a cura di) 1991. *Una teoria della giustizia* (ed. originale 1971. *A theory of justice*). Milano: Feltrinelli.

<sup>187</sup> Fanlo Cortès I., 2008. *Ibidem*, p. 114.

<sup>188</sup> Fanlo Cortès I., 2008. *Ibidem*, p. 88.

<sup>189</sup> Fanlo Cortès I., 2008. *Ibidem*, p. 89.

<sup>190</sup> Morozzo della Rocca P., 2016. *La condizione giuridica dei minori stranieri*, in Claudio Cottatellucci (a cura di), *Diritto di famiglia e minorile: istituti e questioni aperte*. Torino: Giappichelli, p. 310.

<sup>191</sup> Tra le tante citiamo Di Francia A., Dallagiacoma F., 2008. *Ibidem*, p. 1.

spartiacque tra le due capacità: a titolo di esempio si pensi al caso della titolarità del diritto di succedere del non concepito in sede di successione *mortis causa* (artt. 643, 784 c. c.).

Anche la Convenzione di New York, ratificata dall'Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176, afferma che “si intende per *fanciullo* ogni essere umano avente un'età inferiore a diciott'anni, salvo se abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile” (art. 1). I termini “bambino”, “fanciullo” e “adolescente” sono tutti ricompresi nel concetto più ampio di minore età. Questa formulazione non chiarisce neppure se le tutele ricondotte alla minore età siano da intendersi riferite al soggetto dal momento della nascita o, ancor prima, dal momento del concepimento. Su questo punto viene lasciata ampia libertà alle legislazioni nazionali.

Sia la definizione del codice civile italiano sia quella della Convenzione non permettono di comprendere se, entro questa eterogenea categoria, i diritti sanciti siano diversamente modulati in relazione all'età o alla competenza dimostrata dai singoli bambini<sup>192</sup>. Possiamo immaginare che le competenze di un bambino di tre anni siano certamente differenti da quelle di un adolescente di tredici, ma nel silenzio delle norme i diritti “dovrebbero ritenersi applicabili in modo indifferenziato a tutta la fascia di età coperta dalla c.d. minore età legale”<sup>193</sup>.

Dal punto di vista terminologico risulta poco soddisfacente impostare un'analisi dei diritti dei bambini facendo riferimento ad un'unica categoria di “minori”<sup>194</sup> poiché essa risulta al suo interno molto variegata e racchiude soggetti diversi tra loro, dall'età prepuberale all'adolescenza, i quali sono accomunati probabilmente solo dall'impossibilità di compiere determinati atti o negozi giuridici. Nella lingua italiana esistono parole diverse per indicare la condizione di minore età, ma nessuna indica in maniera specifica l'età corrispondente. Si usa infatti sia bambino (fino all'età dell'adolescenza) che adolescente (presumibilmente dai tredici anni) o ragazzo<sup>195</sup>. La parola “minore” invece comprende all'interno tutte queste sfumature ma non riesce a cogliere la differenza tra i vari soggetti.

Vi è chi, come la dottrina giuridica francese, ha elaborato una bipartizione della categoria caratterizzando almeno due tipologie di soggetti. La distinzione in oggetto è quella tra *petits enfants*, neonati o bambini piccoli e *grands enfants*, i quali, se da un lato non hanno ancora raggiunto la maggiore età legale, dall'altro lato hanno invece raggiunto un grado di sviluppo psico-fisico tale da renderli capaci di autodeterminarsi e operare scelte consapevoli.

Senza la pretesa di voler descrivere una realtà certamente più complessa, la formulazione di alcune fasce di minore età potrebbe risultare idonea al fine di prevedere per il minore crescenti livelli di capacità giuridica<sup>196</sup>, che rispecchino maggiormente il

---

<sup>192</sup> King M., 1997. *I diritti dei bambini tra morale e diritto*, in Guido Maggioni, Claudio Baraldi (a cura di), *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell'infanzia*. Urbino: Quattroventi, pp. 229-251.

<sup>193</sup> Fanlo Cortès I., 2008. *Ibidem*, p. 40.

<sup>194</sup> Bosisio R., 2006. *Ibidem*, p. 40.

<sup>195</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 86.

<sup>196</sup> Pocar V., Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 8.

naturale sviluppo psico-fisico dell'individuo grazie ad una regolazione "che preveda, per ogni specifico livello di età, gli atti che il minore non può compiere da solo e i casi in cui il suo consenso e le sue decisioni necessitano di interventi e di sostegni di tipo paternalistico"<sup>197</sup>.

All'interno della dottrina italiana alcuni autori avevano suggerito una divisione della categoria in tre fasce: una prima che comprendesse il periodo da 0 a 7 anni, una seconda dai 7 ai 14 anni e una terza dai 14 fino ai 18 anni<sup>198</sup>.

Nell'ordinamento italiano non sono previste esplicitamente diverse fasce di età ma il legislatore è intervenuto in questo ambito in due direzioni: in primo luogo, regolando alcune situazioni peculiari - di cui si darà conto alla fine del paragrafo - in riferimento specialmente al minore di età tra i quattordici e i sedici anni, in secondo luogo, attraverso il riferimento alla capacità di discernimento. Ove il legislatore non fissi le età a cui siano legati in via presuntiva dei livelli di competenze dei minori, l'esercizio da parte di un minore di un diritto di libertà è subordinato all'accertamento della sua capacità di discernimento<sup>199</sup>. L'accertamento è di norma operato dal giudice, il quale valuta, nel concreto, le competenze del singolo minore relativamente alla capacità di formarsi opinioni personali e alla capacità di scelta in modo autonomo rispetto ai condizionamenti altrui<sup>200</sup>. Certamente, al pari della categoria dell'interesse del minore, anche quella di capacità di discernimento è soggetta ad un'ampia discrezionalità del giudicante. Tuttavia, attraverso il riferimento alla capacità di discernimento, l'opinione del minore può avere un ruolo ai fini della decisione di una situazione che lo interessa. Grazie a tale riferimento, il criterio per riconoscere o meno un diritto non verterebbe esclusivamente sull'età, ma si estenderebbe anche alla valutazione delle diverse abilità del singolo minore in modo da valorizzarlo, abbandonando in questo modo una logica di semplici automatismi non adatta ad una categoria così eterogenea<sup>201</sup>.

La capacità di discernimento riesce, infatti, a rappresentare meglio la graduale acquisizione della maturità da parte del minore e, di conseguenza, della capacità di scelta<sup>202</sup>. L'espressione è presente anche nella Convenzione di New York laddove statuisce che il minore capace di discernimento ha il diritto di essere ascoltato nei procedimenti che lo vedono coinvolto (articolo 12) e nella Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo in materia di biomedicina in cui si prevede che, in riferimento alla capacità di esprimere il consenso, il parere di un minore debba essere preso in considerazione in funzione della sua età e del suo grado di maturità (articolo 6).

---

<sup>197</sup> Hierro L. H., 1999. Il bambino e i diritti dell'uomo. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1: 189-205; Pocar V., Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 13.

<sup>198</sup> Bussani M., Cendon P., Ghedini L., Venchiarutti A., 1991. *I diritti della personalità*, in Paolo Cendon (a cura di), *I bambini e i loro diritti*. Bologna: Il Mulino, p. 53.

<sup>199</sup> Fanlo Cortès I., 2008. *Ibidem*, p. 43.

<sup>200</sup> Fanlo Cortès I., 2008. *Ibidem*, p. 43.

<sup>201</sup> Per approfondire questo argomento si veda Scardaccione G., 2006. La capacità di discernimento del minore. *Diritto di famiglia e delle persone*, 2:1319-1333, dove, a p. 1333 la capacità di discernimento viene è intesa come "adeguato sviluppo del minore da un punto di vista cognitivo, emozionale e relazionale"; Di Francia A., Dallagiaco F., 2008. *Ibidem*, p.12.

<sup>202</sup> Di Francia A., Dallagiaco F., 2008, *ibidem*, p. 1.

Individuate le questioni più controverse legate all'eterogeneità della categoria, si possono affrontare i nodi centrali del dibattito sui diritti dei minori e sulla loro capacità, ovvero il rapporto tra titolarità di un diritto da parte di un individuo minorenni e il suo esercizio. Appare opportuno chiedersi, dunque, se si possa sostenere che un soggetto sia titolare di un diritto anche qualora non possa effettivamente esercitarlo e quale rapporto intercorra tra la categoria dell'interesse del minore, tema di questa ricerca, e quella di diritto del minore.

Fino ad alcuni decenni fa, il minore era considerato un soggetto giuridicamente incapace sia relativamente ai rapporti personali, sia a quelli patrimoniali. Conseguenza di tale incapacità era lo stato di soggezione dei minori ai genitori anche per quanto riguarda i diritti fondamentali, ambito in cui la maggior parte della dottrina ritiene sia inconcepibile una scissione tra titolarità ed esercizio<sup>203</sup>. Già nel 1979 un'autorevole dottrina<sup>204</sup> ricavò dalla Costituzione, ed in particolare dagli artt. 1, 4, 13, 30, 31, 32, 34, 37, 38, una sorta di carta di diritti del minore, mettendo in luce che, per quanto riguarda i diritti fondamentali, la Costituzione non si riferiva solamente agli adulti ma a tutte le persone, minori inclusi. La consacrazione dell'idea del minore come soggetto di diritto si può ricollegare alla Convenzione ONU del 1989 la quale lo enuncia espressamente.

Attualmente le legislazioni nazionali e sovranazionali descrivono il minore come un soggetto titolare di diritti. La titolarità di diritti presuppone, di norma, la libertà dell'individuo in capo al quale tali diritti vengono attribuiti e presuppone allo stesso tempo la capacità di esercitarli. In riferimento a quest'ultimo aspetto, la categoria della minore età pone qualche difficoltà. Per i minori, infatti, sembra prospettarsi una scissione tra titolarità di un diritto e il suo esercizio. Per quanto riguarda la maggior parte dei diritti della personalità, mentre la titolarità viene attribuita al minore con la nascita, l'esercizio di tali diritti è invece rinviato ad età più matura. Si profila così per alcuni autori<sup>205</sup> una situazione contraddittoria poiché un individuo si troverebbe ad essere titolare di un diritto che non può esercitare.

Paolo Vercellone offre due possibili soluzioni al problema della scissione tra titolarità ed esercizio di un diritto: la prima si traduce nel non riconoscere al minore neppure la titolarità del diritto, in modo da non scindere la titolarità dall'esercizio, la seconda consiste nel riconoscere al minore sia la titolarità sia l'esercizio<sup>206</sup>. Il principio da cui si potrebbe dedurre che la soluzione corretta sia la seconda delle due sopra riportate è che il diritto di libertà, sia di diritto privato che di diritto pubblico, debba spettare a tutti i cittadini, senza distinzione di età. Secondo Vercellone, in deroga all'articolo 2 del codice civile, i minori dovrebbero essere considerati capaci di esercitare un diritto poiché non è

---

<sup>203</sup> Di Francia A., Dallagiacomma F., 2008. *Ibidem*, p. 14.

<sup>204</sup> Sandulli A. M., 1982. *Aspetti giuspubblicistici della posizione dei minori*, Relazione tenuta al V° incontro di studio italo-polacco presso l'Accademia Naz. Dei Lincei, Roma 22-23 novembre 1979, ora in *Diritto di Famiglia. Raccolta di scritti di colleghi della facoltà giuridica di Roma e di allievi in onore di Rosario Nicolò*. Milano: Giuffrè, p. 265 ss.

<sup>205</sup> Vercellone P., 2007. *ibidem*, p. 240.

<sup>206</sup> Vercellone P., 2007. *ibidem*, p. 240



configurabile, relativamente ai diritti di libertà, una scissione tra titolarità di un diritto e suo esercizio.

Anche Dallagiacomma e Di Francia<sup>207</sup> sottolineano come la difficoltà maggiore in tema di diritti dei minori non risieda tanto nel riconoscimento dei diritti dei minori quanto nel loro autonomo esercizio poiché solo in sede di esercizio dei diritti si annida un potenziale conflitto di interessi tra i diritti del genitore e quelli del bambino e solo la possibilità di esercitare un diritto, e non la sua mera affermazione, lo rende effettivo.

Altra parte della dottrina è contraria a questa ricostruzione e ritiene invece che “l’espreso riconoscimento dei diritti fondamentali dei minori, che la dottrina più attenta al nuovo sottolinea da decenni, non porti con sé, come conseguenza generale e necessaria, anche la facoltà di farli valere di persona”<sup>208</sup>, di conseguenza il venir meno dell’esercizio del diritto non sarebbe incompatibile con la titolarità stessa del diritto. Può ritenersi ragionevole che un minore possa “partecipare alle decisioni sull’esercizio dei propri diritti fondamentali insieme con gli adulti che hanno una responsabilità nei suoi confronti”<sup>209</sup> potendo esprimere il proprio punto di vista. L’opinione del minore dovrà essere pesata dal giudice in proporzione all’età e alla relativa maturità e capacità di discernimento di cui si è già detto. L’obiettivo di tale valutazione è verificare che il minore che eventualmente dovesse prendere una decisione in autonomia possieda gli idonei strumenti per interpretare la realtà e per valutare le circostanze delle situazioni, evitando così, per quanto possibile, conseguenze negative per la propria vita presente e futura. Nel momento in cui sia affermata la capacità di discernimento, il minore avrà un vero e proprio diritto di interpretare il *proprio migliore interesse*<sup>210</sup>. Da queste premesse si conclude che mentre i minori a cui è riconosciuta la capacità di discernere esercitano o partecipano all’esercizio del proprio diritto, la stessa cosa non si può dire per i minori che ne siano privi. In quest’ultimo caso i minori non sarebbero in grado di individuare quale sia il proprio migliore interesse e risulta di conseguenza necessario che altri soggetti esercitino i diritti in loro rappresentanza. Si ripropone così la problematicità di una categoria estremamente eterogenea che evidentemente non può essere disciplinata in modo uniforme.

Proviamo dunque a delineare le caratteristiche principali di almeno due fasce di età le quali compongono la minore età legale distinguendo tra bambini e ragazzi (adolescenti)<sup>211</sup>.

Per bambini si intendono quegli individui considerati senza dubbio immaturi poiché troppo piccoli per poter possedere la capacità di intendere e di volere. Essi non hanno né la libertà di fare né la libertà di non fare, sono pienamente soggetti ai genitori. I bambini hanno diritto ad essere mantenuti, educati, istruiti ed assistiti moralmente dai genitori (articolo 315 bis c.c. e articolo 30 Costituzione). Sembra potersi riconoscere ai bambini un vero e proprio diritto nei confronti dei terzi indifferenti ovvero quei soggetti che non

<sup>207</sup> Di Francia A., Dallagiacomma F., 2008. *Ibidem*, p. 17.

<sup>208</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 99.

<sup>209</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 99.

<sup>210</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 100.

<sup>211</sup> Vercellone P., 2007. *Ibidem*, p. 242.

hanno nei confronti del minore diritti-doveri di custodia, educazione o istruzione, i quali non possono interferire nella loro sfera. Il minore è titolare del diritto di libertà sia nei confronti di terzi di diritto privato che nei confronti delle pubbliche autorità ma il compito di esercitare tali diritti è attribuito ai genitori. I diritti di libertà dei minori troveranno un limite nel caso in cui la possibilità di un danno o di un pericolo siano tali da far prevalere sulla loro libertà il diritto ancora più importante di essere protetti<sup>212</sup>.

I terzi dovranno anche rispettare sia il diritto del bambino alla propria libertà sia il diritto del genitore all'indirizzo e all'educazione del bambino, con eccezione delle lecite interferenze laddove vi siano precisi obblighi nei confronti dei figli come per esempio l'obbligo scolastico o le regole di prevenzione sanitaria<sup>213</sup>.

Un altro aspetto da non trascurare riguarda i possibili conflitti tra i diritti di libertà dei bambini e il diritto genitoriale previsto dall'articolo 30 della Costituzione. Lo Stato - come si avrà modo di approfondire nel prossimo paragrafo - non è in una posizione totalmente neutrale rispetto al rapporto genitori-figli: da un lato ha il compito di riconoscere e tutelare gli interessi affettivi dei genitori e l'interesse del bambino a vivere con i propri genitori, dall'altro lato può limitare, o addirittura far decadere, la responsabilità genitoriale che non venga esercitata in funzione dell'interesse del figlio<sup>214</sup>. Compito del genitore è quello di formare una persona libera e responsabile rispettandone l'individualità, sostenendolo in un accesso graduale all'autonomia e assolvendo i doveri di cura.

Secondo l'art. 336 c.c., riguardante il procedimento sulla responsabilità genitoriale, il figlio non è legittimato a chiedere personalmente quei provvedimenti giudiziari che la legge prevede per i casi di uso non idoneo della responsabilità genitoriale. I provvedimenti possono essere invocati invece dal Pm, dall'altro genitore, dai parenti e, nel caso in cui si tratti di revocare deliberazioni anteriori, anche dal genitore interessato. Il minore secondo la legge non può stare in giudizio personalmente nei procedimenti che lo riguardano a causa della sua incapacità di agire, non avendo libero esercizio dei diritti (art. 76 c.p.c.). Il legislatore ha però attribuito alcuni diritti processuali ai minori attribuendogli un ruolo atipico nel procedimento: egli non può presentare domande al giudice o fornire prove, ma ha il diritto di essere ascoltato (336 bis c.c.), di ottenere la nomina di un curatore speciale (244 comma 6 c.c.) e di essere assistito da un difensore tecnico<sup>215</sup>. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 1 del 2002, ha affermato che il minore deve essere considerato parte del procedimento. Gli strumenti che l'ordinamento riconosce ai bambini sono quelli di eterodifesa cioè interventi di soggetti esterni alla famiglia i quali hanno il compito istituzionale di salvaguardare i minori<sup>216</sup>.

---

<sup>212</sup> Vercellone P., 2007. *Ibidem*, p. 245.

<sup>213</sup> Vercellone P., 2007. *Ibidem*, p. 247.

<sup>214</sup> Vercellone P., 2007. *Ibidem*, p. 248.

<sup>215</sup> Lenti L., 2016. *Diritto di famiglia ibidem*, p. 138 ss.

<sup>216</sup> Lenti L., 1991. *Il nuovo diritto minorile*, in Paolo Cendon (a cura di), *I bambini e i loro diritti*. Bologna: Il Mulino, p. 74.

Per quanto riguarda invece i ragazzi, di regola, a partire dall'adolescenza, si riscontra una diminuzione dell'esigenza di protezione e un aumento dell'autonomia riconosciuta al ragazzo. Il diritto penale, per esempio, considera imputabili i ragazzi dai quattordici anni.

I divieti che potevano essere considerati condivisibili in relazione a bambini piccoli possono apparire contrari al rispetto della personalità del figlio quando questi diventi adolescente.

Anche il codice civile prevede per gli adolescenti, ma non per i bambini, alcuni diritti che si traducono come limiti alla responsabilità genitoriale in deroga al principio generale dell'incapacità di agire dei minorenni. In questi casi la legge attribuisce autonomia decisionale anche al minorenne che ha raggiunto una certa età in quanto presuppone che sia stata raggiunta una sufficiente capacità di discernimento. In questi casi i genitori non possono agire da suoi legali rappresentanti<sup>217</sup>.

Leonardo Lenti distingue alcuni macro gruppi<sup>218</sup>:

1) Il minore, compiuti i 14 anni, può autonomamente: assentire al proprio riconoscimento tardivo (art. 250 comma 3 c.c.); consentire al genitore esercente la responsabilità di iniziare o proseguire l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità (art. 273 comma 2 c.c.); chiedere al giudice la nomina di un curatore speciale per esercitare azione di disconoscimento di paternità (244 comma 6 c.c.); impugnare il riconoscimento per falsità (264 c.c.); reclamare il proprio stato di figlio (249 comma 5 c.c.) e contestare lo stato (248 comma 5 c.c.); dare il consenso alla propria adozione (art. 25 comma 1 e 45 comma 1 legge 184/1983); avere rapporti sessuali volontari, senza che ciò costituisca reato per l'altra persona (artt. 609 quater c.p.); nel caso in cui un minore di anni 14 abbia un rapporto sessuale con un minore di anni 18, quest'ultimo non è punibile nel caso in cui vi sia una differenza di età tra i due che non supera i 3 anni.

2) Il minore studente di scuola secondaria superiore può autonomamente scegliere se frequentare o meno l'insegnamento della religione cattolica (art. 1 della legge 281/1986).

3) L'adolescente può ottenere e utilizzare anticoncezionali anche se, per alcuni di questi, è prevista la prescrizione medica (art. 2 legge 194). I genitori non possono ottenere informazioni al riguardo né da ASL né da consultori a cui i figli si siano eventualmente rivolti.

4) Il minore quindicenne può decidere di prestare lavoro subordinato. La conclusione del contratto deve essere fatta dal genitore in sua rappresentanza, ma esso non può essere stipulato contro la volontà del minore. Il figlio può esercitare le azioni a difesa dei suoi diritti di lavoratore (art. 2 comma 2).

5) Il minore di anni 16 può: riconoscere il proprio figlio naturale (art. 250 comma 5 c.c.); esercitare il diritto morale d'autore; compiere tutti gli atti relativi all'utilizzazione economica delle proprie opere dell'ingegno ed esercitare le relative azioni (artt. 20 ss. E

---

<sup>217</sup> Lenti L., 2016. *Diritto di famiglia ibidem*, p. 270.

<sup>218</sup> Lenti L., 2016. *Diritto di famiglia ibidem*, p. 270 e ss.

108 legge 633/1941 sul diritto d'autore); la norma si applica anche a casi come i diritti degli interpreti e degli esecutori (artt. 80 e ss legge 633/1941).

6) Vi sono alcuni casi in cui il minore può decidere autonomamente previa autorizzazione di un giudice di: contrarre matrimonio compiuti i 16 anni previa autorizzazione del Tribunale per i minorenni, nel caso in cui abbia meno di 16 anni può riconoscere un figlio naturale previa autorizzazione del Tribunale ordinario (250 comma 5 c.c.).

7) La ragazza di qualunque età che voglia interrompere una gravidanza può chiedere personalmente di farlo se ha ottenuto il consenso dei genitori. Qualora questi non le diano il consenso o non intenda informarli può chiedere l'autorizzazione al giudice tutelare. Nel caso in cui lo ritenga opportuno, quest'ultimo può anche non ascoltare i genitori (art. 12 comma 2 legge 194/1978).

8) Nell'area del diritto alla salute dei minori, all'interno del nostro ordinamento, sono ancora pochi i riferimenti normativi specifici. Non sono fissati livelli di età ma vi sono generici riferimenti al grado di maturità. Secondo l'articolo 6 della Convenzione di Oviedo in tema di consenso dell'incapace ai trattamenti sanitari, il parere di un minore sarà considerato in modo sempre più determinante in funzione della sua età e del suo grado di maturità. L'articolo 33 del codice di deontologia medica del 2014 aggiornato a novembre 2016 garantisce al minore gli elementi di informazione necessari alla comprensione della sua condizione di salute in modo da coinvolgerlo nel processo decisionale. L'articolo 35 stabilisce che il medico debba tenere in considerazione le opinioni del minore in tutti i processi decisionali che lo riguardano.

Gli strumenti riconosciuti dall'ordinamento ai ragazzi sono sia quelli di eterodifesa previsti per i bambini sia quelli di autodifesa cioè la possibilità di prendere decisioni autonome in riferimento a situazioni che lo vedono coinvolto anche in contrasto con le opinioni dei propri genitori<sup>219</sup>.

Riguardo all'interpretazione dei *best interests* dei ragazzi, specialmente per quelli che si avvicinano alla maggiore età, facciamo nostri alcuni criteri proposti da Paolo Vercellone per trattare al meglio i procedimenti in esame<sup>220</sup>.

Un *primo* criterio suggerisce di tenere in considerazione la maturità del minore in concreto rispettando le sue inclinazioni e le sue capacità che sono destinate a progredire con la maturità stessa.

Un *secondo* criterio riguarda la necessità di operare con prudenza i bilanciamenti fra i rischi di seri danni psico-fisici e il rifiuto di dare il consenso ad una loro aspirazione.

Un *terzo* criterio verte sulla reversibilità o irreversibilità della scelta: mentre sembra condivisibile decidere di rimandare nel tempo, senza rilevante pregiudizio, una scelta che il minore potrà comunque fare in un secondo momento, devono essere valutati diversamente i divieti che impediscono comportamenti che “solo oggi sono possibili e domani non più o anche comportamenti che solo se tenuti oggi renderanno possibili

<sup>219</sup> Lenti L., 1991. *Ibidem*, p. 74.

<sup>220</sup> Vercellone P., 2007. *Ibidem*, p. 265.

comportamenti consequenziali nel futuro”. Un esempio può essere quello di vietare ad un minore di candidarsi alle elezioni per organi di partecipazione della scuola.

L'ultimo criterio riguarda i comportamenti che il genitore deve sempre vietare e i comportamenti che il genitore non può imporre ai figli. Certamente sarà considerato opportuno il comportamento del genitore che impedisca al figlio di esercitare la sua naturale inclinazione a delinquere. Sarebbe invece inopportuno il giudice che autorizzasse una minore ad uscire al fine di prostituirsi nonostante i genitori lo avessero vietato. Si potrebbe altresì considerare inopportuno il comportamento del genitore che ostacolasse il processo di definizione dell'identità omosessuale di un minore sedicenne.

Si conclude il paragrafo con alcune considerazioni in riferimento al rapporto che lega il concetto di interesse del minore, oggetto di indagine di questa ricerca, e i diritti del minore. La questione ha avuto rilievo in letteratura poiché, ad una prima analisi, si potrebbe pensare che, in alcune circostanze, il richiamo all'interesse del minore possa indebolire e offuscare i suoi stessi diritti<sup>221</sup>.

Il diritto soggettivo è una pretesa o una facoltà attribuita ad un individuo, il quale può autonomamente decidere di avvalersi o non avvalersi della sua posizione<sup>222</sup>. La definizione di diritto soggettivo, come si è potuto osservare all'inizio di questo paragrafo, può subire alcune variazioni a seconda che sia interpretata come protezione legale a un interesse del suo titolare o che sia interpretata come la possibilità per il titolare stesso di autodeterminarsi, legata in questa seconda accezione alla volontà<sup>223</sup>.

La letteratura ha interpretato il rapporto tra interesse e diritti del minore principalmente in due accezioni. Da un lato si è sostenuto che l'interesse del minore non abbia la funzione di sostituire la categoria di diritti soggettivi e non si ponga in una posizione alternativa rispetto ad essi ma abbia invece la funzione di dare indicazioni precise riguardo alla tutela dei diritti dei genitori e dei minori. L'interesse del minore è perciò la direzione di tutela di un diritto<sup>224</sup>. Questa tesi non contrappone l'interesse del minore al diritto del minore contrariamente alle teorie che, come si è visto, criticando il ricorso al principio in esame, sostengono che il richiamo ai *best interests* sottintenda che i minori siano titolari di meri interessi laddove gli adulti siano invece titolari di diritti soggettivi. Alla luce di tali premesse, la definizione di interesse del minore che ne deriva è quella di un diritto primario il cui contenuto deve individuarsi nel compito di ogni adulto, a cui la legge attribuisce la responsabilità del minore, di adoperarsi al fine di assicurare al minore “la salute fisica e mentale, la sicurezza materiale, un insieme di relazioni interpersonali stabili e non superficiali, un'adeguata assistenza a sviluppare le sue capacità, un ragionevole

---

<sup>221</sup> Ronfani P., 1997. *L'interesse del minore nella cultura giuridica e nella pratica*, in Guido Maggioni, Claudio Baraldi (a cura di), *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell'infanzia*. Urbino: Quattroventi, p. 256.

<sup>222</sup> Fanlo Cortès I., 2008. *Ibidem*, p. 5.

<sup>223</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 98.

<sup>224</sup> Dosi G., 2001. *Dall'interesse ai diritti del minore*, in Ambrosini M. T., Corrado I., Lojacono V., Ziino D., *Scritti sul minore in memoria di Francesca Laura Morvillo*. Milano: Giuffrè, p. 150.

grado di libertà e di autodeterminazione, crescenti con l'età, per seguire le sue inclinazioni naturali e le sue aspirazioni”<sup>225</sup>.

Affermare allora che l'interesse del minore debba avere la prevalenza o almeno essere oggetto di primaria considerazione significa che all'interno della valutazione del caso concreto, l'interesse del minore, nell'accezione sopra riportata, dovrebbe essere sempre oggetto di valutazione nel caso in cui vi sia un conflitto con i diritti di altri soggetti che si trovano in relazione con lui oppure un conflitto fra diversi diritti fondamentali del minore stesso. A titolo di esempio si pensi al dettato degli articoli 336 bis o 337 octies che prevedono il diritto di ascolto del minore ad eccezione che ciò non si ponga in contrasto con il suo interesse.

Contrariamente a quanto ora affermato, per la letteratura che fa riferimento alle teorie liberazioniste, come si è detto, l'interesse del minore non è altro che un retaggio paternalistico. Chi sostiene queste posizioni auspica il definitivo passaggio dalla valutazione dell'interesse del minore ai diritti del minore, contrapponendo le due categorie. I diritti di conseguenza richiamerebbero il pieno riconoscimento della personalità dei minori mentre parlare di interesse comporterebbe lasciare nelle mani degli adulti il potere di occuparsi del bene dei minori all'interno di una cornice intrisa di paternalismo<sup>226</sup>.

Per alcuni autori, tuttavia, non vi è una corrispondenza necessaria fra la titolarità di un diritto e l'autodeterminazione o fra la titolarità di un interesse e l'eterodeterminazione<sup>227</sup>.

Vi è molta confusione nel linguaggio giuridico tra la categoria dell'interesse del minore e i diritti del minore come se questi fossero concetti sovrapponibili. Questa confusione è legata ad un doppio significato che è stato attribuito, almeno in Italia, all'interesse del minore negli ultimi decenni. All'originario significato di standard giudiziario volto a rendere più flessibili le norme generali e astratte, al fine di renderle meglio adattabili alle esigenze del caso concreto, si è aggiunta un'altra accezione. Tale concetto è ormai comunemente richiamato per designare l'esigenza generale di dare attuazione piena ai diritti della minore età<sup>228</sup>. Seguendo questa tendenza il concetto di interesse del minore ha cominciato ad essere richiamato quale giustificazione delle stesse norme generali in materia di minori sul piano della politica del diritto<sup>229</sup>. Di conseguenza, attualmente, per interesse del minore non si intende solo il criterio giudiziario mediante il quale il giudice interpreta il caso concreto anche in modo diverso rispetto alla giurisprudenza precedente e deroga, in certi casi, anche alle norme.

Il concetto assume anche un nuovo significato che si aggiunge all'altro: orientare tutta la materia del diritto minorile al rispetto del benessere dei minori. In questa seconda accezione diventa il fondamento delle stesse norme generali e astratte che, per assurdo, potranno essere derogate in sede di interpretazione in quanto troppo rigide proprio grazie

---

<sup>225</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 97-98.

<sup>226</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 98 e ss.

<sup>227</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 98.

<sup>228</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 93.

<sup>229</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 93.

al principio dell'interesse del minore. In questo secondo significato sarebbe più corretto dunque parlare di interesse dei minori o *best interests of the children* intesi come categoria<sup>230</sup>.

Ai fini della decisione dei casi giudiziari, adottare un'accezione o l'altra non è irrilevante per la determinazione dell'interesse in concreto. I *best interests*, dunque, dovranno essere identificati con l'interesse del singolo specifico minore o con quello dei minori intesi come categoria generale nel suo complesso? In questa seconda accezione non è così raro il configurarsi di una situazione in cui "l'interesse del minore come gruppo sociale non corrisponda, ed anzi, sia addirittura confliggente con quello di un minore particolare"<sup>231</sup> in riferimento alla peculiare condizione in cui egli si trova.

Caso emblematico che divise l'Italia e che descrive in modo chiaro questa problematica è quello di Serena Cruz. La bambina era stata portata in Italia da una coppia di coniugi in seguito al falso riconoscimento di paternità del marito. I giudici, davanti ad una situazione di palese illegalità, avevano deciso di togliere la minore alla coppia con cui la bambina aveva ormai costruito un rapporto affettivo importante. In questa situazione i giudici perseguirono l'interesse di tutta la categoria dei minori affinché, in situazioni future, altri bambini non fossero oggetto di mercificazione e fossero riaffermate le norme relative al procedimento di adozione in Italia. Ma, probabilmente, i giudici, avrebbero potuto decidere in modo differente se l'interesse del minore fosse stato radicato sull'interesse particolare della bambina, la quale è stata sottratta agli unici affetti che aveva costruito in quel particolare momento della sua infanzia<sup>232</sup>.

### 7. Interesse del minore e responsabilità genitoriale

Oltre all'interesse del minore oggetto della nostra ricerca, nel diritto di famiglia operano diverse clausole generali tra cui, per esempio, la responsabilità genitoriale, l'assistenza morale, la collaborazione fra coniugi, l'impossibilità di continuare la convivenza tra coniugi e l'abbandono morale e materiale dei figli<sup>233</sup>.

In questo paragrafo ci si occuperà della responsabilità genitoriale poiché è un istituto giuridico rilevante ai fini del discorso sull'interesse del minore così come viene interpretato dalle corti italiane. Sia la giurisprudenza sia la dottrina infatti confermano ciò che è stato più volte ribadito dal legislatore italiano: la responsabilità genitoriale deve essere esercitata nell'esclusivo interesse dei figli.

Prima di approfondire l'istituto nell'ordinamento italiano è utile accennare brevemente alla sua origine. La nozione di responsabilità genitoriale è introdotta dal *Children Act* del

<sup>230</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 93; Lenti L., 2016. *Diritto di famiglia ibidem*, p. 308.

<sup>231</sup> Ronfani P., 1997. *L'interesse del minore nella cultura giuridica e nella pratica ibidem*, p. 268.

<sup>232</sup> Ronfani P., 1997. *L'interesse del minore nella cultura giuridica e nella pratica ibidem*, p. 269, Zagrebelsky G., 1992. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, p. 192.

<sup>233</sup> Ronfani P., Introduzione, in Bosisio R., Ronfani P., 2015. *Le famiglie omogenitoriali. Responsabilità, regole e diritti*. Roma: Carocci, p. 7.

1989, all'interno della cultura giuridica anglosassone, il quale la definisce genericamente come l'insieme di "tutti i diritti, doveri, poteri e responsabilità che per legge vengono attribuiti al genitore di un minore nei confronti suoi o delle sue proprietà". Tale responsabilità può essere esercitata in materia di educazione, di religione, di amministrazione delle proprietà e di fissazione della residenza<sup>234</sup>. In seguito al *Children Act*, la nozione è utilizzata in molti Paesi occidentali e permea anche il diritto internazionale come dimostra il suo utilizzo nella Convenzione di New York del 1989. L'espressione si trova successivamente nella Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del minore del 1996 e nel Regolamento della Comunità europea 2201/2003 (Bruxelles II bis). In quest'ultimo viene affermato che le decisioni in materia di responsabilità genitoriale devono essere riconosciute ed eseguite in un altro Stato senza bisogno di provvedimenti specifici.

La responsabilità genitoriale è intesa come principio unificante delle legislazioni dei diversi paesi in materia di diritto di famiglia ed è uno dei pilastri su cui si è cercato di creare un'armonizzazione che possa permettere uno spazio giuridico europeo comune. Tuttavia, anche negli strumenti giuridici citati, non viene fornito un contenuto specifico di tale nozione se non come insieme di diritti e doveri. Tale vaghezza rende la responsabilità genitoriale, al pari dell'interesse del minore, una clausola generale dal contenuto indeterminato soggetta ad un'ampia libertà interpretativa del giudice. Il grande margine di discrezionalità porta con sé gli stessi problemi insiti alla clausola generale dell'interesse del minore: essa può prestarsi ad interpretazioni influenzate da differenti valori, modelli sociali e culture di riferimento<sup>235</sup>. I contenuti che andranno a riempire il concetto di responsabilità genitoriale, inoltre, sono correlati e influenzati dalle elaborazioni enucleate dai saperi esperti differenti dal diritto come, in particolare, la sociologia, la psicologia, la pedagogia, ecc<sup>236</sup>.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, il termine *responsabilità genitoriale* è stato introdotto, ispirandosi ai modelli del diritto dell'Unione Europea, in sostituzione della locuzione *potestà genitoriale* con il d. lgs. del 28 dicembre 2013, n. 154. Tale materia era stata precedentemente modificata in modo profondo dalla riforma del 1975 che aveva trasformato la patria potestà, in capo al solo padre, in potestà genitoriale, attribuita ad entrambi i genitori nell'esclusivo interesse dei figli. Prima della riforma degli anni

---

<sup>234</sup> Ronfani P., La responsabilità genitoriale. Il diritto, la cultura giuridica e i saperi esperti, in Bosisio R., Ronfani P., 2015. *Ibidem*, p. 15.

<sup>235</sup> Per capire meglio questo punto si può leggere la "Relazione conclusiva" della Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti alla famiglia e l'elaborazione di proposte di modifica alla relativa disciplina: "valutata l'inopportunità di distinguere due nozioni: quella di responsabilità genitoriale e quella di potestà, perché ciò avrebbe imposto la fissazione di limiti, dell'una o dell'altra nozione, difficilmente conciliabili da un punto di vista logico, prima che giuridico, con la materia trattata [...] si è ritenuto di non definire la responsabilità genitoriale, in modo che tale nozione possa essere riempita di contenuti a seconda dell'evoluzione socio-culturale dei rapporti genitori-figli e possa essere in grado di adattarsi alle future evoluzioni [i rapporti genitori-figli non devono essere più considerati avendo riguardo al punto di vista dei genitori, ma occorre porre in risalto il superiore interesse del minore". Su questo punto si veda Recinto G., 2016. *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, p. 19.

<sup>236</sup> Ronfani P., Introduzione, in Bosisio R., Ronfani P., 2015. *Ibidem*, p. 8.



Settanta, il rapporto genitori-figli era caratterizzato da un ruolo paterno molto simile ad una posizione di vera e propria signoria rispetto al figlio. Il controllo del giudice sui rapporti familiari era molto debole e, in un primo momento, in realtà, questi interveniva principalmente per collocare il minore in istituti di correzione. La madre non esercitava la patria potestà ad eccezione del caso in cui il marito non fosse impossibilitato ad esercitarla<sup>237</sup>.

Al pari degli strumenti internazionali, anche il testo legislativo italiano del 2013 non contiene una specifica definizione di responsabilità genitoriale, vengono indicati invece i doveri attribuiti ai genitori rispetto al mantenimento, all'istruzione, all'educazione e all'assistenza morale dei figli nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni. La relazione della commissione di esperti che ha preparato la redazione del nuovo testo legislativo ha tuttavia stabilito che i rapporti familiari debbano essere considerati dal punto di vista dell'interesse superiore del minore e non da quello dei genitori. Ciò costituisce ormai un patrimonio condiviso della cultura giuridica in materia di diritto di famiglia<sup>238</sup>. Il riferimento della commissione ad un "patrimonio condiviso" richiama gli orientamenti di esperti, operatori del diritto e sociali dei paesi europei. In particolare sono richiamati i basilari principi di uguaglianza fra i genitori nella titolarità e nell'esercizio delle decisioni più importanti e di priorità dell'interesse superiore del figlio e dei suoi diritti fondamentali. I diritti e poteri attribuiti ai genitori sono orientati all'assolvimento dei compiti imposti dal loro ruolo e devono essere interpretati come strumento per il perseguimento dell'armonioso sviluppo psico-fisico del minore. Attraverso questo intervento il legislatore ha definitivamente abbandonato l'antico schema della potestà che, nonostante gli intervenuti mutamenti di sostanza, evocava una soggezione molto forte del minore al genitore - richiamata dallo stesso termine *potestas* - senza specificare che ciò fosse stabilito in virtù del suo interesse<sup>239</sup>.

Il potere attribuito ai genitori, dunque, è peculiare in quanto non è attribuito né nel loro interesse personale, né nell'interesse della famiglia come collettività bensì, in modo esclusivo, nell'interesse dei figli. La responsabilità, di conseguenza, non realizza un potere *sui figli* ma un potere *per i figli*. Non attribuisce un diritto soggettivo ai genitori ma piuttosto un potere-dovere - un *officium*, un *munus*<sup>240</sup> - cioè "una funzione e quindi un potere non completamente discrezionale, ma strumentale al fine per cui è stato conferito, che si riduce ad un adeguato svolgimento del processo educativo del figlio minore"<sup>241</sup>.

L'ordinamento riconosce ai genitori principalmente due tipi di potere. In primo luogo, quelli connessi alla tutela della personalità del minore, che li impegnano congiuntamente

---

<sup>237</sup> Lenti L., 2016. *Diritto di famiglia ibidem*, p. 261.

<sup>238</sup> Ronfani P., La responsabilità genitoriale. Il diritto, la cultura giuridica e i saperi esperti, in Bosisio R., Ronfani P., 2015. *Ibidem*, p. 16.

<sup>239</sup> Sesta M., 2016. *Ibidem*, p. 246; Moro A. C., Fadiga L., 2008. *Manuale di diritto minorile*. Bologna: Zanichelli, p. 195.

<sup>240</sup> Ianniello R., Mari L., 2007. *Minori, Famiglie, Tribunale*. Milano: Giuffrè, p. 200; Ferri L., 1988. *Della potestà dei genitori. Art. 315-342*. Bologna: Zanichelli, p. 2.

<sup>241</sup> Moro A. C., Fadiga L., 2008. *Manuale di diritto minorile*. Bologna: Zanichelli, p. 194.

alla cura, al sostegno e alla vigilanza nei confronti dei figli. Tali poteri possono essere fatti valere anche nei confronti dei terzi a protezione da turbative esterne. In secondo luogo, i genitori hanno poteri relativi all'amministrazione dei beni dei minori ed alla rappresentanza di questi per i diritti patrimoniali<sup>242</sup>.

La nuova idea di responsabilità genitoriale deve essere letta alla luce della rappresentazione del minore come titolare di diritti fondamentali proclamati dalla Convenzione ONU<sup>243</sup>. In particolare, i genitori hanno il compito di guidare i figli nell'esercizio dei diritti di cui sono titolari in modo conforme alle loro capacità e secondo i livelli di autonomia e di competenza progressivamente raggiunti (art. 14 Convenzione). Questa impostazione rimanda ad una categoria di minore vista come soggetto "speciale" in equilibrio tra sviluppo della sua autonomia e bisogno di protezione. I genitori hanno perciò il compito di indirizzare i figli mediante l'ascolto e la partecipazione in modo da scongiurare il rischio che proprio l'esercizio dei diritti possa ledere il loro migliore interesse<sup>244</sup>. La responsabilità genitoriale, poiché volta all'interesse del figlio, è sottoposta al controllo pubblico.

Ronfani e Bosisio individuano due significati particolari di responsabilità genitoriale: una prima fa riferimento alla responsabilità genitoriale come bene pubblico, una seconda si riferisce alla responsabilità intesa come cura<sup>245</sup>. Per quanto riguarda la prima, come sottolineato dallo stesso art. 29 della Convenzione di New York del 1989, i genitori hanno il dovere di crescere i figli in modo che diventino individui socialmente responsabili, capaci di vivere con gli altri individui nella solidarietà e nell'impegno morale<sup>246</sup>. Fra i compiti fondamentali dei genitori vi è quello "di educare i figli indicando i confini morali, le limitazioni e i divieti legali, di possibili decisioni e comportamenti, affinché essi si astengano dal compiere azioni antisociali o devianti"<sup>247</sup>. Secondo questa prospettiva, i genitori partecipano insieme allo Stato allo sviluppo di nuovi cittadini consapevoli e responsabili. Per quanto riguarda invece la responsabilità genitoriale intesa come cura, secondo Ronfani<sup>248</sup>, in un'accezione semplificata, per cura potrebbe intendersi la capacità di riconoscere i bisogni dell'altro e farsene carico. "Nell'accezione della cura" – spiega Ronfani<sup>249</sup> - "la dimensione saliente della responsabilità genitoriale viene colta non tanto nelle indicazioni, e prescrizioni, dei saperi esperti e negli obblighi di natura legale, quanto

<sup>242</sup> Moro A. C., Fadiga L., 2008. *Manuale di diritto minorile*. Bologna: Zanichelli, p. 199.

<sup>243</sup> Ronfani P., La responsabilità genitoriale. Il diritto, la cultura giuridica e i saperi esperti, in Bosisio R., Ronfani P., 2015. *Ibidem*, p. 19.

<sup>244</sup> Freeman M., 1992, *The limits of children's rights*, in Freeman M., Vermann P. (a cura di), *The Ideology of Children's rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 29-46.

<sup>245</sup> Ronfani P., La responsabilità genitoriale. Il diritto, la cultura giuridica e i saperi esperti, in Bosisio R., Ronfani P., 2015. *Ibidem*, p. 22.

<sup>246</sup> Berman S., 1997. *Children's Social Consciousness and the Development of Social Responsibility*. New York: State University of New York Press.

<sup>247</sup> Ronfani P., La responsabilità genitoriale. Il diritto, la cultura giuridica e i saperi esperti, in Bosisio R., Ronfani P., 2015. *Ibidem*, p. 24.

<sup>248</sup> Ronfani P., La responsabilità genitoriale. Il diritto, la cultura giuridica e i saperi esperti, in Bosisio R., Ronfani P., 2015. *Ibidem*, p. 27.

<sup>249</sup> Ronfani P., La responsabilità genitoriale. Il diritto, la cultura giuridica e i saperi esperti, in Bosisio R., Ronfani P., 2015. *Ibidem*, p. 30.

piuttosto nei modi concreti di lavoro e di amore<sup>250</sup>, nel consolidarsi di sentimenti e di competenze, nelle negoziazioni quotidiane che si realizzano nelle diverse modalità delle relazioni fra genitori e figli, e più in generale fra adulti e minori”<sup>251</sup>.

Le regole codicistiche in tema di responsabilità genitoriale disciplinano il conferimento, l'estensione e l'esercizio della stessa sia rispetto alla persona del figlio (artt. 315 bis- 318 c.c.), sia rispetto alla sua sfera patrimoniale (artt. 320-329 c.c.). Inoltre è previsto un controllo giudiziale sull'esercizio di tali funzioni (artt. 330 e 332-337 c.c.)<sup>252</sup>. Al pari dei genitori coniugati, anche i genitori non coniugati devono condividere la responsabilità genitoriale.

La responsabilità genitoriale è posta in capo ad entrambi i genitori e deve essere esercitata congiuntamente (art. 316 c.c.). Essi devono cioè concordare su alcune “linee generali di indirizzo sulla base delle quali ciascuno potrà e dovrà operare anche separatamente. Solo eccezionalmente la potestà sarà esercitata in modo esclusivo da uno solo dei genitori”<sup>253</sup>.

Si illustreranno brevemente i diritti dei figli previsti dal nuovo codice civile italiano<sup>254</sup>.

Innanzitutto, con l'entrata in vigore della legge n. 219/2012<sup>255</sup>, che ha introdotto lo stato unico di filiazione (art. 315), sono state eliminate le differenze fino a quel momento esistenti tra figli nati nel o fuori del matrimonio sia per quanto riguarda gli aspetti patrimoniali e successori sia perciò che riguarda la parentela<sup>256</sup>. Tutti i figli hanno diritto al mantenimento, all'educazione, all'istruzione e all'assistenza morale. I genitori nell'esercizio di questi doveri devono rispettare le capacità, le inclinazioni e le aspirazioni dei figli (art. 315 bis comma 1, art. 30 Costituzione). Questo diritto-dovere grava su entrambi i genitori i quali hanno diritto a non subire interferenze ingiustificate da parte della pubblica autorità (art. 30 comma 1 Cost. e art. 8 comma 1 Cedu)<sup>257</sup>.

I figli hanno, inoltre, il diritto di crescere nella propria famiglia e di mantenere dei rapporti significativi con i propri parenti (315 bis c.c. comma 2, c.c.); hanno il dovere di rispettare i genitori e contribuire al mantenimento della famiglia in base alle proprie

<sup>250</sup> Smart C., Neale B., 1999. *Family Fragments*, Cambridge: Polity Press, p. 163.

<sup>251</sup> Finch J., Mason J., 1993. *Negotiating Family Responsibility*. Abingdon: Routledge.

<sup>252</sup> Sesta M., 2016. *Ibidem*, p. 250.

<sup>253</sup> Moro A. C., Fadiga L., 2008. *Manuale di diritto minorile*. Bologna: Zanichelli, p. 195.

<sup>254</sup> Una completa trattazione si può trovare in Sesta M., 2016. *Ibidem*, p. 247 e ss, si veda anche Figone A., 2014. *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*. Giappichelli: Torino, p. 70 e ss; Sesta M., 2015. *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, *Famiglia e diritto*, 11: 1014.

<sup>255</sup> Il relativo decreto attuativo è il d. lgs. n. 154/2013.

<sup>256</sup> Spiega Sesta “La pienezza dello *status* di figlio era attribuita alla sola filiazione legittima, che godeva di ogni tutela: nei confronti dei genitori, obbligati al mantenimento, all'educazione ed all'istruzione (147 c.c.), degli ascendenti, anch'essi tenuti al mantenimento (art. 148, ultimo comma, c.c.) ed anche dei parenti, soggetti in determinate circostanze all'obbligo alimentare (art. 433 c.c.). I figli naturali riconosciuti godevano d'identica tutela, ma solo nei riguardi del genitore che aveva effettuato il riconoscimento; ai figli non riconosciuti o non riconoscibili era attribuita una protezione limitata, potendo essi ricedere dal genitore solo un sussidio di natura alimentare (art. 279 c.c.). [...] Anche sul piano successorio la situazione era differenziata” (Sesta M., 2016. *Ibidem*, p. 240; per approfondire le differenze tra diritti dei figli legittimi e naturale si vedano p. 240 ss).

<sup>257</sup> Lenti L., 2016. *Diritto di famiglia ibidem*, p. 255.

capacità finché convivono con essa e il dovere di non abbandonare, sino alla maggiore età o emancipazione, la casa familiare.

Si ritiene che i diritti del minore spettino al figlio dal momento della nascita e che non cessino al compimento della maggiore età ma che si protraggano fino al momento del raggiungimento dell'autosufficienza economica. L'articolo 315 bis, infatti, attribuisce in modo generico tali diritti al *figlio*, non limitando come in altri casi - si pensi al comma 3 dello stesso articolo - il diritto al *figlio minore*<sup>258</sup>.

All'articolo 315 bis c.c. il legislatore prevede, nell'assolvimento dei compiti genitoriali, il rispetto delle capacità e inclinazioni dei figli. Viene dato rilievo così alla specifica personalità di un soggetto in opposizione all'antico riferimento a parametri oggettivi - i principi della morale cui si riferiva l'articolo 147 della versione originaria del 1942 - che, invece di rispettare la personalità dell'individuo, tendevano a uniformarla a quella di una morale collettiva più o meno condivisa<sup>259</sup>.

Secondo l'art. 315 bis c.c., il minore ha *diritto di essere mantenuto*, dove per mantenimento non si devono intendere solo gli obblighi meramente alimentari ma anche ogni altra spesa per arricchire la personalità del beneficiario<sup>260</sup>.

Il minore ha *diritto a una istruzione*, ai sensi dell'art. 315 bis c.c. e degli artt. 30 e 34 Costituzione. Il corrispondente obbligo di garantire al minore un'istruzione è posto sia in capo ai genitori, sia in capo ad istituzioni esterne alla famiglia<sup>261</sup>.

È prevista inoltre all'art. 731 c.p. una sanzione per chi, rivestito di autorità o incaricato di vigilanza su un minore, ometta senza giusto motivo di impartirgli o di fargli impartire l'istruzione elementare.

Inoltre, il minore ha *diritto di essere educato* così come previsto dagli artt. 315 bis c.c. e 30 della Costituzione. Questo diritto costituisce un terreno molto scivoloso per il giurista poiché esso è difficilmente definibile in quanto il suo contenuto dipende strettamente dall'evoluzione della società e degli orientamenti sociali e pedagogici<sup>262</sup>. La Costituzione non fornisce espliciti indirizzi educativi, delegando il compito educativo alla famiglia. Ai genitori è così riconosciuto il diritto di educare i propri figli secondo il sistema di valori e di convincimenti che ritengono più idoneo (articolo 30.1 Cost.) e hanno il diritto di non sottostare in questo ad indirizzi imposti dallo Stato. Questo principio è tipico delle odierne democrazie, mentre la versione originaria dell'articolo 147 c.c. prevedeva che l'educazione dovesse essere impartita secondo i principi della morale condivisa dalla società - quella fascista - proveniente dall'esterno della famiglia<sup>263</sup>.

Il punto è controverso perché, se da un lato la più recente dottrina esalta le libertà fondamentali come quella di pensiero, di religione, ecc., contenute negli artt. 8, 19, 21 e

---

<sup>258</sup> Sesta M., 2016. *Ibidem*, p. 248.

<sup>259</sup> Sesta M., 2016. *Ibidem*, p. 248.

<sup>260</sup> Sesta M., 2016. *Ibidem*, p. 256; Lenti L., 2016. *Diritto di famiglia e servizi sociali*. Torino: Giappichelli, p. 259.

<sup>261</sup> Lenti L., 2016. *Diritto di famiglia ibidem*, p. 257.

<sup>262</sup> Sesta M., 2016. *Ibidem*, p. 261.

<sup>263</sup> Lenti L., 2016. *Diritto di famiglia ibidem*, p. 262.

49 della Costituzione, dall'altro si sostiene che, sempre in forza della Carta Costituzionale, sarebbero previste alcune direttive di formazione della personalità minorile<sup>264</sup>. Di conseguenza, si potrebbe affermare che la libertà di opinione, di pensiero, di religione non varrebbe per i genitori, i quali, nell'educazione dei figli, dovrebbero rispettare il sistema di valori complessivo che promana dalla Costituzione<sup>265</sup>. Secondo parte della dottrina, la libertà educativa incontra un limite "nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento, risultanti dalle disposizioni costituzionali e dalla legislazione penale, dalle quali si evince una sorta di minimo etico imprescindibile per una convivenza civile. Sarebbe infatti contraddittorio ritenere che l'azione pedagogica possa lecitamente indirizzarsi contro i valori su cui si fonda l'ordinamento che regge la società di cui il minore è parte integrante"<sup>266</sup>. Secondo altra parte della dottrina, invece, la Costituzione non indica alcun principio a cui attenersi nell'educazione dei figli, di conseguenza, ai genitori è riconosciuta piena libertà in ambito educativo<sup>267</sup>.

Il tema è tuttora discusso in giurisprudenza: recentemente un orientamento giurisprudenziale ha censurato i modelli educativi tramandati all'interno di famiglie appartenenti alla criminalità organizzata mafiosa poiché considerati eversivi rispetto ai valori costituzionali e maltrattanti rispetto ai minori coinvolti. In questi casi i genitori che indottrinarono i figli ad una cultura della violenza e della sopraffazione dell'altro sono stati oggetto di provvedimenti di limitazione della responsabilità genitoriale<sup>268</sup>.

Il minore ha poi *diritto di crescere in famiglia* ed essere educato e formato all'interno del proprio nucleo familiare, luogo che l'ordinamento ritiene fondamentale per lo sviluppo pieno della personalità del bambino<sup>269</sup>. Tale diritto si evince dagli articoli 315 bis del codice civile e dalla l. 184/1983 sull'adozione.

Il minore ha diritto a vivere in un *ambiente familiare idoneo*. Per idoneità deve intendersi avere la possibilità di vivere in condizioni materiali e morali tali da permettere al minore una crescita equilibrata pur nei limiti posti dalle possibilità economico-sociali e culturali della famiglia<sup>270</sup>. Il diritto è altresì previsto dalla Convenzione di New York 1989 nel Preambolo e agli articoli 5, 8, 9, 16, 21, 22, 40. In primo luogo, il minore ha diritto alla *propria* famiglia, che sia nucleare o allargata. L'autorità pubblica ha nei suoi confronti due doveri: un primo dovere negativo riguarda il divieto di interferire nella vita familiare a meno che l'interesse del minore non richieda un intervento, un secondo dovere

---

<sup>264</sup> Bessone M., 1976. *art 30-31*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*. Bologna-Roma: Zanichelli, p. 102.

<sup>265</sup> Bessone M., 1976 *Ibidem*, p. 104. Non è concorde Zatti P., 1980. *Rapporto educativo e intervento del giudice*. Milano: Giuffrè p. 236, secondo cui i genitori dovrebbero godere della libertà di formare anche opinioni contrarie doveri richiamati dall'art. 2 della Costituzione.

<sup>266</sup> Sesta M., 2016. *Ibidem*, p. 261.

<sup>267</sup> Ferri L., 1988. *Ibidem*, p. 11.

<sup>268</sup> Trib. min. Reggio Calabria, decreto 8.03.2016, trib. min. Reggio Calabria, decreto 24.01.2014, trib. min. Reggio Calabria, decreto 19.07.2012, 2, Trib. min., decreto 29.09. 2015. Per approfondire il citato orientamento giurisprudenziale si rinvia a Vannoni G., 2017. L'interesse del minore ad un'educazione conforme ai valori fondativi della Costituzione, *Consulta online*, 2: 298-309.

<sup>269</sup> Sesta M., 2016. *Ibidem*, p. 264.

<sup>270</sup> Lenti L., 2016. *Diritto di famiglia ibidem*, p. 256.

positivo impone allo Stato di sostenere le famiglie con opportuni interventi di aiuto e sostegno<sup>271</sup>. In secondo luogo, qualora la propria famiglia non voglia o non sia in grado di fornire un ambiente idoneo al minore, questi ha diritto ad avere *un'altra* famiglia. In questo caso, se le difficoltà del nucleo di origine sono di natura temporanea, si può ricorrere ad una famiglia affidataria (art 2 ss legge 184/1983, legge 28 marzo 2001 n. 149 «Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori»), qualora si presenti il caso di un abbandono irreversibile si può ricorrere ad una famiglia adottiva (art 8 ss. Legge 184/1983).

Nel nostro ordinamento, dunque, l'adozione è considerata come *extrema ratio*, l'ultimo provvedimento adottabile nel caso in cui tutti gli altri interventi invocabili non abbiano avuto gli effetti sperati. In questa logica, allontanare un minore non vuol dire sanzionare la sua famiglia, ma prendere provvedimenti affinché questo sia protetto da eventuali pericoli.

Il minore ha *diritto di mantenere rapporti significativi con i parenti* (art. 315 bis comma 2; art. 337 ter comma 1 del codice civile). Questo diritto è stato classificato da parte della dottrina come diritto relazionale, cioè che spetta alle due parti del rapporto in modo reciproco e in cui le limitazioni sono ammesse solo se adottate nell'interesse del minore. Nella giurisprudenza della Corte Edu è definito come diritto alla reciproca frequentazione, cioè a relazioni reciproche all'interno dell'ambiente familiare protette da ingiuste interferenze dell'autorità pubblica<sup>272</sup>. Tra i parenti, una tutela particolare è riconosciuta sia ai nonni (317 bis codice civile) sia al coniuge del genitore (articolo 44, l. 184/1983). Per quanto riguarda in particolar modo il convivente del genitore, non è presente un'espressa protezione legislativa, ma su questo punto si è recentemente sviluppato un orientamento giurisprudenziale<sup>273</sup>, di cui si darà conto nei prossimi capitoli, che tende a equiparare il convivente al coniuge, a prescindere dall'orientamento sessuale.

L'ordinamento italiano all'art. 315 bis comma 3 e la Convenzione di New York, all'art. 12 prevedono, inoltre, come si è visto, il *diritto all'ascolto* del minore nei procedimenti che lo riguardano. Il diritto è previsto anche dall' articolo 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo del 1996 (ratificata dall'Italia con l. n. 77/2003), dall' art. 24 Carta di Nizza del 2000 (vincolante con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona), dall'art. 337 octies c.c. per i procedimenti di affidamento e 315 bis comma 3 c.c.

Il nuovo art. 315 bis comma 3 c.c. supera la convinzione che prevedeva il diritto all'ascolto solamente nei procedimenti giudiziari, stabilendo che i genitori debbano coinvolgere il minore ultradodicesime in tutte le questioni che lo riguardano<sup>274</sup>. In caso di età inferiore è tuttavia possibile che il giudice ascolti il minore se questi ha sufficiente capacità di discernimento. All'articolo 336 c.c. sono indicate le modalità di ascolto. Il

---

<sup>271</sup> Lenti L., 2016. *Diritto di famiglia ibidem*, p. 310; Sul punto si veda anche Recinto G., 2016. *Ibidem*, p. 36.

<sup>272</sup> Lenti L., 2016. *Diritto di famiglia ibidem*, p. 256.

<sup>273</sup> Tra le tante citiamo Trib. Roma Sez. minori, Sent., 30-07-2014, App. Milano, Sent., 16-10-2015.

<sup>274</sup> Sesta M., 2016. *Ibidem*, p. 269.

giudice, qualora l'ascolto sia in contrasto con l'interesse del minore, o manifestamente superfluo, e previa motivazione, può omettere di ascoltare il minore<sup>275</sup>.

L'art. 316 comma 2 c.c. prevede che, nel caso in cui i genitori non riescano a trovare un accordo su una questione di particolare importanza, ognuno di loro possa indicare al giudice il provvedimento che ritiene più opportuno. Il giudice, dopo aver tentato una conciliazione e ascoltato il minore, se ultradodicesenne, suggerisce una soluzione nell'interesse del minore. Ove il tentativo non riesca il comma 3 prevede che il giudice attribuisca al genitore che ritiene il più idoneo a curarsi dell'interesse del minore il potere di prendere una decisione sul caso concreto.

Poiché la responsabilità è un potere non *sui figli* ma *per i figli* e costituisce il mezzo con cui il genitore adempie i doveri legati al suo ruolo, l'ordinamento ha previsto un controllo sulla rispondenza dell'esercizio della responsabilità alle finalità per cui questa è stata attribuita<sup>276</sup>. Qualsiasi uso dei poteri che non sia finalizzato alla crescita umana del figlio minore e quindi al suo interesse, può essere sanzionato. Perché un comportamento sia giudicato come violenza, trascuratezza o abuso, l'elemento della colpa o del dolo del genitore è irrilevante. Se si realizza un'oggettiva violazione dei doveri inerenti alla responsabilità genitoriale, e ciò causa un possibile pregiudizio per l'interesse del minore, il Tribunale potrà prendere provvedimenti in modo da salvaguardare il minore. L'intervento, pertanto, non ha carattere sanzionatorio nei confronti del genitore<sup>277</sup>, ma ha funzione preventiva nei confronti del minore. Il giudice interviene al fine di rimuovere la situazione di pregiudizio nell'interesse del minore, il quale costituisce l'unico parametro per valutare la congruità delle decisioni<sup>278</sup>.

La condotta gravemente pregiudizievole, rilevante ai fini della dichiarazione di decadenza della responsabilità genitoriale, può consistere nei maltrattamenti fisici o psicologici o nel disinteresse verso il figlio. È possibile adottare provvedimenti anche verso quei genitori che si dimostrino incapaci di capire i bisogni del figlio, soprattutto nel caso in cui i genitori non si siano dimostrati collaborativi nei confronti dei servizi sociali<sup>279</sup>.

L'ordinamento non prevede una specifica tipologia di interventi che il Tribunale possa adottare ma lascia alla discrezionalità dell'organo giudicante l'individuazione di quello più idoneo al singolo caso. I provvedimenti possono essere poco invasivi sul nucleo familiare come, per esempio, la convocazione delle parti al fine di far comprendere ai genitori tramite colloquio i pregiudizi che le loro condotte potrebbero arrecare al minore.

---

<sup>275</sup> Sul punto si veda anche Recinto G., 2016. *Ibidem*, p. 26 e Macrillò A. (a cura di), 2015. *Ibidem*, p. 152.

<sup>276</sup> Moro A. C., Fadiga L., 2008. *Manuale di diritto minorile*. Bologna: Zanichelli, p. 202; Ianniello R., Mari L., 2007. *Ibidem*, p. 199.

<sup>277</sup> Sul punto anche Ruscello F., 2007. *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in Ferrando G. (a cura di) *Il nuovo diritto di famiglia. III*. Bologna: Zanichelli, pp. 182-183; Sesta M., 2016. *Ibidem*, p. 278.

<sup>278</sup> Fasano A., Matone S., 2013. *I conflitti della responsabilità genitoriale*, in Cendon P. (a cura di), *Il diritto privato oggi*. Milano: Giuffrè, p. 336.

<sup>279</sup> Moro A. C., Fadiga L., 2008. *Manuale di diritto minorile*. Bologna: Zanichelli, p. 202-203; App. Milano, sez. min., 12 dicembre 1974 pubblicata in *Esper. Ried.*, 1975: 135.

Il giudice può imporre ai genitori i comportamenti che ritiene opportuni o può affidare il minore ai servizi sociali. Tra i provvedimenti più invasivi nei confronti della famiglia vi sono l'allontanamento dei figli, la sospensione e la decadenza della responsabilità genitoriale<sup>280</sup>. Non è indispensabile che il minore abbia già subito il danno, basta che vi sia un pericolo<sup>281</sup>.

Per quanto riguarda il provvedimento di allontanamento, questo viene utilizzato sia in caso di decadenza di entrambi i genitori ex articolo 330 comma 2 del codice civile, sia in presenza di un procedimento in corso per la dichiarazione di adottabilità ex articolo 10 comma 3 legge 184/1983. Esso dovrebbe essere utilizzato esclusivamente quando non vi sia altro rimedio in quanto molto invasivo nelle relazioni familiari e traumatico per il minore. In realtà, nella prassi è spesso utilizzato sia da parte del Tribunale per i minorenni sia dai servizi sociali. Tuttavia, i servizi sociali possono disporlo solo avvalendosi dei poteri ex articolo 403 del codice civile<sup>282</sup>.

Le misure necessarie al fine di tutelare l'interesse del minore sono contenute negli articoli 330 e 333 del codice civile<sup>283</sup>. L'articolo 330 c.c. contiene il provvedimento più grave nei confronti del genitore, cioè la decadenza della responsabilità genitoriale, prevista "quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio". La decadenza della responsabilità genitoriale può essere la conseguenza di una condanna penale nei casi previsti dalla legge (art. 34, comma 1, e 569 c.p.). Questo avviene nell'ipotesi di condanna all'ergastolo (art. 32, comma 2 c.p.), o in caso di reclusione per i reati di incesto (art. 564, comma 4, c.p.), supposizione o soppressione di stato (art. 566 c.p.), alterazione di stato (567 c.p.) e occultamento di stato di un figlio (art. 568 c.p.). Per i casi di alterazione di stato e di soppressione di stato, di recente, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 569 c.p. nella parte in cui prevede che in caso di condanna del genitore per tali reati debba conseguire *automaticamente* la perdita della responsabilità genitoriale invece che essere rimessa al giudice la possibilità di una valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto (31/2012 e 7/2013).

La decadenza dalla responsabilità genitoriale, inoltre, può verificarsi in caso di condanna per i reati ex articoli 609 bis, ter, quater, quinquies, octies c.p. e per il reato di impiego di minore nell'accattonaggio ex articolo 671 c.p. È controverso se in queste ipotesi la decadenza riguardi solamente il rapporto tra il genitore ed il singolo figlio coinvolto nel particolare caso inerente la condanna o sia estesa anche nei confronti degli altri eventuali figli<sup>284</sup>.

---

<sup>280</sup> Moro A. C., Fadiga L., 2008. *Manuale di diritto minorile*. Bologna: Zanichelli, p. 203.

<sup>281</sup> Ruscello F., 2007. *Ibidem*, p. 184.

<sup>282</sup> Lenti L., 2016. *Diritto di famiglia ibidem*, p. 318. Per approfondire questo strumento che può utilizzarsi solo in situazione gravi e urgenti si veda p. 326.

<sup>283</sup> Figone A., 2014. *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*. Giappichelli: Torino, p. 91 e ss; Ruscello F., 2016. *Intervento pubblico e decadenza dalla responsabilità genitoriale*, Roma: Aracne, p. 65 e ss; Macrillò A. (a cura di), 2015. *Ibidem*, p. 158.

<sup>284</sup> Sesta M., 2016. *Ibidem*, p. 279.



Quando vi sia una condanna alla reclusione per almeno 5 anni il giudice può decidere di sospendere la responsabilità genitoriale nell'interesse del minore (art. 32 comma 3 c.p.).

La decadenza sospende tutti i diritti-doveri della responsabilità genitoriale salvo l'obbligo di mantenimento.

L'articolo 332 c.c. prevede che il giudice possa reintegrare nella responsabilità il genitore decaduto quando siano cessate le motivazioni per cui il provvedimento era stato adottato e quando sia escluso ogni pericolo di pregiudizio per il minore. L'articolo 333 c.c. contiene invece le misure utilizzabili quando la condotta non è considerata così grave da dover ricorrere alla decadenza. In entrambe le ipotesi, in gravi casi, si può decidere di allontanare il minore dalla casa familiare o il genitore che ha tenuto condotte maltrattanti o abusanti.

I provvedimenti con cui viene limitata o condizionata la responsabilità genitoriale, la cui durata è a discrezione del giudice, sono revocabili in qualsiasi momento quando vengano meno i motivi per cui erano stati disposti.

È allo stesso modo affidato alla valutazione del giudice il non facile compito di decidere quando il comportamento dei genitori integri una condotta maltrattante e quando invece esso rientri nell'ambito della discrezionalità educativa<sup>285</sup>. Pensiamo, per esempio, all'individuazione dell'interesse del minore in temi molto attuali quali l'obbligatorietà o meno di alcuni vaccini o il consenso ai trattamenti sanitari.

Per quanto riguarda gli obblighi di carattere non patrimoniale verso i figli, il diritto, come si può immaginare, non dispone di strumenti coercitivi che obblighino un genitore ad educare o assistere i propri figli nel momento in cui non lo voglia fare o non lo sappia fare. Il Tribunale può agire solo attraverso la limitazione o la decadenza della responsabilità genitoriale tramite gli strumenti degli artt. 330 e 333 c.c., "in tal caso il genitore, invece di essere costretto ad adempiere i suoi doveri non patrimoniali, viene privato in tutto o in parte del potere stesso di farlo"<sup>286</sup>.

L'articolo 334 c.c., invece, disciplina il caso di cattiva amministrazione del patrimonio del minore. Il Tribunale può rimuovere uno o entrambi i genitori e decidere di nominare un curatore.

Le misure ex articoli 330 e 333 c.c. sono di competenza del Tribunale per i minorenni, salvo il caso che vi sia in corso un giudizio di separazione o di divorzio o un procedimento ai sensi dell'art. 316 c.c. In questi casi la competenza dei provvedimenti ex articoli 333 è del Tribunale ordinario<sup>287</sup>.

Uno degli interventi più gravi a protezione del minore riguarda la dichiarazione di adottabilità dello stesso. In Italia vi sono tre tipi di adozione: l'adozione piena nazionale, quella semplice e quella internazionale.

---

<sup>285</sup> Sesta M., 2016. *Ibidem*, p. 281.

<sup>286</sup> Lenti L., 2016. *Diritto di famiglia ibidem*, p. 258.

<sup>287</sup> Lenti L., 2016. *Diritto di famiglia ibidem*, p. 322; Sesta M., 2016. *Ibidem*, p. 278.

Lo stato di adottabilità di un minore può essere dichiarato in seguito alla verifica di uno stato di abbandono. Tale condizione è integrata quando, secondo il diritto, il minore non abbia dei genitori, o perché la madre ha partorito nell'anonimato e perché i genitori sono troppo giovani per riconoscerlo. Il minore può essere dichiarato in stato di abbandono anche quando risulti orfano e quando, secondo il diritto, i genitori siano presenti ma maltrattino o trascurino il figlio<sup>288</sup>. Quest'ultimo caso, che costituisce probabilmente per il giudice quello più delicato e controverso, è disciplinato anche dall'articolo 8 della l. 184/1983 secondo cui sono adottabili i minori "di cui sia accertata la situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a causa di forza maggiore di carattere transitorio"<sup>289</sup>. Il dato normativo però non sembra occuparsi dei casi, purtroppo frequenti, di semiabbandono permanente, in cui le capacità educative dei genitori sono solo parziali o altalenanti e non vi sia ragione per credere che la situazione possa migliorare in un tempo breve e utile all'interesse del minore ma, nonostante tali difficoltà, i legami affettivi con i figli siano rilevanti e reciderli potrebbe risultare dannoso per il minore. Un esempio classico in cui si può verificare una situazione simile è quello di una famiglia con uno o entrambi i genitori tossicodipendenti. Nonostante i casi siano frequenti, manca una disciplina specifica, di conseguenza i procedimenti di adottabilità possono durare anche molti anni danneggiando tutti i soggetti coinvolti<sup>290</sup>.

I procedimenti che hanno ad oggetto la materia familiare e minorile sono caratterizzati da due diversi schemi di regole qualunque sia l'organo giudicante. Da un lato vi è il procedimento contenzioso che vede le parti contrapporsi portando al giudice opposte pretese all'interno del principio del contraddittorio. Si pensi al caso classico della separazione giudiziale. Questi procedimenti, in cui è obbligatoria la difesa tecnica, si concludono solitamente con sentenza impugnabile in appello e ricorribile in cassazione. Dall'altro lato vi è il procedimento di volontaria giurisdizione che si chiude con una decisione del giudice nell'interesse del soggetto richiedente ma è caratterizzato dall'assenza di una vera contrapposizione fra le parti, del contraddittorio e di una difesa tecnica. I procedimenti si concludono con sentenza solo in alcuni casi previsti dalla legge mentre di norma si concludono con decreto reclamabile.

I procedimenti contenziosi inoltre possono seguire le regole del procedimento ordinario di cognizione oppure della camera di consiglio. I procedimenti sulla responsabilità genitoriale ex art. 336 c.c. si svolgono in camera di consiglio e, dalla riforma dell'art. 111 nel 1999 sul giusto processo e la sentenza 1/2002 della Corte Costituzionale, possono essere considerati contenziosi<sup>291</sup>.

Ripercorriamo in sintesi le fasi del procedimento sulla responsabilità genitoriale<sup>292</sup>.

---

<sup>288</sup> Lenti L., 2016. *Diritto di famiglia ibidem*, p. 314.

<sup>289</sup> Si veda per approfondire Lenti L., 2016. *Diritto di famiglia ibidem*, p. 362.

<sup>290</sup> Lenti L., 2016. *Diritto di famiglia ibidem*, p. 366.

<sup>291</sup> Lenti L., 2016. *Diritto di famiglia ibidem*, p. 136 e ss.

<sup>292</sup> Lenti L., 2016. *Diritto di famiglia ibidem*, p. 319 e ss.

1) In primo luogo deve pervenire al Tribunale una segnalazione che informi l'autorità giudiziaria della situazione di pregiudizio per il minore. Questo vale sia per il procedimento ex articolo 336 c.c., volto a intervenire con i provvedimenti ex 330 o 333 c.c., sia per il procedimento ex articolo 8 ss legge 184/1983 volto a dichiarare lo stato di adottabilità. La segnalazione è una facoltà che spetta a chiunque venga a conoscenza di una situazione di pericolo per un minore ma non è un obbligo giuridico, salvo per servizi sociali, autorità di pubblica sicurezza, istituzioni scolastiche, ufficiali di stato civili, medici nell'esercizio della propria professione e comunità.

2) In secondo luogo, una volta ricevuta la segnalazione, il PM decide se intraprendere il procedimento ex 336 c.c./ex art. 8 legge 194/1983 o archiviare qualora non vi siano i presupposti. La segnalazione deve essere fatta al giudice tutelare se esso è competente a prendere il provvedimento (esempi art. 4 l. 184, art. 3 ò. 1185/1967, art. 12 comma 2 l. 194/1078, 361 c.c.). In caso di "urgente necessità" il Tribunale può anche prendere iniziativa d'ufficio, ma i provvedimenti presi saranno temporanei.

3) Il procedimento, che si svolge in camera di consiglio, è di tipo contenzioso, di conseguenza può essere formato il contraddittorio. In deroga ai principi generali del processo civile, il giudice può acquisire d'ufficio gli elementi di prova. Se il PM ritiene che la situazione sia più grave può chiedere che sia avviato il procedimento ex art. 8 l. 184/1983. Durante l'attività istruttoria solitamente il giudice coinvolge i servizi sociali o i periti per consulenze psicologiche o pedagogiche.

4) Il procedimento si conclude con una decisione del Tribunale nella forma del decreto (art. 737 c.p.c.).

In alcuni casi può essere necessario l'intervento attraverso la protezione giudiziaria d'urgenza<sup>293</sup>. L'urgenza può causare una variazione delle modalità del procedimento giudiziario appena visto modificando il suo inizio o il momento dell'instaurazione del contraddittorio. Nel primo caso, l'art. 336 comma 3 c. c. prevede che il Tribunale per i minorenni, nel momento in cui sia venuto a conoscenza di una situazione di pregiudizio e qualora vi sia urgente necessità, possa adottare anche d'ufficio un provvedimento. Questa strada dovrebbe essere intrapresa solo in casi particolari e non dovrebbe costituire la prassi, in quanto mette alla prova il principio di terzietà del giudice. Egli infatti, decidendo se aprire o meno un procedimento, effettuerebbe un "pre-giudizio" in riferimento ad una situazione che egli stesso dovrà verificare e decidere, mettendo in pericolo la propria imparzialità. Per questo motivo, nei casi ordinari è il PM che si deve occupare di questa fase.

I casi che riguardano l'instaurazione del contraddittorio sono invece duplici. In primo luogo, quando vi sia un'urgenza tale da rendere impossibile l'ascolto delle parti. In secondo luogo, quando si tema che ascoltarle possa causare al minore un pregiudizio grave e non evitabile. Questo secondo caso potrebbe verificarsi nel momento in cui un

---

<sup>293</sup> Lenti L., 2016. *Diritto di famiglia ibidem*, p. 328 e ss.

genitore eserciti una pressione molto forte sul figlio o possa comportarsi in modo violento una volta venuto a conoscenza delle indagini nei suoi confronti.

I provvedimenti d’urgenza sono in ogni caso provvisori e nel più breve tempo possibile devono essere confermati o annullati da una decisione definitiva in contraddittorio con i genitori.

Nel corso di queste valutazioni, il giudizio prognostico che il giudice deve effettuare è delicato e problematico, il nesso di causalità deve comunque essere accertato. Il giudice “deve evitare di sovrapporre il proprio sistema di valori a quello della famiglia cui il minore appartiene. Tuttavia deve assicurare che sia rispettato in ogni caso un minimo etico di cura e attenzione del genitore verso i figli”<sup>294</sup>.

In conclusione, i provvedimenti riguardanti la responsabilità genitoriale dovranno tutelare l’interesse del minore. Nei relativi procedimenti è necessario abbandonare schemi astratti e rigidi, non adatti al caso concreto di un particolare minore e della sua famiglia, i quali trasformerebbero l’istituto della responsabilità genitoriale in un contenitore vuoto e inutile al fine della realizzazione del miglior interesse del minore<sup>295</sup>.

## 8. Il bilanciamento

In questo paragrafo si vuole riflettere sull’effettivo significato dei *best interests* e discutere le questioni che l’individuazione di tale principio pone nel caso in cui risulti necessario un giudizio di bilanciamento di diritti/interessi. Possono presentarsi infatti casi in cui vi sia un contrasto fra più diritti fondamentali di un minore oppure fra un diritto del minore e quello di un adulto o di un interesse dello Stato<sup>296</sup>.

Come si è già visto, il significato originario dei *best interests of the child* viene ricondotto dalla maggioranza della dottrina a quello di standard giudiziario universale di riferimento. Il giudice dovrà tenerlo in considerazione nella risoluzione dei casi concreti al fine di poter individuare la miglior soluzione per il bambino, tale da assicurare il benessere del minore. Il principio funzionerà così “da criterio di eccezione e temperamento di altri principi o regole nelle decisioni giudiziarie che concernono i minori”<sup>297</sup>.

È necessario in primo luogo fare una premessa: la natura *fondamentale* di un diritto non fa di esso un diritto *assoluto*. Ogni diritto infatti - anche qualora sia definito fondamentale - non può essere considerato solo individualmente ma è necessario che sia valutato in relazione ad altri diritti “nell’ambito del pluralismo dei medesimi”<sup>298</sup>. Il

<sup>294</sup> Lenti L., 2016. *Diritto di famiglia ibidem*, p. 314.

<sup>295</sup> Recinto G., 2016. *Ibidem*, p. 54.

<sup>296</sup> Romboli S., 2014. *La natura “relativa” ed il significato di “clausola generale” del principio dell’interesse superiore del minore* in Giuffrè F., Nicotra I. (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*. Napoli: Editoriale Scientifica, p. 505.

<sup>297</sup> Romboli S., 2014. *Ibidem*, p. 509; Distefano M., 2012. *Ibidem*; Stanzione-Troisi, *Principi generali del diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2011.

<sup>298</sup> Romboli S., 2014. *Ibidem*, p. 506.

giudizio di bilanciamento, dunque, sembra essere lo strumento più idoneo per l'individuazione dell'interesse del minore da parte della giurisprudenza. Ciò è ribadito anche dalla Consulta, laddove sostiene che “tutti i diritti fondamentali si trovano tra loro in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro [...]. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente tutelate, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona”<sup>299</sup>.

Si è detto che l'interesse del minore può essere definito come la direzione di tutela dei suoi diritti e di quelli dei soggetti che si trovano in relazione con lui. In ragione di ciò l'individuazione dell'interesse del minore richiede all'interprete di operare nel concreto il bilanciamento di quei diritti che si trovino in conflitto per scegliere quale sia “prevalente” e quale sia “recessivo”, o se possa essere individuata una soluzione di equilibrio fra i due. È, dunque, interessante chiedersi chi tra il legislatore e il giudice debba effettuare il bilanciamento e soprattutto, quali criteri siano impiegati in tale operazione<sup>300</sup>.

Alla circostanza che il minore sia oggi ritenuto titolare di diritti consegue fisiologicamente un innalzamento dei potenziali conflitti fra beni ed interessi giuridicamente tutelati, da risolversi in sede legislativa o giudiziaria<sup>301</sup>. Il bilanciamento potrebbe essere compiuto anche dalla Carta Costituzionale, in questo caso il legislatore e i giudici dovranno fare riferimento a tale indirizzo. Qualora però ciò non avvenga saranno il legislatore e il giudice a trovarsi davanti alla necessità di un giudizio di bilanciamento. Nel primo caso, il legislatore opererà tale bilanciamento tramite scelte di natura politica all'interno dei principi costituzionali su cui vigila la Corte Costituzionale. Nel secondo caso, sarà il giudice a bilanciare casi pratici, individuando la soluzione che egli ritiene maggiormente corrispondente all'interesse del minore.

Il giudice sarà competente a decidere sia qualora vi sia una previsione legislativa da interpretare sia quando il legislatore non sia intervenuto a disciplinare la materia. In questo secondo caso, nel momento della decisione del caso concreto, il giudice dovrà colmare la lacuna legislativa<sup>302</sup>.

Con l'avvento delle carte internazionali dei diritti e la nascita delle corti sovranazionali che vigilano sul loro rispetto, l'attività dei giudici nazionali si deve inoltre coordinare con l'attività interpretativa di giudici sovranazionali come la Corte di Strasburgo e la Corte di Lussemburgo.

Nello specifico, si è già potuto osservare come il legislatore italiano e la dottrina concordino nel riconoscere all'interesse del minore una primaria considerazione e come

---

<sup>299</sup> Corte Costituzionale sent. n. 85 del 2013, punto 9 cons. in diritto (così anche in C. Cost. n. 10 del 2015 e n. 63 del 2016).

<sup>300</sup> Romboli S., 2014. *Ibidem*, p. 506.

<sup>301</sup> Romboli S., 2014. *Ibidem*, p. 512.

<sup>302</sup> Romboli S., 2014. *Ibidem*, p. 507.

la maggior parte delle fonti normative affermi la prevalenza dell'interesse del minore sugli altri diritti. La superiorità dei *best interests* non sarebbe però assoluta ma dipenderebbe dal diritto/interesse con cui si trova a confliggere nel singolo caso.

Il rispetto del principio di proporzionalità nel bilanciamento infatti può far perdere intensità ai *best interests*. Si pensi ai casi in cui il giudice debba bilanciare il superiore interesse del minore con il diritto di visita di un genitore o con l'esercizio di libertà religiosa: in questi casi si verifica un conflitto fra due diritti fondamentali.

Oltre a ciò, l'interpretazione dei *best interests* è resa controversa anche dalla natura dinamica di tale principio, il cui contenuto è in continua evoluzione<sup>303</sup>. Non stupirà allora osservare che nella giurisprudenza le soluzioni varino a seconda delle circostanze e dei momenti storici poiché “la superiorità di un interesse su un altro dipende in grande misura dalla rilevanza che la società attribuisce ad ognuno dei beni giuridici protetti da un ordinamento in un determinato momento storico”<sup>304</sup>.

Il quadro appena delineato rende l'interpretazione del principio del superiore interesse del minore un terreno fortemente scivoloso per l'interprete. Nei capitoli successivi, con la discussione dei provvedimenti giurisprudenziali, si avrà modo di verificare i problemi citati. A titolo di esempio, si pensi ai casi in cui i genitori facciano parte di un gruppo religioso come i Testimoni di Geova<sup>305</sup>. La giurisprudenza ha negli anni modificato il proprio orientamento: per decenni ha considerato con sfavore le pratiche riconducibili a questa minoranza religiosa, specialmente in riferimento alle rigide regole che vietavano le trasfusioni di sangue. Spesso i giudici hanno limitato la responsabilità genitoriale e, nei casi più gravi, allontanato i figli dalla famiglia. Negli ultimi anni, invece, si è riscontrata una maggiore sensibilità da parte della giurisprudenza nei confronti dei diritti delle minoranze religiose anche in tema di responsabilità genitoriale.

Il carattere “relativo” del superiore interesse del minore fa di questo principio una categoria fortemente sensibile al variare di circostanze concrete proprie di ogni caso, della tipologia di diritti da bilanciare e molto spesso anche del contesto sociale e del periodo storico. Infatti, durante il momento applicativo affidato al giudice possono incorrere diverse variabili. La “valutazione costi/benefici” potrebbe essere erronea o perché al giudice manchino importanti informazioni, o perché stereotipi e pregiudizi lo influenzino inconsapevolmente<sup>306</sup>. In una società multiculturale come quella odierna, inoltre, si confrontano diverse concezioni relative a cosa sia bene per il minore e quali siano i mezzi più adatti a raggiungerlo. Effettuare una scelta di valore fra questi metodi può non essere sempre indicato.

Sulla base di tali considerazioni, una parte della dottrina<sup>307</sup> ritiene che solo la forma della clausola generale possa garantire al principio dell'interesse del minore una reale

---

<sup>303</sup> Romboli S., 2014. *Ibidem*, p. 512. Sul punto anche Moro A. C., 2000. *Ibidem*, p. 304.

<sup>304</sup> Romboli S., 2014. *Ibidem*, p. 512.

<sup>305</sup> Questo esempio è riportato anche Sicchiero G., 2015. La nozione di interesse del minore, *Famiglia e diritto*, 1: 76.

<sup>306</sup> Giacomelli L., 2014. *Ibidem*, p. 477.

<sup>307</sup> Romboli S., 2014. *Ibidem*, p. 512.

efficacia. Un concetto giuridico generico come la clausola generale è considerato da alcuni maggiormente idoneo a ricomprendere la varietà di casi che si possono presentare all'attenzione dell'interprete. Per altra parte della dottrina<sup>308</sup>, tuttavia, proprio l'estrema flessibilità di un principio che prenda in considerazione di volta in volta gli interessi in gioco, il tipo di società in cui vivono le parti e la cultura di riferimento rischia di rendere estremamente discrezionale l'intervento del giudice, indebolendo così i principi di legalità e di certezza del diritto. Di conseguenza, alcuni auspicano un intervento del legislatore che preveda specifici criteri che possano essere direttamente applicabili dai giudici. Per altri questa soluzione sarebbe difficilmente realizzabile poiché diventerebbe estremamente complesso prevedere ogni caso concreto e soprattutto perché "ciò che appare come favorevole in un caso determinato e per una maggioranza di persone, potrebbe difatti essere pregiudizievole nel caso concreto"<sup>309</sup>. Si accrescerebbe allora il rischio di trasformare lo standard giudiziario dei *best interests* in criteri comunque troppo generici per poter essere utili all'interprete nel caso concreto.

La difficoltà di un intervento del legislatore dipende anche dal fatto che "qualsiasi limitazione dell'esercizio di un diritto con lo scopo di tutelare il prevalente interesse del minore sarà legittima solo se sia possibile dimostrare un reale e attuale pericolo per il benessere psico-fisico del minorenne, non potendosi basare tale limitazione su informazioni vaghe e poco attendibili in merito alle condizioni del minore e al contesto nel quale vive o su pregiudizi legati a determinati gruppi minoritari"<sup>310</sup>. Tali considerazioni tuttavia potranno essere compiute in modo preciso solo dal giudice nel ricondurre il caso concreto entro la norma astratta.

Il giudice sembra comunque il soggetto più idoneo a operare il bilanciamento. I rischi intrinseci a questa operazione dovrebbero essere limitati dalla funzione di nomofiliachia della Cassazione e l'ulteriore ruolo della Corte Costituzionale.

Rimangono tuttavia alcuni problemi aperti. In primo luogo, determinare quali siano di volta in volta i migliori interessi del bambino non è un'operazione univoca: osservando la casistica ci si accorge che casi simili sono decisi in modo diverso. In secondo luogo, non è certo che la soluzione frutto del bilanciamento sia quella ideale<sup>311</sup>.

È anche necessario evitare che il riferimento all'interesse del minore diventi retorico e generico. Il giudice deve avere la possibilità di considerare le circostanze del caso concreto ed evitare di mettere in atto facili automatismi che, trascurando le peculiarità di ogni caso, rischierebbero di trattare in modo uguale situazioni differenti.

Su un altro piano, tuttavia, si incorre nel rischio che l'estrema libertà interpretativa finisca per frustrare l'esigenza di certezza del diritto, non solo per quanto riguarda l'ordinamento giuridico in sé ma, specialmente, per i cittadini che si affidano alla giustizia.

---

<sup>308</sup> Giacomelli L., 2014. *Ibidem*, p. 468.

<sup>309</sup> Romboli S., 2014. *Ibidem*, p. 513.

<sup>310</sup> Romboli S., 2014. *Ibidem*, p. 513.

<sup>311</sup> Giacomelli L., 2014. *Ibidem*, p. 477.

La necessità di evitare automatismi è stata ribadita dalle sentenze n. 31/2012 e 7/2013 della Corte Costituzionale, in cui la Corte ha dichiarato incostituzionali rispettivamente gli artt. 567, 2° comma e 569, 2° comma del codice penale, nella parte in cui prevedevano l'applicazione automatica della pena accessoria che priva i condannati della responsabilità genitoriale nei casi di reati di alterazione dello stato (art. 567 c.p.) e soppressione di stato (art. 569 c.p.). La Corte ha ribadito che la valutazione deve essere compiuta dal giudice nel caso concreto escludendo operatività di automatismi che avrebbero potuto integrare un danno per il minore. Si ripropone così la contrapposizione esaminata in precedenza tra la tutela della categoria di minori in generale e la tutela del singolo minore del caso concreto.

Dunque, se il legislatore, la dottrina e la giurisprudenza concordano nell'affermare i diritti dei minori e la preminenza del loro superiore interesse, non è altrettanto univoca la loro applicazione. Come si è visto in precedenza “lo standard dei *best interests* nasce per esigenze di giustizia sostanziale nel caso concreto, per dare voce agli interessi di soggetti “*incompetent or incapacitated*”, affidando a un terzo imparziale la risoluzione del conflitto. Pensare a questo standard come allo strumento per trovare la soluzione “ideale” per ogni situazione è fuorviante e anche improprio: si tratta piuttosto di un criterio di ragionevolezza”<sup>312</sup>.

A sostenere questa impostazione è la storia stessa del principio dei *best interests*, in quanto, come si è detto precedentemente, esso nasce nei sistemi di *common law* per derogare disposizioni legislative o precedenti giudiziari considerati troppo rigidi per poter perseguire in modo pieno il benessere di un bambino o ragazzo. Con il passare degli anni però si è spesso corso il rischio di snaturare questo principio impiegandolo come principio generale del diritto internazionale al fine di garantire l'intera categoria dei minori. Questa impostazione è stata spesso adottata dai sistemi di *civil law*<sup>313</sup>, basti vedere che ormai ogni intervento del legislatore nazionale ed ogni carta di diritti non manca di richiamare il principio dei *best interests*.

Tale impostazione è legata al modo in cui i sistemi di *civil law* hanno interpretato la clausola dei *best interests*. Nei primi paragrafi infatti si sono spiegate le principali differenze tra il dibattito anglo-americano e quello dell'Europa continentale. Soprattutto nel secondo ambito, l'interesse del minore non è stato considerato univocamente uno standard da applicare in giudizio al singolo caso. I diritti del minore infatti si sono affermati nei paesi di *civil law* primariamente attraverso la costruzione della soggettività del bambino come persona titolare dei diritti dotata della stessa dignità degli adulti<sup>314</sup>.

Se si accetta l'idea che i *best interests* siano uno standard giudiziario utilizzato al fine di rendere maggiormente flessibili le norme, non è possibile pretendere un alto livello di certezza nella sua applicazione poiché la valutazione risente fortemente delle valutazioni

---

<sup>312</sup> Giacomelli L., 2014. *Ibidem*, p. 477.

<sup>313</sup> Giacomelli L., 2014. *Ibidem*, p. 478.

<sup>314</sup> Giacomelli L., 2014. *Ibidem*, p. 478; sul punto anche Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 74.



del caso concreto<sup>315</sup>. Le caratteristiche di uno standard giudiziario sono quelle di intervenire a posteriori nel giudizio per verificare se il bilanciamento operato dal giudice sia effettivamente rispondente al benessere del minore. Nel momento in cui gli si volesse far rappresentare un contenuto generale, adatto ad ogni situazione a protezione dell'intera categoria della minore età, si traviserebbe la sua natura di standard giudiziario, cui obiettivo è realizzare la giustizia sostanziale.

I *best interests* allora non sono propriamente l'*oggetto* del bilanciamento, il quale è costituito invece dai diritti del bambino e dei soggetti che entrano in relazione con esso. I *best interests* sono la *direzione* che il giudice deve seguire per realizzare, tramite il bilanciamento, il massimo benessere possibile per il minore<sup>316</sup>. Qualora invece lo si intenda come un principio generale, sarebbe più corretto chiamarlo, al plurale, *best interests of children*, intendendo un insieme di principi condivisi (come per esempio la cogenitorialità, l'ascolto, la scoperta delle origini per l'adottato ecc.) che stabiliscano in astratto di cosa il minore, inteso come categoria e quindi come infanzia nel suo complesso, abbia bisogno per realizzare il suo massimo interesse<sup>317</sup>. Questa seconda accezione potrebbe però non realizzare l'interesse del singolo minore.

Un'altra questione relativa al bilanciamento concerne il carattere assoluto o relativo del principio di interesse del minore, spesso accompagnato dagli aggettivi superiore, preminente o esclusivo, rispetto ad interessi di altri soggetti. I *best interests*, infatti, possono contrapporsi con l'interesse di altri soggetti della sua comunità familiare o scolastica. In questo caso si deve ricordare che ogni individuo portatore di diritti deve essere considerato in relazione ad altri individui poiché di fatto non è un soggetto isolato, soprattutto alla luce dei diritti relazionali tenuti in considerazione anche dalla Corte Edu. Proprio in riferimento a questi ultimi si capisce come sia difficile alle volte operare un bilanciamento dove i diritti siano così fortemente in relazione tra loro e dove sia difficile separare l'interesse del minore alla relazione con la propria famiglia dal diritto dei familiari a conservare la relazione con il minore. L'interesse del minore, inoltre, può porsi in contrasto con gli interessi dello Stato, in particolare con i principi di legalità e di ordine pubblico.

Nonostante il principio debba essere tenuto sempre presente dall'interprete, la sua automatica prevalenza su diritti e interessi di altri soggetti non è affatto pacifica. Per parte della dottrina<sup>318</sup> infatti i *best interests* sono uno dei criteri a cui fare riferimento, ma non l'unico e in ogni caso è soggetto ad un bilanciamento con gli altri diritti/interessi.

Quando il legislatore italiano si riferisce all'interesse del minore non indica se effettivamente esso debba prevalere o meno nei confronti di altri diritti, tuttavia ci sono alcune eccezioni che si riportano<sup>319</sup>. Nella legge n. 184/1983, agli articoli 32 comma 1 e 35 comma 3 e 4, l'interesse del minore è definito *superiore*, probabile riferimento alla

<sup>315</sup> Giacomelli L., 2014. *Ibidem*, p. 481.

<sup>316</sup> Giacomelli L., 2014. *Ibidem*, p. 481.

<sup>317</sup> Giacomelli L., 2014. *Ibidem*, p. 481.

<sup>318</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 100.

<sup>319</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 101.

Convenzione de L'Aja del 1993 sull'adozione internazionale. Ancora all'art. 57 comma 2 della stessa legge, in riferimento all'adozione in casi particolari, al principio è associato l'aggettivo *preminente*. Allo stesso modo, il d. lgs. n. 286/1998 sull'immigrazione all'articolo 28 comma 3 contiene l'aggettivo *superiore*. L'articolo 337 sexies comma 1 c.c., invece, lo menziona come *criterio prioritario*. L'aggettivo *esclusivo* invece compare in tema di affidamento di figli all'art. 317 bis e all'art. 337 ter comma 2 c.c., all'art. 11 comma 1 della l. n. 184/1983 in tema di adozione in casi particolari, all'art. 25 comma 5 della stessa legge e all'art. 33 comma 4 della 184/1983 in tema di minori non accompagnati. Non sembra esservi chiarezza riguardo ai termini indicati, di conseguenza non è certo se agli aggettivi esclusivo, superiore, prioritario corrisponda un diverso modo di bilanciare gli interessi rispetto a quando il legislatore preveda la sola locuzione "interesse del minore" senza ulteriori precisazioni. Si ha l'impressione che spesso il linguaggio del legislatore in materia di interesse del minore sia retorico e approssimativo, rendendo in ogni modo impossibile trarre dalla lettera della legge indicazioni interpretative certe<sup>320</sup>. Si può allora concludere che, salvo rarissime situazioni, i *best interests* dovranno sempre essere il prodotto di un ragionevole bilanciamento fra interessi che potrebbero porsi in conflitto<sup>321</sup>.

Un'altra importante questione generale relativa al momento dell'applicazione dei *best interests* riguarda, come si è accennato nei primi paragrafi, la necessità di fare una valutazione prognostica. Su questo punto, il principio può essere interpretato da due diverse prospettive a seconda che si consideri come riferimento per la valutazione il breve o il lungo periodo. Nel primo caso il giudice tenderebbe a considerare il miglior interesse del minore nell'immediato o nel breve periodo, nel secondo invece si focalizzerebbe su ciò che possa costituire la miglior scelta per lui in riferimento ad un tempo futuro<sup>322</sup>.

I due punti di vista possono avere effetti molti diversi. Mentre un'analisi sul breve periodo si basa sicuramente su elementi più certi rispetto alla seconda ma potrebbe non essere la più idonea per gli interessi futuri del minore, l'analisi sul lungo periodo sarebbe probabilmente più rispondente alla *ratio* dell'interesse del minore ma inevitabilmente incerta e opinabile. È il caso di genitori che siano stati considerati inadeguati dalle valutazioni dei servizi nonostante non abbiano maltrattato o abbandonato il figlio minore. In questi casi spesso il legame con i figli è forte e un allontanamento potrebbe essere traumatico per tutto il nucleo familiare ma allo stesso tempo essi non riescono ad occuparsi pienamente del minore<sup>323</sup>.

Nella prassi, il bilanciamento più frequente è quello tra interesse del minore e interessi dei genitori poiché entrambe le posizioni sono meritevoli di tutele giuridiche. I genitori, infatti, hanno il diritto alla privacy nella loro vita familiare e a non subire indebite intrusioni da parte dello Stato, come prevede anche l'art. 8 della Cedu. I genitori inoltre,

<sup>320</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 103.

<sup>321</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 104.

<sup>322</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 111.

<sup>323</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 111.

come ribadito più volte, hanno piena libertà nelle scelte educative<sup>324</sup>. Tali libertà devono essere sempre salvaguardate in quanto, nei momenti storici in cui lo Stato ha avanzato rigide “pretese educative”, invadendo il contesto familiare, la democrazia si è indebolita a vantaggio di spinte più o meno apertamente autoritarie, d'altronde “anche un indirizzo educativo basato su valori condivisi, quali possono essere, primi fra tutti, quelli costituzionali, se imposto, non modificherebbe, nel metodo e in linea di principio, i termini della questione”<sup>325</sup>. Eliminare la discrezionalità nelle scelte educative da parte della famiglia porterebbe a sanzionare qualsiasi criterio educativo che non sia conforme a quello comunemente condiviso<sup>326</sup>.

In conclusione, si può affermare che i *best interests of the child* siano il prodotto del giudizio di bilanciamento fra diversi diritti del minore oppure fra i suoi diritti e quelli di altri soggetti che si trovano in relazione con lui.

Nonostante la forte indeterminatezza che caratterizza il principio, possono essere individuati alcuni elementi che dovranno guidare l'interprete nella maggior parte dei casi in cui si riterrà necessaria la valutazione del benessere del minore. Tra questi criteri saranno certamente presenti la verifica di un ambiente familiare stabile che assicuri affetto e cura, un buon livello di educazione del minore in modo che possa sviluppare la sua personalità e potenzialità. Ancora dovrà essere valutata la condizione di salute del minore, il suo benessere emotivo, il suo sviluppo etico e culturale e la possibilità di ascolto del minore in relazione alla sua capacità di discernimento<sup>327</sup>.

Tutti i criteri citati tuttavia costituiscono nozioni aperte, oggetto anch'esse di interpretazione da parte di un giudice che ne completi il contenuto. Alcune precauzioni potrebbero evitare i rischi connessi a tale indeterminatezza. In primo luogo, è auspicabile un'adeguata specializzazione del giudice che dovrà occuparsi di relazioni familiari, integrata, se possibile, con elementi provenienti dai saperi altri rispetto al diritto. Nei collegi giudicanti è importante che si integrino i diversi saperi giuridico, psicologico, sociologico e pedagogico in modo che le situazioni concrete possano essere studiate da differenti punti di vista. Inoltre, l'intero procedimento giudiziario non deve essere di tipo inquisitorio ma deve consentire una effettiva dialettica tra le parti, tra cui deve essere considerato anche il minore<sup>328</sup>.

In considerazioni di quanto detto, è ancora utile studiare come la clausola dei *best interests of the child* sia utilizzata e di quali contenuti sia riempita, verificando che il suo originario ruolo di flessibilizzazione non sia snaturato in favore di determinazioni astratte e generali.

---

<sup>324</sup> Ianniello R., Mari L., 2007. *Ibidem*, p. 199.

<sup>325</sup> Ruscello F., 2015. Autonomia dei genitori, responsabilità genitoriale e intervento “pubblico”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 12: 726.

<sup>326</sup> Paradiso M., 2008. Potestà dei genitori, abuso e «interesse morale e materiale della prole». *Rivista di diritto civile*, 2: 216.

<sup>327</sup> Romboli S., 2014. *Ibidem*, p. 509; Distefano M., 2012. *Ibidem*, p. 20.

<sup>328</sup> Moro A. C., 2000. *Diritti del minore e nozione di interesse* in Ambrosini M. T., Corrado I., Lojacono V., Ziino D., *Scritti sul minore in memoria di Francesca Laura Morvillo*. Milano: Giuffrè, p. 309 e ss.

Rimane aperta la questione relativa alla certezza del diritto: ci si chiede allora fino a che punto potrà spingersi la loro applicazione in modo da non compromettere la certezza e la legalità del diritto<sup>329</sup>.

### 9. Interesse del minore e certezza del diritto

Al termine di questo capitolo può essere utile fare qualche considerazione in ordine ai problemi che l'applicazione del principio dell'interesse del minore pone in termini di certezza del diritto. La questione della certezza del diritto costituisce un tema classico del pensiero filosofico-giuridico. Il tema è molto ampio e ha interessato vari ambiti tra i quali i più rilevanti sono la stabilità della regolamentazione giuridica nel tempo, l'efficacia e l'osservanza delle norme giuridiche da parte dei destinatari delle norme stesse, l'accessibilità del diritto alla conoscenza degli interessati, l'univocità delle qualificazioni giuridiche, la previsione dell'intervento degli organi giuridici di applicazione e di esecuzione, la prevedibilità del contenuto delle decisioni del giudice, la conformità del diritto a standards di giustizia, l'artificiosa certificazione dei fatti o degli atti da parte dell'ordinamento giuridico<sup>330</sup>. Nell'economia del presente scritto ci si soffermerà solo sulla prevedibilità del contenuto delle decisioni del giudice.

La certezza del diritto non ha rilevanza solo per l'ordinamento giuridico stesso ma è una questione che interessa anche il cittadino in prima persona. Non dimentichiamo infatti che il diritto orienta il comportamento della comunità destinataria, sia nel caso in cui i soggetti decidano di rispettare l'indirizzo normativo sia nel caso in cui decidano di disattenderlo. È interessante, dunque, non trascurare il punto di vista della famiglia oggetto del provvedimento giudiziario e chiedersi come possa essere percepita l'incertezza interpretativa in un campo così delicato e personale come quello delle relazioni familiari. Ci si può chiedere se le famiglie riescano a comprendere i criteri utilizzati dalla giurisprudenza per interpretare la clausola generale dell'interesse del minore o se, invece, non riuscendo a capire il significato attribuito al caso concreto, si sentano oggetto di un trattamento differenziato rispetto ad altri casi che reputano uguali. La giurisprudenza riesce a dare conto dei criteri con cui giustifica i propri provvedimenti in materia di interesse del minore? Il problema è ancora aperto ed è perciò ancora utile studiare questi problemi.

Il semplice richiamo alla clausola generale del principio dell'interesse del minore di per sé non fornisce al giudice i criteri idonei al fine di decidere il caso concreto<sup>331</sup>. Egli perciò dovrà riempire di contenuti la clausola considerando in primo luogo i diritti del

---

<sup>329</sup> Giacomelli L., 2014. *Ibidem*, p. 469.

<sup>330</sup> Berteà S., 2001. La concezione della certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1: 131-164

<sup>331</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 105.

bambino ed in secondo luogo i diritti degli adulti o degli altri soggetti che si relazionano col minore. Infine l'interprete dovrà considerare le circostanze del caso concreto.

Ricapitolando brevemente ciò che è stato detto in questo capitolo, il principio dell'interesse del minore è applicato in tre direzioni<sup>332</sup>. In primo luogo è un principio generale dell'ordinamento internazionale e stabilisce precisi obblighi per gli Stati, che saranno eventualmente rilevanti in sede di responsabilità internazionale. In secondo luogo è applicato come criterio interpretativo di *favor minoris*, che l'operatore del diritto utilizzerà quando si trovi davanti ad un ventaglio di soluzioni possibili, per colmare una lacuna o risolvere un contrasto interpretativo. In terzo luogo è il criterio guida al fine di effettuare una valutazione sugli elementi fattuali del caso concreto. La valutazione dovrà essere ancorata all'interesse concreto del singolo minore. Il principio invece non dovrebbe essere interpretato al fine di forzare il dettato normativo che risulti univoco.

Dallo studio dei provvedimenti dei Tribunali può osservarsi che le fonti normative nazionali e internazionali sono regolarmente e ampiamente citate sia nei ricorsi di parte sia nelle decisioni dei giudici. Si potrebbe da ciò dedurre l'esistenza di una prassi giudiziaria costituita da orientamenti omogenei in riferimento ad una comune interpretazione della nozione di interesse del minore, ma, in realtà, l'analisi dei provvedimenti della giurisprudenza italiana porta a concludere che così non sia. È possibile riscontrare presso i singoli Tribunali per i minorenni o presso i giudici del Tribunale ordinario che decidono in materia di famiglia la formazione di molteplici modelli interpretativi diversi tra loro ma tutti ricollegati all'interesse del minore. Ciascun interprete attraverso uno strumento così flessibile come la clausola generale, per assurdo, potrebbe argomentare le proprie conclusioni in corrispondenza di proprie idee e opinioni, a volte spingendosi a forzare anche il dettato normativo<sup>333</sup>. In questo modo il riferimento all'interesse del minore rischierebbe di essere mera citazione di stile.

Il problema dell'incertezza, in realtà, non deve essere ricondotto solo al piano dell'eventuale abuso dell'interprete. L'aspetto più rilevante è legato alle variazioni a cui il concetto è soggetto, sia in riferimento alle circostanze del caso concreto sia in riferimento a quegli aspetti di "multiculturalità intesa in senso ampio" che comprendono differenze di luogo e di periodo storico<sup>334</sup>.

L'interesse del minore può sollevare un elevato numero di domande e questioni<sup>335</sup> che potrebbero far dubitare dell'opportunità del suo utilizzo nell'interpretazione. Come si può ben comprendere concetti come famiglia, educazione o accudimento di un bambino possono variare a seconda della cultura e del periodo storico. Bisogna chiedersi innanzitutto a quale tipo di famiglia o di educazione o di accudimento il minore abbia diritto, se essa sia da individuare in quella del luogo e del tempo in cui risiede. Una

---

<sup>332</sup> Rivello R., 2011. *Ibidem*, p. 16.

<sup>333</sup> Rivello R., 2011. *Ibidem*, p. 21-22.

<sup>334</sup> Rivello R., 2011. *Ibidem*, p. 23.

<sup>335</sup> Le seguenti questioni sono illustrate da Rivello R., 2011. *Ibidem*, p. 23 e ss.

risposta affermativa porterebbe a concludere che due minori nella medesima situazione, ma in luoghi diversi, avrebbero due interessi differenti.

Un problema rilevante si presenta poi quando vi sono contrasti tra i diritti del minore e i diritti delle persone che con lui hanno una relazione. In questi casi è difficile individuare tali diritti come distinti poiché si entra nell'ambito dei diritti relazionali.

È utile ancora interrogarsi se si faccia sufficiente uso dello strumento dell'ascolto del minore in relazione alla sua capacità di discernimento o se invece si applichino categorie formulate dai soli adulti "tutelando un interesse della comunità, anch'esso prevalente espressione di un interesse di adulti"<sup>336</sup>.

Altre questioni problematiche emergono in relazione all'influenza che i valori e le esperienze vissute hanno sulle valutazioni di chi interpreta la nozione di *best interests*, rischiando di proiettare su tale nozione il proprio vissuto.

Infine ci si potrebbe chiedere se esista effettivamente un interesse del minore desumibile sulla base di evidenze scientifiche e se questo debba valutarsi in riferimento all'interesse del minore attuale o a quello futuro. Qual è il livello di probabilità accettabile ai fini della valutazione prognostica?

Tutti questi interrogativi dimostrano con chiarezza come l'interpretazione dei *best interests* richieda prudenza e ragionevolezza per non rischiare di trasformarsi in un "contenitore informe di opinioni soggettive"<sup>337</sup>.

Si è detto che il metodo adottato dai giudici per individuare il migliore interesse del minore è certamente per la maggior parte dei casi il bilanciamento giudiziale di diritti. Sono utili allora alcune considerazioni sulle criticità di questo strumento mettendolo in relazione con la questione della certezza del diritto<sup>338</sup>.

In primo luogo, le corti giudicanti esercitano, attraverso il bilanciamento, una funzione che, in realtà, data la sua natura, dovrebbe essere di competenza del legislatore il quale ha il compito di coordinare interessi potenzialmente in conflitto<sup>339</sup>. Pensiamo ai casi relativi ai nuovi tipi di famiglie diversi da quella tradizionale, specialmente ai recenti casi di *stepchild adoption*. La giurisprudenza deve sopperire alle lacune che il legislatore non ha colmato nonostante la pressione di numerose istanze sociali.

In secondo luogo, i beni o i valori oggetto del bilanciamento sono difficilmente comparabili poiché ognuno ha di per sé un'importanza fondamentale per l'individuo, di

---

<sup>336</sup> Rivello R., 2011. *Ibidem*, p. 23.

<sup>337</sup> Rivello R., 2011. *Ibidem*, p. 24.

<sup>338</sup> Pino G., 2010. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*. Bologna: Il Mulino, p. 181.

<sup>339</sup> Si veda anche Nimmer M., 1968. The right to speak from times to time, *California Law Review*, 4: 947; Henkin L., 1978. Infallibly under law: constitutional balancing, *Columbia Law Review*, 5: 1048; Romboli R., 1992. *Il significato essenziale della motivazione per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti di libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti* in Angiolini V. (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*. Torino: Giappicchelli, pp. 207-221.

conseguenza, dare prevalenza ad uno piuttosto che ad un altro sembra una scelta arbitraria e meramente soggettiva<sup>340</sup>.

In terzo luogo, non vi sono garanzie rispetto al fatto che giudici diversi non bilancino gli stessi beni, principi o valori in modo diverso rendendo in questo modo il bilanciamento “strutturalmente incerto e imprevedibile”<sup>341</sup>.

Si potrebbe sostenere poi che il bilanciamento indebolisca i diritti stessi relativizzandoli e sottoponendoli al calcolo, soprattutto qualora venissero contrapposti ad interessi dello Stato o all’ordine pubblico<sup>342</sup>.

Per bilanciamento deve intendersi sia il procedimento che l’interprete compie cercando la soluzione al contrasto fra due norme o principi confliggenti, sia il prodotto di tale attività e cioè la regola ottenuta una volta operato il bilanciamento<sup>343</sup>.

La letteratura in tema di giudizi di bilanciamento è solita distinguere due tipologie: il bilanciamento caso per caso e il bilanciamento definitorio<sup>344</sup>. Nel primo tipo i conflitti sono risolti volta per volta attraverso una valutazione dei diritti in riferimento alle circostanze specifiche del caso concreto. In questo caso il giudice impersona un ruolo quasi “sapienziale ed equitativo” come si può dedurre da espressioni che richiamano il suo equo temperamento o la sua attenta valutazione.

In questo tipo di decisioni si vuole fornire una soluzione individualizzata rispetto alle circostanze del caso concreto non necessariamente proiettabile su altri casi riguardanti lo stesso tipo di conflitto. Si parla in questo caso di “gerarchia mobile”<sup>345</sup> tra diritti o principi poiché il ragionamento effettuato è esclusivamente legato al particolare caso esaminato ma non vi è garanzia che in futuro non possa essere creata una differente gerarchia decidendo il caso in modo diverso. Il prodotto di questo tipo di bilanciamento è una regola che dipende dalle caratteristiche rilevanti del caso, per cui, al mutare delle proprietà rilevanti della situazione presa in esame - difficilmente due casi potranno esser identici - può mutare anche la regola prodotta del bilanciamento.

L’incertezza del diritto in questo caso, dunque, non deriva dall’assenza di regole del bilanciamento ma dalla struttura estremamente instabile di queste regole, le quali risentono delle influenze delle circostanze. Di conseguenza, in futuro si può immaginare che possano verificarsi casi simili con ulteriori caratteristiche che porteranno l’interprete

---

<sup>340</sup> Rubenfeld J., 2000. The First Amendment’s Purpose, *Stanford Law Review*, 53: 788; Henkin L., 1978. *Ibidem*; Habermas J., 1996. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*. Milano: Guerini, p. 308; Alder J., 2006. The sublime and the beautiful: incommensurability and human rights. *Public Law*, 4: 697-721.

<sup>341</sup> Pino G., 2010. *Ibidem*, p. 181. Si veda anche Mc Fadden P., 1988. The balancing test. *Boston College Law Review*, 3: 585-656; Faigman D., 1994. Madisonian balancing: a theory of constitutional doctrine. *Northwestern University Law Review*, 2: 641-694; Guastini R., 2006. Ponderazione. Un’analisi dei conflitti tra principi costituzionali. *Ragion pratica*, pp. 158- 159; Barberis M., 2008. *Filosofia del diritto. Un’introduzione teorica*. Torino: Giappichelli, p. 199.

<sup>342</sup> Pino G., 2010. *Ibidem*, p. 181.

<sup>343</sup> Pino G., 2010. *Ibidem*, p. 182-183.

<sup>344</sup> Pino G., 2010. *Ibidem*, p. 187; Nimmer M., 1968. *Ibidem*; Scaccia G., 1998. Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale. *Giurisprudenza costituzionale*, 6: 3953-4000; Chiassoni P., 2007. *Tecnica dell’interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, p. 163.

<sup>345</sup> Pino G., 2010. *Ibidem*, p. 188.

a decidere in modo diverso. In conclusione, la regola prodotta di questo bilanciamento rimane implicita e defettibile cioè esposta ad eccezioni<sup>346</sup>.

Il secondo tipo di bilanciamento è chiamato definitorio. Differisce da quello precedente poiché in questo caso il prodotto dell'operazione di bilanciamento è una regola che dovrebbe essere applicata anche ai casi futuri di conflitto. In questo tipo di bilanciamento è possibile stabilire, in presenza di certe condizioni individuabili, quale diritto prevalga sull'altro o almeno quale sia la modalità di esercizio dei diritti in conflitto. Di conseguenza, ogni volta che siano presenti le condizioni stabilite espressamente individuate, la regola potrà essere applicata. In conclusione, la regola prodotta del bilanciamento decisorio è esplicita e stabile cioè protetta da eccezioni. Esempi di questo secondo tipo possono individuarsi nelle decisioni della Corte di Cassazione (sez. I civ. 18 ottobre 1984, n. 5259, decalogo del giornalista) e della Corte Costituzionale (n. 258 del 1994, bilanciamento tra tutela della salute e tutela della collettività in materia di trattamenti sanitari obbligatori)<sup>347</sup>.

La differenza tra i due tipi di bilanciamento sopra descritti poggia allora su due caratteristiche della regola definitoria che potrà essere esplicita/implicita e defettibile/ non defettibile, ricordando in ogni caso che non esistono regole che siano assolutamente indefettibili<sup>348</sup>.

Non sono mancate in letteratura critiche aspre a questo tipo di bipartizione<sup>349</sup> da parte di chi sostiene che in realtà i giudici operino bilanciamenti caso per caso e sia impossibile perciò ricostruire una regola. Sarebbe interessante capire attraverso la ricerca empirica se i giudici in caso di interesse del minore utilizzino prevalentemente un bilanciamento o l'altro. Se siano individuate griglie di criteri simili e ripetibili o se invece i criteri varino effettivamente da caso a caso.

Come ricorda Gustavo Zagrebelsky<sup>350</sup>, norma e caso concreto sono due elementi che devono essere necessariamente tenuti insieme. Il caso dovrà orientarsi alla norma ma, allo stesso modo, anche la norma dovrà orientarsi ai casi.

Qualora si tenda a riferirsi solo al caso concreto, vi è il rischio di pervenire ad un diritto "casistico" incompatibile con l'esistenza stessa del diritto come ordinamento. Se così fosse, non vi sarebbe interpretazione del diritto ma solo una creazione occasionale di regole da parte del giudice del caso concreto. Dall'altro lato, l'esclusiva considerazione delle norme configurerebbe una scienza prettamente teoretica sradicata dal vero scopo del diritto, cioè la risoluzione delle controversie. In questo caso l'interpretazione diventerebbe fine a se stessa poiché lontana dalla sua funzione regolatrice e priva per questo della sua base di senso. La separazione dal caso concreto impedirebbe alla

---

<sup>346</sup> Pino G., 2010. *Ibidem*, p. 189.

<sup>347</sup> Pino G., 2010. *Ibidem*, p. 189.

<sup>348</sup> Pino G., 2010. *Ibidem*, p. 190.

<sup>349</sup> Comanducci P., 2004. Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza Analitica*. Torino: Giappichelli, pp. 317-329.

<sup>350</sup> Zagrebelsky G., 1992. *Ibidem*, p. 181.



giurisprudenza di avere consapevolezza degli effetti derivanti dalla sua forza normativa sulla società.

Nella prima situazione vi sarebbe, dunque, un eccesso di concretezza mentre nella seconda un eccesso di astrattezza. L'interpretazione, invece, dovrebbe porsi l'obiettivo di individuare una norma che sia in egual modo adatta al caso concreto e all'ordinamento in modo da non privilegiare né l'uno né l'altro aspetto.

Se nel Positivismo ottocentesco prevaleva il principio *dura lex sed lex*, dove le esigenze del caso concreto soccombevano automaticamente alla legge, attualmente possiamo osservare come siano le leggi a subire la forte influenza delle esigenze del caso concreto. Questo elemento può essere osservato anche in tema di interesse del minore, specialmente per quanto riguarda quei casi di cui si è detto, in cui i nuovi tipi di famiglie chiedono al giudice di colmare quelle lacune sulle quali il legislatore tarda a pronunciarsi.

Gustavo Zagrebelsky chiama il processo interpretativo “ciclo interpretativo”. Il processo ha origine nel caso concreto, che costituisce per l'interprete motore e direzione dell'interpretazione. Il caso, dunque, interroga il diritto per avere una risposta. Di conseguenza “dal caso l'interprete procede alla ricerca delle regole e a esso ritorna, in un procedimento circolare di riconduzione bipolare che trova la sua pace nel momento in cui si compongono in modo soddisfacente le esigenze del caso concreto e le pretese delle regole giuridiche”<sup>351</sup>.

Un problema ancora aperto risiede nell'incapacità dell'ordinamento di offrire all'interprete una ed una sola risposta. Questo vale in particolar modo per le clausole generali, in cui è il legislatore stesso che, attraverso la loro formulazione, “dichiara la propria impotenza in vista di una applicazione preventiva e che autorizza espressamente i casi e le loro esigenze a farsi largo per ottenere riconoscimento”<sup>352</sup>.

Il principio non contiene la sua soluzione ma l'interprete dovrà valutare gli elementi peculiari del caso concreto e, prima di tutto, comparare il bene generale oggetto di tutela con il bene individuale in pericolo nella situazione concreta<sup>353</sup>.

Per applicare la regola del diritto l'interprete dovrà comprendere il “senso” del caso e attribuirgli un “significato”. Il singolo caso può essere compreso se si individuano le categorizzazioni del senso e del valore che gli vengono attribuite<sup>354</sup>. Il fatto di per sé non dà indicazioni sulla risposta giuridica adeguata, solo il senso e il valore attribuiti ad esso sono determinanti nell'interpretazione.

Il senso di un'azione è la connessione tra l'azione stessa e il suo effetto nella società. Per esempio, la morte di un uomo può essere un accadimento inteso contro la vita altrui, o contro la sua stessa sofferenza qualora sia affetto da grave malattia, oppure a fini eugenetici, o uno strumento di guerra, o di legittima difesa, ecc. L'acquisto di minori,

---

<sup>351</sup> Zagrebelsky G., 1992. *Ibidem*, p. 183.

<sup>352</sup> Zagrebelsky G., 1992. *Ibidem*, p. 190.

<sup>353</sup> Zagrebelsky G., 1992. *Ibidem*, p. 199.

<sup>354</sup> Zagrebelsky G., 1992. *Ibidem*, p. 187.

figli di genitori indigenti, può essere inteso per esempio sia come commercio di esseri umani sia come miglioramento per vita dei bambini.

La comprensione di senso porta alla comprensione del valore dell'azione. I due momenti sono distinti ma si condizionano reciprocamente. È evidente che l'assunzione di valori diversi conduce a sensi diversi e di conseguenza anche a soluzioni giuridiche opposte.

Nel caso dell'aborto, per esempio, valori diversi come possono essere l'autodeterminazione della donna da un lato e l'esistenza della vita fin dal concepimento dall'altro, attribuiscono all'azione aborto un senso completamente diverso. Nel primo caso l'aborto sarà un'affermazione della libertà della donna, nel secondo caso un omicidio.

Senso e valore vanno comunque intesi in senso oggettivo, come riferimento al contesto culturale obiettivo nel quale si trova e non in senso soggettivo, che comporterebbe considerare invece le motivazioni interiori dell'interprete. Finché valori e sensi sono condivisi dalla maggior parte della società, i casi non solleveranno particolari questioni. Il problema sorge quando l'azione presenta caratteri di novità e, soprattutto, non vi è accordo sui valori che ne determinano il senso. Questo avviene molto di frequente nella società odierna dove non vi è più uniformità di valori. Si pensi ancora una volta al dibattito che si è creato intorno al riconoscimento di nuovi tipi di famiglia tra cui quelle omosessuali accanto a quelle tradizionali. Valori diversi portano ad attribuire un senso completamente diverso ad una stessa azione giuridica. In questi casi l'obiettività rischia di cedere il passo alle visioni soggettive<sup>355</sup>.

Qualora con il passare del tempo avvengano mutamenti di senso all'interno della società, le istanze del caso concreto inizieranno ad esercitare pressione sul sistema giuridico al fine di modificare le norme o l'interpretazione della giurisprudenza, adeguandole alle nuove categorizzazioni di senso e di valore. Il diritto, dunque, presuppone una comprensione di senso ma non può imporla alla società<sup>356</sup>. Questo ragionamento è valido anche per il principio dell'interesse del minore.

I casi quindi possono dirsi *casi critici*<sup>357</sup> quando portano una novità, un significato di senso e di valore diverso da quello fino a quel momento pacifico per il legislatore e per i giudici. Si può affermare, dunque, che all'evoluzione sociale segue l'interpretazione evolutiva del diritto, poiché quest'ultimo è sottoposto a forze che tendono a modificarlo. Tale circostanza non è negativa poiché il diritto non deve essere qualcosa di immobile ma deve cercare di perseguire la migliore composizione delle questioni che gli vengono poste<sup>358</sup>.

---

<sup>355</sup> Zagrebelsky G., 1992. *Ibidem*, p. 189.

<sup>356</sup> Zagrebelsky G., 1992. *Ibidem*, p. 190.

<sup>357</sup> Zagrebelsky G., 1992. *Ibidem*, p. 191.

<sup>358</sup> Zagrebelsky G., 1992. *Ibidem*, p. 191.

L'influenza dei casi sulle regole è considerata un pericolo per la certezza del diritto poiché sembra lasciare ampio spazio al libero arbitrio dell'interprete, in realtà, per la natura pratica del diritto, tale influenza è ineliminabile.

Dalle considerazioni fatte finora si può allora dedurre che l'incertezza del diritto non debba essere ricondotta alla pressione esercitata dei casi. Ciò è solo la naturale conseguenza della natura pluralistica delle società odierne, che costituisce la vera causa di incertezza nell'interpretazione delle clausole generali. Mentre in passato la società era caratterizzata da un contesto culturale più omogeneo, oggi è difficile individuare un solo contesto culturale o almeno uno dominante, il contesto sociale è maggiormente frammentato. In questo senso i giuristi non sono altro che lo specchio della frammentazione della società. Inoltre, rispetto al passato, scienze e tecnica, con i loro continui progressi, introducono continuamente situazioni nuove che pongono nuovi interrogativi anche al diritto, come possono essere le questioni di bioetica.

La conclusione di Zagrebelsky nel suo *Il diritto mite*, allora, è adatta anche al principio dell'interesse del minore: "La causa dell'incertezza nei processi di applicazione del diritto non è in una cattiva disposizione mentale dei giuristi ma nel deperimento di un quadro di principi di senso e di valore generalmente condiviso"<sup>359</sup>. Mancando un orizzonte comune, anche gli esiti delle interpretazioni dei casi sono destinati a seguire vie diverse e a volte diventa impossibile perfino distinguere la via principale da quella deviante<sup>360</sup>.

Quando in una società convivono diversi contesti di senso e valore la certezza del diritto non riesce ad essere assicurata neppure dalla lettera della legge.

Una volta compreso che la trasformazione del diritto ad opera delle istanze, sotto forma di casi giudiziari, è un fenomeno naturale specialmente nelle società culturalmente frammentate di oggi, si comprende come per arginare il problema della certezza del diritto non sia sufficiente una più adeguata teoria dell'interpretazione. Si dovrebbe allora intervenire nell'organizzazione della tendenza dell'ordinamento a innovarsi, al fine di evitare che possa comprimere valori altrettanto importanti come la certezza del diritto, l'uguaglianza e la non arbitrarietà<sup>361</sup>.

---

<sup>359</sup> Zagrebelsky G., 1992. *Ibidem*, p. 201.

<sup>360</sup> Zagrebelsky G., 1992. *Ibidem*, p. 201.

<sup>361</sup> Zagrebelsky G., 1992. *Ibidem*, p. 202.

## Capitolo Secondo: L'analisi della giurisprudenza italiana

### 1. Le ipotesi di ricerca

Dopo aver analizzato dal punto di vista teorico il principio dell'interesse del minore, questa parte della ricerca vuole dare voce alle interpretazioni della giurisprudenza: si approfondiranno le motivazioni delle sentenze in materia di *best interests of the child*.

Dall'analisi del primo capitolo sono emerse alcune questioni principali. Si è riscontrata una sovrapposizione di significati in riferimento al principio dell'interesse del minore. Ogni normativa o carta di diritti relativa ai fanciulli proclama di perseguire l'interesse dei minori, di conseguenza, il principio è richiamato sia nella normativa sia nella giurisprudenza accordandogli un significato che si può ricondurre ad un interesse relativo all'intera categoria dei soggetti minorenni e perciò meglio identificabile come un diritto dei minori.

Si è visto, tuttavia, come l'origine del principio dei *best interests* nasca dall'esigenza di giustizia del caso concreto in deroga a disposizioni legislative o precedenti giudiziari troppo rigidi per poter perseguire in modo pieno il benessere di un bambino o ragazzo. Una formulazione che si confonda con il concetto di diritto del minore, come spesso è successo nei sistemi di *civil law*, rischia di snaturare la clausola impiegandola come principio generale del diritto internazionale al fine di garantire l'intera categoria dei minori.

Attualmente, per interesse del minore non si intende solo il criterio giudiziario mediante il quale il giudice interpreta il caso concreto, eventualmente anche in modo differente rispetto alla giurisprudenza precedente, e deroga, in certi casi, alle norme. Il principio assume anche il nuovo significato di principio-guida generale di tutta la materia del diritto minorile al rispetto del benessere dei minori.

Si è visto come, in questa seconda accezione, i *best interests* diventino il fondamento delle stesse norme generali e astratte che, per assurdo, potranno essere derogate in sede di interpretazione in quanto troppo rigide proprio grazie al principio dell'interesse del minore e si è concluso che probabilmente sarebbe più corretto parlare di interesse dei minori o *best interests of the children* intesi come categoria o, forse, di diritti dei minori. La questione, non meramente teorica, presenta alcune difficoltà legate all'interpretazione del principio nei casi giudiziari potendosi presentare una situazione in cui l'interesse del minore come gruppo sociale non corrisponda, o sia addirittura confliggente, a quello del minore particolare in riferimento alle peculiarità della condizione in cui egli si trova.

Un altro aspetto problematico emerso dall'analisi del quadro teorico riguarda gli aggettivi che spesso accompagnano l'enunciazione dell'interesse del minore. Si sono viste le differenze linguistiche relative alle traduzioni, rispettivamente francese e inglese della Convenzione di New York e si è visto come esse utilizzino le espressioni "*supérieur*" nella versione francese e "*best*" nella versione inglese e la loro non perfetta coincidenza nella traduzione italiana.

Si è posta, dunque, la questione relativa all'ipotesi in cui gli interessi del minore nel caso concreto si pongano in conflitto con quelli di altri soggetti o con quelli dello Stato oppure si configuri un conflitto fra due diritti del minore stesso. Si è visto come la dottrina individui nel bilanciamento di diritti lo strumento più idoneo a trattare questi casi sostenendo l'impossibilità di ritenere un diritto assoluto o "tiranno" rispetto ad altri diritti, nonostante il legislatore spesso definisca l'interesse del minore come "superiore", "preminente", "criterio prioritario", o "esclusivo". I *best interests* appaiono, alla luce di quanto emerso dal quadro teorico, uno dei criteri a cui fare riferimento, ma non l'unico.

Da parte del legislatore, invece, non sembra esservi chiarezza riguardo ai termini di volta in volta indicati, di conseguenza non è chiaro se gli aggettivi esclusivo, superiore, prioritario sottintendano un diverso modo di bilanciare o interpretare il principio rispetto a quando il legislatore preveda la sola locuzione "interesse del minore" senza ulteriori precisazioni. Ad una prima impressione, il linguaggio del legislatore in materia di interesse del minore appare retorico ed approssimativo rendendo in sostanza impossibile trarre dalla lettera della legge indicazioni interpretative certe. Per parte della dottrina, inoltre, affermare che il principio dell'interesse del minore sia sempre prevalente rispetto ad altri diritti/interessi si rivela semplicistico perché trascura completamente la possibilità di intendere l'interesse del minore come un principio di bilanciamento e mediazione<sup>362</sup>.

Alla luce del quadro teorico approfondito, la *prima ipotesi* di ricerca vuole verificare se il principio dell'interesse del minore sia uno standard giudiziario da interpretarsi secondo il caso concreto distinguendosi dal concetto di diritti dei minori, oppure se invece sia, nell'interpretazione della giurisprudenza, una mera e retorica clausola di stile.

La *seconda ipotesi* vuole verificare se lo strumento utilizzato dalla giurisprudenza per la determinazione dell'interesse del minore, nonostante le frequenti statuizioni del legislatore che ne afferma la "superiorità" o "preminenza", sia quello del bilanciamento di diritti o interessi, in quanto nessun diritto da solo può essere assoluto o "tiranno".

In modo particolare, si indagherà se ci siano dei modelli interpretativi utilizzati dai giudici e se la nozione di interesse del minore si individui in riferimento ad ogni minore concreto del caso di specie come uno standard interpretativo o, invece, in riferimento ad un'idea astratta di minore, concepito come un bambino modello che rappresenti l'intera categoria dei minori<sup>363</sup>. Si verificherà, dunque, che il ruolo di "flessibilizzazione" dei *best interests of the child* non sia snaturato nell'interpretazione giurisprudenziale in favore di determinazioni astratte e generali più simili al concetto di "diritto dei minori".

Dall'analisi delle banche dati giuridiche, effettuando le ricerche attraverso la locuzione "interesse del minore" e le sue possibili varianti verificate attraverso le maschere di ricerca, si sono potuti individuare degli ambiti ricorrenti di applicazione del principio, il

---

<sup>362</sup> Ronfani P., 1997. L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica? *Ibidem*, p. 58.

<sup>363</sup> Si potrebbe fare riferimento ad interessi dei minori "standard" in base a due o più fasce di età come, per esempio, l'infanzia e l'adolescenza. Si vedano i riferimenti al rapporto fra le fasce di età, l'interesse del minore e la sua capacità illustrati nel primo capitolo.

quale, come noto, permea tutta la materia del diritto di famiglia e minorile in settori eterogenei.

In base agli ambiti emersi dall'analisi delle banche dati, si è deciso di analizzare i provvedimenti giurisprudenziali per aree tematiche individuando i seguenti gruppi: le famiglie omogenitoriali, le richieste di riconoscimento o disconoscimento di paternità, i minori stranieri, i provvedimenti in materia di *kafalah*, la sottrazione internazionale di minore, la gestazione per altri, il rapporto con gli ascendenti, i provvedimenti riguardanti i figli in materia di istruzione, educazione, specialmente religiosa, e salute.

In virtù dell'enorme mole di decisioni in materia, si è scelto di non concentrarsi su alcuni ambiti importanti del diritto minorile quali le decisioni in materia di adozione, di limitazione della responsabilità genitoriale e di provvedimenti in materia di affidamento che seguono una separazione o divorzio in quanto in questi casi lo standard dell'interesse del minore può considerarsi sovrapponibile ad un giudizio di idoneità riguardante il singolo genitore. In questi casi, infatti, il giudice, spesso fondando il proprio convincimento sulle risultanze di una consulenza tecnica, valuta le capacità di un soggetto di ricoprire il ruolo genitoriale in modo da non recare un danno al figlio minore. Tale valutazione dovrebbe per sua natura essere legata al caso concreto in quanto indaga le competenze e i comportamenti del singolo genitore. Il tema è interessante ed è certamente adatto ad essere oggetto di una autonoma e specifica ricerca.

Ogni ambito di applicazione dei *best interests* studiato sarà introdotto da un breve inquadramento riguardante il contesto normativo e le circostanze dei casi di specie al fine di comprendere realmente i termini delle diverse questioni. Si analizzeranno poi le interpretazioni di interesse del minore e gli orientamenti che si sono affermati nella giurisprudenza di merito e di legittimità. Si indagherà se vi siano conflitti fra l'interesse del minore e altri interessi o diritti in gioco, sia pubblici sia privati, per comprendere cosa si intenda per preminenza, o la presunta superiorità rispetto agli altri interessi, dell'interesse del minore e se questo effettivamente prevalga nelle aule di giustizia.

Infine, si indagherà per linee generali il ruolo del principio nell'interpretazione della Corte Edu e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

È interessante capire quali siano i principi che guidano il giudice nelle decisioni cosiddette "caso per caso": infatti, in questo tipo di questioni se da un lato si cerca di raggiungere la miglior decisione per il concreto minore della situazione del caso di specie, dall'altro vi è il rischio che l'estrema discrezionalità dia luogo ad interpretazioni molto eterogenee, che possono variare anche da corte a corte, minando la certezza del diritto e il principio di uguaglianza.

Tutti i provvedimenti citati, ove non indicato diversamente<sup>364</sup>, sono reperibili sulle banche dati giuridiche Leggi d'Italia (Wolters Kluwer) e Ius explorer (DeJure).

---

<sup>364</sup> Le fonti diverse dalla banca dati Wolters Kluwer e iusexplorer.it, quali le sentenze pubblicate in riviste scientifiche di settore, sono segnalate in nota.

## 2. La famiglia omogenitoriale

### 2.1 Le famiglie omogenitoriali: inquadramento dell'ambito in cui operano i *best interests*

Il primo ambito in cui si analizzeranno le interpretazioni della giurisprudenza in tema di interesse del minore è quello delle famiglie omogenitoriali, argomento molto attuale che ha occupato, e tuttora occupa, il dibattito politico e nei media. Come si vedrà, in questo campo la nozione di *best interests of the child* si è rivelata centrale per una nuova interpretazione di alcuni istituti del diritto di famiglia italiano introducendo di fatto anche nel nostro ordinamento la *stepchild adoption* - conosciuta anche come *second parent adoption* o adozione del figlio del partner - e il riconoscimento di provvedimenti formati all'estero riguardanti lo *status* di minori con famiglie *same sex*.

Per poter comprendere in profondità l'interpretazione del concetto di *best interests of the child*, è utile descrivere brevemente il contesto in cui opera per poter comprendere le questioni in cui viene richiamato. Come gli altri sistemi giuridici europei, anche l'ordinamento italiano prevede che il legame genitoriale possa originare da un procedimento adottivo grazie al quale un soggetto diventa genitore pur in assenza di un legame biologico con il minore in seguito ad una procedura giurisdizionale che sostituisce al vincolo biologico un'attribuzione giuridica della responsabilità genitoriale<sup>365</sup>. Lo *status* giuridico di figlio, dunque, non dipende dall'origine del progetto genitoriale (art. 315 c.c. modificato dalla l. 10 dicembre 2012 n.219).

La materia dell'adozione è disciplinata dalla legge 4 maggio 1983 n.184, la quale prevede tassativamente i casi in cui è consentita l'instaurazione giuridica del legame

---

<sup>365</sup> Si può trovare una sintesi efficace della disciplina in materia di adozione in Trib. min. Bologna, 6.7.2017. Per approfondire tale ambito si rimanda *ex multis* a Lecis Cocco Ortu A. M., 2014. L'omogenitorialità davanti alla Corte di Strasburgo: il lento ma progressivo riconoscimento delle famiglie con due padri o due madri. *Genius*, 2: 96-108; Ferrari F., 2014. Omogenitorialità, eterosessismo e ricerca scientifica. *Genius*, 2: 109-119; Saraceno C., 2014. Dalla coppia alla genitorialità delle persone dello stesso sesso. *Genius*, 2:120-125; Long J., 2015. Nota di commento a Trib. min. Roma, 30.7.2014, L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2: 109-123; Bosisio R., Ronfani P., 2015. *Le famiglie omogenitoriali. Responsabilità, regole e diritti*. Roma: Carocci; Bastianoni P., Baiamonte C. 2015. Crescere in famiglie omogenitoriali. *Minorigiustizia*, 2: 119-128; Ragni C., 2015. Il riconoscimento in Italia dell'adozione del figlio della partner del medesimo sesso alla luce della recente prassi delle corti italiane, *Genius*, 2: 226-239; Ruo M. G., 2015. A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore. *Famiglia e diritto*, 6: 580-592; Cipriani N., 2.02.2016. Appunti in tema di adozioni nelle famiglie omogenitoriali in Italia (in attesa del legislatore). *Giustiziavivile.com*; Vitrano F., 2017. Coppie omosessuali e genitorialità: quali gli interessi preminenti delle persone di minore età? *Minorigiustizia*, 1: 130-139; Curcio G., Trovato L., 2017. L'utilizzo dell'art. 44, comma 1, lett. d della legge n. 184/1983 nei casi di omogenitorialità: le ragioni del sì. *Minorigiustizia*, 1: 153-159; Aragno A., 2017. L'utilizzo dell'art. 44 lett. d nei casi di omogenitorialità: le ragioni del no. *Minorigiustizia*, 1: 146-152; Ceccarelli E., 2017. Le nuove famiglie nella più recente giurisprudenza. *Minorigiustizia*, 1: 184-188.

genitoriale. Il nostro ordinamento prevede due tipi di adozione: una tipologia chiamata legittimante o “piena” e un’altra definita “in casi particolari” o “non piena”.

Per quanto riguarda l’adozione legittimante, questa è consentita ai coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni e tra cui non sussista - e non si sia verificata negli ultimi 3 anni - separazione personale, neppure di fatto. I coniugi devono essere affettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendono adottare (art. 6). L’età degli adottanti deve superare di almeno diciotto anni e di non più di quarantacinque anni l’età dell’adottando. I bambini/ragazzi adottandi devono essere minori in stato di adottabilità, ossia di cui sia stata accertata la situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a cause di forza maggiore di carattere transitorio.

Tale adozione legittimante esclude in linea di principio l’adozione da parte di coppie dello stesso sesso poiché procedimento riservato ai coniugi e non anche agli uniti (si veda l. 20 maggio 2016 n. 76), per lo stesso motivo non è consentita nemmeno ai conviventi di fatto (art. 1 comma 36, l. 76/2016).

Per quanto riguarda invece l’adozione in casi particolari o “non piena”, questa è disciplinata dall’art. 44 e seguenti della l. 184/1983. L’art 57 della legge 184/1983 prevede che il Tribunale che debba pronunciarsi sull’adozione in casi particolari verifichi, tramite adeguate indagini, oltre alla ricorrenza delle circostanze di cui all’art. 44, anche se l’adozione realizzi il preminente interesse del minore.

Tale tipo di adozione prevede che i minori possano essere adottati anche qualora non ricorrano le condizioni di cui al comma 1 dell’art. 7<sup>366</sup> e in particolare nelle seguenti situazioni: a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell’ambito di un prolungato periodo di affidamento, quando il minore sia orfano di padre e di madre; b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell’altro coniuge; c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall’art. 3.1 della legge 5 febbraio 1992 n. 104<sup>367</sup>, e sia orfano di padre e madre; d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo.

Questo secondo tipo di adozione è previsto per lo più per ipotesi in cui sia già presente una relazione genitoriale di fatto tra un bambino ed un adulto. Essa è consentita anche a persone singole e non sposate (alla lettera A infatti si parla di bambini già curati da parenti o conoscenti e alla lettera B si tratta di bambini che hanno instaurato una relazione filiale

---

<sup>366</sup> Tale norma prevede che “l’adozione è consentita a favore dei minori dichiarati in stato di adottabilità ai sensi degli articoli seguenti”.

<sup>367</sup> La legge è denominata “Legge-quadro per l’assistenza, l’integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate” e prevede all’art. 3.1 intitolato “Soggetti aventi diritto”: “1. È persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione”.



col nuovo coniuge del proprio genitore). La *ratio* dell'adozione in casi particolari consiste non tanto nel trovare un genitore per un bambino in stato di abbandono quanto nel tutelare giuridicamente situazioni in cui un bambino ha già una figura di riferimento che si occupa di lui, un "genitore di fatto" tuttavia privo di riconoscimento legale formale.

Nello specifico, ad interessare il caso in esame è la lettera d) dell'art.44 riguardante la constatata impossibilità di affidamento preadottivo, su cui si sono formati due principali orientamenti, uno tradizionale restrittivo e un altro recente che ne ha ampliato l'interpretazione.

Per l'orientamento restrittivo la lettera d) dell'art. 44 è riferita in ogni caso a minori "in stato di abbandono" e ha il fine di ampliare il ventaglio degli adottanti relativamente a quei minori affetti da patologie psichiatriche o fisiche invalidanti che di fatto rimanevano più frequentemente senza proposte adottive. La prima prassi applicativa seguita negli anni '80 riteneva che la norma si riferisse a quei minori dichiarati adottabili ma non collocabili in affidamento preadottivo perché affetti da gravi problemi (sanitari o psicologici) oppure perché "il forzoso distacco di un minore (dichiarato adottabile) dal o dagli affidatari "abusivi", avanti negli anni e non coniugati, avrebbe creato in quel minore traumi irreversibili ove ne fosse stato disposto l'allontanamento e l'affidamento preadottivo ad altra coppia regolarmente in lista d'attesa" (Trib. min. Roma 30.12.2015).

Recentemente è emerso in giurisprudenza un orientamento che ha ampliato tale interpretazione: l'impossibilità di affidamento preadottivo non dovrebbe ricomprendere necessariamente l'impossibilità materiale (di fatto) di tale affidamento ma anche ogni altra ipotesi di impossibilità giuridica di adottare attraverso l'adozione legittimante. L'affidamento preadottivo, previsto dal legislatore senza ulteriori specificazioni, ricomprenderebbe sia l'impossibilità di fatto dell'affidamento preadottivo sia quella di diritto. Questa interpretazione permetterebbe di tutelare l'interesse di minori, anche non in stato di abbandono, al riconoscimento di rapporti di genitorialità "più compiuti e completi" (Trib. min. Roma 30.12.2015). Non è dunque necessario che si verifichi uno stato di abbandono del minore ma è sufficiente che l'adozione sia consigliabile per una migliore tutela dei diritti del minore. Attraverso questa interpretazione più ampia sono stati considerati adottabili bambini non abbandonati affidati da anni a coppie o a singoli.

Secondo questo orientamento "tale interpretazione è pienamente conforme alla *littera legis*, che prevede come unica condizione per l'adozione di cui all'art. 44, co. 1, lett. d) l'impossibilità dell'affidamento preadottivo e non l'impossibilità di fatto dell'affidamento preadottivo di un minore in stato di abbandono. Essa ha altresì consentito di realizzare l'interesse superiore del minore in linea con la *ratio legis*, che una interpretazione più restrittiva avrebbe invece seriamente limitato" (Trib. min. Roma 30.12.2015).

A parere dell'orientamento estensivo, un'interpretazione non restrittiva dell'art. 44 lett d) ha trovato riconoscimento nella giurisprudenza costituzionale. La Consulta (C. Cost. 198/1986) ha affermato che dal "criterio dell'adeguatezza in concreto discende (...) l'esigenza, da un lato, che siano conferiti al giudice poteri sufficienti a consentirgli di

individuare la soluzione più idonea a soddisfare gli interessi del minore e, dall'altro, che possano trovare tutela positiva i rapporti creatisi col tempo tra il minore e gli affidatari" essendo sempre indispensabile valutare "il superiore interesse del minore, in vista del quale la legge, in determinate situazioni, abbandona le soluzioni rigide, prevedendo che la valutazione sia effettuata in concreto dal giudice nell'esclusivo interesse del minore".

Aderendo all'orientamento estensivo la giurisprudenza ha cominciato ad affermare la possibilità anche per una persona appartenente ad un nucleo familiare omosessuale di adottare il figlio del partner quando ciò sia conforme all'interesse del minore valutato in concreto.

Questo dato è confermato da quanto emerso dai risultati dell'indagine empirica facente parte di questo lavoro di ricerca e di cui si dirà nell'ultimo capitolo. La maggioranza dei giudici che hanno partecipato al questionario online ha infatti risolto il caso proposto uniformemente all'orientamento estensivo e, dove si chiedeva se la legge dovesse permettere l'adozione del figlio del partner, ha risposto in modo affermativo.

La casistica sorta dallo studio dei provvedimenti non fa riferimento al solo caso sopra illustrato di *stepchild adoption*, dove l'interesse del minore concreto amplia l'interpretazione dell'articolo 44 lett d), ma sono presenti, inoltre, casi in cui si domanda all'autorità giudiziaria il riconoscimento di un provvedimento formato all'estero, in cui, come si vedrà, l'interesse del minore contribuirà ad ampliare la nozione di ordine pubblico con cui la sentenza o l'atto, per una parte della giurisprudenza, sembra contrastare. Infatti in diverse decisioni è posta l'obiezione che il presunto interesse del minore appartenente ad una famiglia omogenitoriale a vedere riconosciuto uno *status* formato all'estero confligga con l'ordine pubblico. Il contrasto fra questi due principi, nel caso concreto, deve essere risolto attraverso un bilanciamento di interessi.

La normativa di riferimento è composta dall'art. 36 c. 4 della legge sull'adozione che stabilisce che "l'adozione pronunciata dalla competente autorità di un Paese straniero a istanza di cittadini italiani, che dimostrino al momento della pronuncia di aver soggiornato continuativamente nello stesso e di avervi avuto la residenza da almeno due anni, viene riconosciuta ad ogni effetto in Italia con provvedimento del Tribunale per i minorenni, purché conforme ai principi della Convenzione"<sup>368</sup> e dall'art 35 della stessa legge riguardante la disciplina delle adozioni pronunciate all'estero.

Inoltre, nei casi di specie, è richiamata la legge 218/1995 che ha riformato il sistema italiano di diritto internazionale privato e, in particolare, gli artt. 64 ("riconoscimento di sentenze straniere"), 65 ("riconoscimento di provvedimenti stranieri"), 66 ("riconoscimento di provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria") e 67 ("attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria e contestazione del riconoscimento") riguardanti l'efficacia di sentenze e atti stranieri. In generale i provvedimenti esteri sono riconosciuti quando sono rispettate le regole formali processuali del paese straniero in tema di competenza dell'autorità e di regolare

---

<sup>368</sup> Si intende la Convenzione dell'Aja, 29 maggio 1993 per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale.

instaurazione del contraddittorio, inoltre i provvedimenti non devono essere contrari all'ordine pubblico.

Si deve precisare che il riconoscimento di un provvedimento di adozione formato all'estero non deve essere confuso con l'adozione internazionale: nel primo caso l'adozione è dichiarata secondo le norme di uno stato estero che l'Italia si limita a ratificare nel rispetto di quanto previsto dagli artt. 64 e seguenti della legge 218/1995, nel secondo caso, invece, si applica la legge 184/1983 che prevede che la coppia sia residente in Italia e il minore adottando straniero e residente all'estero.

Per completezza, vi sono infine casi meno frequenti relativi alle adozioni legittimanti di bambini in stato di abbandono dichiarate all'estero e di cui si chiede il riconoscimento al giudice italiano, casi relativi al diritto di visita del figlio del partner dopo la separazione dei genitori e casi in cui è chiesta la formazione di un atto di nascita per un minore nato in Italia con l'indicazione di due genitori dello stesso sesso.

Le decisioni esaminate in tema di famiglie omogenitoriali che si vedranno nei prossimi paragrafi sono state 54 a partire dal 2013 fino al 2018 e si riferiscono a casi di *stepchild adoption*, di domande di trascrizioni di certificati di nascita formati all'estero o di rettifica di un atto di nascita formato in Italia di cui si dubita la compatibilità con l'ordine pubblico, di richieste di riconoscimento di adozioni legittimanti a coppie omosessuali decise all'estero e casi in cui l'ufficiale di stato civile locale rifiuta di ricevere la dichiarazione di nascita espressa congiuntamente da due genitori *same sex*.

## 2.2 *La stepchild adoption*

In questo paragrafo si tratterà degli idealtipi di argomentazioni emersi dall'analisi della giurisprudenza in materia di *stepchild adoption* che utilizzano il principio dell'interesse del minore. I primi sette idealtipi di seguito individuati fanno esprimere gli organi giudicanti in favore di questo istituto non ancora presente nel nostro ordinamento, mentre gli ultimi idealtipi individuati inducono i giudici ad esprimersi contro l'adozione del figlio del partner attraverso l'art. 44 lett d) della l. 184/83.

### 1) *Il riconoscimento della genitorialità sociale.*

In alcune sentenze si può notare il ricorrere del concetto di genitorialità sociale. Il genitore definito sociale è quella figura che, pur non avendo biologicamente alcun legame con un minore, svolge di fatto un ruolo genitoriale.

Per la Corte d'Appello di Milano, il riconoscimento giuridico della genitorialità sociale è "interesse e diritto dei bambini e viene in rilievo soprattutto nei momenti di criticità, quali quelli della morte di un genitore o della separazione. In tali evenienze si manifesta evidente il bisogno di protezione dei preesistenti legami familiari dei minori, diritti che

potranno esser protetti solo ove si sia accordata rilevanza giuridica alla relazione con il genitore sociale” (App. Milano, 9.02.2017, p. 28<sup>369</sup>).

Il concetto di genitore sociale è richiamato anche in un caso affine in cui non si chiede al giudice di pronunciare l’adozione ex art. 44 ma un soggetto domanda di poter esercitare il diritto di incontrare i figli del partner dopo la separazione della coppia.

Il Tribunale di Palermo nel decreto 6-15.04.2015 riconosce l’importanza di questa figura quando di fatto ella abbia cresciuto il minore. Richiamando i pareri dei consulenti d’ufficio, i quali sostengono la necessità per i minori di mantenere il rapporto con il genitore sociale pena “profonde ripercussioni sulla evoluzione della loro identità”, il Tribunale ritiene che vada “assolutamente preservato - in funzione del preminente interesse dei minori - il solido rapporto esistente tra loro e la persona che, sin dalla loro nascita, ha svolto il ruolo sostanziale di genitore (cd. genitore sociale)”. Per il Tribunale il rapporto tra genitore sociale e bambino deve essere salvaguardato al pari di quello ex art. 337 ter codice civile (rapporto figlio-genitore biologico) quando questo rapporto sia “tale da fondare l’identità personale e familiare del bambino stesso”.

La Corte d’Appello di Palermo, nella decisione del 31.08.2015, solleva relativamente a questo caso questione di legittimità costituzionale con riferimento all’art. 337 ter c.c. che prevede che il figlio minore abbia il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori. Il giudice di prime cure (decreto del Tribunale di Palermo, 6-15.04.2015) ha dichiarato inammissibile la questione di illegittimità costituzionale e ha interpretato la norma in conformità agli artt. 7 e 24 della Carta di Nizza e alla giurisprudenza Cedu in applicazione dell’art. 8, procedendo ad un’interpretazione volta ad estendere l’ambito applicativo del 337 ter c.c. “sino a delineare un concetto allargato di bigenitorialità e di famiglia, ricomprendendo per tale via anche la figura del genitore sociale, ossia di quel soggetto che ha instaurato con il minore un legame familiare de facto significativo e duraturo” (App. Palermo, 31.08.2015).

Contrariamente a quanto stabilito dal Tribunale, tuttavia, la Corte d’Appello di Palermo ritiene che non sia possibile compiere l’operazione ermeneutica effettuata in relazione all’art. 337 ter c.c. a causa dell’univocità del dato testuale in quanto tale articolo prevede che il figlio abbia diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, non ricomprendendo anche l’ex partner del genitore biologico. Per questo motivo, la Corte d’Appello solleva questione di costituzionalità in quanto la norma, in riferimento alla mancata tutela del rapporto tra il minore e l’ex partner del genitore biologico del minore, violerebbe l’art. 2 Cost. che ricomprende tra le formazioni sociali anche le famiglie di fatto. Inoltre “la struttura rigida della disposizione di cui all’art. 337 ter c.c., caratterizzata da un automatismo che preclude al giudice di vagliare l’effettivo preminente interesse del minore nel caso concreto (cfr. sul punto C. Cost. n. 31/2012)”, vanifica i principi sovranazionali posti per la protezione dell’interesse del minore e contrasta con il diritto del minore ad una famiglia (artt. 2, 30 e 31 Cost.), ed in

---

<sup>369</sup> Reperibile in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

particolare a mantenere rapporti significativi con l'ex partner del genitore biologico, indipendentemente dall'orientamento sessuale della coppia (App. Palermo, 31.08.2015).

Infine, secondo la Corte, la disposizione è in contrasto con l'art. 117, comma 1 Cost., che obbliga il legislatore italiano a rispettare i vincoli giuridici europei e gli obblighi internazionali, nonché con l'art. 8 Cedu come interpretato dalla Corte Edu in materia di riconoscimento del diritto dei genitori, dei figli e di altri soggetti uniti da relazioni familiari di fatto, a mantenere stabili relazioni, anche nell'ipotesi di crisi della coppia, in virtù dell'interesse del minore<sup>370</sup>.

La Corte Costituzionale ritiene non fondata la questione in quanto l'interruzione ingiustificata, in contrasto con l'interesse del minore, di un rapporto significativo, instaurato tra un bambino e soggetti che non siano parenti, è ricompresa nell'ipotesi di condotta del genitore "comunque pregiudizievole al figlio", in relazione alla quale l'art. 333 c.c. permette già al giudice di adottare "i provvedimenti convenienti" nel caso concreto (C. Cost., sent. 225/2016).

2) *Il consolidamento del rapporto fra bambino e persona che già si prende cura di lui.*

Una seconda motivazione ricorrente nella giurisprudenza è costituita dal consolidamento attraverso l'adozione ex art. 44 della relazione fra il minore e la persona che di fatto si prende cura di lui.

Secondo la Corte d'Appello di Milano (sent. 9.02.2017), l'ipotesi di cui alla lettera d) dell'art. 44 funziona da clausola residuale, idonea a tutelare le fattispecie non contemplate nei casi previsti dalle lettere a), b) e c) dell'articolo. A parere dei giudici, "non a caso le prime tre fattispecie individuano situazioni ben definite, mentre la quarta risulta (volutamente) più generica. La pretesa di subordinare l'applicazione di una norma che ha l'evidente funzione di clausola residuale alla sussistenza di un rigido presupposto, quale l'accertamento di una carenza di un contesto genitoriale idoneo alla crescita del minore, non è assolutamente previsto e ne rappresenta una palese forzatura che ne tradisce la *ratio*, oltre che la lettera. Infatti l'art. 44 lett. d) rispetta proprio i vincoli affettivi e relazionali preesistenti e risolve situazioni particolari nel preminente interesse del minore. È una norma aperta che ha lo scopo di favorire il consolidamento di rapporti tra il minore e persone che già si prendono cura di lui" (App. Milano, 9.02.2017).

La Corte d'Appello di Milano sostiene che "una interpretazione restrittiva avrebbe infatti impedito di perseguire il superiore interesse del minore, come ad esempio nelle situazioni in cui il figlio di una persona convivente con l'adottante abbia con quest'ultimo un rapporto del tutto equivalente a quello che si instaura con il proprio genitore" (App. Milano, 9.02.2017 p. 7).

Il Tribunale per i minorenni di Roma nella sentenza del 30.12.2015, sostenendo l'orientamento estensivo, afferma che "tale interpretazione è pienamente conforme alla *littera legis*, che prevede come unica condizione per l'adozione di cui all'art. 44, co. 1,

---

<sup>370</sup> Corte Edu del 13.06.1979, caso Marckx c. Belgium, Corte Edu del 26.05.1994, caso Keegan c. Irlanda, Corte Edu del 22.04.1997, X.Y. e Z. c. Regno Unito, Moretti e Benedetti c. Italia del 27.04.2010.

lett. d) l'impossibilità dell'affidamento preadottivo e non l'impossibilità di fatto dell'affidamento preadottivo di un minore in stato di abbandono. Essa ha così consentito di realizzare l'interesse superiore di centinaia e centinaia di minori in linea con la *ratio legis*, che una interpretazione più restrittiva avrebbe invece seriamente limitato" (Trib. min. Roma, sent. 30.12.2015).

Lo stesso Tribunale per i minorenni romano nella sentenza del 23.12.2015 enuncia alcuni esempi di situazioni tutelabili proprio in virtù di un'interpretazione estensiva: "i giudici onorari componenti il Collegio hanno, infatti, ricordato le svariate fattispecie di adozione in casi particolari, trattati nelle Camere di Consiglio cui hanno partecipato e la cui istruttoria avevano trattato, riportando alla memoria del Collegio l'adozione in favore di un/una bambino/a allevato/a, curato/a, amato/a da una vicina di casa del/dei genitori, da un parente, da un insegnante, da un medico che per quel bambino era divenuto una figura di riferimento così significativa da non poter interrompere quel rapporto, ma anzi da dover dare ad esso le maggiori garanzie possibili anche sotto il profilo giuridico, attraverso appunto l'adozione in casi particolari, che consente di assicurare tutela giuridica ad una relazione di fatto accettata e sostenuta dal/dai genitori del bambino/a che avrebbero comunque continuato a mantenere rapporti con il/la figlio/a. Mai questi bambini sono stati dichiarati adottabili e mai si è ritenuto, di conseguenza, possibile dichiararne l'affidamento preadottivo; essi sono stati adottati dalle persone che di loro si prendevano cura, realizzandone così il superiore interesse ad un percorso di vita adeguato e soddisfacente, senza recidere il rapporto con i [...] genitori. In tutti questi casi il P.M.M. presso questo Tribunale non ha mai dato parere negativo".

L'argomentazione in esame è utilizzata anche dalla Corte di Cassazione che sostiene che "nessuna delle 4 fattispecie di adozioni in casi particolari, previste dall'art. 44 comma 1, richiede il preventivo accertamento di una situazione di abbandono, in quanto la *ratio* ad essere sottesa è rivolta alla salvaguardia di legami affettivi e relazionali preesistenti e alla risoluzione di situazioni personali nelle quali l'interesse del minore ad un'ideale collocazione familiare è preminente e si realizza mediante l'instaurazione di "vincoli giuridici significativi" con chi si occupa stabilmente di lui" (Cass. del 22.06.2016 n.12962). Secondo la Corte di Cassazione questa impostazione è confermata da quanto affermato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 383 del 1999.

La Consulta si è pronunciata sulla questione di legittimità della l. 184/1983 art. 44 comma 1, lett c) - testualmente corrispondente alla vigente lettera d) dello stesso articolo - in riferimento agli artt. 3 e 30 Cost, ritenendola non fondata. Secondo la Consulta l'art. 44 funziona come clausola residuale per quei casi non inquadrabili nella disciplina dell'adozione legittimante, la lettera d) in particolare è un'ulteriore "valvola" per i casi non rientranti nelle fattispecie di cui alle lettere precedenti. Per la Consulta "le ordinanze di rimessione ritengono di dover trarre dal riferimento letterale della disposizione impugnata alla constatata impossibilità di affidamento preadottivo il presupposto interpretativo secondo cui, per far ricorso all'ipotesi prevista dalla lettera c) (ora lett. d, ndr) della norma, occorre necessariamente la previa dichiarazione dello stato di

abbandono del minore e quindi la declaratoria formale di adottabilità, nonché il vano tentativo del predetto affidamento. In realtà, l'art. 44 è tutto retto dalla assenza delle condizioni previste dal primo comma del precedente art. 7 della medesima L. n. 184: pertanto, gli stessi principi relativi alle prime due ipotesi dell'art. 44 valgono anche per le fattispecie ricadenti sotto la lettera c)". A conferma di ciò la Consulta cita l'art. 11 della legge sull'adozione<sup>371</sup>. Per la Corte Costituzionale, con le ipotesi di cui all'art. 44, il legislatore "ha voluto favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore ed i parenti o le persone che già si prendono cura di lui, prevedendo la possibilità di un'adozione, sia pure con effetti più limitati rispetto a quella legittimante, ma con presupposti necessariamente meno rigorosi di quest'ultima. Ciò è pienamente conforme al principio ispiratore di tutta la disciplina in esame: l'effettiva realizzazione degli interessi del minore" (nn. 2. e 3. del Considerato in diritto).

Secondo la Cassazione l'attenzione che la Consulta ha prestato alla continuità affettiva fra l'adottante e l'adottando, individuato come un elemento che realizza l'interesse del bambino, ha anticipato le linee ispiratrici della riforma della filiazione, degli istituti dell'adozione e dei successivi orientamenti della giurisprudenza della Corte Edu sviluppatasi negli ultimi decenni in tema di interesse del minore e del suo rapporto con altri interessi (Cass. 12962/2016).

### 3) *Motivazioni riconducibili all'odierna pluralità dei modelli familiari.*

Un'altra argomentazione in favore del riconoscimento dell'adozione del figlio del partner riguarda l'odierna pluralità di modelli familiari rispetto al passato. L'interpretazione restrittiva limiterebbe l'interesse del minore ignorando l'attuale pluralismo di modelli familiari e dimenticando che nella valutazione dei *best interests* deve avere rilievo il solo rapporto adulto/bambino e non il rapporto che esiste tra i genitori del bambino o tra un genitore e il suo compagno.

Secondo la Corte d'Appello di Milano, "ove le indagini diano esito positivo, l'adozione risponda all'interesse del minore e vi sia il consenso di tutti i soggetti interessati non si comprende come possano essere posti ostacoli alla richiesta di adozione se non per il prevalere di pregiudizi legati ad una concezione dei vincoli familiari non più rispondente alla ricchezza e complessità delle relazioni umane nell'epoca attuale".

La Corte richiama l'interpretazione evolutiva della Corte Edu in riferimento alla nozione di vita familiare di cui all'art. 8 Cedu (si veda Corte Edu 24.06.2010, S e K c. Austria; 21.07.2015, O e A. c. Italia; 23.02.2016, P c. Croazia). La Corte di Strasburgo afferma che il rapporto fra persone dello stesso sesso rientra nell'ambito della vita familiare e che tale rapporto non può essere ignorato dal diritto di famiglia poiché non sono tanto le aspirazioni o i desideri degli adulti a dover trovare necessariamente pari

---

<sup>371</sup> L'articolo prevede che "Quando dalle indagini previste nell'articolo precedente risultano deceduti i genitori del minore e non risultano esistenti parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore, il Tribunale per i minorenni provvede a dichiarare lo stato di adottabilità, salvo che esistano istanze di adozione ai sensi dell'articolo 44. In tal caso il Tribunale per i minorenni decide nell'esclusivo interesse del minore".

riconoscimenti da parte degli ordinamenti, bensì i diritti dei bambini. (App. Milano, 9.02.2017 p. 43, le parole della Corte d'Appello di Milano sono riprese e citate dal Tribunale di Bologna, 6.07.2017<sup>372</sup>).

Per il Tribunale di Bologna si può parlare di famiglia, luogo in cui è possibile la crescita di un minore, in tutti i casi in cui due persone “si riconoscano come parti di un medesimo progetto di vita, con le aspirazioni, i desideri e i sogni comuni per il futuro” e condividano insieme frammenti di vita quotidiana “senza che il mero fattore “omoaffettività” possa costituire ostacolo formale” (Trib. Bologna, 6.07.2017).

Sulla stessa linea anche il Tribunale per i minorenni di Roma (sent. 30.07.2014), i cui giudici onorari sostengono che “il benessere psicosociale dei membri dei gruppi familiari non sia tanto legato alla forma che il gruppo assume, quanto alla qualità dei processi e delle dinamiche relazionali che si attualizzano al suo interno. In altri termini, non sono né il numero né il genere dei genitori a garantire di per sé le condizioni di sviluppo migliori per i bambini, bensì la loro capacità di assumere questi ruoli e le responsabilità educative che ne derivano”. Per i giudici, “ciò che è importante per il benessere dei bambini è la qualità dell'ambiente familiare che i genitori forniscono loro, indipendentemente dal fatto che essi siano dello stesso sesso o che abbiano lo stesso orientamento [...] e nel caso di specie l'interpretazione della norma è nel senso di essere applicabile a tali nuove forme di genitorialità, senza forzatura alcuna”. Il Collegio pone a fondamento della propria decisione il benessere e la tutela dello sviluppo della minore, “il cui unico pregiudizio nel percorso di crescita andrebbe presumibilmente rintracciato nel convincimento diffuso in parte della società, esclusivamente fondato, questo sì, su pregiudizi e condizionamenti cui questo Tribunale, quale organo superiore di tutela del benessere psicofisico dei bambini, non può e non deve aderire stigmatizzando una genitorialità diversa, ma parimenti sana e meritevole di essere riconosciuta in quanto tale” (Trib. min. Roma, sent. 30.07.2014).

In proposito, il Tribunale romano richiama la sentenza del 11.01.2013 n. 601 della Corte di Cassazione in cui i giudici rigettano il ricorso contro l'affidamento esclusivo di una minore alla madre convivente con una donna cui è legata da una relazione omosessuale ritenendo che le motivazioni del ricorrente non siano supportate da comprovate certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì dal pregiudizio che il vivere con una coppia omosessuale possa rivelarsi dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino. In questo modo, per la Corte, si dà per scontato ciò che invece deve essere dimostrato, ovvero la dannosità di quel contesto familiare per il minore in esame.

Analoghe argomentazioni si trovano nella sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma del 30.12.2015 che decide un caso di richiesta di adozione “incrociata” in cui ciascuno dei due partner ha chiesto l'adozione del figlio del partner. I bambini sono nati entrambi da fecondazione eterologa all'interno del progetto genitoriale di una coppia di donne.

---

<sup>372</sup> Reperibile in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).



Lo stesso Tribunale (Trib. min. Roma 29.10.2015<sup>373</sup>) statuisce che per famiglia si deve intendere quella formazione sociale che possieda i caratteri dell'adeguatezza, da individuarsi in concreto sulla base dell'interesse del minore, senza una netta distinzione tra il matrimonio e le stabili convivenze, in considerazione che negli anni il vincolo matrimoniale ha perso il suo carattere di indissolubilità.

In conclusione, in un modello familiare anche non tradizionale la presenza di elementi come "l'esistenza di rapporti familiari già consolidati, la presenza di vincoli e legami affettivi, umani e solidali, la comunità di vita materiale e spirituale" non possono essere ignorati e meritano una rilevanza giuridica, anche ai fini dell'adozione, ove si accerti che quella formazione sociale sia luogo di sviluppo e promozione della personalità del minore, "il cui superiore interesse deve sempre prevalere" (Trib. min. Roma, 23.12.2015).

#### 4) *Il diritto del minore alla definizione della propria identità personale.*

Alcuni organi giudicanti individuano nei casi di specie in tema di *stepchild adoption* un interesse del bambino a definire la propria identità come essere umano, ivi compreso il proprio *status* di figlio, espressione del più ampio principio costituito dal rispetto per la vita privata imposto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. I bambini nati da gestazione per altri o fecondazione eterologa, infatti, sono soggetti ad uno stato di assoluta incertezza in quanto l'ordinamento, non riconoscendo legalmente la figura che per loro, di fatto, è di tipo genitoriale, mina in qualche modo il loro diritto ad una piena identità personale, la quale comprende il riconoscimento dei propri legami familiari.

In questo senso il Tribunale di Roma fa riferimento alla Corte Edu<sup>374</sup> che antepone ad ogni valutazione in ordine all'eventuale liceità del ricorso a metodi alternativi di procreazione, praticati all'estero da cittadini di paesi che non consentono di avvalersi di simili tecniche, la necessità di considerare il primario interesse del minore a definire la propria identità come essere umano, compreso il proprio *status* di figlio di una coppia di genitori omosessuali, espressione del più ampio principio costituito dal rispetto per la vita privata imposto dalla Convenzione.

I giudici osservano, infatti, che i bambini generati con ricorso alla gestazione per altri sono soggetti ad uno stato di assoluta incertezza giuridica, "ove il loro Stato di appartenenza non riconosca la loro identità al suo interno, privandoli ingiustificatamente della figura genitoriale di riferimento e mettendoli nella condizione di fornire una duplice rappresentazione di sé, valida in un caso solo socialmente e nell'altro solo legalmente" (Trib. min. Roma, 23.12.2015). Secondo il Tribunale non è possibile ignorare le situazioni di fatto esistenti e cristallizzate nel tempo: "X è nato e cresciuto con il ricorrente ed il suo compagno, suo padre biologico, instaurando con loro un legame inscindibile che, a prescindere da qualsiasi classificazione giuridica, nulla ha di diverso rispetto a un vero e proprio vincolo genitoriale. Negare a questo bambino i diritti e i vantaggi che derivano da questo rapporto costituirebbe certamente una scelta non corrispondente all'interesse

<sup>373</sup> Reperibile in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

<sup>374</sup> Casi Paradiso e Campanelli, Mennesson e Labasee per cui si rinvia al terzo capitolo.

del minore, che dovrebbe vivere una doppia rappresentazione di sé, una giuridica e una sociale, motivo di sicuro pregiudizio per la sua identità” (Trib. min. Roma, 23.12.2015).

In modo conforme si esprime la Corte di Appello di Torino in due sentenze gemelle laddove afferma che il compito del giudice deve essere quello di rendere effettivi, e non meramente illusori e teorici, i diritti previsti della legge, di conseguenza “non può affermarsi, nel caso de quo, che costituisca il miglior interesse del minore privarlo di un legame attraverso il quale si esprime il diritto al proprio *status* di figlio”. La Corte d’Appello richiama, con riferimento all’articolo 8 della Convenzione, le sentenze *Mennesson c. Francia* e *Labasee c. Francia* della Corte Europea dei Diritti dell’uomo (26 giugno 2014) in cui si è statuito che l’interesse a definire la propria identità, compreso lo *status* di figlio, deve essere ricompreso nel concetto di rispetto per la vita. Nei casi di specie, ad avviso della Corte Edu, i minori si sono trovati in uno stato di incertezza giuridica a causa del mancato riconoscimento del loro *status* di figli nati all’estero con ricorso a tecniche procreative vietate dall’ordinamento francese (così entrambe le sentenze di App. Torino del 27.05.2016).

La motivazione dell’interesse del minore alla propria identità tramite lo *status* familiare è richiamata anche in una sentenza inerente alla richiesta di riconoscimento di un provvedimento formato all’estero (App. Trento, ordinanza depositata il 23.02.2017<sup>375</sup>) da parte di una coppia di uomini. La Corte d’Appello ritiene che l’interesse del minore coincida con il diritto dello stesso a conservare lo *status* di figlio riconosciutogli in un atto validamente formato in un altro stato. Per la Corte “il mancato riconoscimento dello *status* filiationis nei confronti del X determinerebbe infatti un evidente pregiudizio per i minori, i quali non vedrebbero riconosciuti in Italia nei confronti del X tutti i diritti che a tale *status* conseguono [...] i minori sarebbero poi pregiudicati anche sotto il profilo della perdita di identità familiare legittimamente acquisita in X non trovando alcuni rilievo giuridico nel nostro ordinamento i legami familiari con il X legittimamente instaurati”. Per quanto riguarda il bilanciamento fra i *best interests of the child* ed altri interessi, i giudici sostengono che, nonostante la valenza non assoluta del principio, questo dovrebbe cedere “unicamente di fronte ad altri interessi e valori di rilevanza costituzionale primaria e vincolanti per il legislatore ordinario”.

Infine, il pregiudizio recato all’identità personale è riconosciuto anche dalla Corte di Cassazione (Cass. civ. sez. I, sent., 30.09.2016 n. 19599).

##### 5) Copertura giuridica ad una situazione di fatto già esistente.

Un’argomentazione ricorrente nelle sentenze conformi all’orientamento estensivo sostiene che attraverso il riconoscimento dell’adozione del figlio del partner non si introdurrebbe *ex novo* una situazione giuridica inesistente ma si garantirebbe copertura giuridica, nell’esclusivo interesse del minore, ad una situazione di fatto già esistente (così entrambe le sentenze della Corte d’Appello di Torino del 27.05.2016).

---

<sup>375</sup> Reperibile in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

Tale argomentazione è sostenuta dal Tribunale per i minorenni di Roma (sent. 30.07.2014) che precisa che “nel caso di specie, non si può non tenere conto delle situazioni che sono da tempo esistenti e cristallizzate: X è nata e cresciuta con la ricorrente e la sua compagna, madre biologica della bimba, instaurando con loro un legame inscindibile che, a prescindere da qualsiasi classificazione giuridica, nulla ha di diverso rispetto a un vero e proprio vincolo genitoriale. Negare alla bambina i diritti e i vantaggi che derivano da questo rapporto costituirebbe certamente una scelta non corrispondente all’interesse della minore, che, come indicato dalla Corte Costituzionale stessa e dalla Corte Europea del Diritto dell’Uomo, occorre sempre valutare in concreto. [...] L’art. 44, co. 1, lett. d) della richiamata legge costituisce, a tal fine e da sempre, l’apposito strumento, configurandosi come una “porta aperta” sui cambiamenti che la nostra società ci propone con una continuità ed una velocità cui il Legislatore fatica a tenere dietro, ma cui il Giudice minorile non può restare indifferente, se in ogni suo provvedimento deve, effettivamente, garantire l’interesse superiore del minore”.

Il Tribunale romano inoltre sostiene che le due donne del caso in esame abbiano utilizzato tutti gli strumenti giuridici a loro disposizione in Italia per ufficializzare la stabilità della loro unione, di conseguenza “se uno dei motivi per i quali la legge indica nelle coppie coniugate il nucleo maggiormente idoneo per l’adozione dei minori è costituito dalla stabilità, così come sostenuto dalla Corte Costituzionale stessa, non pare che nel caso di specie emergano elementi in contrasto, dato che le due donne convivono ormai stabilmente da più di dieci anni ed hanno voluto contrarre, per rafforzare il loro reciproco impegno di fedeltà, il vincolo matrimoniale in uno dei Paesi Europei che riconosce tale diritto a tutti gli uomini e le donne” (Trib. min. Roma, sent. 30.07.2014).

Si ritrovano le stesse motivazioni nella decisione del Tribunale per i minorenni di Roma del 30.12.2015 nel cui caso di specie la coppia di donne richiedente l’adozione del figlio del partner ha sempre condiviso i compiti derivati dal ruolo di genitore, considerando anche la madre “sociale” una “madre a tutti gli effetti, condividendo con lei [la madre biologica, ndr] compiti educativi e assistenziali, partecipando entrambe dell’affetto delle bambine e ricambiandolo parimenti entrambe, con slancio ed abnegazione intelligente, per garantire loro la migliore qualità della vita in un periodo così importante quale è l’infanzia. È, difatti, proprio in questo momento evolutivo che i bambini costruiscono dei modelli interni delle rappresentazioni, delle esperienze di relazione che nella realtà hanno luogo con la figura che maggiormente si è presa cura di loro sin dalla nascita e, pertanto, non necessariamente definibile genitoriale, tanto meno appartenente ad un preciso orientamento sessuale” (Trib. min. Roma 30.12.2015).

Le stesse argomentazioni si trovano in casi di richieste di riconoscimento di un provvedimento formato all’estero (App. Torino, decreto del 29.10.2014, Cass. civ. Sez. I, sent. 30.09.2016, n. 19599 e Trib. Palermo, decreto 6-15.04.2015).

#### *6) Il nucleo familiare omosessuale e l’interesse del bambino.*

La motivazione in esame, sulla scia degli ultimi orientamenti della Corte di Cassazione (601/2013) si fonda sulla impossibilità di presumere che un nucleo familiare omosessuale danneggi un bambino.

Nella sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma (30.07.2014), il collegio, in particolare la parte onoraria, afferma che il benessere del minore non sia legato alla forma della famiglia. L'art. 44 lett d) non opera alcuna discriminazione tra adottanti eterosessuali e omosessuali, di conseguenza, per i giudici romani, una lettura contraria violerebbe la *ratio legis*, i principi costituzionali nonché quelli della Cedu.

La *ratio* dell'adozione in casi particolari, infatti, deve essere individuata nell'esclusiva realizzazione dell'interesse del minore valutato in concreto. Di conseguenza, non può presumersi che esso non possa essere realizzato nel contesto di un nucleo omosessuale in quanto tale dannosità deve essere dimostrata. In tal senso si esprime la decisione già richiamata della Corte di Cassazione n. 601/2013 rigettando il ricorso di un padre contro l'affidamento esclusivo disposto dalla Corte di Appello di Brescia alla madre convivente con una donna. Per il Tribunale "una interpretazione della norma volta ad escludere coppie omosessuali dalla possibilità di ricorrere alla adozione ex art. 44, co. 1, lett. d) sarebbe dunque in palese contrasto non solo con la lettera della legge ma anche con la sua *ratio*".

Inoltre, un'interpretazione restrittiva sarebbe in conflitto con il dato costituzionale in quanto la Consulta (n. 138/2010), nonostante non abbia riconosciuto l'estensione della disciplina del matrimonio alle coppie omosessuali come modifica costituzionalmente obbligata, ha affermato che l'unione omosessuale, quale stabile convivenza, è da considerarsi una formazione sociale "idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico" e che essa ha "il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri". Partendo da queste premesse, il Tribunale romano deduce che il desiderio di avere dei figli, naturali o adottati, rientra nel concetto di diritto alla vita familiare.

Pertanto, dopo una valutazione in concreto positiva del superiore interesse del minore e dell'adeguatezza degli adottanti, l'esclusione dall'adozione ex art. 44 delle coppie omosessuali, a differenza delle coppie di fatto eterosessuali, lederebbe il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. e i diritti fondamentali ex art. 2, fra cui la Consulta contempla anche la protezione della coppia omosessuale (così concludono i giudici anche nel caso esaminato in Trib. min. Roma, sent. 23.12.2015).

Infine, escludere le coppie omosessuali dalla possibilità di adottare ex art. 44, co. 1, lett. d) a motivo di tale orientamento sessuale sarebbe per il Tribunale contrario agli artt. 14 e 8 della Cedu. Le disposizioni Cedu, così come sono interpretate dalla Corte Edu, sono fonti interposte e integrano il parametro costituzionale di riferimento per le leggi ordinarie grazie al rinvio mobile dell'art. 117 Cost (sent. 348 e 349/2007 e 317/2009 Corte Costituzionale). Di conseguenza, il giudice ordinario dovrà operare una interpretazione

convenzionalmente orientata delle norme nazionali poiché “un incremento di tutela indotto dal dispiegarsi degli effetti della normativa Cedu certamente non viola gli articoli della Costituzione posti a garanzia degli stessi diritti, ne esplicita ed arricchisce il contenuto, innalzando il livello di sviluppo complessivo dell’ordinamento nazionale nel settore dei diritti fondamentali” (C. Cost. punto 8 del Considerato in diritto, sentenza 317/2009).

Il Tribunale per i minorenni di Roma cita il noto caso X e altri c. Austria deciso dalla Corte Edu il 19.02.2013. La richiesta di una componente di una coppia di donne, unita da stabile relazione omosessuale, è stata rigettata dallo Stato austriaco, paese che non riconosce il matrimonio omosessuale. La coppia, in virtù dell’art. 3 par. I della Convenzione di New York del 1989 ha ritenuto discriminatoria, per violazione degli artt. 8 e 14 Cedu, la legge austriaca che non consente l’adozione in questi casi, mentre la consente a coppie di fatto eterosessuali. Per i giudici di Strasburgo, le corti austriache non hanno avuto la possibilità di esaminare nel merito la domanda di adozione onde valutare se quanto chiesto corrispondesse o meno all’interesse effettivo del minore, in quanto l’accoglimento della domanda era in ogni caso escluso dalla legislazione. Ad avviso dei giudici di Strasburgo, il Governo austriaco non ha dimostrato che la protezione della famiglia, intesa in senso tradizionale, e l’interesse del minore richiedessero l’esclusione delle coppie dello stesso sesso dalla c.d. *second parent adoption* a cui, invece, potevano accedere le coppie di fatto eterosessuali. La motivazione della sentenza è basata in parte sulla discriminazione prevista dalla legge austriaca tra coppie di fatto eterosessuali e omosessuali e, in parte, sulla necessità per il giudice di merito di motivare perché l’interesse superiore del minore non potrebbe, nella situazione specifica, essere tutelato dalla coppia omosessuale.

Nel caso di specie, il Collegio romano ritiene possibile l’applicazione dell’art. 44 anche alla coppia omosessuale purché, in concreto, l’adozione realizzi l’interesse del minore (Trib. min. Roma, sent. 30.07.2014, così anche in Trib. min. Roma 30.12.2015). Il Tribunale romano nella sentenza del 30.12.2015 ribadisce che nel nostro ordinamento non si pone alcun divieto per la persona singola, qualunque sia l’orientamento sessuale, di adottare ai sensi dell’art. 44 legge adozione.

La già citata sentenza 601/2013 della Cassazione è stata menzionata anche dalla Corte d’Appello di Napoli (30.03.2016) che autorizza il riconoscimento di un provvedimento formato all’estero riguardante lo *status* di un minore (così anche in Tribunale di Palermo, decreto 6-15.04.2015).

Per quanto riguarda l’affidamento, vi sono provvedimenti che individuano una coppia omosessuale come coppia affidataria: la circostanza che la coppia affidataria sia formata da due persone dello stesso sesso non è considerata elemento ostativo all’affidamento di un minore.

Al riguardo, il Tribunale per i minorenni dell’Emilia Romagna (decreto del 31.10.2013) richiama la già citata sentenza della Cassazione del 2013 affermando che, in assenza di certezze scientifiche o dati di esperienza, considerare dannoso per un minore

vivere in una famiglia omosessuale costituirebbe un mero pregiudizio, in particolar modo in relazione ad un istituto temporaneo quale l'affidamento. La *ratio* dell'affido deve essere individuata nell'assicurare al bambino l'ambiente familiare idoneo di cui è momentaneamente privo. Di conseguenza, per il Tribunale "non può escludersi che in casi particolari, a seconda delle circostanze e delle peculiarità denotate dal minore, l'ambito più idoneo possa non essere costituito da un modello di comunità familiare completa nella quale cioè coesistono sia la figura paterna sia quella materna sia quella dei fratelli".

Nel caso concreto, il Servizio Sociale decide di non affidare il minore, come spesso avviene, ad una coppia con figli ritenendo che sia necessario evitare l'insorgere nel minore di una confusione di ruoli fra i genitori e gli affidatari. Nella sentenza si legge che "la bambina proviene da un nucleo monogenitoriale ove già esiste una sorella, ed ha chiari i suoi riferimenti parentali, i quali, stanti i lunghi periodi di assenza della figura paterna, avrebbero potuto essere compromessi con il suo inserimento in una famiglia di tipo tradizionale formata da una nuova coppia di genitori e da altri bambini loro figli". I Servizi Sociali, inoltre, ritengono opportuno inserire la minore in un contesto esclusivamente maschile poiché si è sempre relazionata solo con figure familiari femminili. Nel caso in esame "la bontà di tale scelta risulta comprovata dagli ottimi risultati già palesati dall'affidamento (ricavabili dalle audizioni della madre nonché degli operatori del Servizio Sociale) nel pur breve tempo dalla sua attivazione".

Per quanto riguarda la coppia affidataria, il Tribunale osserva che l'istruttoria ha evidenziato come la coppia "al di là delle proprie aspirazioni ad una paternità, sia ben consapevole del proprio ruolo non sostitutivo bensì di supporto alla genitorialità della madre la quale frequenta regolarmente la loro casa assieme all'altra figlia e si è espressa in termini molto positivi sull'andamento dell'affido, precisando che X ha interiorizzato con precisione le figure adulte di riferimento, non sovrapponendo affatto gli affidatari ai genitori ma chiamandoli ormai zii".

Un caso diverso riguarda la richiesta di riconoscimento di adozione legittimante realizzata all'estero. In questo caso non è presente come negli altri una fecondazione eterologa dove uno dei due soggetti è legato biologicamente al minore, ma il soggetto da tutelare è un bambino in stato di abbandono dato in adozione legittimante ad una coppia omosessuale risultata idonea all'adozione secondo le leggi dello stato.

Anche in questa fattispecie il Tribunale per i minorenni di Firenze, in due decreti gemelli del 7.03.2017, sposa le motivazioni della sentenza della Cassazione del 2013.

Nel caso dell'adozione avvenuta nel Regno Unito, la circostanza di essere una coppia di omosessuali, i quali hanno subito discriminazioni e bullismo nel loro percorso scolastico, è considerata dai Servizi addirittura un elemento di forza per i due bambini auspicando che la coppia possa meglio sostenere ed orientare i minori in riferimento a tematiche legate al bullismo (decr. 7.03.2017).

7) *L'analisi dei casi deve essere incentrata sulla relazione bambino-adulto e non sulla forma del rapporto che esiste fra i genitori.*

L'orientamento estensivo sostiene, oltre ad un'idea pluralistica dei modelli familiari, anche una “concezione funzionale della famiglia che pone attenzione al rapporto prima ancora che all'atto” (Trib. min Roma, 23.12.2015).

La Corte d'Appello di Torino (decisione del 29.10.2014), la cui motivazione è stata successivamente richiamata dal Tribunale per i minorenni di Roma nella decisione del 23.12.2015 sostiene che assuma rilievo determinante la circostanza che la famiglia esista “non tanto sul piano dei partner ma con riferimento alla posizione, allo *status* e alla tutela del figlio”. Alla luce di ciò “nel valutare il *best interest* per il minore non devono essere legati fra loro il piano del legame fra i genitori e quello fra genitore-figli: l'interesse del minore pone, in primis, un vincolo al disconoscimento di un rapporto di fatto, nella specie validamente costituito, fra la co-madre e un figlio”. Le stesse parole si trovano anche in due provvedimenti del 2016 della Corte d'Appello di Torino (27.05.2016) e tale orientamento è confermato anche dalla Cassazione (Cass. civ. Sez. I, sent., 30.09.2016 n. 19599).

Analizzati gli idealtipi di motivazioni a sostegno dell'adozione del figlio del partner, di seguito se ne vedranno alcuni che hanno fatto esprimere i collegi in senso sfavorevole rispetto all'adozione ex art. 44 lett. d) nelle famiglie omogenitoriali:

1) *Una prospettiva sostanzialmente adultocentrica.*

Il Tribunale per i minorenni di Milano con la sentenza del 17.10.2016, n. 261 sostiene la tesi restrittiva affermando che “la Corte Edu, più volte chiamata a pronunciarsi in casi simili, ha costantemente affermato che se pur sono tutelabili situazioni particolari in cui sia emersa o possa emergere una relazione di fatto suscettibile di apprezzamento, non esiste un diritto all'adozione, anche perché ciò ridurrebbe, essendo il diritto una posizione azionabile, il minore ad oggetto di pretesa da parte dell'adulto in senso stretto. Questo principio appare di rilevanza fondamentale sia per valutare il limite della discrezionalità legislativa in materia, sia come principio interpretativo”. Per i giudici, l'orientamento estensivo si porrebbe in una prospettiva “adultocentrica”.

2) *Aggiramento delle previsioni normative*

L'interpretazione estensiva condurrebbe inoltre a dichiarare l'adozione in casi particolari tutte le volte che ciò risponda all'interesse del minore, con conseguente aggiramento della condizione limitativa imposta dalla legge, volta a tutelare l'ordine pubblico e la realizzazione dell'interesse del minore.

Il Tribunale per i minorenni di Milano (sent. Del 17.10.2016 n. 261) sposa l'orientamento restrittivo sostenendo che la lett d) sia stata prevista dal legislatore per ratificare limitati casi di situazioni di fatto come nel caso in cui, pur sussistendo sostanzialmente una situazione di abbandono, il minore risulti inserito in un contesto di

legami a lui favorevole e, contestualmente, non sia verosimilmente realizzabile, per la difficile situazione, un percorso adottivo attraverso l'adozione legittimante.

Di conseguenza a parere del Tribunale la lett. d) non può essere invocata ogni qual volta non sia possibile esperire l'adozione legittimante, altrimenti non si comprenderebbe perché il legislatore abbia indicato all'art. 44 casi specifici e numerati.

I giudici minorili milanesi, pur riconoscendo che l'art. 44 non richieda necessariamente la dichiarazione di adottabilità o un affidamento preadottivo, considerano tale articolo applicabile solo alle ipotesi di abbandono e del cosiddetto semiabbandono permanente. Secondo il Tribunale, i casi rientranti nell'alveo dell'art. 44 "riguardano sempre situazioni in cui il minore è sostanzialmente privo di un contesto genitoriale idoneo a sostenere la sua crescita, benché inserito in un contesto di legami parentali od affettivi che vengono preferiti come aspiranti genitori adottivi rispetto alla coppia scelta dal Tribunale. Tale conclusione appare conforme al preciso dettato costituzionale che prevede all'art. 30 c.2 che nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti".

A sostegno della propria interpretazione il Tribunale richiama la pronuncia del Tribunale per i minorenni di Bari (sent. del 7.05.2008) che estende la fattispecie di cui all'art. 44 lett. d) ai casi di *semiabbandono permanente* in cui rientrerebbero "tutte quelle ipotesi in cui la famiglia del minore risulti sostanzialmente insufficiente a garantire i suoi bisogni, pur mantenendo un ruolo affettivo che non è opportuno cancellare definitivamente". In questi casi non vi sarebbero ragionevoli possibilità di un miglioramento delle capacità familiari di accudimento. In conclusione, in casi simili "non potendosi pronunciare, in difetto di situazione di abbandono morale e materiale del minore, la dichiarazione di adottabilità, si potrà far luogo ad una adozione definita 'mite' ai sensi dell'art. 44 lett d) che non recide appunto i legami con la famiglia d'origine".

A parere dei giudici milanesi quella appena descritta è la situazione individuata nei lavori preparatori della legge sull'adozione, dove, in riferimento ai bambini di difficile collocazione, si è sottolineata "l'assoluta priorità di evitare ratifiche di situazione di fatto determinate da un preteso diritto alla genitorialità rappresentando come tutto l'istituto dell'adozione [...] era volto a garantire la massima tutela al minore e non le aspettative degli adulti, certamente comprensibili, ma che mai potevano prevalere rispetto all'interesse di chi si trovava in una situazione di mancanza di tutela".

Premesse queste considerazioni, il Tribunale milanese giunge ad una conclusione opposta rispetto a quella delle sentenze del filone interpretativo estensivo: "la norma sarebbe veramente pleonastica se l'unica valutazione dovesse ritenersi quella, in concreto, di una verifica dell'interesse del minore" (Trib. min. Milano del 17.10.2016, n. 261). Il caso dell'adozione del figlio del partner è, a parere del Tribunale, una fattispecie riconducibile alla tipologia prevista dalla lett. b) dell'articolo citato ma a cui difetta il presupposto, imprescindibile per legge, del rapporto di coniugio tra il ricorrente e il genitore biologico del minore. Di conseguenza, "per superare tale ostacolo non è possibile accedere ad una interpretazione della lett. d) estendendo la possibilità dell'adozione



relativa ai casi di impossibilità di affidamento preadottivo ad ogni ipotesi di impossibilità anche giuridica di ricorrere alla adozione legittimante e quindi alla sola valutazione dell'interesse del minore”.

Per il Tribunale milanese la lett. b) è inserita in un quadro normativo che non consente la sua estensione anche al convivente, di conseguenza né il convivente omosessuale né quello eterosessuale potrebbero adottare il figlio del partner (Trib. min. Milano 261/2016). Il Tribunale per i minorenni di Milano infatti applica lo stesso schema interpretativo nel caso della sentenza n. 268 del 2016, rigettando la richiesta di adozione ex art. 44 d) che è stata proposta dal convivente eterosessuale della madre di un minore.

Le argomentazioni che saranno analizzate di seguito, contrarie alla *stepchild adoption*, possono avere un particolare valore perché, pur non essendo condivise da nessuno dei collegi giudicanti delle sentenze analizzate, vengono comunque in esse citate in quanto sostenute da alcuni Pubblici ministeri.

In riferimento all'utilizzo di una *prospettiva sostanzialmente adultocentrica*, nel caso deciso dalla Corte d'Appello il 23.12.2015, il PM, che ha impugnato la sentenza di adozione, ritiene che quello descritto come interesse del minore, in realtà, costituirebbe solo un'aspirazione dei genitori, secondo una visione definita adultocentrica, ad una nuova forma di genitorialità non ancora prevista dall'ordinamento italiano. Il PM minorile contesta l'interpretazione estensiva della lettera d) dell'art. 44, ritenendo più rispondente alla finalità dello stesso articolo un'interpretazione restrittiva che comprenda nella nozione di impossibilità dell'affidamento solo quella di fatto. Per il PM affiancare alla madre biologica, in assenza di criticità che la riguardino, una seconda figura femminile materna mostra in maniera evidente la prevalenza della finalità di soddisfare l'aspirazione delle due figure adulte a una nuova forma di bigenitorialità non ancora disciplinata dalla legge, rispetto alla finalità di realizzare l'interesse primario della minore.

Nel caso di specie, secondo il pubblico ministero la valutazione dell'interesse del bambino non è completa in quanto non sono stati presi sufficientemente in considerazione la futura crescita equilibrata del minore “nonché l'accertamento imposto dalla norma di cui all'art. 57 della l. n. 183 del 1984, con particolare riferimento nel caso concreto alla sussistenza dell'interesse della minore ad acquisire a fianco di una madre perfettamente accudente una seconda madre, così sperimentando uno schema non ancora verificato” (App. Roma, sent. del 23.12.2015).

Le stesse argomentazioni da parte di un pubblico ministero si possono leggere nella sentenza n. 12962/2016 della prima sezione Cassazione: secondo il Pubblico Ministero la coppia sarebbe stata spinta a chiedere l'adozione del minore dall'aspirazione a vivere la bigenitorialità “nell'ambito del rapporto di coppia come consolidamento dello stesso”. Secondo il PM la madre, nel dare il proprio consenso, ha agito nel proprio interesse ritenendo che questo coincidesse con quello del figlio e svelando sullo sfondo una concezione sostanzialmente adultocentrica anche se formalmente volta a tutelare il minore.

In riferimento all'*aggiramento previsioni normative*, per il Procuratore Generale, le cui argomentazioni sono sintetizzate dalla Cassazione nella sentenza 12962/2016, la fattispecie della lett. d) dell'art. 44 non sarebbe applicabile in quanto rivolta alla tutela dell'infanzia maltrattata e abbandonata "mentre nel caso di specie la minore ha un genitore legittimo che si occupa in modo del tutto idoneo di lei; inoltre, l'interpretazione della *condicio legis* "constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo" che non richieda la preventiva esistenza di una condizione di abbandono determinerebbe un aggiramento del limite contenuto nella lettera b) dello stesso art. 44, il quale consente soltanto l'adozione del figlio del coniuge ed esclude tale possibilità per le coppie eterosessuali o dello stesso sesso che non siano unite in matrimonio" (Cass. 12962/2016).

A sostegno dell'interpretazione restrittiva dell'art. 44, si è affermato che l'*intentio legis* dell'originaria lett c) oggi lettera d) ha la funzione di evitare che i minori siano affidati dai genitori a terzi attraverso l'aggiramento delle rigorose norme inerenti all'adozione legittimante. L'applicazione dell'istituto dell'art. 44 deve dunque esser limitato al minore in condizione di prolungata istituzionalizzazione alla quale non sia seguito e presumibilmente non possa seguire un affidamento preadottivo. Di conseguenza, per affidamento preadottivo deve intendersi esclusivamente quello di fatto. Un'interpretazione estensiva porterebbe a dichiarare l'adozione in casi particolari "tutte le volte che ciò corrisponda all'interesse del minore adottando, con conseguente aggiramento della condizione limitativa imposta dalla legge" (ancora il Pubblico Ministero in Cass. 12962/2016).

Il Pubblico Ministero minorile, come si legge nella sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma del 23.12.2015, esprime parere negativo all'accoglimento del ricorso per l'adozione del figlio del partner ritenendo la domanda inammissibile in quanto "afferente ad una fattispecie riconducibile alla cosiddetta *stepchild adoption*, istituto non ancora previsto dal nostro ordinamento e proprio in questo periodo all'esame del Parlamento".

Per il PM minorile l'adozione in casi particolari può applicarsi solo nei casi tassativi previsti dalla legge ed ha come presupposto lo stato di abbandono, elemento non riscontrato nel caso in esame.

Un altro argomento che può leggersi in alcune sentenze in quanto sostenuto da alcuni Pubblici Ministeri è quello dell'*imitatio naturae*, il quale si fonda sulla tradizionale idea che la diversità dei sessi sia un presupposto implicito e inderogabile della normativa riguardante l'adozione, principio cogente necessariamente "collocato nell'ambito di quelli che si connotano per partecipazione all'area semantica dell'ordine pubblico interno" (argomentazione riportata in Trib. Bologna, 10.11.2014 ma non condivisa dal Tribunale).

La presente argomentazione è richiamata anche in un'altra pronuncia (Trib. Roma sent., 30.07.2014), la quale, come la precedente, si discosta da questa interpretazione: "il criterio dell'*imitatio naturae*, in virtù del quale l'adozione dovrebbe rispecchiare il modello dominante della famiglia tradizionale unita dal vincolo del matrimonio, aveva

già subito un ridimensionamento con la sentenza della Corte Costituzionale n. 145 del 1969 dove veniva precisato che, con riferimento agli artt. 3, 29 e 30 Cost., queste disposizioni “non vincolano l’adozione dei minori al criterio dell’*imitatio naturae*” esprimendo, invero, una mera indicazione di preferenza per l’adozione da parte di una coppia di coniugi, sulla scorta dell’esigenza di garantire al minore la stabilità necessaria sotto il profilo educativo ed affettivo. La Corte osserva, dunque, che quello che occorre valutare in via prioritaria è l’interesse del minore, considerando soprattutto le situazioni caratterizzate dalla preesistenza di legami affettivi tra i soggetti dell’instaurando rapporto adottivo; la famiglia deve, infatti, possedere i caratteri dell’adeguatezza, da individuarsi però in concreto sulla base dell’interesse del minore” (Trib. Roma, sent., 30.07.2014).

Inoltre, per quanto riguarda le coppie di donne, alcuni PM sostengono, in opposizione alle adozioni o alle trascrizioni degli atti di nascita formati all’estero e riportanti l’indicazione di due madri, che nell’atto di nascita italiano sia trascrivibile la sola madre biologica (Trib. Napoli, decreto del 6.12.2016, sostenuto dal Procuratore Generale come può leggersi in Cassazione n. 19599 del 2016).

Dal complesso delle argomentazioni fin qui illustrate si può comprendere come il contrasto interpretativo che coinvolge il principio dell’interesse del minore sia incardinato su una diversa interpretazione della lettera della norma di cui all’art. 44. La fattispecie d), infatti, prevedendo soltanto la dizione “impossibilità di affidamento preadottivo” senza ulteriori specificazioni, non permette di chiarire se tale impossibilità ricomprenda esclusivamente quella di fatto o si possa ampliare anche ad un tipo di impossibilità di diritto. Dal punto di vista interpretativo, dunque, su un piano teorico è possibile sostenere entrambe le interpretazioni. Ciascuno dei due orientamenti sostiene di operare in virtù dell’interesse del minore ma, mentre l’orientamento estensivo tutela il minore riconoscendo giuridicamente un legame di fatto essenziale per il bambino, l’orientamento restrittivo sostiene di tutelare tale interesse elaborando interpretazioni più attente al pericolo di elusione delle norme in materia di adozione poste in virtù della realizzazione dei *best interests of the child*. Dunque, se l’orientamento estensivo pare incentrarsi principalmente sulla valutazione del caso concreto, l’orientamento restrittivo sembra propendere verso una visione più astratta del minore, che rispecchia un’idea modello di minore età, salvaguardando prima di tutto la coerenza e certezza del sistema normativo.

Recentemente alcune corti di merito (il Tribunale per i Minorenni di Palermo, con provvedimento deciso il 3.07.2017 e dep. 30.07.2017<sup>376</sup> e il Tribunale per i minorenni di Napoli con sentenza del 8.03.2018, n. 46/18) hanno rigettato dei ricorsi per adozione in casi particolari ex art. 44 lett d) della legge sull’adozione sostenendo che, ai sensi degli artt. 4 e 50 della legge, la fattispecie della lett d) non permetterebbe l’esercizio congiunto della responsabilità genitoriale. Secondo l’interpretazione dei giudici, solo l’adottante può esercitare la responsabilità genitoriale sostituendosi al genitore biologico che di conseguenza perderebbe la responsabilità nei confronti del figlio. L’unica eccezione si

---

<sup>376</sup> [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

avrebbe nel caso in cui l'adottante fosse il coniuge del genitore biologico, in questo caso le due figure potrebbero esercitare congiuntamente la responsabilità genitoriale. Nei casi di *stepchild adoption*, il genitore biologico ha intenzione di esercitare congiuntamente la responsabilità genitoriale con il proprio partner, tuttavia per i giudici la fattispecie di cui all'art. 44 lett d) non può produrre tale effetto. Per i giudici, di conseguenza, privare la madre biologica delle competenze genitoriali non rispecchierebbe l'interesse del minore.

In entrambi i casi una coppia di donne unite civilmente ricorre a tecniche di procreazione medicalmente assistita e chiede successivamente alla nascita dei figli che la compagna della madre biologica possa adottare ex art. 44 lett. d) i minori.

Nel provvedimento dei giudici minorili palermitani sopra menzionato si sostiene che al giudice non sia consentito derogare alla regola fissata dall'art. 48 l. 184/83<sup>377</sup> elaborando una soluzione diversa "in considerazione delle circostanze concrete del caso, poiché, come rilevato, le norme di che trattasi sono stabilite nel superiore interesse del minore, come anche nell'interesse degli adulti coinvolti, alla certezza dei rapporti giuridici che li riguardano". In queste parole emerge una visione opposta in riferimento al significato di interesse del minore rispetto a quella formulata dall'orientamento estensivo. Mentre per l'orientamento estensivo il principio dell'interesse del minore va utilizzato quale standard giudiziario per la valutazione del caso concreto, in questa ultima decisione si afferma che le circostanze del caso concreto non permettono di derogare alle norme formulate dal legislatore nell'interesse del minore.

La citata sentenza del Tribunale di Napoli è stata tuttavia ribaltata dal giudice di seconde cure con la decisione del 15.06.2018, dep. il 4.07.2018<sup>378</sup>. La Corte d'Appello di Napoli aderisce all'orientamento estensivo ripercorrendone le tappe di evoluzione e compiendo una approfondita valutazione del caso concreto. Nel corso dell'istruttoria sono state ascoltate sia la coppia di donne sia il minore e i servizi hanno giudicato la ricorrente affettivamente idonea e capace di educare ed istruire il minore a cui era molto legata, considerando a tutti gli effetti un figlio. Il bambino è stato inserito in un contesto familiare sano che ne assicura la crescita equilibrata e ha intessuto con entrambe le donne un legame strettissimo.

Alla luce di queste circostanze, la Corte deduce la conformità del provvedimento all'interesse concreto del minore, sostenendo che la decisione del Tribunale aveva, nella specie, svilito il superiore interesse del bambino. Per la Corte si può affermare che "il principio del superiore interesse del minore, per la sua primaria rilevanza, sia costituzionale sia di diritto interno, sia europea sia internazionale, svolge una funzione integratrice, ma anche di adeguamento, conformazione e correzione dello stesso principio di legalità (da qui, ad es., la rilevanza dei rapporti familiari anche solo di fatto), consentendo di temperare o al limite di disapplicare talune norme che incidono sui minori".

---

<sup>377</sup> All'articolo si legge "Se il minore è adottato da due coniugi, o dal coniuge di uno dei genitori, la potestà sull'adottato ed il relativo esercizio spettano ad entrambi".

<sup>378</sup> [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

In questo senso si esprime anche la recente Cassazione (decisione del 31.05. 2018, n.14007) la quale, escludendo la contrarietà all'ordine pubblico del provvedimento di adozione piena di minori in favore del partner omosessuale del genitore biologico, statuisce che "il principio del superiore interesse del minore opera necessariamente come un limite alla stessa valenza della clausola di ordine pubblico che va sempre valutata con cautela e alla luce del singolo caso concreto".

### *2.3 I best interests of the child come valutazione del caso concreto*

Dalle sentenze analizzate è emerso come la clausola generale dell'interesse del minore sia interpretata come standard del caso concreto, in modo particolare dall'orientamento estensivo che ne ha ampliato la tradizionale interpretazione come si è detto al fine di tutelare in maniera adeguata il minore del caso di specie.

Secondo la Corte d'Appello di Milano (decisione del 16.10.2015) non vi sono ragioni per considerare in generale contrario all'ordine pubblico un provvedimento straniero di adozione del figlio del partner una volta valutato che il riconoscimento corrisponda *in concreto* all'interesse del minore alla conservazione della "vita familiare costruita con ambedue le figure genitoriali e al mantenimento delle positive relazioni affettive ed educative che con loro si sono consolidate, in forza della protratta convivenza con ambedue e del provvedimento di adozione". La Corte d'Appello indica come parametri della valutazione concreta un "progetto di vita familiare e genitorialità condivisa", "stabili e forti relazioni affettive ed educative", un "regime di affidamento congiunto e la previsione di tempi uguali di permanenza della figlia presso ciascuna" dopo il divorzio ed infine "rapporti affettivi e di vicinanza" con la famiglia d'origine dell'adottante.

Analogamente il Tribunale di Roma (23.12.2015) decide di riconoscere giuridicamente ex art. 44 lett d) il rapporto di fatto fra un minore e il partner del genitore al termine di un'approfondita valutazione del caso concreto che dimostra l'interesse del bambino all'adozione. Gli elementi considerati dal Servizio Sociale si riferiscono al livello di competenze adeguato all'età: "Sono presenti le regole di cortesia, l'interessamento all'altro, la capacità di intraprendere iniziative, di verbalizzare le proprie necessità, di chiedere conferma e aspettarsi risposte soddisfacenti. Si può dire che X stia sviluppando uno stile di attaccamento sicuro, esito di un ambiente di crescita adeguato". Il rapporto fra la compagna della madre e la minore è considerato dai Servizi sereno e significativo. Il Tribunale romano precisa che "la tutela dell'interesse del minore, come indicato dalla Corte Costituzionale e dalla Corte Europea del Diritto dell'Uomo, richiede sempre la valutazione del caso in concreto, in quanto riconoscere il diritto alla genitorialità della coppia non ha come conseguenza automatica il riconoscimento del diritto ad adottare. Si è chiaramente sottolineato che l'adozione impone in ogni caso un'indagine accurata, che solo se completamente positiva e rassicurante consente la pronuncia della invocata adozione, intesa a tutelare e garantire l'interesse superiore di un

determinato minore” (In modo simile argomenta il Tribunale per i minorenni di Venezia nella decisione del 31.05.2017, dep. 15.06.2017<sup>379</sup>).

Per il Tribunale per i minorenni di Bologna (sentenza del 8.06.2017 e dep. 6.07.2017, n.116), se le indagini forniscono un risultato positivo, se l’adozione risponde all’interesse del minore e se c’è il consenso del genitore biologico, il provvedimento che nega l’adozione in casi particolari solo in virtù dell’orientamento sessuale del partner del genitore può trovare il proprio fondamento solo in un pregiudizio.

Ancora il Tribunale per i minorenni di Bologna con decisione del 20.07.2017 (dep. il 31.08.2017<sup>380</sup>) dispone l’adozione ex art. 44 lett. d) richiesta dalla compagna della madre di un minore, nato in seguito a procreazione medicalmente assistita. Per i giudici, la *ratio* dell’art. 44 lett. d) deve individuarsi nel “valutare, in concreto, ciò che può comportare maggiore utilità per il minore [...] nella prospettiva del pieno sviluppo della personalità del minore stesso e della realizzazione di validi rapporti interpersonali ed affettivi”. Nel caso concreto, il diniego della richiesta potrebbe “ripercuotersi negativamente nella quotidianità della minore perché il mancato riconoscimento legale del proprio genitore sociale potrebbe costituire una minaccia anche all’equilibrio psicofisico della bambina che, crescendo, vedrà delegittimata colei che, a tutti gli effetti, si comporta ed è considerata dal contesto socio-familiare di appartenenza come uno dei due genitori”. Senza l’adozione, infatti, la minore non potrebbe vantare alcun diritto nei confronti della compagna della madre.

Anche la Corte d’Appello di Milano (9.02.2017) sottolinea l’importanza di una valutazione in concreto dei *best interests of the child* affermando che nel caso di specie l’interesse preminente dei minori si sostanzia nel “riconoscimento giuridico di un legame affettivo per loro rilevante, come le indagini avevano accertato, essendosi creata una stabile e profonda relazione delle minori con le ricorrenti” di cui sono state accertate le adeguate capacità genitoriali.

Alle medesime conclusioni perviene anche la Corte d’Appello di Torino (27.05.2016) che, valutato il forte legame di tipo genitoriale tra il minore e il compagno del genitore biologico e le idonee capacità genitoriali, accoglie la richiesta di adozione ex art. 44 lett d).

Per il Tribunale per i minorenni di Roma (sent. 30.07.2014) deve essere “valutato in concreto ciò che può comportare maggiore utilità per il minore (utilità intesa come preminente somma di vantaggi di ogni genere e specie e minor numero di inconvenienti) nella prospettiva del pieno sviluppo della personalità del minore stesso e della realizzazione di validi rapporti interpersonali ed affettivi, tenuto conto delle particolarissime situazioni esistenziali che caratterizzano le persone coinvolte”. Nel caso analizzato dal Tribunale di Roma si trova una descrizione molto approfondita della situazione della minore, dei suoi rapporti a scuola e delle relazioni con i genitori, i compagni e la famiglia in senso ampio. I rapporti esaminati risultano sereni ed equilibrati,

---

<sup>379</sup> [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

<sup>380</sup> [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

di conseguenza la relazione degli esperti è dunque positiva. La psicologa e l'assistente sociale ritengono che dall'incontro con la coppia non siano emersi elementi che possano "indurre a ritenere l'esistenza di un qualsivoglia disagio o disturbo della bambina causato, in ipotesi, della sua realtà familiare".

Il Tribunale, in sostegno della propria interpretazione di interesse del minore, riporta nella propria motivazione le valutazioni positive della psicologa, dell'assistente sociale e dell'insegnante in riferimento allo stato di salute, fisica e psichica, della minore. La bambina è descritta come "serena, unita da un profondo legame affettivo alle sue due madri, e assolutamente ben inserita nell'ambiente scolastico e familiare che la circonda, ove tra l'altro, grazie anche alla presenza costante dei nonni, ha modo di osservare vari modelli di coppia esistenti, non risultando per tanto isolata o pregiudicata a livello emotivo in alcun modo. Tanto meno può essere sottovalutato che è stata la madre Y a chiedere essa stessa che venga riconosciuta la genitorialità anche della donna che ha, sin da prima del concepimento, insieme con lei, intrapreso e sostenuto questo progetto di maternità, ritenendola madre a tutti gli effetti condividendo con lei compiti educativi e assistenziali, partecipando entrambe dell'affetto della bambina e ricambiandolo parimenti entrambe, con slancio ed abnegazione intelligente, per garantirle la migliore qualità della vita in un periodo così importante quale è l'infanzia. È, difatti, proprio in questo momento evolutivo che i bambini costruiscono dei modelli interni delle rappresentazioni, delle esperienze di relazione che nella realtà hanno luogo con la figura che maggiormente si è presa cura di loro sin dalla nascita e, pertanto, non necessariamente definibile genitoriale, tanto meno appartenente ad un preciso orientamento sessuale" (Trib. min. Roma, sent. 30.07.2014).

Il Tribunale romano spiega molto chiaramente perché a suo giudizio l'orientamento estensivo, facendo riferimento realmente al caso concreto, tuteli meglio l'interesse del minore nel caso di specie: "La tesi enunciata dal P.M.M. secondo cui la minore X non è stata dichiarata adottabile e non potrebbe esserlo in quanto mai la stessa è stata in situazione di abbandono, perché la bambina ha una madre naturale pienamente in grado di occuparsene, non è dunque sostenibile, in quanto non v'è nulla della lettera della norma e nella *ratio* della stessa che imponga tale interpretazione che, di per sé, potrebbe poi non corrispondere all'interesse superiore del minore". Per i giudici romani la lettera della norma è chiara nel senso di prevedere come presupposto dell'adozione la condizione dell'impossibilità dell'affidamento preadottivo senza alcuna specificazione, ricomprendendo perciò sia l'impossibilità di fatto sia quella di diritto. Una interpretazione diversa e restrittiva "non consentirebbe il perseguimento dell'interesse preminente del minore in situazioni, come quella di cui qui trattasi, in cui il figlio di soggetto convivente con l'adottante abbia con quest'ultimo un rapporto del tutto equivalente a quello che si instaura normalmente con un genitore, al quale però l'ordinamento negherebbe qualsiasi riconoscimento e tutela".

Sul punto si è espressa anche la Corte Costituzionale (sent. 198/1986) ricordando che la valutazione in concreto del superiore interesse del minore può, in determinati casi, far abbandonare le soluzioni rigide.

Come detto in precedenza, un espresso richiamo alla valutazione dell'interesse del minore si trova nell'art. 57 n. 2 che impone al Tribunale la verifica che l'adozione ex art. 44 realizzi il preminente interesse del minore. In riferimento a tale disposizione, il Tribunale per i minorenni di Roma (30.12.2015) afferma che “non si tratta di una precisazione superflua, bensì di grande rilevanza e significatività: è pur vero che tutta la normativa sull'adozione si ispira alla realizzazione di tale interesse, ma l'esigenza avvertita dal legislatore di far esplicito riferimento ad esso trova ragione proprio nel prospettato rilievo che la norma chiede requisiti meno rigorosi di quelli previsti per gli adottanti in via legittimante, con un procedimento più rapido e semplificato”.

La valutazione in concreto dell'interesse del minore non è un'operazione facile per l'interprete poiché tale parametro dovrà essere comunque “valutato comparativamente con altri interessi pure tutelati dall'ordinamento giuridico e prevale solo laddove il giudizio di bilanciamento di tali interessi lo veda prevalente” (Trib. min. Firenze, 7.03.2017<sup>381</sup>). La delicatezza di tale bilanciamento si vedrà in particolar modo nel paragrafo seguente dove l'interesse del minore sarà comparato e bilanciato con il principio dell'ordine pubblico.

#### *2.4 Il bilanciamento fra il principio dell'ordine pubblico e il principio dell'interesse del minore*

Come si è detto ad inizio capitolo, in diversi procedimenti in tema di riconoscimento di una sentenza straniera di adozione di un minore da parte del partner omosessuale del genitore si è posta la questione del presunto contrasto fra l'interesse del minore a vedere riconosciuto uno *status* formato all'estero e il limite dell'ordine pubblico. Il principio dell'interesse del minore, infatti, deve spesso confrontarsi con altri diritti o interessi in gioco.

Si è visto come di frequente la normativa nazionale e sovranazionale affermi che l'interesse del minore debba essere prevalente o debba avere una primaria considerazione (art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo, New York, 1989). Nonostante l'affermazione di principio della prevalenza dell'interesse del minore - probabilmente sarebbe meglio parlare di “importante considerazione” - sia la Corte Edu che la Corte Costituzionale hanno precisato che il principio in esame “da solo non può essere decisivo” (Corte Edu, 3 ottobre 2014, Jeunesse c. Olanda) in quanto nessun interesse o diritto può esprimersi come “tiranno” nei confronti di altre situazioni giuridiche costituzionalmente garantite, che costituiscono nel loro insieme la tutela della dignità dell'uomo. Tutti i diritti

---

<sup>381</sup> [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).



costituzionalmente protetti sono in un rapporto di reciproca integrazione e sono soggetti al bilanciamento necessario ad una tutela unitaria e non frammentata degli interessi costituzionali in gioco (Corte Cost. n. 85 del 2013, n. 10 del 2015, n. 63 del 2016).

In questo paragrafo si analizzeranno le questioni poste dal possibile contrasto fra il principio dell'interesse del minore ed altri principi - in particolare, nel caso in esame, dell'ordine pubblico - e le soluzioni individuate dalla giurisprudenza recente.

Tra le sentenze esaminate, molte contengono un riferimento al principio dell'ordine pubblico, che si trova in particolare nelle decisioni inerenti il riconoscimento di un provvedimento formato all'estero, ma anche in alcune sentenze di rettifica di un atto di nascita formato in Italia (App. Milano, 16.10.2015; Trib. min. Roma, 23.12.2015; Trib. Bologna, 10.11.2014; Corte Cost. 76/2016; App. Trento, ord. dep. 23.02.2017; App. Napoli, 30.03.2016; App. Torino, 29.10.2014; App. Milano, ord. 5.10.2016<sup>382</sup>; App. Milano, 28.10.2016<sup>383</sup>; Trib. Napoli, 6.12.2016; Cass. sent. del 15.06.2017, n.14878; Cass. sent. del 16.06.2017, n.14987; Trib. min. Firenze, 7.03.2017; Trib. min. Venezia, 31.05.2017, dep. 15.06.2017; App. Genova, ord. 1.09.2017; Trib. Livorno, 14.11.2017, dep. 12.12.2017; Trib. Perugia, 9.02.2018; Cass. ord. del 22.02.2018, n.4382; Trib. Pisa, ord. 15.03.2018; Trib. Roma, 11.05.2018, Trib. Torino, ord. 21.05.2018; Trib. Torino, ord. 11.06.2018; App. Venezia, 28.06.2018; Trib. Pistoia, 5.07.2018; App. Perugia, 22.08.2018).

La maggioranza delle sentenze analizzate sostiene che, ai fini del riconoscimento o meno dei provvedimenti giurisdizionali stranieri, deve aversi prioritario riguardo all'interesse del minore (art. 3 l. 27.5.1991 n 176 di ratifica della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1989). Ciò è ribadito in ambito comunitario, con particolare riferimento al riconoscimento delle sentenze straniere in materia di rapporti tra genitori e figli, dall'art. 23 del Reg. CE n 2201/2003 il quale stabilisce che la valutazione della non contrarietà all'ordine pubblico debba essere effettuata tenendo conto dell'interesse superiore del bambino.

Al di là dell'affermazione contenuta nella disposizione normativa, tuttavia, si vedrà come il principio dell'interesse del minore non abbia "natura assoluta", ma sia in ogni caso il prodotto del bilanciamento dei diritti del minore e degli altri interessi o diritti che con questo si confrontano.

Tradizionalmente si intendeva per rispetto dell'ordine pubblico la conformità ai principi desunti dall'ordinamento nazionale nel suo complesso, compresa la legislazione ordinaria. Partendo da questo presupposto, di conseguenza, un provvedimento straniero che non rispetti tale principio non dovrebbe essere riconosciuto. Le sentenze qui esaminate invece sostengono una definizione più ampia del concetto di ordine pubblico che si deve confrontare con i principi sovranazionali a tutela dei diritti fondamentali dell'uomo tra cui anche quelli a tutela del bambino come l'interesse del minore.

---

<sup>382</sup> [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

<sup>383</sup> [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it). Tutte le seguenti sentenze citate fra parentesi si possono leggere in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

La Corte d' Appello di Milano con la decisione del 16.10.2015 si occupa della valutazione della contrarietà all'ordine pubblico di un provvedimento di adozione legittimante formato all'estero. Nel caso che si presenta alla Corte una coppia *same sex*, sposata in Spagna, ha chiesto l'adozione del figlio del partner nato da fecondazione eterologa. L'ufficiale di stato civile ha rifiuto di trascrivere l'ordinanza di adozione, a suo parere contraria all'ordine pubblico, poiché non rientrante nell'art. 44 della legge sull'adozione, non essendo riconosciuto in Italia il matrimonio fra persone dello stesso sesso. La situazione in esame, dunque, riguarda un'adozione con effetti legittimanti da parte di una persona, ritenuta non coniugata per lo Stato Italiano, della figlia della partner dello stesso sesso, pronunciata legittimamente in uno Stato europeo, in base alle leggi di quel paese.

La Corte d'Appello di Milano richiama la disciplina contenuta nelle norme in materia di diritto internazionale privato che prevede che i provvedimenti formati all'estero relativi alla capacità delle persone o ai rapporti di famiglia, ex artt. 65 e 66 della l. 218/1995, debbano essere riconosciuti dall'ordinamento italiano senza alcun procedimento quando siano rispettate le seguenti condizioni: in primo luogo se producono effetti nello stato in cui sono stati pronunciati, in secondo luogo se non sono contrari all'ordine pubblico, in terzo luogo se sono stati rispettati i diritti della difesa.

Nel caso in esame, la Corte osserva che l'adozione ha piena efficacia in Spagna ed è stata emessa dall'autorità spagnola nel rispetto del consenso della madre del minore come chiede la normativa di cui alla l. 218/1995. Per quanto riguarda la compatibilità della situazione in esame con l'ordine pubblico, la Corte interpreta quest'ultimo elemento come ordine pubblico internazionale secondo quanto affermato dalla Cassazione (sent. del 22.08.2013, n.19405). La nozione di ordine pubblico "non è enucleabile esclusivamente sulla base dell'assetto ordinamentale interno", ma deve comprendere anche "i principi fondamentali della Costituzione o quegli altri principi e regole che rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti del suo assetto ordinamentale" (Cass. del 26.11.2004, n.22332, Cass. 19.07.2007, n.16017). Dunque, il concetto di ordine pubblico deve identificarsi con l'ordine pubblico internazionale, da intendersi come "complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico o fondati su esigenze di garanzia, comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo" (Cass. 26.04.2013, n.10070 nel richiamare anche Cass. 6.12.2002, n.17349 e Cass. 23.02.2006, n.4040). Pertanto, il concetto di ordine pubblico fa riferimento ad un ordine pubblico internazionale e non solo interno.

La Corte d'Appello cita fra i principi fondamentali le norme in materia di interesse del minore di matrice sovranazionale e conclude che il riconoscimento del provvedimento formato all'estero volto a tutelarli non può essere dunque contrario all'ordine pubblico. Per la Corte oggi non è più possibile ignorare l'interazione fra le fonti sovranazionali e quelle nazionali che non si esaurisce più nei soli artt. 10 e 11 Cost. ma anche nell'art. 117

Cost. che impone il rispetto dei vincoli derivanti dai trattati internazionali e dalla partecipazione all'Unione Europea, comprese quelle fonti inerenti la protezione dei diritti fondamentali dell'uomo (Cedu, Carta di Nizza).

Per la Corte nemmeno nell'ordinamento italiano sussiste un divieto assoluto di adozione di un minore da parte di persona non coniugata o anche single, di conseguenza non potrebbe esservi nel caso di specie contrarietà all'ordine pubblico. A sostegno di quest'ultima affermazione la Corte menziona due casi affrontati dalla giurisprudenza italiana: alla regola generale prevista dall'art. 6 della legge adozione (adozione consentita ai coniugi uniti in matrimonio, non separati, neppure di fatto, una volta accertata la loro affettiva idoneità e capacità ad educare, istruire e mantenere i minori che intendano adottare) possono esservi eccezioni come affermato dall'art. 25 (l'adozione può essere disposta, nell'esclusivo interesse del minore, nei confronti anche del solo coniuge che nel corso di un affidamento preadottivo alla coppia, abbia deciso di porre fine alla convivenza coniugale con il coniuge e di separarsi). La Corte ne deduce che non possa ritenersi contraria all'ordine pubblico interno un'adozione da parte di una persona singola. Anche l'art. 44 lett d) consente l'adozione, sia pure con effetti non legittimanti, di un minore da parte di una persona non coniugata, quando sia impossibile l'affidamento preadottivo di fatto o di diritto<sup>384</sup>.

Anche la Corte di Cassazione poi, con sentenza n. 601/2013, considera mero pregiudizio ritenere che sia "dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale". Tale situazione deve essere valutata singolarmente, tenuto conto del preminente interesse del minore e del suo diritto di convivere e/o mantenere regolari rapporti significativi con tutte le figure adulte di riferimento, indipendentemente dalle loro tendenze sessuali.

Sul piano della giurisprudenza della Corte Edu, i giudici di ogni Stato aderente alla Convenzione, nell'assumere decisioni riguardanti minori, devono prioritariamente tenere conto del superiore interesse del minore, valutato in concreto, al mantenimento della propria vita familiare ex art. 8 CEDU e alle relazioni con le figure genitoriali<sup>385</sup>. Per i giudici di Strasburgo anche le relazioni omosessuali rientrano nella nozione di vita familiare.

Premesse tutte queste considerazioni, la Corte conclude che "in tale contesto normativo di riferimento, così come interpretato dai giudici italiani e dai giudici sovranazionali, non vi è alcuna ragione per ritenere in linea generale contrario all'ordine pubblico un provvedimento straniero che abbia statuito un rapporto di adozione piena tra una persona non coniugata e il figlio riconosciuto del partner, anche dello stesso sesso,

---

<sup>384</sup> Trib. min. Milano, 626/2007 e App. Firenze, 1274/2012 hanno disposto l'adozione di figli minori anche tra conviventi, e Trib. min. Roma, 299/2014 e 291/2015, con le due ultime recentissime sentenze sopra citate, ha ritenuto conforme all'interesse del minore, nel rispetto degli artt. 8 e 14 della CEDU, disporre l'adozione in casi particolari da parte di una persona non coniugata del figlio della partner del medesimo sesso in modo conforme a Trib. min. Bologna, decreto 21.03/17.04 2013.

<sup>385</sup> Si vedano le sentenze Menesson c. Francia, ric. n. 65192, Labassee c. Francia ric. n. 65941, emesse nel 2014; Paradiso e Campanelli c. Italia del 27 gennaio 2015 per cui si rimanda all'ultimo paragrafo.

una volta valutato in concreto che il riconoscimento dell'adozione, e quindi il riconoscimento di tutti i diritti e doveri scaturenti da tale rapporto, corrispondono all'interesse superiore del minore al mantenimento della vita familiare costruita con ambedue le figure genitoriali e al mantenimento delle positive relazioni affettive ed educative che con loro si sono consolidate, in forza della protratta convivenza con ambedue e del provvedimento di adozione”.

La Corte d'Appello di Napoli (sent. 30.03.2016), in riferimento alla richiesta di trascrizione di un provvedimento formato all'estero da parte di una coppia femminile *same sex*, le quali hanno portato a termine due fecondazioni artificiali in Spagna e sono entrambe riconosciute all'estero come genitori, accoglie il ricorso della coppia e riconosce le sentenze di adozione richiamando le argomentazioni espresse dalla Corte d'Appello di Milano con sentenza del 16.10.2015 e la nozione estensiva di ordine pubblico.

In modo simile decide anche il Tribunale di Roma (sent. 23.12.2015) che esamina il caso di una coppia omosessuale, di cui uno dei due è il padre di un bambino nato da gestazione per altri volontaria in Canada, senza corrispettivo in denaro. Il compagno del padre del bambino chiede al Tribunale l'adozione del figlio del partner. In questo caso, a differenza di quasi tutti gli altri, l'argomentazione inerente alla contrarietà all'ordine pubblico viene utilizzata anche in caso di richiesta di adozione e non solo di riconoscimento del provvedimento. Il Pubblico Ministero minorile si esprime in modo contrario all'adozione da parte del partner del padre e richiama la sentenza della Corte di Cassazione del 11.11.2014 n. 24001 sostenendo che l'ipotesi non è prevista dall'art. 44.

Il Tribunale di Roma, in tema di divieto di registrazione dell'atto di nascita da parte di coppie che sono ricorse alla pratica della cosiddetta gestazione per altri all'estero ed in particolare sul concetto di ordine pubblico internazionale, richiama sia la giurisprudenza interna (App. Milano, sent. 16.10.2015) sia quella sovranazionale della Corte Edu. I giudici di Strasburgo hanno ribadito alcuni importanti principi in materia nelle già richiamate *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 27 gennaio 2015, *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia* del 26 giugno 2014. Infatti, secondo la Corte, il concetto di ordine pubblico trova un limite nella valutazione dell'interesse superiore del minore a prescindere dalla presenza di una relazione genitoriale genetica o di tipo diverso. Fermo restando l'ampio margine di apprezzamento degli Stati in complesse questioni etiche come può considerarsi la maternità surrogata, tale margine è ristretto qualora si tratti di rapporti parentali che coinvolgono un elemento fondamentale dell'identità degli individui.

Per il Tribunale “i giudici di Strasburgo, quindi, antepongono ad ogni valutazione circa l'eventuale liceità del ricorso a metodi alternativi di procreazione, praticati all'estero da cittadini di Paesi che non consentono di avvalersi di simili tecniche, la necessità di salvaguardare il primario interesse del minore a definire la propria identità come essere umano, compreso il proprio *status* di figlio o di figlia di una coppia di genitori omosessuali. Espressione questa del più ampio principio costituito dal rispetto per la vita

privata imposto dalla Convenzione. La Corte osservò, infatti, che i bambini generati, con ricorso alla gestazione per altri sono soggetti ad uno stato di assoluta incertezza giuridica, ove il loro Stato di appartenenza non riconosca la loro identità al suo interno, privandoli ingiustificatamente della figura genitoriale di riferimento e mettendoli nella condizione di fornire una duplice rappresentazione di sé, valida in un caso solo socialmente e nell'altro solo legalmente”.

Tanto premesso, il collegio ritiene in generale possibile che un soggetto possa adottare il figlio del partner *same sex* purché l'adozione realizzi l'interesse del minore. Tale decisione si fonda, inoltre, su una profonda analisi della situazione concreta da parte del consulente tecnico che si è espresso favorevolmente nei confronti dell'adozione ex art. 44 lett d).

Interessanti sono le considerazioni del Tribunale di Bologna (ord., 10.11.2014), il quale solleva questione di costituzionalità in riferimento all'art. 44 della legge 184/83 circa l'adozione incrociata di due minori. Nel caso sottoposto al Tribunale bolognese una coppia *same sex*, sposata negli Stati Uniti, ha adottato rispettivamente il figlio dell'altra nato con inseminazione artificiale. La coppia chiede al giudice il riconoscimento del provvedimento di adozione formata all'estero. I giudici bolognesi richiamano la possibilità di riconoscimento dei provvedimenti di adozione formati all'estero ai sensi dell'art. 41 della L. 218/1995 e degli artt. 64, 65 e 66 della medesima legge, fermo restando le disposizioni delle leggi in materia di adozione dei minori (artt. 35, 36 L. n. 184 del 1983) ossia il rispetto dei principi fondamentali che regolano il diritto di famiglia e dei minori.

Mentre non vi sono obiezioni in merito alla legalità della procedura effettuata all'estero, emergono alcune questioni in riferimento alla verifica della circostanza che l'adozione da parte di genitore omosessuale possa ritenersi soddisfacente delle richieste della legge interna in conformità all'ordine pubblico. Il Tribunale richiama in questo caso la fattispecie b) dell'art. 44 affermando che la lettura prevalente della norma “esclude che un minore possa essere adottato da persona che sia coniuge del genitore nell'ambito di un matrimonio *same sex* contratto all'estero” in quanto in Italia tale matrimonio è inefficace.

Viene richiamato il già citato criterio della *imitatio naturae*, secondo cui la necessaria diversità dei sessi costituirebbe presupposto implicito e inderogabile della normativa sull'adozione. Tale principio sarebbe collocato nell'ambito di quelli che costituiscono l'ordine pubblico interno. Per il Tribunale, l'orientamento esposto desta perplessità in relazione al caso di specie che vede due genitori con ventennale convivenza, seguita da un matrimonio celebrato all'estero, dove il coniuge del genitore ha adottato il figlio dell'altro, in quanto il matrimonio *same sex* “non è più considerabile come contrario all'ordine pubblico: la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire naturalistico della stessa esistenza del matrimonio non è più condivisibile, alla luce del mutato quadro sociale ed europeo”. Per questi motivi, per la Suprema Corte, esso non è inesistente ma improduttivo di effetti giuridici in Italia per l'assenza di una specifica legge (Cass. del. 15.03.2012, n. 4184).

Sul punto, per la Corte Edu la coppia omosessuale è considerata a tutti gli effetti una famiglia (Schalk & Kopf c. Austria, 24.06.2010, X e altri c. Austria, 19.02.2013) e rientra fra le formazioni sociali tutelate dall'art. 2 della Costituzione (C. Cost., 170/2014). Di conseguenza per i giudici bolognesi si sgretola “uno dei principali motivi che ostava al riconoscimento, in Italia, di un legame familiare tra un minore e due genitori omosessuali: che il rapporto tra i medesimi urtasse contro l'ordine pubblico interno”.

Per il collegio i motivi di censura riguardano in primo luogo la parte in cui si ostacola una famiglia formata all'estero per la sola omosessualità dei genitori: “la fattispecie peculiare che viene qui in considerazione coinvolge, infatti, da un lato, l'interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio (e della famiglia) e, dall'altro lato, l'interesse della coppia omogenitoriale a che l'unione dei membri della famiglia non sia cancellata in modo completo e irreversibile con il sacrificio integrale della dimensione giuridica preesistente (nel caso di specie, ventennale). La normativa risolve un tale contrasto di interessi in termini di tutela esclusiva di quello statale disgregando in modo incondizionato ciò che la famiglia ha costruito in oltre vent'anni di unione. In questa misura di reazione legislativa, a parere del Tribunale si registra un *vulnus* al precetto dell'art. 2 Cost. e dell'art. 3 Cost.”. Il Tribunale bolognese precisa poi che il caso in esame non verte sul “differente caso della trascrizione del matrimonio omosessuale in Italia: lo sguardo dell'interprete, in questa ipotesi, non è rivolto al rapporto di coniugio e all'interesse dei partners, ma è diretto esclusivamente al rapporto genitoriale e all'interesse preminente del minore. Nemmeno viene in rilievo la creazione *ab interno* di un legame familiare tra un minore e una coppia omogenitoriale: si tratta di valutare se, a determinate condizioni, possa essere rivalutata come riconoscibile quella che *ab externo* si è già formata, per il limitato caso in cui uno dei genitori sia già, senza alcun dubbio, genitore del minore (il coniuge dell'adottante)”.

In secondo luogo, il divieto di riconoscere la decisione straniera elimina del tutto la possibilità per il giudice italiano di vagliare effettivamente i *best interests* del minore, vanificando principi di matrice internazionale ed europea (Convenzione di New York del 1989, la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 1996, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000), creando degli automatismi certamente non rispondenti al superiore interesse del minore (C. Cost., sent. del 23.02.2012, n. 31) e in contrasto agli art. 2, 3, 30 e 31 della Cost. nonché 8 e 14 Cedu.

In riferimento a questo caso la Corte Costituzionale (sent. del 7.04.2016, n.76) sposa le argomentazioni dell'Avvocatura dello Stato che sostiene che il Tribunale di Bologna ha omesso di considerare la fattispecie d) dell'art 44 più idonea al caso concreto. Tuttavia la Consulta dichiara inammissibile la questione perché la ricorrente al momento dell'adozione non era cittadina italiana, e la norma invocata dal Tribunale di Bologna fa riferimento ai soli cittadini italiani (art. 36 c. 4 legge adozione).

Un altro caso inerente la questione in esame è deciso dalla Corte d'Appello di Torino (29.10.2014) in cui l'Ufficiale dello Stato civile ha respinto la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita del minore in quanto atto contrario all'ordine pubblico italiano. La

Corte deve decidere se l'atto di nascita di un minore, nato da inseminazione eterologa, figlio, secondo la legge spagnola, sia della madre che lo ha partorito sia della partner di sesso femminile coniugata con la prima, possa considerarsi contrario all'ordine pubblico e se l'omosessualità dei genitori sia un ostacolo alla formazione di una famiglia secondo la legge italiana.

Il giudice di prime cure ha rigettato il ricorso sostenendo che la trascrizione fosse contraria al principio immanente nel nostro ordinamento secondo il quale la madre sia solo colei che partorisce il bambino. La Corte in virtù dell'art. 65 della l. 218/1995 ritiene trascrivibile il provvedimento straniero. La legge infatti dimostrerebbe un *favor* assoluto per il rapporto di filiazione sulla base del criterio della cittadinanza. Per quanto riguarda il requisito di non contrarietà all'ordine pubblico, afferma che quest'ultimo concetto debba essere declinato con riferimento all'interesse del minore. Il giudice di prime cure motiva il rifiuto di trascrizione considerandola contraria all'ordine pubblico inteso come insieme di principi desumibili dalla Carta Costituzionale o comunque fondanti l'ordinamento, fra i quali rientrano le norme in materia di filiazione che fanno espresso riferimento ai concetti di padre, madre, marito e moglie.

Il collegio torinese si riferisce alle sent. 348 e 349/2007 e 317/2009 della Consulta in tema di riconoscimento delle norme Cedu, così come interpretate dalla Corte Edu, come integrative del parametro costituzionale e funzionanti dunque come norme interposte con le quali il giudice ordinario deve confrontarsi nell'attività interpretativa. Inoltre richiama la giurisprudenza della Suprema Corte (Cass. 22.08.2013, n.19405; Cass. 26.4.2013, n.10070 che richiama Cass. 6.12.2002, n. 17349 e Cass. 23.2.2006, n.4040) che amplia il concetto di ordine pubblico ai fini internazional-privatistici identificandolo con l'espressione "ordine pubblico internazionale" già vista.

Premesso ciò, "ai fini del riconoscimento o meno dei provvedimenti giurisdizionali stranieri, deve aversi prioritario riguardo all'interesse superiore del minore" così come stabilito dall'art.3 della L. 27.5.1991, n 176 di ratifica della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York e ribadito in ambito comunitario dall'art. 23 del Reg CE n.2201/2003.

La Corte riprende le motivazioni analizzate nei paragrafi precedenti per cui la trascrizione non si pone l'obiettivo di introdurre *ex novo* una situazione giuridica inesistente ma di garantire la copertura giuridica ad una situazione di fatto in essere da anni, nell'esclusivo interesse di un bambino che è stato cresciuto da due donne che la legge riconosce entrambe come madri. Allo stesso modo la famiglia non deve considerarsi tanto sul piano dei *partners* ma con riferimento alla posizione, allo *status* e alla tutela del figlio. Di conseguenza nella valutazione della situazione non devono essere legati fra loro il piano del legame fra i genitori e quello fra genitore-figli. Anche la Corte torinese richiama le sentenze della Corte Edu (26.6.2014, *Menesson c. Francia*; 26.6.2014 *Labassee c. Francia*; 19.2.2013 *X e altri c. Austria*) e conclude per il riconoscimento del provvedimento.

In materia di trascrizione di provvedimenti esteri ha grande importanza la sentenza della Corte di Cassazione del 30.09.2016, n. 19599. Come nei casi sopra esposti, anche nella fattispecie proposta alla Corte, l'ufficiale dello stato civile rifiuta di trascrivere un atto di nascita, formato all'estero, di un bambino figlio di due donne coniugate nel paese straniero - una spagnola, che ha partorito il bambino e una italiana la quale ha donato l'ovulo - registrate come "madre A" e "madre B" poiché contrario all'ordine pubblico.

Il Procuratore Generale sostiene che il decreto impugnato avrebbe erroneamente valorizzato la giurisprudenza Cedu (le già citate pronunce del 2014) senza considerare che la stessa Corte Edu riconosce agli Stati un ampio margine di apprezzamento discrezionale in materia, specialmente in questioni dove il confine fra diritto ed etica si fa più labile come in tema di gestazione per altri o procreazione medicalmente assistita. Il Procuratore, inoltre, sostiene che la filiazione come discendenza da persone di sesso diverso è desumibile dall'art. 269 comma 3 c.c., in base al quale può essere riconosciuta madre del bambino solo colei che lo partorisce e deve essere considerato "principio di ordine pubblico e di diritto naturale, fondamentale e immanente nell'ordinamento, non essendo ammissibile l'attribuzione della maternità a due donne e non rilevando né la circostanza che la nascita sia avvenuta nell'ambito di un rapporto matrimoniale tra persone dello stesso sesso, inidoneo a produrre effetti nel nostro ordinamento, né il richiamo all'interesse del minore di vedere garantita la conservazione del rapporto genitoriale con la madre genetica (la B.), trattandosi di una mera situazione di fatto non tutelabile".

Dello stesso avviso il Ministero dell'Interno, il quale sostiene la violazione e falsa applicazione dell'art. 18 del D.P.R. n. 396 del 2000 per avere la Corte torinese accolto una definizione eccessivamente estesa di ordine pubblico con il rischio di svuotare di significato le norme poste a tutela dei principi e valori ritenuti fondamentali dal legislatore, tra cui l'imprescindibile differenza di sesso tra i genitori, costituente requisito indispensabile per il riconoscimento del rapporto di filiazione.

La Cassazione, aderendo ad un orientamento contrario rispetto a quanto sostenuto dal Procuratore Generale, enuncia il seguente principio di diritto: "Il riconoscimento e la trascrizione nei registri dello stato civile in Italia di un atto straniero, validamente formato in Spagna, nel quale risulti la nascita di un figlio da due donne - in particolare, da una donna italiana (indicata come madre B) che ha donato l'ovulo ad una donna spagnola (indicata come madre A) che l'ha partorito, nell'ambito di un progetto genitoriale realizzato dalla coppia, coniugata in quel paese - non contrastano con l'ordine pubblico per il solo fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti il verificarsi di una simile fattispecie sul territorio italiano, dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, dell'interesse superiore del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla continuità dello *status filiationis*, validamente acquisito all'estero (nella specie, in un altro paese della UE)". La Corte non trascura l'esigenza di bilanciamento dei *best interests of the child* ricordando che "è senz'altro vero, sul piano assiologico, che l'interesse del minore presenta un rilievo costituzionale primario e, quindi, sovraordinato



a valori confliggenti espressi dalla legislazione nazionale ordinaria. Tuttavia, il PG di Torino e il Ministero dell'Interno deducono l'esistenza di altri principi e valori fondamentali, di pari rango, a livello costituzionale, con i quali anche il principio del *best interest* del minore si dovrebbe confrontare, con un esito interpretativo che si invoca in senso opposto a quello cui è approdata la Corte d'appello di Torino nel decreto impugnato". La Suprema Corte ricorda che il principio dell'interesse del minore da solo non può essere decisivo (Corte Edu, 3.11.2014, Jeunesse c. Olanda), pena la trasformazione dello stesso in un principio "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente garantite alla persona. Urge dunque un bilanciamento necessario al fine di assicurare una tutela unitaria e non frammentata degli interessi costituzionali in gioco (Corte Cost. n. 85 del 2013, n. 10 del 2015, n. 63 del 2016).

Nel caso di specie, i citati principi di pari rango sono individuati nelle regole inderogabili della l. n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita, nel principio secondo cui può ritenersi madre solo colei che partorisce e, implicitamente, nella circostanza per cui nella tutela riconosciuta alle coppie omosessuali dalla l. 20 maggio 2016, n.76 non è compresa quella di generare e allevare figli. Se i principi citati avessero rilevanza costituzionale primaria si potrebbe ammettere il contrasto con l'ordine pubblico, di conseguenza a parere della Suprema Corte è necessario valutare se gli stessi "integrino principi e valori essenziali o irrinunciabili del nostro ordinamento, oppure soltanto opzioni legislative in ambiti materiali nei quali [...] non esistano rime costituzionali obbligate".

La Cassazione, per poter risolvere tale questione, si sofferma sul contenuto e sull'evoluzione della nozione di ordine pubblico nella giurisprudenza di legittimità. La nozione di ordine pubblico ha subito una progressiva evoluzione. In un primo momento si riferiva solo alla normativa nazionale con il fine di salvaguardare determinate concezioni di ordine morale e politico. Per esempio, negli anni trenta si escludevano tutte le norme internazionali espressione di principi etici contrari all'ordinamento. La nozione di ordine pubblico internazionale era considerata anche dalla Corte di Cassazione stessa troppo astratta. Più recentemente è nata una concezione di fatto più aderente agli artt. 10, 11 e 117 Cost. e corrispondente all'attuale posizione dell'ordinamento italiano in ambito internazionale. Tale orientamento si fonda sulla partecipazione degli stati alla comunità internazionale, la quale viene considerata capace di esprimere dei principi generalmente condivisi e non necessariamente tradotti nelle diverse normative interne.

Con il secondo orientamento il livello di guardia opposto dall'ordinamento nazionale all'ingresso di norme viene progressivamente allentato<sup>386</sup>. Nella giurisprudenza

---

<sup>386</sup> La normativa comunitaria esclude il riconoscimento delle decisioni di uno Stato membro, previsto come automatico, solo nei casi in cui la contrarietà all'ordine pubblico sia manifesta (art. 34 del regol. CE 22 dicembre 2001 n. 44, in materia civile e commerciale; art. 26 del regol. CE 11 luglio 2007 n. 864, riguardo le obbligazioni extracontrattuali; l'art. 22 e 23 del regol. CE 27 novembre 2003, n. 2201, in materia matrimoniale e riguardo la responsabilità genitoriale; art. 24 del regol. CE 18 dicembre 2008, n. 4/2009, in materia di obbligazioni alimentari).

comunitaria il ricorso al limite dell'ordine pubblico è giustificato solo in caso di minaccia reale, attuale e grave nei confronti di un interesse fondamentale della società<sup>387</sup>.

La giurisprudenza di legittimità recente fa riferimento all'ordine pubblico internazionale come definito nelle pagine precedenti (Cass. n. 1302 e 19405 del 2013, n. 27592 del 2006, n. 22332 del 2004, n. 17349 del 2002). Il legame con l'ordinamento nazionale è limitato a soli principi fondamentali costituzionali integrati oggi dai trattati, dalla Carta di Nizza e dalla Convenzione Edu. Di conseguenza, non può ravvisarsi contrarietà all'ordine pubblico per il solo fatto che la norma straniera sia difforme da quella italiana poiché il parametro è costituito solo dai principi a cui lo stesso legislatore è vincolato. Per la Cassazione “il giudice, al quale è affidato il compito di verificare preventivamente la compatibilità della norma straniera con tali principi, dovrà negare il contrasto con l'ordine pubblico in presenza di una mera incompatibilità (temporanea) della norma straniera con la legislazione nazionale vigente, quando questa rappresenti una delle possibili modalità di espressione della discrezionalità del legislatore ordinario in un determinato momento storico”. Le norme ricomprese dal concetto di ordine pubblico non coincidono con quelle imperative o inderogabili dovendo il giudice avere riguardo “non già all'astratta formulazione della disposizione straniera o alla correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o di quello italiano”, bensì alla compatibilità con il nucleo essenziale di principi del nostro ordinamento valutati in armonia con quelli della comunità internazionale<sup>388</sup>.

Alla luce di ciò per la Cassazione “la difformità della legge spagnola rispetto a quella italiana non è causa, di per sé sola, di violazione dell'ordine pubblico, a meno che non si dimostri che la L. n. 40 del 2004, contenga principi fondamentali e costituzionalmente obbligati e che, quindi, non sarebbe consentito al legislatore italiano porre una disciplina analoga o assimilabile a quella spagnola. Questa evenienza è da escludere, trattandosi di materia in cui ampio è il potere regolatorio e, quindi, lo spettro delle scelte possibili da parte del legislatore ordinario”. Di conseguenza, “non esiste un vincolo costituzionale dal punto di vista dei contenuti, ed allora non si può opporre l'ordine pubblico per impedire l'ingresso nell'ordinamento interno dell'atto di nascita di X solo perché formato all'estero secondo norme non conformi a quelle attualmente previste dalle leggi ordinarie italiane, seppure imperative, ma astrattamente modificabili dal legislatore futuro”.

La Cassazione poi precisa che in realtà nel caso di specie in cui una donna doni l'ovulo alla propria partner con cui ha contratto matrimonio riconosciuto all'estero non può parlarsi di gestazione per altri. La fattispecie è “un'ipotesi di genitorialità realizzata all'interno della coppia, assimilabile alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue

---

<sup>387</sup> Corte giust. UE, 4 ottobre 2012, C-249/11 in tema di deroghe alla libera circolazione delle persone.

<sup>388</sup> La Corte richiama al riguardo una pronuncia della Corte federale di giustizia tedesca (10-19 dicembre 2014, X c. Land di Berlino, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), 2015), la quale, in un caso analogo ha stabilito che i giudici tedeschi devono valutare il principio dell'ordine pubblico internazionale, per cui una sentenza straniera non è incompatibile solo perché il giudice tedesco sarebbe pervenuto ad un diverso risultato sulla base della propria normativa interna, essendo invece determinante che l'applicazione del diritto straniero non violi i principi fondamentali.

per essere il feto legato biologicamente ad entrambe le donne registrate come madri in Spagna (per averlo l'una partorito e per avere l'altra trasmesso il patrimonio genetico)".

Inoltre le conseguenze della violazione della legge n. 40/2004 non possono ricadere su chi è nato, "il quale ha un diritto fondamentale, che dev'essere tutelato, alla conservazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero nei confronti della madre genetica e alla continuità dei rapporti affettivi". In proposito, questo è l'orientamento espresso dalla Corte Edu nel già citato caso *Mennesson* in cui, pur escludendo che i genitori che hanno fatto ricorso all'estero ad una tecnica di procreazione medicalmente assistita vietata in Francia avessero subito una violazione del diritto alla vita familiare, ha riconosciuto tale violazione nei confronti dei figli ai quali non è stato riconosciuto il proprio *status filiationis* acquisito all'estero.

Per quanto riguarda l'obiezione del Procuratore Generale in riferimento all'art. 269 c. 3 c.c. (*Mater semper certa est*) esso ha costituito per millenni un principio fondamentale. Per la Cassazione, tuttavia, tale assunto non può più essere ritenuto imprescindibile per via delle nuove tecniche scientifiche di fecondazione artificiale che hanno reso possibile scindere la donna partorienti da quella che ha trasmesso il patrimonio genetico donando l'ovulo. Di conseguenza non è possibile negare l'importanza del ruolo della donatrice dell'ovulo, decisivo per la vita del nato, tuttavia l'art. 269 c.c. non consente alla donatrice di ottenere lo *status* di madre. La Cassazione ritiene che tale norma non abbia rango di principio costituzionale e che al contrario prevalga il diritto del minore all'identità personale (*Mennesson c. Francia*; *Mandet c. Francia*).

Per quanto riguarda l'ultima obiezione del Procuratore relativa alla protezione delle unioni omosessuali solo in quanto relazione orizzontale tra maggiorenni e non come luogo di crescita per soggetti minorenni, la Cassazione precisa che "non è possibile sostenere l'esistenza di un principio costituzionale fondamentale - in tal senso, di ordine pubblico e, quindi, immodificabile dal legislatore ordinario - idoneo ad impedire l'ingresso in Italia dell'atto di nascita di X, in ragione di un'asserita preclusione ontologica per le coppie formate da persone dello stesso sesso (unite da uno stabile legame affettivo) di accogliere, di allevare e anche di generare figli". Tale scelta è stata compiuta dal legislatore ma non è un'opzione costituzionalmente obbligata, tanto più alla luce del riconoscimento di tutela costituzionale ex art. 2 anche delle unioni omosessuali (sent. C. Cost. 162/2014 e 138/2010).

È bene ricordare al riguardo la già citata sentenza della Cassazione n. 601 del 2013 per cui l'asserita dannosità della crescita in una coppia omosessuale va dimostrata in concreto e non fondata sul mero pregiudizio.

Per tutti i motivi esposti la Corte di Cassazione conferma il riconoscimento del provvedimento straniero.

L'importanza di questa sentenza è ribadita dal fatto che è stata utilizzata come modello di ragionamento da diverse corti di merito. La Corte d'Appello di Trento (23.02.2017), in merito ad una richiesta di trascrizione di un provvedimento di accertamento della

genitorialità di un uomo come secondo padre di due gemelli nati da gestazione per altri, accoglie la richiesta facendo riferimento alla sentenza 19599/2016 della Cassazione.

In modo identico anche la Corte d'Appello di Milano (decreto del 28.10.2016) e quella di Napoli (6.12.2016) citano la predetta sentenza della Corte Suprema. Sostengono la medesima definizione di ordine pubblico internazionale e citano la Cassazione anche la Corte d'Appello di Genova nell'ord. del 1.09.2017 e la Corte d'Appello di Milano nell'ordinanza del 5.10.2016.

Nel caso esaminato dalla terza sezione della Corte d'Appello di Venezia con provvedimento del 28.06.2018, una coppia di uomini ricorre all'autorità giudiziaria in seguito al rifiuto da parte dell'ufficiale di stato civile di emendare l'atto di nascita del figlio di uno dei due uomini riconoscendo la sentenza canadese che ne ha modificato il contenuto aggiungendo l'indicazione del secondo padre.

La coppia si è sposata in Canada e successivamente ha affrontato il percorso della gestazione per altri. Alla nascita del bambino, nell'atto di nascita è stato indicato il solo padre biologico, mentre in seguito la Corte Suprema della British Columbia ha dichiarato con sentenza la paternità di entrambi gli uomini, ordinando la modifica dell'atto di nascita.

Pertanto, l'oggetto del giudizio è costituito dalla verifica dei requisiti del riconoscimento degli effetti della pronuncia della Corte canadese, la quale trova un limite solo nella contrarietà del provvedimento rispetto all'ordine pubblico (artt. 64 e 65 l. 218/1995). Esulano dal giudizio invece il merito e la correttezza del provvedimento il quale è stato formato in conformità alla legge nazionale canadese che legittima l'attribuzione della cogenitorialità anche al coniuge del genitore biologico pur in assenza dei presupposti di paternità, trattandosi di soggetti dello stesso sesso.

In modo analogo decide sulla stessa questione anche il Tribunale di Livorno (14.11.2017, dep. 12.12.2017<sup>389</sup>) affermando che “una tale violazione sarebbe ravvisabile soltanto qualora si potesse sostenere che non sia consentito al Legislatore italiano, perché vietato da principi fondamentali e costituzionalmente obbligati, di porre una disciplina analoga o assimilabile a quella dei Paesi che consentono il ricorso a pratiche di fecondazione eterologa o di maternità surrogata”. I giudici dispongono la rettifica dell'atto di nascita indicando la genitorialità di entrambi gli individui dello stesso sesso in virtù dell'interesse del minore alla tutela dello *status filiationis* indipendentemente dalla natura del legame genitoriale.

La nozione di ordine pubblico considerata è quella di ordine pubblico internazionale. Secondo la Corte, il principio dell'interesse del minore fa parte di quei principi sovranazionali che rientrano nella nozione di ordine pubblico internazionale. Per la Corte, infatti, è fondamentale assicurare al minore la conservazione dello *status*, il riconoscimento dei legami familiari e il mantenimento dei rapporti con chi ha legalmente assunto il riferimento della responsabilità genitoriale. Alla luce di ciò sarebbe contrario

---

<sup>389</sup> [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

all'interesse del minore che, fuori dal territorio dello stato di nascita, vale a dire, in questo caso, nel territorio dello Stato italiano, di cui pure possiede la cittadinanza, "il minore venga privato dei suoi riferimenti genitoriali e venga esposto ad una condizione giuridica del tutto diversa con evidente pregiudizio dei rapporti e riferimenti familiari, con incidenza estrema anche sulla rappresentanza e responsabilità genitoriale". I giudici fanno riferimento alla decisione n.272 del 2017 della Corte Costituzionale che ha affermato la necessità di operare un giudizio "concreto" dell'interesse del minore attraverso un bilanciamento di diritti in quanto l'accertamento della verità del rapporto di filiazione non si impone in modo automatico sull'interesse del minore.

In conclusione, secondo i giudici di appello, non si può ricondurre all'ordine pubblico la previsione che il minore debba avere genitore di sesso diverso. Le norme in materia di procreazione medicalmente assistita non esprimono principi fondanti a livello costituzionale in quanto sono mera espressione della legge ordinaria. In un bilanciamento fra il principio dell'interesse del minore e tali norme, dunque, il primo è destinato a prevalere in quanto norma sovraordinata. Il minore non può essere privato della continuità dello *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero in base alla legge nazionale.

In modo analogo decide anche il Tribunale di Roma con il provvedimento del 11.05.2018, disponendo la rettifica di un atto di nascita formato in California. Anche per i giudici romani né il carattere omosessuale dei genitori né la procreazione medicalmente assistita da parte di coppie formate dallo stesso sesso rientrano fra i principi che formano la nozione di ordine pubblico internazionale.

Le stesse argomentazioni si trovano anche nel provvedimento del Tribunale di Perugia del 9.02.2018 (r. cronol. 26.03.2018<sup>390</sup>) confermato dalla Corte d'Appello di Perugia con decisione del 22.08.2018. La Corte d'Appello perugina conferma l'ordine di trascrizione dell'atto di nascita del bambino con l'indicazione di entrambe le mamme prendendo posizione sulla questione della nozione di ordine pubblico che recentemente ha diviso la Cassazione. La Suprema Corte, infatti, mentre nelle sentenze 19599/16, 14878/17 e 14007/18 ha escluso le fonti legislative ordinarie dalla nozione di ordine pubblico, con la sentenza 16601/2017 in tema di danni punitivi sembra includere nella dichiarazione di ordine pubblico anche i principi e gli istituti di fonte ordinaria.

L'orientamento della Corte di Cassazione espresso nella sentenza 19599/2016 non è cambiato nelle recenti pronunce (Cass. 14878/2017) in cui la Corte è nuovamente chiamata a decidere il caso di una coppia *same sex* che ha visto rifiutata la propria richiesta di riconoscimento di un provvedimento formato all'estero per contrarietà all'ordine pubblico prima dal Tribunale (Trib. Venezia, decreto 6.7.2015), poi dalla Corte d'Appello (App. Venezia, 19.10.2015).

In un'altra pronuncia la Cassazione (Cass. 14987/2017) non entra nel merito della questione relativa al riconoscimento di un provvedimento formato all'estero in quanto mancava il consenso dell'altro genitore, tuttavia ribadisce quanto deciso in materia dalla

---

<sup>390</sup> [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

sentenza 19599/2016. I ricorrenti adiscono la Cassazione poiché la Corte d'Appello di Campobasso (30.04.2015) ha dichiarato la contrarietà all'ordine pubblico del provvedimento di adozione di un minore pronunciata all'estero in favore di una coppia omosessuale. Per la Cassazione, la Corte d'Appello adita ha spostato il parametro valutativo dall'interesse preminente del minore alla coppia adottante, fondando la contrarietà all'ordine pubblico sul rilievo che il ricorrente fosse sposato con una persona dello stesso sesso.

La prima sezione della Suprema Corte decide con ordinanza n. 4382 del 2018 la seguente questione: una coppia omosessuale ha chiesto la trascrizione nei registri dello stato civile del Comune di Trento del provvedimento pronunciato dalla Superior Court of Justice dell'Ontario che ha accertato la genitorialità e ordinato che l'atto di nascita di due minori, nati da una gestazione per altri, fosse emendato con l'aggiunta del "secondo padre". L'ufficiale di stato civile italiano si rifiuta di trascrivere l'atto ritenendolo contrario all'ordine pubblico. La coppia ricorre ex art. 702 bis c.p.c. e 67 l. 218/1995 affinché sia riconosciuto il provvedimento giudiziale e ordinata la trascrizione all'ufficiale di stato civile.

I ricorrenti lamentano l'inesistenza di una legge che imponga la necessaria diversità di genere dei genitori mentre sostengono che le richieste da loro presentate siano state accolte da plurime decisioni della Corte Edu in merito all'irrilevanza dell'orientamento sessuale della coppia genitoriale per il benessere dei minori. Inoltre, anche la giurisprudenza italiana ha statuito il riconoscimento dell'adozione in casi particolari da parte della compagna della madre biologica di un minore.

La Corte d'Appello di Trento ha riconosciuto efficacia al provvedimento canadese sulla base della nozione di ordine pubblico come definito dalla sentenza 19599/2016 della Cassazione e dunque comprendente solo i principi supremi e vincolanti della Costituzione e non anche le norme costituenti esercizio della discrezionalità legislativa in una determinata materia. Fra i principi supremi a parere dei giudici rientra anche l'interesse del minore, il quale, pur non avendo una valenza assoluta, dovrebbe cedere solo di fronte a valori di rilevanza costituzionale primaria e vincolanti per il legislatore ordinario fra i quali non possono essere annoverati né la legge sulla procreazione medicalmente assistita (l. 40 del 2004) né la recente legge sulle unioni civili (l. 76 del 2016). Inoltre, spiegano i giudici, il legame di sangue non è l'unico riconosciuto per la costruzione di un rapporto di genitorialità in quanto riveste estrema importanza anche il concetto di responsabilità genitoriale.

Il Procuratore Generale sostiene la contrarietà della trascrizione all'ordine pubblico poiché in contrasto con i principi della Carta Costituzionale e con il diritto di famiglia. Si afferma addirittura che tale provvedimento ignorerebbe il comune sentire della società italiana rispetto ai concetti di maternità e di paternità, cancellando uno degli elementi fondanti della stessa identità della nazione e attaccando la sovranità nazionale.

La prima sezione della Cassazione decide di investire della questione le Sezioni Unite in quanto di recente la Corte stessa sembra avere in parte dissentito dal menzionato arresto

della Cassazione (19599/2016) con la pronuncia 16601/2017 resa a proposito della possibilità di dare ingresso in Italia anche a decisioni contenenti statuizioni positivamente date circa i cosiddetti “danni punitivi”, che non sono previsti dall’ordinamento italiano e che non corrispondono alla nostra tradizione giuridica. In tale occasione è sembrato che la Cassazione includesse nel concetto di ordine pubblico anche la legislazione ordinaria. Si attende ora la decisione delle Sezioni Unite sulla questione.

Il caso deciso dal Tribunale di Pistoia (5.07.2018<sup>391</sup>) affronta una questione diversa: una coppia di donne lamenta il rifiuto del sindaco di un comune di ricevere la dichiarazione di riconoscimento da parte della seconda mamma di un bambino nato da procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo effettuata in Spagna. Il bambino, diversamente dalla maggioranza dei casi precedenti, è stato partorito in Italia, di conseguenza le ricorrenti chiedono che trovi applicazione anche per i bambini nati in Italia, ma concepiti con tecniche di procreazione medicalmente assistita eseguite all’estero, l’art. 8 della l. 40/2004. Ai sensi dell’articolo richiamato, i nati in seguito ad una tecnica di fecondazione assistita acquistano lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell’art. 6.

Per il Tribunale opinare diversamente significherebbe “accettare situazioni discriminatorie tra figli nati da coppie etero o omosessuali che abbiano fatto ricorso alle tecniche della PMA di tipo eterologo, rendendo illegittimo elemento di discriminare il contesto familiare in cui il minore è accolto, cresciuto, educato, amato”. Per il Tribunale il divieto per le coppie omosessuali di accedere a tecniche di PMA previsto dal legislatore non trova alcun fondamento, a differenza dell’interesse del minore, in un principio costituzionale, dunque, nel bilanciamento fra i due, è destinato a soccombere non rientrando nel principio di ordine pubblico internazionale. Alla luce di ciò il Tribunale dichiara illegittimo il diniego del sindaco e ordina che il certificato di nascita sia modificato con l’indicazione delle due mamme.

Un caso sostanzialmente identico è posto all’attenzione del Tribunale di Bologna (6.07.2018). I giudici affermano che il principio della responsabilità procreativa nella procreazione medicalmente assistita si fonda sul consenso, essendo irrilevante che la tecnica sia omologa o eterologa e che sia prevista o meno dall’ordinamento italiano. Devono essere applicate in ogni caso, nel preminente interesse del nato, tutte le disposizioni che disciplinano lo stato del figlio (Corte Edu Mennesson, Labasee c. Francia, Corte Cost, 347/98 e 162/2014; Cass. 19599/2016). Per il Tribunale l’espressione “coppia” contenuta nell’art. 8 l. 40/2004 deve ricomprendere anche la coppia omosessuale.

Il Tribunale fonda la propria decisione sull’analisi del caso concreto valutando che la nascita del minore è derivata da un progetto condiviso di genitorialità e che il minore abbia diritto a non essere discriminato rispetto ad un minore nato in seguito al ricorso a

---

<sup>391</sup> [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

tecniche di PMA da parte di coppia etero. In caso contrario, si negherebbe al minore il diritto ad una piena genitorialità e all'identità personale e familiare.

Ancora un altro caso simile è posto al Tribunale di Pisa (ord. 15.03.2018<sup>392</sup>) dove l'ufficiale di stato civile locale si è rifiutato di ricevere la dichiarazione di nascita espressa congiuntamente da due donne, quali madre gestazionale e madre intenzionale, a seguito di procreazione medicalmente assistita effettuata in Danimarca ma conclusa con la nascita del minore in Italia.

In questo caso, diversamente da quelli esaminati sopra, per i giudici, secondo il diritto interno, appare escluso che i genitori possano essere due persone dello stesso sesso e ritengono di non poter applicare il già citato art. 8 della l. 40/2004. I giudici decidono di sospendere il processo e sollevare questione di illegittimità costituzionale degli artt. 449 c.c., 29 c. 2 DPR. 396/00, 250 c.c., 5 e 8 l.40/2004 nella parte in cui non consentono di formare in Italia un atto di nascita in cui vengono riconosciuti come genitori di un cittadino di nazionalità straniera due persone dello stesso sesso quando la filiazione sia stabilita sulla base della legge applicabile ex art. 33 l. 218/1995. Le norme si porrebbero in contrasto con gli artt. 2, 3, 24,30, 117 Cost., 3 e 7 della Convenzione di New York dell'89.

I due provvedimenti del Tribunale di Torino del 21.05.2018 e del 11.06.2018 mostrano indirettamente un diverso atteggiamento dell'ufficiale di stato civile locale in quanto esso non si oppone come nei casi sopra esaminati alla dichiarazione di riconoscimento posta in essere dalla compagna della madre biologica di un minore. Le due decisioni, infatti, prendendo atto del riconoscimento accolto dall'ufficiale, dispongono l'aggiunta del cognome della seconda mamma al minore. Il Tribunale precisa che non possono essere rilevati profili di illegittimità dell'atto di registrazione del riconoscimento ex art. 254 c.c. in quanto esso appare "coerente con la tutela dell'interesse del minore, principale parametro di riferimento della prevalente giurisprudenza, anche di legittimità, su questioni affini".

Si conclude il presente paragrafo relativo all'ordine pubblico con due provvedimenti inerenti una questione differente rispetto a quelle trattate finora dove, sostanzialmente, la situazione in esame è costituita da una richiesta di adozione del figlio del partner. Nei due casi seguenti una coppia *same sex* chiede al Tribunale di riconoscere un'adozione legittimante dichiarata all'estero nei confronti di due minori che non hanno alcun legame biologico con la coppia, trovandosi invece in stato di abbandono. Entrambi i provvedimenti di riconoscimento delle sentenze straniere sono adottati dal Tribunale per i minorenni di Firenze in data 7.03.2017<sup>393</sup>.

Nel primo caso la coppia ha adottato due bambini in Gran Bretagna e chiede che le sentenze di adozione siano riconosciute anche in Italia in modo che i minori possano acquisire la cittadinanza e tutti i diritti a loro riconosciuti in Gran Bretagna. Nel secondo caso la coppia ha adottato un minore in stato di abbandono negli Stati Uniti.

---

<sup>392</sup> [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

<sup>393</sup> Reperibile in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).



Per quanto riguarda la presunta contrarietà all'ordine pubblico, la motivazione del Tribunale per i minorenni di Firenze è conforme a quelle sopra illustrate e richiama sia la giurisprudenza della Corte Edu (24.07.2003 Karner c. Austria; 28.6.2007 Wagner c. Lussemburgo; 22.01.2008 E.B. c. Francia; 24.6.2010 Shalk e Kopf contro Austria e 19.2.13 X e altri contro Austria, Mennesson c. Francia e Labasee c. Francia, Paradiso c. Italia) sia la giurisprudenza interna (C. Cost. n. 138/10, Cass. 4184/12, 9483/2013, 19405/2013, 19599/2016, App. Napoli, 30.03.2016, App. Milano 16.10.2015), ritenendo che esso vada inteso come ordine pubblico internazionale.

In un caso analizzato dalla Corte d'Appello di Genova (ord. decisa il 26.07.2017, dep. 1.09.2017), una coppia di uomini, formata da un cittadino straniero e uno italiano chiedono il riconoscimento di una adozione nazionale piena posta in essere all'estero. I giudici escludono la contrarietà all'ordine pubblico del riconoscimento in quanto essa non può essere conseguenza dell'inderogabilità di una norma interna. Anche se l'istituto dell'adozione in Italia non è previsto per le coppie omosessuali, tale esclusione non rappresenta affatto un principio fondamentale dell'ordinamento, sicché deve escludersi che il diverso regime seguito dalla sentenza straniera rappresenti una violazione dell'ordine pubblico.

Identico caso è posto anche all'attenzione della Corte d'Appello di Milano (5.10.2016). I giudici valutano nell'interesse del minore "garantire anche nel nostro Paese il riconoscimento giuridico alla dimensione sociale e affettiva della filiazione adottiva". Qualora ciò non avvenga sarebbe "gravemente sacrificata la posizione del minore sotto plurimi profili, dalla lesione del diritto a preservare quella identità personale che ha costruito nel rapporto con le figure genitoriali, alla impossibilità di acquistare la cittadinanza italiana ed europea che gli competono *jure sanguinis*".

Inoltre, per la Corte, "il riconoscimento nel nostro ordinamento dello *status* acquisito all'estero non è poi precluso dal necessario bilanciamento tra l'interesse del minore e altri interessi coinvolti che non assumono nella fattispecie in esame pari rilevanza costituzionale, non potendo, in particolare, attribuirsi copertura costituzionale alla regola per cui nel nostro ordinamento l'adozione legittimante è consentita esclusivamente a coniugi uniti in matrimonio, istituto accessibile solo a persone di sesso diverso". Esistono, infatti, eccezioni come quella prevista dall'art. 25 c. 5 della l. 184/1983 per cui se durante l'affidamento preadottivo uno dei due coniugi decide di separarsi, nell'interesse del minore l'adozione può essere disposta anche nei confronti di uno solo dei coniugi.

## 2.5 Conclusioni

Nel primo capitolo riguardante l'impianto teorico della materia trattata è stato rilevato che il principio dell'interesse del minore è solito dare vita ad interpretazioni eterogenee. Tale dato è verificato nell'ambito qui analizzato delle famiglie omogenitoriali: l'eterogeneità non verte solo sul dato letterale dell'art. 44 ma anche su cosa effettivamente

sia meglio per il benessere e lo sviluppo del bambino e dunque quale sia, nel concreto, l'interesse del minore. Laddove il giudice scelga una interpretazione più attenta alle peculiarità del caso concreto rischia di minare la certezza del diritto poiché la soluzione è legata alle circostanze presenti nei diversi casi concreti rendendo il giudizio altamente imprevedibile e probabilmente differente anche da un collegio giudicante ad un altro.

Diversamente, laddove egli scelga di interpretare le norme poste a tutela dei minori in quanto categoria generale che deve rappresentare l'intera categoria dei minorenni privilegiando gli aspetti della certezza del diritto e della uniformità di giudizio è probabile che in alcuni casi si presenti il rischio di trascurare gli elementi del caso concreto, privilegiando l'interesse della categoria dei minori rispetto al minore del caso di specie. La questione può apparire ad una prima impressione meramente teorica, in realtà, il problema emerge, a livello pratico, nelle aule di giustizia.

Alla luce dell'analisi dei provvedimenti giurisprudenziali, da una parte risulta prioritario tutelare l'interesse del minore del caso di specie che si realizza nella protezione del legame di fatto con gli adulti che lo hanno cresciuto, dall'altra parte è tuttavia importante tutelare l'interesse della categoria dei minori a che non siano eluse le norme sull'adozione poste a tutela dello stesso interesse del minore.

Da quanto emerso, rispetto alla domanda centrale dell'ipotesi di ricerca che sosteneva che la giurisprudenza interpretasse i *best interests of the child* come interesse del minore concreto e non relativo all'intera categoria astratta di minore età, si può concludere che con il ricorso all'orientamento estensivo - ormai maggioritario - in tema di adozione in casi particolari ex art. 44 l. 184/1983, sembra prevalere un'attenzione al minore in quanto individuo concreto del caso di specie.

L'orientamento di maggioranza individua l'interesse preminente del minore nella protezione della sua identità e della stabilità dei legami di fatto per lui fondamentali, specialmente attraverso il riconoscimento del suo rapporto con il suo genitore sociale. Nei casi analizzati, i giudici si sono ampiamente soffermati sulla valutazione del contesto familiare in cui è inserito il minore e l'orientamento sessuale della coppia genitoriale non è motivo di discriminazione nella valutazione del rapporto di ciascun adulto con il minore.

Rispetto alla seconda domanda di ricerca, alla luce dell'analisi effettuata - specialmente nel caso del confronto dell'interesse del minore con il principio dell'ordine pubblico - si può concludere che lo strumento utilizzato dai giudici nella valutazione dell'interesse del minore è il giudizio di bilanciamento. Si può dunque affermare che a fronte di una tendenza dei giudici, al pari del legislatore, ad usare aggettivi quali "superiore", "esclusivo", o "preminente", in realtà, l'interesse del minore non è considerato automaticamente prevalente. Esso non pare un diritto tiranno: l'orientamento estensivo ritiene prevalente l'interesse del minore poiché gli interessi/diritti con cui esso si confronta non sono valutati di rango costituzionale e, dunque, sono destinati a comprimersi.

Nel capitolo si sono visti principalmente due conflitti fra diritti/interessi: il primo fra interesse del minore e il principio dell'ordine pubblico e il secondo fra l'interesse del minore e gli interessi degli adulti appartenenti alla sua famiglia.

Per quanto riguarda il primo confronto fra diritti in gioco, secondo l'orientamento restrittivo, quelli che l'orientamento estensivo considera i *best interests* del minore sarebbero confliggenti con l'ordine pubblico e dovrebbero essere compressi. Si è visto come in realtà la maggioranza delle decisioni, avallate anche dalla Cassazione, abbia sostenuto, nell'interesse del minore, la soluzione contraria. L'orientamento estensivo infatti risolve il contrasto facendo prevalere l'interesse del minore sul principio dell'ordine pubblico ampliando quest'ultimo concetto, come visto, in ordine pubblico internazionale.

Il secondo conflitto rilevato dall'orientamento restrittivo riguarda l'interesse del minore e gli interessi degli adulti appartenenti alla sua famiglia nel ruolo di genitore biologico e genitore di fatto. Anche su questo aspetto si dividono le due linee interpretative: per l'orientamento restrittivo gli adulti non agirebbero nell'interesse del minore ma nel proprio, al fine di vivere una nuova forma di genitorialità non ancora riconosciuta dall'ordinamento. L'orientamento estensivo, invece, nega tale conflitto di interessi in quanto individua l'interesse del minore nella salvaguardia della sua identità attraverso la tutela dei suoi legami di fatto.

### 3. *L'interesse del minore nell'accertamento della filiazione*

#### 3.1 *L'ambito dell'accertamento della filiazione*

Il paragrafo, al pari di quello precedente, si aprirà con una breve introduzione necessaria per comprendere l'ambito di applicazione in esame del principio dell'interesse del minore: l'accertamento della filiazione<sup>394</sup>. Ci si riferirà ai casi di riconoscimento di paternità, di esperimento dell'azione giudiziale di paternità e maternità, di disconoscimento e d'impugnazione per difetto di veridicità di cui si vedranno le differenze.

La materia è stata interessata da un'importante recente riforma (l. 219/2012 decreto n. 154/2013) del regime giuridico dei figli che ha visto cadere la differenza fra figli legittimi e figli naturali e la creazione di un unico *status* giuridico di figlio. Come si vedrà, il principio dell'interesse del minore ricopre anche in questo ambito un ruolo importante e il legislatore, come in altri casi, ha demandato al giudice l'individuazione della sua definizione. Nonostante l'eliminazione della distinzione fra figli naturali e legittimi, l'accertamento della filiazione nei due rispettivi casi è disciplinato da norme diverse.

In seguito alla riforma, il matrimonio ha mantenuto la sua funzione di attribuzione automatica dello *status filiationis* attraverso la presunzione prevista dall'art. 231 c.c. per cui "il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio". Essendo venuto meno con la riforma lo *status* di figlio legittimo, la presunzione non è più "baluardo della legittimità della nascita, ma resta limitata alla funzione di individuare nel marito della donna il padre del bambino"<sup>395</sup>. La presunzione di paternità viene estesa ai figli *nati* nel matrimonio mentre precedentemente interessava solo i figli *concepiti* durante il matrimonio.

In assenza di coniugio, l'accertamento della filiazione avviene con atto volontario mediante il riconoscimento (art. 250 c.c.). In mancanza di quest'ultimo, la filiazione può essere dichiarata anche attraverso l'accertamento giudiziale (269 c.c.) nei casi in cui è ammesso il riconoscimento. L'azione di accertamento giudiziale nell'interesse del figlio minore può essere esperita dal genitore che esercita la responsabilità genitoriale o dal tutore (art. 273 c.c.).

---

<sup>394</sup> La materia è complessa e meriterebbe uno spazio ben maggiore, si affronteranno qui solo gli aspetti utili ai fini della trattazione dell'interesse del minore. Per approfondire questo tema si rimanda *ex multis* a Ferrando G., 2013. La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali. *Corriere giuridico*, 4: 525-535; Sesta M., 2013. L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari. *Famiglia e diritto*, 3: 231-241; Farolfi F., 2014. Responsabilità per il fatto della procreazione tra verità e interesse del minore. *Famiglia e diritto*, 10: 921-929; Mendola A., 2015. Favor minoris e presidio del dato biologico. *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2: 551-568; Porcelli M., 2016. *Accertamento della filiazione e interesse del minore*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane; Sesta M., 2016. *Ibidem*; Pietrasanta L. M., 24.11.2017. Necessario il bilanciamento tra verità biologica e interesse del minore alla stabilità dei rapporti familiari. *Ifamiliarista.it*.

<sup>395</sup> Caringella F., Buffoni L., 2016. *Manuale di diritto civile*. Roma: Dike Giuridica Editrice, p. 2022.

Il riformato art. 250 c.c. prevede che il riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio sia fatto nell'atto di nascita, o con apposita dichiarazione successiva alla nascita o al concepimento, davanti ad un ufficiale dello stato civile, o in un atto pubblico o testamento. Il riconoscimento del figlio che ha compiuto 14 anni (prima della riforma 16) non può produrre effetti senza il consenso del minore.

Il riconoscimento del figlio che non ha ancora compiuto 14 anni non può avvenire senza il consenso del genitore che abbia già effettuato il riconoscimento. Qualora il genitore che ha effettuato il primo riconoscimento rifiuti il consenso, il genitore richiedente il secondo riconoscimento può ricorrere al giudice competente. Il codice civile prevede che il consenso non possa essere rifiutato qualora il secondo riconoscimento sia nell'interesse del minore. Anche in questo ambito, dunque, il legislatore utilizza la locuzione "interesse del minore", rimettendo al giudice l'individuazione di tale concetto.

Il giudice, qualora non venga sollevata opposizione entro trenta giorni dalla notifica, decide con sentenza che tiene luogo del consenso mancante dell'altro genitore. Nel caso in cui sia proposta opposizione, il giudice, dopo aver assunto le opportune informazioni, dispone l'audizione del figlio minore che abbia compiuto 12 anni, o anche di età inferiore, se capace di discernimento, e assume gli idonei provvedimenti<sup>396</sup>. Con questa riforma viene disciplinato all'art. 336 c.c. l'obbligo di ascolto del minore, principio già compreso nella Dichiarazione di New York sui diritti dei bambini del 1989.

Il genitore che non abbia compiuto 16 anni non può riconoscere il figlio, salvo che il giudice lo autorizzi valutando l'interesse del minore.

Nell'interesse del minore la riforma (251 c.c.) ha eliminato il divieto di riconoscimento dei figli incestuosi, aggettivo ora rimosso dal codice civile<sup>397</sup>.

L'accertamento della non veridicità del rapporto di filiazione, come già detto, è disciplinato da articoli diversi a seconda che si tratti di figli nati in costanza di matrimonio o fuori dal matrimonio. Per quanto riguarda il primo caso, l'azione di disconoscimento di paternità (art. 243 bis c.c.) è prevista per eliminare le conseguenze della presunzione di paternità disciplinata dagli artt. 231 c.c.<sup>398</sup> e 232 c.c.<sup>399</sup> rimuovendo lo stato di figlio.

In questo ambito, e per questa azione in particolare, vi è una contrapposizione fra due esigenze diverse. Da un lato la salvaguardia della veridicità del rapporto di filiazione al fine di pervenire alla verità biologica, dall'altro la tutela dell'unità della famiglia e della certezza degli *status* protetta con le decadenze di cui si dirà. Tale contrapposizione si presenta anche in giurisprudenza: dalla lettura delle sentenze in tema è evidente l'importanza di un bilanciamento fra il *favor veritatis* e il *favor minoris* o *favor legitimatis*.

---

<sup>396</sup> Di Pirro M., 2017. *Manuale di istituzioni di diritto privato*. Napoli: Edizioni Simone.

<sup>397</sup> Previa autorizzazione del giudice, è ammesso il riconoscimento dei figli nati da persone tra le quali esiste un vincolo di parentela in linea retta all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado o un vincolo di affinità in linea retta.

<sup>398</sup> Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio.

<sup>399</sup> Vi è presunzione di paternità del marito quando non sono ancora trascorsi 300 giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili.

L'azione può essere esercitata dal marito entro un anno dal giorno della nascita. Se il padre prova di non aver saputo della nascita, il termine decorre dal giorno in cui ne ha avuto la notizia<sup>400</sup>. L'azione può essere esercitata anche dalla madre entro sei mesi dalla nascita del figlio o dal giorno in cui conosce la circostanza dell'impotenza del marito. L'azione può essere esperita inoltre dal figlio maggiorenne per cui è imprescrittibile e dal curatore speciale su istanza del figlio minore che ha compiuto 14 anni, del pubblico ministero o dell'altro genitore quando si tratti di figlio di età inferiore. L'art. 244 c.c. prevede che in ogni caso l'azione della madre e del padre non possa essere esercitata una volta decorsi 5 anni dalla nascita del figlio. I termini indicati possono essere interpretati come una preferenza da parte del legislatore per il principio di conservazione e certezza dello *status* del figlio rispetto al principio di verità. Al contrario, l'imprescrittibilità dell'azione del figlio è certamente ispirata ad un *favor veritatis*.

Il codice civile prevede due ulteriori azioni esperibili da un figlio nato da genitori coniugati. In primo luogo, l'azione di reclamo dello stato di figlio di cui agli artt. 238, 239, 249 c.c. Tale azione consente di acquistare lo *status* di figlio a chi ne è privo ed è esercitabile quando il nato sia stato denunciato come figlio di genitori diversi dai suoi veri genitori coniugati, quando sia stato denunciato come figlio di genitori ignoti, quando sia stato riconosciuto in contrasto con la presunzione di paternità oppure quando il nato sia iscritto in conformità con altra presunzione di paternità<sup>401</sup>. In secondo luogo, l'azione di contestazione dello stato di figlio è ammessa nei casi di supposizione di parto o di sostituzione di neonato (art. 240 c. 1) e, in generale, secondo la giurisprudenza, per i motivi diversi dal disconoscimento di paternità per cui è esperibile il diverso rimedio di cui all'art. 243 bis c.c.

Per quanto riguarda il secondo caso, il riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio può essere impugnato per difetto di veridicità dall'autore del riconoscimento, dal soggetto riconosciuto e da chiunque vi abbia interesse (263 c.c.). L'azione del figlio è imprescrittibile, quella dell'autore del riconoscimento invece deve essere proposta entro un anno dal giorno dell'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita. Qualora l'autore del riconoscimento provi di aver ignorato la propria impotenza al tempo del concepimento, il termine decorre dal giorno in cui ne ha avuto conoscenza. Nel termine di un anno la madre che abbia effettuato il riconoscimento è ammessa a provare di aver ignorato l'impotenza del presunto padre. Gli altri legittimati possono proporre l'azione nel termine di cinque anni che decorrono dal giorno dell'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita. L'azione non può essere comunque proposta oltre cinque anni dall'annotazione del riconoscimento.

---

<sup>400</sup> Vi sono due casi particolari: in caso di adulterio, il termine decorre dal giorno in cui il marito ne è venuto a conoscenza, nell'ipotesi di impotenza di generare il termine decorrerà dal giorno in cui è venuto a conoscenza della circostanza. L'art. 9. c. 1 della l. 40/04 prevede che nel caso in cui si sia ricorso a tecniche di procreazione assistita eterologhe, il coniuge o il convivente non possano esercitare l'azione di disconoscimento della paternità né l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità se il loro consenso è ricavabile da atti concludenti.

<sup>401</sup> Si pensi all'ipotesi in cui la madre si sia risposata e abbia concepito un figlio nel c.d. lutto vedovile in cui vale la presunzione di paternità del defunto marito ma anche quella del nuovo matrimonio.

Per i figli nati fuori dal matrimonio, dalla circostanza che possa agire “chiunque vi abbia interesse”, si può dedurre una prevalenza del *favor veritatis* più forte rispetto al caso precedente dei genitori coniugati. Tale differenza può suscitare alcune perplessità in considerazione dell’attuale quasi completa parificazione fra matrimonio e convivenza.

Sul piano processuale la riforma ha modificato l’art. 38 delle disposizioni attuative del codice civile sottraendo alla competenza del Tribunale per i minorenni la materia in esame e attribuendola al Tribunale ordinario, in particolare per quanto riguarda il riconoscimento di figli nati fuori dal matrimonio (250 cc), i provvedimenti in ordine all’assunzione del cognome da parte del figlio nato fuori dal matrimonio (262 cc), le decisioni in ordine all’impugnazione del provvedimento di riconoscimento da parte del figlio riconosciuto (264 cc), la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità rispetto al figlio minore (269.1 cc), l’autorizzazione al riconoscimento.

Alla luce di quanto detto finora, le sentenze di seguito trattate possono dividersi in tre sottogruppi: in primo luogo, i casi di richiesta di riconoscimento di paternità e azione giudiziale di paternità o maternità (sia di iniziativa del presunto padre sia da parte della madre), in secondo luogo, i casi in cui è messa in dubbio la veridicità del rapporto di filiazione (sia del padre coniugato sia del padre non coniugato con la madre del minore), in terzo e ultimo luogo, le questioni relative al cognome. La ricerca è stata compiuta su 286 sentenze a partire dal 1990 fino al 2017, di cui sono state selezionate solo quelle contenenti una definizione di interesse del minore (153)<sup>402</sup>.

### *3.2 Modelli interpretativi dei best interests of the child nei casi di riconoscimento di paternità e azione giudiziale di dichiarazione di paternità/maternità*

Come si è detto, anche in materia di accertamento della filiazione, il principio dei *best interests of the child* è una lente interpretativa importante. Come per il paragrafo precedente, l’analisi della giurisprudenza è finalizzata alla ricerca di uno o più modelli interpretativi del principio in esame creati dai giudici italiani e alla verifica dell’utilizzo da parte degli stessi di una valutazione concreta dell’interesse del minore in linea con la sua natura di standard giudiziario.

Le sentenze esaminate sono state pronunciate sia dai Tribunali per i minorenni sia dai Tribunali ordinari in quanto prima del 2012 la competenza in questa materia apparteneva ai primi mentre, come si è accennato, la riforma del 2012-2013 ne ha modificato la competenza che attualmente è del Tribunale ordinario. Per questo motivo alcune sentenze sono state pronunciate dai Tribunali per i minorenni mentre le più recenti dai Tribunali ordinari.

Una prima tipologia rilevante ai fini del presente studio, in termini numerici e di approfondimento della definizione di interesse del minore, riguarda i casi di

---

<sup>402</sup> Non sono state prese in considerazione le pronunce relative a parti della disciplina poi modificate largamente dalla riforma del 2012-2013.

riconoscimento della filiazione fuori dal matrimonio e di esperimento dell'azione di accertamento di maternità o paternità.

Il legislatore ha previsto che nel momento in cui un individuo voglia riconoscere un minore di età inferiore ai 14 anni per cui sia già stato effettuato il primo riconoscimento debba essere chiesto il consenso del genitore che per primo lo ha riconosciuto. Qualora il consenso non sia prestato, il presunto genitore può chiedere al giudice di autorizzare il riconoscimento. L'autorità giudiziaria dovrà concedere l'autorizzazione se ciò non sia contrario ai *best interests of the child*, il consenso, infatti, non può essere rifiutato "se risponde all'interesse del minore" (art. 250 c. 4). Il riconoscimento del figlio che ha compiuto 14 anni, inoltre, non produce alcun effetto senza il suo consenso.

Una seconda situazione rilevante riguarda l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità naturale esperibile dal figlio (art. 269 c.c.). Qualora il figlio sia minorenne, nel suo interesse l'azione può essere esperita dal genitore che ne ha la responsabilità genitoriale, dal tutore previa autorizzazione del giudice o da un curatore speciale. In entrambe le situazioni descritte, dunque, il giudice è chiamato ad interpretare la nozione di *best interests of the child*.

In questa materia, dall'analisi della giurisprudenza effettuata, è emerso principalmente un consolidato modello interpretativo maggioritario. Tale modello considera e bilancia due diversi interessi dei minori: da un lato il diritto all'identità personale e alla bigenitorialità, fondati sulla centralità della verità biologica e realizzabili attraverso il riconoscimento del rapporto di filiazione, dall'altro lato l'interesse ad evitare qualsiasi pregiudizio al benessere e allo sviluppo psicofisico del minore che un nuovo riconoscimento potrebbe comportare. Allo stesso tempo l'interesse del minore dovrà essere ulteriormente ponderato rispetto ad un altro aspetto: il diritto soggettivo del presunto genitore ad effettuare il riconoscimento.

Entrambi i bilanciamenti, per individuare effettivamente il preminente interesse del minore, dovrebbero essere effettuati nel concreto e non in via presuntiva, considerando le peculiarità del singolo minore e dell'ambiente in cui è inserito.

Si ripercorreranno di seguito le ricostruzioni del concetto di interesse del minore adottate dalla giurisprudenza, in particolare, in merito si è ampiamente espressa la Corte di Cassazione. Nel caso pervenuto all'esame della Suprema Corte (Cass. del 10.05.2001, n.6470) la madre di un minore, contraria al riconoscimento da parte del padre di suo figlio, denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 250 c.c. non avendo la Corte d'appello, a suo parere, valutato l'interesse del minore in concreto ma avendolo presunto. La sentenza è una delle più richiamate dalle corti di merito e dalle successive pronunce della Cassazione stessa in quanto ha approfondito la nozione di *best interests of the child* in relazione allo *status filiationis*.

La Cassazione, nel caso di specie, ritiene la censura infondata, rigetta il ricorso della madre e, in ordine all'interesse del minore al riconoscimento ex art. 250 c.c. nel caso di opposizione dell'altro genitore, rileva che



“questa Suprema Corte è fin dalla nota sentenza n. 6093 del 1990 orientata ad assumere tra i principi fondamentali di riferimento anche il diritto del secondo genitore al riconoscimento, quale diritto soggettivo primario del genitore stesso, costituzionalmente garantito dall’art. 30 Cost., pur con le limitazioni desumibili dal quadro generale in cui la disposizione costituzionale si pone, ed a ritenere che detto diritto possa essere sacrificato soltanto in presenza di un fatto di importanza ad esso proporzionale, ossia solo ove sussista il pericolo di un pregiudizio così grave per il minore da compromettere seriamente il suo sviluppo psico fisico, chiaramente non identificabile per la sua rilevanza con l’interesse del minore stesso a non veder turbata la serenità della vita che conduce con il genitore che lo ha riconosciuto per primo (vedi in tal senso, pur con diverse accentuazioni, Cass. 2000 n. 1990; 1999 n. 12077; 1999 n. 2338; 1998 n. 12018; 1998 n. 2669; 1994 n. 11263)”.

Dalle parole della Corte di Cassazione si desume la necessità di bilanciare l’interesse del minore con il diritto del presunto genitore. Inoltre, secondo la Corte tale interesse deve essere individuato in un pericolo di pregiudizio grave e non può essere interpretato invece come un interesse a non veder turbata la quotidianità vissuta dal minore fino al momento della richiesta di riconoscimento. Per la Cassazione, questo bilanciamento non modifica il criterio di valutazione utilizzato in materia di secondo riconoscimento che deve rimanere l’esclusivo interesse del minore: “l’affermazione del diritto del genitore naturale al riconoscimento non comporta una alterazione del criterio di valutazione per l’autorizzazione al secondo riconoscimento, che non può che essere costituito, secondo il chiaro disposto dell’art. 250 c.c., dall’esclusivo interesse del minore”.

La Costituzione stessa concepisce il diritto alla genitorialità in termini non assoluti ma nei limiti stabiliti dalla legge cui la stessa Carta rinvia, tra cui per i giudici vi sono certamente quelli previsti dal riferimento all’interesse del minore contenuto nell’art. 250 c.c. Secondo la Suprema Corte

“la configurazione in Costituzione di un diritto dei genitori al riconoscimento della propria posizione nei confronti dei figli nati fuori del matrimonio necessariamente comporta un problema di bilanciamento di interessi diversi, così che esso può ritenersi legittimamente sacrificato solo quando altre esigenze di importanza pari al suo valore ne giustificano la compressione. In questa prospettiva lo stesso concetto di interesse del minore richiamato dalla norma assume una specifica connotazione, dovendo chiaramente disattendersi un’interpretazione - che il tenore letterale della legge sembrerebbe autorizzare - in forza della quale il mancato riscontro di un interesse effettivo e concreto del minore o l’accertata ininfluenza nella sua vita futura della acquisizione di una doppia genitorialità costituirebbero ostacolo all’esercizio del diritto del secondo genitore ad affermare la propria paternità.

Una lettura della norma aderente ai principi costituzionali di riferimento impone per converso di valutare l’interesse in discorso in termini di attitudine a sacrificare il diritto alla genitorialità, e quindi di ritenere che soltanto la presenza di motivi gravi ed irreversibili, tali da far ravvisare la probabilità di una forte compromissione dello sviluppo psicofisico

del minore, configuri l'interesse del minore al non riconoscimento e giustifichi il sacrificio totale della responsabilità genitoriale ancor prima che essa si possa esercitare”.

Nella propria motivazione la Corte tratta il nodo essenziale del presente lavoro di ricerca: la scelta fra una valutazione astratta dell'interesse del minore, probabilmente riconducibile al concetto di “diritto”, adatta all'intera categoria della minore età e una valutazione concreta dello stesso, probabilmente non valida per tutti i minori ma efficace per il bambino del caso di specie.

“Il favore per il secondo riconoscimento non trova fondamento su una valutazione in via presuntiva<sup>403</sup>, generale ed astratta degli effetti positivi che normalmente si producono nella vita della prole per la contemporanea presenza di entrambe le figure genitoriali, - secondo l'impostazione adottata talvolta nella giurisprudenza e giustamente criticata dalla dottrina - bensì sulla corretta definizione del concetto stesso di interesse del minore, in relazione al quale il diritto del genitore non si pone in termini di contrapposizione, ma come misura ed elemento di definizione così da superare i dubbi di incostituzionalità avanzati in passato nei confronti di una lettura del dato normativo centrata esclusivamente sull'interesse del minore, che va comunque accertato nella sua concretezza ed effettività”.

Dopo aver affermato la necessità di un bilanciamento fra interesse del minore e il diritto alla genitorialità ed aver escluso una valutazione presuntiva, la Cassazione infine definisce l'interesse del minore:

“L'interesse del minore non può non essere segnato dal complesso dei diritti che al medesimo derivano dal secondo riconoscimento, ed in particolare dal diritto soggettivo della persona ad identificarsi come figlio di una madre e di un padre e ad assumere una identità precisa e completa dal punto di vista biologico. Tale diritto all'identità personale nella sua integrale dimensione psicofisica, nella sua irripetibile individualità costituita anche dal suo patrimonio genetico si intreccia peraltro, per i profili attinenti ai trattamenti sanitari ed all'anamnesi, con l'altrettanto fondamentale diritto alla salute, nelle sue molteplici potenzialità esplicative ed espansive”.

In questo ultimo passaggio la Cassazione individua un ulteriore interesse del minore in gioco oltre a quello di non subire pregiudizi. Tale interesse è identificato nel suo diritto all'identità e alla bigenitorialità. In questo modo, dunque, si comprende meglio perché la Suprema Corte definisca il diritto alla genitorialità un “elemento di definizione” dell'interesse del minore. Alla luce di ciò, l'effettivo interesse del minore valutato in concreto non è solo il prodotto fra il bilanciamento del diritto del genitore alla bigenitorialità e quello del minore a non subire pregiudizi ma è anche una ponderazione fra due ulteriori aspetti: da un lato il suo diritto all'identità personale e alla bigenitorialità

---

<sup>403</sup> Talvolta la Cassazione si riferisce ad una presunzione considerando generalmente favorevole il riconoscimento del secondo genitore (si veda Cass. civ. sez. I, sent., 30.07.2014 n. 17277).

e dall'altro il suo interesse a non subire un pregiudizio. Nel caso appena esaminato (Cass. 6470/2001), secondo la Corte Suprema la ricorrente non è riuscita a dimostrare quali conseguenze negative sarebbero potute derivare al minore dal secondo riconoscimento, di conseguenza conferma la decisione che aveva autorizzato il riconoscimento.

Le definizioni e argomentazioni appena viste erano già presenti in pronunce precedenti (Cass.sent. del 07.03.1995 n.2654), e sono confermate da decisioni successive della Suprema Corte (Cass. sent. del 14.11.2001, n. 14163; 22.10.2002, n.14894; 8.8.2003, n.11949; 09.07.2004, n.12675; 10.02.2004, n.2475; 3.11.2004, n.21088; 09.07.2004, n.12675; 11.02.2005, n.2878; 03.04.2003, n.5115; 3.01.2008, n.4; 15.01.2005, n.728; 05.06.2009, n.12984; 27.12.2012, n.23913).

Altri pronunciamenti della Cassazione, in modo meno rigoroso, sostengono che possa essere considerato un grave pregiudizio idoneo a compromettere lo sviluppo psico-fisico di un bambino l'interesse a non veder turbata la serenità della vita che lo stesso conduce con il genitore che lo ha riconosciuto per primo (così Cass. sent. del 08.08.2003, n.11949; 3.04.2003 n. 5115; 22.10.2002 n. 14894; 10.05.2001 n. 6470; 22.02.2000 n. 1990; 27.10.1999 n. 12077; 16.03.1999 n. 2338; 26.11.1998 n. 12018; 1998 n. 2669; 29.12.1994 n. 11263; 16.06.1990, n. 6093). Tale argomentazione è spesso sostenuta dal genitore che si oppone al secondo riconoscimento.

In una sua recente sentenza, la Suprema Corte (Cass. del 27.03.2017 n.7762) sottolinea l'inadeguatezza della presunzione che il secondo riconoscimento sia di per sé un vantaggio per la prole e ha ribadito che il giudice deve valutare nel concreto l'interesse del minore. Al tempo stesso però non si discosta dalle proprie precedenti statuizioni per cui il riconoscimento può essere rifiutato solo per un motivo grave. Nel caso di specie i due gradi di merito hanno autorizzato il riconoscimento anche contro il parere della minore, su cui invece la Corte fonda il proprio giudizio in quanto la minore è valutata come un'adolescente ormai matura e cassa con rinvio la sentenza precisando che "la minimizzazione delle dichiarazioni della giovane, ancor più grave in presenza del giudizio di maturità pur espresso nella sentenza impugnata, finisce per rendere l'audizione un adempimento meramente formale, così frustrando le ragioni dell'ineludibile attività posta a garantire le esigenze poste in evidenza dalla Corte Costituzionale nella nota decisione n. 83 del 2011, nonché nella successiva ordinanza n. 301 dello stesso anno".

L'interesse del minore come diritto alla propria identità è un concetto ricorrente anche nella giurisprudenza delle corti di merito. In un caso esaminato dal Tribunale per i minorenni di Palermo (sent. decisa il 2.03.2012 e dep. 13.03.2012) una madre chiede che sia dichiarata la paternità di un uomo, il quale invece è contrario, nei confronti di suo figlio. I giudici, in seguito all'esperimento della perizia ematologica che ha confermato la paternità, dichiarano che l'uomo è il padre naturale del minore valutando positivamente "l'interesse del minore alla dichiarazione di paternità del resistente, atteso che solo con tale riconoscimento il minore potrà acquisire quella posizione di figlio, di cui ha diritto ai

fini del riconoscimento della sua identità personale e di una giusta collocazione nell'ambito familiare e sociale”.

Il Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria (sent. 14.05.2012 e 17.04.2012) accoglie la domanda di una madre la quale ha chiesto la dichiarazione di paternità di un uomo nei confronti della figlia affermando che “la tutela delle esigenze materiali, morali ed emotive della minore e la dovuta considerazione per le sue naturali aspettative evidenziano, inoltre, l’interesse concreto della piccola X alla chiesta dichiarazione di paternità dell’Y, trattandosi dell’importante figura paterna mancante alla bambina, la quale acquisisce comunque diritti fondamentali (all’identità personale, al cognome paterno, al mantenimento, all’istruzione, all’eredità, ecc.) con conseguente arricchimento e sviluppo equilibrato della sua personalità”.

La Corte d’Appello di Roma (sent. del 11.12.2013), confermando un riconoscimento di paternità, identifica i *best interests* “con l’interesse morale e patrimoniale ad essere assistito ed educato da due genitori”.

Il Tribunale di Taranto (sent. del 07.05.2014) autorizza il riconoscimento paterno tenendo conto della mancanza del consenso della madre poiché i servizi sociali non hanno evidenziato situazioni di pregiudizio né la madre ha dimostrato quale danno possa subire il minore in seguito all’accertamento del rapporto di filiazione. La motivazione del Tribunale è molto articolata e aderisce all’indirizzo sopra approfondito: “secondo il più recente e maggioritario orientamento giurisprudenziale, l’interesse del figlio al riconoscimento di cui all’art. 250 c.c. è definito come il complesso dei diritti che a lui derivano dal riconoscimento stesso ed, in particolare, del diritto alla identità personale nella sua precisa e integrale dimensione psico-fisica, per cui in caso di opposizione da parte del genitore che lo abbia già effettuato, il mancato riscontro di un interesse del minore non costituisce ostacolo all’esercizio del diritto del genitore richiedente, in quanto il sacrificio totale alla genitorialità può essere giustificato solo in presenza di gravi ed irreversibili motivi che inducano a ravvisare la forte probabilità di una compressione dello sviluppo del minore e della sua salute psico-fisica (Cass. 3.01.2008, n.4; 27.05.2008 n.13830; 3.02.2011, n. 2545)”. Tale interpretazione si riconduce alla tutela della genitorialità di cui all’art. 30 della Costituzione “sotto il duplice profilo del diritto soggettivo primario ad essere identificato quale genitore della propria prole e del diritto del minore alla identità personale, intesa come coscienza di sé e delle proprie origini biologiche, nonché del diritto ad essere riconosciuto ed identificato dalla società come figlio di entrambi i genitori”. Ciò premesso, secondo il Tribunale “l’interesse del minore indicato quale limite al rifiuto opposto dal genitore non va inteso come presenza di effettivo e concreto interesse al riconoscimento, bensì piuttosto come assenza di pregiudizio, essendo l’interesse del minore ravvisabile *in re ipsa* nel complesso dei diritti che al minore derivano dal riconoscimento medesimo, primo tra tutti la propria identità personale, nei termini sopra specificati, non escludendosi l’ampliamento della sfera affettiva, sociale ed economica dello stesso”. Il genitore che intenda opporsi al secondo riconoscimento dunque, sul piano probatorio, dovrà “provare l’esistenza di circostanze

eccezionali tali da comportare un serio pregiudizio per la sana evoluzione psico-fisica del minore, sul presupposto che detto secondo riconoscimento risponde comunque all'interesse del minore e solo in via di eccezione può essere negato". Si ritrova dunque il modello interpretativo dei *best interests of the child* formulato dalla sentenza della Cassazione esaminata in apertura del paragrafo.

Motivazioni identiche si leggono anche nella sentenza del 28.07.2014 della prima sezione del Tribunale di Roma che autorizza un padre al riconoscimento di un minore in assenza del consenso della madre. Il Tribunale non considera rilevanti i motivi addotti dalla madre tra cui la presunta patologia psichiatrica dell'uomo "che, per se stessa, costituisce solo una situazione bisognevole di cura, cui il ricorrente non sembra essersi sottratto e che non sembra impedirgli l'esercizio di facoltà decisionali e di una vita relazionale". Continuano i giudici: "tantomeno assumono una pur minima rilevanza la durata ovvero l'importanza della relazione occorsa tra i due genitori e la presunta immaturità del B. [...], come pure la sua, peraltro contestata, scarsa attitudine al lavoro. Questi dati potranno eventualmente incidere, in sede di future valutazioni, sul regolamento della cura della bambina ma non costituiscono ragioni tali da privarla a priori addirittura della figura paterna". Allo stesso modo non ha alcuna rilevanza secondo il Tribunale la modesta condizione socio-economica del padre.

Le citate motivazioni emergono anche nei casi in cui un genitore, normalmente la madre, chiede che sia accolta l'azione giudiziale di paternità o maternità. In proposito, all'attenzione della Corte di Cassazione (14.02.2004 n. 2892) è presentato il seguente caso: una madre chiede l'ammissione all'azione per la dichiarazione di paternità e il presunto padre contesta tale azione sostenendo che non vi sia un interesse del minore. La Suprema Corte considera corretta la valutazione della Corte d'Appello la quale ha sostenuto che l'azione avrebbe potuto essere dichiarata inammissibile solo in presenza di una condotta del presunto genitore così pregiudizievole per il minore da giustificare la decadenza della responsabilità genitoriale o comunque in presenza di fondati e gravi rischi per l'equilibrio affettivo e psicologico del minore. Inoltre, la Corte ritiene sussistente l'interesse del minore sia sotto il profilo economico sia sotto quello morale e psicologico considerando irrilevante l'atteggiamento di opposizione al riconoscimento del presunto padre<sup>404</sup>.

Ancora in tema di azione giudiziale di paternità è interessante la sentenza della prima sezione della Cassazione del 24.09.1996 n. 8413, di cui si riportano i passaggi più rilevanti, la quale ripercorre gli sviluppi giurisprudenziali in materia. Per i giudici, in un primo momento "l'interesse del minore è stato ancorato alla ricerca della paternità biologica, ritenendosi che l'accertamento del rapporto di filiazione costituisse una risposta fisiologica al bisogno psicoaffettivo d'avere un padre, all'utilità di essere

---

<sup>404</sup> In modo simile anche Cass. del 19.04.2010, n. 9300; 11.03.2003, n. 3548; 09.04.2002, n. 5053; 08.11.1997, n. 11032; 16.07.2005, n. 1510; 21.11.2003, n. 17692; 22.10.1997, n. 10384; 24.02.2004, n. 3617, 25.05.1993, n. 5865; 26.07.2002, n. 11041. In questi casi è solitamente il padre che si oppone al riconoscimento adducendo l'insussistenza dell'interesse del minore.

individuato e conosciuto come figlio di una persona certa di cui assumere il cognome”. Successivamente, grazie anche ad alcuni interventi della Corte Costituzionale<sup>405</sup>, la giurisprudenza “si è attestata su una presunzione relativa, ispirata al presumibile interesse del minore, considerato come la risultante di una pluralità di profili: da quello personale (ancestrale bisogno di certezza e di conoscenza del genitore), a quello sociale (utilità di inserirsi nella collettività, senza essere discriminato, nell’ambiente in cui si vive, come figlio della sola madre), da quello economico (mantenimento, cura ed istruzione da parte di entrambi i genitori), a quello affettivo-familiare (ampliamento della sfera affettiva ed armonioso sviluppo della personalità del minore in presenza della doppia genitura)”. Tale presunzione cade di fronte ad una condotta pregiudizievole del presunto genitore o in presenza di rischi per gli equilibri affettivi e psicologici del minore. Successivamente la giurisprudenza comincia ad affermare che l’interesse del minore non debba apprezzarsi “in via presuntiva, bensì in concreto, attraverso una completa e globale valutazione dei suoi interessi alla luce degli specifici motivi di fatto adottati e provati dal presunto padre, o rilevati d’ufficio, anche alla luce degli elementi già acquisiti in atti”. Dunque “la considerazione degli effetti positivi che in via normale si producono in favore del minore con la dichiarazione di paternità giudiziale non può essere da sola sufficiente in astratto, a giustificare il richiesto accertamento giudiziale dell’interesse del minore che richiede pertanto una valutazione concreta e non presuntiva”. I fatti concreti su cui deve fondarsi l’accertamento giudiziale dell’interesse del minore devono essere individuati nel “benefico ampliamento della sfera affettiva sociale ed economica del minore che può essere escluso dall’accertata condotta del presunto padre gravemente pregiudizievole al figlio e tale da motivare la decadenza dalla potestà sullo stesso ovvero dalla provata esistenza di gravi e fondati rischi per gli equilibri affettivi e patologici del minore, per la sua educazione e per il suo inserimento nel contesto lavorativo e sociale”.

In conclusione, la valutazione dell’interesse del minore “non può ridursi, da un lato, ad un controllo del tutto apparente o presuntivo, dall’altro ad una preclusione immotivata di un accertamento attributivo di uno *status*, in nome di un interesse fondato su incerti parametri di riferimento”. Per la Corte, nel caso concreto, i giudici di merito hanno accertato l’interesse del minore al riconoscimento di paternità non essendo presenti elementi ostativi tali da far presumere un concreto pregiudizio alla crescita del minore.

Dunque, riassumendo, secondo la giurisprudenza maggioritaria, il diritto del genitore al riconoscimento del figlio può essere compreso solo qualora dalla valutazione del caso concreto emerga che il riconoscimento sarebbe contrario all’interesse del minore. Ciò può verificarsi solo in casi gravi ed irreversibili, idonei a sacrificare, in virtù dell’interesse del

---

<sup>405</sup> La Corte Costituzionale, con la sentenza del 20 luglio del 1991 n. 341, dichiarò l’illegittimità costituzionale dell’art. 274 c.c., nella parte in cui, se si tratta di minore infrasedicenne (ora infraquattordicenne), non prevedeva che l’azione promossa dal genitore che esercita la potestà, fosse ammessa solo quando ritenuta rispondente all’interesse del figlio.

minore, il diritto soggettivo del presunto genitore al riconoscimento<sup>406</sup>. L'interesse del minore al riconoscimento si sostanzia, in assenza di pericoli di pregiudizi, nel suo diritto all'acquisizione dell'identità personale (Trib. Modena, 30.01.2017; Trib. Roma, 13.01.2015) e alla bigenitorialità (Cass. 10.11.1999, n. 12456; Trib. Bologna, sent. 17.12.2015).

Per indagare ulteriormente l'adozione di una valutazione concreta da parte dei giudici, è interessante individuare quali circostanze, a parere dei giudici, integrino i gravi motivi pregiudizievoli per il benessere del minore e quali invece non siano considerate ostative. La mera pendenza di un procedimento penale, per esempio, non è di per sé ostativa al riconoscimento (Cass. del 3.02.2011, n. 2645; Trib. Prato, 27.07.2017, n. 652). In un caso deciso dal Tribunale di Prato (27.07.2017 n. 652), il presunto padre è denunciato dalla resistente per maltrattamenti e atti persecutori, il Tribunale tuttavia autorizza il riconoscimento motivando come segue:

“Alla luce della CTU svolta deve ritenersi che non sussistano elementi tali da poter formulare un giudizio di probabile pregiudizio per la sana crescita psico-fisica della minore derivante dal riconoscimento paterno. Ed infatti, ferma restando la gravità dei fatti oggetto del procedimento penale che vede la resistente persona offesa dei reati di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.) ed atti persecutori (art. 612 - bis c.p.) subiti nell'ambito della breve e fugace relazione intrattenuta con il ricorrente, che hanno dato luogo all'adozione di una misura cautelare coercitiva nei confronti del ricorrente occorre dare atto come dalla somministrazione dei test sulla personalità il ricorrente sia emerso come soggetto con adeguato livello di conformità alle norme sociali, indirettamente confermato dall'assenza di precedenti penali e dal carattere episodico, pur nella gravità delle conseguenze che ne sono derivate quantomeno sull'aspetto penale, dei fatti da cui è scaturito il procedimento penale [...]; non sono emersi elementi psicopatologici, tenuto conto della personalità semplice del ricorrente con un buon adattamento in ambito familiare anche se capace di serbare comportamenti violenti per la difficoltà nel rispondere in modo adeguato alle provocazioni; dalla somministrazione dei test sulla personalità non sono emersi elementi tali da lasciar supporre comportamenti aggressivi nei confronti della minore. Il ricorrente inoltre mostra un buon inserimento sociale, confermato dalla relazione dei Servizi sociali [...] dalla quale è emersa una progettualità del ricorrente attenta ai bisogni della minore, avendo manifestato la volontà di lasciare la casa della famiglia di origine per un alloggio idoneo ad accogliere la minore. Anche i rispettivi CTP dei genitori non hanno enucleato

---

<sup>406</sup> Oltre a quelle già citate così anche Cass. sent del 19.02.1997, n. 1549; 29.04.1999, n. 4325; 22.02.2000, n. 1990; 26.11.1998, n. 12018; 16.03.1999, n. 2338, 22.10.2002, n. 14894; 29.04.2004, n. 8209; 16.09.2005, n. 18338; 28.12.2006, n. 27592; Trib. min. Bologna, decr., 04.07.2006; App Bologna, 29.10.2007; Cass. 27.03.2007, n. 7543, Cass. 10.10.2008, n. 24931; Cass. 27.05.2008, n. 13830; Trib. Palermo 26.01.2009; Trib. Palermo 03.07.2009; Cass. 19.04.2010, n. 9300; Trib.min. Palermo, sent. 28.10.2011; Cass. 12.06.2012, n. 9538; Cass. 27.12.2012, n. 23913; Trib. Potenza, sent. 16.11.2016; Cass. 09.06.2015, n. 11875; App. Napoli, sent. 29.01.2013; Cass. 11.09.2012, n. 15158; Cass. 4/2008; Trib. Caltanissetta, sent. 22.03.2016; Cass. 6.03.2017, n. 5580; Trib. Modena, 30.01.2017; Trib. Prato 27.07.2017; Trib. min. Palermo, sent. 3.02/13-03-2012; Trib. min. Bologna, decr., 14.04.2005; Cass. 3.2.2011, n. 2645; Cass. 3.4.03, n. 5115; Cass. 22.10.2002, n. 14894; Cass. 11.02.05, n. 2878; Cass. 30.07.14, n. 17277; Cass. 16.11.2005, n. 23074; Cass. 3.11.2004, n. 21088; Cass. 8.08.03, n. 11949; Trib. di Rimini, sent. 28.02.2015.

sul punto aspetti di rilievo critico tali da far emergere seri motivi ostativi al riconoscimento”.

Un caso simile è deciso dal Tribunale di Rimini con sentenza del 28.02.2015 dove, allo stesso modo, la perizia esclude problematiche psichiche e il Tribunale autorizza il riconoscimento.

Analogamente sembra ininfluenza lo scarso interesse serbato dal padre prima e dopo la nascita (Cass. 2878/2005; App. Milano, 20.02.2001; App. Roma, 27.05.2009). Il rifiuto della paternità non è sufficiente ad escludere l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità (Cass. sent. del 19.04.2010, n. 9300).

Una situazione ricorrente nei casi studiati riguarda l'opposizione di un genitore al riconoscimento chiesto dall'altro genitore del minore a causa del consumo di sostanze stupefacenti. Un padre chiede al Tribunale di Modena (sent. 10.03.2016) di poter riconoscere una minore, la cui madre non ha prestato il consenso perché riteneva il presunto padre dedito a sostanze alcoliche e stupefacenti, accusandolo di aver tenuto condotte violente nei suoi confronti, di essere attualmente senza lavoro ed in passato senza fissa dimora.

I giudici ritengono i motivi addotti dalla madre del minore “privi di significativo rilievo in ordine alla decisione se autorizzare o meno il riconoscimento nell'interesse esclusivo della minore, dovendosi necessariamente distinguere i piani concettuali e giuridici tra l'attribuzione di genitorialità (diritto primario costituzionalmente garantito che si realizza attraverso l'accesso al riconoscimento), la riconoscibilità individuale e sociale dell'identità genitoriale (attraverso l'attribuzione del cognome ex art. 262 c.c.) e l'effettivo e concreto esercizio della funzione genitoriale (regolata - nel caso di filiazione extramatrimoniale - dalla procedura ex art. 316 comma 4 e 337 bis e seg. c.c.)”. Il Tribunale richiama da un lato la giurisprudenza di legittimità e costituzionale in riferimento al valore primario del diritto dei bambini all'identità e alla bigenitorialità, dall'altro lato il necessario bilanciamento dell'interesse del minore con il diritto soggettivo primario di ogni individuo di riconoscere il figlio, diritto che può essere sacrificato solo per gravi e comprovati motivi.

La Cassazione (05.03.1994 n. 2182) conferma l'autorizzazione al riconoscimento concessa da Tribunale e Corte d'Appello ad un uomo contro il parere della madre del minore la quale lamenta che il presunto padre abbia un passato da tossicodipendente, una personalità immatura e sia privo di capacità lavorativa. Il Tribunale, verificando che la condotta dell'uomo era da tempo regolare, non riscontra alcun elemento ostativo al riconoscimento.

La Cassazione nel 2004 (09.07.2004, n. 12675) non considera l'essere stato in passato un tossicodipendente una circostanza ostativa al riconoscimento confermando in questo modo la valutazione dei due gradi di merito.

Il Tribunale per i minorenni di Palermo (sent. 3.02/13.03.2012) autorizza un uomo a riconoscere un minore di cui ritiene di essere il padre tenendo conto del mancato consenso



della madre la quale sostiene che l'uomo non si sia mai interessato alla bambina né con questa avesse alcun legame. La madre afferma che l'uomo ha fatto uso di sostanze stupefacenti e ha avuto verso di lei atteggiamenti violenti. Dai risultati dell'indagine del servizio sociale non emergono elementi ostativi al riconoscimento anche se la minore ha mostrato "una certa resistenza a incontrare il padre a causa di un agito aggressivo del padre nei confronti della madre e una certa delusione per gli appuntamenti mancati dal padre e per averlo visto in compagnia di un altro figlio". I servizi confermano che il presunto padre ha commesso reati anche da minorenne ed è stato segnalato per assunzione di sostanze stupefacenti ma al momento del procedimento svolge regolare attività lavorativa ed è padre di un bambino accudito insieme alla nuova compagna.

Secondo il Tribunale, dalle informazioni raccolte non risultano elementi configurabili "come fattori ostativi in astratto in capo al ricorrente all'esercizio della potestà e all'assolvimento della funzione genitoriale". Il Tribunale riporta a sostegno della propria decisione le seguenti circostanze: "la piccola X ben conosce il padre e, anzi, ha lamentato agli operatori sociali il suo poco interessamento verso di lei e la carenza di piccoli gesti tipici di ogni bravo papà". Alla luce dell'istruttoria, per il Tribunale "le irregolarità della condotta, riscontrati in sede di informazioni di Polizia, non si profilano tali da impedirgli di svolgere in linea teorica il suo ruolo genitoriale. Va peraltro osservato che il riconoscimento della paternità potranno favorire l'autostima del soggetto grazie ad una conferma positiva della sua identità, con ricadute positive delle sue competenze genitoriali e relazionali".

Ancora in tema di tossicodipendenza si è espressa la Cassazione (05.03.1994, n. 2182) la quale conferma la decisione dei precedenti gradi di giudizio secondo cui, nel caso di superamento della tossicodipendenza da parte del padre, non vi è alcun rischio di pregiudizio per il minore.

La Cassazione (27.10.1999, n. 12077) ha avuto modo di pronunciarsi anche in riferimento alle diversità culturali, le quali sono motivo di opposizione di una madre al secondo riconoscimento. Per la Suprema Corte "la mera diversità culturale, di origini, di etnia e di religione non può di per sé costituire elemento significativo ai fini dell'esclusione dell'interesse di un minore all'acquisizione della doppia genitorialità; mentre un fanatismo religioso, quale quello prospettato dalla X, potrebbe assumere rilievo dirimente soltanto qualora si traducesse in una indebita compressione dei diritti di libertà della bambina o in un pericolo per la sua crescita secondo canoni generalmente riconosciuti dalle società civili. Del che, però, secondo l'accertamento della corte di merito non si sono rinvenuti riscontri".

Finora si sono viste circostanze che non sono considerate in contrasto con il benessere del minore, di seguito invece si riporteranno alcuni casi in cui i giudici non autorizzano il riconoscimento di un figlio. Il primo caso riguarda la valutazione dell'opinione contraria del minore oggetto del riconoscimento. Il Tribunale per i minorenni di Bologna (decr. 14.04.2005), nega, in virtù dell'interesse del minore, l'autorizzazione al riconoscimento di paternità nei confronti di un minore quindicenne il quale si è dimostrato contrario al

provvedimento. Data l'età del minore, questi non è legittimato ad esprimere il proprio consenso come previsto dall'art. 250 c.2<sup>407</sup> ma secondo il Tribunale si trova comunque "in una fase di crescita in cui generalmente, in assenza di fattori interni o esterni che incidano negativamente sullo sviluppo psicofisico, la personalità si può ritenere già sufficientemente formata e soprattutto si può ritenere che la minore sia in grado di esprimere pareri, frutto di proprie convinzioni". La minore ha conosciuto il padre, il quale tuttavia si è ripetutamente sottratto al riconoscimento. Il Tribunale cita nella propria motivazione la relazione dell'Ausl locale la quale ha affermato che la minore "mostra sentimenti contrastanti nei confronti del padre, alterna momenti di nostalgia per le rare esperienze comuni e sentimenti di rabbia per un rapporto desiderato e non vissuto in maniera più stabile e protettiva. Soffre e non capisce la natura del legame che il padre ha con lei, sente che tra loro esiste solo una relazione di controllo da cui derivano le sue paure e le sue ansie rispetto alla causa in atto, con la quale non concorda assolutamente... si sente delusa anche quando ha cercato di dare regolarità al suo rapporto con il padre lui non si è dimostrato disponibile, ma anzi ha esasperato la situazione spiandola e telefonandole in maniera quasi ossessiva... Racconta di non avere legami affettivi con la famiglia del padre che non l'ha mai cercata". Gli esperti della Ausl sconsigliano di forzare la volontà della minore e il Tribunale osserva che "il padre che ha atteso così tanto tempo per effettuare il riconoscimento, pur essendo a conoscenza della sua paternità e pur intrattenendo rapporti con la figlia, potrà ben attendere il compimento del 16° anno di età della minore, per ottenere formalmente l'assenso della figlia, rispettando così appieno la sua volontà; inoltre, questo ormai breve periodo di attesa, potrà essere utile allo stesso padre per cercare di recuperare il rapporto con la figlia che non mancherà sicuramente di cambiare atteggiamento e parere nei suoi confronti".

Anche nel già citato caso della sentenza del 27.03.2017 n. 7762 della Suprema Corte la sentenza impugnata viene cassata in quanto non è stata sufficientemente presa in considerazione l'opinione del minore.

Un caso simile si trova nella decisione della stessa Corte con sentenza del 21.11.2014 n. 24863 dove la pronuncia impugnata è cassata con rinvio affinché sia ascoltato il parere del minore.

Si è visto che la pendenza di un procedimento penale non comporta automaticamente l'impossibilità di riconoscere un minore. Tuttavia, tale circostanza assume rilevanza se il reato in oggetto è grave. Il Tribunale per i minorenni di Palermo (sent. 12.10.2011) nega il riconoscimento di paternità, a cui la madre si è opposta, ad un soggetto con precedenti penali, processi penali pendenti e inserito in un contesto criminale. Il Tribunale nel caso di specie ribadisce che la pronuncia di riconoscimento "presuppone una valutazione completa, nel caso concreto, degli interessi morali e materiali del minore, che vanno individuati, quindi, tenuto conto di ogni circostanza della situazione concreta e degli effetti, positivi o negativi, che possono normalmente prodursi nei confronti del minore,

---

<sup>407</sup> Si ricorda infatti che fino alla riforma del 2012-2013 l'età prevista era di 16 anni.

da tale riconoscimento. Tale valutazione, pertanto, deve tenere conto, oltre che dell'età del minore, della condizione attuale dello stesso e di quella in cui verrebbe a trovarsi dopo il secondo riconoscimento". Nel caso in esame, a parere dei giudici, il riconoscimento non può considerarsi nell'interesse del minore poiché "secondo gli accertamenti effettuati e gli elementi acquisiti, il X risulta un soggetto con diversi precedenti penali ed ha tuttora pendente un procedimento per un grave reato (ndr. in materia di stupefacenti ex art. 73 D.P.R. 309/90). Inoltre risulta che lo stesso è un soggetto di condotta morale censurabile e si accompagna a soggetti pregiudicati e appartiene ad un contesto familiare ad elevato spessore criminale. Vero è che la Suprema Corte ha affermato che la mera pendenza di un processo penale a carico del genitore richiedente non integra condizione ex sé ostativa all'autorizzazione al riconoscimento (Cass. sent. 3.02.2011 n. 2645) e che il riconoscimento di un figlio naturale minore, diritto soggettivo primario dell'altro genitore, non può essere disconosciuto sulla base di una condotta morale non esente da censure, di per sé rilevante per il diverso fine dell'affidamento (Cass. sent. 22.02.2000 n. 1990). Tuttavia, nel caso in oggetto, emerge una negativa personalità del ricorrente e un suo *modus vivendi* moralmente censurabile, non solo per i reati commessi, ma anche per le sue frequentazioni e per il contesto socio ambientale e familiare in cui è vissuto e vive. Tali condizioni possono sicuramente determinare dei pregiudizi e delle conseguenze negative per la minore, oltre che rappresentare un esempio negativo per la stessa".

A questo quadro si aggiunge un'altra circostanza: la madre, prima del parto, è stata inserita in una casa famiglia al fine di sottrarla alle violenze del presunto padre. Per il Tribunale "il ricorrente per quasi ben sette anni non ha attuato alcuna concreta azione per tutelare la minore e per esercitare il suo diritto-dovere di padre, disinteressandosi della sua cura e del suo mantenimento. Premesso quanto sopra, dal complesso degli elementi sopra richiamati, si ritiene che il riconoscimento richiesto sia pregiudizievole per la minore, che vive in un contesto familiare sereno e, considerata l'età, ha già acquisito una precisa identificazione nell'ambito del contesto sociale e familiare in cui è vissuta e vive". I giudici concludono che "il riconoscimento richiesto da X non si ritiene utile per gli interessi morali e materiali della minore, che devono considerarsi prioritari e prevalenti sia rispetto al diritto soggettivo del genitore al riconoscimento della paternità sia rispetto al diritto all'identità personale".

La prima sezione della Cassazione con sentenza del 16.11.2005 n. 23074 si pronuncia sulla richiesta di riconoscimento di paternità da parte di una persona con precedenti penali e appartenente ad un sodalizio criminoso. Il giudizio di primo grado si è concluso con l'autorizzazione al riconoscimento mentre la Corte d'Appello ha ribaltato la decisione. La Cassazione conferma il giudizio di appello sostenendo che la motivazione della stessa fosse adeguata ed esaustiva. Per i giudici di seconde cure "il sereno sviluppo del minore potrebbe risultare compromesso in ragione del fatto che egli, data la personalità del X condannato per reato di associazione per delinquere e detenuto in attesa di scontare la pena sino al 2008 e la sua perdurante condotta criminale, potrebbe trovarsi

ragionevolmente esposto al pericolo, rappresentato dalla madre, di trovarsi coinvolto in faide sanguinose”.

I giudici di merito escludono che il minore possa trarre vantaggi dal riconoscimento poiché le informazioni assunte dalle forze dell'ordine hanno descritto il padre “come persona socialmente pericolosa, impegnato in attività illecite, violento, rissoso, dedito all'assunzione di stupefacenti ed affiliato a noto sodalizio criminale” e privo di “senso di responsabilità paterna nei confronti del figlio legittimo, che è stato accudito e sostenuto nei bisogni materiali dalla sua ex moglie e dai familiari”. Per le corti tali circostanze sono “motivo sufficiente per sacrificare il diritto del X al riconoscimento del figlio, cui ostano sia il grave pregiudizio che esso produrrebbe all'equilibrio del bambino, che l'assenza di alcuna utilità che gliene potrebbe derivare, non potendo attingere al sostegno morale e materiale del padre, siccome privo di risorse positive ed attualmente detenuto”.

In un altro caso, la Cassazione (sent. del 6.03.2017 n. 5580) conferma la decisione della Corte d'Appello la quale ha negato l'autorizzazione al riconoscimento ad un uomo valutandolo contrario all'interesse del minore. Il padre, con precedenti penali, è stato in carcere per periodi prolungati ed è inoltre destinatario di un provvedimento di espulsione dal territorio nazionale. Alcune relazioni comportamentali degli Istituti Penitenziari in cui è stato detenuto hanno evidenziato delle criticità nei suoi comportamenti. La Corte adduce un'ulteriore circostanza negativa sulla personalità del padre: il ricorrente ha conosciuto la madre del minore, all'epoca minorenni, in una Comunità terapeutica per tossicodipendenti e ha coinvolto la donna in un giro di prostituzione, utilizzando il grembo della ragazza, già incinta, per il trasporto di ovuli contenenti sostanze stupefacenti. A seguito della somministrazione in ambito carcerario del test MMP1 è emersa una “alterazione della mobilità dei nessi associativi e difficoltà di operare un efficace controllo della sfera pulsionale”. La Cassazione considera corretta la mancata audizione della minore di soli 7 anni da parte dei giudici di merito “sia per la tenera età della minore, sia per l'assoluta sporadicità dei contatti con X” per cui “nessun ulteriore serio elemento valutativo poteva utilmente trarre il Tribunale dalla audizione della minore, con ciò dovendosi, in concreto, pertanto, ritenere insussistente il presupposto della capacità di discernimento della minore in relazione alla specifica tematica”.

Il Tribunale per i minorenni di Palermo (sent. 26.01.2009) nega ad un padre il riconoscimento di un bambino nato in seguito ad una violenza dello stesso padre su una minorenni. Dato l'elevatissimo disvalore del reato, per il Tribunale “è certo che X non potrebbe rappresentare un buon modello di padre per il piccolo Y, e che il riconoscimento non potrebbe che interferire in modo assai deleterio, se non devastante, sulla crescita del predetto, il quale, nel prendere consapevolezza di essere il frutto di una violenza di tal fatta, potrebbe reputare che essa sia stata in qualche modo avallata dall'intervento di una decisione quale quella oggi sollecitata”.

Alcune sentenze negano l'autorizzazione al riconoscimento a causa della valutazione negativa della personalità del genitore. La prima sezione della Cassazione con sentenza del 12.06.2012, n. 9538 conferma il giudizio dei due gradi di merito i quali hanno negato

l'autorizzazione al riconoscimento del figlio di un uomo la cui personalità è stata valutata attraverso consulenza tecnica come "immatura e con tratti di antisocialità". Per la Cassazione "dall'indagine peritale erano emersi significativi deficit nella costruzione dell'identità personale del X oltre che nella relazione affettiva, aspetti di antisocialità, egocentrismo, angoscia, grave alterazione dell'esame della realtà, profonde problematiche nel rapporto con la sessualità e con il femminile ed era altresì risultato che i suoi progetti apparivano contraddittori e confusi e che la sua richiesta di riconoscimento non poggiava, ad avviso del CTU, su adeguati investimenti affettivi né sulla presenza di risorse educative e genitoriali idonee a sostenere lo sviluppo del bambino". Di conseguenza "l'introduzione del X nel contesto di vita del bambino rischiava di determinare in quest'ultimo uno stato dannoso di tensione e di disequilibrio, ponendolo a contatto, fra l'altro, con l'alterata visione della realtà, con gli aspetti persecutori ed i disturbi della sessualità presenti nel padre e non ultimo, con il comportamento di lui minaccioso e delegittimante nei confronti di Y, e cioè della figura parentale che aveva costituito dalla nascita in poi per Z, il punto di riferimento familiare ed affettivo primario".

Da ultimo si riporta un caso in cui il Tribunale dei minorenni di Palermo (sent. 28.10.2011) non autorizza il riconoscimento paterno, al quale la madre del minore si è opposta, valutando negativamente il presunto padre e temendo un pregiudizio per il minore. La madre ha dichiarato di non aver ricevuto da parte del padre del minore alcun sostegno durante la gravidanza, di aver subito la mortificazione da parte dello stesso del rifiuto del riconoscimento del minore, di avere mantenuto da sola il minore e successivamente con l'aiuto del nuovo compagno.

Dalla relazione peritale risulta che la minore gode di "tutte le cure necessarie e che la stessa ha un consolidato rapporto con il compagno della madre che svolge la funzione paterna e che la stessa riconosce come padre. Nessuna informazione è invece pervenuta sul ricorrente il quale si è sottratto alle convocazioni del servizio incaricato come risulta dalla nota in atti; peraltro all'udienza fissata per la discussione né il ricorrente personalmente né il difensore sono comparsi". Quest'ultimo comportamento per i giudici "consente di ritenere fondate le doglianze della resistente la quale ha descritto X come un soggetto incostante e incapace di assumersi responsabilità" per cui "ritiene il collegio che l'accoglimento del ricorso non appare nel caso di specie rispondente all'interesse della minore il cui assetto di vita idoneo alle sue esigenze affettive ed evolutive va salvaguardato".

### *3.3 Modelli interpretativi dei best interests of the child nei casi di disconoscimento ed impugnazione del riconoscimento*

Un secondo ambito in cui il principio dell'interesse del minore ha un ruolo rilevante riguarda sia il disconoscimento di paternità sia l'impugnazione del riconoscimento,

rispettivamente per i casi di nascita in costanza di matrimonio e nascita fuori dal matrimonio. I due casi saranno trattati insieme poiché, nonostante alcune differenze relative ai soggetti legittimati all'azione<sup>408</sup>, in entrambe le situazioni viene valutato l'interesse del minore a fronte della richiesta di accertamento della non veridicità di un rapporto di filiazione. In riferimento a questo ambito, lo studio della giurisprudenza fa emergere un'oscillazione fra due orientamenti. Un primo indirizzo privilegia nell'interpretazione dell'interesse del minore quello che la giurisprudenza chiama *favor veritatis*, da intendersi come un favore verso la coincidenza fra *status* del minore e realtà biologica. Un secondo indirizzo, spesso indicato come *favor minoris* o *favor legitimatis*, si è rivelato più attento alla ponderazione nel concreto fra il favore del nostro ordinamento per la verità dei rapporti di filiazione e l'esigenza di stabilità dei rapporti del minore, di conservazione dello *status* attribuito al minore fino al momento del giudizio e di non turbare la serena crescita del minore nella famiglia in cui è inserito, esigenze che potrebbero essere minate da una dichiarazione di non veridicità del rapporto di filiazione<sup>409</sup>.

Le norme in questione, gli articoli 244 e 263 del codice civile, a differenza del caso del riconoscimento ex art. 250 c.c., non richiamano espressamente l'interesse del minore, tuttavia questo è stato spesso invocato nella prassi giurisprudenziale in quanto è ormai principio acquisito che in tutte le decisioni relative ad un minore debbano essere perseguiti i suoi *best interests*.

L'oscillazione dell'interpretazione dell'interesse del minore fra il *favor veritatis* e il *favor legitimatis* o *favor minoris* è evidente analizzando due pronunce della Corte Costituzionale, una degli anni '90, la n. 112 del 1997 ed una recente, la n. 272 del 2017.

Per quanto riguarda la prima pronuncia, nel corso di un procedimento di impugnazione per difetto di veridicità di un riconoscimento di un figlio naturale, il Tribunale di Napoli solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 della Costituzione nella parte in cui non prevede che l'impugnazione possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore. In primo luogo, secondo il giudice rimettente, una declaratoria di non veridicità del riconoscimento e il conseguente allontanamento del minore dal contesto familiare potrebbero essere gravemente pregiudizievoli per l'interesse del minore. In secondo luogo, una decisione che non consideri il preminente interesse del minore alla conservazione dell'attuale *status* altro non sarebbe che una semplice certificazione della corrispondenza tra il dato naturale e la situazione giuridica, senza alcuna valutazione dell'esigenza di tutela del minore protetta dalla Costituzione. Il giudice rimettente auspica un intervento della Consulta che permetta al Tribunale di valutare, nel merito, "la

---

<sup>408</sup> Come detto nel primo paragrafo, mentre per il disconoscimento il presunto padre biologico non è legittimato ad agire (egli dovrà presentare istanza tramite il curatore del minore), lo stesso può impugnare il riconoscimento di un minore per difetto di veridicità.

<sup>409</sup> Si veda la sentenza del Tribunale di Modena del 08.11.2013 in cui la madre e il curatore chiedevano non fosse turbata la serenità del minore ma il Tribunale decise di dichiarare che il minore non è figlio dell'uomo che aveva impugnato il riconoscimento.

rispondenza dell'azione all'interesse del minore, consentendo di rigettare o di dichiarare inammissibile la stessa nell'ipotesi in cui, pur sussistendo tutti i presupposti normativi, gli effetti dell'accoglimento possano rivelarsi pregiudizievoli per il minore".

La Corte Costituzionale non ritiene fondata la questione, considerando la necessità di tutelare la verità del rapporto di filiazione in virtù del principio espresso dalla stessa Corte (sent. n. 158 del 1991) secondo cui "ogni falsa apparenza di stato deve cadere". Secondo i giudici costituzionali "l'attribuzione della legittimazione ad agire anche all'autore in mala fede del falso riconoscimento e la imprescrittibilità dell'azione dimostrano infatti come il legislatore, nel conformare l'istituto in esame, abbia voluto privilegiare il *favor veritatis*, in funzione di un'imprescindibile esigenza di certezza dei rapporti di filiazione", inoltre "la tutela della verità deve porsi in relazione anche alla necessità di impedire che attraverso fraudolenti atti di riconoscimento siano eluse le norme in materia di adozione, poste ad esclusiva tutela dei minori".

Secondo la Consulta del 1997 "non si può contrapporre al *favor veritatis* il *favor minoris*, dal momento che la falsità del riconoscimento lede il diritto del minore alla propria identità. Non ignora questa Corte che il perseguimento della verità del rapporto di filiazione può costituire causa di grave pregiudizio per il minore, che può essere costretto, talvolta anche dopo molti anni, ad un repentino allontanamento dall'ambiente familiare nel quale è stato inserito, eventualmente anche con frode. Tale effetto tuttavia non deriva dalla pretesa incostituzionalità della norma censurata, la quale, si è detto, intende tutelare il diritto alla verità del rapporto di filiazione, ma è per lo più connessa ai tempi di durata delle varie fasi e dei gradi del giudizio di impugnazione, durante i quali si possono consolidare legami affettivi difficilmente rimovibili. A tali situazioni ben può porsi rimedio con il ricorso ad altri strumenti, tipici di tutela del minore, quali l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44 [...] della legge n. 184 del 1983, molto spesso applicati dai Tribunali per i minorenni. In tal modo si rispetta l'esigenza di verità del rapporto di filiazione, riconosciuta dal nostro ordinamento, e nel contempo si tutelano i legami affettivi instaurati dal minore, che potrebbe restare nella famiglia nella quale si è formata e si è sviluppata la sua personalità, acquisendo lo stato di figlio adottivo". Dunque, la Consulta, pur non ignorando il possibile pregiudizio che il minore potrebbe subire dall'impugnazione del proprio riconoscimento, valuta in ogni caso più urgente la tutela della veridicità dei rapporti.

Nel 2017 la Corte Costituzionale, pur rigettando nuovamente la stessa questione posta nel 1997, sembra modificare il proprio orientamento in riferimento al bilanciamento dell'interesse del minore. Mentre nella sentenza sopra citata secondo i giudici non si può considerare contrastante il *favor minoris*, inteso come *favor legitimatis*, con il *favor veritatis*, nella sentenza del 18.12.2017 n. 272, la Corte di fatto ammette che vi possa essere un bilanciamento fra i due principi nel caso concreto e che nessun automatismo derivi dall'art. 263 c.c.<sup>410</sup>. Se da un lato infatti la Consulta, in conformità con il suo

---

<sup>410</sup> Marra G., 30.01.2018. Divieto di maternità surrogata e interesse del minore: un nodo da sciogliere caso per caso. *Ilfamiliarista.it*.

precedente orientamento, afferma che nonostante un favore dell'ordinamento per la conformità dello *status* alla verità tale principio non abbia rilevanza costituzionale assoluta tale da sottrarlo al bilanciamento con altri principi, dall'altro lato afferma che “se dunque non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore, va parimenti escluso che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro. Tale bilanciamento comporta, viceversa, un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello *status* e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore”.

Per la Consulta “l'affermazione della necessità di considerare il concreto interesse del minore in tutte le decisioni che lo riguardano è fortemente radicata nell'ordinamento sia interno, sia internazionale” e “non si vede conseguentemente perché, davanti all'azione di cui all'art. 263 cod. civ., fatta salva quella proposta dallo stesso figlio, il giudice non debba valutare: se l'interesse a far valere la verità di chi la solleva prevalga su quello del minore; se tale azione sia davvero idonea a realizzarlo (come è nel caso dell'art. 264 cod. civ.); se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica (ad esempio perché relativa a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane) ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità”.

Per la Corte in alcuni casi la valutazione degli interessi in gioco è compiuta direttamente dal legislatore come è accaduto nella previsione del divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa. Gli stessi termini di decadenza sono frutto del bilanciamento fra l'esigenza di verità e l'esigenza di stabilità dei rapporti.

In sintesi, le due sentenze mostrano due modelli interpretativi differenti: la prima valorizza nell'interpretazione dei *best interests* primariamente la verità biologica, la seconda valorizza la necessità di un bilanciamento fra verità biologica e tutela dei rapporti creati dal bambino fino al momento dell'esperimento dell'azione nell'interesse del minore.

Tali modelli interpretativi sono presenti anche nella giurisprudenza di legittimità e di merito. In riferimento al primo modello orientato al *favor veritatis*, la Cassazione nel 2005 (15.04.2005 n. 7924) in riferimento alla sentenza 112/1997 della Consulta afferma che “la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità non può essere superata da considerazioni attinenti alla possibile evoluzione della coscienza sociale rispetto all'epoca nella quale la Corte Costituzionale si è pronunciata. Al riguardo è il caso di sottolineare da un lato che dalla citata sentenza n. 112 del 1997 sono passati solo pochi anni e, dall'altro, che la coscienza sociale si è semmai evoluta nel senso di un maggiore apprezzamento della verità del rapporto di filiazione e della tutela del diritto del minore alla sua identità” (conformi Cass. 17.08.1998 n. 8087; 30.01.2001, n. 1264; App. Napoli, 22.01.2008; Trib. Roma, sent. 19.05.2014; Trib. Vicenza, 01.10.2010).

Il Tribunale di Taranto (sent. 03.06.2014) esamina la richiesta di un curatore di un minore il quale chiede che sia dichiarato non veritiero il riconoscimento di paternità



compiuto dal presunto padre che ha ammesso tale circostanza. La domanda è accolta dal Tribunale il quale precisa che “a tale accertamento non può, peraltro, ritenersi ostativa l’eventuale sua contrarietà agli interessi preminenti della minore. Dal provvedimento emesso dal Tribunale per i Minorenni di Taranto, emerge infatti il pericolo che dalla controversa e problematica condizione psicologica attuale del minore in merito alla duplicità delle figure parentali che ruotano intorno a lui possa derivare un serio pregiudizio alla sua equilibrata crescita psico-fisica. Pertanto, deve qui considerarsi il criterio del *favor veritatis* prevalente e, comunque, rispondente all’interesse della minore, quanto all’accertamento disconoscitivo della paternità ai sensi dell’art.244 cod. civ., in ossequio ai principi in merito enucleati dalla Corte di Cassazione nelle sentenze 5.6.2004 n.10742 e 19.9.2006 n.20254”.

Il Tribunale di Genova (sent. 16.04.2013) accoglie l’impugnazione di riconoscimento di paternità naturale per difetto di veridicità proposta dalla madre di un minore osservando che “l’azione di impugnativa del riconoscimento di figlio naturale prevista dall’art. 263 c.c., come costantemente affermato negli anni sia dalla Corte Costituzionale sia dalla Corte di Cassazione, trova la propria giustificazione in esigenze di ordine pubblico volte a garantire la corrispondenza degli stati personali e familiari alla realtà di fatto”. Il presupposto di tale azione è dato dal riscontro della “difformità tra la verità apparente, risultante dalla dichiarazione di riconoscimento, e la verità sostanziale ed obiettiva della filiazione, mentre non possono trovare spazio valutazioni ulteriori circa le situazioni soggettive di buona o di malafede dell’autore del riconoscimento o l’interesse del minore al mantenimento dei legami affettivi instaurati in ambito familiare”.

Il Tribunale richiama la già citata sentenza 112/1997 della Corte Costituzionale e la sentenza della Cassazione del 15.04.2005 n. 7924, con cui la Suprema Corte ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 263 cod. civ. nella parte in cui non prevede che l’impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento del figlio minore legittimato possa essere accolta solo previa valutazione dell’interesse del minore (in modo simile anche Trib. Messina, sent. 27.10.2015 e Trib. Messina, sent. 28.07.2015).

Nel caso deciso dal Tribunale di Mantova con sentenza del 21.03.2016 si ritiene che il disconoscimento di paternità rispecchi l’interesse del minore a pervenire ad un accertamento giudiziale del proprio *status* di figlio, garantendo così al medesimo il diritto alla propria identità ed alla affermazione di un rapporto di filiazione veridico (così anche Trib. Roma, sent. 13.01.2015).

Il Tribunale di Roma (sent., 19.05.2014) accoglie l’azione di disconoscimento proposta dal curatore. Nella motivazione della sentenza il Tribunale, richiamando il proprio decreto di nomina del relativo curatore speciale in cui ha valutato l’interesse del minore all’azione, precisa di aver ritenuto prevalente il *favor veritatis* rispetto al *favor legitimatis* in quanto “pur dovendo mettere in conto l’inevitabile trauma che X dovrà subire a seguito della rivelazione dei suoi reali rapporti con colui che sino ad ora ha creduto suo padre; nonché il rischio che alla perdita della figura di riferimento paterna

apparente non subentri l'acquisto di quella biologica (ancorché la difesa della madre alleghi che il padre biologico della bambina, già individuato, sia disponibile a riconoscerla e ad esercitare il proprio ruolo); pur dovendo tutto ciò valutarsi, vista l'età della minore che certamente le renderà difficile, pur se psicologicamente sostenuta nel miglior modo possibile, comprendere l'accaduto e l'adulterio materno, deve del pari considerarsi che, nell'attuale contesto dei rapporti tra i genitori, è assai elevato il rischio che la situazione sia strumentalizzata per il conflitto e che la piccola la venga ad apprendere comunque, prematuramente e al di fuori del programma di sostegno; sicché è del tutto inverosimile che la tutela del suo *status* formale di figlia legittima possa corrispondere ad un suo reale interesse". Il Tribunale richiama quanto affermato dalla Suprema Corte (Cass. del 27.5.2008, n. 13830) secondo cui "il figlio ha [...] diritto al riconoscimento del proprio *status filiationis* e alla propria identità biologica, trattandosi di elemento costitutivo della sua identità personale, che trova la propria garanzia nell'art. 2 della Costituzione".

Nel caso deciso dalla prima sezione della Cassazione con sentenza del 15.02.2017 n. 4020 il presunto padre biologico di un minore chiede tramite istanza di nomina di un curatore che sia esercitata l'azione di disconoscimento nei confronti di un minore a cui i genitori si oppongono eccependo l'assenza di una valutazione dei rischi a cui il minore sarebbe potuto andare incontro con un'azione che avrebbe travolto la sua serenità e la sua crescita. Il Tribunale, pur dichiarando impossibile l'intervento in causa del presunto padre, decreta non veridico il rapporto fra il minore e quello che fino a quel momento è stato suo padre e la Corte d'Appello conferma tale decisione. I genitori ricorrono in Cassazione la quale ritiene la domanda infondata. Per il ricorrente al principio del *favor veritatis*, inteso come prevalenza della verità biologica su quella legale, non potrebbe essere riconosciuto un valore di preminenza. Per la Cassazione tuttavia "non si può negare l'importanza del legame genetico sotto il profilo dell'identità personale, nella quale sono compresi il diritto di accertare la propria discendenza biologica (Corte Edu, 14 gennaio 2016, Mandet c. Francia<sup>411</sup>) e il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini (Corte Cost. n. 278 del 2013). L'imprescrittibilità riguardo al figlio delle azioni di stato (art. 270 c.c., comma 1; art. 263 c.c., comma 2; art. 244 c.c., comma 5) dimostra l'importanza della discendenza biologica e della connessa identità personale, la cui tutela rientra a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona riconosciuti dalla nostra Costituzione, prima ancora che dalle fonti internazionali". La Cassazione richiama l'ordinanza n. 7 del 2012 della Consulta la quale ha affermato che la considerazione del *favor veritatis* non si pone in conflitto con il *favor minoris* poiché "la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore, che si traduce nella esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e, segnatamente, alla affermazione di un rapporto di filiazione veridico (Corte Cost. sentenze 322 del 2011, n. 216 e n. 112 del 1997)".

---

<sup>411</sup> Le sentenze della Corte Edu in materia saranno analizzate nel capitolo relativo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Secondo la Cassazione inoltre l'accertamento della sussistenza di un interesse del minore all'esperimento dell'azione di disconoscimento della paternità deve avvenire non nel momento dell'esame del merito della vicenda ma precedentemente all'interno del procedimento di nomina di un curatore speciale.

La Cassazione conclude che “in ogni caso, nella specie, la corte di merito ha ampiamente argomentato [...] in ordine all' interesse del minore, evidenziando il valore positivo della conoscenza della verità, non contrastata da elementi idonei a fare presumere il rischio di un concreto pregiudizio, tenuto conto che non era posto in discussione il valore della positiva relazione genitoriale con il padre legale e che non era possibile compiere alcuna valutazione negativa in ordine al profilo del padre biologico, il quale, tra l'altro, aveva dimostrato un serio interesse nei confronti del figlio”.

Di seguito si vedranno alcune sentenze che rispetto a quelle precedenti, in riferimento all'individuazione dell'interesse del minore, sottolineano maggiormente l'esigenza di bilanciamento nel concreto fra favore per la veridicità dei rapporti di filiazione e attenzione alla stabilità e al sereno sviluppo del minore affinché non subisca turbamenti derivanti dall'azione di disconoscimento o di impugnazione del riconoscimento. Nel caso di cui alla sentenza del 03.04.2017 n. 8617 della prima sezione della Cassazione, la Suprema Corte sottolinea l'importanza della valutazione dell'interesse del minore al momento della richiesta di nomina di un curatore per l'esperimento dell'azione di disconoscimento nei confronti di un minore infrasedicenne. Nel caso di specie la madre e il presunto padre del minore contestano la decisione del Tribunale che ha dichiarato che il minore non è figlio dell'uomo.

La Cassazione, come già affermato nella propria sentenza del 10.04.2012 n. 5653, sostiene che

“sebbene il succedersi degli interventi della Corte Costituzionale e di questa stessa Corte segnali una progressiva e lenta affermazione, anche alla luce dei progressi registrati sul piano tecnico e scientifico, nonché dei mutamenti intervenuti nel quadro normativo e nella stessa sensibilità sociale in tema di rapporti fra filiazione cd. legittima e naturale (nel senso della tendenziale abolizione di ogni pregiudizievole disfavore nei confronti della seconda), del *favor veritatis*, rimane coesistente all'ordinamento l'esigenza di un bilanciamento, in quanto il superamento della finalità, che permeava l'originaria impostazione legislativa, di preservare lo *status* di figlio legittimo non elide la necessità di garantire i valori inerenti alla certezza e alla stabilità degli *status*. Come questa Corte ha già affermato, pur a fronte di un accentuato favore per una conformità dello *status* alla realtà della procreazione - chiaramente espresso nel progressivo ampliamento in sede legislativa delle ipotesi di accertamento della verità biologica - il *favor veritatis* non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta da affermarsi comunque, atteso che l'art. 30 cost., non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale, ma, nel disporre al comma 4, che “la legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità”, ha demandato al legislatore ordinario il potere di privilegiare, nel rispetto degli altri valori di rango costituzionale, la paternità legale rispetto a quella naturale, nonché di fissare le condizioni e le modalità per far valere quest'ultima, così affidandogli anche la valutazione

in via generale della soluzione più idonea per la realizzazione dell'interesse del figlio (così anche in Cass. 30.05.2013, n. 13638)".

La Suprema Corte nel caso in esame cassa la sentenza impugnata con rinvio perché la Corte d'Appello non ha ascoltato l'opinione del minore e perché nel decreto di nomina del curatore l'interesse del minore al disconoscimento è stato presunto e non valutato nel concreto. Dunque, questa sentenza rispetto a quelle precedenti è maggiormente attenta alla valutazione in concreto dell'interesse del minore e non presume che il disconoscimento sia di per sé favorevole per il minore.

Nel caso esaminato dalla Corte d'Appello di Milano (30.06.2000) il giudice di prime cure, su istanza del curatore, ha dichiarato il disconoscimento di paternità nei confronti del minore e l'uomo fino a quel momento considerato padre del bambino ha impugnato in appello la decisione. La Corte d'Appello constata il forte legame tra padre e figlio e considera, in contrasto con il giudice di primo grado, il disconoscimento lesivo dell'interesse del minore. Per i giudici, quanto emerso in fase istruttoria fa ritenere "irrimediabilmente contraria all'interesse del minore l'eventuale rescissione del vincolo biologico che lo vede legato al padre legittimo, odierno appellante". La Corte fonda la propria decisione sull'audizione delle parti in causa, su una consulenza tecnica e un serio approfondimento della situazione personale del minore. Per i giudici "l'approfondimento diagnostico in parola ha consentito di avere contezza di come la relazione tra padre e figlio sia decisamente positiva, contrassegnata da un reciproco e solido investimento affettivo". Il padre dimostra "di possedere in sé le risorse e le capacità per impostare una solida azione educativa per il figlio, equilibrata ed accompagnata dalla presenza di capacità affettive di una certa ricchezza ed intensità e da una aperta disponibilità a dare spazio all'espressione ed alle qualità appartenenti alla dotazione del bambino, sollecitandone e stimolandone lo sviluppo". Dall'esame diagnostico del bambino, inoltre, sono emerse problematiche riconducibili alle carenze di cura materna primaria nei primi anni del suo sviluppo.

Dato questo quadro, il disconoscimento comporterebbe un rischio per la serena crescita del minore "integrando la perdita dell'unico valido riferimento educativo ed affettivo, affatto agevolmente sostituibile". La Corte conclude che "alla data odierna unico punto fermo, rassicurante ed accogliente risulta per lui essere il padre: la perdita, anche solo sul piano legale, di quest'ultimo non potrebbe che creare intorno al minore un vuoto assoluto, le cui conseguenze destabilizzanti sono persino troppo facilmente intuibili da meritare ulteriore disamina. Nel caso in esame non solo, dunque, non sussiste un preciso interesse di X alla prosecuzione del presente giudizio ma, meglio, può dirsi esaurientemente comprovato quanto il suo interesse vada in senso contrario, dal momento che la sua crescita non può prescindere dalla vicinanza della figura paterna".

Nel caso all'attenzione della Corte di Cassazione (sent. 22.12.2016 n. 26767)<sup>412</sup> il curatore di un minore adisce il Tribunale di Ancora al fine di chiedere il disconoscimento della paternità nei confronti del bambino. Il Tribunale rigetta la domanda che viene successivamente accolta dalla Corte d'Appello la quale ritiene non vi sia alcun contrasto fra il *favor minoris* e il *favor veritatis* in quanto “il contesto affettivo e psicologico non attesta la carenza d'interesse al disconoscimento e risulta avulso dal quadro del *favor legitimitatis*”. Le indagini di natura genetica confermano la non veridicità del rapporto. L'uomo, che fino a quel momento è stato considerato il padre del bambino, ricorre in Cassazione.

Per la Suprema Corte “dalla scarna motivazione della decisione impugnata sembra emergere l'affermazione di una sostanziale divaricazione fra il *favor veritatis* e il *favor minoris*, a tal punto che l'interesse del minore, [...] appartenerebbe a un contesto diverso dalle valutazioni richieste nel giudizio di disconoscimento della paternità”. Tale circostanza a parere dei giudici rischia di condurre ad un “giudizio di irrilevanza in merito al pregiudizio che il minore avrebbe subito a seguito del disconoscimento, emergente da un accertamento peritale esperito nell'ambito di un parallelo giudizio svoltosi davanti al Tribunale per i Minorenni”. Nonostante un accentuato favore per la conformità dello *status* alla realtà biologica, il *favor veritatis* non può essere considerato un valore di rilevanza costituzionale assoluta da affermarsi in ogni caso. L'art. 30 della Costituzione infatti demanda al legislatore l'individuazione delle norme e i limiti per la ricerca della paternità. Rimane coesistente all'ordinamento l'esigenza di un bilanciamento della ricerca della verità biologica con l'esigenza di “preservare lo *status* di figlio legittimo” e “di garantire i valori inerenti alla certezza e alla stabilità degli *status*”.

In tema di disconoscimento promosso, come nel caso in esame, da un curatore speciale ex art. 244 c.c., la Corte Costituzionale (sent. 429/1991) ha affermato che “se si tratta di un minore di età inferiore ai sedici anni, la ricerca della paternità, pur quando concorrono specifiche circostanze che la fanno apparire giustificata ai sensi dell'art. 235 c.c. o art. 274 c.c., comma 1, non è ammessa ove risulti un interesse del minore contrario alla privazione dello stato di figlio legittimo o, rispettivamente, all'assunzione dello stato di figlio naturale nei confronti di colui contro il quale si intende promuovere l'azione: interesse che dovrà essere apprezzato dal giudice soprattutto in funzione dell'esigenza di evitare che l'eventuale mutamento dello *status* familiare del minore possa pregiudicare gli equilibri affettivi e l'educazione”.

Per la Suprema Corte “contrariamente a quanto affermato nell'impugnata decisione, il quadro normativo attuale, come interpretato dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalenti, impone un bilanciamento fra l'esigenza di affermare la verità biologica, anche in considerazione delle avanzate acquisizioni scientifiche nel campo della genetica e dall'elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini [...] e l'interesse alla stabilità dei rapporti familiari, nell'ambito di una sempre maggiore considerazione del

---

<sup>412</sup> La sentenza è commentata da Valerio F., 23.12.2016. L'interesse del minore prevale sull'esigenza di affermare la verità biologica. *Dirittoegiustizia.it*.

diritto all'identità non necessariamente correlato alla verità biologica, ma ai legami affettivi e personali sviluppatasi all'interno di una famiglia". La Cassazione in conclusione decide di cassare la decisione impugnata con rinvio poiché "la Corte di appello di Ancona ha consapevolmente omesso tale doveroso accertamento, affermandone la totale irrilevanza ai fini del disconoscimento".

La sentenza seguente, pur avendo accolto il disconoscimento, attribuisce importanza al citato bilanciamento fra *favor veritas* e *favor minoris*. Il curatore e la madre di un minore chiedono al Tribunale di Modena (sent. 22.05.2017) il disconoscimento della paternità nei confronti di un minore a cui si oppone il marito della donna eccependo il difetto di interesse del minore all'azione. Il Tribunale accoglie la domanda citando la Corte di legittimità che ha affermato che "il diritto del figlio ad uno *status* filiale corrispondente alla verità biologica costituisce una delle componenti più rilevanti del diritto all'identità personale che accompagna senza soluzione di continuità la vita individuale e relazionale non soltanto nella minore età, ma in tutto il suo svolgersi. L'incertezza sullo stato filiale può determinare una condizione di disagio ed un vulnus allo sviluppo adeguato ed alla formazione della personalità riferibile ad ogni stadio della vita. La sfera all'interno della quale si colloca il diritto al riconoscimento di uno *status* filiale corrispondente a verità attiene al nucleo dei diritti inviolabili della persona" (Cass. 9.6.2015, n. 11887).

Allo stesso tempo il quadro normativo in tema di disconoscimento (artt. 30 Cost., 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali della UE, e 244 c.c.) e la giurisprudenza non hanno decretato la prevalenza del *favor veritatis* sul *favor minoris*, ma impongono "un bilanciamento fra il diritto all'identità personale legato all'affermazione della verità biologica, anche in considerazione delle avanzate acquisizioni scientifiche nel campo della genetica e dell'elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini, e l'interesse alla certezza degli *status* ed alla stabilità dei rapporti familiari, nell'ambito di una sempre maggiore considerazione del diritto all'identità personale, non necessariamente correlato alla verità biologica ma ai legami affettivi e personali sviluppatasi all'interno di una famiglia, specie quando trattasi di un minore infraquattordicenne".

Il Tribunale, inoltre, richiamando la giurisprudenza di legittimità (Cass. 22.12.2016, n. 26767), sostiene che tale ponderazione di interessi "non può costituire il risultato di una valutazione astratta, occorrendo, invece, un accertamento in concreto dell'interesse superiore del minore nelle vicende che lo riguardano, con particolare riferimento agli effetti del provvedimento richiesto in relazione all'esigenza di un suo sviluppo armonico dal punto di vista psicologico, affettivo, educativo e sociale". I giudici del Tribunale, nel caso di specie, non ritengono il *favor veritatis* in contrasto con il *favor minoris* in quanto individuano l'interesse del minore nell'esigenza di superare in modo definitivo un periodo di cinque anni di incertezza sulla propria identità, amplificata dalla forte ostilità tra i genitori separati. Secondo la relazione del Servizio Sociale ristabilire la verità biologica non potrebbe che aiutare il minore a fare chiarezza sui ruoli rispettivamente del

nuovo compagno della madre, reale padre del bambino, e sul marito della madre il quale non è realmente il genitore.

Pare interessante accennare l'eccezionale caso deciso dal Tribunale di Roma con le ordinanze del 8.08.2014 e del 22.04.2015 in tema di scambio di embrioni<sup>413</sup>. Nella situazione in esame due coppie hanno fatto ricorso alla tecnica di procreazione medicalmente assistita omologa tramite creazione di embrioni in vitro. In seguito ad un errore umano, gli embrioni di una coppia sono stati impiantati nell'utero della donna dell'altra coppia e viceversa. Solo uno dei due impianti ha raggiunto il risultato sperato con la gravidanza della donna e in seguito la nascita di due gemelli. Si è dunque presentata una situazione di non coincidenza fra i genitori genetici e i genitori biologici. I genitori genetici, rivendicando il loro ruolo di reali genitori, agiscono in giudizio chiedendo che i minori siano collocati in una struttura che impedisca la creazione di un legame affettivo con i genitori biologici registrati come tali all'anagrafe fino alla definizione del giudizio sull'identità dei legittimi genitori. La situazione non è di semplice inquadramento giuridico in quanto non vi è nessuna norma che disciplini l'errore derivante da tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Il Tribunale di Roma con l'ordinanza del 20.08.2014 considera prevalente sul *favor veritatis* il *favor legitimatis* motivando tale decisione nell'interesse dei minori, attribuendo la genitorialità alla coppia gestante ai sensi degli artt. 269, comma 3, c.c. e 231 c.c. secondo cui la madre è colei che partorisce e il padre è il marito della donna.

Il padre genetico adisce nuovamente il Tribunale di Roma chiedendo di poter esperire l'azione di disconoscimento di paternità chiedendo che sia sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 243 bis c.c. per contrasto con gli artt. 2, 3, 24, 30 Cost e 117 con riferimento all'8 Cedu nella parte in cui non prevede il padre genetico tra i soggetti legittimati a proporre l'azione di disconoscimento della paternità in caso di sostituzione di embrione avvenuta nell'ambito della procedura di fecondazione assistita. Il Tribunale tuttavia rigetta tale istanza escludendo "la rispondenza all'interesse dei minori di un protrarsi della condizione di instabilità ed incertezza della loro situazione familiare e di una prospettiva di recisione delle relazioni genitoriali già instaurate tra gli stessi e la coppia dei resistenti" e ritenendo non sussistente una ragionevole probabilità di accoglimento della domanda di merito. La procreazione medicalmente assistita ha introdotto nell'ordinamento un modello nuovo di filiazione che, come accade per l'adozione, presuppone una difformità fra il profilo giuridico e la verità genetica<sup>414</sup>.

Il caso in esame mette certamente in luce la necessità di un intervento del legislatore teso a colmare le lacune presenti in una disciplina che non sembra disporre degli strumenti

---

<sup>413</sup> Mendola A., 2015. Favor minoris e presidio del dato biologico. *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2: 551; Bianca M., 2015. Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni. *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1: 186, Caringella F., Buffoni L., 2016. *Manuale di diritto civile*. Roma: Dike Giuridica Editrice, p. 2055; Caggiano I. A., 2017. Lo scambio di embrioni e le modalità di formazione dello *status* di figlio: il caso emblematico dell'ospedale Pertini, *Europa e diritto privato*, 1: 299.

<sup>414</sup> Bianca M., 2015. *Ibidem*, p. 186.

idonei a risolvere situazioni, come quella in esame, originate da un enorme sviluppo delle nuove tecnologie applicate alla medicina.

I casi seguenti sono interessanti poiché sembra che l'individuazione dell'interesse del minore attraverso il bilanciamento fra *favor veritatis* e *favor legitimatis* non sia demandata al giudice ma sia stata fatta direttamente dal legislatore. Ciò avviene per esempio nel caso in cui si chiedi il disconoscimento una volta scaduti i termini: prevedendo dei termini piuttosto brevi, il legislatore ha cercato di tutelare il minore individuando un periodo dopo il quale non è più possibile disconoscere o impugnare il riconoscimento. Tale previsione è certamente orientata al *favor legitimatis*. Il legislatore tuttavia ha dimostrato attenzione al *favor veritatis* stabilendo l'imprescrittibilità delle azioni proposte dal figlio. Sono parimenti decisi dal legislatore anche i soggetti che possono chiedere il disconoscimento e l'impugnazione del riconoscimento.

Nel caso esaminato dalla Corte d'Appello di Roma (sent. 27.07.2012) il giudice di prime cure ha dichiarato l'inammissibilità della domanda di disconoscimento della paternità di un minore proposta da un uomo. Per i giudici la scelta del legislatore di consentire il disconoscimento solo entro i termini di decadenza previsti dal codice civile è espressione del potere demandato ad esso dall'art. 30 della Costituzione. La decorrenza del termine dal momento in cui il genitore viene a conoscenza dei fatti che rendono ammissibile il disconoscimento "salvaguarda, comunque, l'esigenza di assicurare al genitore medesimo l'effettiva possibilità di agire". Come in altre pronunce viene ribadito che, nonostante un certo *favor* per la veridicità dei rapporti, esso non rappresenta un valore di rilevanza costituzionale in quanto la legge dispone le regole e i limiti della ricerca della paternità" (conformi Cass. n. 8087/1998; Cass. n. 1264/2001; Cass. n. 20254/2006; Cass. 16.03.2007, n. 6302; Trib. Bari, sent., 19.07.2016).

Sullo stesso tema la sentenza del 25.02.2005 n. 4090 della prima sezione della Suprema Corte precisa che "la verifica [...] sulla intervenuta decadenza, o meno, del genitore, dall'esercizio dell'azione di disconoscimento, non lascia spazio ad una valutazione in concreto dell'interesse del minore (che non potrebbe evidentemente vanificare la consumazione dell'azione eventualmente già realizzatasi), restando viceversa cristallizzata nella norma la valutazione in astratto di sussistenza di un interesse, anche del minore, a contenere in un predefinito e circoscritto ambito temporale l'iniziativa del genitore volta al disconoscimento di paternità. Il che non esclude che [...] sia poi lo stesso figlio ad agire per il disconoscimento della paternità legittima una volta raggiunta la maggiore età o già al compimento del sedicesimo anno (a mezzo di curatore speciale), ovvero ancora che, nell'interesse del minore stesso, anche infrasedicenne, l'azione possa proporsi dal P.M. (art. 244 commi 3 e 4 c.c.)".

Nel caso posto all'attenzione del Tribunale di Bari (sent. 19.07.2016) un presunto padre biologico chiede di esperire l'azione di disconoscimento pur non essendo legittimato. Anche in questo caso è il legislatore ad aver operato la ponderazione fra i vari interessi in gioco, escludendo l'esperibilità dell'azione di disconoscimento da parte di soggetti che non siano i genitori "legali" e il figlio. Il Tribunale rigetta la richiesta



precisando che, ai sensi dell'art. 244 ultimo comma c.c., il padre biologico potrebbe tuttavia proporre istanza per la nomina di un curatore sicché “l'interesse pubblico alla prevalenza della verità biologica su quella legale, come citato dall'attore, risulta essere adeguatamente tutelato, essendovi comunque una via di azione giurisdizionale percorribile anche da chi si affermi padre biologico”. Per il Tribunale “il legislatore, con la previsione degli artt. 243 bis e 244 c.c., ha voluto salvaguardare la posizione del minore all'interno del nucleo familiare nel quale egli esplica la sua personalità, nel quale egli cresce e matura e sviluppa i suoi bisogni e le sue aspettative”<sup>415</sup>. Il Tribunale conclude che “il minore ha [...] di fatto sempre vissuto con i suoi genitori, da questi è stato cresciuto ed infatti lo stesso attore nulla dice sul punto, né in sede di domanda né in sede di memorie conclusive, limitandosi acriticamente a ritenere una prevalenza della verità biologica su quella legale che, però, senza alcuna ulteriore indicazione in ordine alle stesse condizioni del minore non ha e non può avere alcun rilievo”.

Anche la Cassazione (23.10.2008 n. 25623) sostiene che la scelta del legislatore ordinario di consentire al padre il disconoscimento della paternità soltanto nell'osservanza del termine di decadenza ex art. 244 c.c. comma 2 è espressione del potere del legislatore stesso. Quest'ultimo può privilegiare il *favor veritatis* o il *favor legitimatis* poiché di fatto a questi è affidata in parte “anche la valutazione in generale della soluzione più idonea per la realizzazione dell'interesse del minore (così anche Cass. n. 8087/1998, Cass. n. 1264/2001, Cass. n. 20254/2006, Cass. 16 marzo 2007, n. 6302)”. Da un lato la decorrenza del termine dal momento in cui il genitore sia venuto successivamente a conoscenza dei fatti che rendono ammissibile il disconoscimento salvaguarda l'esigenza di assicurare al genitore l'effettiva possibilità di agire. Dall'altro lato il *favor veritatis*, non costituendo come già detto un valore di rilevanza costituzionale assoluta, non dovrà sempre prevalere sulla verità legale. In questo modo si spiegano sia le decadenze dal disconoscimento sia, dopo la riforma, anche le decadenze dall'impugnazione per difetto di veridicità.

Sullo stesso argomento anche la sentenza del 06.04.1995 n. 4035 della Cassazione: “sostenere, quindi, che la nostra Costituzione imporrebbe di attribuire in ogni caso un valore preminente alla verità biologica è negare l'evidenza, che è, invece, [...] nel senso di un ragionevole equilibrio tra le due verità, equilibrio il cui assetto è lasciato chiaramente alla discrezionalità del legislatore”.

Un caso particolare riguarda *l'azione di disconoscimento esperita in seguito ad un riconoscimento falso*. Con sentenza n. 5886 del 1991 la Cassazione afferma che “l'impugnazione del riconoscimento di figlio naturale per difetto di veridicità, ai sensi dell'art. 263 cod. civ., è ammessa in ogni caso in cui il riconoscimento sia obiettivamente non veridico, a nulla rilevando eventuali stati soggettivi di buona o mala fede dell'autore

---

<sup>415</sup> Astrattamente potrebbe porsi una discriminazione tra figli nati fuori e figli nati all'interno del matrimonio, essendo possibile solo nel primo caso che “chiunque vi abbia interesse” agisca per la impugnativa del riconoscimento. Al giorno d'oggi anche il nucleo non fondato sul matrimonio costituisce a tutti gli effetti una famiglia dove gli individui crescono e sviluppano le proprie aspettative. Il legislatore tuttavia non ha modificato tale aspetto con la riforma del 2012-2103.

del riconoscimento, e quindi anche nel caso in cui il riconoscimento stesso sia stato effettuato con la consapevolezza dell'altrui paternità”.

Il Tribunale di Treviso (sent. 26.01.2016) ritiene fondata la domanda di un uomo il quale ha riconosciuto come proprio figlio un minore nella consapevolezza dell'assenza di vincoli naturali di filiazione. Il figlio eccepisce che in tempi recenti alcune pronunce di merito si sono discostate dal risalente precedente della giurisprudenza di legittimità, espresso da Cass. n. 5886/1991, richiamata invece dall'attore la quale afferma che l'impugnazione del riconoscimento di figlio naturale per difetto di veridicità, ai sensi dell'art. 263 c.c., è ammessa quando il riconoscimento sia oggettivamente falso, senza che la buona o mala fede dell'autore del riconoscimento abbia alcun rilievo. Il Tribunale sostiene che è “noto come, in tale contesto normativo, che aveva sempre resistito alle censure di incostituzionalità sollevate, parte della giurisprudenza di merito abbia espresso un orientamento contrario all'ammissibilità dell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità con riferimento ad ipotesi di riconoscimento c.d. di compiacenza e quindi nei casi di azione promossa dall'autore del riconoscimento effettuato nella piena consapevolezza di non essere il genitore biologico. Tale elaborazione giurisprudenziale rispondeva all'esigenza, avvertita nella coscienza sociale, di impedire che, in qualsiasi momento e quindi anche in situazioni, in cui si fosse da tempo consolidato un rapporto di appartenenza del figlio riconosciuto al nucleo familiare in cui si trovava inserito, potesse essere attuata una sostanziale revoca da parte di chi era pienamente consapevole degli effetti giuridici che sarebbero conseguiti ad una falsa dichiarazione in ordine alla sussistenza del rapporto di filiazione”.

A parere dei giudici tale problematica era ben nota al legislatore della riforma della filiazione del 2012, tuttavia l'intenzione è stata quella di non modificare la norma che prevede di fondare l'azione in questione sul solo dato obiettivo della mancanza di vincolo biologico di filiazione, senza attribuire alcun rilievo allo stato soggettivo dell'autore del riconoscimento. Il legislatore “introducendo un limite temporale all'impugnabilità del riconoscimento, ha infatti realizzato il contemperamento degli interessi potenzialmente coinvolti dall'impugnazione ed in relazione ai quali erano stati in precedenza sollevati i dubbi di costituzionalità”. Sono stati fissati identici termini per l'azione di disconoscimento della paternità e dell'impugnazione eliminando distinzione tra figli nati nel matrimonio e nati fuori dal matrimonio. Il legislatore ha individuato “il punto di equilibrio tra l'esigenza di verità del riconoscimento e quella, di favore per la persona, di conservazione dello *status* di figlio, che diviene prevalente sul primo decorso un anno dal giorno dell'annotazione del riconoscimento, fatta eccezione per l'ipotesi di riconoscimento in buona fede determinato dall'ignoranza della propria condizione di impotenza, ove comunque il bilanciamento degli interessi non può superare il limite del quinquennio, oltre il quale lo *status* diventa intangibile”.

Il ricorrente sostiene che il caso in esame sia assimilabile alla fattispecie di cui all'art. 9 della L. n. 40 del 2004 che, nel caso di ricorso a pratiche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, esclude che il convivente che ha prestato il consenso alla pratica

possa successivamente esercitare l'impugnazione di cui all'art. 263 c.c.. Per il Tribunale tuttavia le due situazioni non possono considerarsi assimilabili poiché divergenti “quanto a motivazione che sorregge la scelta operata (univoca nel caso della fecondazione assistita, non indagabile a priori nel caso di falso riconoscimento), al momento in cui avviene la manifestazione di volontà (prima della fecondazione quanto al primo caso, a nascita già avvenuta nel secondo) ed agli effetti di essa (la stessa venuta ad esistenza di un individuo, nel primo caso, e l'attribuzione di uno *status* giuridico ad una persona già nata, nel secondo)”.

Nel caso deciso con sentenza del 13.07.2006 la quarta sezione del Tribunale di Monza accoglie la domanda del padre attore il quale chiede di impugnare il riconoscimento del figlio per difetto di veridicità. La madre sostiene che l'attore, al momento della nascita del minore, fosse a conoscenza dell'eventualità che il bambino non fosse suo. Il Tribunale sottolinea che il giudice delle leggi ha più volte respinto questioni di legittimità inerenti la mancata previsione che l'impugnazione del riconoscimento possa essere accolta solo se rispondente all'interesse del minore e che non vi siano presupposti normativi per pervenire ad una soluzione diversa. Per il Tribunale “appare fuorviante il richiamo alle pronunce intervenute in tema di fecondazione assistita c.d. eterologa, sol che si consideri come tale tipo di fecondazione artificiale, oltre a non essere consentito nel nostro ordinamento, presuppone, sotto il profilo oggettivo, una decisione che precede, e non segue, la stessa creazione dell'embrione”. Per i giudici “la normativa qui in esame mira a soddisfare, tutelando la veridicità del riconoscimento, l'interesse pubblico a che non vengano eluse le norme in tema di adozioni, anch'esse poste nell'interesse della generalità dei minori”.

Il Tribunale di Genova (sent. 26.04.2012) accoglie la domanda di un padre di impugnare riconoscimento per difetto di veridicità. La madre si oppone sostenendo che al momento di effettuare il riconoscimento fosse a conoscenza della circostanza che il figlio non era il proprio e che la domanda attorea comprometterebbe il consolidato legame affettivo fra padre e figlio danneggiando il benessere del bambino. Per il Tribunale l'unico presupposto dell'azione di impugnativa del riconoscimento di figlio naturale prevista dall'art. 263 c.c., come costantemente affermato negli anni sia dalla Corte Costituzionale sia dalla Corte di Cassazione, deve ritrovarsi nella difformità tra la verità apparente data dalla dichiarazione di riconoscimento e la verità sostanziale. Non possono essere valutate le situazioni soggettive di buona o di malafede dell'autore del riconoscimento o l'interesse del minore al mantenimento dei legami affettivi finora instaurati (Corte Costituzionale 112/1997, Cass. n. 7924/2005, Cass. n. 5886 del 1991, Trib. Genova Sez. IV, Sent., 16.04.2013, Trib. Bari Sez. I, Sent. 19.07.2016).

Si conclude il paragrafo con una pronuncia che va in senso contrario rispetto a quelle finora citate in tema di riconoscimento nella consapevolezza della sua falsità. Davanti al Tribunale di Roma (sent. 17.10.2012) un padre impugna il riconoscimento del figlio per difetto di veridicità mentre la madre sostiene che il riconoscimento sia avvenuto nella piena consapevolezza della sua falsità.

Il Tribunale rigetta la domanda dell'attore ritenendo che l'autore del riconoscimento effettuato in mala fede non sia legittimato ad impugnarlo successivamente per difetto di veridicità, restando, invece, tale legittimazione in capo a tutti gli altri soggetti previsti dalla norma di cui all'art 263 c.c. Il Tribunale puntualizza di essere consapevole “che la tesi in questa sede sostenuta è stata negata in un risalente precedente della Suprema Corte del 1991 (sent. n. 5886)”, ma ritiene che “i principi ivi affermati a favore dell'irrelevanza dello stato soggettivo di chi abbia effettuato il riconoscimento, per la affermata prevalenza del *favor veritatis* in ordine agli stati personali e familiari, debba essere rivisitata alla luce delle successive evoluzioni giurisprudenziali e normative, in relazione sia al diritto interno che internazionale”. Il Tribunale cita in particolare la sentenza 2315 del 1999 della Cassazione la quale ha negato l'azione di disconoscimento di paternità a chi abbia dato il consenso alla fecondazione eterologa. Tale indirizzo è stato poi recepito dal legislatore nella l.40/2004. Secondo il Tribunale “nell'evoluzione del diritto positivo e della sua interpretazione giurisprudenziale, sempre meno rilievo assume il dato formale del rapporto familiare legato sul legame meramente biologico, e la famiglia assume sempre di più la connotazione della prima comunità nella quale effettivamente si svolge e si sviluppa la personalità del singolo e si fonda la sua identità. Tutto quanto sopra esposto comporta che la tutela del diritto allo *status* ed alla identità personale può non identificarsi con la prevalenza della verità biologica”. Per il Tribunale “attribuire la legittimazione ad impugnare il riconoscimento a chi lo abbia in mala fede effettuato, o concorso ad effettuare, ha, sul piano logico, la stessa valenza di una revoca, vietata espressamente dalla legge (art 256 c.c.)”. Per la Cassazione del 1999 il *favor veritas* deve essere sacrificato nel caso della fecondazione eterologa così come avviene anche in materia di adozione legittimante la quale è irrevocabile. Per la Suprema Corte i principi di “buona fede, correttezza e lealtà nei rapporti giuridici rispondono a doveri generali [...]; questi doveri, nella particolare materia dei rapporti di famiglia, assumono il significato della solidarietà e del reciproco affidamento”.

#### *3.4 Modelli interpretativi di best interests of the child nei casi di attribuzione o perdita del cognome*

Un altro ambito in cui è richiamato il principio dell'interesse del minore è quello relativo all'attribuzione e alla perdita del cognome. L'articolo 262 c.c. tratta del cognome del figlio nato fuori del matrimonio prevedendo che il figlio assuma il cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto. Se il riconoscimento è stato effettuato da entrambi i genitori contemporaneamente, il figlio assume il cognome del padre.

La Corte Costituzionale (sent. 286/2016) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di questo comma nella parte in cui non consente ai genitori, di comune accordo, di trasmettere al figlio, al momento della nascita, anche il cognome materno. Precedentemente, in riferimento all'acquisizione del cognome del genitore che lo ha

riconosciuto, la Consulta ha ritenuto lo stesso articolo incostituzionale (sent. 297/1996) nella parte in cui non prevede che il figlio possa mantenere il cognome precedentemente attribuitogli con atto legittimo quando questo sia diventato per lui un segno distintivo della sua identità personale.

Il secondo comma prevede che, in caso di riconoscimento successivo all'attribuzione del cognome da parte dell'ufficiale di stato civile, il figlio possa mantenere il cognome attribuito precedentemente se tale cognome sia diventato autonomo segno della sua identità personale.

La disciplina sul cognome non cita espressamente l'interesse del minore ma la giurisprudenza in tema fa largo uso del principio nelle proprie decisioni.

In questo campo, come si deduce già dal dettato della norma, non vi sono automatismi: il minore perde, acquista, sostituisce il cognome dopo una valutazione del suo interesse da parte del giudice. L'interesse del minore in questi casi è principalmente identificato, nel caso concreto, come diritto all'identità ed è richiamato sia in caso di acquisto o sostituzione del cognome rispetto a quello avuto in precedenza, in forza del principio secondo cui il cognome deve rispecchiare le reali origini del minore, sia per i casi in cui dopo il disconoscimento non si perde il cognome precedente poiché è diventato ormai un elemento dell'identità del minore.

Nel caso deciso dalla Cassazione con sentenza n. 12641 del 2006, il giudice di prime cure rifiuta, a seguito del riconoscimento di paternità, di aggiungere il cognome paterno a quello materno, successivamente la Corte d'Appello conferma la decisione. Secondo la Cassazione "l'interpretazione della norma di cui all'art. 262 c.c. implica la necessità di considerare la funzione del cognome nel nostro ordinamento, di individuare la *ratio* dell'enunciato normativo e, in una prospettiva più generale, di tenere conto della emersione nel sistema e nel costume sociale di una tendenza a mettere in discussione la regola dalla automatica attribuzione dal patronimico". Il cognome, infatti, non assume solo una funzione pubblicistica di identificazione dei membri di un determinato nucleo familiare, ma "assolve anche a una fondamentale funzione di natura privatistica, quale strumento identificativo della persona". In questo senso, tutelare il nome significa proteggere l'identità personale contraddistinta da "connotati morali, culturali, ideologici". Per la Cassazione, "il passaggio da una concezione del cognome quale mero segno di identificazione della discendenza familiare a una visione che lo inquadra tra gli elementi costitutivi del diritto soggettivo all'identità personale, intesa come un bene a sé, indipendente dallo *status* familiare, ha progressivamente sganciato le sorti del cognome dalla titolarità di una determinata posizione all'interno della famiglia"<sup>416</sup>.

La *ratio* dall'art. 262 c.c. è "garantire l'interesse del figlio a conservare o a non cambiare il cognome con cui è ormai conosciuto nell'ambito delle proprie relazioni

---

<sup>416</sup> La Corte fa riferimento ad alcune pronunce della Consulta che hanno affermato la natura di diritto fondamentale del nome e la possibilità di mantenere un cognome divenuto segno identificativo anche qualora non rispecchi la verità biologica (Corte Cost., 11 maggio 2001 n. 120, 3 febbraio 1994 n. 13, 23 luglio 1996 n. 297).

sociali”, nell’applicazione del medesimo articolo dunque “l’organo giurisdizionale è chiamato a emettere un provvedimento contrassegnato da ampio margine di discrezionalità e frutto di libero (e prudente) apprezzamento, nell’ambito del quale rileva non tanto l’interesse dei genitori quanto il modo più conveniente di individuazione del minore, con riguardo allo sviluppo della sua personalità, nel contesto delle relazioni sociali in cui si trovi a essere inserito”. Di conseguenza, il giudice dovrà evitare il mutamento di cognome sia nei casi in cui “la cattiva reputazione del genitore possa comportare un pregiudizio al minore” sia quando il matronimico sia diventato un segno distintivo dell’identità personale del minore. Maggiore attenzione si dovrà prestare nel caso in cui il minore si trovi in una fase preadolescenziale o adolescenziale della sua vita poiché è presumibile che possa avere già acquistato una sua definitiva identità.

Il nome, dunque, è un diritto fondamentale di ciascuna persona. Nella valutazione richiesta dall’art. 262 c.c. comma 2 il giudice dovrà prescindere da qualunque automatica attribuzione del cognome avendo riguardo all’identità personale posseduta dal minore nell’ambiente in cui è cresciuto fino al momento del riconoscimento da parte del padre.

Nel caso di specie, il nonno del minore è un noto esponente della criminalità organizzata. La Suprema Corte considera corretta la motivazione della sentenza impugnata in quanto “prima di essere tardivamente riconosciuto dal padre il piccolo, di vivace intelligenza e assai socievole, aveva preso consapevolezza della sua identificazione cognominale, frequentando le organizzazioni educative scolari; egli aveva maturato una precisa identità personale per il fatto di essere conosciuto nella cerchia sociale dove è vissuto con il cognome materno; in questo contesto, una mutazione del cognome sarebbe stata di nocumento alla serena ed equilibrata crescita psicofisica del minore e alla sua vita di relazione; ulteriore elemento ostativo alla chiesta attribuzione del patronimico era la cattiva fama goduta nel ristretto ambito territoriale di appartenenza del minore dall’avo paterno X per via delle sue imprese criminali, quale noto esponente della criminalità organizzata locale, che gli avevano comportato condanne per complessivi dieci anni di reclusione e otto di soggiorno obbligato; era contrario all’interesse del minore il poter essere additato come nipote di un camorrista”.

In una recente sentenza del Tribunale di Trento (28.03.2017) in riferimento alla valutazione dell’interesse del minore in tema di attribuzione giudiziale del cognome ad un figlio i giudici affermano che “i criteri di individuazione del cognome del minore si pongono in funzione del suo interesse, che è quello di evitare un danno alla sua identità personale, intesa anche come proiezione della sua personalità sociale, avente copertura costituzionale assoluta”. Per il Tribunale la decisione deve avere riguardo “al modo più conveniente di individuare il minore in relazione all’ambiente in cui è cresciuto fino al momento del successivo riconoscimento, non potendo essere condizionata né dal *favor* per il patronimico, né dall’esigenza di equiparare il risultato a quello derivante dalle diverse regole, non richiamate dall’art. 262 c.c., che presiedono all’attribuzione del cognome al figlio legittimo” (Così anche Trib. Prato, 27.07.2017; Cass. 1.08.2007, n.

16989; 27.04.2001, n. 6098; 05.06.2009, n. 12983; 06.11.2009, n. 23635; 18.06.2015, n. 12640; 29.05.2009, n. 12670; ord.11.07.2017, n. 17139).

Nello stesso senso la sentenza del 3.02.2011 n. 2644 della prima sezione della Cassazione ribadisce che il giudice deve avere riguardo, quale criterio di riferimento, unicamente per l'interesse del minore, escludendo qualsiasi automaticità. Infatti non esiste né un favore per il cognome attribuito per primo né un favore per il patronimico (Così anche App. Roma, 14.03.2007; Trib. Bologna, 27.07.2006; Trib. Bologna, sent. 10.08.2015; Cass. 2751/2008; Cass. 6.06.2008, n. 15087; Trib. Milano, decr. 10.01.2011; 9.07.2004, n. 12669; Cass. sent. 3.02.2011, n. 2644; Cass. ord. 5.06.2013, n. 14232; Cass. ord. 27.06.2013, n. 16271; Cass. 6098/2001).

Nel caso esaminato dalla Corte d'Appello di Napoli (16.07.2007), in seguito ad impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, si chiede che la minore possa mantenere il cognome avuto fino al momento del giudizio. La Corte accoglie la domanda osservando che "sul punto la giurisprudenza ha avuto un sostanziale cambiamento di indirizzo in seguito alla evoluzione della normativa nazionale e comunitaria che ha implicato, nella interpretazione della norma di cui all'art. 262 c.c., la necessità di riconsiderare la funzione del cognome nel nostro ordinamento in una prospettiva più generale che tende a mettere in discussione la regola dell'automatica attribuzione del patronimico". Per la Corte, è ormai incontestabile che il cognome non svolga solo una funzione pubblicistica "tesa a offrire una tutela della famiglia consentendo ai suoi membri di essere identificati come appartenenti a un determinato nucleo familiare", ma allo stesso tempo assolva anche "una fondamentale funzione di natura privatistica, quale strumento identificativo della persona", simbolo dell'identità personale. La *ratio* della norma deve essere individuata nell'interesse del figlio a conservare il cognome con cui è ormai conosciuto nell'ambito delle proprie relazioni sociali (Cass. 7.12.2006 n. 26200). Nel caso di specie, il cognome della minore è ormai divenuto segno distintivo dell'identità personale della stessa (così anche Trib. Roma, sent., 14.05.2013).

La Corte d'Appello di Bologna (sent. 15.12.2015) esamina il caso di un uomo, il quale, una volta accertato che il minore non è suo figlio, chiede che il piccolo mantenga il suo cognome. Per il collegio "non bisogna avere riguardo, per valutare se sia giusto oppure no che la minore mantenga il cognome attribuitole al momento del riconoscimento, a quanto tale mantenimento sia importante per l'adulto che l'aveva riconosciuta e che non è il suo vero padre. Né il rapporto con la minore potrebbe essere di per sé pregiudicato dal mutamento di cognome di X, anzi il nuovo cognome potrebbe contribuire positivamente alla corretta individuazione dei ruoli nei rapporti familiari e para-familiari". Per i giudici è necessario valutare "se sussista un interesse della minore al mantenimento del cognome X, ovvero se sia intervenuto e se si sia profondamente radicato un processo di consapevole identificazione da parte della minore con tale cognome al punto che privarla dello stesso possa essere di nocimento alla serena ed equilibrata crescita psicofisica della minore ed alla sua vita di relazione perché si risolverebbe in un'ingiustificata privazione di un elemento della sua personalità,

tradizionalmente definito come il diritto a essere se stessi”. La tenera età del minore, di tre anni, “esclude che si possa essere radicato un processo di identificazione consapevole tale da rendere pregiudizievole il cambiamento del cognome. In questo contesto dar corso, come chiede l’appellante, ad ulteriori approfondimenti finirebbe con l’essere contrario all’interesse della bambina a una rapida statuizione” (così anche Trib. Monza, 13.07.2006; Trib. Monza, 25.09.2006).

Nel caso che si è presentato al Tribunale di Bologna (sent. 10.08.2015) la minore di cui si deve decidere la modifica del cognome è un’adolescente prossima alla maggiore età. I giudici hanno ritenuto che “precluderle il diritto al mantenimento del cognome, si risolverebbe in una ingiustificata privazione di un elemento della sua personalità ed identità personale così come sino ad oggi radicata nell’ambiente in cui vive” (così anche Trib. Roma, sent. 15.04.2014 e Trib. Treviso, sent. 26.01.2016).

La Cassazione decide in modo simile nell’ordinanza del 27.06.2013 n. 16271 mantenendo, nell’interesse del minore, il cognome materno e aggiungendo il paterno.

La prima sezione della Suprema Corte, con la decisione del 18.06.2015 n. 12640, conferma la scelta di attribuire ad un minore inferiore di cinque anni il solo cognome del padre, benché questi l’avesse riconosciuto successivamente alla madre, poiché il minore non può avere già acquisito nel cognome della madre, data l’età, una identità formata nei rapporti personali e sociali (così anche App. Potenza, 30.10.2008).

In modo simile decide anche il Tribunale di Prato (sent. 27.07.2017) il quale considera conforme all’interesse del minore la domanda di un ricorrente che in seguito al riconoscimento chiede di aggiungere il patronimico X al cognome materno per primo attribuito, in considerazione dell’inesistente attitudine identificatrice del cognome materno, data la tenera età della minore che, secondo i giudici, in futuro avrebbe così modo di maturare il percorso che ha portato al suo riconoscimento paterno (così anche il Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria con la decisione del 14.05.2012).

La Corte d’Appello di Bologna (24.02.2012), a seguito del riconoscimento di un minore come figlio da parte di un uomo, conferma la sostituzione del cognome materno del minore con quello dell’accertato padre del minore in quanto rispondente all’interesse del bambino, “configurandosi una maggiore plausibilità sociale del patronimico”. Per i giudici “la sostituzione di quest’ultimo al cognome materno corrisponde, per un bambino in tenera età, ad un fattore di normalità”.

La Cassazione (sent. 5.06.2009 n. 12983) conferma la decisione della Corte d’Appello la quale, in riferimento ad un minore, ha aggiunto il cognome paterno a quello materno ritenendo che “nei quasi tre anni di vita il minore non avesse sostanzialmente avuto contatti con il padre e che, alla luce del comportamento pregresso, un suo maggior impegno per il futuro potesse essere auspicabile, ma non sicuro”. Il minore ha raggiunto un’età tale per cui conosce il suo nome ed il suo patronimico. Di conseguenza, la Corte d’appello ritiene nell’interesse del minore aggiungere il cognome paterno a quello materno, quale strumento per legare maggiormente il padre al bambino, ma senza



sostituire tale cognome a quello materno e senza anteporlo a quest'ultimo, in modo da preservare l'identità del minore, quale si è venuta costruendo in quasi tre anni di vita.

In un caso simile la Corte d'Appello di Roma (14.03.2007) sostiene che “nella fattispecie in esame la richiesta della madre della bambina di aggiungere al proprio cognome quello paterno è [...] conforme all'interesse della minore, da un lato, a mantenere il cognome materno, di cui la bambina ha indubbiamente consapevolezza, in considerazione dell'età (ha circa sei anni), ed al quale ha fino ad oggi associato la sua persona, dall'altro, ad assumere anche il cognome del padre, che, lungi dall'essere per lei fonte di pregiudizio, considerata anche la limitata vita di relazione che verosimilmente ha svolto finora, rappresenta per lei la più evidente affermazione di una situazione di filiazione regolare”.

La Cassazione con sentenza del 05.02.2008 n. 2751 conferma la pronuncia della Corte d'Appello la quale ha deciso per una minore il mantenimento del cognome materno in seguito al riconoscimento in quanto identificava la minore nella scuola e nell'ambiente in cui si svolgeva la propria vita di relazione. Allo stesso tempo la Corte esclude che l'aggiunta del cognome paterno possa recargli pregiudizio tenuto conto della mancanza di una cattiva reputazione padre e del legame fra questo e il minore. La Corte considera che la minore di cinque anni, non trovandosi ancora in una fase preadolescenziale, non abbia ancora acquisito una identità definitiva escludendo che l'aggiunta del cognome paterno possa risultare in contrasto con il suo diritto all'identità personale.

In un altro caso esaminato dalla Cassazione (17.07.2007 n. 15953) una madre chiede che alla figlia, riconosciuta anche dal secondo genitore a seguito di procedura giudiziale, sia attribuito il solo cognome paterno. La Corte di Cassazione conferma la decisione dei gradi precedenti i quali hanno considerato che “il disagio che potrebbe derivare alla minore dalla sostituzione del suo cognome appare del tutto trascurabile di fronte al vantaggio che la stessa potrà ricavare in futuro dal fatto di portare, come la grande maggioranza delle persone, il solo cognome paterno, evitando così molestie e curiosità circa le sue vicende personali”.

La prima sezione della Cassazione, con la decisione del 10.12.2014, n. 26062, conferma la decisione dei giudici di merito i quali hanno disposto l'attribuzione al minore del cognome del padre in aggiunta a quello della madre avendo escluso “la configurabilità di un qualsiasi pregiudizio derivante da siffatta modificazione accrescitiva del cognome (stante l'assenza di una cattiva reputazione del padre e l'esistenza, anche in fatto, di una relazione interpersonale tra padre e figlio)” e considerando che il bambino non avesse ancora acquisito con il cognome della madre una identità definitiva e formata.

La sesta sezione della Cassazione, con ordinanza del 11.07.2017, n. 17139, conferma il provvedimento della Corte d'Appello che, dopo l'ascolto del minore, ha deciso di assecondarne la volontà evitando di sostituire o aggiungere il cognome. Per la Cassazione la decisione era “dichiaratamente ispirata alla tutela dell'interesse del ragazzo ed all'intento di evitargli turbamento e sofferenza” avendo egli stesso dichiarato che “il cognome è personale e accompagna tutta la vita. Ho vissuto per 12 anni con questo

cognome e non voglio averne altri”. La Corte d’Appello ha evidenziato che “l’imposizione del cognome paterno, anche solo in aggiunta a quello materno, lo turberebbe fortemente e finirebbe per essere da lui considerato ancora più negativamente delle richieste del padre di vederlo costringendolo a sedute sofferenti e con l’acuire il sentimento di distacco e di astio verso il padre”.

### 3.5 Conclusioni

Alla luce di quanto detto, è possibile trarre alcune conclusioni. Obiettivo del presente capitolo è la ricerca di uno o più modelli interpretativi dei *best interests of the child* creati dalla giurisprudenza al fine di verificare l’utilizzo da parte dei giudici italiani di una valutazione ed interpretazione di interesse del minore modellata sul caso concreto.

Per quanto riguarda la materia del riconoscimento del rapporto di filiazione, si è visto come prevalga principalmente un modello interpretativo dei *best interests* fondato su un doppio bilanciamento. La prima ponderazione riguarda due diversi interessi del minore: da un lato il diritto all’identità e alla bigenitorialità e dall’altro l’interesse ad evitare un pregiudizio al sereno sviluppo del minore che può essere causato dal riconoscimento stesso. Il secondo bilanciamento riguarda l’interesse del minore e il diritto soggettivo del genitore al riconoscimento del figlio.

La giurisprudenza sembra compiere effettivamente una valutazione concreta che non presuma astrattamente il vantaggio del secondo riconoscimento. I giudici nelle loro motivazioni danno conto della situazione specifica del minore e individuano il suo interesse a partire dal caso concreto. Se dall’indagine della situazione familiare non emergono motivi gravi di pregiudizio per l’interesse del bambino, i giudici fanno prevalere il diritto alla propria identità e alla bigenitorialità. Qualora invece siano rilevati gravi motivi tali da far presumere che il riconoscimento possa essere pregiudizievole per il minore, i giudici fanno prevalere l’interesse del minore a non subire un danno alla propria crescita.

Nei casi analizzati, i motivi considerati dalla giurisprudenza ostativi al riconoscimento sono stati la commissione di un reato grave, una valutazione della personalità gravemente negativa e l’opinione contraria del minore considerato capace di discernimento.

Come si è visto, alcune sentenze, al fine di autorizzare un riconoscimento del rapporto di filiazione o l’esercizio dell’azione giudiziale di paternità o maternità, hanno affermato la necessità della presenza di un interesse del minore. Tale orientamento evidentemente è nato in contrapposizione ad un’antica affermazione della presunzione che riteneva sempre favorevole per il minore il secondo riconoscimento. In realtà, l’orientamento di maggioranza non adotta la citata presunzione ma considera in ogni caso il riconoscimento strettamente legato al diritto del minore all’identità e bigenitorialità e costruisce la propria valutazione “in negativo”. Di conseguenza, qualora non vi siano motivi gravi che possano

pregiudicare l'interesse del minore, non devono essere limitati i suoi diritti di conoscere pienamente la propria identità e di conservare il rapporto con entrambi i genitori.

Per quanto riguarda i casi di disconoscimento di paternità e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, dall'analisi della giurisprudenza italiana non sembra esservi un consolidato indirizzo di maggioranza ma sono emersi due modelli interpretativi di *best interests of the child* che oscillano fra i due estremi del *favor veritatis* e del *favor legitimatis*. Inoltre, alcune valutazioni dello stesso sono compiute direttamente dal legislatore e non sono delegate ai giudici: questo avviene nel caso dei termini di decadenza delle azioni in esame - dove una volta trascorsi i termini prevarrà il *favor legitimatis*, eccetto il caso in cui non sia il figlio a far valere l'azione - o nel caso della scelta dei soggetti che possono esercitare le azioni.

Un primo modello interpretativo sostiene la centralità di un *favor veritatis*. Qualora non sia incorso nella decadenza e sia legittimato all'azione, il presunto genitore può chiedere il disconoscimento o impugnare il riconoscimento senza che ad esso possa essere opposto alcun motivo riguardante l'interesse del minore. Quest'ultimo, infatti, non potrebbe essere in contrasto con *favor veritatis* in quanto proprio l'interesse alla conoscenza della propria autentica identità deve avere una considerazione preminente. Questa valutazione sembra appartenere ad un piano astratto, valido in generale per la categoria della minore età ma probabilmente non per ogni minore.

Un secondo modello interpretativo sostiene, invece, la necessità di ponderare sempre il *favor veritatis* con il *favor minoris* per cui prima di autorizzare l'azione di disconoscimento o di impugnazione del riconoscimento il giudice è tenuto a valutare se tale azione sia rispondente all'interesse del minore. Questo secondo modello è certamente più adeguato al caso concreto ma, come visto anche nel capitolo precedente, può sollevare qualche interrogativo sul piano della certezza del diritto.

Per quanto riguarda la natura del principio dell'interesse del minore, nonostante la giurisprudenza in alcuni casi parli di interesse "esclusivo" (Cass. 6470/2001), esso non è tuttavia interpretato come un principio assoluto, ma viene sottoposto a ripetuti bilanciamenti con altri interessi o diritti come espressamente affermato dalle tante sentenze esaminate (*ex multis* la stessa Cass. 6470/2001).

Come dimostrato dal caso deciso dal Tribunale di Roma in riferimento allo scambio di embrioni, la materia necessita di un intervento del legislatore specialmente in riferimento ai casi relativi alle nuove tecniche di procreazione assistita, laddove la non coincidenza fra il genitore reale e il genitore biologico è il presupposto fondamentale. Le questioni sollevate dalle nuove tecnologie in campo di metodi alternativi alla procreazione naturale non sempre trovano risposta nell'attuale quadro normativo fondato su presupposti diversi rispetto a quelli delle nuove tecniche di procreazione, primo fra tutti "la considerazione secondo la quale la generazione di un figlio da parte di un uomo e una donna sia la conseguenza di un rapporto fisico tra gli stessi"<sup>417</sup>. Altri quesiti, inoltre,

---

<sup>417</sup> Porcelli M., 2016. *Accertamento della filiazione e interesse del minore*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, p. 71.

emergono qualora le coppie si sottopongano all'estero a tecniche di fecondazione assistita non permesse in Italia o ricorrano alla maternità surrogata e successivamente chiedano di trascrivere i certificati di nascita dei bambini nati all'estero così come si è visto nel paragrafo precedente. In tutte queste tecniche si dà una maggiore importanza a quello che è chiamato genitore sociale rispetto a quello biologico o genetico. Gli aspetti citati non potevano essere considerati dal legislatore del '42 ma sembra siano stati in parte tralasciati anche dall'intervento di riforma del 2012.

Infine, per quanto riguarda il cognome, è evidente come i giudici siano orientati in modo consolidato verso una valutazione concreta dell'interesse del minore. I collegi giudicanti fondano le decisioni di aggiungere, eliminare o sostituire un cognome in riferimento al grado di identificazione che il minore ha raggiunto con il proprio cognome.

#### 4. *L'interesse del minore straniero presente sul territorio italiano*

##### 4.1 *L'ambito di applicazione*

Un altro ambito che ha impegnato la giurisprudenza italiana in tema di *best interests of the child* interessa i minori stranieri presenti sul territorio italiano. Dell'articolata disciplina in materia di immigrazione, la cui fonte principale è il testo unico n. 286 del 1998, l'ambito di interesse per il presente capitolo è limitato alle norme che si riferiscono espressamente al soggetto minorenni e, in particolare, all'interpretazione della clausola dell'interesse del minore. Ci si riferisce principalmente ai casi riguardanti la disciplina contenuta nel titolo IV del testo unico sull'immigrazione<sup>418</sup> espressamente dedicato al "Diritto all'unità familiare e tutela dei minori", in particolare all'art. 31 c. 3 in tema di autorizzazione di un familiare a fare ingresso o permanere nel territorio nazionale in virtù dell'interesse del minore.

L'art. 28 prevede il diritto a mantenere o a riacquistare l'unità familiare dello straniero titolare di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno rilasciato per motivi di lavoro subordinato o autonomo, per asilo, per studio, per motivi religiosi e per motivi familiari. L'articolo afferma, inoltre, che nei provvedimenti relativi all'unità familiare, al pari degli altri settori del diritto minorile, "deve essere preso in considerazione con carattere di priorità il superiore interesse del fanciullo" come stabilito dalla Convenzione di New York dell'89.

L'art. 29, intitolato "Ricongiungimento familiare", stabilisce quali familiari possano essere ricongiunti allo straniero presente sul territorio.

L'art. 30 c.1 lett. d) statuisce il diritto di soggiorno del genitore straniero di minore italiano anche a prescindere dal possesso di un valido titolo di soggiorno, con l'unica condizione che il genitore richiedente non sia stato privato della responsabilità genitoriale secondo la legge italiana. Al riguardo, la giurisprudenza (Cass. 4.02.2005 n. 2358<sup>419</sup>) ha ritenuto ammissibile anche la richiesta del genitore straniero già espulso e con precedenti penali, nonostante ne fosse stata dichiarata la pericolosità sociale ai sensi dell'art. 1 della l. 1423/1956, poiché non era stato privato della responsabilità genitoriale<sup>420</sup>.

L'articolo che ci interessa maggiormente ai fini dell'analisi dell'interpretazione dell'interesse del minore, come già detto, è l'art. 31 del t.u. denominato "Disposizioni in favore dei minori". Al primo comma si afferma che "il figlio minore dello straniero con questo convivente e regolarmente soggiornante segue la condizione giuridica del genitore con il quale convive ovvero la più favorevole tra quelle dei genitori con cui convive. Il minore che risulta affidato ai sensi dell'articolo 4 della legge 4 maggio 1983, n. 184 segue

<sup>418</sup> Da qui in avanti per brevità si indicherà con t.u. imm.

<sup>419</sup> Consultabile in *Dir., imm. e citt.*, 1/2015, p. 145 ss.

<sup>420</sup> Morozzo della Rocca P., 2016. *La condizione giuridica dei minori stranieri*, in Claudio Cottatellucci (a cura di), *Diritto di famiglia e minorile: istituti e questioni aperte*. Torino: Giappichelli, p. 321.

la condizione giuridica dello straniero al quale è affidato se più favorevole. Al minore è rilasciato un permesso di soggiorno per motivi familiari valido fino al compimento della maggiore età ovvero un permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo ai sensi dell'art. 9. L'assenza occasionale e temporanea dal territorio dello Stato non esclude il requisito di convivenza”.

Il comma 3 prevede che il Tribunale per i minorenni possa, per gravi motivi legati allo sviluppo psicofisico, in considerazione dell'età e delle condizioni di salute del bambino straniero presente sul territorio italiano, autorizzare l'ingresso o la permanenza di un familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle leggi contenute nel testo unico. Tale autorizzazione può essere revocata qualora cessino i gravi motivi che ne hanno giustificato il rilascio, o a causa di attività del familiare inconciliabili con le esigenze del minore o con la permanenza in Italia. L'articolo, infine, stabilisce che qualora un minore debba essere allontanato dal territorio, per esempio per seguire il genitore espulso, tale decisione debba essere adottata dal Tribunale per i minorenni su richiesta del questore e a patto che il provvedimento stesso non comporti un rischio di grave pregiudizio per il minore. Dal dettato della norma si può dedurre come l'interesse del minore costituisca “l'oggetto sostanziale del giudizio”<sup>421</sup>. L'autorizzazione ex art. 31 è tuttavia un provvedimento *temporaneo* che si inserisce in un intervento del giudice in deroga alla normativa generale del t.u. imm.

A tutela della categoria dei minori stranieri, al Tribunale per i minorenni sono demandate: la citata autorizzazione prevista dai commi terzo e quarto dell'articolo 31 del t.u. imm e la decisione in riferimento all'ordine di espulsione di un minore richiesta dal questore dato il generale divieto di espulsione dei soggetti minorenni ex art. 19. È importante sottolineare che l'art. 19 del t.u. afferma che “non è consentita l'espulsione, salvo che nei casi previsti dall'art. 13, comma 1<sup>422</sup>, nei confronti degli stranieri minori di anni diciotto, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi”. Il minore può essere espulso solo per motivi di ordine pubblico o per motivi legati alla sicurezza dello Stato<sup>423</sup>. Egli ha il diritto di seguire l'adulto a cui è affidato ma, salvo le eccezioni di cui sopra, non può essere espulso.

Gli articoli 32 e 33 completano le norme riferite ai minori stranieri fra cui sono incluse anche alcune disposizioni riferite ai minori stranieri non accompagnati in particolare per quanto riguarda la conversione dei loro permessi di soggiorno una volta raggiunta la maggiore età.

Riguardo alla domanda di ricerca relativa alla concretezza della definizione di interesse del minore inteso come standard giudiziario, l'art. 31 t.u. imm. di per sé richiede

---

<sup>421</sup> Morozzo della Rocca P., 2016. *Ibidem*, p. 328.

<sup>422</sup> L'espulsione amministrativa prevista dall'art. 13 opera per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato. Il Ministro dell'interno può disporre l'espulsione dello straniero anche non residente nel territorio dello Stato, dandone preventiva notizia al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro degli affari esteri.

<sup>423</sup> In tema sent. Trib. Min. Bologna, 18.11.2010, Cass. civ. Sez. VI - 1, Ord., 07.03.2016, n. 4400 e Trib. Min. Sassari, Decr., 05.01.2016.

una interpretazione del caso concreto in quanto norma eccezionale e derogatoria rispetto alla disciplina del t.u. imm. Essa, infatti, contiene una clausola generale, i cosiddetti “gravi motivi” che il giudice dovrà individuare caso per caso tenendo conto di quanto espresso all’articolo 28 per cui l’interesse del minore deve essere preso in considerazione in ogni decisione che riguardi i minorenni. Dunque, la riflessione sul principio dell’interesse del minore si concentrerà in questo capitolo prevalentemente sull’individuazione da parte dei giudici italiani dei cosiddetti “gravi motivi” ex art. 31 c. 3, la cui definizione dipende dal risultato del bilanciamento fra l’interesse del minore ed eventuali altri principi con cui esso deve essere ponderato. Come può dedursi dal complesso del testo unico, si può fin da ora anticipare che i principi con cui l’interesse del minore è stato bilanciato dalla giurisprudenza in questo ambito possono individuarsi nel rispetto della normativa statale sull’immigrazione, nella sicurezza dello Stato e nella difesa dei confini.

Per quanto riguarda la giurisprudenza relativa all’art. 31 c. 3, si sono formati principalmente due diversi orientamenti che hanno reso necessari vari interventi delle Sezioni Unite: un indirizzo restrittivo ha tendenzialmente salvaguardato l’interesse dello Stato alla sicurezza e al rispetto della normativa sull’immigrazione anche a discapito dell’interesse del minore, interpretando in maniera limitativa sia la clausola generale dei “gravi motivi” sia quella dei *best interests of the child*; un indirizzo estensivo, più recente, ha invece dimostrato di accordare al principio dell’interesse del minore un peso maggiore rispetto ai citati interessi dello Stato. I provvedimenti analizzati relativi ai casi ex art. 31 c. 3 t.u. che si vedranno nei prossimi paragrafi sono 65, a partire dall’entrata in vigore del t.u. imm. fino al 2018.

#### 4.2 *L’interesse del minore e l’indagine del caso concreto*

Dall’analisi dei 65 provvedimenti, in particolar modo degli interventi delle Sezioni Unite, è emerso come i *best interests of the child* siano individuati dalla giurisprudenza più recente a partire dall’indagine della situazione concreta del minore a cui il procedimento giudiziario si riferisce. Secondo la Corte di Cassazione, l’interesse del minore deve essere costruito a partire da un giudizio prognostico in ordine al possibile pregiudizio recato al minore dall’allontanamento del genitore o del minore stesso dall’Italia. Tuttavia questo indirizzo si è affermato con alcune difficoltà in quanto, in un primo momento, la Cassazione ha elaborato un’interpretazione limitativa del concetto di interesse del minore in materia di immigrazione, evitando di definire compiutamente cosa dovesse intendersi con la nozione di sviluppo psicofisico del minore e limitandosi ad affermare che l’autorizzazione ex art. 31 c. 3 t.u. imm. non potesse essere concessa in

presenza di situazioni che non fossero temporanee affinché non fosse elusa la normativa in materia di immigrazione (Cass. 14.06.2002 n. 8510)<sup>424</sup>.

Secondo questo primo orientamento le situazioni rientranti nella nozione di “gravi motivi” dovevano essere eccezionali, di conseguenza venivano esclusi solitamente dal novero dei gravi motivi inerenti lo sviluppo psicofisico del minore situazioni quali “lo sradicamento del minore dal contesto sociale in cui è sempre vissuto, la perdita delle cure e delle prospettive assistenziali, la privazione delle attività educative e scolastiche o in alternativa la disgregazione del nucleo familiare e la perdita degli affetti e delle cure genitoriali”<sup>425</sup>.

A tale indirizzo, con la decisione del 2006 di cui si dirà, se ne è contrapposto un altro che ha valorizzato la clausola dei *best interests of the child* come parametro di valutazione e chiave interpretativa della nozione di “gravi motivi”<sup>426</sup>. Rientra in questo orientamento il caso deciso dalle Sezioni Unite della Cassazione con sentenza del 16.10.2006 n. 22216, che ha origine dalla richiesta di un padre straniero al Tribunale per i minorenni di Ancona di sospendere e revocare il provvedimento di espulsione dal territorio nazionale in virtù delle esigenze di tutela della salute e della crescita della figlia minore. La bambina è iscritta nel permesso di soggiorno della madre, moglie del richiedente, e ha instaurato i suoi affetti in Italia. Il Tribunale, in primo grado, autorizza la permanenza in Italia dell'uomo mentre la Corte d'Appello di Ancona ne dispone la revoca valutando insussistenti i gravi motivi richiesti dall'art. 31 del t.u. imm.

La questione è rimessa alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Per i ricorrenti, il giudice di appello non avrebbe tenuto conto che il provvedimento revocato è fondato sull'esito di una consulenza tecnica d'ufficio la quale sostiene che, nel momento evolutivo vissuto dalla minore, la separazione da un genitore, l'avrebbe sottoposta ad un trauma rilevante compromettendone la crescita. La Cassazione accoglie il ricorso poiché “l'autorizzazione alla permanenza del ricorrente in territorio italiano non è stata fondata sulla mera constatazione della presenza in Italia di una figlia in tenera età, bensì sull'accertamento concreto del grave pregiudizio che alla minore sarebbe derivato dalla perdita improvvisa della figura paterna per effetto della sua espulsione”. La Cassazione precisa che dalla lettera dell'art. 31 devono individuarsi due fattispecie distinte: in primo luogo l'autorizzazione all'*ingresso* del familiare nel territorio italiano e in secondo luogo l'autorizzazione alla *permanenza* sul territorio nazionale. Entrambi i casi costituiscono deroghe alle regole generali della disciplina in materia di immigrazione qualora ricorrano gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore, tenuto conto della sua età e delle sue condizioni di salute individuabili in situazioni che non siano normali e stabilmente ricorrenti nella crescita di un minore (Cass. 17.09.2001, n. 11624; 19.03.2002, n. 3991; 21.06.2002, n. 9088; 14.11.2003, n. 17194).

---

<sup>424</sup> Miazzi L., 2004. Superiore interesse del minore straniero e autorizzazione alla permanenza del familiare. *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 4: 54.

<sup>425</sup> Miazzi L., 2004. *Ibidem*, p. 55.

<sup>426</sup> Miazzi L., 2004. *Ibidem*, p. 56.



I presupposti delle due fattispecie individuate sono diversi: a differenza della richiesta di ingresso nel territorio nazionale, in cui il motivo deve caratterizzarsi per l'emergenza e l'attualità, nel caso in cui un familiare sia già presente in Italia, l'interpretazione del concetto di gravi motivi dovrà ritenersi più estensiva lasciando maggiore spazio alla valutazione dell'interesse del minore attraverso un giudizio prognostico. In ogni caso, fra i gravi motivi non possono essere ricomprese situazioni normali e stabili. Per la Corte, infatti, "la presenza dei gravi motivi deve essere puntualmente dedotta dal ricorrente e accertata dal Tribunale per i minorenni come emergenza attuale solo nell'ipotesi di richiesta di autorizzazione all'ingresso del familiare nel territorio nazionale in deroga alla disciplina generale dell'immigrazione; ciò non vale sempre, invece, nell'ipotesi in cui - come nella specie - venga richiesta l'autorizzazione alla permanenza del familiare che diversamente dovrebbe essere espulso, poiché la situazione eccezionale nella quale vanno ravvisati i gravi motivi può essere attuale, ma può anche essere dedotta quale conseguenza dell'allontanamento improvviso del familiare sin allora presente e cioè di una situazione futura ed eventuale rimessa all'accertamento del giudice minorile". La Suprema Corte, in conclusione, conferma la decisione del giudice di primo grado, cassando il provvedimento di appello in quanto il giudice di prime cure ha autorizzato la permanenza del ricorrente in Italia non "per il solo fatto della presenza di una figlia in tenera età", ma accertando, attraverso consulenza tecnica, il grave danno recato alla minore da una perdita improvvisa del genitore.

La sentenza della prima sezione della Cassazione del 6.12.2006 n. 26175 si allinea all'indirizzo espresso dalle Sezioni Unite in merito ad un caso in cui la Corte d'Appello ha revocato il decreto con il quale il giudice di prime cure ha autorizzato i genitori di un minore a rimanere in Italia per cinque anni a causa delle gravi esigenze psico-fisiche del figlio. Per la Corte d'Appello, i gravi motivi di cui all'art. 31 del t.u. imm. non possono identificarsi con la minore età del bambino in sé, né nella circostanza che in Italia il minore goda di una vita migliore rispetto a quella del paese d'origine, né nel diritto all'unità familiare, tutte situazioni non configurabili come emergenze o pericoli attuali. Per i giudici di seconde cure l'autorizzazione non può trasformarsi in un modo alternativo all'ottenimento di un permesso di soggiorno eludendo la normativa, né fungere da sanatoria dell'ingresso o della permanenza del familiare basata sulla sola circostanza che il suo congiunto sia un minore che si trovi in Italia. Se così non fosse sarebbe sufficiente tenere con sé un minore proprio congiunto per potere legalmente rimanere in Italia attuando una sorta di strumentalizzazione dell'infanzia. Nel caso di specie, la Corte d'Appello, pur ritenendo prevedibili possibili disagi, non ha considerato integrati i gravi motivi richiesti dalla norma.

La madre del minore ricorre in Cassazione per violazione e falsa applicazione dell'art 31 c. 3 t.u. adducendo che il pregiudizio per il minore deriverebbe dal fatto che questi, nel caso in cui seguisse i genitori espulsi, sarebbe sradicato dal contesto in cui vive, mentre, ove si decidesse la sua permanenza in Italia, sarebbe separato dai genitori. La Cassazione giudica il ricorso fondato alla luce di quanto affermato dalle Sezioni Unite

della Cassazione (sent. 22216/2006) secondo cui, come già detto, in riferimento alla presenza di gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore, l'attualità della situazione pregiudizievole deve avere rilevanza solo nel caso in cui sia chiesto l'ingresso nel territorio. Invece, in caso la richiesta riguardi la permanenza di chi si trovi già nel territorio nazionale, la situazione eccezionale può essere dedotta anche quale conseguenza dell'allontanamento improvviso del familiare sino ad allora presente e dunque da una situazione futura ed eventuale rimessa all'accertamento del giudice minorile. Per la Cassazione, dunque, la Corte d'Appello ha fornito un'interpretazione troppo limitativa del concetto di "gravi motivi" non tenendo in giusta considerazione l'interesse del minore.

Una grande rilevanza per la materia in esame ha avuto la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 25.10.2010 n. 21799, la quale, riscontrando indirizzi discordanti nell'interpretazione delle norme in esame, ha cercato di chiarire la portata della clausola dei gravi motivi alla luce del principio dell'interesse del minore. La vicenda ha origine dal rigetto da parte del Tribunale per i minorenni e della Corte d'Appello di Perugia dell'istanza di una madre di poter permanere nel territorio nazionale ai sensi dell'art. 31 t.u. imm. nell'interesse dei tre figli minori affidati ad una famiglia. Entrambi i collegi di merito non ritengono il bisogno del minore di avere accanto il genitore durante la propria infanzia un grave motivo idoneo a consentire l'autorizzazione alla permanenza di un familiare nel territorio dello Stato difettando i caratteri di eccezionalità e transitorietà della situazione. Secondo i giudici di merito, la condotta della madre, condannata per il reato di sfruttamento della prostituzione e destinataria di un provvedimento di espulsione, dimostra una scarsa attenzione verso le esigenze dei figli tanto che si è ritenuto necessario l'intervento dei Servizi sociali e l'affidamento eterofamiliare.

La Cassazione, riscontrato un contrasto interpretativo circa la definizione dei gravi motivi idonei ex art. 31 t.u. imm., in riferimento alla realizzazione dell'interesse del minore, rimette la questione alle Sezioni Unite con ord. 14.04.2010 n. 8882. Le Sezioni Unite danno conto di due principali orientamenti sviluppatasi in tema. In primo luogo si è formato un indirizzo restrittivo di "gravi motivi" prevalente fino alla pronuncia delle Sezioni Unite del 22216/2006, il quale ritiene che le condizioni previste dall'art. 31 c.3 siano configurabili solo quando sia accertata l'esistenza di una "situazione d'emergenza", derivante dalla mancanza o dall'allontanamento improvviso del genitore, che ponga in grave pericolo lo sviluppo normale della personalità del minore. L'indirizzo è stato poi corretto dalla sentenza 22216 del 2006 che, come detto, ritiene sufficiente che si prospetti una situazione eccezionale e non di emergenza. Di conseguenza, tali motivi non possono ravvisarsi nelle "ordinarie necessità di accompagnarne il processo d'integrazione ed il percorso educativo, formativo e scolastico, trattandosi di esigenze incompatibili con la natura temporanea ed eccezionale dell'autorizzazione, che viene concessa in deroga all'ordinario regime giuridico dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri".

In un secondo momento si è formato invece un indirizzo tendenzialmente più estensivo del concetto di "gravi motivi". In particolare, le sentenze della Cassazione n. 22080/2009

e n. 823/2010, in aperto contrasto con le sentenze precedenti, sostengono che la temporanea autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare del minore non postuli necessariamente l'esistenza di situazioni di emergenza o eccezionali, "potendo essere connessa anche soltanto alla tenerissima età del minore, tenuto conto della grave compromissione e del sicuro danno all'equilibrio psico-fisico che determina in tale situazione l'allontanamento o la mancanza di uno dei genitori nonché la conseguente impossibilità di avere rapporti con lui e di poterlo anche soltanto vedere". Queste ultime decisioni riflettono "un'idea promotiva dello sviluppo del fanciullo che ne prenda in considerazione il preminente interesse in relazione all'età e/o alle condizioni di salute anche psichiche nonché al pregiudizio che gli può derivare comunque dall'allontanamento forzato dei familiari".

Nel prosieguo della propria motivazione, le Sezioni Unite delineano il quadro normativo posto a tutela dei minorenni individuandone il fondamento negli artt. 29, 30 e 31 Cost. che tutelano la famiglia, soprattutto quale luogo privilegiato di crescita della personalità del minore, e negli artt. 9 e seguenti della Convenzione di New York che, come ribadito dalla Corte Costituzionale (sent. 376/2000), protegge in modo particolare il diritto dei minori all'unità familiare. Altre norme sono identificate nella Direttiva 2003/86/CE relativa al ricongiungimento familiare di cittadini di paesi terzi, nell'art. 8 della Cedu, e negli art. 7 e 24 della Carta di Nizza rispettivamente concernenti il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare e il diritto del minore alle cure necessarie e di intrattenere regolarmente relazioni e contatti diretti con i genitori, salvo che ciò appaia contrario al suo interesse.

L'interpretazione del testo unico immigrazione, a parere delle Sezioni Unite, deve contemperare i diversi interessi generali ed individuali previsti sia dalla normativa sull'immigrazione tenendo conto delle esigenze di protezione dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale sia dalla normativa che tutela le famiglie e i minori immigrati.

In riferimento alla necessità di operare un bilanciamento fra l'interesse del minore e quello dello Stato alla sicurezza e al rispetto della propria normativa in materia di immigrazione, la Suprema Corte richiama sia la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE sia quella della Corte Edu. La prima, in riferimento al ricongiungimento familiare, ha formulato una serie di criteri interpretativi evidenziando alcuni indici più significativi e prioritari come la durata dei rapporti, la loro stabilità, il radicamento del nucleo familiare e in particolare dei minori, le necessità reddituali e di alloggio (sent. 4 marzo 2010, procedimento C-578/2008). La Corte Edu ha disconosciuto natura di diritto assoluto al diritto alla vita privata e familiare, dichiarando che questo può essere sacrificato in base a politiche statali di regolamentazione dell'immigrazione i cui interventi tuttavia devono rispettare i parametri della proporzionalità e della necessità<sup>427</sup>.

Alla luce di tali principi, il testo unico del 1998 tutela il minore attraverso il divieto di espulsione degli stranieri minori di 18 anni, delle madri nei successivi sei mesi alla nascita

---

<sup>427</sup> Corte Edu, 24 novembre 2009, Omojudi; 22 marzo 2007, Maslov; 18 ottobre 2006, Üner; 27 ottobre 2005, Keles; 17 aprile 2003, Yilmaz; 11 luglio 2002, Amrollahi; 20 novembre 1999, Baghli.

e attraverso il ricongiungimento familiare che tutela il diritto all'unità della famiglia. Tuttavia il ricongiungimento è sottoposto alle condizioni sostanziali e procedurali degli art. 29 e 30 come visto nel primo paragrafo<sup>428</sup>.

In questo quadro l'art. 31 c. 3 svolge una funzione di norma di chiusura del sistema di tutela dei minori stranieri fondato in via ordinaria sull'istituto del ricongiungimento familiare prevedendo un'eccezione alla disciplina sull'ingresso e sul soggiorno dello straniero qualora debba essere salvaguardato il preminente interesse del minore in situazioni in cui "l'allontanamento suo o di un suo familiare potrebbe pregiudicarne gravemente l'integrità fisio-psichica". Per le Sezioni Unite tale disposizione "attua, completa ed esaurisce il bilanciamento necessario ed equilibrato tra il rispetto alla vita familiare del minore che i pubblici poteri sono tenuti a proteggere e promuovere e l'interesse pubblico generale alla sicurezza del territorio e del controllo delle frontiere che richiede soprattutto il rispetto delle norme sull'immigrazione da parte dei soggetti ad essa sottoposti".

Dunque, le Sezioni Unite della Suprema Corte non condividono l'indirizzo cosiddetto restrittivo che, travalicando la lettera della legge, qualifica la norma come "eccezionale" o la correla a requisiti di emergenza o estremo pericolo per la salute fisica del minore. L'art. 31 deve trovare applicazione "tutte le volte in cui è invocabile il presupposto sostanziale legittimante del grave motivo connesso allo sviluppo psicofisico del titolare del diritto". Per la Cassazione tuttavia è inaccettabile la funzione che parte della giurisprudenza (Cass. 22080/2009 e 823/2010) attribuisce alla norma art. 31 t.u. imm. la quale derogherebbe alla disciplina del ricongiungimento in modo automatico ogni volta in cui, per effetto dell'espulsione del genitore irregolare, si verifici la rottura dell'unità familiare comprendente un minore, "muovendo dal presupposto che quest'ultima comporti per lui sempre e comunque un danno psichico". Un'operazione interpretativa di questo genere trasformerebbe la deroga in una regola "impedendo di conseguenza l'allontanamento per tutta la durata della minore età o, come sostenuto da alcune decisioni, per la durata dell'intero percorso scolastico". Una lettura così estensiva della norma risulterebbe incompatibile con l'intero sistema delle fonti costituzionali, comunitarie ed internazionali introduttive dei criteri di bilanciamento le quali non considerano affatto esclusivo e sempre gerarchicamente prevalente il principio dell'interesse del minore pur raccomandandone la considerazione anche in tema di disciplina riguardante l'immigrazione. Inoltre, sarebbe inconciliabile con la normativa del t.u. imm. che, all'art. 19, comma 2, lett. a), non consente l'espulsione degli stranieri minori degli anni 18 ma tollera invece quella dei suoi familiari. Per le Sezioni Unite l'orientamento estensivo rischia di trascurare l'operazione di bilanciamento dei diversi interessi in gioco.

Per le Sezioni Unite "la tecnica di normazione a clausola generale dell'art. 31 induce a comprendervi qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile ed oggettivamente grave

---

<sup>428</sup> Tale scelta è stata ritenuta legittima dalla Corte Costituzionale nelle sentenze n. 28 del 1995, n. 203 del 1997 e n. 232 del 2001.

che, in considerazione dell'età o delle condizioni di salute ricollegabili al complessivo equilibrio psico-fisico, deriva, o è altamente probabile deriverà al minore, dall'allontanamento del familiare o dal suo definitivo sradicamento dall'ambiente in cui è cresciuto. Si tratta, all'evidenza, di situazioni che non si prestano ad essere preventivamente catalogate e standardizzate, ma richiedono un'indagine svolta in modo individualizzato, peraltro da parte di un organo specializzato, tenendo conto della peculiarità delle situazioni prospettate, nonché di ogni possibile variabile - come l'età, le condizioni di salute, la presenza o meno dell'altro genitore e la situazione della famiglia - e di qualsiasi altro fattore idoneo a consentire l'operazione di corretto bilanciamento degli interessi richiesta dalla norma". Le Sezioni Unite concludono che il giudice minorile debba accertare l'esistenza di un rapporto affettivo significativo<sup>429</sup>, al di là del dato meramente biologico, fra il genitore richiedente l'autorizzazione e il minore e verificare che il familiare abbia effettivamente esercitato la propria funzione genitoriale a beneficio del minore per cui l'improvvisa interruzione avrebbe costituito un danno per lo sviluppo del bambino. Qualora venga accertato tale rapporto, il minore ha interesse a non vedersi privato in modo traumatico della figura parentale fino ad allora presente nella propria vita. Per i giudici "si tratta, infatti, secondo la giurisprudenza di questa Corte del riconoscimento di un diritto soggettivo a titolarità multipla, avente ad oggetto quel particolare bene della vita costituito dall'unità della famiglia e della reciproca assistenza tra i suoi membri, sebbene in subordine ed in funzione del superiore interesse del minore (Cass. 396/2006)". Se così non fosse si rischierebbe di introdurre una "modalità anomala di legittimazione del soggiorno di famiglie di stranieri attraverso non già la tutela, ma una forma di strumentalizzazione dell'infanzia che di fatto convertirebbe i diritti dei fanciulli in privilegio per i genitori non regolarmente soggiornanti sostanzialmente traducendosi in una vera e propria sanatoria permanente di immigrati presenti irregolarmente sul territorio nazionale".

Alla luce di quanto affermato, le Sezioni Unite cassano il provvedimento con rinvio, sostenendo che nessuna delle predette indagini sia stata eseguita dai giudici di merito i quali si sono limitati ad invocare i principi enunciati dall'indirizzo restrittivo, "ricordando la condanna definitiva della ricorrente per il reato di sfruttamento della prostituzione, nonché il provvedimento di affidamento dei figli ad una famiglia italiana, senza esaminare i successivi rapporti con la madre e neppure se e quale pregiudizio agli stessi sarebbe derivato dall'espulsione di quest'ultima". In conclusione, la Corte enuncia il seguente principio di diritto: "la temporanea autorizzazione alla permanenza in Italia del familiare del minore, prevista dal D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 31, in presenza di gravi motivi connessi al suo sviluppo psico-fisico, non postula necessariamente l'esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali strettamente collegate alla sua salute, potendo comprendere qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile ed oggettivamente grave che in considerazione dell'età o delle condizioni di salute

---

<sup>429</sup> Così anche nella sentenza della Corte Edu del 2.08.2001, *Boultif c. Svizzera*.

ricollegabili al complessivo equilibrio psico-fisico deriva o deriverà certamente al minore dall'allontanamento del familiare o dal suo definitivo sradicamento dall'ambiente in cui è cresciuto. Trattasi di situazioni di per sé non di lunga o indeterminabile durata, e non aventi tendenziale stabilità che pur non prestandosi ad essere preventivamente catalogate e standardizzate, si concretano in eventi traumatici e non prevedibili nella vita del fanciullo che necessariamente trascendono il normale e comprensibile disagio del rimpatrio suo o del suo familiare”.

Nel caso affrontato dalla sentenza gemella delle Sezioni Unite del 25.10.2010 n. 21803, il Tribunale per i minorenni di Milano ha concesso al genitore di un minore l'autorizzazione temporanea alla permanenza per un periodo di 3 mesi sul territorio nazionale ai sensi del d.lgs. n. 286 del 1998, art. 31 t.u. imm. nell'interesse del figlio. La Corte d'Appello ha revocato tale provvedimento in quanto non ha ritenuto sussistenti i gravi motivi richiesti dalla norma da individuarsi in situazioni eccezionali e transitorie connesse a generali esigenze del suo sviluppo fisico. Con ordinanza del 14 aprile 2010 n. 8881 la Corte di Cassazione, investita della questione, rimette la questione alle Sezioni Unite constatata l'esistenza del contrasto, di cui si è già parlato, all'interno della prima sezione in riferimento all'interpretazione dei gravi motivi richiesti dall'art. 31 t.u. imm. Il padre dei minori impugna la sentenza della Corte d'Appello per avere recepito un'interpretazione restrittiva dell'art. 31 senza considerare che i gravi motivi in oggetto non possono essere limitati a situazioni eccezionali e transitorie dovendo tutelare, invece, la conservazione del nucleo familiare e lo sradicamento del minore dal contesto in cui è vissuto. Inoltre, il ricorrente lamenta che la Corte non ha preso in considerazione le risultanze della consulenza tecnica che sconsigliava l'allontanamento del minore dal padre. La motivazione della sentenza è sostanzialmente identica alla pronuncia delle Sezioni Unite del 25.10.2010 n. 21799. Per la Cassazione, la Corte di merito non ha effettuato sufficienti indagini nel caso concreto limitandosi ad invocare il principio enunciato dall'indirizzo restrittivo. La Corte d'Appello avrebbe omesso di analizzare il caso concreto e le relative risultanze istruttorie fra cui una consulenza tecnica eseguita dai giudici del primo grado. Sarebbe stata omessa un'indagine dei rapporti tra il minore ed il ricorrente, trascurando di accertare se e quale pregiudizio sarebbe derivato al minore dall'espulsione del genitore.

Le due sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione cassano le pronunce di merito per l'assenza di un *giudizio prognostico*. Tale circostanza si è riproposta all'attenzione della prima sezione della Suprema Corte nella sentenza del 21.6.2013 n. 15676<sup>430</sup>. La Corte d'Appello rifiuta di autorizzare i genitori di due minori di 12 e 10 anni non riscontrando la presenza di gravi motivi se non un generico disagio dovuto al trasferimento in altro Stato con la conseguente interruzione dei percorsi educativi già iniziati in Italia.

---

<sup>430</sup> Diritto, immigrazione e cittadinanza XV, 3/2013, p. 191.

Esaminata la questione, la Cassazione, accogliendo il ricorso e rinviando la causa al giudice del merito, constata l'assenza di una indagine volta all'apprezzamento del possibile danno derivato dall'allontanamento di un genitore in quanto il decreto impugnato conferma il provvedimento del Tribunale principalmente "invocando il principio restrittivo per cui l'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare del minore straniero (situazioni che invece andavano differenziate) può essere rilasciata solo in condizioni di emergenza ovvero in circostanze contingenti ed eccezionali per quest'ultimo".

Nel caso esaminato dalla sezione VI della Cassazione con ordinanza del 8.06.2016 n. 11788, il Tribunale e la Corte d'Appello hanno rigettato il ricorso di un padre il quale ha chiesto di poter temporaneamente permanere in Italia in quanto la figlia era affetta da un ritardo nel linguaggio e un'impossibilità di deambulazione autonoma. Il Tribunale ha rifiutato l'autorizzazione in quanto il padre era stato condannato per violenza sessuale, mentre la Corte d'Appello ha evidenziato che la condizione della minore, essendo di natura stabile, non risultava rientrare nella categoria di gravi motivi. Per la Corte la *ratio* dell'art. 31 non mira alla salvaguardia del generale diritto alla convivenza tra genitori e figli ma è volto alla tutela di specifiche situazioni pregiudizievoli che possano gravemente compromettere lo sviluppo del minore. Inoltre, la Corte osserva che le difficoltà di deambulazione non manifestavano tuttavia una situazione di emergenza o la necessità che la minore fosse curata in Italia.

Per la Cassazione, alla luce di tale documentazione, la minore risulta affetta da "notevole ritardo nello sviluppo psico-motorio, da ritardo nel linguaggio, incapacità a deambulare, ipotonia marcata, strabismo e deficit visivo, oltre che epilessia parziale secondariamente generalizzata in sindrome malformativa. È stato riscontrato da documentazione del 2014 ritardo costituzionale crescita/pubertà, sindrome polimalformativa in fase di definizione diagnostica, cardiopatia congenita operata". Secondo la Suprema Corte si tratta "di condizioni che integrano perfettamente il parametro normativo, essendo tutt'altro che ordinarie e generali, trattandosi di un quadro complesso e non modesto che richiede il costante intervento paterno". Alla luce di quanto espresso nella citata sentenza delle Sezioni Unite n. 21799 del 2010, la Suprema Corte cassa la pronuncia della Corte d'Appello in quanto non è stato svolto tale giudizio prognostico "tanto più necessario per il quadro di patologie non banale ascrivibile alla minore e per i tratti di personalità paterna desumibili dalla non contestata grave condanna penale, da eseguirsi presumibilmente con consulenza tecnica d'ufficio".

In un altro caso, con ricorso alla Corte di Cassazione (ord. del 29.01.2016 n. 1824)<sup>431</sup>, i genitori di due bambini di 6 e 3 anni chiedono di essere autorizzati ex art. 31 c. 3 a permanere nel territorio nazionale ma entrambi i gradi di merito rigettano l'istanza non ritenendo ravvisabile un pregiudizio per l'interesse dei bambini. La Cassazione rileva nel caso di specie la totale mancanza di un giudizio prognostico che tenga conto in concreto

---

<sup>431</sup> Diritto, immigrazione e cittadinanza XVII, 3-4/2015, p. 311.

delle caratteristiche dei minori come l'età, la nascita, il luogo di allontanamento dei genitori e la concreta possibilità di contatti. Inoltre, la Cassazione esclude la possibilità che i minori possano espatriare con i genitori, in quanto tale ipotesi non deve essere valutabile dal giudice "in virtù del divieto di espulsione dei minori vigente nel nostro ordinamento e del conseguente diritto costituzionalmente e convenzionalmente garantito dei minori di soggiornare in Italia unitamente ai genitori ove ricorrano le condizioni di legge".

I giudici riaffermano la *ratio* dell'art. 31 c. 3 quale strumento di tutela dei *best interests of the child* e dell'unità familiare in funzione del benessere del minore e sottolineano l'importanza del diritto all'unità familiare il quale deve essere bilanciato, attraverso un giudizio prognostico, con gli interessi pubblici statuali. Alla luce di ciò la Suprema Corte ritiene che "un minore nato da pochi anni in Italia da cittadini stranieri di nazionalità cinese, verosimilmente condivide con il proprio nucleo familiare la quasi totalità della propria esistenza, non avendo a causa dell'età e della nazionalità straniera dei genitori molti altri poli affettivi di riferimento. Nello stesso tempo il paese in cui è nato costituisce l'unico habitat ambientale che conosce e nel quale ha iniziato la propria esistenza e sviluppato la propria personalità sotto il profilo cognitivo e relazionale. Il grado di elaborazione dei cambiamenti traumatici è verosimilmente proporzionale alla crescita". In conclusione, tali fattori sono stati omessi dal giudizio prognostico effettuato dalla Corte territoriale, motivo per il quale il giudice di legittimità accoglie il ricorso cassando il provvedimento con rinvio.

L'importanza di un giudizio prognostico legato al caso concreto è ribadita dalla sesta sezione della Cassazione (sent. del 5.3.2018, n. 5084<sup>432</sup>) in tema di valutazione del danno conseguente all'allontanamento dei genitori o allo sradicamento del minore ai fini dell'autorizzazione al soggiorno ex art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998. Il giudizio non deve trascurare l'età del minore, il grado di radicamento nel nostro paese e le concrete possibilità di mantenere un rapporto con i genitori nell'ipotesi di rimpatrio dei medesimi.

#### 4.3 Casi di richiesta di autorizzazione ex art. 31 c.3 del testo unico immigrazione

Dopo aver osservato come, specialmente in seguito all'intervento delle Sezioni Unite del 2010, la più recente giurisprudenza di legittimità sostenga la centralità di una valutazione in concreto dell'interesse del minore, ci si occuperà dell'individuazione delle principali situazioni valutate dalla giurisprudenza come integranti i gravi motivi ex art. 31 c.3.

Come si potrà constatare, i giudici non hanno sempre interpretato tali norme in modo unanime ed hanno bilanciato diversamente gli interessi in gioco. L'interpretazione che emerge dai provvedimenti intervenuti prima della sentenza n. 21799 del 2010 della

---

<sup>432</sup> Diritto, immigrazione e cittadinanza, 1/2018 ([www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it](http://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it)).



Cassazione è difforme rispetto a quella delle decisioni intervenute nel periodo seguente: le seconde sembrano tenere in maggiore considerazione rispetto alle prime la valutazione del caso concreto che vede coinvolto il soggetto minorenni, seguendo le indicazioni ribadite dalla Suprema Corte.

La prima circostanza analizzata sottoposta alla giurisprudenza riguarda la frequenza della scuola dell'obbligo da parte di un minore straniero. Nel caso esaminato dalla prima sezione della Cassazione con sentenza del 14.06.2002 n. 8511, il Tribunale per i minorenni di Ancona ha autorizzato i genitori stranieri di due minori stranieri a permanere nel territorio nazionale per sei mesi in virtù di gravi motivi individuati dai giudici nell'*adempimento dell'obbligo scolastico* di uno dei due bambini.

La Corte d'Appello revoca il provvedimento sostenendo che i gravi motivi richiesti dall'art. 31 c.3 debbano essere individuati in situazioni di emergenza e di pericolo attuale per il minore e, dunque, non ravvisabili nella semplice esigenza del minore di godere in Italia di migliori opportunità di crescita rispetto a quelle del suo paese d'origine o di garantire l'unità familiare. Per la Corte, inoltre, il minore aveva il diritto di seguire il proprio genitore espulso. A parere dei giudici di appello, un'interpretazione estensiva della norma invertirebbe la regola generale per cui "il bambino segue normalmente la condizione dei genitori, non viceversa, senza che ciò sia giustificato dal superiore interesse del minore, che non consiste in una norma sovraordinata alle altre, bensì costituisce un semplice criterio interpretativo di esse". Contro questa decisione i genitori presentano ricorso in Cassazione lamentando la violazione e falsa applicazione dell'art. 31 c. 3 t.u. 286/1998.

La Cassazione, confermando la decisione di merito, afferma che la necessità di un'interpretazione rigorosa discende dal rischio che gli adulti possano profittare strumentalmente della legislazione in tema di diritti dei minori, fra cui è richiamata la Convenzione di New York del 1989, al fine di ottenere autorizzazioni indebite all'ingresso o alla permanenza nel territorio nazionale. Dunque, devono essere tutelati esclusivamente i casi contingenti ed eccezionali, non potendo trovare riconoscimento situazioni con carattere di normalità e stabilità (Cass. nn. 3991/2002, 11624/2001). In conclusione, "l'autorizzazione non può essere concessa in presenza di situazioni di indeterminabile o di lunghissima durata, come il compimento dell'intero processo educativo-formativo del minore, chiaramente esorbitanti dalla lettera e dalla *ratio legis*, nonché suscettibili di produrre l'effetto anomalo di eludere la disciplina dell'immigrazione legittimando ingressi o soggiorni illeciti". Tale interpretazione rigorosa non deve vanificare la tutela delle speciali esigenze dell'infanzia resa evidente dalla previsione da parte del legislatore di eccezioni alle regole generali in virtù dell'interesse del minore. Tuttavia la Corte precisa che "le esigenze connesse al pieno e corretto sviluppo psico-fisico del minore non debbono essere generiche, bensì determinate da motivi gravi, cioè corrispondenti alla necessità di evitare al fanciullo traumi suscettibili di danneggiarne irreversibilmente lo sviluppo, anche deprivandolo bruscamente della fruizione di diritti fondamentali, riconosciuti dalla legge a prescindere

dalla sua condizione di straniero (così, per il diritto alla salute, menzionato indirettamente dalla norma in esame, l'articolo 35, co. 3, lett. b; per il diritto all'istruzione obbligatoria, l'articolo 38 c. 1, e l'articolo 45 del D.P.R. 31 agosto 1999, n. 394)".

Per la Cassazione il decreto impugnato, pur pervenendo nel caso concreto ad una decisione conforme al diritto, ha adottato un'erronea interpretazione della legge sostenendo che le situazioni rientranti nei "gravi motivi" dovessero essere caratterizzate da emergenza e attualità, espressioni che in realtà non trovano riscontro nell'art. 31 e la cui interpretazione risulterebbe fin troppo restrittiva rispetto alla *ratio* della norma. L'interpretazione corretta deve invece fare riferimento a "circostanze contingenti ed eccezionali" contrastanti di per sé con i concetti di normalità e di stabilità. Per la Corte, infatti, il Legislatore non intendeva proteggere il minore straniero "ad ogni costo [...], essendo anzi limitata e circoscritta positivamente tale garanzia [...] ai casi eccezionali e contingenti ammessi dal più volte citato articolo 31".

La Cassazione conferma tale orientamento nella decisione della prima sezione del 14.12.2003 n. 17194. I genitori di un minore chiedono al Tribunale per i minorenni di Bologna, ai sensi dell'art. 31 c. 3 di essere autorizzati alla permanenza in Italia al fine di permettere al figlio di completare la scuola dell'obbligo. Il giudice adito (decreto 24/27.09.2001) rigetta il ricorso valutandolo un tentativo da parte dei genitori di aggirare la disciplina in materia di immigrazione. Anche la Corte di Appello di Bologna respinge l'istanza non riscontrando "motivi di carattere straordinario e temporaneo tali da rendere necessaria la presenza di una persona di famiglia accanto al minore".

La Cassazione, che investita della questione non accoglie il ricorso, afferma che devono intendersi per gravi motivi solo condizioni di emergenza e di circostanze contingenti ed eccezionali che pongano in grave pericolo lo sviluppo normale della personalità del minore tanto da richiedere la presenza del genitore nel territorio dello Stato, non potendo tutelare situazioni che presentino carattere di normalità e di tendenziale stabilità. In ragione di ordinarie esigenze di scolarizzazione o di salvaguardia di una situazione di integrazione nel tessuto sociale non sarebbe possibile richiedere l'autorizzazione ex art. 31 t.u. imm. Il diritto del minore di crescere e di essere educato nell'ambito della propria famiglia sarebbe in ogni caso salvaguardato dall'art. 19 c. 2 lett. a) del d.lgs. 286 del 1998 che prevede il diritto di seguire il genitore espulso nel luogo di destinazione (Cass. 11624/2001; Cass. 9088/2002).

Un altro caso sottoposto all'attenzione dei giudici riguarda il diritto del minore alla *bigenitorialità*. Nel caso di cui si occupa la Cassazione con l'ordinanza del 25.02.2013 n. 4721, la Corte d'Appello di Milano respinge l'autorizzazione alla permanenza in Italia, ai sensi del d.lgs. n. 286 del 1998, art. 31, comma 3, richiesta da un padre al fine di poter vivere con i propri figli minori e con la loro madre non riscontrando alcun grave motivo. La Cassazione rigetta il ricorso a causa della "mancanza di deduzioni specifiche riguardanti il grave disagio psichico dei minori, non essendo sufficiente al riguardo la mera indicazione della necessità di entrambe le figure genitoriali".

Nel caso esaminato dalla Corte d'Appello di Bologna (decr. 11.04.2016), al reclamante, padre di tre figli, non è rinnovato il permesso di soggiorno per lavoro subordinato in seguito alle condanne penali riportate legate alla passata tossicodipendenza. Al momento della richiesta di autorizzazione l'uomo si sta sottoponendo ad un programma del SERT e non è stato possibile assumerlo in una cooperativa a causa della mancanza di permesso di soggiorno. Per la Corte, sulla base di quanto affermato dalle Sezioni Unite della Cassazione (sent. del 25.10.2010 n. 21799 e n. 21803) sono presenti i presupposti per l'accoglimento del reclamo.

I minori hanno frequentato la scuola elementare e la scuola media in Italia, il secondo con difficoltà di apprendimento nell'area logico matematica. La madre, titolare di permesso di soggiorno, lavorava come badante ma al momento del procedimento risultava disoccupata e saltuariamente lavorava con un contratto a chiamata. Per i giudici non può essere considerato un grave motivo il generico bisogno di ogni minore di crescere in una famiglia composta da entrambi i genitori ed inoltre le gravi condotte del padre apparivano "del tutto incompatibili con un adeguato esercizio delle funzioni genitoriali". La Corte ritiene i figli minori, in considerazione dell'età e della condizione personale, "adeguatamente tutelati dalla possibilità di restare in Italia con la madre".

Nel caso deciso dalla sentenza della sezione prima della Cassazione del 16.10.2009, n. 22080, la madre di un minore è autorizzata dal Tribunale per i minorenni di Milano, ex art. 31 d.lgs. 286/1998, alla permanenza in Italia accanto al figlio minore. Il marito, già titolare di permesso di soggiorno, è successivamente autorizzato anch'egli a permanere nel territorio nazionale ex art. 31 per due anni. La Corte d'Appello, accogliendo l'impugnazione del PM, revoca il provvedimento, di conseguenza la donna propone ricorso in Cassazione lamentando la violazione o falsa applicazione dell'art. 31 del t.u. imm.

Per la Cassazione "la norma evidenzia chiaramente l'interesse tutelato, il diritto del minore alla famiglia, a mantenere rapporti continuativi con entrambi i genitori", il quale trova riscontro in testi normativi nazionali ed internazionali. A tutela del minore infatti si pongono l'art. 30, l'art. 31, l'art. 34 Cost, come pure gli artt. 2 e 3 Cost. che tutelano i diritti fondamentali del minore in quanto persona anche nelle formazioni sociali in cui è inserito ed impegnano lo Stato a garantire lo sviluppo della sua personalità. Sul piano internazionale si trovano la Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1989 e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nota come Carta di Nizza del 2000. Viene citata inoltre la legge n. 184 del 1983 che all'art. 1 enuncia il diritto del minore a crescere ed essere educato nella propria famiglia e l'art. 155 c.c. che enuncia il diritto alla bigenitorialità.

Per il giudice di seconde cure la permanenza del minore in Italia è garantita dalla presenza del padre, non sussistendo invece le condizioni di carattere eccezionale, in riferimento alla salute del minore, per la permanenza della madre nel territorio italiano.

Per la Cassazione l'argomentazione della Corte d'Appello non può essere condivisibile "tanto riguardo alla lettera che alla *ratio* della disposizione in esame". A

parere della Suprema Corte l'art. 31 t.u. “non tratta di situazioni eccezionali o eccezionalissime, necessariamente collegate alla salute del minore (malattie, disabilità, ecc.), ma più semplicemente di gravi motivi, connessi con lo sviluppo psicofisico [...], che vanno valutati, tenendo conto delle condizioni di salute [...] e dell'età del minore”. Per la Suprema Corte, la *ratio* dell'art. 31 è da individuarsi “in una incisiva protezione del diritto del minore alla famiglia e a mantenere rapporti continuativi con entrambi i genitori”. Alla luce di ciò, la Cassazione accoglie il ricorso e autorizza la presenza della donna in Italia per due anni.

Argomentazioni simili si trovano nella sentenza del 19.01.2010 n. 823 della prima sezione della Cassazione. La Corte d'Appello di Milano ha revocato il decreto che autorizza il padre di due minori a permanere nel territorio nazionale. La Cassazione ritiene non condivisibile l'interpretazione della corte territoriale che aveva interpretato la nozione di “gravi motivi” in modo troppo restrittivo prendendo in considerazione solo situazioni eccezionalissime e necessariamente collegate alla salute del minore e non più semplicemente gravi motivi connessi al suo sviluppo psico-fisico. La Suprema Corte afferma che “la *ratio* della previsione, eccezionale perché costituisce deroga alle altre disposizioni del d.lgs. n. 286 del 1998, sulla presenza dello straniero sul territorio nazionale, va individuata in una incisiva protezione del diritto del minore alla famiglia e a mantenere rapporti continuativi con entrambi i genitori”. Per i giudici “non può ragionevolmente dubitarsi che, per un minore, specie se in tenerissima età, subire l'allontanamento di un genitore, con conseguente impossibilità di avere rapporti con lui e di poterlo anche soltanto vedere, costituisca un sicuro danno che può porre in serio pericolo uno sviluppo psicofisico, armonico e compiuto”. La Corte tuttavia precisa che non è possibile strumentalizzare l'interesse del minore “al solo fine di legittimare la presenza di soggetti privi dei requisiti dovuti per la permanenza in Italia”, prescindendo da una valutazione del caso concreto.

Il Tribunale per i minorenni di Trieste (decreto 13.4.2011<sup>433</sup>) decide il caso di una madre straniera, il cui marito è sottoposto agli arresti domiciliari. Il Tribunale concede l'autorizzazione alla permanenza in Italia della donna in quanto, in caso di rigetto dell'istanza, la madre sarebbe espulsa e il bambino perderebbe il legame con lei. Per i giudici, la diversa soluzione dell'allontanamento del piccolo dal territorio per seguire la madre indebolirebbe il legame con il padre, spezzando così il nucleo familiare e provocando un danno al minore in tenera età.

La Corte d'appello di Brescia (decreto 7.10.2011<sup>434</sup>) autorizza la permanenza nel territorio di un padre “in relazione all'interesse del piccolo, bambino di soli due anni e mezzo, a mantenere il positivo legame con la figura paterna e con l'ambiente in cui è nato e sin qui cresciuto”. Per la Corte è da considerarsi dannosa la soluzione di seguire il padre in Cina poiché priverebbe il bambino della figura genitoriale della madre in “violazione del diritto alla “bigenitorialità” di cui all'art. 9 della Convenzione dei diritti del fanciullo”,

---

<sup>433</sup> Diritto, immigrazione e cittadinanza XIII, 2/2011, p. 212.

<sup>434</sup> Diritto, immigrazione e cittadinanza XIII, 4/2011, p. 174.

esponendo il minore “al rischio di un danno effettivo a causa del loro definitivo sradicamento dall’ambiente in cui sono cresciuti (Cass. S.U. n. 21799/10)”.

La Corte d’appello di Napoli (decreto 3.4.2012<sup>435</sup>), sulla scia delle sentenze della Cassazione n. 7610/2011 e n. 21799/2010 autorizza un padre reclamante a permanere per due anni nel territorio italiano “ritenuto che la coesione familiare tra i predetti minori, il padre e la madre” si è effettivamente realizzata da tempo e che gli stessi, come il reclamante, si sono inseriti nel contesto socio economico del Comune di residenza. Per queste ragioni il danno recato dall’allontanamento del padre deve essere ritenuto un grave motivo, connesso con lo sviluppo psicofisico dei minori, idoneo all’accoglimento della domanda. La Corte ritiene idoneo un periodo di permanenza in Italia non superiore a due anni da oggi, in cui l’uomo dovrebbe attivarsi per ottenere la regolarizzazione della sua posizione o per preparare la famiglia ad un eventuale rientro nel paese di origine.

Nel caso esaminato dalla sesta sezione della Cassazione (ord. 07.09.2012 n. 15025), la Corte d’Appello di Potenza (decreto n. 44/2010) revoca l’autorizzazione alla permanenza di un genitore ex art. 31 t.u. imm. nell’interesse dei figli concessa in primo grado dal Tribunale per i Minorenni. La Corte di Cassazione ribadisce che “in seguito dell’intervento delle Sezioni Unite di questa Corte (Cass. S.U. n. 21199/2010) la giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 7516/2011<sup>436</sup>) è ormai orientata nel ritenere che la temporanea autorizzazione alla permanenza in Italia del familiare del minore, prevista dal D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 31, in presenza di gravi motivi connessi al suo sviluppo psicofisico, non richiede necessariamente l’esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali strettamente collegate alla sua salute, potendo comprendere qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile ed obiettivamente grave che in considerazione dell’età o delle condizioni di salute ricollegabili al complessivo equilibrio psico-fisico, deriva o deriverà certamente al minore dall’allontanamento del familiare o dal suo definitivo sradicamento dall’ambiente in cui è cresciuto”. La Cassazione accoglie il ricorso del genitore considerandolo fondato in quanto la tenera età dei figli del ricorrente giustifica la previsione di un grave danno connesso alla loro separazione dal genitore.

Nel procedimento concluso con il decreto della Corte d’Appello di Firenze (decr. 20.3.2013)<sup>437</sup>, il Tribunale per i minorenni respinge il ricorso di due genitori ai sensi dell’art. 31 c. 3. Il padre è sottoposto agli arresti domiciliari per reati in materia di stupefacenti e la madre, cuoca con posizione lavorativa irregolare a causa della mancanza del permesso di soggiorno, vive con i figli in un appartamento in affitto sostenuta economicamente dai servizi sociali. La Corte d’Appello nell’interesse dei figli non autorizza il padre a rimanere in Italia in quanto “la sua permanenza in carcere e la condotta tenuta lo indicano inadatto ad assisterli ed a fornir loro una corretta educazione”. Per quanto riguarda l’altra figura genitoriale “come risulta dalla relazione del servizio sociale,

---

<sup>435</sup> Diritto, immigrazione e cittadinanza XIV, 2/2012, p. 156.

<sup>436</sup> Diritto, immigrazione e cittadinanza XIII, 3/2011, p. 176.

<sup>437</sup> Diritto, immigrazione e cittadinanza XV, 2/2013, p. 169.

i bambini sono accuditi dalla madre, sostenuta con interventi di natura economica e di consulenza psicosociale, e che è in Italia dal 2008 nella speranza di crearsi una situazione stabile. Ritenuto che l'allontanamento della madre da questo paese determinerebbe, oltre alla lesione del diritto dei bambini all'unità familiare, la compromissione della loro salute psicofisica, ma anche il loro allontanamento insieme a lei, poiché essi sono nati in Italia, dove hanno sempre vissuto e il più grande frequenta la scuola, perché verrebbero sradicati dall'unico ambiente a loro noto, oltre a non fruire più degli interventi assistenziali di sostegno". Aderendo all'orientamento espresso nelle decisioni n. 21799/2010 e n. 2647/2011<sup>438</sup> della Cassazione, la Corte autorizza la madre a permanere in Italia per un periodo di due anni.

In un caso sottoposto alla Corte d'Appello di Firenze decreto 6.3.2014<sup>439</sup>, il Tribunale per i minorenni respinge la richiesta di autorizzazione ex art. 31 c.3 proposta da un padre nell'interesse dei figli minori. Il padre ha precedenti penali per detenzione e spaccio di stupefacenti ma al momento del ricorso lavora come imbianchino ed è seguito dal SERT con cui dimostra un atteggiamento collaborativo. I Servizi sociali descrivono la famiglia in esame come "ben inserita nel tessuto sociale, dimorante in una casa dove paga un regolare affitto ed entrambi i genitori lavorano con serietà e continuità, ed in particolare il X, tuttora in carico al SERT, sta regolarmente seguendo il programma per lui predisposto. Secondo tale relazione sarebbe fondamentale per i due minori, l'uno inserito alla scuola materna e l'altra all'asilo nido, mantenere il forte legame con entrambe le figure genitoriali, che si sono attivamente adoperate per il sostentamento del nucleo familiare e per l'avvio di un percorso migratorio positivo". Secondo la Corte "la perdita della figura paterna corroderebbe inevitabilmente ed irreversibilmente il legame attualmente saldo e riconosciuto anche dall'esterno". Per quanto riguarda le condanne, per i giudici esse "paiono appartenere ad un passato che il cittadino marocchino ha messo alle spalle, riscattandosi e dimostrando di aver cambiato rotta". In conclusione, la Corte precisa che "ciò che preme è l'interesse dei minori, che non può che essere tutelato attraverso la possibilità concessa nuovamente all'istante di permanere nel territorio italiano all'interno del proprio nucleo familiare, come suggerito dagli stessi Servizi sociali, per cui il reclamo viene accolto" autorizzando il richiedente alla permanenza per un periodo di due anni.

Nel caso deciso con decreto dalla Corte d'Appello di Milano (decr. 11.2.2015)<sup>440</sup>, il Tribunale per i minorenni di Milano rigetta l'istanza ex art. 31 d.lgs. 286/98 proposta da un padre il quale sostiene, nell'interesse della minore, che la separazione dal genitore comporterebbe la perdita di un legame affettivo fondamentale per la bambina. I giudici rigettano l'istanza in quanto il padre ha precedenti penali per guida senza patente e per reati contro il patrimonio. Inoltre, non riscontrano un radicamento della minore nel territorio italiano. La Corte d'Appello decide di riformare la pronuncia impugnata

---

<sup>438</sup> Diritto, immigrazione e cittadinanza XIII, 1/2011, p. 189.

<sup>439</sup> Diritto, immigrazione e cittadinanza XVI, 1/2014, p. 152.

<sup>440</sup> Diritto, immigrazione e cittadinanza, XVII, 1/2015, p. 47.

ritenendo che, nonostante effettivamente la minore, ancora in tenera età, non sia radicata nel territorio, non può essere ignorato il radicamento della madre “che da anni vi risiede ed ivi regolarmente lavora [...]”; che la X, inoltre, è cittadina salvadoregna sicché, in caso di forzato rientro del marito in Egitto, probabilmente non riuscirebbe a seguirlo e, in ogni caso, perderebbe il lavoro in Italia; il diniego dell’autorizzazione ex art. 31, pertanto, comporterebbe lo smembramento della famiglia e la perdita, per la minore, di una delle due figure genitoriali, a poco più di un anno di vita ed in un momento cruciale per la sua crescita ed il consolidamento del legame affettivo con i genitori”. In conclusione, i giudici dell’appello, ritenuto che tali considerazioni siano state omesse dal Tribunale per i minorenni e che i precedenti penali del padre, per la loro gravità, non possano essere considerati ostativi, autorizzano la permanenza dell’uomo.

Nella vicenda pervenuta all’attenzione della Corte d’Appello di Brescia (decreto 9.1.2015)<sup>441</sup> un padre vede rigettata dal Tribunale per i minorenni la propria richiesta ex art. 31 c. 3. L’uomo ha scontato due anni di carcere per gioco d’azzardo e per il Tribunale né il minore né i genitori si sono “integrati socialmente in Italia”, tanto che non comprendono né parlano la lingua italiana. Il minore, inoltre, sembra non aver sviluppato alcun legame importante e significativo con il territorio ed il tessuto sociale nonostante la famiglia viva in Italia da oltre dieci anni.

La Corte d’Appello, in contrasto con il giudizio di primo grado, censura la pronuncia del giudice di prime cure valutando positivamente il cambiamento di vita dell’istante in seguito all’aver scontato la propria pena e autorizza l’uomo alla permanenza nel territorio per la durata di due anni. I giudici osservano che l’uomo lavora in Italia come magazziniere e ha acquistato con la moglie un’abitazione. Dopo la carcerazione ha intrapreso una normale vita familiare non commettendo altri reati ed è diventato una figura di riferimento per il bambino e ne aspetta un secondo dalla moglie. Pertanto, l’allontanamento del reclamante ed il suo rientro in Cina comporterebbe “un grave pregiudizio per il normale sviluppo psico-fisico del minore” come sottolineato anche dai Servizi, i quali sostengono che “considerato che effettivamente in questo momento della vita del bambino, nato e vissuto in Italia, il padre rappresenta un riferimento importante per il figlio e considerato che alla luce di un nucleo familiare unito, con la madre regolarmente soggiornante, avendo il minore legame con la realtà del nostro paese, visto che qui è nato e vissuto e volendo comunque la madre rimanervi insieme al figlio (entrambi regolarmente soggiornanti), il rientro in Cina del X in questa delicata fase della vita del bambino, costituirebbe un sicuro pregiudizio per la sua sana ed equilibrata crescita psicoaffettiva, posto che il minore si vedrebbe privato della presenza fisica ed affettiva del padre in un momento della vita in cui tale presenza è stata accertata come importante per l’equilibrio di crescita di un bambino”. Per i giudici, inoltre, deve essere valutata pregiudizievole anche la soluzione di seguire il padre in Cina in quanto priverebbe il minore della madre violando il diritto alla bigenitorialità e causando il

---

<sup>441</sup> Diritto, immigrazione e cittadinanza XVII, 1/2015, p. 174.

rischio di un danno effettivo derivato dal definitivo sradicamento dall'ambiente in cui è nato e cresciuto (Cass. S.U. n. 21799/10). Tale radicamento non può essere escluso dal fatto che il bambino, al momento dell'esame del ricorso, non parli ancora bene l'italiano in quanto ha frequentato sporadicamente la scuola materna e ha da poco iniziato la frequenza della scuola dell'obbligo.

Nel caso affrontato dal Tribunale per i minorenni di Bologna (04.02.2008), un padre chiede di essere autorizzato alla permanenza in Italia ex art. 31 t.u. imm. Il Tribunale, in considerazione di quanto affermato dalla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione (sent. del 28.9-16.10.06, n. 22216) che individua i "gravi motivi" in situazioni di natura eccezionale non normalmente ricorrenti nella crescita di ogni minore, autorizza il padre a rimanere nel territorio italiano per un anno auspicando che egli possa attivarsi in questo tempo al fine di ottenere il permesso di soggiorno per motivi familiari. Per il Tribunale nel caso di specie emerge un solido legame affettivo fra il bambino ed il padre, il quale si occupa della cura del minore quando la madre, regolarmente presente in Italia, è al lavoro. Secondo i giudici il bambino riporterebbe un grave shock dalla perdita improvvisa del padre, "potenzialmente foriera di una grave squilibrio emotivo con conseguenze negative per la sua crescita".

Nei casi visti finora, dunque, è riconosciuto come grave motivo connesso al principio dell'interesse del minore *il danno derivante dalla separazione dal genitore* in connessione al diritto del minore di intrattenere rapporti continuativi con entrambi i propri genitori.

Non viene data rilevanza al diritto alla bigenitorialità nei casi in cui il legame con il figlio risulti essere meramente biologico. La Cassazione, infatti, rifiuta di autorizzare il familiare a permanere nel territorio italiano nel caso in cui il legame con il figlio sia *meramente biologico* e non anche affettivo e di assistenza morale e materiale (28.12.2016 n. 27272). Nel caso di specie, un padre si rivolge al Tribunale per i minorenni al fine di essere autorizzato ex art. 31 del t.u. imm. a permanere sul territorio italiano per stare vicino ai propri figli. Il Tribunale nega l'autorizzazione poiché i Servizi sociali non sono riusciti a mettersi in contatto con l'uomo, in relazione al quale la madre ha dichiarato, inoltre, che egli frequentava solo sporadicamente i minori, non facendosi carico delle loro esigenze e avendo gravi precedenti penali.

La Corte d'Appello respinge il reclamo del padre in quanto la relazione di aggiornamento del Servizio Sociale conferma che effettivamente l'uomo per molti anni non ha avuto alcun contatto con i figli.

L'uomo ricorre in Cassazione lamentando la mancata valutazione dell'eventuale grave pregiudizio derivante dall'allontanamento del genitore. La Suprema Corte ritiene il ricorso infondato "in quanto censura la motivazione della sentenza di appello sulla inesistenza di una situazione di continuativo accudimento e costante cura dei minori che però emerge oggettivamente dalla storia personale del ricorrente. Quanto poi alla prospettiva di un recupero del suo ruolo genitoriale la Corte d'Appello, con una valutazione di merito non censurabile in questa sede, ha ritenuto non trattarsi di una



situazione tutelabile, ai sensi del d.Lgs. n. 286 del 1998, art. 31, perché, alla stregua della giurisprudenza di legittimità (Cass. S.U. del 25.10.2010 n. 21799; Cass. 7.09.2015 n. 17739; 20.07.2015 n. 15191) deve ricorrere a tal fine una situazione non di lunga durata, né tendenzialmente stabile, e capace - se interrotta - di provocare eventi traumatici e non prevedibili che trascendono il normale disagio del minore causato dal rimpatrio di un familiare”.

Un'altra situazione sottoposta al vaglio della Cassazione è la circostanza del *radicamento del minore nel territorio italiano e nel tessuto sociale*. In questi casi uno o entrambi i genitori chiedono di essere autorizzati a permanere nel territorio italiano in virtù del radicamento del figlio minore nel tessuto sociale e territoriale in cui è vissuto. In conseguenza del radicamento del minore, la mancata autorizzazione del genitore potrebbe comportare due effetti. In primo luogo, qualora i genitori non dovessero ottenere l'autorizzazione e il minore rimanesse senza un adulto di riferimento egli dovrebbe per forza seguire il genitore espulso. Il minore ha il diritto di seguire il genitore ma, ai sensi della normativa del t.u. non può essere espulso qualora vi sia il rischio che ciò possa recargli un pregiudizio, di conseguenza la sua partenza dal territorio italiano deve avvenire solo nel caso in cui il giudice accerti che tale opzione è effettivamente nell'interesse del minore. In secondo luogo, nel caso in cui uno dei genitori non fosse autorizzato a rimanere vicino al figlio ormai radicato nel territorio e l'altro genitore invece rimanesse in Italia si verificherebbe la rottura dell'unità familiare e la compressione del diritto del minore alla bigenitorialità.

Nel caso affrontato dalla prima sezione della Cassazione con la decisione del 11.01.2006 n. 396, il Tribunale per i minorenni di Perugia respinge il ricorso di due genitori stranieri dimoranti in Italia senza permesso di soggiorno i quali chiedono di essere autorizzati a rimanere a tempo determinato nel territorio italiano al fine di evitare un grave danno ai figli minorenni a causa del “distacco dal paese e dall'ambiente in cui si erano formate le loro abitudini ed erano ormai radicati i loro interessi sociali, scolastici, religiosi e culturali”. Il ricorso è rigettato anche in secondo grado poiché a parere dei giudici “non corrispondeva ad alcun diritto soggettivo, ma esprimeva soltanto il desiderio, non contemplato dalla legislazione in vigore, di far crescere i figli in un paese dotato di maggiori opportunità rispetto a quello d'origine”. Infine, anche la Cassazione ritiene il ricorso infondato in quanto la natura eccezionale dell'art. 31 t.u. imm. ne esclude l'applicazione ai casi aventi carattere di normalità e stabilità (Cass. nn. 17194/2003, 9088/2002, 3991/2002, 11624/2001). Inoltre “pur ammettendo che i gravi motivi possano consistere anche in evenienze diverse da quelle terapeutiche - sia di ordine fisico sia di ordine psichico, alle quali si riferisce, nel caso concreto, il decreto impugnato - esse debbono presentare pur sempre un carattere di obiettiva gravità ed eccezionalità, secondo il prudente apprezzamento del giudice di merito, in connessione con l'esigenza di non disturbare, per quanto possibile, il corretto sviluppo psico-fisico del minore”.

In modo conforme alla decisione precedente decide anche la prima sezione della Cassazione con sentenza del 2.05.2007 n. 10135. La Corte d'Appello di Ancona, in

accoglimento del reclamo proposto dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni, revoca il decreto con il quale il giudice di prime cure ha autorizzato la madre di alcuni minori a prolungare la sua permanenza in Italia ex art. 31 t.u. imm. Per la Corte non può ravvisarsi nel caso di specie alcun caso eccezionale e contingente, più probabilmente per i giudici lo scopo della richiesta era “quello di ottenere per sé e il proprio convivente una legittimazione al soggiorno nel territorio nazionale in deroga alle disposizioni vigenti”. La Corte, investita della questione, sostiene che non sia possibile considerare fra i gravi motivi le “situazioni con carattere di normalità o stabilità”, di conseguenza l’autorizzazione in oggetto non può essere rilasciata al familiare “per il solo fatto di avere un figlio minorenne in Italia, né solo perché il minore sia stato inserito in un progetto di alfabetizzazione scolastica, atteso che la scolarizzazione fino al compimento dell’istruzione obbligatoria rappresenta una esigenza ordinaria, ricollegandosi al normale processo educativo del minore”. Per gravi motivi devono invece intendersi condizioni di emergenza, circostanze contingenti ed eccezionali che possano danneggiare il normale sviluppo del bambino. Di conseguenza “l’autorizzazione non può, pertanto, essere concessa al familiare del minore straniero, presente in Italia, in ragione delle esigenze di salvaguardia di una situazione di integrazione nel tessuto sociale” (così anche Cass. sent. del 10.3.2010 n. 5856<sup>442</sup>). Al contrario “si produrrebbe il risultato di uno stabile radicamento nel territorio italiano del nucleo familiare del minore, ovvero si configurerebbe un modo anomalo di legittimare l’inserimento di famiglie di stranieri illegalmente presenti nel territorio nazionale attraverso non già la tutela, ma una forma di strumentalizzazione dell’infanzia (Cass. nn. 747/2007, 396/2006, 4301/2004, 17194/2003, 3991/2002, 9088/2002, 11624/2001, 9327/2000)”. Di conseguenza, al fine di garantire l’unità della famiglia, a parere della Suprema Corte, il minore dovrebbe fare ritorno nel paese d’origine insieme alla madre (le stesse situazioni e le relative motivazioni si trovano anche in Cass. sent. 2.10.2008 n. 24471).

Argomentazioni sostanzialmente identiche si trovano anche nella decisione del 15.01.2007 n. 747 della Suprema Corte. In questo caso i giudici, che confermano il diniego dell’autorizzazione ad una madre a permanere nel territorio nazionale, osservano inoltre come non sia stata individuata alcuna situazione di grave pregiudizio ma soltanto “la considerazione, valida per qualsiasi bambino straniero, della opportunità di vivere con un proprio genitore che abbia deciso di stabilirsi (clandestinamente) in Italia”. Nella situazione in esame la Cassazione riscontra solo la normale esigenza che ogni bambino ha di convivere con i propri genitori, esigenza che può essere tutelata permettendo il ritorno della bambina al paese d’origine con la madre. Per la Corte infatti “la situazione dedotta dalla reclamante non è destinata a durare per un tempo determinato, ma, se l’esigenza da tutelare è quella della minore a crescere in Italia col suo genitore, dovrebbe durare sino alla sua maggiore età” e dunque non può essere considerata tutelata dalla *ratio* dell’art. 31 giustificando il rigetto del ricorso.

---

<sup>442</sup> Diritto, immigrazione e cittadinanza XII, 2/2010, p. 206.

Nel caso esaminato dalla Cassazione con ordinanza del 15.1.2014 n. 742<sup>443</sup>, i giudici di legittimità confermano la pronuncia dei gradi di merito i quali hanno ritenuto che un minore di due anni a causa dell'età ancora non si fosse radicato nel territorio, motivo per cui i genitori chiedevano di essere autorizzati ex art. 31 c.3. Per la Suprema Corte il minore potrebbe seguire i genitori all'atto di rimpatrio.

Nel caso esaminato dal Tribunale per i minorenni di Bari (decreto 16.2.2011)<sup>444</sup>, una madre chiede di esser autorizzata ai sensi dell'art. 31 t.u. imm. a permanere nel territorio nazionale nell'interesse dei figli. La Corte descrive in questo modo la vicenda del nucleo familiare: "i ricorrenti, alla luce dell'istruttoria svolta, appaiono ben integrati nel tessuto sociale ed economico nazionale, attenti alle esigenze della prole ed affidabili nel loro ruolo genitoriale. Invero, secondo le informazioni della stazione dei carabinieri di Locorotondo e quanto riferito dall'assistente sociale di Locorotondo, il padre lavora regolarmente, la madre - se avesse un permesso di soggiorno - avrebbe già un impiego, i due - addirittura - svolgerebbero attività di volontariato e sarebbero una risorsa per il tessuto civile del Paese. Del resto, è certo che i minori siano perfettamente inseriti nel contesto sociale italiano, frequentano regolarmente la scuola ed addirittura non parlano l'albanese. Se fossero costretti, in caso di allontanamento dei genitori, a tornare in Albania subirebbero un sicuro pregiudizio derivante dallo sradicamento del loro paese e dall'innesto forzato ed improvviso in una nuova nazione". In riferimento ai reati i giudici affermano che "il Collegio non dimentica i precedenti penali della coppia, anche per reati gravi, ma osserva che le pene comminate sono state scontate e l'odierna condotta di vita appare conforme alle regole di legge e di convivenza civile. Del resto, se la posizione di un cittadino fosse inesorabilmente ed irrimediabilmente compromessa da una condanna penale, pure se eseguita, non avrebbe senso il precetto costituzionale della funzione rieducativa della pena. Una lettura delle norme, costituzionalmente orientata, impone di verificare se un pregiudicato abbia scontato la pena e se la pena scontata abbia avuto o meno un effetto rieducativo e risocializzante. Se non vi fosse tale onere per l'interprete, vi sarebbe un automatico rigetto di tutte le istanze provenienti da pregiudicati con spregio dell'art. 27 co. 3 Cost. Ritiene il Collegio che i precedenti penali del genitore possono rappresentare un argomento preminente per il diniego dell'autorizzazione solo nell'ottica delle politiche nazionali di contenimento dell'immigrazione. Sono però meno rilevanti in questa sede, in cui, come sopra largamente dedotto, assume rilevanza assoluta l'interesse della prole minore a non subire pregiudizi addebitabili all'allontanamento dei genitori". La Corte cita la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, a partire dalla sentenza *Boultif c. Svizzera* del 2.8.2001, ha spiegato che il diritto dello Stato di interferire nella vita di un cittadino straniero, autore di reato, deve essere ridimensionato in relazione al tempo di commissione del reato ed alla stabilità dei legami sociali. In conclusione, per la Corte l'autorizzazione deve essere concessa poiché "nel caso di specie, la ricorrente è ottimamente inserita nel contesto nazionale; si manifesta come

---

<sup>443</sup> Diritto, immigrazione e cittadinanza XVI, 1/2014, p. 147.

<sup>444</sup> Diritto, immigrazione e cittadinanza XIII, 1/2011, p. 197.

un'ottima madre; ha scontato il suo debito penale ed appare reinserita nella società tanto da svolgere volontariato”.

Si trova ancora una valutazione della situazione di *radicamento del minore* nel caso esaminato dalla Corte d'Appello di Torino (decreto 18.3.2009<sup>445</sup>) in cui una madre chiede di essere autorizzata ai sensi dell'art. 31 t.u. imm. La donna ha precedenti penali ed il marito, padre dei figli, è stato espulso in seguito ad una condanna penale. Una delle figlie soffre di anemia, considerata dal giudice di primo grado una patologia non grave e curabile nel paese d'origine. I minori, tutti nati in Italia e frequentanti la scuola, hanno 17, 15 e 12 anni. Per la Corte “la primogenita, come emerge dalla documentazione scolastica prodotta, frequenta il III° anno dell'Istituto tecnico con risultati che il dirigente scolastico definisce “brillanti”. Nel corso dell'audizione la minore dichiara di avere tutto qui in Italia, evidenziando molta paura all'ipotesi che il proprio percorso di vita possa essere travolto. Il minore X frequenta il I° anno dell'Istituto professionale per operatore elettrico. Y è iscritto alla I<sup>a</sup> media di [...]. Tra di loro i fratelli si esprimono in lingua italiana. Dalle audizioni si apprende che nei confronti del padre dei minori è stato eseguito il decreto di espulsione. Alla cura dei figli provvede la madre”. La Corte decide di autorizzare la donna alla permanenza in Italia avendo accertato il forte radicamento dei minori, infatti “quando il radicamento si presenta, come nel caso in esame, particolarmente forte, quando i legami familiari genitore-figlio minore risultano essenziali per una crescita adeguata del figlio, appare ragionevole ritenere che un mutamento così grande quale il trasferimento in un paese - quello di origine - in cui si seguono abitudini di vita molto diverse e, soprattutto, si parla un'altra lingua, luogo del tutto sconosciuto ai figli (nati e cresciuti in Italia e da sempre abituati al relativo contesto sociale) potrebbe rappresentare per i medesimi un'esperienza troppo destabilizzante e tale da determinare possibili ripercussioni, in particolare per la più grande Z, per lo stesso equilibrio individuale”. Inoltre per la Corte “i minori sono già provati per la perdita della figura paterna con la quale, al di là delle responsabilità penali del sig. XX, avevano un normale rapporto tipo genitore-figlio”. Nonostante anche i giudici di secondo grado riconoscano che la patologia sopra detta non sia grave affermano che “certamente la malattia che le è già stata diagnosticata (anemia sideropenica) non appare così grave, ma tutto ciò contribuisce, al di là della valutazione astratta circa la trattabilità nel paese di origine, a definire un quadro complessivo di “vulnerabilità” della ragazza, che potrebbe non disporre di sufficienti risorse per un riadattamento così totale come quello richiesto in caso di trasferimento in Marocco, con il rischio di andare incontro ad uno scempenso”. La Corte ritiene che i reati contestati alla moglie siano meno gravi rispetto a quelli del coimputato marito, per i quali, inoltre, la donna ha ottenuto la riabilitazione motivata dalla buona condotta della signora.

Con il decreto del 26.3.2012<sup>446</sup> il Tribunale per i minorenni di Roma autorizza la madre di due minori di quindici anni a permanere nel territorio fino alla maggiore età,

---

<sup>445</sup> Diritto immigrazione e cittadinanza XI, 3/2009, p. 197.

<sup>446</sup> Diritto, immigrazione e cittadinanza XIV, 2/2012, p. 158.

auspicando che completi l'iter per ottenere un permesso di soggiorno non temporaneo, in quanto dalla valutazione delle minori da parte dei servizi sociali è emerso un "un ottimo inserimento sociale e scolastico". Le ragazze sono nate e continuativamente vissute in Italia, frequentano il liceo scientifico e sono correntemente bilingue. In riferimento ai genitori si afferma che "la qualità dell'accudimento di cui entrambi i genitori, e segnatamente la madre, sono stati capaci in questi anni è ampiamente comprovata proprio dal percorso di inclusione sociale e scolastica delle figlie. Si aggiunga a ciò la condizione di ormai lunga regolarità del padre che dà conto della maturità del processo migratorio da tempo intrapreso dall'intero nucleo familiare". Per il Tribunale "l'insieme di questi elementi rende ragionevole la previsione che un eventuale allontanamento dall'Italia della madre verrebbe a determinare comunque nelle figlie un danno certo al processo di costruzione dell'identità personale, sinora condotto in maniera molto promettente, ponendo l'intero nucleo familiare dinanzi all'alternativa, egualmente pregiudizievole, o di una separazione dalla figura materna, di durata imprevedibile, o di rientro in un paese a cui le minori, pur cittadine, sono sostanzialmente estranee".

La Corte d'Appello di Torino (decreto 9.04.2013)<sup>447</sup> censura la pronuncia del Tribunale per i minorenni il quale ha respinto l'istanza di un padre di essere autorizzato ex art. 31 c.3 a permanere nel territorio nazionale nell'interesse della figlia minore non riscontrando la presenza di gravi motivi e ritenendo che le condanne penali costituiscano un ostacolo all'accoglimento della domanda. Per la Corte d'Appello la richiesta del padre deve essere accolta in virtù del radicamento della minore nel contesto nel quale vive. Per i giudici dell'appello "quando il radicamento si presenta, come nel caso in esame, particolarmente forte, quando i legami genitore-figlio minore risultano positivi e tali da favorire una crescita equilibrata del minore, appare ragionevole ritenere che un mutamento così grande quale il trasferimento in un Paese - quello di origine - in cui si seguono abitudini di vita molto diverse e, soprattutto, si parla un'altra lingua, luogo del tutto sconosciuto al minore (nato e cresciuto in Italia e da sempre abituato al relativo contesto sociale) potrebbe rappresentare per il medesimo un'esperienza troppo destabilizzante e tale da determinare possibili ripercussioni per lo stesso equilibrio psicologico". In aggiunta la Corte precisa che "nel caso in esame la situazione si presenta ancora più complessa, stante la diversa nazionalità dei genitori e tenuto conto che la situazione sociopolitica della Costa d'Avorio è assai critica, per i perduranti conflitti tra diverse fazioni, anche con ricorso alle armi".

I giudici ricordano che la parte finale dell'art. 31 c.3 prevede la revoca dell'autorizzazione nel caso in cui il familiare compia attività "incompatibili" con le esigenze del minore o con la permanenza sul territorio in cui possono rientrare i comportamenti penalmente rilevanti del cittadino straniero, giustificanti una valutazione in termini di pericolosità sociale, escludendo in ogni caso degli automatismi.

---

<sup>447</sup> Diritto, immigrazione e cittadinanza XVI, 1/2014, p. 148.

In tema di soggiorno del cittadino straniero con condanne penali, si è espressa anche la Corte Edu elaborando vari criteri, denominati sinteticamente criteri “Boultif” in riferimento alla già citata sentenza in cui sono stati applicati, per definire dei parametri interpretativi al fine di bilanciare il diritto dello straniero alla propria vita familiare e privata e il potere di ingerenza dello Stato, di cui al menzionato art. 8 Cedu. L’intervento dello Stato sotto il profilo “quantitativo” della congruità della misura adottata rispetto allo scopo legittimo perseguito deve essere proporzionato e necessario in una società democratica al fine di evitare di “far prevalere troppo abbondantemente l’interesse pubblico (alla sicurezza interna, n.d.r.) sull’interesse privato (tutela dei legami familiari)”<sup>448</sup>. La Corte d’Appello, considerando che il padre aveva scontato la pena e non aveva subito ulteriori denunce, lo autorizza a permanere in Italia per due anni nell’interesse del minore.

Anche la Corte d’appello di Milano nel decreto 21.2.2013<sup>449</sup> valuta rilevante il danno che il minore subirebbe in seguito ad uno sradicamento dal territorio in cui è sempre vissuto. Il Tribunale per i minorenni respinge l’istanza ai sensi dell’art. 31 c. 3 proposta da una coppia di genitori nell’interesse dei tre figli di cui due frequentano la terza media e la terza elementare in Italia mentre il terzo è in età prescolare. I giudici riaffermano i principi espressi dalle Sezioni Unite del 2010 ed in particolare che “la valutazione della sussistenza dei presupposti per la chiesta autorizzazione ex art. 31 deve tener conto della peculiarità della situazione prospettata e sottoposta al vaglio della autorità giudiziaria, sicché la decisione, al di là di qualsiasi standardizzazione, possa essere fortemente caratterizzata dal caso concreto”. La Corte d’Appello concede invece l’autorizzazione in quanto riscontra un radicamento dei minori nel territorio nazionale e, attraverso un giudizio prognostico, prospetta “un deterioramento grave delle condizioni di vita familiare dei minori, apprezzabile alla stregua dei principi affermati dalle richiamate S.U., nell’ipotesi in cui il nucleo familiare dovesse essere espulso dal nostro territorio”. Anche in questo caso viene sottolineata l’importanza del bilanciamento dei principi in gioco laddove la Corte afferma che “nella descritta situazione, l’autorizzazione alla permanenza temporanea nel nostro territorio dei reclamanti appare rispondente al bilanciamento equilibrato dei valori in gioco: per un verso, il rispetto alla vita familiare del minore che i pubblici poteri sono tenuti, per dettato costituzionale e per indicazioni internazionali, a proteggere e a promuovere e, per altro verso, l’interesse pubblico generale alla sicurezza del territorio e al controllo delle frontiere, che le SU del 2010 hanno definito [...] valore primario di pari rango”.

Una madre propone ricorso alla Corte d’Appello di Bologna (decr. 20.07.2015) chiedendo di essere autorizzata a permanere in Italia ai sensi dell’art. 31 comma 3 d.lgs. n. 286 del 1998. Il giudice di prime cure rigetta il ricorso in quanto riscontra il mancato

---

<sup>448</sup> Sent. Boultif c. Svizzera, 2.8.2001, ric. 54273/00 a cui si aggiungono utilizzando i medesimi criteri le sentenze Amrollahi c. Danimarca, 11.7.2002, ric. 56811/00; Uner c. Paesi Bassi, 18.10.2006, ric. 46410/99; Cherif c. Italia, 7.4.2009, ric. 1860/07.

<sup>449</sup> Diritto, immigrazione e cittadinanza XV, 2/2013, p. 166.

radicamento del minore in Italia, valutando inoltre non sussistente la prova dell'esistenza di un rapporto affettivo tra i genitori e il minore. La Corte accoglie il ricorso della donna sulla base dell'orientamento esposto dalle Sezioni Unite della Cassazione (sent. n. 21799 e n. 21803 del 2010).

Gli elementi raccolti dal Servizio Sociale mostrano come il padre del minore sia entrato in Italia con un visto di formazione professionale e abbia ottenuto la titolarità della carta di soggiorno. La madre invece è entrata con un visto turistico non rinnovato per mancanza dei requisiti. Il figlio della coppia è vissuto dapprima in Italia con i genitori e successivamente all'estero con i nonni affinché potesse apprendere la propria lingua madre nei primi anni di vita. Durante il periodo di lontananza, i genitori hanno mantenuto con il figlio rapporti telefonici e successivamente il bambino è rientrato in Italia e ha iniziato a frequentare la scuola primaria. Secondo i Servizi, la madre deve considerarsi la figura di riferimento principale per il minore, constatata l'effettività del loro rapporto affettivo. I servizi riscontrano inoltre il radicamento del minore nel territorio italiano, circostanza non esclusa dalla permanenza dello stesso per tre anni all'estero in considerazione delle ragioni di tale scelta.

Alla luce di ciò, la Corte ritiene che l'allontanamento della madre sarebbe traumatico e dannoso per lo sviluppo psicofisico del bambino e autorizza la donna a permanere nel territorio per un anno e mezzo auspicando che lei possa in questo tempo regolarizzare la propria posizione senza che sia elusa la normativa nazionale sugli ingressi "posto che nel caso concreto si tratta di far rimanere in Italia un soggetto che avrebbe comunque il diritto di entrarvi (per ricongiungimento familiare ex art. 29), ma in tempi successivi incompatibili con le esigenze primarie di tutela del figlio minore". La Corte ritiene importante operare un bilanciamento fra l'interesse del minore e il suo diritto all'unità familiare e gli interessi pubblici generali tutelati dal t.u. immigrazione potenzialmente confliggenti.

Altre situazioni che integrano i "gravi motivi" riguardano la presenza di malattie nel minore che richiedano la presenza del genitore per *assistere il figlio* oppure la circostanza della *tenerissima età dei minori*. La Corte di Cassazione (sent. del 6.5.2011 n. 10000<sup>450</sup>) autorizza una madre a permanere nel territorio italiano per assistere i tre figli in tenerissima età.

Nel caso esaminato dalla Corte di Cassazione (sent. del 30.08.2017, n. 19433<sup>451</sup>), la sentenza della Corte d'Appello impugnata ha motivato il rifiuto dell'autorizzazione ex art. 31 in quanto, in presenza di minori di tenera età, l'allontanamento del nucleo familiare dall'Italia non determinerebbe alcun pregiudizio ai minori i quali, proprio in ragione della tenera età, si adatterebbero alla nuova situazione. Secondo i giudici di legittimità, al contrario deve attribuirsi il necessario rilievo al pregiudizio che i minori subirebbero per effetto dell'allontanamento dal paese in cui hanno luogo le loro relazioni perché, proprio in tenera età, il distacco potrebbe essere più traumatico perché l'insufficiente grado di

---

<sup>450</sup> Diritto, immigrazione e cittadinanza XIII, 2/2011, p. 207.

<sup>451</sup> Diritto, Immigrazione e cittadinanza, 3/2017 ([www.dirittoimmigrazionecittadinanza.com](http://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.com)).

sviluppo della personalità potrebbe renderne problematico l'adattamento a nuove condizioni di vita (così anche Cass. n. 25419 del 2015).

Il Tribunale per i minorenni di Venezia con decreto del 13.11.2012<sup>452</sup> concede ad un padre di permanere nel territorio nazionale al fine di assistere il figlio minore gravemente affetto da una patologia oncologica.

Nel caso esaminato dalla Cassazione (ord. del 02.12.2014 n. 25508), il Tribunale e la Corte d'Appello rigettano il ricorso con il quale un padre chiede l'autorizzazione a permanere nel territorio italiano ex art. 31, comma 3 t.u. imm. al fine di garantire assistenza morale e materiale alla figlia minore. Per il giudice di seconde cure "la concessione della suddetta autorizzazione, lungi dal provocare un giovamento per la minore, avrebbe addirittura potuto pregiudicarla poiché, stante il suo carattere necessariamente temporaneo, non avrebbe potuto evitare definitivamente il distacco dal padre ma solo posticiparlo ad un'età in cui la minore sarebbe stata più grande e le sue abitudini di vita e relazione più fortemente consolidate".

Per la Cassazione "costituisce idonea allegazione di fatto la circostanza relativa alla frequente mancanza della figura materna in quanto occupata nell'accudimento e nella cura dell'altra figlia malata e che l'allontanamento del genitore che si occupa in prevalenza della cura della minore nella specie costituisce una condizione sufficiente per procedere ad una prognosi di pregiudizio irreversibile per l'equilibrio psico-fisico della minore". Di conseguenza accoglie il ricorso del padre ritenendo che "quando il genitore non colpito da provvedimento di allontanamento per insorti problemi endofamiliari non possa occuparsi del figlio minore in tenera età, la mancanza dell'altro genitore straniero e privo di permesso di soggiorno, costituisce un pregiudizio ed un rischio grave per lo sviluppo psico-fisico del minore, con conseguente diritto nell'interesse del minore ad avere la temporanea autorizzazione al soggiorno prevista dal d.lgs. n. 286 del 1998, art. 31, comma 3".

Nel caso esaminato dalla Corte d'Appello di Bologna (decr. 11.04.2016) un padre chiede di essere autorizzato a permanere in Italia ai sensi dell'art. 31 comma 3 D. Lgs. n. 286 del 1998. Il Tribunale rigetta la richiesta mentre, in secondo grado, la Corte d'Appello la accoglie. Secondo il Tribunale la norma in esame richiederebbe la sussistenza di un grave motivo connesso con lo sviluppo psicofisico del minore il quale non sarebbe integrato dalla comune esigenza di ogni minore di crescere con entrambi i genitori. Inoltre, nel caso di specie, il genitore richiedente è stato denunciato per vari reati (ricettazione e invasione di terreni). Il Tribunale autorizza invece la madre dei minori a permanere in Italia per tre anni per accudirli ed evitare loro un pregiudizio. Il padre sostiene che il reato di ricettazione sia stato archiviato, il reato di falsità materiale sia stato dichiarato estinto ex art. 445 co. 2 c.p.p e che per il reato di invasione di terreni ed edifici il Pubblico Ministero abbia chiesto l'archiviazione. Inoltre il suo lavoro costituisce l'unica fonte di reddito del nucleo familiare.

---

<sup>452</sup> Diritto, immigrazione e cittadinanza XIV, 4/2012, p. 188.



La Corte d'Appello ritiene che vi siano i presupposti per l'accoglimento del reclamo del genitore, riaffermando le motivazioni delle sentenze delle Sezioni Unite (sentenze n. 21799 e n. 21803 del 2010) che hanno risolto il contrasto interpretativo insorto all'interno della prima sezione della Suprema Corte di cui si è detto. Dalle relazioni dei Servizi sociali si evince che i minori frequentano la scuola elementare e vivono con la madre, la quale non svolge attività lavorativa, e con il padre che lavora in modo non continuativo. Il rapporto affettivo fra il reclamante e i figli risulta significativo e i precedenti penali, di scarso rilievo, non gravi a tal punto da ritenere la permanenza dell'uomo nel territorio come contraria agli interessi pubblici generali. Per i giudici, in considerazione dell'età e della condizione personale, i minori devono essere tutelati attraverso la possibilità di rimanere in Italia con il padre, senza il quale il nucleo familiare sarebbe privo di redditi, di conseguenza, la Corte autorizza il padre alla permanenza per due anni.

La Corte d'Appello di Bologna (decr.17.10.2008) non valuta invece motivo straordinario ai fini della permanenza ex art. 31 c. 3 il dover sottoporre i figli alla *profilassi dei vaccini*, prestazione nell'interesse dei minori, "indifferibile ed essenziale" ma che può essere adempiuta anche all'estero.

Ulteriore motivo considerato grave ai sensi dell'art. 31 e idoneo a concedere l'autorizzazione riguarda la presenza di un *unico genitore sul territorio* che possa prendersi cura del bambino. Su questo punto si è espressa la Cassazione (30.10.2013 n. 24541) confermando i provvedimenti dei giudici di merito. Il Tribunale per i minorenni di Trieste accoglie il ricorso ex art. 31 t.u. imm. proposto da un padre, unico genitore ad occuparsi di un bambino dopo l'allontanamento della madre, per ottenere un permesso di soggiorno al fine di occuparsi del proprio figlio minore. La Corte d'Appello conferma il provvedimento del giudice di primo grado sostenendo che lo sradicamento del minore dal territorio nazionale comporti l'interruzione del percorso scolastico e dell'inserimento nel tessuto sociale in un momento di grave difficoltà per la perdita della presenza materna. Ricorre in Cassazione il Procuratore Generale presso la Corte d'Appello ritenendo insussistenti i gravi motivi connessi con lo sviluppo psico-fisico del minore in quanto il minore potrebbe essere espulso insieme al padre vedendo preservata l'attuale situazione familiare. Per la Cassazione "il ricorso esprime delle censure alla motivazione della Corte di Appello che non appaiono fondate in quanto la Corte ha sostanzialmente rimarcato che il minore, costretto a una difficile situazione psicologica dall'allontanamento della madre, verrebbe con il suo trasferimento in (OMISSIS) a perdere definitivamente la possibilità di recuperare il rapporto con la figura materna e affronterebbe in condizioni di evidente difficoltà lo sradicamento dal paese in cui è nato e ha iniziato il suo percorso scolastico".

Nel caso esaminato dalla VI sezione della Cassazione con ordinanza del 2.12.2015 n. 24476, una donna straniera, entrata in Italia per ricongiungersi con la propria famiglia che al momento del ricorso sosteneva economicamente, dà alla luce una bambina il cui padre biologico decide di non riconoscere e di non occuparsene. In ragione di ciò la ricorrente chiede al Tribunale per i minorenni di essere autorizzata a permanere sul territorio nazionale per un periodo di tempo determinato per gravi motivi connessi con lo sviluppo

psico-fisico della minore. Sia il Tribunale sia la Corte d'Appello respingono la richiesta della donna.

Per la Cassazione “la *ratio* dell’istituto previsto dall’art. 31, comma 3, T.U.I. è la tutela del minore globalmente considerata, comprensiva tanto della salute fisica quanto di quella psichica”. Nel caso di specie, i giudici considerano evidente la presenza dei gravi motivi richiesti dalla norma in quanto la minore di soli due anni, già abbandonata dal padre, con l’espulsione della madre sarebbe esposta al rischio di indigenza e di incertezza assoluta circa il suo futuro. La Corte richiama una propria precedente statuizione (Cass. 25508/2014) dove, aderendo ad un’interpretazione estensiva della norma, ha affermato che “costituisce un pregiudizio ed un rischio grave per lo sviluppo psico-fisico del minore l’allontanamento dallo Stato del genitore, straniero e privo di permesso di soggiorno, che si occupa in prevalenza della cura del bambino a causa dell’impedimento dell’altro genitore; ne consegue che il genitore disponibile a prendersi cura continuativamente del minore ha diritto, nell’interesse di quest’ultimo, ad ottenere la temporanea autorizzazione al soggiorno”.

Con ordinanza del 19.01.2017 n. 1403, la sesta sezione della Cassazione si pronuncia sul seguente caso. Il Tribunale per i Minorenni delle Marche e la Corte d’Appello di Ancona respingono l’istanza proposta da una madre ai sensi del d. lgs. n. 286 del 1998, art. 31, per ottenere l’autorizzazione a rimanere in Italia nell’interesse del minore valutando assente il requisito del radicamento del minore nel territorio nazionale in quanto madre e figlia hanno soggiornato in Italia solamente tre mesi.

Per la Cassazione il ricorso deve considerarsi fondato in quanto il grave pregiudizio per il figlio deve essere individuato “nella perdita dell’unico genitore, conseguente all’allontanamento, così come già sottolineato in Cass. 24476 del 2015, preceduta da Cass. 25508 del 2014”. A parere della Suprema Corte la Corte d’Appello non ha applicato i principi in esame nel modo corretto non avendo svolto alcuna indagine in ordine alla condizione della minore in seguito all’allontanamento dell’unico genitore. Inoltre, “l’argomentazione secondo la quale la minore potrebbe seguire la madre in Albania è radicalmente priva di fondamento perché contrastante con il divieto di espulsione dei minori stranieri derivante in particolare dall’art. 19 lettera a) del d.lgs n. 286 del 1998. Secondo tale norma, infatti, il minore ha il diritto di seguire il genitore e l’affidatario espulsi. Tale temperamento del divieto di espulsione è finalizzato alla realizzazione dell’interesse del minore. Ove si ritenesse che il grave disagio psico-fisico possa essere escluso mediante l’allontanamento dei genitori e del minore l’efficacia del divieto espulsivo verrebbe meno e la deroga parziale produrrebbe un’eterogeneità non consentita dei fini rispetto al sistema costituzionale e convenzionale del diritto all’unità familiare e della preminenza dell’interesse del minore”. La Cassazione, dunque, cassa la pronuncia rinviando alla Corte d’Appello di Ancona affinché disponga l’autorizzazione in oggetto tenuto conto del grave disagio psico-fisico del minore derivante dall’allontanamento dell’unico genitore presente per il tempo che riterrà necessario.

Negli ultimi provvedimenti si vedranno *altri motivi* per cui le corti ritengono possibile autorizzare un genitore all'ingresso nel territorio. La Corte d'appello di Venezia (decreto 27.1.2013)<sup>453</sup> autorizza una madre di una minore in affidamento eterofamiliare a fare ingresso in Italia per partecipare al procedimento in riferimento alla dichiarazione dello stato di adottabilità della minore. Per i giudici, la presenza della madre a tale procedimento deve considerarsi nell'interesse del minore (un caso simile si trova in Trib. min. Firenze decreto 13.2.2009<sup>454</sup> e in App. Venezia, decreto 27.1.2011<sup>455</sup>).

Il caso deciso dalla Corte d'Appello di Catania con decreto 24.10.2014<sup>456</sup> invece riguarda un uomo che, pur non essendo parente della minore, chiede di poter essere autorizzato ai sensi dell'art. 31. Egli infatti, marito della madre di una minore, sostiene che il suo rapporto con la stessa possa essere assimilato a quello fra un padre ed una figlia. La questione sottoposta al vaglio della Corte riguarda dunque il contenuto ed i limiti della definizione normativa di "familiare" straniero in riferimento all'autorizzazione ex art. 31 c. 3 del t.u. Il richiedente infatti non risulta legato da alcun rapporto di parentela con la bambina. Sul punto la Corte afferma che "se pur la definizione normativa di "familiare" straniero non consente l'applicazione analogica a casi non previsti, nessuna regola di ermeneutica legale ne vieta l'interpretazione estensiva, specialmente quando sia l'unica costituzionalmente orientata e conforme ai principi affermati nelle norme sovranazionali, pattizie o provenienti da fonti dell'Unione europea. E pertanto, se pur il rapporto di coniugio dello straniero con una cittadina dell'Unione europea non consente di attribuire allo stesso la condizione giuridica di "genitore" del bambino generato dalla moglie con altro soggetto, atteso che siffatta nozione di "genitore" implica un rapporto parentale fondato sulla realtà biologica, non si ravvisa peraltro alcun impedimento a ricomprenderlo nel novero dei "familiari" cui la norma invocata (art. 31 d.lgs. 296/98) fa riferimento". Nel caso di specie, inoltre, dalle indagini del Servizio Sociale emerge come l'uomo sia diventato una figura di riferimento per la minore sostituendo quella del padre.

La Corte autorizza l'uomo a permanere nel territorio nazionale per due anni in quanto l'improvviso allontanamento della figura che la minore considera assimilabile al padre destabilizzerebbe la bambina comportando lo scioglimento del nucleo familiare.

L'ultima sentenza che si analizzerà è pronunciata dal Tribunale per i minorenni del Piemonte e della Valle d'Aosta (decreto 17.1.2014)<sup>457</sup> ed è interessante poiché formula una serie di ipotesi in cui è possibile ottenere un'autorizzazione ai sensi dell'art. 31 c. 3. Ciò può verificarsi:

- in mancanza dell'altro genitore non colpito dal provvedimento di espulsione originaria o sopravvenuta, quando vi sia un disagio psicologico del minore;
- quando il minore in oggetto è affetto da limiti e/o disagi cognitivi od affettivo-relazionali che ne comportino una documentata presa in carico da parte del servizio di

<sup>453</sup> Diritto, immigrazione e cittadinanza XV, 1/2013, p. 186.

<sup>454</sup> Diritto immigrazione e cittadinanza XI, 3/2009, p. 201.

<sup>455</sup> Diritto, immigrazione e cittadinanza XIII, 3/2011, p. 179.

<sup>456</sup> Diritto, immigrazione e cittadinanza XVII, 1/2015, p. 168.

<sup>457</sup> Diritto, immigrazione e cittadinanza XV, 4/2013, p. 175.

neuropsichiatria infantile o di un sostegno logopedico o educativo, anche qualora la problematica sia superata ma necessiti di controlli seriali;

- nel caso in cui si siano verificate vicende altamente traumatiche quali lutti familiari, serie patologie, o marcata difficoltà nello svolgimento delle funzioni genitoriali che richiedano un sostegno. Su questo ultimo punto spesso i giudici intervengono con provvedimenti ex art. 333 c.c. che necessitano che il genitore intraprenda dei percorsi di sostegno nell'interesse del minore e dove l'interruzione definitiva dei rapporti con un genitore rappresenterebbe un danno concreto per l'equilibrio psicologico del bambino;
- gravidanza della madre o tenerissima età dell'ultimogenito, per entrambi i genitori, anche oltre il termine di sei mesi previsto dall'art. 19 co. 2 lett. d) t.u. imm;
- la presenza di altri familiari in Italia con cui il minore ha creato legami significativi i quali verrebbero interrotti qualora il minore dovesse seguire il proprio genitore nel paese d'origine, spesso estraneo al bambino;
- la possibilità concreta di regolarizzazione del ricorrente in tempi medio-brevi, sicché “il rigetto del ricorso esporrebbe il minore alla perdita del genitore ovvero ad un mutamento drastico di vita verosimilmente evitabile”;
- la concessione di un periodo variabile al ricorrente al fine che possa preparare il minore al comune rientro nel paese di appartenenza o “la sua preparazione psicologica al proprio allontanamento sempre che i suddetti interessi privati non appaiano recessivi rispetto a quelli pubblici, in particolare lesi dai precedenti penali del ricorrente medesimo”;

Nel caso affrontato dal Tribunale, la madre di un minore chiede di essere autorizzata ai sensi dell'art. 31 c. 3. Il Collegio ritiene di accordare il rilascio della autorizzazione per il periodo di tempo necessario a “organizzare la propria vita e quella del figlio in funzione dell'eventuale espatrio ovvero preparare la prole ad un eventuale distacco, salva nel frattempo l'eventuale regolarizzazione”.

#### *4.4 Cenni sugli effetti giuridici nell'ordinamento italiano dell'istituto della kafalah alla luce dell'interesse del minore*

Fra le pronunce della giurisprudenza in tema di minori stranieri vi sono alcuni provvedimenti riguardanti l'istituto della *kafalah*<sup>458</sup>, il quale può essere considerato un esempio di come il principio dell'interesse del minore riesca ad allargare le maglie dell'interpretazione di alcuni istituti dell'ordinamento italiano. Ciò è avvenuto in riferimento al ricongiungimento familiare dove, attraverso l'interesse del minore, si è ammesso fra i presupposti richiesti per l'applicazione dell'istituto anche il riconoscimento di forme di affidamento stabile di minori stranieri diverse da quelle disciplinate dalla legge sull'adozione internazionale purché su tale affidamento vi fosse stato un controllo pubblico<sup>459</sup>.

Con il termine *kafalah* ci si riferisce ad un istituto del diritto islamico<sup>460</sup>. Il diritto ispirato ai precetti coranici non riconosce i legami di filiazione diversi da quelli biologici, di conseguenza vieta l'istituto dell'adozione. In ragione di ciò, e in ragione del principio coranico solidaristico per cui ogni musulmano deve dedicarsi all'aiuto di bisognosi ed orfani, la dottrina islamica ha elaborato l'istituto della *kafalah*, che permette ad una persona di prendersi cura di un minore fino alla maggiore età garantendogli il mantenimento e l'istruzione. In modo difforme rispetto all'istituto dell'adozione occidentale, attraverso la *kafalah*, che è un atto revocabile, il minore non assume lo *status* di figlio del suo affidatario, né il cognome, né i diritti ereditari. Pur presentando alcune affinità con gli istituti italiani dell'adozione e dell'affidamento eterofamiliare non può essere assimilata ad essi.

La *kafalah* può essere di tipo pubblicistico quando costituita davanti ad un giudice, o di tipo negoziale, fra privati. Anche il secondo tipo può essere successivamente omologato dal Tribunale e quindi sottoposto a controllo pubblico. Il minore oggetto di *kafalah* può trovarsi in stato di abbandono o in una situazione di oggettiva difficoltà della famiglia di origine di prendersi cura di lui al meglio che tuttavia non integri l'abbandono.

---

<sup>458</sup> Per l'approfondimento dell'istituto si rimanda a Morozzo della Rocca P., 2013. Uscio aperto, con porte socchiuse, per l'affidamento del minore mediante *kafalah* al cittadino italiano o europeo. *Corriere giuridico*, 12: 1497-1503; Morozzo della Rocca P., 2012. La *Kafalah* non è né adozione né affidamento preadottivo. Fuori luogo il richiamo all'art. 41, comma 2o, L. n. 218/1995, *Corriere giuridico*, 2:199-206; Morozzo della Rocca P., 2011. Rassegna critica della giurisprudenza in materia di coesione familiare con il minore affidato mediante *kafalah*. *Gli stranieri*, 1:15-32; Long J., 2010. *Kafalah*: la Cassazione fa il passo del gambero. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 7-8: 835-839; Long J., 2009. Ancora sul ricongiungimento familiare del minore affidato con *kafalah*. *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2:112-118; Racheli L., 2008. La *kafalah* di diritto islamico è un presupposto per il ricongiungimento familiare, *Famiglia, persone e successioni*, 11: 893-896; Racheli L., 2014. Le sezioni unite dettano le condizioni affinché la *kafalah* di diritto islamico sia presupposto per il ricongiungimento familiare. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3: 264-278; Senigaglia R., 2014. Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa «tradizione». I casi della poligamia e della kafala di diritto islamico, *Europa e diritto privato*, 2:533-575; Spoletini M., 2014. Possibilità di ricongiungimento familiare anche per gli affidatari in *kafalah*. *Giurisprudenza italiana*, 2: 541-545; Tomeo T., *La Kafala*, [www.comparazioneDirittoCivile.it](http://www.comparazioneDirittoCivile.it); Venchiarutti A., 2010. No al ricongiungimento familiare del minore affidato con *kafalah*: i richiedenti sono cittadini italiani. *Diritto di famiglia. e delle persone*, 4: 1629-1639.

<sup>459</sup> Lamarque E., 2016. *Prima i bambini*. Milano: Franco Angeli, p. 18.

<sup>460</sup> In tema si segnalano Nisticò M., 2014. *Brevi osservazioni intorno alla rilevanza della kafala nell'ordinamento italiano*, in Giuffrè F., Nicotra I. (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli: Editoriale Scientifica, pp. 419-436.

L'istituto è menzionato espressamente dalla Convenzione di New York dell'89 quale strumento di protezione cui il minore abbandonato ha diritto.

La giurisprudenza interna si è pronunciata sulla possibilità di riconoscere gli effetti giuridici della *kafalah* nell'ordinamento italiano in riferimento all'idoneità di tale istituto a fungere da titolo per il ricongiungimento familiare e permettere in questo modo l'ingresso di un minore straniero affidato in *kafalah* nel territorio italiano<sup>461</sup>.

Ai sensi dell'art. 29 comma 1, lett. b) del t.u. imm. lo straniero può chiedere il ricongiungimento dei figli minori non coniugati con il consenso dell'altro genitore. Per il comma 2, ai fini del riconoscimento, si considerano minori i figli di età inferiore a diciotto anni al momento della presentazione dell'istanza di riconoscimento, comprendendo anche i figli adottivi, affidati o sottoposti a tutela che si considerano equiparati ai figli. La legge, dunque, non menziona espressamente la *kafalah* fra gli istituti equiparati alla filiazione biologica.

La giurisprudenza si è pronunciata in merito alla richiesta da parte di stranieri regolarmente soggiornanti di ottenere il ricongiungimento del minore affidato mediante *kafalah*. Una prima lettura dell'art. 29 potrebbe portare a sostenere che, non essendo prevista espressamente, la *kafalah* non rientri fra gli istituti che permettono il ricongiungimento familiare (Trib. Reggio Emilia, 9.02.2005<sup>462</sup>). In seguito, la Suprema Corte è pervenuta ad una diversa interpretazione<sup>463</sup>, conforme alla Carta Costituzionale, alla luce della necessità di bilanciare la tutela dei confini con la tutela degli individui minorenni accordando una “tendenziale prevalenza” alla protezione del minore. Per la Cassazione l'inidoneità della *kalafah* al ricongiungimento penalizzerebbe i minori dei paesi arabi per i quali tale istituto è l'unica protezione prevista<sup>464</sup>.

Si è presentato inoltre all'attenzione della Corte di Cassazione il caso simile della richiesta di ingresso del minore affidato attraverso la *kafalah* a cittadini italiani. Trattando di cittadini italiani e non stranieri, in questo caso la normativa di riferimento non è quella del testo unico immigrazione ma il d.lgs. 6 febbraio 2007 n. 30 di attuazione della direttiva 2004/38/CE in tema di diritto di circolazione e soggiorno, il cui art. 2 non contempla fra i soggetti definiti “familiari” anche i minori affidati in *kafalah* parlando esclusivamente di “discendenti diretti”.

Un primo indirizzo della Cassazione (decisioni n. 4868/2010, 25661/2010 e 20722/2011) esclude l'autorizzazione all'ingresso del minore. La Suprema Corte sostiene che permettere il ricongiungimento del minore affidato in *kafalah* vanificherebbe l'esigenza antielusiva della normativa sull'adozione internazionale in quanto l'istituto di diritto islamico potrebbe diventare un mezzo tramite cui, di fatto, viene assicurato l'inserimento di un minore straniero in stato di abbandono all'interno di un nucleo

---

<sup>461</sup> Nisticò M., 2014. *Ibidem*, p. 424.

<sup>462</sup> Reperibile in dir.imm. e citt., 2/2006, 183.

<sup>463</sup> Cass. 7472/2008, Famiglia e dir., 2008, 675 e dir. Imm. citt. 2/2008, 148; Cass. 18174/2008, Giust. Civ. Mass. 2008, 7-8, 1083; Cass. 19734/2008, Foro.it, 2009, I, 1179; Cass. 1908/2010, Giust. Civ. Mass. 2008, 3, 450.

<sup>464</sup> Nisticò M., 2014. *Ibidem*, p. 426.

familiare italiano senza rispettare la normativa in tema di adozione (Cass. 4868/2010). Alla luce di ciò si è creato di fatto un trattamento differenziato, non tanto fra cittadini stranieri e cittadini italiani, quanto fra minori stranieri a seconda della nazionalità degli affidatari<sup>465</sup>.

La Corte di legittimità ha modificato il proprio orientamento con la sentenza n. 21108 del 2013 affermando che i *best interests of the child* e il principio di uguaglianza fra minori cittadini stranieri di paesi islamici, in cui l'adozione non è ammessa, "obbligano il giudice a offrire un'interpretazione costituzionalmente orientata del testo unico in materia di immigrazione che consenta anche ai minori affidati a coniugi italiani, oltre che a quelli affidati a coniugi stranieri, di ottenere il ricongiungimento familiare"<sup>466</sup>. L'interpretazione della Corte fa leva non tanto su un'interpretazione estensiva dell'art.2 del citato decreto 30 del 2007 in cui la nozione di "discendente" non sembra suscettibile di applicazione estensiva ma quanto sull'interpretazione estensiva del concetto di "ogni altro familiare" di cui all'art. 3 c. 2 lett. a) in cui è incluso anche il minore affidato *sub kafalah*.

In riferimento alla funzione antielusiva della normativa sull'adozione la Corte afferma che tale elusione deve escludersi dal momento che gli effetti della *kafalah* sono differenti da quelli propri dell'adozione in quanto riguardano esclusivamente la funzione di giustificazione della cura del minore da parte di un soggetto ma non implicano l'assunzione dello *status filiationis* derivante dall'adozione prevista dall'ordinamento italiano.

Inoltre, per la Cassazione, nella *kafalah* giudiziale l'idoneità dell'affidatario è sempre oggetto di valutazione da parte dell'autorità pubblica permettendo la salvaguardia dell'interesse del minore. Su questo punto, nella sentenza del 2013, i giudici hanno delle riserve sul riconoscimento della *kafalah* di tipo esclusivamente negoziale in quanto verrebbe a mancare il necessario controllo sull'idoneità dell'adulto affidatario.

Tale ultima questione è stata in parte superata dalla Cassazione stessa nella sentenza n. 1843 del 2015<sup>467</sup> in cui i giudici ritengono anche la *kafalah* negoziale omologata dal giudice del paese di origine di due minori non in stato di abbandono compatibile con l'ordine pubblico in quanto la legislazione del paese d'origine dei minori prevedeva un controllo pubblico sulla conformità dell'accordo all'interesse del minore attraverso l'omologazione<sup>468</sup>. Nel caso di specie i due minori sono stati affidati con *kafalah* negoziale ad un zio a causa delle difficoltà economiche della famiglia. Lo scopo dell'affidamento è stato quello di sopperire ad una situazione di abbandono ma di offrire ai minori una migliore prospettiva di vita. Il ricorrente, dovendo condurre i minori in Italia, chiede il visto per il ricongiungimento con i minori, che viene negato dal Consolato

---

<sup>465</sup> Nisticò M., 2014. *Ibidem*, p. 428.

<sup>466</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 18.

<sup>467</sup> La sentenza è commentata in Di Masi M., 2015. La Cassazione apre alla *kafalah* negoziale per garantire in concreto il *best interests of the child*. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 7-8:707-724.

<sup>468</sup> L'accordo fra privati viene riconosciuto anche nella sentenza n. 6134 del 2015 della Suprema Corte.

d'Italia a Casablanca. L'affidatario, ex art. 67 l. n. 218/1995, chiede all'autorità giudiziaria italiana il riconoscimento del provvedimento ai sensi degli artt. 2, comma 1, lett. b), n. 3 e l'art. 3, comma 2, lett. a), d. lgs. n. 30/2007, di conseguenza i minori stranieri devono essere considerati tra gli "altri familiari" a cui spetta il ricongiungimento familiare al cittadino italiano. Contro tale decisione fa ricorso in Cassazione il Ministero degli Affari Esteri.

Nel caso del 2015 la valutazione del supremo interesse del minore viene compiuta rispetto al caso concreto, avendo riguardo alla specifica situazione dei singoli minori, "tenendo presente il loro quadro culturale e familiare di riferimento"<sup>469</sup>.

#### 4.5 Cenni in riferimento alla condizione giuridica dei minori stranieri non accompagnati

Nel contesto europeo, i minori stranieri non accompagnati sono identificati nei cittadini "di paesi terzi o gli apolidi di età inferiore ai diciotto anni che entrano nel territorio degli Stati membri senza essere accompagnati da una persona adulta responsabile per essi in base alla legge o agli usi, finché non ne assuma effettivamente la custodia una persona per essi responsabile, ovvero i minori che sono lasciati senza accompagnamento una volta entrati nel territorio degli Stati membri" (art. 2 della Direttiva Europea 2001/55/EC3).

Nel contesto nazionale, il D.P.R. n. 535/1999 ("Regolamento concernente i compiti del Comitato per i Minori Stranieri") definisce il minore straniero non accompagnato come "quel minore non avente cittadinanza italiana o di altro Paese dell'Unione Europea e che, non avendo presentato domanda di asilo, si trova in Italia privo di assistenza e rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano".

Un recente intervento legislativo, la legge 7 aprile 2017 n. 47 denominata "Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati", ha riordinato in modo organico le norme in tema di minori stranieri non accompagnati. Fra le diverse disposizioni, la legge ha inserito dopo il comma 1 dell'articolo 19 del T.U. imm. ("Divieti di espulsione e di respingimento. Disposizioni in materia di categorie vulnerabili") il comma 1-bis che afferma che "in nessun caso può disporsi il respingimento alla frontiera di minori stranieri non accompagnati".

È stato inoltre modificato l'art. 19 del d.lgs. del 18 agosto 2015 n. 142<sup>470</sup> in tema di accoglienza dei minori stranieri non accompagnati prevedendo l'integrazione delle strutture di prima accoglienza deputate ai minori con il sistema di protezione per

<sup>469</sup> Di Masi M., 2015. La Cassazione apre alla *kafalah* negoziale per garantire in concreto il *best interests of the child*. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 7-8: 721.

<sup>470</sup> Il D. L.vo è denominato "Attuazione della direttiva 2013/33/UE, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedura comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale".



richiedenti asilo e minori non accompagnati (Sprar). Durante il primo approccio con il minore, preferibilmente con esperti o mediatori culturali, deve essere approfondita la storia personale e familiare del minore a cui deve seguire l'individuazione della soluzione meglio rispondente all'interesse del minore che deve essere trasmessa alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni.

Il legislatore, inoltre, ha inserito l'art. 19 bis alla legge 142/2015 in tema di identificazione dei minori. La legge prevede che, qualora i dubbi sull'età dichiarata non riescano ad essere superati attraverso la verifica di un documento anagrafico, neppure avvalendosi della collaborazione delle autorità diplomatiche-consolari, la Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni può disporre specifici esami socio sanitari che dovranno essere espletati in un ambiente idoneo.

I risultati di tale indagine devono essere comunicati allo straniero, all'esercente la responsabilità genitoriale e all'autorità giudiziaria che ne ha disposto l'accertamento e dovranno indicare il margine di errore. Se anche dopo questa procedura l'esito dell'accertamento non dà certezze sulla minore età, questa si presume. Avverso il provvedimento di attribuzione dell'età è prevista la possibilità di reclamo.

L'art. 8 della legge, nominato "Rimpatrio assistito e volontario", prevede che "il provvedimento di rimpatrio assistito e volontario di un minore straniero non accompagnato è adottato, ove il ricongiungimento con i suoi familiari nel paese di origine o in un paese terzo corrisponda al superiore interesse del minore, dal Tribunale per i minorenni competente, sentiti il minore e il tutore e considerati i risultati delle indagini familiari nel paese di origine o in un paese terzo e la relazione dei servizi sociali competenti circa la situazione del minore in Italia". Le indagini familiari garantiscono la tutela dell'unità familiare in quanto, qualora siano rintracciati familiari idonei a prendersi cura del minore, non verrà disposto il collocamento in comunità e potrà essere preferito il rimpatrio assistito.

Dunque, i minori stranieri non accompagnati non richiedenti asilo possono essere rimpatriati nel Paese di origine attraverso il rimpatrio assistito, che differisce dall'espulsione in quanto può essere adottato solo dopo un'indagine nel paese d'origine del minore. Deve essere valutata la situazione specifica del minore e, in particolare, se il rimpatrio sia nell'interesse del minore al fine di garantirne il diritto all'unità familiare.

Prima dell'intervento legislativo la competenza al rimpatrio assistito era affidata ad un organo amministrativo, in un primo momento al Comitato minori stranieri, e in seguito alla Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione del Ministero del lavoro previo nulla osta dell'autorità giudiziaria minorile. L'istituto è stato di difficile applicazione e i casi di rimpatrio assistito sono stati poche decine<sup>471</sup>.

Il rimpatrio può essere disposto solo una volta svolte le indagini nel paese d'origine del minore. Il Tribunale per i minorenni dovrà verificare se esista la famiglia del minore,

---

<sup>471</sup> Cascone C., 2018. Brevi riflessioni in merito alla legge N. 47/17 (disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati): luci e ombre. *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2: 24.

se il ricongiungimento corrisponda o meno all'interesse del minore e che sia predisposto un progetto di inserimento scolastico o lavorativo del minore. In assenza di questi elementi non si potrà procedere al rimpatrio. La valutazione, inoltre, dovrebbe rispondere al caso concreto tenendo in considerazione la volontà del minore, il quale ha diritto di essere ascoltato in considerazione all'età e al grado di maturità, la volontà dei suoi familiari, le condizioni di inserimento scolastico o lavorativo e di assistenza del paese di origine e quelle presumibilmente disponibili in Italia. Tali fattori "dovrebbero essere tenuti in conto, benché non in modo rigido e vincolante, per valutare caso per caso quale soluzione risponda maggiormente all'interesse del minore"<sup>472</sup>.

La legge del 2017 non ha modificato il procedimento di presa in carico del minore straniero non accompagnato. L'autorità amministrativa deve segnalare il minore al giudice tutelare ed al P.M. minorile. Il giudice tutelare apre un procedimento di tutela ai sensi dell'art. 343 c.c. e nomina un tutore. Il P.M. minorile deve ricorrere al Tribunale per i minorenni affinché siano ratificate le misure di accoglienza. Il giudice minorile verificherà le condizioni di accoglienza del minore ratificando tali misure o ordinando gli interventi necessari agli enti locali<sup>473</sup>.

L'art. 6 della l. 47/2017 disciplina le indagini familiari predisposte per ogni minore straniero. Nel caso in cui siano individuati familiari idonei ad occuparsi di lui, tale soluzione va preferita al collocamento in comunità.

L'art. 7 disciplina l'affidamento familiare dei minori, anche tale misura va preferita al collocamento in una struttura di accoglienza.

In riferimento ad un minore straniero non accompagnato può essere dichiarato anche lo stato di adottabilità. In generale, la dichiarazione dello stato di abbandono di un minore può essere decisa una volta accertata una condizione di orfanità, di inidoneità dei genitori o di chi si occupa del minore. Per quanto riguarda l'accertamento dello stato di abbandono di un minore straniero non accompagnato, il Tribunale per i minorenni deve comunicare allo Stato di appartenenza del minore (normalmente al console in Italia) la sua presenza al fine di avviare un'indagine sulla specifica situazione del bambino/ragazzo.

Per parte della dottrina, vi è una grave lacuna legislativa in riferimento allo stato di abbandono e alla dichiarazione di adottabilità dei minori stranieri non accompagnati, infatti, tali strumenti sono previsti quale fase propedeutica ad un'adozione effettiva, presumendo che dei minori già grandi, come spesso sono i minori non accompagnati, abbiano un'elevata probabilità di essere adottati. Questi autori sostengono che sarebbe invece utile che la situazione di abbandono fosse seguita dall'acquisto della cittadinanza che costituisce uno strumento di protezione del minore<sup>474</sup>.

#### 4.6 Conclusioni

---

<sup>472</sup> Cascone C., 2018. *Ibidem*, p. 25.

<sup>473</sup> Cascone C., 2018. *Ibidem*, p. 11.

<sup>474</sup> Morozzo della Rocca P., 2016. *Ibidem*, p. 381.

Alla luce di quanto emerso dall'analisi della giurisprudenza, si può notare che, in tema di minori stranieri, risulti particolarmente evidente come l'interesse del minore non sia interpretato alla stregua di un diritto "tiranno" che prevale automaticamente sugli altri interessi o diritti. I *best interests of the child* devono avere certamente una considerazione particolare ma, nell'interpretazione giurisprudenziale, sono sottoposti ad un bilanciamento con gli altri interessi in gioco.

Si è cercato di approfondire quali siano i modelli interpretativi della nozione di gravi motivi in funzione del principio dell'interesse del minore, con lo scopo di individuare quale peso abbia nella pratica giurisprudenziale l'indicazione legislativa e sovranazionale che in tutte le decisioni concernenti i minori e il loro interesse devono avere una considerazione preminente. A tal fine sono stati valutati i prodotti dei bilanciamenti operati dai giudici fra i *best interests of the child* e gli interessi dello Stato affinché fosse rispettata la normativa sull'immigrazione, la sicurezza e la protezione dei propri confini.

Dall'analisi delle sentenze sono emersi tendenzialmente due tipi di bilanciamento. Nel caso del citato orientamento restrittivo, la ponderazione vede prevalere l'interesse alla sicurezza dello Stato. In queste situazioni l'interesse del minore ha un ruolo residuale: in un primo momento è preso in considerazione solo nei casi di emergenza e, dopo l'intervento delle Sezioni Unite del 2006, è limitato a casi eccezionali. Per l'orientamento restrittivo non sembrano avere peso il radicamento del minore nel territorio e la frequenza scolastica né il suo diritto alla bigenitorialità in caso di effettivo legame con il genitore.

L'orientamento estensivo, invece, dimostra una maggiore considerazione della situazione peculiare del minore del caso concreto e amplia la nozione dei gravi motivi, come si è visto, nei casi di radicamento del minore nel territorio e in riferimento al suo diritto alla bigenitorialità.

Gli interventi delle Sezioni Unite, e con questi le sentenze di merito e di legittimità che ad essi si sono richiamate, hanno cercato di comporre, senza tuttavia risolvere definitivamente, i contrasti fra i due orientamenti cercando di pervenire ad un equilibrio e sottolineando la necessità di una valutazione concreta della situazione attraverso lo strumento del bilanciamento degli interessi. Le Sezioni Unite, infatti, se da un lato mettono in guardia dai rischi di strumentalizzazione dell'infanzia dati da un orientamento eccessivamente estensivo, dall'altro ribadiscono che la valutazione dell'interesse del minore è un principio fondamentale di valenza costituzionale che non può mai essere trascurato.

Gli orientamenti emersi dall'analisi delle sentenze reperite nelle banche dati e nelle riviste di settore sono stati messi in luce anche dai risultati del questionario proposto ai giudici minorili di cui si illustreranno i risultati nell'ultimo capitolo. In particolare, la domanda in tema di minori stranieri ha visto i giudici dividersi fra le varie soluzioni prospettate mentre negli altri ambiti della giustizia minorile affrontati nel questionario la giurisprudenza ha, invece, dimostrato un orientamento più uniforme.

Per quanto riguarda la valutazione concreta o astratta dell'interesse del minore, si è visto che, in riferimento all'ambito qui esaminato, secondo una prima interpretazione,

solo una situazione eccezionale e temporanea potrebbe derogare, nell'interesse del minore, all'ordinaria disciplina in tema di ingresso o permanenza dei cittadini extracomunitari nel territorio della Repubblica. Di conseguenza l'autorizzazione di cui all'art. 31 co. 3 d.lgs. 286/98 non potrebbe essere rilasciata per perseguire la comune esigenza del minore di vivere con entrambi i genitori, di non essere sradicato dall'ambiente in cui è sempre vissuto o di completare il ciclo scolastico. Tali esigenze dovrebbero essere soddisfatte con il rientro dell'intero nucleo familiare nel paese d'origine o con la permanenza dello stesso minore in Italia in quanto in ogni caso sussistente il divieto di procedere alla sua espulsione se non in caso di diritto di seguire il proprio genitore espulso. L'orientamento restrittivo ritiene che un'interpretazione troppo ampia dell'art. 31 possa eludere la disciplina sugli ingressi prevista dal t.u. imm. mettendo in atto, più che l'interesse del minore, una strumentalizzazione dell'infanzia.

Un secondo indirizzo, che si afferma con la sentenza n. 22080 del 16.10.2009 della Cassazione, sostiene che la norma in oggetto non implichi la sussistenza di una situazione eccezionale o di emergenza, interpretazione che travalicherebbe il dato letterale dell'art. 31, ma statuisce che vadano valutate le situazioni gravi potenzialmente dannose per il bambino del caso concreto al fine di tutelare l'interesse del minore e, in particolare, il suo diritto di mantenere rapporti continuativi con entrambi i genitori. D'altronde nel testo unico del 1998 non vi è alcun elemento letterale che faccia ritenere l'interesse pubblico alla regolamentazione dell'immigrazione prevalente rispetto all'interesse del minore a non essere privato dei suoi genitori in quanto proprio l'art. 28 del t.u. imm. eleva l'interesse del minore a parametro prioritario d'interpretazione per i procedimenti che coinvolgono minori. Se così non fosse, il t.u. imm. si porrebbe in contrasto con la Convenzione internazionale del 1989 recepita dall'ordinamento (Tribunale di Bari sent. 14.10.2014 n. 27 bis<sup>475</sup>).

La ponderazione tra il diritto del minore a non essere separato dai suoi genitori e la tutela dell'interesse pubblico al controllo del fenomeno dell'immigrazione potrà realizzarsi solo valutando la situazione concreta. La stessa temporaneità dell'autorizzazione è un elemento che tiene conto degli interessi dello Stato.

Inoltre, le citate Sezioni Unite del 2010 n. 21799 puntualizzano la necessità di una valutazione concreta dei casi che vedono protagonisti i minori, evitando l'utilizzo di modelli astratti in quanto le situazioni in esame non si prestano ad una catalogazione preventiva ma richiedono un'indagine individualizzata e svolta da un organo specializzato, il Tribunale per i minorenni, che dovrà tenere conto delle variabili del caso concreto come l'età, le condizioni di salute, la presenza o meno dell'altro genitore e qualsiasi altro fattore idoneo a consentire un corretto bilanciamento degli interessi richiesti in questo ambito. La stessa espressione contenuta nell'art. 31 del t.u. imm., "gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di

---

<sup>475</sup> Diritto, immigrazione e cittadinanza XVI, 3-4/2014, p. 301.

salute”, pare indurre l’interprete a valutare i *best interests* non in modo astratto, bensì in concreto.

Come emerso dalle sentenze, il genitore autorizzato dovrà evidentemente essere valutato come una figura significativa per il minore, che eserciti il suo ruolo in modo adeguato e che rispetti le leggi dello Stato italiano. Di conseguenza, un genitore volontariamente assente nella cura del bambino o che abbia commesso reati gravi, senza aver dimostrato un ravvedimento, tendenzialmente non vedrà riconosciuta l’autorizzazione a fare ingresso o permanere in Italia a causa della propria inidoneità. È lo stesso art. 31 a disporre che “l’autorizzazione è revocata quando vengono a cessare i gravi motivi che ne giustificano il rilascio o per attività del familiare incompatibili con le esigenze del minore o con la permanenza in Italia”.

Mi sono chiesta se vi siano relazioni fra il genere del genitore richiedente e la concessione dell’autorizzazione ex art. 31. Comparando i casi in cui la richiesta è presentata dal padre con quelli in cui è presentata dalla madre, il genere del genitore richiedente non sembra assumere un ruolo decisivo, le donne in quanto madri non risultano maggiormente avvantaggiate nell’ottenimento del permesso. Le motivazioni dei giudici fanno leva principalmente sul diritto del minore a mantenere una relazione con entrambi i genitori oppure, nel caso in cui il genitore sia da solo, a essere curato dal proprio genitore. Non è stato possibile valutare invece se possa avere o meno un’influenza la nazionalità dei richiedenti in quanto nella quasi totalità dei casi il dato è oscurato al momento della pubblicazione della sentenza nella banca dati giuridica.

La mancata autorizzazione del genitore ha effetti diretti sul minore in quanto qualora i genitori non dovessero ottenere l’autorizzazione e il minore rimanesse in Italia senza un adulto di riferimento egli dovrebbe obbligatoriamente seguire il genitore espulso. Tuttavia, come già detto, il soggetto minorenni ha il diritto di seguire il genitore ma, ai sensi della normativa del t.u. non può essere espulso se vi sia il rischio che ciò possa recargli un pregiudizio, di conseguenza la sua partenza dal territorio italiano deve avvenire solo nel caso in cui il giudice accerti che tale opzione è effettivamente nell’interesse del minore.

In dottrina si è sostenuto che in realtà, nonostante le preoccupazioni espresse dall’orientamento restrittivo, l’autorizzazione in esame sia uno strumento del tutto inidoneo ad alterare il sistema degli ingressi degli immigrati, ma sia invece adatto a risolvere, decidendo i casi concreti, situazioni drammatiche in cui il prezzo più alto sembra essere pagato dai bambini<sup>476</sup>.

In conclusione, la giurisprudenza in questo ambito non ha mai avuto un indirizzo univoco, le stesse situazioni sono state interpretate in modo differente, in quanto diverso è stato il prodotto del bilanciamento dei principi in gioco. Nonostante gli interventi delle

---

<sup>476</sup> Miazzi L., 2010. Interesse del minore straniero e controllo delle frontiere: la visione politica dell’autorizzazione ex art. 31 co. 3 TU n. 286/1998 da parte della Cassazione. *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2: 113.

Sezioni Unite, le Corti di merito non sempre si sono uniformate all'interpretazione nomofilattica della Suprema Corte.

È importante ricordare che l'ampia discrezionalità nel derogare alle norme ordinarie è un tratto caratteristico dell'interpretazione del diritto minorile poiché “la *sensibilità verso la singola situazione* è l'abito mentale del giudice minorile, e la necessità di trovare la migliore soluzione al caso concreto è la giustificazione della sua discrezionalità”<sup>477</sup>. Le clausole generali infatti sono indispensabili al fine di consentire l'elasticità dell'intervento giudiziario. Tuttavia è importante che l'ampia discrezionalità sia in ogni caso contenuta in una cornice di criteri di bilanciamento comuni affinché le decisioni giudiziarie non diano soluzioni diverse laddove i casi sono simili, frustrando le esigenze di certezza del diritto e di uguaglianza.

---

<sup>477</sup> Miazzi L., 2010. *Ibidem*, p. 119.

## 5. *L'interesse del minore in altri ambiti rilevanti*

In riferimento agli ambiti di applicazione dei *best interests of the child* presi in considerazione in questo paragrafo, i provvedimenti reperiti sono meno numerosi rispetto a quelli analizzati nei paragrafi precedenti. Alla luce di ciò non è possibile individuare indirizzi consolidati in giurisprudenza, tuttavia quelli studiati sembrano confermare il quadro fin qui delineato, ovvero che, nell'esame dei procedimenti che coinvolgono soggetti minorenni, prevalga una interpretazione dei *best interests of the child* come standard giudiziario del caso di specie.

Anche in questi rami del diritto minorile, infatti, la valutazione dell'interesse del minore fa riferimento al caso concreto e al bene del singolo minore di cui si tratta nel giudizio e non a quello astrattamente riferibile all'infanzia come categoria generica. Inoltre, l'interesse del minore sembra essere individuato attraverso un bilanciamento con altri diritti e interessi con cui si può trovare in conflitto.

L'unico ambito che, come si vedrà, presenta alcuni interrogativi è quello relativo agli effetti giuridici delle gestazioni per altri commissionate all'estero da cittadini italiani.

### 5.1 *I best interests of the child e la sottrazione internazionale di minori*

#### 5.1.1 *L'ambito di applicazione*

La sottrazione internazionale di minori è disciplinata a livello internazionale dalla Convenzione dell'Aja del 25.10.1980 la quale mira a proteggere i minori sotto i 16 anni<sup>478</sup> dagli effetti nocivi derivanti da un loro trasferimento o mancato rientro nel proprio Stato di residenza abituale. Inoltre, la Convenzione mira a garantire la tutela del diritto di visita dei genitori.

La soluzione principale prevista dalla Convenzione al fenomeno internazionale della sottrazione di minori si pone l'obiettivo di proteggere il soggetto minorenne sottratto attraverso il ripristino della situazione ante sottrazione<sup>479</sup> e, dunque, tramite il suo rientro nel paese di residenza abituale.

Secondo l'art. 3 un trasferimento deve considerarsi illecito quando avviene in violazione dei diritti di custodia assegnati in base alla legislazione dello Stato nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del mancato rientro al termine di un soggiorno temporaneo. Il diritto di custodia o di affidamento può derivare dalla legge, da una decisione giudiziaria o amministrativa o da un accordo in vigore in base alla legge dello Stato e deve essere effettivamente esercitato.

---

<sup>478</sup> La scelta di limitare l'applicazione della protezione internazionale ai minori di 16 anni trova la propria giustificazione nella consapevolezza della capacità di discernimento dei minori ultrasedicenni, la quale non può essere ignorata. Si presume dunque che il minore che abbia raggiunto questa età possa scegliere presso quale genitore risiedere (Cagnazzo A., 2017. *La filiazione. Nuovi orientamenti giurisprudenziali e dottrinali*. Milano: Giuffrè editore, p. 446).

<sup>479</sup> Distefano M., 2012. *Ibidem*, p. 110.

La Convenzione distingue il diritto di affidamento, da intendersi come l'insieme dei diritti riferiti alla cura della persona del minore, fra cui il diritto di decidere riguardo al luogo della sua residenza, dal diritto di visita, di portata meno ampia, che comprende invece il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo. Dunque, il genitore che non abbia la custodia ma sia titolare di un diritto di visita nei confronti del figlio non potrà stabilire la residenza abituale del minore.

La Convenzione prevede che ogni Stato contraente nomini un'Autorità centrale incaricata di adempiere gli obblighi previsti, di promuovere la cooperazione fra gli Stati al fine di assicurare il rientro dei minori e conseguire gli altri obiettivi fissati dalla Convenzione fra i quali lo scambio delle informazioni riguardanti i minori sottratti e la possibilità di adire l'autorità giudiziaria o amministrativa competente. Ogni persona, istituzione o ente, che lamenti un trasferimento in violazione del diritto di affidamento può rivolgersi sia all'Autorità centrale della residenza abituale del minore, sia a quella di ogni altro Stato contraente, al fine di ottenere assistenza per assicurare il ritorno del minore.

L'intera Convenzione è improntata alla tutela dell'interesse del minore e tale principio compare sia nella sua veste di enunciazione generale e astratta, valida per l'intera categoria di soggetti aventi un'età inferiore a 16 anni, sia nella funzione di standard giudiziario per la definizione del caso concreto. In riferimento alla sua enunciazione astratta, nel preambolo della Convenzione è espresso un generale interesse del minore a non essere allontanato arbitrariamente dal luogo in cui risiede abitualmente presso la persona che ne abbia la legittima custodia.

Tuttavia gli articoli 12 e 13 si riferiscono all'interesse del minore in termini di un principio al quale il giudice dovrà attenersi per la decisione dei casi concreti in cui la regola generale del rientro del minore non possa ritenersi applicabile.

L'articolo 12 prevede che “qualora un minore sia stato illecitamente trasferito o trattenuto ai sensi dell'art. 3, e sia trascorso un periodo inferiore ad un anno, a decorrere dal trasferimento o dal mancato ritorno del minore, fino alla presentazione dell'istanza presso l'Autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato contraente dove si trova il minore, l'autorità adita ordina il suo ritorno immediato. L'autorità giudiziaria o amministrativa, benché adita dopo la scadenza del periodo di un anno di cui al capoverso precedente, deve ordinare il ritorno del minore, a meno che non sia dimostrato che il minore si è integrato nel suo nuovo ambiente. Se l'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato richiesto ha motivo di ritenere che il minore è stato condotto in un altro Stato, essa può spendere la procedura o respingere la domanda di ritorno del minore”.

Secondo l'art. 13 “nonostante le disposizioni del precedente articolo, l'Autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato richiesto non è tenuta ad ordinare il ritorno del minore qualora la persona, l'istituzione o l'ente che si oppone al ritorno dimostri: a) che la persona, l'istituzione o l'ente cui era affidato il minore non esercitava effettivamente il diritto di affidamento al momento del trasferimento o del mancato rientro, o aveva



consentito, anche successivamente, al trasferimento o al mancato ritorno; o b) che sussiste un fondato rischio, per il minore, di essere esposto per il fatto del suo ritorno, ai pericoli fisici o psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile; l'autorità giudiziaria o amministrativa può altresì rifiutarsi di ordinare il ritorno del minore qualora essa accerti che il minore si oppone al ritorno, e che ha raggiunto un'età ed un grado di maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere. Nel valutare le circostanze di cui al presente articolo, le Autorità giudiziarie e amministrative devono tener conto delle informazioni fornite dall'Autorità centrale o da ogni altra Autorità competente dello Stato di residenza del minore, riguardo alla sua situazione sociale”.

Inoltre, secondo l'art. 20, “il ritorno del minore, in conformità con le disposizioni dell'articolo 12, può essere rifiutato, nel caso che non fosse consentito dai principi fondamentali dello Stato richiesto relativi alla protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”.

Dunque, l'art. 13, ed in particolare la lett. b), è l'articolo chiave per la riflessione che si vuole qui affrontare. La disposizione, nell'interesse del minore, affida ai giudici la valutazione della situazione concreta, di conseguenza questi dovranno accertare se esista un pregiudizio tale da giudicare non consigliabile il ritorno del minore nello Stato di residenza abituale o valutare se il minore sottratto abbia raggiunto un grado di maturità tale da poter tenere in considerazione la sua opinione riguardo al luogo in cui risiedere.

Per l'art. 16 le Autorità giudiziarie o amministrative dello Stato contraente nel quale il minore è stato trasferito o trattenuto, non potranno deliberare in ordine al merito dei diritti di affidamento fino a quando non sia stabilito che le condizioni della presente Convenzione relativa al ritorno del minore siano soddisfatte, a meno che non venga presentata un'istanza, in applicazione della presente Convenzione, entro un periodo di tempo ragionevole a seguito della ricezione della notizia. Di conseguenza, la decisione relativa alla sottrazione del minore non riguarda il merito del diritto di affidamento, che sarà deciso dallo Stato in cui risiede abitualmente il minore, ma persegue l'obiettivo di ripristinare la situazione precedente alla sottrazione<sup>480</sup>. In ogni caso ripristinare lo *status quo* non equivale automaticamente all'affido del minore definitivamente al genitore che ha subito la sottrazione, l'azione è tesa a “restituire la parola al giudice considerato competente dal sistema dell'Aja”<sup>481</sup>.

Non è necessario che il soggetto che compie la sottrazione sia uno dei due genitori, essa può essere operata anche da un altro parente, in molti casi i nonni.

In conclusione, il rientro di un minore può essere chiesto solo qualora vi sia la violazione dei diritti di affidamento/custodia, mentre non potrà essere invocato dai titolari del solo diritto di visita. L'art. 21 tutela quest'ultimo prevedendo che si possa chiedere la tutela di tale diritto all'Autorità centrale, la quale potrà avviare una procedura legale al

---

<sup>480</sup> Honorati C., Limante A., 2017. *Jurisdiction in Child Abduction Proceeding (articles 10,11)* in Honorati C. (edited by) *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility and International Abduction*. Torino: Giappichelli editore e Frankfurt am Main: Peter Lang, p. 115.

<sup>481</sup> Distefano M., 2012. *Ibidem*, p. 122.

fine di organizzare o tutelare il diritto di visita e le condizioni cui l'esercizio di tale diritto possa essere soggetto.

È utile fare una precisazione in riferimento alla dicotomia diritto di affidamento/diritto di visita. Nel momento in cui veniva scritta la Convenzione la maggior parte degli ordinamenti, fra i quali anche quello italiano, prevedevano come regime di affidamento principale quello esclusivo mentre ad oggi la regola più comunemente privilegiata è quella dell'affidamento congiunto. In quest'ultimo, a differenza di quello esclusivo, è più complesso individuare la distinzione fra diritto di affidamento e diritto di visita su cui si fonda la Convenzione<sup>482</sup>, poiché entrambi i genitori sono affidatari e normalmente il giudice individua uno dei due quale "collocatario". Nell'ordinamento italiano, in regime di affidamento condiviso, la decisione di cambiare la residenza del minore fa parte della straordinaria amministrazione<sup>483</sup>, di conseguenza deve coinvolgere entrambi i genitori.

La sottrazione internazionale di minore è un fenomeno tutt'altro che raro e, secondo parte della dottrina<sup>484</sup>, alcuni importanti fattori che contribuiscono al suo verificarsi devono essere ricondotti allo scarso rilievo attribuito da molte legislazioni e decisioni giudiziarie all'esercizio del diritto di visita da parte del genitore non affidatario nonché all'aumento di matrimoni internazionali. In tali casi, infatti, è di rilievo la circostanza per cui in caso di divorzio i genitori tendano a ritornare nel loro paese d'origine dove possono contare generalmente su una rete familiare e di conoscenze per la riorganizzazione della propria vita. Altro fattore determinante è il caso di violenza subita dal minore nel contesto familiare da parte dell'uno o dell'altro genitore, circostanza che talvolta induce l'altro genitore alla fuga col minore.

In questo ambito l'importanza del principio dei *best interests of the child* è destinata ad aumentare "sia per la sua valenza "conciliante o mediate", sia per la sua intrinseca flessibilità che offre all'interprete un margine per modellare ed adattare le ipotesi in cui il rientro non vada eseguito in ragione del perseguimento del benessere e della sicurezza del minore"<sup>485</sup>.

È la Convenzione stessa a stabilire che il principio dell'interesse del minore, oltre al principio generale ispiratore della materia, funzioni anche da "correttivo nelle ipotesi in cui sia trascorso molto tempo ed il bambino si sia ben inserito nel Paese di destinazione (art. 12), si presenti il rischio di esporre il minore a pericoli fisici o psichici o ad una situazione intollerabile (art. 13) oppure si determini una violazione dei diritti fondamentali dello Stato richiesto (art. 20)"<sup>486</sup>.

La Convenzione dell'Aja si coordina con altri strumenti che disciplinano la materia in esame come la Convenzione di Lussemburgo sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento, adottata a Strasburgo il 20 maggio 1980. Quest'ultima statuisce che gli Stati contraenti

---

<sup>482</sup> Cagnazzo A., 2017. *Ibidem*, p. 464.

<sup>483</sup> Le decisioni di ordinaria amministrazione invece competono ad ogni affidatario disgiuntamente.

<sup>484</sup> Distefano M., 2012. *Ibidem*, p. 2.

<sup>485</sup> Distefano M., 2012. *Ibidem*, p. 12; sul punto anche Alston P., 1994. *Ibidem*, pp. 1-25.

<sup>486</sup> Distefano M., 2012. *Ibidem*, p. 161.

riconoscano le decisioni delle autorità amministrative e giudiziarie in riferimenti ai diritti di affidamento e di visita al fine di favorire la circolazione dei provvedimenti ed evitare conflitti di giudicati. Di conseguenza il genitore che ha sottratto il bambino non potrà richiedere ad uno Stato un nuovo provvedimento di affidamento<sup>487</sup>.

La Convenzione è inoltre completata dal Regolamento CE n. 2201/2003 sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, conosciuto come Bruxelles II-bis che, all'art. 11, si occupa di sottrazione intercomunitaria.

Si deve osservare tuttavia che quanto espresso dall'art. 11 par. 8 del Regolamento Bruxelles II-bis sembra porsi in contrapposizione rispetto a quanto affermato dalla Convenzione dell'Aja. Ai sensi della norma, che presuppone l'operatività della Convenzione con la competenza del giudice dello Stato di rifugio, quest'ultimo non decide definitivamente la controversia. Infatti, nel momento in cui il giudice dello Stato di rifugio decide che il minore non deve fare ritorno a causa di un motivo ex art. 13 della Convenzione dell'Aja, è tenuto a trasmettere la decisione all'autorità centrale dello Stato di residenza del minore. Quest'ultimo deve informare il genitore ivi residente che, nel termine di tre mesi, ha il diritto di attivare un riesame della causa davanti al giudice che il regolamento considera quello naturale. Il giudice della residenza del minore, cioè quello naturale, quindi, deciderà in modo definitivo la questione del ritorno del minore una volta valutati gli elementi di fatto e di diritto posti dal giudice dello Stato di rifugio al rifiuto del ritorno del minore. In conclusione, "l'art. 11 par. 8 esplicitamente attribuisce a questa seconda decisione una particolare forza processuale, prevedendo che essa prevalga sulla contraria decisione del giudice dello Stato di rifugio. Ulteriormente, l'art. 42 stabilisce che, ricorrendo determinate condizioni, tale decisione sia munita di uno speciale certificato atto ad attribuirle immediata efficacia esecutiva anche nello Stato richiesto"<sup>488</sup>.

In virtù della contraddizione con il dettato della Convenzione, la disposizione del Regolamento ha sollevato alcune perplessità, in particolare in quanto sembra minare il principio di reciproca fiducia tra Stati membri permettendo il riesame della decisione di un giudice di un diverso Stato UE. Il Regolamento europeo, in sostanza, riconosce la possibilità al giudice della residenza abituale di adottare una decisione esecutiva nello Stato richiesto, dopo che le sue autorità, in considerazione di una eccezione prevista dalla Convenzione, hanno negato il rientro del minore. Parte della dottrina afferma che "il giudice italiano rivela prudenza e rispetto per le decisioni assunte dai colleghi stranieri e per l'iter processuale ivi svolto, giungendo in un buon numero di casi alla sostanziale conferma delle conclusioni da questi raggiunte. È questo un elemento da non sottovalutare perché esprime e, ulteriormente contribuisce a rafforzare, quella fiducia tra autorità giurisdizionali dei diversi Stati UE che costituisce il pilastro dello spazio giudiziario europeo. Merita anche di essere sottolineato come nelle sentenze italiane non

---

<sup>487</sup> Distefano M., 2012. *Ibidem*, p. 45.

<sup>488</sup> Honorati C., 2015. La prassi italiana sul ritorno del minore sottratto ai sensi dell'art. 11 par. 8 del regolamento Bruxelles II-bis. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2: 278.

vi sia alcuna traccia di parziale benevolenza per la condotta tenuta dal genitore rimasto in Italia (come si è visto, sempre il padre)<sup>489</sup>. Ad esempio, nel caso deciso dalla Cassazione (14.07.2010 n. 16549), la Suprema Corte conferma quanto disposto dal Tribunale di Palermo che a sua volta ha confermato il provvedimento di diniego di ritorno del minore in Italia pronunciato da Tribunale di Cordoba. La decisione straniera è confermata nel caso analizzato dalla Corte di Appello di Catania il 21 luglio 2011<sup>490</sup> dal giudice italiano il quale non ritiene di ravvisare alcun elemento per la modifica della sentenza del giudice straniero (nello stesso senso anche Trib. min. Sassari, decr. 5.08.2013<sup>491</sup> e Trib. min. Salerno, decr. 30.02.2011<sup>492</sup>).

In alcuni casi ex art. 11 par. 8, invece, i giudici italiani hanno deciso in modo contrario al giudice straniero che si era rifiutato di disporre il ritorno di un minore (Trib. min. Reggio Emilia, 7.05.2009; Trib. min. Roma, decr. 21.04.2008 e confermato da App. Roma, 21.04.2009; Trib. min. Venezia, decr. 10.07.2009; Trib. min. Firenze, decr. 15.05.2014)<sup>493</sup>.

Inoltre, nei casi di sottrazione in Unione Europea, il Regolamento statuisce che gli Stati membri debbano disporre il ritorno del minore anche in presenza di uno dei rischi previsti dall'art. 13 lett. b) della Convenzione dell'Aja quando lo Stato dimostri di porre in essere le misure adatte ad evitare al minore un pregiudizio. Tale disposizione si fonda sulla fiducia reciproca che lega gli stati dell'UE e sulla volontà di ridurre l'utilizzo della causa ostativa al rientro.

L'interesse generale dell'intera categoria dei minori protetto dalla Convenzione dell'Aja deve individuarsi sia nel diritto alla bigenitorialità, messo in discussione dalla sottrazione, sia nell'interesse a preservare il proprio ambiente di vita. Il diritto alla bigenitorialità trova il proprio fondamento negli art. 24 della Carta di Nizza, nell'art. 9 della Convenzione di New York del 1989, nell'art. 8 Cedu così come interpretato dalla consolidata giurisprudenza della Corte Edu e nell'art. 155 e ss. del codice civile novellato dalla l. 54/2006. Accanto ai diritti del minore sottratto devono essere presi in considerazione anche i diritti del genitore che subisce l'illecita sottrazione. Dalle norme convenzionali si può desumere come il diritto del genitore venga protetto quando coincidente con l'interesse del figlio, cioè quando l'interesse del figlio sia identificato nel suo rientro nel paese di residenza abituale. Il diritto del genitore affidatario tende invece a soccombere nel bilanciamento con l'interesse del minore nei casi eccezionali previsti dalla Convenzione stessa agli artt. 12 e 13. Questo si spiega considerando che i diritti degli adulti hanno la particolare funzione di protezione dei diritti e degli interessi dei bambini<sup>494</sup>.

---

<sup>489</sup> Per una dettagliata analisi sul punto si veda Honorati C., 2015. *Ibidem*, p. 275.

<sup>490</sup> in Nuove leggi civ. comm., 2012, I, pp. 363-366.

<sup>491</sup> Honorati C., 2015. *Ibidem*, p. 291.

<sup>492</sup> Inedita e citata da Honorati C., 2015. *Ibidem*, p. 298.

<sup>493</sup> Honorati C., 2015. *Ibidem*, p. 281.

<sup>494</sup> Cagnazzo A., 2017. *Ibidem*, p. 458.

In conclusione, da un lato la clausola dei *best interests of the child* così come è utilizzata dalla Convenzione dell'Aja potrebbe essere vista come un “varco pericoloso” a vantaggio del giudice nazionale il quale, negando il rientro del minore nel suo superiore interesse, frustrerebbe la soluzione classica fornita dalla Convenzione ovvero il ripristino della situazione pre-sottrazione. Allo stesso tempo, dall'altro lato la clausola è un importante strumento che, grazie alla sua flessibilità, permette di decidere i casi eccezionali in cui la regola generale prevista dalla Convenzione nell'interesse della generalità dei minori finirebbe per non rappresentare l'interesse del singolo minore<sup>495</sup>. Come ormai noto, l'applicazione del principio dell'interesse del minore al caso concreto si risolve in un'operazione di bilanciamento di diritti o interessi.

### *5.1.2 L'interesse del minore come standard giudiziario per la risoluzione del caso concreto*

Nel paragrafo precedente si è illustrato come i *best interests* compaiano in ambito di sottrazione internazionale di minore nella loro doppia veste di principio generale a tutela dell'infanzia e di standard giudiziario del caso concreto. Il primo profilo, come già detto, fa riferimento all'interesse del minore “a non essere allontanato arbitrariamente o ad essere immediatamente ricondotto nel luogo in cui si svolge la sua abituale vita quotidiana, presso la persona che ne abbia la legittima custodia ai sensi della legge locale” (Cass. 02.02.2005, n. 2093. E così anche Cass. 15.11.2017, n. 11328; Cass. 29.11.2000, n. 15295). Il secondo profilo è espresso dagli art. 12 e 13 della Convenzione e prevede alcune eccezioni, da interpretare restrittivamente, alla regola generale del rientro.

Si vedranno qui alcuni casi che la giurisprudenza italiana ha giudicato riconducibili alle citate fattispecie eccezionali dove la regola generale del rientro del minore nel Paese di residenza abituale, viene derogata in virtù della valutazione dell'interesse superiore del minore.

È utile premettere che, prima di tutto, il giudice investito della causa dovrà verificare il luogo di residenza abituale del minore. In proposito può richiamarsi il decreto del Tribunale per i minorenni di Bologna del 31.10.2016<sup>496</sup>, dove la richiesta di rientro del minore viene rifiutata perché manca il presupposto dell'art. 3 della Convenzione cioè il minore non può dirsi residente abituale nel Regno Unito, come sostenuto dal padre. Il bambino è nato e cresciuto in Olanda e poi si è trasferito con la madre, titolare della custodia del minore, in Italia mentre a Londra ha soggiornato solo per un breve periodo. A parere della Cassazione, per residenza abituale deve intendersi il luogo in cui il minore ha il centro dei propri legami affettivi in virtù di una stabile permanenza, anche di fatto,

---

<sup>495</sup> Distefano M., 2012. *Ibidem*, p.118.

<sup>496</sup> Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 3/2017, p. 767.

e dove si svolge quindi la sua quotidiana vita di relazione (Cass. 11.01.2006, n. 397; 02.02.2005, n. 2093; 16.07.2004, n. 13167; Cass. 08.11.2001, n. 13823).

Il giudice, inoltre, deve verificare che vi sia una violazione del diritto di custodia e non del solo diritto di visita (Cass. 25.02.2002, n. 2748, 18.03.2005, n. 6014; 05.05.2006, n. 10374; 14.07.2006, n. 16092; 28.12.2006, n. 27593; 04.04.2007, n. 8481; 02.07.2007, n. 14960; 27.01.2012, n. 1250; 31.03.2014, n. 7479).

Dall'analisi delle 58 sentenze esaminate a partire dal 1997 fino al 2017 sono emersi alcuni casi paradigmatici in cui il giudice italiano ha valutato che il rientro dovesse essere impedito nell'interesse del minore.

Con la sentenza del 04.07.2003, n. 10577 la Cassazione giudica non conforme all'interesse dei minori il loro rientro presso il padre dopo la sottrazione ad opera della madre, la quale ha condotto i figli con sé in Italia. La Corte non ravvisa alcuna violazione dell'art. 13 c.1 lett. b) della Convenzione e conferma la decisione del Tribunale per i minorenni il quale, nonostante l'accertamento dell'illegittimità del comportamento della madre, ha valutato che il distacco da quest'ultima avrebbe esposto i bambini ad un grave pericolo di carattere psicologico, ritenendo tale circostanza ostativa al rientro. Per il Tribunale per i minorenni, nonostante i minori siano legati da uguale affetto ad entrambi i genitori, *il distacco dalla madre* costituirebbe per questi un trauma psichico rilevante che si sommerebbe a quello causato dal distacco dal padre, anche in considerazione della tenera età di nove e sei anni. Inoltre, durante le assenze quotidiane del padre, i bambini, privi della madre, sarebbero stati affidati ad una zia, con la quale si sono rifiutati di stare. Inoltre, la relazione psicologica redatta dallo specialista del consultorio familiare è contraria al rimpatrio dei bambini. L'opinione dei minori non viene considerata dal giudice minorile causa esclusiva del rigetto dell'istanza, tuttavia rafforza la tesi del pregiudizio psichico.

Le indicazioni provenienti dall'autorità del Paese extra UE, in cui il minore ha risieduto, escludono qualsiasi rischio per i minori in relazione al rientro, tuttavia per il Tribunale e la Cassazione "l'articolo 13 della Convenzione non pone distinzioni, a seconda che il rischio di danno si concretizzi nel luogo di destinazione (residenza abituale), in quello da cui il minore deve staccarsi o nel corso stesso del viaggio, ma si limita a collegare il rischio al mero fatto del "ritorno" (lett. b), cioè all'intera operazione di rimpatrio".

La Suprema Corte ritiene non riscontrabile una violazione di legge in quanto il criterio di rigorosa interpretazione dell'eccezione previsto dall'art. 13 c.1 lett. b), rispetto alla regola generale del rientro immediato, deve dirsi rispettato essendo presenti le condizioni richieste di gravità del rischio "intesa come elevata probabilità che il minore sia esposto, per il fatto del rimpatrio, a subire un danno fisico o psichico" e riguardo la natura e l'intensità del danno il quale deve considerarsi "psichico", non essendo sufficiente ad impedire l'ordine di rientro "il trauma psicologico ossia la semplice sofferenza morale (o pena o nostalgia) per il distacco dalla madre, autrice della sottrazione abusiva ed a prescindere dalla sussistenza di un buon legame affettivo anche col padre". Il padre

tuttavia lamenta l'insufficienza della motivazione per mancata giustificazione della tesi secondo cui il distacco dalla madre sarebbe maggiormente traumatico rispetto a quello dal padre. La Cassazione considera infondata la doglianza sostenendo che il Tribunale sul punto ha motivato in modo adeguato la propria scelta, non confrontando la gravità dell'una e dell'altra separazione ma osservando che il secondo allontanamento sarebbe "esponenzialmente più pesante" del primo "sia perché si sommerebbe, in breve lasso di tempo, al primo, sia perché non sarebbe altrettanto facile da metabolizzare, essendo stato il primo inavvertito - per effetto del comportamento ingannevole della madre - e dovendo invece il secondo, necessariamente, seguire ad un provvedimento forzoso, ingiustificabile agli occhi dei bambini". In questo tipo di casi la causa ostativa al rientro del minore viene considerata il danno da separazione dal genitore sottraente.

Nella sentenza n. 18.03.2004, n. 5465 della Cassazione i giudici individuano il motivo ostativo al rientro del minore nel Paese di residenza abituale individuato dai giudici nel pregiudizio recato dall'*inidoneità del genitore*. In particolare la madre, che non si è mai presa cura della figlia, è stata valutata da un consulente tecnico d'ufficio come inidonea a svolgere il proprio ruolo genitoriale e come una figura assente nella vita della minore, la quale si è successivamente inserita felicemente in un nuovo ambiente familiare in Italia. Essere separata dal padre e dai nonni paterni causerebbe alla minore un danno psichico rilevante, di conseguenza il suo rientro nel paese di residenza (extra Ue) viene impedito.

In modo simile anche la sentenza della Cassazione del 05.10.2011, n. 20365, considerando il padre richiedente il rientro della figlia inidoneo al ruolo genitoriale, rigetta la richiesta di rientro della minore nel Paese di residenza abituale, confermando la decisione di merito. Il ricorrente, che ha commesso reati e dall'istruttoria risulta essere un soggetto violento e dedito al gioco d'azzardo, chiede il rientro del minore nella residenza abituale ma l'autorità giudiziaria competente (polacca) rifiuta di disporre il rientro per la presenza della causa ostativa ex art. 13 c. 1 lett. b). Il padre allora chiede al Tribunale per i minorenni di Firenze che sia disposto nei suoi confronti l'affidamento esclusivo della figlia, tuttavia il collegio giudicante respinge il ricorso ritenendo corrispondente all'interesse della minore la sua permanenza in Polonia con la madre e la nonna anche in considerazione del buon ambientamento riscontrato dai giudici polacchi (Cass. 12.05.2015, n. 9632).

Un altro caso in cui il rientro di un minore è negato si trova nella sentenza del 8.02.2016, n. 2417 delle Sezioni Unite della Cassazione<sup>497</sup>. Un padre chiede al Tribunale per i minorenni di Napoli il rientro della figlia illegittimamente sottratta e portata in Italia dalla madre. I giudici, dopo aver constatato l'effettiva illegittimità della sottrazione, rigettano la richiesta riscontrando la presenza di un motivo ostativo ex art. 13 c. 1 lett. b) della Convenzione dell'Aja in quanto, a causa della condotta del padre, la minore corre il rischio di essere esposta ad un pregiudizio. La Cassazione, a cui il padre ha successivamente proposto ricorso, conferma la decisione del Tribunale per i minorenni.

---

<sup>497</sup> Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 4/2017, p. 1010.

Secondo il ricorrente le autorità ungheresi hanno attestato la sua idoneità al ruolo genitoriale e l'adeguatezza del contesto familiare ed ambientale ma, contrariamente a quanto previsto dall'art. 11 par. 4 del regolamento CE n. 2201/2003, il Tribunale per i minori di Napoli ha ommesso di valutare gli atti di provenienza dello Stato di residenza della bambina come le relazioni dei Servizi sociali ungheresi, le dichiarazioni rilasciate dalle maestre d'asilo della minore, le dichiarazioni rese dal nonno materno, le produzioni documentali relative all'affidamento e al mantenimento della bambina. Il ricorrente tuttavia non produce nel ricorso alcun atto richiamato né indica il contenuto. Per la Cassazione "le dichiarazioni della minore su cui i giudici di prime cure hanno fondato la loro decisione, depongono invece in senso diverso rispetto a quanto sostenuto in ricorso. Esse evidenziano che la bimba teme di essere portata via dal padre, che non respinge e con il quale intende condividere brevi periodi di svago. La minore non manca di evidenziare una possibile ulteriore difficoltà ostativa al suo rientro in Ungheria, perché dichiara di avere dimenticato la lingua del paese d'origine, mentre non presenta problemi sulla conoscenza dell'italiano".

Il Tribunale per i minorenni motiva la propria pronuncia rilevando che il padre ha avuto una relazione sentimentale con la sorella della madre della minore, la quale era dedita alla prostituzione, richiamando l'ampio materiale probatorio fotografico di contenuto pornografico realizzato nella casa familiare del ricorrente. Tale quadro si è aggiunto alle dichiarazioni della madre della minore la quale afferma "di essere stata costretta a prostituirsi dall'allora suo compagno S.B. ed ha sostenuto di essere stata anche percossa ed ingiuriata da lui quando era in attesa della bambina e non poteva prostituirsi. I giudici di merito hanno ritenuto di valorizzare anche i messaggi di contenuto minatorio inviati alla H.E.V. dallo S.B., e che gli stessi erano stati ricevuti sull'apparecchio telefonico usato dall'attuale compagno della donna". Dagli atti a disposizione della Corte non emerge alcuna attività lavorativa decorosa da cui il ricorrente possa trarre sostentamento, per cui i giudici ritengono che ricondurre la minore nel contesto familiare del padre la esporrebbe "a rilevanti pericoli o al rischio concreto di trovarsi in una situazione di crescita intollerabile". L'unico ambiente realmente tutelante per la minore è individuato nel contesto di vita della madre, la quale percepisce un regolare compenso mensile dalla propria attività lavorativa. Le informazioni fornite dai Servizi Sociali del Comune in cui risiedono madre e figlia confermano l'adeguatezza dell'ambiente materno per la crescita della minore. La Cassazione sostiene in conclusione la decisione dei giudici di merito secondo cui il contesto di vita del padre risulta "caratterizzato da costumi ed abitudini di vita assolutamente inadeguati per una bambina di sei anni nonché pericolosi per il suo sano sviluppo psicofisico [...]. Il rientro nel contesto di vita paterno esporrebbe dunque la minore ad un serio, concreto e grave pericolo per la sua incolumità psichica, tale da comprometterne un'armoniosa e sana crescita, in violazione dell'art. 11 del regolamento (CE) n. 2201/2003".

Un altro caso paradigmatico riguarda la *violenza perpetrata sul minore* da parte del genitore che ne chiede il rientro nella residenza abituale. All'attenzione della Corte di



Cassazione giunge il caso di un padre accusato di atti di libidine nei confronti della figlia. Il Tribunale per i minorenni rigetta la richiesta del padre ritenendo fondato il grave rischio che il rientro della minore potesse esporla a un danno fisico o psicologico. La Cassazione ritiene corretto il provvedimento del giudice minorile in quanto “la motivazione del decreto, contrariamente a quanto deduce il ricorrente, appare nel suo complesso esauriente - nell’ottica di valutazione delle prove sopra indicata - ai fini della decisione adottata cautelatamente ex art. 13, comma 1, lett. b) della Convenzione dell’Aja, in relazione all’esistenza di un rischio grave che il rientro della minore la esponga a un danno fisico o psichico, essendosi svolta attraverso un approfondito esame del materiale informativo acquisito nell’ambito della procedura, all’analisi delle convergenti dichiarazioni della madre, della nonna della minore e delle affermazioni di quest’ultima, degli accertamenti compiuti dai sanitari, nonché delle indagini svolte dalla psicologa facente parte del collegio giudicante” (Cass. 11999/2001).

La Cassazione censura la decisione del Tribunale per i minorenni di Palermo il quale ha permesso il rientro di un minore nel paese di residenza abituale senza verificare ai sensi dell’art. 13 c. 1 lett. a) che il padre richiedente il rientro *esercitasse effettivamente il diritto di affidamento*. La minore, infatti, vive in realtà con la madre (Cass. 26.06.2014, n. 14561). Perché possa disporsi il rimpatrio di un minore il diritto di affidamento deve essere effettivamente esercitato dal richiedente il rimpatrio non rilevando le cause e le ragioni del mancato esercizio (così anche Cass. 277/2011, 19.05.2010, n. 12293 e 14.02.2014, n. 3540).

Un altro caso rilevante riguarda la circostanza dell’*ascolto del minore*. La Cassazione con sentenza 11.08.2011, n. 17201 annulla la sentenza impugnata perché valuta non sufficientemente motivata la decisione di non ascoltare il minore. I giudici di merito, infatti, hanno fondato tale decisione sul mero dato anagrafico del minore senza valutare in concreto la sua capacità di discernimento.

La Suprema Corte con la sentenza del 5.03.2014, n. 5237<sup>498</sup> annulla il decreto del Tribunale per i minorenni di Firenze che ha ordinato il rientro di una minore negli Stati Uniti presso la madre. Il decreto richiama le tappe più importanti del lungo conflitto giudiziario che ha visto contrapporsi i due genitori. La vicenda giudiziaria vede il proprio inizio con la separazione di due coniugi e l’affidamento congiunto della figlia della coppia con collocazione presso la madre a New York, dove è fissata la residenza abituale della minore tredicenne. Dopo un certo periodo, il padre conduce la figlia in Italia e la madre ne chiede il rientro all’autorità competente. Viene, dunque, adito il Tribunale per i minorenni di Firenze perché sia disposto il rientro della minore negli Stati Uniti. Dall’istruttoria emerge che la sottrazione è illecita in quanto la residenza della ragazzina è negli Stati Uniti e la madre risulta avere la custodia della minore. Tuttavia le risultanze dell’audizione della minore dimostrano che intenda rimanere in Italia col padre, mostrandosi nettamente contraria al rimpatrio. La minore viene valutata “assolutamente

---

<sup>498</sup> Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 3/2015, p. 580.

in grado di esprimere il proprio pensiero, le proprie emozioni, gli stati d'animo e le proprie esigenze". Non sono tuttavia emersi rischi psicologici né situazioni intollerabili che possano giustificare il non ritorno della minore nella sua residenza abituale dunque il Tribunale ne ordina il rientro. Il padre ricorre alla Corte di Cassazione, la quale censura la decisione del Tribunale valutando riduttivo considerare l'ascolto del minore solo in funzione cognitiva di un pregiudizio inerente al ritorno nella residenza abituale. La funzione meramente ricognitiva deve essere espressamente limitata alle ipotesi in cui l'opposizione al rientro provenga da un minore che non abbia ancora raggiunto l'età ed il grado di maturità tali da giustificare il rispetto della propria opinione. Il Tribunale, pur riscontrando la piena maturità conseguita dalla minore corrispondente alla sua età, ha relegato tale circostanza nell'ambito della funzione sussidiaria dell'accertamento dell'esistenza o meno di una situazione di pericolo. La Cassazione in conclusione enuncia il seguente principio di diritto: "la volontà contraria manifestata in ordine al proprio rientro da un minore che abbia un'età e una maturità tali, secondo l'apprezzamento del giudice di merito, da giustificare il rispetto della sua opinione, può costituire, ai sensi dell'art. 13 comma 2 della Convenzione dell'Aja, ipotesi, distintamente valutabile, ostativa dell'accoglimento della domanda di rimpatrio".

In molti casi esaminati, i giudici, dopo aver effettuato un'attenta valutazione degli elementi del caso concreto, dispongono il rientro del minore nel paese di residenza applicando la regola generale della Convenzione dell'Aja<sup>499</sup>, non riscontrando alcun motivo che possa ostacolare il ritorno del minore. In particolare, le opposizioni al rientro per la presenza di motivi ostativi sono rigettate quando tale provvedimento è invocato adducendo che la nuova sistemazione del minore sarebbe migliore di quella precedente. La Cassazione tuttavia puntualizza come tale valutazione esuli dalla Convenzione dell'Aja e spetti al giudice del merito che decide sull'affidamento (Cass. 07.03.2007, n. 5236 e 27.07.2007, n. 16753).

Dai casi esaminati è possibile affermare che la valutazione della situazione concreta è al centro della decisione del giudice e che il principio dell'interesse del minore opera come standard giudiziario del caso concreto.

Come per tutti i casi che coinvolgono soggetti minorenni il fattore temporale è fondamentale anche nei casi di sottrazione internazionale. Il trascorrere del tempo infatti può causare un danno spesso irreparabile alla relazione fra il genitore che ha subito la sottrazione e il figlio minore. Il decorso del tempo inoltre può anche avere "l'effetto di alterare in modo radicale le circostanze oggetto della valutazione del giudice. Una situazione che era illegittima e che poteva e doveva essere gestita in un certo modo in un determinato momento, a seguito del decorso di un tempo troppo lungo può - e forse deve

---

<sup>499</sup> Cass. 15.10.1997, n.10090; 23.09.1998, n. 9501; 20.03.1998, n. 2954; 07.12.1999, n. 13657; 29.11.2001, n. 15192; 19.12.2003, n. 19544; 19.12.2003, n. 19546; 10.02.2004, n. 2474/2004; 16.07.2004, n. 13167; 27.04.2004, n. 8000; 18.03.2006, n. 6081; 15.02.2008, n. 3798/2008; 07.07.2008, n. 18614; 16.06.2011, n. 13241; 04.07.2012, n. 11156; 23.01.2013, n. 1527; 18.09.2014, n. 19695; 12.09.2014, n. 19320; 14.02.2014, n. 3540; 12.05.2015, n. 9638; Trib. Min. Milano, decr. 10.12.2010.

- essere gestita in un modo diverso, potendo infine diventare legittima”<sup>500</sup>. Nel momento in cui il minore con il decorso del tempo si sia radicato nel luogo in cui è stato portato dopo la sottrazione “quello che dovrebbe essere un ritorno a casa rischia di lasciare un trauma indelebile”<sup>501</sup>.

Il giudice dovrà evitare un pregiudizio psichico al minore bilanciando “la correttezza formale (giuridica) della sua decisione, con la correttezza sostanziale della stessa” poiché spesso “pur in presenza di un contesto giuridico e fattuale che lo autorizzerebbe a ordinare il ritorno del minore, egli deve essere così equilibrato, prudente e saggio, da riconoscere l’interesse individuale del singolo minore e saperlo fare prevalere sull’interesse generale al rispetto di norme di diritto, finalizzate nel loro complesso a garantire la deterrenza di questa pratica sfortunata. Ed invero il riferimento continuo e talvolta abusato al superiore interesse del minore esprime esattamente l’idea che l’interesse del minore sia destinato a prevalere non solo su quello individuale dei genitori coinvolti, ma anche su quello generale sottostante alle norme a disciplina di un istituto astratto”<sup>502</sup>.

Emerge nuovamente che, cambiando l’ambito analizzato, non varia la questione di fondo sulla definizione dell’interesse del minore come concetto astratto o individualizzato. L’attenzione posta sull’interesse individuale del singolo minore sottratto non deve rendere inefficace le finalità generali della normativa nel suo complesso di dissuasione dal compiere una sottrazione di un minore, infatti “se è senz’altro vero che il *best interest* del singolo minore non può essere sacrificato all’interesse generale alla deterrenza, è tuttavia necessario che il sistema sia preordinato a realizzare anche il secondo, sia pure in altro modo”<sup>503</sup>. In conclusione, il giudice investito del caso concreto dovrà avere riguardo all’interesse individuale del minore, considerando che il ritorno “è nell’interesse di costui solo se disposto in termini brevi”<sup>504</sup>. La tutela dell’interesse dell’infanzia a non subire illegittime sottrazioni spetterà invece prevalentemente al legislatore sia nazionale sia europeo, attraverso l’esercizio di pressione sugli Stati affinché si dotino di sistemi efficienti per dare attuazione alle norme in materia.

## 5.2 *L’interesse del minore e la gestazione per altri: alcune questioni aperte*

La gestazione per altri è una pratica attraverso cui una donna si presta ad intraprendere e portare a termine una gravidanza con il fine di partorire un figlio non per sé ma per altri

---

<sup>500</sup> Honorati C., 2015. *Ibidem*, p. 304.

<sup>501</sup> Honorati C., 2015. *Ibidem*, p. 307.

<sup>502</sup> Honorati C., 2015. *Ibidem*, p. 307.

<sup>503</sup> Honorati C., 2015. *Ibidem*, p. 307.

<sup>504</sup> Honorati C., 2015. *Ibidem*, p. 307.

soggetti a cui consegnerà il nuovo nato<sup>505</sup>. L'accordo può coinvolgere diversi soggetti "a seconda dello specifico contributo che gli individui coinvolti apportino di volta in volta alla realizzazione dell'iniziativa"<sup>506</sup>. Possono configurarsi, infatti, diverse situazioni: quella in cui la gestante non ha alcun legame genetico con il bambino perché questo è il frutto dei gameti della coppia; quella in cui la gestante non ha alcun legame genetico con il bambino perché frutto di un gamete della coppia e uno di un donatore; quello in cui non ha legami genetici perché entrambi i gameti arrivano da terzi donatori; quella in cui, invece, il gamete femminile è della gestante e il gamete maschile del padre o di un donatore e dove pertanto c'è un legame genetico fra gestante e bambino. Il caso più complesso, prettamente di scuola, vede coinvolti nell'evento nascita cinque soggetti: i genitori sociali, la donna terza donatrice del gamete femminile, l'uomo donatore del gamete maschile e la donna gestante<sup>507</sup>.

L'utilizzo di questa pratica sembra essere in aumento, in quanto costituisce l'unica possibilità di realizzazione del desiderio di genitorialità delle coppie omosessuali di sesso maschile o delle coppie affette da sterilità ed infertilità risultate non idonee all'utilizzo della fecondazione omologa e/o eterologa o all'accesso ai percorsi di adozione<sup>508</sup>.

In ordine all'evento della nascita, l'ordinamento ha svolto una funzione sostanzialmente dichiarativa "estromettendo l'elemento volontaristico dalla possibilità d'incidere - attraverso un atto di volizione privata - sugli effetti giuridici scaturenti dalla venuta al mondo di una nuova vita"<sup>509</sup>, laddove la prospettiva contrattualistica è stata tradizionalmente ritenuta inadeguata.

L'articolo 269 c.3 c.c. afferma che il rapporto di filiazione è provato dalla corrispondenza fra colui che si pretende essere figlio e colui che fu partorito dalla donna. Pertanto, la madre del nato deve essere individuata nella donna partoriente, con unica

---

<sup>505</sup> Sono consapevole delle questioni terminologiche relative al fenomeno in esame. Utilizzo qui il termine "gestazione per altri" in quanto meno ideologico e valutativo rispetto ad altri termini con cui ci si riferisce alla stessa pratica come "maternità surrogata" o "utero in affitto". Infatti "chi utilizza il termine maternità surrogata o madre sostituta offre già un giudizio morale negativo, collegato proprio all'espressione: ciò che si mette in evidenza è il fatto che la maternità non sia piena. Inoltre si dà per scontato un significato del concetto di maternità che però nelle società contemporanee non solo non è condiviso da tutte le opinioni morali, ma non riesce neppure più a descrivere in modo chiaro tutte le possibili relazioni che si vengono a instaurare tra una madre e i suoi figli. Madre, infatti, non è solo colei che partorisce. Nel nostro ordinamento giuridico (e non solo nel nostro) madre si può diventare anche a seguito di un'adozione. E, al contrario, si può rifiutare di essere madre anche nel momento in cui si partorisce. Sotto questo profilo anche una donna che partorisce e che dà fin da subito il figlio in adozione sarebbe una madre surrogata, ma questo termine non viene utilizzato per indicare questa situazione, perché? Chi utilizza il termine utero in affitto, per contro, mette l'accento sul fatto che vi sia uno scambio economico tra chi saranno i genitori sociali e chi ha partorito" (Damenò R., 2016. Il diritto penale e il corpo delle donne, *Studi sulla questione criminale*, 2: 27). Tuttavia si precisa che le sentenze analizzate utilizzano il termine surrogazione di maternità probabilmente in quanto è quello utilizzato dalla legge 40/2004 che ne pone il divieto.

<sup>506</sup> Nasso I., 2014. *La maternità surrogata: una chiave di lettura costituzionalmente orientata*, in Giuffrè F., Nicotra I. (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*. Napoli: Editoriale Scientifica, p. 303.

<sup>507</sup> Acierno M., 2017. Le nuove genitorialità. Fonti e orientamenti giurisprudenziale. *Giucedonna.it*, 1.

<sup>508</sup> Varano C., 2017. La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali, *Famiglia e diritto*, 8-9: 825-836; Corti I., 2000. *La maternità per sostituzione*. Milano: Giuffrè editore, p. 1.

<sup>509</sup> Nasso I., 2014. *Ibidem*, p. 305.

eccezione individuabile nell'istituto dell'adozione che permette l'instaurazione di legami familiari fra persone non consanguinee al fine di porre rimedio alle situazioni di disagio familiare e di abbandono dei minori. Questa concezione della maternità è oggi messa in discussione dal progresso della tecnica medica e dei costumi sociali che hanno allargato la percezione della maternità alla sfera antropologica e sociale prima ancora che a quella biologica<sup>510</sup>.

Com'è noto in Italia la gestazione per altri è una pratica vietata dalla l. 40 del 2004<sup>511</sup>, tuttavia sono pervenuti all'attenzione dell'autorità giudiziaria italiana alcuni casi inerenti agli effetti giuridici di pratiche commissionate all'estero da cittadini italiani. In questo paragrafo sono presi in considerazione 6 provvedimenti a partire dal 1989 fino al 2017.

Un esempio è costituito dalla sentenza della Corte d'Appello di Bari del 25.02.2009<sup>512</sup> dove una donna italiana, moglie di un cittadino inglese entrambi residenti in Italia, chiede al giudice di emanare un provvedimento affinché l'Ufficiale di Stato civile del Comune del luogo certificasse nell'apposito registro la maternità legittima della ricorrente nei confronti di due bambini avuti tramite gestazione per altri in Gran Bretagna. L'Ufficiale infatti ha opposto rifiuto di procedere in quanto la pratica è vietata in Italia. La Corte accoglie il ricorso sostenendo che la trascrizione dell'atto straniero sia compatibile con l'ordine pubblico internazionale, motivazione di cui si è ampiamente detto nei paragrafi precedenti di questa ricerca e a cui si rimanda, in quanto la fecondazione, la gestazione e infine il parto si sono conclusi prima dell'entrata in vigore della legge 40/2004. La Corte riconosce la cosiddetta maternità sociale alla madre committente allo scopo di tutelare il legame fra questa e i bambini instaurato da più di dieci anni.

La Corte, tuttavia, non prende posizione sulla liceità dell'accordo di gestazione come avvenuto in altri casi quali la sentenza del 27.10.1989 del Tribunale di Monza<sup>513</sup> che lo ha ritenuto illecito o la sentenza del 17.02.2000 del Tribunale di Roma<sup>514</sup> che lo ha diversamente considerato valido.

In ragione della complessità della materia, che coinvolge anche saperi non giuridici, per la prospettiva che qui ci interessa, ci si soffermerà solo sugli aspetti inerenti al principio dell'interesse del minore.

Oltre ai casi in cui gli effetti giuridici di gestazioni per altri compiute all'estero sono entrati in conflitto con la nozione di ordine pubblico, tali effetti hanno toccato anche la normativa in materia di *status filiationis* affrontata nei paragrafi precedenti. È il caso della

---

<sup>510</sup> Nasso I., 2014. *Ibidem*, p. 306.

<sup>511</sup> L. n. 40/2004, art. 12, comma 6: "Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da 3 mesi a 2 anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro". Tale norma non è stata investita dalla declaratoria di illegittimità costituzionale parziale dell'analogo divieto di fecondazione eterologa previsto dall'art. 4, comma 3 della medesima legge, pronunciata dalla Corte Costituzionale con sent. n. 162/2014.

<sup>512</sup> In *Famiglia e diritto* con nota di De Tommasi M. C., 2010. Riconoscibilità dei c.d. "Parental order" relativi ad un contratto di maternità surrogata concluso all'estero prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004, *Famiglia e diritto*, 3: 257-279.

<sup>513</sup> *Dir. fam. e pers.*, 1991, 191 così anche App. Salerno 25 febbraio 1992, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 177.

<sup>514</sup> In *Famiglia e diritto*, 2000, 2, 151 ss.

richiesta di trascrizione di un certificato di nascita formato in India di cui si occupa la Corte d'Appello di Milano con la decisione del 25.07.2016 che solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minore possa essere accolta solo quando ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore, rispetto ai parametri degli artt. 2, 3, 30 e 31 e 117 Cost in relazione all'art. 8 della Cedu.

La vicenda giudiziaria ha origine da una pratica di gestazione per altri da cui nasce un bambino con patrimonio genetico appartenente per metà alla madre indiana e per l'altra metà all'uomo della coppia italiana committente. In India il bambino viene registrato come figlio della coppia committente ma una volta arrivato in Italia, su ricorso del curatore del minore nominato dal Tribunale, il giudice italiano dichiara che il bambino non è figlio della madre italiana come risulta dal certificato indiano poiché questa non lo ha partorito (art. 269.3 c.c.).

Il giudice di prime cure fonda la propria decisione sulla disposizione di cui all'art. 269 c. 3 c.c., in quanto, nel caso in esame, il rapporto di filiazione dal lato materno non può essere dedotto dal contratto per la fecondazione eterologa con gestazione per altri, da ritenersi invalido per contrarietà della legge straniera all'ordine pubblico, ai sensi dell'art. 16 della legge 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato). I coniugi fanno ricorso alla Corte d'Appello sostenendo che la trascrizione non sia contraria all'ordine pubblico internazionale e chiedono che sia sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12 c. 6 della legge sulla procreazione medicalmente assistita n. 40/2004 nella parte in cui pone un divieto assoluto di ricorrere alla gestazione per altri.

La Corte d'Appello, tuttavia, analizzata la controversia, rileva che il certificato risulta già trascrivibile in Italia in quanto legittimamente formato in India, di conseguenza la questione non ha ad oggetto l'autorizzazione alla trascrizione ma piuttosto la richiesta di rimuovere lo *status* riconosciuto poiché non veritiero. La Corte decide la questione affermando “non essere manifestamente infondato il dubbio di costituzionalità di una norma che non consenta di valutare in concreto l'interesse del minore, identificabile, nella fattispecie, nell'interesse a mantenere l'identità relazionale e lo *status* di una riconosciuta filiazione materna e, in altri termini, del diritto di avere come madre la donna che, con il suo desiderio di genitorialità, unitamente al padre, gli ha consentito di venire al mondo”<sup>515</sup>. La questione di legittimità costituzionale sollevata dai giudici d'appello pone al centro l'interesse del bambino nato da gestazione per altri realizzata all'estero a vedersi riconosciuto e mantenuto uno stato di filiazione rispondente alle sue esigenze di vita. La Corte Costituzionale decide la questione con la sentenza 272/2017, di cui si è già parlato nel paragrafo riguardante lo stato di filiazione, decretando non fondata la questione di legittimità sollevata.

---

<sup>515</sup> Baiocco R., Busacca A., De Filippis B., 2018. *Unioni civili e genitorialità: le nuove frontiere della giurisprudenza*. Milano: Wolter Kluwer Cedam, p. 140.

Per la Corte d'Appello le norme che definiscono la genitorialità, ed in particolare la maternità, non consentirebbero il riconoscimento del legame fra madre e figlio, se non attraverso l'istituto dell'adozione in casi particolari, sul presupposto che l'interesse del minore debba identificarsi nel *favor veritatis*. Qualora invece si consentisse una valutazione in concreto dell'interesse del minore potrebbero essere presi in considerazione anche altri profili riguardanti le modalità della nascita ed il rapporto con la madre intenzionale. Sono richiamate, in particolare, la sentenza n. 162 del 2014 della Corte Costituzionale in tema di fecondazione eterologa, e le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di surrogazione di maternità che si vedranno nei prossimi capitoli. In questi casi la tutela del superiore interesse del minore non sarebbe più valutata inscindibile rispetto alla veridicità biologica del rapporto di filiazione bensì alla conservazione del rapporto di filiazione sociale o intenzionale<sup>516</sup>.

Inoltre, in contrasto con l'art. 3 Cost., il bambino nato da gestazione per altri si troverebbe in una condizione peggiore rispetto a quello nato attraverso fecondazione assistita di tipo eterologo. Infatti, solo nel secondo caso, in presenza di donazione dei gameti, è preclusa al coniuge e al convivente del genitore naturale la possibilità di proporre l'azione di disconoscimento e l'impugnazione del riconoscimento. Tuttavia, anche il bambino nato da gestazione per altri avrebbe diritto alla tutela della propria identità personale, nelle forme del diritto al nome e alla conservazione del proprio *status filiationis*.

La Corte Costituzionale ribadisce, come si è già visto, il carattere non assoluto del *favor veritatis* e la necessità di considerare il concreto interesse del minore in tutte le decisioni che lo riguardano. Fra le disposizioni favorevoli a un bilanciamento fra verità biologica e conservazione dello *status filiationis*, i giudici citano l'art. 9 della legge n. 40 del 2004 che impedisce al coniuge o al convivente che abbia acconsentito al ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo di promuovere l'azione di disconoscimento o impugnare il riconoscimento ai sensi dell'art. 263 cod. civ. Pertanto, i giudici osservano che “non si vede conseguentemente perché, davanti all'azione di cui all'art. 263 cod. civ., fatta salva quella proposta dallo stesso figlio, il giudice non debba valutare: se l'interesse a far valere la verità di chi la solleva prevalga su quello del minore; se tale azione sia davvero idonea a realizzarlo (come è nel caso dell'art. 264 cod. civ.); se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica (ad esempio perché relativa a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la

---

<sup>516</sup> Con riferimento alla violazione degli artt. 30 e 31 Cost., la difesa della parte privata si è richiamata ai principi della sentenza n. 162/2014 sottolineando il valore da attribuire alla genitorialità sociale. Al riguardo, sono stati richiamati importanti provvedimenti già esaminati nel secondo capitolo in materia di adozione da parte del single e della coppia omosessuale (Cass. 11.01.2013, n. 601; 22.06.2016, n. 12962; App. Torino, sent. 27.05.2016); di trascrizione di atti di nascita formati all'estero in cui la coppia di genitori è composta da individui dello stesso sesso (Cass. 30.09.2016, n. 19599); nati in seguito a maternità surrogata (App. Milano, decr. 28.12.2016); di adozione, da parte del genitore sociale, del figlio biologico del proprio compagno, nato a seguito di surrogazione di maternità (Trib. min. Roma, sent. 23.12.2015).

dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane) ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità”.

Secondo la Consulta vi sono casi ove la valutazione comparativa tra gli interessi è fatta direttamente dalla legge, come accade per esempio per quanto riguarda il divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa. In altri casi “il legislatore impone, all’opposto, l’imprescindibile presa d’atto della verità con divieti come quello della maternità surrogata”.

Per la Corte, dunque, se da un lato non è costituzionalmente ammissibile che l’esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull’interesse del minore, dall’altro lato i *best interests* non possono prevalere automaticamente sulla prima. La Consulta sostiene che la questione non sia fondata motivando come segue: “si è già visto come la regola di giudizio che il giudice è tenuto ad applicare in questi casi debba tenere conto di variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso. Tra queste, oltre alla durata del rapporto instauratosi col minore e quindi alla condizione identitaria già da esso acquisita, non possono non assumere oggi particolare rilevanza, da un lato le modalità del concepimento e della gestazione e, dall’altro, la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l’adozione in casi particolari, garantisca al minore una adeguata tutela. Si tratta, dunque, di una valutazione comparativa della quale, nel silenzio della legge, fa parte necessariamente la considerazione dell’elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale”.

### *5.3 Il principio dell’interesse del minore nei provvedimenti riguardanti i figli*

L’art. 337 ter del codice civile disciplina i provvedimenti che riguardano i figli ed è inserito nel capo che regola l’esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio o all’esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio.

Ai sensi dell’art. 337 ter il figlio ha diritto di mantenere un rapporto con ciascuno dei genitori da cui ricevere le cure necessarie e ha diritto di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale. Sul rispetto dei diritti del minore vigila il giudice, il quale ha il compito di adottare i provvedimenti idonei con esclusivo riferimento all’interesse morale e materiale del minore.

Uno degli ambiti in cui la giurisprudenza ha avuto modo di intervenire riguarda i rapporti significativi a cui si riferisce l’articolo 337 bis: il mantenimento dei legami fra



nonni e nipoti<sup>517</sup>. Sul tema sono stati presi in considerazione 15 provvedimenti dal 1981 al 2015.

La riforma della filiazione, con la legge delega 10 dicembre 2012, n. 219 e il successivo decreto delegato 28 dicembre 2013, n. 154, ha inoltre introdotto l'art. 317 bis. Il nuovo articolo ha disciplinato espressamente il diritto degli ascendenti a mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, di conseguenza l'ascendente che veda ostacolato il proprio diritto può ricorrere al giudice il quale dovrà adottare i provvedimenti idonei nell'esclusivo interesse del minore attraverso il procedimento di cui all'articolo 336 c. 2 c.c.

Prima dell'introduzione dell'art. 317 bis il rapporto fra minori e ascendenti era tutelato dalla clausola generale dell'interesse del minore attraverso cui veniva affermata l'importanza del rapporto nonni-nipoti salvo che vi fosse un pregiudizio per il minore stesso<sup>518</sup>. Tuttavia la Corte Suprema aveva più volte negato che si potesse riconoscere in capo agli ascendenti un diritto soggettivo negando anche la facoltà di intervenire nei giudizi inerenti al regolamento della crisi del rapporto affettivo tra i genitori<sup>519</sup>.

Nell'ordinamento anteriore alla riforma, gli ascendenti, rientrando nella nozione di parenti, potevano ricorrere principalmente alla legittimazione ad agire riconosciutagli dall'art. 336 c.c., invocabile per ogni condotta dei genitori che risulti pregiudizievole per i minori e, dunque, anche nel caso in cui i genitori impediscano la relazione nipote-nonno<sup>520</sup>. Agli ascendenti era riconosciuta "una mera facoltà d'impulso processuale nell'interesse altrui e cioè a presidio del diritto di cui il solo minore era pienamente titolare e che affondava le radici sul versante del dovere - del *munus* - rinvenibile in capo agli stessi ascendenti" nella prospettiva di tutelare il minore<sup>521</sup>.

---

<sup>517</sup> Sul tema si veda *ex multis* Bianca M., 2006. Il diritto del minore all'"amore" dei nonni. *Rivista di diritto civile*, 2:155-177; Preite F., 2014. *Rapporti con gli ascendenti*, in AA.VV. (a cura di), *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali in materia di filiazione*, Napoli: Edizioni scientifiche italiane, p. 119 ss.; Danovi F., 2014. Il d.lgs. n. 154/2013 e l'attuazione della delega sul versante processuale: l'ascolto del minore e il diritto dei nonni alla relazione affettiva. *Famiglia e diritto*, 5: 535-548; Galli L., 25.11.2015. Il diritto del minore a conservare il rapporto con gli ascendenti dopo la separazione dei genitori. *ilFamiliarista.it*; Murgo C., 10.06.2015. Il diritto degli e avi e l'interesse dei minori: due corti a confronto. *Giustiziacivile.com*; Cagnazzo A., 2017. *La filiazione. Nuovi orientamenti giurisprudenziali e dottrinali*. Milano: Giuffrè editore, p. 241.

<sup>518</sup> così in Tribunale minorenni Bari, 29.06.2011.

<sup>519</sup> Cass. 24.02.1981, n. 1115, in Foro.it, 1982, I, 1144; Cass. 17.01.1996, n. 364, in Fam. Dir., 1996, 277; Cass. 16.10.2009, n. 22081, in Fam. Pers. E succ. 2010, 31 e Cass. 25.10.2011, n. 28902.

<sup>520</sup> Cass. 24.02.1981 n. 1115, in Giust. Civ., 1982, I, 748 secondo cui il genitore non può, senza una ragione che riguardi l'interesse del minore, vietare ogni rapporto fra nonni e nipoti. Così anche Trib. Taranto, 19.04.1999, in Fam. E dir. 1999, 373; Trib. min. L'Aquila, 13.02.1998, in Giust. Civ. 1999, I, 290; Trib. Roma, 7.02.1987, in Dir. Fam., 1987, 739 ss.; Trib. min. Bari, 10.01.1991, Giur. Merito, 1992, 571; Trib. Roma, 7.02.1987, in Dir. Fam., 1987, 739 ss.

<sup>521</sup> Savi G., 2015. L'esercizio dell'azione degli ascendenti nel nuovo art. 317-bis c.c., *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2: 547-565.

Per quanto riguarda i provvedimenti della giurisprudenza intervenuti su questo tema, nella decisione del Tribunale per i minorenni di Messina del 19.03.2001<sup>522</sup> i giudici sostengono che “pur non spettando, de iure condito, ai nonni (ed agli altri parenti) un vero e proprio diritto soggettivo di visita (e permanenza) dei nipoti minori, mancando nel sistema una norma esplicita che tale diritto direttamente preveda, tuttavia - ritenuto che i sentimenti affettivi di un minore collegati ai più stretti vincoli di sangue hanno di regola, una notevolissima e certa rilevanza positiva ai fini di un’armonica crescita psicologica e culturale del minore stesso - l’interesse legittimo dei nonni (e degli altri parenti) a visitare i minori, permanendo con loro, trova incondizionato riconoscimento e piena tutela ogni qual volta esso venga a coincidere con l’interesse dei nipoti ad instaurare e mantenere costanti, regolari e congrui rapporti con i minori congiunti diversi dai genitori, vale a dire allorché la visita (e la permanenza) dei nonni (e degli altri parenti) non arrechi ai minori un danno rilevante e un eventuale divieto dei genitori (nel caso di specie, della tutrice) si ponga, per ciò, contro l’interesse dei minori ad una ottimale, proficua integrazione della propria personalità nell’ambito della parentela”.

La nuova norma, come già detto, se da un lato ha dato espresso riconoscimento al diritto dei nonni a mantenere una relazione significativa con i nipoti, rafforzandone così la tutela, dall’altro, tuttavia, prescrive che il giudice debba adottare i provvedimenti più idonei nell’esclusivo interesse del minore<sup>523</sup>. Di conseguenza si può dedurre che, nel momento in cui si presentasse una situazione di contrasto fra il diritto dei nonni e l’interesse del minore, quest’ultimo avrebbe la preferenza. Anche il diritto dei nonni deve infatti intendersi, al pari dei diritti riconosciuti ai genitori, come un diritto esercitato dagli adulti in funzione del minore. Dunque, se dall’esame del caso di specie dovesse emergere che la relazione nonno-nipote può nuocere al minore l’autorità giudiziaria potrebbe vietare il mantenimento del legame.

È quanto successo nel caso esaminato dalla Cassazione e deciso con sentenza del 19.01.2015, n. 752<sup>524</sup>. Il Tribunale per i minorenni di Roma (con decr. del 25.09-4.10.2012) in primo grado e successivamente la Corte d’Appello (9.07-10.09.2013) respinge il ricorso della nonna di una minore volto al riconoscimento del suo diritto di visita nei confronti della nipote, osteggiato dal genero, padre della bambina. La minore di 8 anni e mezzo, giudicata dal Tribunale capace di discernimento, manifesta il proprio parere contrario al mantenimento del legame con la nonna in un momento di dolorosa rielaborazione del grave lutto costituito dalla perdita della madre. Dalla relazione riguardante l’ascolto della minore emerge “come la minore avesse ribadito la medesima volontà già espressa in sede giudiziale, riferendo di provare dolore al solo pensiero di

---

<sup>522</sup> in Dir. Fam., 2001, 1522-1523, si trova anche in Cagnazzo A., 2017. *Ibidem*, p. 242. In modo simile anche Trib. min. Roma, 16.01.1999, in Dir. Fam., 2000, 144 e Trib. min. Bari, 10.01.1991, in Giur. Merito, 1992, 571 in cui si legge “sussiste l’interesse dei minori a mantenere il legame affettivo con i nonni, che però, deve essere temperato con il prevalente interesse degli stessi ad integrarsi pienamente nella nuova famiglia costituita dal genitore superstite”.

<sup>523</sup> Astone F., 2015. Sul ‘diritto’ di mantenere rapporti significativi con i nipoti, tra *best interest* del minore e nuove aspettative degli ascendenti. *Giurisprudenza Costituzionale*, 5: 1610-1618.

<sup>524</sup> Reperibile nella banca dati [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it) (*Dejure*).

sentire la nonna anche telefonicamente (“mi ricorda cose troppo brutte, soprattutto le grandi litigate con papà quando mamma stava male”).

La nonna, fra i motivi di ricorso in Cassazione, adduce la violazione e falsa applicazione della l. 219 del 2012, art. 2, in punto di legittimazione degli ascendenti a far valere il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minori, in relazione all’art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Sul punto la Cassazione precisa che “la ricorrente sostiene in sintesi che i nonni sono ormai legittimati a fare valere il loro diritto a mantenere rapporti significativi coi nipoti e che, dunque, lei ha il diritto di mantenere le preesistenti frequentazioni con la nipotina, onde anche garantirle il sano sviluppo dell’importante, rapporto parentale. Il motivo deve essere disatteso. La legittimazione ad agire della M. non è stata negata, per cui sul punto le censure sono inammissibili per difetto di interesse; per il resto i giudici di merito hanno irreprensibilmente valorizzato l’interesse preminente della minore in riferimento alla situazione attuale, destinata ad evolversi nel tempo, con auspicabili diversi e positivi esiti”. In conclusione, se è vero che l’ordinamento ha introdotto il diritto degli ascendenti a mantenere il rapporto con i propri nipoti è anche vero che tale diritto rimane comunque subordinato alla valutazione dell’interesse del minore, finendo per essere compreso qualora non coincida con quello del nipote.

Oltre al rapporto con gli ascendenti, l’articolo 337 ter c.c. prevede che il giudice valuti prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori, oppure stabilisca a quale dei due affidarli e prenda atto, se non contrari all’interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori.

Inoltre, “le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all’istruzione, all’educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell’inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice”. L’articolo 337 ter c.c., come detto in apertura del paragrafo, fa riferimento al caso in cui sia avvenuta la crisi della coppia. Qualora il disaccordo fra i genitori in riferimento ad una decisione relativa al minore avvenga in una coppia non separata ma convivente allora si farà riferimento all’art. 316 c.c. che prevede che, in caso di contrasto, ciascuno dei genitori possa ricorrere al giudice il quale adotterà i provvedimenti più idonei all’interesse del minore.

Si vedranno di seguito alcune decisioni adottate dall’autorità giudiziaria in materia di *best interests of the child* in relazione all’istruzione, all’educazione, specialmente religiosa, e alla salute di soggetti minorenni. I provvedimenti sono 34 a partire dal 1963 fino al 2018.

Con decreto del Tribunale di Monza del 5.07.2016, l’autorità giudiziaria esamina la richiesta di un genitore che ha chiesto che il figlio possa seguire una *dieta vegana* presso la mensa scolastica. Il Tribunale autorizza il genitore dopo aver valutato la consulenza tecnica d’ufficio, la quale esprime parere favorevole purché siano rispettate alcune prescrizioni e il minore sia sotto controllo medico. Al momento il repertorio giurisprudenziale in tema di diete non è molto vasto ma si può prevedere un incremento

di casi in futuro in relazione alla diffusione di alcuni regimi alimentari, in particolare la dieta vegetariana e quella vegana, anche fra i bambini.

Alcuni provvedimenti analizzati riguardano il tema delle *vaccinazioni* sui minori<sup>525</sup>, argomento attualmente dibattuto nell'opinione pubblica italiana in quanto recentemente si è sollevato un vasto movimento d'opinione contro l'obbligatorietà dei vaccini.

Recentemente il legislatore è intervenuto in materia con il decreto-legge del 7 giugno 2017, n. 73, modificato dalla legge di conversione del 31 luglio 2017, n. 119 recante disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale, portando il numero di vaccinazioni obbligatorie da quattro a dieci. L'obiettivo dell'intervento deve essere individuato nel contrasto al progressivo calo delle vaccinazioni che ha determinato una copertura vaccinale media in Italia al di sotto del 95%, soglia raccomandata dall'Organizzazione mondiale della sanità per garantire la cosiddetta "immunità di gregge", cioè per garantire la protezione anche di quei soggetti che, per motivi di salute, non possono essere vaccinati<sup>526</sup>. Con l'intervento del legislatore, si legge nel sito istituzionale del Ministero della Salute, "il rispetto degli obblighi vaccinali diventa un requisito per l'ammissione all'asilo nido e alle scuole dell'infanzia (per i bambini da 0 a 6 anni), mentre dalla scuola primaria (scuola elementare) in poi i bambini e i ragazzi possono accedere comunque a scuola e fare gli esami, ma, in caso non siano stati rispettati gli obblighi, viene attivato dalla Asl un percorso di recupero della vaccinazione ed è possibile incorrere in sanzioni amministrative da 100 a 500 euro. Sono esonerati dall'obbligo i bambini e i ragazzi già immunizzati a seguito di malattia naturale, e i bambini che presentano specifiche condizioni cliniche che rappresentano una controindicazione permanente e/o temporanea alle vaccinazioni".

In considerazione del recente intervento legislativo, si precisa che le decisioni qui analizzate sono state quasi tutte emesse prima dell'entrata in vigore della legge 119/2017.

In questo particolare ambito le decisioni giurisprudenziali intervenute non sono giunte ad orientamenti univoci. Da un lato, si è sostenuta l'esecuzione coattiva della vaccinazione, l'affievolimento della responsabilità genitoriale con effetti limitati alle vaccinazioni e con una richiesta al servizio sanitario di verificare eventuali

---

<sup>525</sup> Con il d.l. n. 73/2017 sono state introdotte 12 vaccinazioni obbligatorie per i minori di 16 anni: alle 4 storicamente obbligatorie (contro difterite, tetano, poliomielite ed epatite B), sono state aggiunte quelle contro pertosse, Hib, meningococco di tipo B e C, morbillo, rosolia, parotite e varicella. In sede di conversione tuttavia è stata eliminata l'obbligatorietà dei vaccini contro il meningococco di tipo B e C.

La sanzione pecuniaria prevista in caso di perdurante inottemperanza va da 100 a 500 euro.

Le istituzioni educative devono richiedere ai genitori al momento dell'iscrizione dei figli una delle seguenti documentazioni: la certificazione delle vaccinazioni o del differimento o dell'esonero, la dichiarazione sostitutiva, con successiva presentazione delle certificazioni; la richiesta delle vaccinazioni presentata all'ASL. Nei servizi educativi per l'infanzia e nelle scuole dell'infanzia, la documentazione è requisito di accesso, in tutti gli altri tipi di scuola la mancata presentazione non impedisce la frequenza (Marino G., 19.01.2018. Vaccini: obbligo o raccomandazione è il legislatore che decide. *Dirittoegiustizia.it*).

I provvedimenti sono reperibili in [www.comilva.org](http://www.comilva.org) ad esclusione del provvedimento del Tribunale di Milano (9.01.2018) consultabile in [biodiritto.it](http://biodiritto.it) e della Corte d'Appello di Napoli del 30.08.2017 reperibile in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it) (DeJure).

<sup>526</sup> [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it).

incompatibilità con il vaccino. Dall'altro lato, si è sostenuto che il rifiuto alla vaccinazione obbligatoria non potesse comportare pronunce sulla responsabilità genitoriale senza che fosse provata l'incuria nei confronti del minore e che la vaccinazione, pur essendo un trattamento obbligatorio, avesse possibilità di obiezione<sup>527</sup>.

Secondo un orientamento consolidato della Cassazione, le vaccinazioni obbligatorie dei minorenni sono imposte da specifiche disposizioni di legge finalizzate alla tutela della salute del bambino e della collettività. Il genitore che vi sottragga il figlio impedisce una misura di tutela dell'interesse del minore, il che giustifica l'intervento del giudice minorile (Corte Cost. 27 marzo 1992, n. 132, nonché Cass. 15.07.1995, n. 7744, Cass. 04.03.1996, n. 1653).

In uno dei casi analizzati, due genitori decidono di non sottoporre il figlio minore alle vaccinazioni obbligatorie, per questo motivo il Tribunale per i minorenni interviene ex art. 333 c.c. prescrivendo la vaccinazione. Secondo i giudici di secondo grado (App. Bari, decr., 06.02.2002) l'opposizione preconcepita e immotivata dei genitori alla sottoposizione del minore alle vaccinazioni obbligatorie deve considerarsi contraria all'interesse del minore (Cass. 8.02.1994, n. 1265), "trattandosi di trattamenti sanitari finalizzati alla tutela della salute del minore e di quella della collettività, per contrastare i quali è necessario dedurre l'esistenza di uno specifico pericolo per la salute di quel minore collegato alla effettuazione delle vaccinazioni, in dipendenza di una particolare condizione sanitaria del soggetto (Cass. 4.03.1996, n. 1653)". Di conseguenza, nell'ipotesi di generica opposizione dei genitori, il giudice è legittimato ad intervenire ex artt. 333 e 336 c.c. (così anche App. Torino 3.10.1992).

La Corte, in riferimento al caso di specie ritiene che l'opposizione dei genitori scaturisca da una "sogettiva impostazione scientifica sull'argomento, tratta da studi medici sulla materia, impostazione che però si pone in evidente contrasto con altri studi di diverso segno, le cui risultanze sono state recepite dal Piano Sanitario Nazionale anche per il triennio 1998-2000 per raggiungere gli obiettivi perseguiti dall'Ufficio Regionale Europeo dell'Organizzazione Mondiale della Sanità". Inoltre, i genitori non provano alcuna specifica controindicazione riguardante il figlio, per cui la Corte conferma il provvedimento del Tribunale.

In modo simile la Corte d'Appello di Milano (decr. 18.12.2000) conferma la decisione del Tribunale per i minorenni il quale ha prescritto che due genitori, che hanno rifiutato di sottoporre il figlio alle vaccinazioni obbligatorie dell'antiepatite B e la IV dose della vaccinazione contro la poliomielite, permettano che il minore sia vaccinato.

Anche recentemente il Tribunale di Milano (ord. del 9.01.2018) decide a favore della prescrizione del vaccino obbligatorio, ancora non somministrato, su un minore. In questo caso i genitori, in fase di procedimenti di separazione, non si sono trovati d'accordo in ordine alla decisione di vaccinare il figlio e si sono rivolti all'autorità giudiziaria (così anche Corte d'Appello di Napoli, decr. 30.08.2017). Il Tribunale prende atto dell'obbligo

---

<sup>527</sup> Vignali C., 2005. La tutela della salute del minore, *Diritto di famiglia e delle persone*, 4: 1421-1445.

di legge e valuta come il padre non abbia eccepito la sussistenza di pericoli per la salute del minore in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, unica circostanza che avrebbe consentito l'omissione o il differimento della vaccinazione.

Contrariamente alle decisioni citate, la Corte d'Appello di Napoli (decr. 13.04.2011) revoca il decreto del Tribunale per i minorenni che ha prescritto la vaccinazione obbligatoria sostenendo che l'ordinamento non preveda la coercibilità del trattamento nel caso in cui i genitori non provvedano alla vaccinazione. Il CTU incaricato dalla Corte, pur non avendo riscontrato nel minore l'immunità, acquisita naturalmente, per le patologie, richiedenti la vaccinazione obbligatoria e nemmeno controindicazioni, tuttavia non esclude con assoluta certezza la possibilità di complicanze anche permanenti (così anche App. Ancona, decr. 27.1.1998; Trib. min. Ancona, 9.06.2000; App. Ancona, decr. 9.08.2002; Trib. min. dell'Abruzzo, decr. 7.06.2011).

La Corte d'Appello di Venezia (7.07.2003) solleva questione di legittimità in riferimento all'art. 32 della Costituzione della L. 5.3.1963 N. 292 (modificata con L. 27.4.1981 N. 166) in tema di obbligatorietà della vaccinazione antitetanica. Le motivazioni della decisione si basano sul presunto abbattimento delle condizioni di rischio dei bambini rispetto al passato di venire a contatto con la malattia e "la prevalenza del diritto individuale alla salute (art. 32 della Costituzione) dal momento che il tetano non è una malattia contagiosa (a carattere diffusivo)".

La stessa Corte d'Appello (decr. 13.11.2012), per identiche motivazioni e precisando che il trattamento di vaccinazione non può ritenersi coercitivo, revoca il decreto con cui il Tribunale per i minorenni ha disposto la vaccinazione obbligatoria di un minore. Così anche il Tribunale per i minorenni di Bologna (decr. 7.09.2016) che, oltre alla motivazione della non coercibilità, specifica anche che per l'applicazione degli art. 330 e 336 c.c. è necessario vi sia incuria nei confronti del minore da parte di chi ne eserciti la tutela.

Il Tribunale di Milano con decreto del 4.02.2015 si pronuncia in materia di *istruzione scolastica*. I genitori di un minore si sono trovati in disaccordo in riferimento alla scelta della scuola della figlia, sostenendo una che dovesse essere iscritta ad una scuola media privata, mentre l'altro che dovesse essere iscritta alla scuola media statale.

Per i giudici "nel merito, non può il Tribunale omettere di considerare la linea giurisprudenziale sul punto già venutasi a formare, e in via di sintesi riconducibile all'opzione di principio secondo la quale laddove non esista, o non persista, un'intesa tra i genitori a favore di qualsivoglia istituto scolastico privato e non emergano evidenti controindicazioni all'interesse del minore (in particolare riconducibili a sue insite difficoltà di apprendimento, a particolari fragilità di inserimento nel contesto dei coetanei, a esigenze di coltivare studi in sintonia con la dotazione culturale o l'estrazione nazionale dei genitori ecc.), la decisione dell'Ufficio giudiziario - in sé sostitutiva di quella della coppia genitoriale - non può che essere a favore dell'istruzione pubblica, secondo i canoni dall'ordinamento riconosciuti come idonei allo sviluppo culturale di qualsiasi soggetto minore residente sul territorio". L'iscrizione scolastica dei figli è giudicata dalla

Cassazione (Cass. del 20.06.2012, n. 10174) una di quelle questioni che richiedono il consenso di entrambi i genitori. Secondo il Tribunale “le altre istituzioni scolastiche (paritarie, private in generale), pertanto, possono incontrare il favore del giudice, nella risoluzione del conflitto, solo là dove emergano elementi precisi e di dettaglio per accertare un concreto interesse effettivo dei figli a frequentare una scuola diversa da quella pubblica”. Inoltre “la scelta del giudicante nel senso della scuola pubblica è una scelta neutra che non rischia di orientare il minore verso determinate scelte educative o di orientamento culturale in generale (e ciò, invece, potrebbe avvenire nella designazione di una scuola privata Trib. Milano 29.07.2014)”.

Un altro ambito emerso fa riferimento alle *scelte religiose* dei genitori con ricadute sui figli minorenni. La Cassazione (ord. del 19.07.2016, n. 14728), in un caso di separazione in cui è chiesto l’affidamento esclusivo alla madre in quanto il padre ha abbracciato la confessione dei Testimoni di Geova, statuisce che in mancanza di specifici elementi da cui possa dedursi l’assunzione di condotte pregiudizievoli per i figli, non possono essere giustificati provvedimenti restrittivi<sup>528</sup>.

Nel caso deciso dalla Corte d’Appello di Milano (sent. 21.02.2011), un genitore domanda al giudice che sia sospeso il percorso di catechismo del figlio, a cui l’altro genitore lo accompagnava abitualmente, in quanto, in sede gli accordi di separazione tra i genitori, si era deciso che il minore avrebbe scelto l’eventuale credo religioso una volta maggiorenne senza dover frequentare alcun gruppo religioso. Per la Corte la richiesta di sospensione/interruzione della catechesi finalizzata al battesimo non può rappresentare, come asserito dal reclamante, un’automatica conseguenza del fatto che vi fosse sul punto contrasto tra i genitori. La decisione invece “deve essere adottata tenendo conto, in questa fase, unicamente del preminente interesse del minore, interesse che si misura anche con la rilevanza che nella vita del bambino potrebbe assumere una interruzione del percorso iniziato”. Il percorso di catechesi, dal quale in forza del provvedimento del padre il minore si troverebbe improvvisamente escluso, si è protratto per oltre un anno, con incontri settimanali divenuti occasione di stabili relazioni con altri coetanei. Alla luce di ciò i giudici valutano che, “considerato che il percorso di catechesi non si profila lesivo di un diritto proprio del minore alla sua libertà religiosa che non ha ancora avuto modo di

---

<sup>528</sup> Un esempio di provvedimento restrittivo può trovarsi nella decisione del Tribunale di Prato (11.02.2009) dove un padre chiede l’affidamento esclusivo in quanto la madre del minore ha abbracciato la confessione dei testimoni di Geova e ciò ha causato degli effetti negativi sul figlio di 5 anni. Il Tribunale si pronuncia a favore dell’affidamento esclusivo al padre in ragione del suo stile di vita più adatto a garantire al minore una idonea socializzazione. Per quanto riguarda la valutazione sulla figura materna, dalle risultanze della consulenza tecnica emerge che “la madre rappresenta per G. il principale punto di riferimento affettivo; tuttavia, non è possibile trascurare che ella ha dichiarato che non intende accompagnare il figlio ai compleanni, che non desidera che egli canti in classe le canzoni di Natale, che, in caso di necessità, non gli farà fare trasfusioni di sangue o, eventualmente, chiederà a lui (a cinque anni!) se vuol commettere un’infrazione per salvare la vita terrena. Osserva il Giudice che la E., madre affettuosa e presente, prospetta, tuttavia, un modello educativo che certamente porrà G. fuori dalla possibilità di una regolare convivenza con i suoi coetanei; ed infatti, il canto di natale, il compleanno e le altre feste pagane rappresentano le più importanti modalità di incontro e socializzazione per i bambini della sua età. Non può tacersi, peraltro, del rischio della vita al quale G. verrebbe esposto in caso di necessità di trasfusioni di sangue, qualora il genitore esercente la potestà vi negasse il consenso”.

manifestarsi in senso contrastante [...], la sua interruzione sarebbe una decisione sproporzionatamente invasiva e che rappresenterebbe nella vita del piccolo X un'ingerenza pesante, non spiegabile per il bambino, se non con la sottolineatura del conflitto genitoriale che, comunque, già ampiamente lo coinvolge”.

La Corte d'Appello conclude che si profili “come maggiormente lesiva dell'interesse del minore - anche sotto il profilo della sua serenità e stabilità e dell'equilibrio delle relazioni - l'interruzione del percorso iniziato, di quanto possa esserlo il suo compimento, per quanto esso sia contrastante col progetto, inizialmente da entrambi i genitori condiviso e oggi solo dal padre perseguito, di riservare a X, una volta raggiunta la maturità necessaria, ogni scelta religiosa”. Inoltre “per quanto emerso all'udienza della Corte, il XX [il padre] ha affiancato al ricorso all'autorità giudiziaria, comunque, una capacità di dialogo col figlio sull'argomento, sicché non mancherà a X, terminato il percorso formale di catechesi, la possibilità di elaborare, in sostanziale libertà e in un largo e approfondito confronto, la legittimità di ogni diversa posizione in materia”.

La giurisprudenza italiana si è inoltre espressa in materia di *salute* del minore. Nella casistica giurisprudenziale si sono presentate questioni relative al consenso ad autorizzare trattamenti sanitari in favore di bambini contro il parere dei genitori. In giurisprudenza si è affermato che “costituisce condotta pregiudizievole all'interesse del figlio il comportamento del genitore che rifiuti il proprio consenso a una trasfusione di sangue ritenuta dalla scienza medica necessaria per la salute del figlio, affetto da grave malattia, seppure tale mancato consenso sia determinato da motivi religiosi (professione della fede dei Testimoni di Geova)” ( Pretore Arezzo, 24.04.1963<sup>529</sup>).

Il Tribunale per i minorenni di Bari, con decreto del 25.10.2000<sup>530</sup>, decide di limitare la responsabilità genitoriale di una coppia di genitori che ha rifiutato per il figlio la trasfusione del sangue, ritenuta necessaria dai sanitari che avevano in cura il figlio. La vicenda ha origine da una segnalazione delle Autorità sanitarie di un ospedale pediatrico. Il provvedimento di limitazione riguarda, in particolare, l'autorizzazione dei sanitari all'espletamento di ogni attività ritenuta idonea alla salvaguardia della vita del piccolo paziente.

La Corte d'Appello di Ancona, con decisione del 28.03.1999<sup>531</sup>, si pronuncia in riferimento alla situazione di un bambino di 9 anni, affetto da osteosarcoma osteoblastico midollare, trattabile con chemioterapia seguita da amputazione della gamba. La prognosi di sopravvivenza è incerta ed è valutata a 5 anni dalla scoperta del male pari al 60%, ma i medici prospettano tuttavia anche una possibilità di sopravvivenza dopo l'amputazione pari soltanto al 10-15%.

---

<sup>529</sup> in *Nuovo diritto*, 1965, p. 616.

<sup>530</sup> In *Minorigiustizia*, 2/2001, p. 200.

<sup>531</sup> In *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2/2000, p. 218.



Il Tribunale per i minorenni limita in via temporanea ed urgente la potestà dei genitori, i quali hanno improvvisamente sottratto il figlio alle cure per condurlo in Germania presso un omeopata, non medico, per motivi ideologico-religiosi<sup>532</sup>.

La Corte d'Appello revoca il provvedimento del Tribunale per le seguenti ragioni: in primo luogo per le ridottissime possibilità di sopravvivenza, quasi aleatoria e i gravi effetti collaterali della chemioterapia sul fisico del minore; in secondo luogo, sulla base di un giudizio di equivalenza fra il trattamento ufficiale e la terapia Di Bella in quanto né l'una, né l'altra possono ritenersi efficaci nel caso di specie; in terzo luogo, deve osservarsi che il minore respinge la terapia, mentre al momento del procedimento è in uno stato di tranquillità, in quanto si fida dei propri genitori. La Corte conclude che non vi sia un conflitto d'interessi fra genitori e figlio.

In un altro caso sottoposto alla Corte d'Appello di Brescia (decr. 24.11.1999<sup>533</sup>) riguardante un minore con linfoma non Hodgkin, la Procura chiede la sospensione della responsabilità genitoriale con effetti limitati alle scelte terapeutiche di un padre, unico esercente la responsabilità genitoriale in quanto vedovo, ove questo non desista dal rifiutare terapie scientificamente comprovate. Il Tribunale rigetta la richiesta della Procura (Trib. min. Brescia, decr. 25.10.2000) affermando di non poter riscontrare un pregiudizio per la minore in quanto non è possibile effettuare un confronto fra le terapie ufficiali (probabilità di riuscita pari al 60%) e quelle aderenti al metodo Di Bella. Inoltre, sono riscontrati miglioramenti nella piccola paziente curata esclusivamente con la medicina non ufficiale. Si chiede, dunque, alla Corte d'Appello di stabilire se la scelta del genitore, anche se compiuta in buona fede, sia oggettivamente pregiudizievole per la figlia ai sensi degli artt. 330 e 333 cod. civ.

Alla luce delle risultanze della consulenza tecnica di ufficio, consentire la prosecuzione della multiterapia Di Bella “significherebbe esporla a morte sicura perché, come ha accertato il consulente tecnico di ufficio, i sintomi di miglioramento sono solo illusori e dipendono dal blando uso della ciclofosfamide che, anzi, essendo usata a basso dosaggio, può indurre a resistenza rendendo inutile ogni successiva cura essendo il suddetto farmaco indispensabile nel trattamento della malattia da cui è affetta la minore”. In conclusione, i giudici decidono di imporre l'uso della terapia tradizionale e “quanto alle concrete modalità, questa Corte, considerando l'età di X (anni 14), nonché l'incontestato legame affettivo che la lega al padre al quale va dato atto di aver, almeno finora, agito in buona fede, non ritiene di adottare provvedimenti particolarmente severi (del tipo di quelli richiesti dal Procuratore della Repubblica) che non farebbero altro che peggiorare la già delicata situazione psicologica della minore che è perfettamente a conoscenza del male che l'affligge”.

---

<sup>532</sup> I genitori del bambino erano aderenti alla confessione dei testimoni di Geova.

<sup>533</sup> in *Minorigiustizia*, 2/2001, p. 206-209.

Un altro caso posto all'attenzione del Tribunale per i minorenni di Brescia (decreto 28.12.1998<sup>534</sup>) riguarda una bambina di 10 anni malata di leucemia linfoblastica acuta di tipo B. Il protocollo terapeutico sembra dare ottimi risultati e la probabilità di guarigione è valutata all'80%. I genitori, preoccupati degli effetti della chemioterapia e in relazione all'incertezza della prognosi, rivendicano il diritto di accedere a terapie alternative. Tuttavia il Tribunale, comparando il protocollo ospedaliero e il metodo Di Bella, ordina la prosecuzione della terapia ritenendo che la sospensione metterebbe a rischio la vita della minore data l'indimostrata efficacia della terapia MDB.

La Corte di Appello (decr. 13.2.1999) conferma la decisione del Tribunale approfondendo la comparazione tra trattamento ufficiale e MDB. La Corte considera preminente l'interesse alla guarigione rispetto alla qualità della vita, considerata la sofferenza provocata dagli effetti della chemio. Nel momento dell'esecuzione del provvedimento, tuttavia, il Tribunale, reinvestito della questione a causa del deciso rifiuto della minore, dispone una consulenza tecnica medico-legale e psicologica per valutare lo stato emotivo della bambina e l'attuabilità della terapia. La perizia evidenzia come lo stato della minore escluda la possibilità di attuare un trattamento coattivo, di conseguenza il Tribunale archivia il procedimento (Trib. min. Brescia, decr. 25.05.1999).

Quest'ultima decisione introduce un altro delicato ambito toccato dai *best interests of the child*: l'autodeterminazione del minore. Il nodo cruciale si è costituito intorno al bilanciamento fra "l'autodeterminazione del minore e l'eterodeterminazione paternalistica da parte di adulti diversi dai suoi genitori"<sup>535</sup> o anche da parte degli stessi genitori. In tema di autodeterminazione, la Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina, all'art. 6. 2, prevede che "il parere di un minore è preso in considerazione, come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e della sua maturità". Tale enunciazione rimanda alle questioni, ancora aperte, in ordine alla valutazione del grado di maturità di un minore, alla sua capacità di discernimento e della probabile utilità di una suddivisione della categoria dei minorenni in più fasce di età che possa valorizzare meglio le peculiari competenze. Quale età potrebbe essere considerata sufficiente affinché un bambino malato possa esprimere un parere che sia rispettato dagli adulti? Tali problematiche si inseriscono nelle questioni più ampie relative alla competenza del bambino, chiamata anche *agency*<sup>536</sup>.

L'evoluzione del dibattito sui diritti dei minori affrontata nel primo capitolo e il riconoscimento dell'importanza della loro partecipazione alle decisioni che li riguardano

---

<sup>534</sup> Reperibile in *La nuova giurisprudenza civile e commentata*, 2/2000, p. 204 in cui si possono reperire anche i provvedimenti della Corte di appello di Brescia (decr. 13.2.1999) e del Tribunale per i minorenni di Brescia (decreto 25.05.1999).

<sup>535</sup> Lenti L., 2010. «Best interests of the child» o «best interests of children»? *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3: 157-165. I casi analizzati in ambito di salute del minore sono descritti ampiamente in Turri G. C., 2000. Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni, *Questione Giustizia*, 6:1098-1117.

<sup>536</sup> Favretto A. R., "I bambini e la salute: il diritto alla salute come «diritto partecipato» in Favretto A. R., Fucci S. e Zaltron F., 2017. *Con gli occhi dei bambini. Come l'infanzia affronta la malattia*. Bologna: Il Mulino, p. 29 e, per un approfondimento in tema di *agency* infantile, si veda Zaltron F., "Le competenze infantili nella salute e nella malattia" in Favretto A. R., Fucci S. e Zaltron F., 2017. *Ibidem*, p. 59-76.

hanno creato un “notevole aumento di complessità nella costruzione sociale del rapporto tra la tutela della salute dei bambini e dei ragazzi e i loro diritti riconosciuti dall’ONU anche in ambito sanitario, obbligando a riflessioni che spaziano dal campo della filosofia e dell’etica a quello della medicina, della psicologia, della pedagogia, della sociologia”<sup>537</sup>.

La pratica sanitaria dovrebbe essere valutata anche in riferimento al grado di partecipazione che è permessa ai bambini nelle relazioni terapeutiche, in particolare in riferimento alla comunicazione in ambito sanitario, che dovrebbe essere un processo circolare e non una mera informazione anche se costruita a misura di bambino<sup>538</sup>. Il diritto di ascolto (art. 12 Conv. di New York, 1989) e quello di comunicazione sono strumenti fondamentali per l’implementazione della partecipazione dei minorenni in quanto grazie ad essi è possibile la costruzione di un’opinione sulle scelte terapeutiche che sia il più possibile informata.

Tali diritti dei minori si scontrano tuttavia con un problema giuridico non facilmente superabile quale l’incapacità legale dei soggetti minorenni. Di conseguenza, la relazione sanitaria pediatrica deve necessariamente coinvolgere il medico, il minore e suoi genitori “con la possibilità che si inneschino conflitti fra detentori di diritti e responsabilità differenti, conflitti che possono finire con il nuocere alla partecipazione dei minori nella costruzione dei percorsi di salute”<sup>539</sup>. Solo per i cosiddetti “grandi minori” la giurisprudenza applica il principio dell’autodeterminazione contenuto nell’art. 32 Cost. secondo cui vige il divieto di trattamenti sanitari imposti a persone capaci di comprendere la propria condizione sanitaria.

Per quanto riguarda le decisioni giurisprudenziali in tema di autodeterminazione, il caso esaminato dal Tribunale per i minorenni di Venezia (7.10.1998)<sup>540</sup> riguarda una bambina di 9 anni, affetta da leucemia linfoblastica acuta, le cui probabilità di guarigione erano stimate al 70% se condizionate al programma terapeutico ufficialmente riconosciuto (Aieop 9502). La terapia è prima iniziata e poi interrotta per qualche tempo per sperimentare la multiterapia Di Bella (MDB), la quale tuttavia peggiora il quadro clinico della paziente abbassando in modo significativo le probabilità di guarigione. Il Tribunale interviene su segnalazione dell’ospedale decidendo di non limitare la responsabilità genitoriale in relazione alle scelte sanitarie per tre ordini di motivi: in primo luogo, in riferimento all’incertezza della prognosi sia in ordine alla probabilità di guarigione, sia al tempo di sopravvivenza; in secondo luogo, perché i genitori non appaiono mossi da motivi ideologici, né si rileva una inadeguatezza nella condotta dei genitori; infine, in terzo luogo, la bambina è in grado di comprendere la propria situazione e la chemioterapia l’ha fisicamente segnata, condizionando la sua vita sociale. Per i

---

<sup>537</sup> Favretto A. R., “I bambini e la salute: il diritto alla salute come «diritto partecipato» in Favretto A. R., Fucci S. e Zaltron F., 2017. *Ibidem*, p. 22.

<sup>538</sup> Favretto A. R., “I bambini e la salute: il diritto alla salute come «diritto partecipato» in Favretto A. R., Fucci S. e Zaltron F., 2017. *Ibidem*, p. 27.

<sup>539</sup> Favretto A. R., “I bambini e la salute: il diritto alla salute come «diritto partecipato» in Favretto A. R., Fucci S. e Zaltron F., 2017. *Ibidem*, p. 43.

<sup>540</sup> Dir. Fam. E pers., 1999, p. 690 ss.

giudici “la bambina, pertanto, rifiutava il trattamento sanitario indicato e di ciò deve tenersi conto in relazione all’art. 6 della Convenzione europea sui diritti dell’uomo e la biomedicina”. In conclusione, rilevano che ponendosi a confronto il principio di autonomia e quello di beneficenza, “far prevalere il secondo e, quindi, imporre coattivamente una terapia equivarrebbe a violare l’art. 32 Cost”.

Dall’analisi delle sentenze in tema di trattamenti sanitari si deduce come l’autorità giudiziaria faccia espressamente riferimento al caso concreto, tuttavia i casi appaiono enormemente delicati in quanto suscitano particolari questioni in riferimento alla vera capacità di un minore di discernere e di autodeterminarsi in maniera consapevole e in riferimento alla decisione del giudice di assecondare il rifiuto di una cura che lo porterà a morte certa. Questi temi rientrano nei più ampi ambiti del consenso informato e del rapporto medico-paziente ma appaiono ancora più delicati in quanto il malato non è un soggetto totalmente autonomo ma un minore di cui va accertato in modo profondo il livello di discernimento raggiunto. Inoltre, la difficoltà della decisione del giudice dipende anche da un bilanciamento di interessi fra una pluralità di soggetti: il medico curante, il minore e i soggetti esercitanti la responsabilità genitoriale.

6. *L'interpretazione dell'interesse del minore in tema di affidamento dei minori, di stato di adottabilità e di provvedimenti di limitazione della responsabilità genitoriale.*

In virtù della grande mole di provvedimenti giurisprudenziali, in questa ricerca si è scelto di non soffermarsi su alcuni argomenti emersi in modo ricorrente dall'analisi delle banche dati quali l'affidamento in seguito a separazione e divorzio, la dichiarazione di adottabilità e i provvedimenti di limitazione di responsabilità genitoriale, di cui si faranno solo brevissimi cenni. In questi importanti ambiti del diritto minorile, infatti, l'individuazione dell'interesse del minore si sovrappone ad una specifica valutazione delle competenze e dei comportamenti dei genitori. Tale valutazione si può ritenere di per sé legata al caso concreto poiché è orientata alla verifica dell'idoneità dello specifico ambiente familiare in cui vive il minore.

Allo stesso modo è chiaro come in questi ambiti si ponga la necessaria questione di un giudizio di bilanciamento fra il diritto dei genitori a non subire interferenze nella propria vita familiare e l'interesse del minore a non subire un pregiudizio.

Gli ambiti menzionati, pur esulando da questa ricerca, sono di estremo interesse, specialmente qualora si volessero indagare le valutazioni nel merito effettuate dalla giurisprudenza circa il concetto di "idoneità" alla genitorialità ed il ruolo giocato dai saperi esperti - psicologico, pedagogico, sociologico, ecc. - nella costruzione delle decisioni.

6.1 *Affidamento dei minori in seguito a separazione e divorzio*

I provvedimenti di separazione e di divorzio che seguono il fenomeno della crisi della coppia genitoriale non devono trascurare l'esigenza del minore di non vedere compromesso il proprio diritto alla bigenitorialità in seguito alla cessazione della coabitazione dei genitori.

Al primo comma l'art. 337 ter del codice civile afferma che il minore "ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo". Affinché ciò si realizzi, il giudice deve adottare i provvedimenti nell'esclusivo interesse del minore e valutare prioritariamente la possibilità di affidare il minore ad entrambi i genitori attraverso l'affidamento congiunto (2° comma).

L'affidamento esclusivo, contrariamente a quanto previsto dalla normativa precedente alla l. 54/2006, diventa dunque l'eccezione: il giudice dovrà valutare se il diritto del minore alla bigenitorialità risponda, nel caso concreto, all'interesse del minore. In particolare, si dovrà verificare se i genitori riescano a gestire in modo adeguato un

affidamento condiviso. In questo modo, “l’affidamento non è più la rivendicazione dei diritti di un genitore, bensì il diritto dei figli alla bigenitorialità coincidente con il loro superiore interesse”<sup>541</sup>.

Prima dell’introduzione dell’affidamento condiviso quale regola generale (legge 8 febbraio 2006 n. 54 e in seguito con la l. 154/2013 che ha interessato la filiazione) il giudice doveva scegliere quale fra i genitori fosse quello più idoneo a garantire l’interesse del minore ad una crescita equilibrata. Frequentemente il giudice sceglieva la madre come affidatario esclusivo, in quanto ritenuta figura imprescindibile per la crescita di un bambino, con il rischio di escludere i padri dalla vita dei figli. Da tempo era emersa l’esigenza di una riforma in tema di affidamento dei minori in quanto il ruolo del genitore affidatario rispetto all’altro genitore era fortemente dominante. L’altro genitore era relegato ad un ruolo marginale in quanto la sua presenza poteva attuarsi nella misura in cui l’affidatario lo avesse permesso<sup>542</sup>.

La nuova normativa, ispirata al principio della bigenitorialità, prevede per il minore il diritto di mantenere rapporti affettivi con entrambi, segnando il passaggio dall’affidamento esclusivo all’affidamento condiviso<sup>543</sup>. Attraverso questa riforma si cerca di limitare le conseguenze negative che potrebbero ricadere sui minori che si trovassero a vivere il difficile momento della separazione dei genitori, con l’eliminazione, almeno in via teorica, dell’automatica individuazione del genitore più idoneo a ricoprire il ruolo di unico affidatario.

In riferimento all’affidamento, il giudice dovrà tenere sempre in considerazione l’interesse morale e materiale dei figli minorenni, procedendo, quando possibile, anche all’ascolto del minore.

L’eventuale condizione di inidoneità al ruolo genitoriale, che sia causa di un pregiudizio per il minore ed in base al quale il giudice decide l’affidamento esclusivo, deve essere oggettiva ed indipendente dal fatto che sia una condizione volontaria o involontaria<sup>544</sup>.

Il legislatore non ha formulato un’elencazione tassativa delle circostanze in cui debba essere deciso l’affidamento esclusivo, di conseguenza la loro individuazione è rimessa al prudente apprezzamento del giudice.

Secondo la Suprema Corte, la mera conflittualità fra i genitori non preclude la possibilità che sia disposto l’affidamento condiviso a meno che tale litigiosità non ponga in serio pericolo l’equilibrio e lo sviluppo dei minori pregiudicando il loro interesse (Cass. 29.03.2012, n.5108, in Foro.it., I, 1373).

Quanto detto fin qui trova conferma nella giurisprudenza di merito (Trib. Torre Annunziata, sent. 13.01.2014) secondo cui

---

<sup>541</sup> Cagnazzo A., 2017. *Ibidem*, p. 31.

<sup>542</sup> Cagnazzo A., 2017. *Ibidem*, p. 30.

<sup>543</sup> Cicero C., Rinaldo M., 2013. Principio di bigenitorialità, conflitto di coppia e “sindrome da alienazione parentale”. *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 3: 871-886.

<sup>544</sup> Cagnazzo A., 2017. *Ibidem*, p. 207.

“il principio di bigenitorialità, che informa il diritto di famiglia, impone che, in via prioritaria [...], il giudice affidi i figli minori ad entrambi i genitori; conseguentemente, l'affido esclusivo costituisce una deroga eccezionale a tale principio ed è giustificato solo ove risulti, nei confronti di uno dei genitori, una sua condizione di manifesta carenza o inidoneità educativa o comunque tale appunto da rendere quell'affidamento in concreto pregiudizievole per il minore (come, nel caso, ad esempio, di una sua anomala condizione di vita, di insanabile contrasto con il figlio, di obiettiva lontananza, etc.; cfr. Cass. Civ., 16593/2008, 24841/2010). In caso di separazione, sia consensuale che giudiziale, e comunque in ipotesi di conflitto tra genitori, il Tribunale ha, quindi, il dovere di valutare, prioritariamente, la possibilità dei figli, siano essi naturali o legittimi, di essere affidati ad entrambi i genitori; l'affidamento esclusivo dei figli ad uno solo dei genitori potrà essere disposto solo qualora l'affidamento ad entrambi sia contrario all'interesse del minore stesso. Il giudice deve valutare tutti gli elementi certi ed idonei da cui possa derivare, in caso di affidamento condiviso, un effettivo e motivato pregiudizio al minore”.

Il Tribunale di Torre Annunziata, in mancanza di previsione normativa, ritiene che il giudice debba disporre l'affidamento esclusivo del minore nei casi di: 1) violenza sui figli; 2) violenza sul coniuge anche in presenza del figlio o, comunque, di un atteggiamento denigratorio tenuto da uno dei genitori nei confronti dell'altro; 3) forti carenze di un genitore sul piano affettivo (violazione degli obblighi di assistenza, irreperibilità del genitore, uso di alcool, di sostanze stupefacenti, ecc.); 4) elevata conflittualità tra i coniugi, tale da pregiudicare il benessere e la salute psico-fisica dei figli (così anche Cass. 29.03.2012, n. 5108 e 22.09.2016, n. 18559). Come si può notare, per la rilevazione dei casi delineati dai giudici è necessaria una valutazione approfondita della singola situazione familiare e, dunque, del caso concreto. Nel caso di specie, per i giudici “la mancata allegazione di alcuna delle ipotesi pregiudizievoli descritte, e la mancata opposizione della resistente, impone di dover accogliere la richiesta del padre. Per cui, a modifica di quanto disposto in sede di separazione consensuale, ove era stato stabilito l'affido esclusivo alla madre, deve essere disposto l'affidamento congiunto della minore con residenza privilegiata presso la madre”.

In linea con questo orientamento la Corte d'Appello di Bologna (decr., 22.12.2015) affida in modo esclusivo una minore alla madre in virtù del totale disinteresse del padre confermato dal totale rifiuto della figlia di frequentarlo.

Ancora la Corte d'Appello bolognese (sent., 21.12.2016), confermando il provvedimento di primo grado, decide per l'affidamento esclusivo del minore al padre alla luce di una c.t.u. sulle capacità genitoriali. Dalla relazione degli esperti emergono “fragilità caratteriali” della madre del minore, la quale è solita svalutare continuamente il padre, esasperando le tensioni post-separazione, trascinando il bambino in un doloroso conflitto. Per i giudici “l'atteggiamento belligerante della XX nei confronti del YY supera la capacità di proteggere il minore dai danni che ne derivano. Gli attacchi alla genitorialità del YY sono immotivati e si fondano su elementi futili e appaiono, esclusivamente, strumentali al bisogno di vendetta nei suoi confronti”.

Per il Tribunale di Caltanissetta (sent. 30.12.2015) la regola dell'affidamento condiviso può essere derogata "solo ove la sua applicazione risulti contraria all'interesse del minore". Nel caso di specie il padre oltre al volontario inadempimento dell'obbligo di mantenimento<sup>545</sup>, con il proprio comportamento ha ostacolato il regime delle visite stabilito impedendo ai figli di mantenere rapporti continuativi con l'altro genitore.

Anche la Cassazione con sentenza 18.06.2008, n. 16593 conferma che "in tema di separazione personale dei coniugi, alla regola dell'affidamento condiviso dei figli può derogarsi solo ove la sua applicazione risulti pregiudizievole per l'interesse del minore, con la duplice conseguenza che l'eventuale pronuncia di affidamento esclusivo dovrà essere sorretta da una motivazione non solo più in positivo sulla idoneità del genitore affidatario, ma anche in negativo sulla inidoneità educativa ovvero manifesta carenza dell'altro genitore, e che l'affidamento condiviso non può ragionevolmente ritenersi precluso dalla mera conflittualità esistente tra i coniugi".

## 6.2 *Lo stato di adottabilità*

Anche per quanto riguarda le decisioni in tema di dichiarazione dello stato di adottabilità dei minori, la valutazione del loro interesse si sostanzia in una valutazione delle competenze e dei comportamenti genitoriali.

L'accertamento dello stato di abbandono, condizione necessaria per la dichiarazione di adottabilità di un minore, si fonda su un esame rigoroso della situazione concreta, inoltre, è necessario che, prima che sia decisa una misura che rompa in modo netto i legami familiari del minore, siano state attivate risorse sociali a sostegno della famiglia in modo da non privare il bambino delle proprie relazioni primarie.

In riferimento allo stato di abbandono, la Cassazione (sent. del 13.05.1983, n. 3298, in Foro.it, 1983, I, 2475) sostiene che esso si instauri quando vi sia una obiettiva e continuativa carenza di cure materiali, affettive e di sostegno psicologico necessari per la crescita di un bambino. La giurisprudenza di legittimità ha più volte affermato che le insufficienze, le malattie mentali o comportamenti patologici dei genitori non siano di per sé idonei alla dichiarazione di adottabilità se non risulti accertata, in concreto, una reale incapacità genitoriale (Cass. 26.05.2014, n. 11758; 19.03.2002, n. 3988; n. n. 2010/2001).

Il diritto del minore di crescere ed essere educato nella propria famiglia d'origine ha fondamento a livello internazionale nell'art. 9 della Convenzione di New York del 1989 e nell'art. 24.3 della Carta di Nizza. Inoltre è riconosciuto dalla l. 183 del 1983 ed è stato rafforzato in seguito alla riforma del 2001 (L. 28 marzo 2001, n. 149), che ha specificato

---

<sup>545</sup> La Cassazione con sentenza del 20.10.2015, n. 21282 precisa che l'eventuale violazione dell'obbligo di mantenimento verso i figli non configura automatica inidoneità dall'affidamento condiviso, che costituisce la regola, e può essere escluso, solo nell'interesse del minore, da valutarsi in concreto.



che la condizione di indigenza della famiglia di origine non può costituire ostacolo all'esercizio di tale diritto.

In relazione all'art. 8 Cedu sul rispetto della vita privata e familiare, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che la rottura del legame fra un minore e i propri genitori debba avvenire solo in casi eccezionali. Tali casi possono individuarsi, per esempio, laddove i genitori si siano dimostrati particolarmente indegni (Corte Edu, 21 ottobre 2008, *Clemeno c. Italia*, ric. n. 19537/03), in presenza di atti di violenza o maltrattamento fisico o psichico (Corte Edu, 13 marzo 2005, *Y.C. c. Regno Unito*, ric. n. 4547/10) o di abusi sessuali (Corte Edu, 9 maggio 2003, *Covezzi e Morselli c. Italia*, ric. n. 52763/99) o quando si possa concretamente dimostrare uno specifico interesse del minore all'interruzione della relazione.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana ha più volte precisato il carattere di estrema ratio in base al quale l'adozione deve essere considerata ammissibile solo quando "ogni altro rimedio appaia inadeguato rispetto all'esigenza dell'acquisto e del recupero di uno stabile e adeguato contesto familiare" (Cass. 20.01.2015, n. 881/2015). Tale affermazione "non deve costituire un generico auspicio o la rituale premessa argomentativa di decisioni che finiscano per derogare a quel medesimo canone, a tal fine invocando un interesse superiore del minore che talora si assume, astrattamente, incompatibile con la conservazione del legame con entrambi o almeno con uno dei genitori" (Cass. del 14.04.2016, n. 7391).

Il legislatore, con la legge sull'adozione, facendosi carico delle difficoltà in cui le famiglie possono trovarsi, in modo coerente con l'art. 31 della Costituzione che tutela la famiglia, ha previsto il dovere dello Stato di intervenire con mezzi idonei al fine di consentire ad ogni minore di vivere ed essere educate nella propria famiglia di origine (art. 1). Di conseguenza, nel caso in cui pervenga all'Autorità giudiziaria la segnalazione di una situazione di disagio di un minore, compito del giudice è di verificare prioritariamente se possa essere utilmente fornito un intervento di sostegno familiare. La dichiarazione dello stato di adottabilità deve considerarsi legittima solo qualora risulti impossibile prevedere il recupero delle capacità genitoriali entro tempi compatibili con la necessità del minore di vivere in uno stabile contesto familiare (Cass. 26.03.2015, n. 6137).

Tale orientamento è in linea con l'interpretazione della Corte Edu, secondo cui le misure che portano a una rottura dei legami tra un minore e la sua famiglia possono essere applicate solo in circostanze eccezionali in quanto la relazione fra genitore e figlio rappresenta un elemento principale della vita familiare protetta dalla Convenzione (Corte Edu, 1.07.2004; *Couillard Maugery c. Francia*, ric. n. 64796/01).

Inoltre, "il fatto che un minore possa essere accolto in un contesto più favorevole alla sua educazione non può di per sé giustificare che egli venga sottratto alle cure dei suoi genitori biologici" (Corte Edu, 13.10.2015, *S.H. c. Italia*, ric. n. 52557/14). Gli Stati membri della Cedu sono obbligati a vigilare sull'adozione, da parte delle proprie autorità giudiziarie e amministrative, di tutte le misure, anche di carattere assistenziale, volte a

favorire il ricongiungimento tra genitori biologici e figli e a tutelare il superiore interesse dei minori (Corte Edu, 21 gennaio 2014, Zhou c. Italia, ric. n. 33773/01). Nel caso in cui i genitori siano persone vulnerabili, le autorità devono assicurare ad essi una maggiore tutela, evitando di adottare misure eccessive laddove siano praticabili altre soluzioni (Corte Edu, 13 ottobre 2015, cit.).

La valutazione della situazione di abbandono deve fondarsi su riscontri attuali e concreti, basati su indagini ed approfondimenti riferiti alla situazione specifica (Cass. 1.12.2015, n. 24445). L'accertamento, che deve trovare adeguato riscontro nella motivazione della decisione dichiarativa dello stato di adottabilità, e i fatti posti a fondamento della decisione devono dimostrare, in concreto, l'esistenza di una situazione di abbandono "determinata dall'assenza di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, non potendosi ritenere sufficiente il riferimento a sintetici giudizi sulla capacità o incapacità genitoriale, seppure espressi da esperti della materia, quando non siano basati su precisi elementi fattuali dimostrati nel processo" (Cass. 14.04.2016, n. 7391). Dunque "l'adozione di un minore, recidendo ogni legame con la famiglia d'origine, costituisce misura eccezionale (una estrema ratio) cui è possibile ricorrere non già per consentirgli di essere accolto in un contesto più favorevole, così sottraendolo alle cure dei suoi genitori biologici, ma solo quando si siano dimostrate impraticabili tutte le misure, positive e negative, anche di carattere assistenziale, volte a favorire il ricongiungimento con i genitori biologici, tra le quali vi è anche l'affidamento familiare di carattere temporaneo, ai fini della tutela del superiore interesse del figlio" (Cass, 7391/2016).

### *6.3 Limitazione della responsabilità genitoriale*

L'interpretazione concreta dell'interesse del minore caratterizza anche i provvedimenti in tema di limitazione della responsabilità genitoriale. L'art. 336 c.c. prevede che in caso di necessità il Tribunale possa adottare, anche d'ufficio, i provvedimenti temporanei nell'interesse del figlio di cui agli artt. 330 e 333 c.c. che, come visto nel primo capitolo a cui si rimanda, prevedono rispettivamente la decadenza della responsabilità genitoriale e altri provvedimenti adottabili dal giudice nel caso in cui la condotta del genitore sia pregiudizievole per i figli.

Il legislatore con le previsioni di cui agli artt. 330 e 333 c.c. ha previsto misure per tutelare l'interesse del minore nel caso in cui il genitore violi i propri doveri genitoriali o abusi dei poteri attribuitigli dal ruolo. Tali interventi tuttavia non vanno intesi "nell'interpretazione offerta per il passato e ancorata alle tendenze rivolte a presupporre la colpa nel comportamento del genitore, bensì nel senso di basarne l'applicazione sull'obiettiva pregiudizialità del comportamento dei genitori nei confronti del minore"<sup>546</sup>.

---

<sup>546</sup> Stanzone P., 2007. I rapporti tra genitori e figli nell'interpretazione della Corte Costituzionale, *Sociologia del diritto*, 1: 13-25.

Quando i genitori “non esercitino adeguatamente l’ufficio nell’interesse del figlio”<sup>547</sup>, il giudice può intervenire con i provvedimenti idonei. Anche in questo caso i comportamenti identificati come condotte pregiudizievoli non sono tipizzati dalla legge e sono rimessi alla discrezionalità del giudice.

Come detto nel primo capitolo, i provvedimenti adottati variano in proporzione alla gravità della condotta del genitore. In considerazione di questo elemento si può ben comprendere come l’interesse del minore non possa essere valutato in modo astratto in quanto il giudice, prima di adottare un provvedimento, dovrà analizzare in modo approfondito la situazione familiare concreta. Allo stesso modo, il giudice dovrà necessariamente effettuare un bilanciamento fra l’interesse del minore - a vivere nella propria famiglia di origine ma anche a non subire gravi pregiudizi - e il diritto del genitore a non subire interferenze nella propria vita familiare.

---

<sup>547</sup> Sesta M., 2016. *Ibidem*, p. 277.

## Capitolo Terzo: Il principio dell'interesse del minore e le Corti sovranazionali

Alla luce dell'analisi della giurisprudenza italiana fin qui svolta, è utile a questo punto tracciare un quadro relativo all'interpretazione delle Corti sovranazionali in tema di *best interests of the child* per verificare gli orientamenti delle stesse in ordine ai principali temi emersi nella giurisprudenza nazionale analizzata nel secondo capitolo.

### 1. *Il principio dei best interests of the child nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*

Il principio dell'interesse del minore non trova espressa formulazione all'interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>548</sup>, tuttavia ricorre frequentemente nelle motivazioni delle sentenze della Corte di Strasburgo<sup>549</sup>, la quale considera senza dubbio i minori quali titolari di diritti fondamentali azionabili.

In virtù della grande mole di decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo in cui è menzionata la locuzione “*best interests of the child*”, il tema meriterebbe un lavoro di ricerca ampio e specifico. Non essendo possibile fare un'analisi dettagliata di tutte le sentenze in materia di interesse del minore, in questa sede ci si limiterà a tracciare alcune linee generali.

---

<sup>548</sup> Per approfondire l'interpretazione dell'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte Edu si vedano Macrillò A. (a cura di), 2015. *Ibidem*, p. 50; Ferrando G., 2009. Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. *Famiglia e diritto*, 11:1049-1058; Lamarque E., 2016. *Prima i bambini*. Milano: Franco Angeli; Lenti L., 2016. L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo. *Nuova Giurisprudenza Civile commentata*, 1:148-158; Long J., 2016. Il diritto italiano della famiglia e minorile alla prova della convenzione europea dei diritti dell'uomo. *Europa e Diritto Privato*, 4: 1059-1100; Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V., 2012. *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam; Ruo M. G., 2011. The best interests of the child nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. *Minorigiustizia*, 3: 39-54; Ruo M. G., 2011. Tutela dei figli e procedimenti relativi alla crisi della coppia genitoriale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2:1004-1052; Kilkelly U., 2011. Protecting children's rights under the ECHR: the role of positive obligations, *Northern Ireland Legal Quarterly*, 3 (61): 245-261; Faye Jacobsen A., 2016. Children's rights in the European Court of Human Rights – an emerging power structure, *International Journal of children's rights*, 1: 548-574; Bracken L., 2016. Strasbourg's Response to gay and lesbian parenting: progress, then plateau? *International Journal of children's rights*, 1: 358-377; Lagoutte S., 2016. The right to the respect for family life of children of imprisoned parents. *International Journal of children's rights*, 1: 204-230; Edel F., 2015. *Case law of the European Court of human rights relating to discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*. Paris: Council of Europe, p. 13-20; Grgić A., 2016. *Jurisprudence of the European Court of human rights on the best interests of the child in family affairs*, in Council of Europe (a cura di), *The best interests of the child – a dialogue between theory and practise*. Strasbourg: Council of Europe, pp. 105-116; Turković K., Grgić A., 2015. *Best interests of the child in the context of the article 8 of the ECHR*, in *Mélanges en l'honneur de/ Essay in honour of Dean Spielmann, Liber amicorum Dean Spielmann*. Oisterwijk: WLP (Wolf Legal Publisher), pp. 629-641; Schabas W. A., 2015. *The European Convention of human rights. A commentary*. Oxford: Oxford University Press.

<sup>549</sup> Tutte le sentenze della Corte Edu sono consultabili nella banca dati HUDOC nel relativo sito web.

La Corte Edu si occupa di diritto minorile fin dal risalente caso *Marckx c. Belgio* del '79, n. 6833/74, par. 45, in tema di differenze discriminatorie fra figli nati all'interno e fuori dal matrimonio nei rapporti personali e patrimoniali con i genitori<sup>550</sup>. La Corte afferma che in virtù degli artt. 8 e 14 Cedu tali residuali differenze dovevano essere eliminate.

Gli altri richiami più antichi al principio dei *best interests of the child* si possono trovare nei ricorsi in cui un genitore ritiene di aver subito una violazione nel godimento della vita familiare ex art. 8 primo paragrafo Cedu in seguito alla restrizione della custodia e della frequentazione con il figlio (*Hendriks c. Olanda*, Comm. Eur. Dir. Uomo, 1982, ric. 8427/78)<sup>551</sup>.

I riferimenti al principio dell'interesse del minore diventano più frequenti in seguito alla Convenzione di New York del 1989 e alla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996 in virtù di un'interpretazione evolutiva della Cedu alla luce dei trattati internazionali stipulati successivamente ad essa (*Olsson (II) c. Svezia*, 27.11.1992 e *Johansen c. Norvegia*, 7.8.1996). Nella sentenza *Neulinger e Shuruck c. Svizzera* del 2010 (n. 41615/07, par.49-56 e 135) in tema di sottrazione internazionale la Corte afferma che l'origine del principio dei *best interests* deve essere individuata in altre carte internazionali, quali la Convenzione di New York e la citata Convenzione del '96, a cui la Corte stessa doveva allinearsi in via di interpretazione evolutiva<sup>552</sup>.

L'interesse del minore è menzionato dalla Corte Edu principalmente in riferimento agli artt. 3 ("Proibizione della tortura")<sup>553</sup>, 6 ("Diritto a un equo processo"), in particolare per quanto riguarda l'imputato minore che, in relazione all'età, necessita di cautele adeguate<sup>554</sup>, e soprattutto in relazione all'art. 8 ("Diritto al rispetto della vita privata e familiare") della Cedu.

L'articolo 8 prevede in capo agli Stati aderenti, così come sottolineato da parte della dottrina<sup>555</sup>, obblighi negativi e positivi al fine di tutelare la vita privata e quella familiare. La norma offre protezione agli individui nei confronti delle ingerenze dell'autorità pubblica: gli Stati, infatti, hanno l'obbligo di astenersi da tali condotte ad eccezione dei casi in cui sia necessario intervenire in protezione della sicurezza nazionale, del benessere economico del paese, della difesa dell'ordine pubblico e della prevenzione dei reati, della protezione della salute o della morale e della protezione dei diritti altrui (c.d. obblighi negativi).

<sup>550</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 89.

<sup>551</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 90.

<sup>552</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 92.

<sup>553</sup> Corte Edu, 2011, M. e C. c. Romania, n. 29032/04 in cui i giudici hanno imposto alle autorità statali di svolgere indagini rigorose in un caso di sospetti abusi sessuali all'interno della famiglia del minore.

<sup>554</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 96. Corte Edu 1999, V c. Regno Unito; T c. Regno Unito; 2004, S.C. c. Regno Unito, n. 60958/00, par. 35; 2010, Adamkiewicz c. Polonia, n. 54729/00, par. 70; 2013, Blokhin c. Russia, n. 47152/06, par. 157. Tuttavia Lamarque cita anche due casi in cui la Corte, pur pervenendo alla medesima conclusione non fa alcun riferimento al principio in esame (2008, Panovits c. Cipro, n.4268/04, par. 67 e 2013, Martin c. Estonia, n. 35985/09).

<sup>555</sup> Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V., 2012. *Ibidem*, p. 303; Ruo M. G., 2011. The best interests of the child nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. *Minorgiustizia*, 3: 43.

L'articolo, inoltre, non si limita a prevedere obblighi negativi ma statuisce anche l'insorgere in capo alle autorità pubbliche di "obblighi di fare" (c.d. obblighi positivi)<sup>556</sup>. Ad esempio, nel caso Lombardo c. Italia, n. 25704 del 2013, la Corte afferma l'esistenza di obblighi positivi ex art. 8 al fine di garantire il rispetto effettivo della vita privata e familiare. La Corte sottolinea, inoltre, che la rapidità dell'attuazione delle misure ha un ruolo centrale in quanto il trascorrere del tempo può compromettere irrimediabilmente la relazione fra il minore e il genitore che non vive con lui.

Il principio dei *best interests* funge, in relazione all'art. 8, da criterio per valutare i provvedimenti dell'autorità pubblica limitativi del diritto del genitore ad una vita familiare con il figlio quali "la restrizione della possibilità del genitore di incontrare il figlio minore, la presa in carico del figlio da parte del servizio pubblico, l'affidamento a terzi del figlio, fino alla stessa dichiarazione dello stato di adottabilità con rescissione definitiva di ogni legame tra genitore e figlio"<sup>557</sup> (Corte eur. Dir. Uomo, 2000, Elsholz c. Germania, n. 25735/94, par. 50; 2003, Sahin c. Germania, n. 30943/96, par. 66; 2004, Gorgulu c. Germania, n. 74969/01, par. 43; 2006, Marsalek c. Repubblica Ceca, n. 8153/04, par. 71; 2009, Errico c. Italia, n. 29768/05, par. 47). Il margine di apprezzamento riservato agli Stati, secondo la Corte, varia in relazione all'importanza degli interessi tutelati.

La Corte Edu tende ad utilizzare la clausola dei *best interests of the child* in funzione di limite al diritto dei genitori di vivere con i propri figli nel caso in cui si verificano fatti eccezionalmente gravi che richiedano l'allontanamento dei minori dal nucleo familiare (2016, Soares de Melo c. Portogallo, n. 72850/14)<sup>558</sup>. L'Italia è stata condannata dalla Corte in quanto ha reciso alcuni legami familiari, decidendo l'adozione dei minori, anche in assenza di violenza e abusi sessuali (2014, Zhou c. Italia; 2015, Akinnibosun c. Italia; 2015, S.H. c. Italia, n. 52557/14). In questo senso il principio dell'interesse del minore è utilizzato in contrapposizione ai diritti degli adulti, allo scopo di proteggere i soggetti più deboli.

In altri casi la Corte utilizza il principio in esame anche quale rafforzamento degli stessi diritti fondamentali dei minorenni come nel caso affrontato dalla Corte Edu nel 2000, Gnahoré c. Francia, n. 40031/98 (par. 59), in cui un padre si rivolge alla Corte lamentando la propria difficoltà di mantenere rapporti con il figlio, il quale è stato affidato ad un'altra famiglia. In questa occasione i giudici di Strasburgo affermano, in relazione al ruolo del principio dell'interesse del minore, che da un lato i *best interests of the child* fungono da limite al diritto del genitore quando vi sia pericolo per la crescita psico-fisica del minore, mentre dall'altro lato rafforzano il diritto del minore stesso a mantenere le relazioni con il proprio genitore salvo che risulti la totale inidoneità di quest'ultimo<sup>559</sup> (così anche in 2008, Clemeno e altri c. Italia, n. 19537/03, par. 33; si parla dei due profili

---

<sup>556</sup> Così in Marckx, par. 31.

<sup>557</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 93.

<sup>558</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 94.

<sup>559</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 95.

dei best interests anche in 2010, Raban c. Romania, n. 25437/08, par 28; 2010, Van Den Berg e Sarri c. Olanda, n. 7239/08; 2011, Šneerson e Kampanella c. Italia, n. 14737/09; 2012, B. c. Belgio, n. 4320/11, par. 62; 2015, N.P. c. Moldavia, n. 58455/13, par. 66).

Fra i vari temi su cui la Corte si è pronunciata in materie riguardanti individui minorenni vi è anche la delicata questione della *conservazione dei rapporti di fatto tra i figli e ciascun genitore*, nonostante la fine della convivenza del nucleo familiare, a qualunque causa ciò sia dovuto<sup>560</sup>. Nel caso Sporer c. Austria, 3.2.2011, n. 35637, per esempio, i giudici di Strasburgo riconoscono ad un padre, dopo lo scioglimento dell'unione di fatto, il diritto all'affidamento condiviso del figlio minore sostenendo che la legge che prescrive l'affidamento esclusivo alla madre del bambino nato fuori dal matrimonio violi sia l'art. 14 ("Divieto di discriminazione") sia l'art. 8 Cedu.

In tema di *protezione di legami di fatto*, è inoltre interessante la sentenza Wagner c. Lussemburgo del 28.06.2007. I giudici del Lussemburgo hanno impedito l'*exequatur* di una sentenza peruviana di adozione di una minore in favore di una donna non sposata. La Corte Edu considera tale decisione una violazione dell'art. 8 Cedu in quanto il caso si riferisce alla richiesta di riconoscimento di una sentenza già esecutiva in un altro Stato e non al diverso caso di una richiesta di autorizzazione all'adozione. Nel primo dei due casi, essendosi già formata una famiglia, è considerato inammissibile il rigetto della richiesta di *exequatur* in quanto tale decisione rappresenterebbe una interferenza con il diritto al rispetto della vita familiare.

Nel noto caso Moretti e Benedetti c. Italia del 28.4.2010 in tema di continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare, propongono ricorso alla Corte Edu due coniugi al fine di domandare l'adozione di una bambina che hanno avuto in affido per un apprezzabile periodo di tempo. I coniugi Moretti e Benedetti hanno tenuto temporaneamente in affido un minore e, successivamente, dato il trascorrere del tempo, ne hanno chiesto l'adozione. Il Tribunale, tuttavia, senza dare alcun riscontro in merito alla richiesta della coppia, ha dichiarato lo stato di adottabilità del minore e ha iniziato la ricerca per una nuova famiglia diversa da quella affidataria.

Nel giudizio di secondo grado la Corte d'Appello ha giudicato illegittima la dichiarazione di adottabilità intervenuta prima dell'esame della richiesta di adozione in casi particolari da parte dei coniugi ma non ha annullato l'affido del bambino ai nuovi affidatari in quanto il consulente tecnico d'ufficio ha giudicato positivo l'inserimento del minore nella nuova famiglia, che successivamente lo adotta.

I sig.ri Moretti e Benedetti hanno adito la Corte Edu lamentando la violazione dell'art. 8 Cedu per l'illegittima ingerenza nella loro vita privata e familiare da ricondurre ad un'erronea applicazione della legge, degli artt. 6 (diritto a un equo processo) e 13 Cedu (diritto ad un ricorso effettivo) per non aver potuto beneficiare di un ricorso effettivo davanti ad un giudice nazionale. La Corte Edu pur ribadendo l'inesistenza di un diritto a creare una famiglia né un diritto all'adozione di minori abbandonati, condanna l'Italia per

---

<sup>560</sup> Lenti L., 2016. L'interesse del minore nella giurisprudenza della corte europea *ibidem*, p. 151 e ss; Macrillò A. (a cura di), 2015. *Ibidem*, p. 54.

violazione dell'art. 8 Cedu in quanto il rapporto creato fra i coniugi e la minore, anche se non biologico, deve considerarsi rientrante fra quei rapporti di fatto ricompresi nella definizione di vita familiare purché, oltre al requisito dell'affetto, sussistano altri indici di stabilità attuale o potenziale come la filiazione naturale o l'affidamento pre-adoattivo.

Il tema della *protezione dei legami di fatto* che coinvolgono un minore ha interessato anche l'attuale tema degli effetti giuridici prodotti in un ordinamento dalla *gestazione per altri* eseguita all'estero come si è visto nel precedente capitolo. I giudici italiani su questo argomento hanno fatto ampio riferimento alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo menzionandone di frequente i principali argomenti.

Fra le sentenze più note si trovano i casi *Menesson c. Francia*, ric. n. 65192 emessa il 26.06.2014, *Labassee c. Francia* ric. n. 65941, emessa il 26.06.2014 e *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 27 gennaio 2015. In questi casi la Corte Edu ribadisce alcuni principi fondamentali in materia di ordine pubblico, concetto che, come si è visto, viene a trovarsi in contrapposizione con l'interesse del minore e con questo doveva essere bilanciato. Secondo la Corte, il concetto di ordine pubblico trova un limite nella prevalenza dell'interesse superiore del minore, a prescindere dalla sussistenza di una relazione genitoriale, genetica o non. Gli stati godono di un ampio margine di apprezzamento nel prendere decisioni relative a questioni etiche come in caso di gestazione per altri, in considerazione dell'assenza di una legislazione omogenea in Europa. Tuttavia tale margine di discrezionalità deve considerarsi limitato nel caso in cui siano interessati rapporti di parentela che coinvolgono un elemento importante dell'identità degli individui.

Nei casi *Menesson* e *Lambasee*, i ricorrenti sono due coppie di coniugi ai quali è stato negato dallo Stato francese il riconoscimento del rapporto di filiazione con i figli nati da gestazione per altri negli Stati Uniti, dove la California e il Minnesota hanno invece accertato la qualità giuridica di genitori delle coppie committenti. L'ordinamento francese ha ritenuto illegittimi gli accordi di maternità surrogata, che sarebbero stati qualificati come contratti nulli contrari all'ordine pubblico. Le due coppie, dunque, lamentano la violazione degli articoli 8 e 14 della Cedu.

La Corte Edu ritiene che fra i coniugi e i bambini si sia instaurato un legame di vita familiare tutelato dall'art. 8. Nonostante i giudici riconoscano l'ampio margine di apprezzamento nelle decisioni su questioni eticamente sensibili come la maternità surrogata, esso deve ritenersi notevolmente ridotto quando sia in gioco un legame di parentela che coinvolge l'identità delle persone. Il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione influenzerebbe in modo inevitabile la vita familiare dei minori, i cui interessi devono sempre essere considerati.

Alla luce di ciò, nonostante le autorità francesi avessero garantito la possibilità di costruire una vita familiare equiparabile a quella di altre famiglie, per la Corte i minori si sarebbero trovati in uno stato di incertezza giuridica che ne avrebbe minato l'identità all'interno della società francese, comportando, per esempio, difficoltà nell'ottenere la cittadinanza o in riferimento ai diritti successori. In questo modo gli effetti sarebbero



ricaduti non solo sulle coppie che avevano intrapreso la maternità surrogata, ma essenzialmente sui loro figli. Per questi motivi, la Corte riscontra la violazione del diritto dei minori al rispetto della loro vita privata in quanto la Francia ha ecceduto il margine di apprezzamento statale.

Per la Corte Edu, la questione centrale dei casi *Menesson e Lambassee* non verte tanto sulla compatibilità del divieto posto da uno stato membro nei confronti della gestazione per altri rispetto alle norme della Convenzione, ma riguarda bensì la compatibilità con la Convenzione della decisione dello Stato di residenza dei minori di privare i bambini dei documenti di stato civile che attestino il loro *status* di figli della coppia che ha fatto ricorso a maternità surrogata regolarmente praticata all'estero.

In riferimento al diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita familiare, per la Corte non vi è stata violazione dell'articolo 8 della Convenzione, che invece si è realizzata nei confronti del diritto dei minori al rispetto della loro vita privata. La definizione di "vita familiare" di cui all'art. 8 Cedu è sostanzialmente ancorata ai fatti e non a condizioni giuridiche, tendendo a dare tutela a diversi rapporti, incluse le convivenze. Pertanto, la vita familiare non è subordinata ad un accertamento di uno *status* giuridico ma all'effettività dei legami fra gli individui (*Gas e Dubois contro Francia, K.T. c. Finlandia, Emonet e altri c. Svizzera*).

Secondo i giudici di Strasburgo, nel momento in cui sono in gioco aspetti come l'identità degli individui, il margine di apprezzamento statale è ristretto e il riferimento all'ordine pubblico non può giustificare qualsiasi misura, anche contraria all'interesse del minore. Tuttavia il principio dei *best interests of the child* "da solo non può essere decisivo" (*Jeunesse c. Olanda*, 3.10.2014). La salvaguardia del superiore interesse del minore a definire la propria identità attraverso lo *status filiationis* viene così anteposta ad ogni valutazione sulla liceità dei metodi alternativi di procreazione praticati all'estero da cittadini di paesi che non li consentono. Tale decisione è motivata dal fatto che i bambini generati da fecondazione eterologa o gestazione per altri, qualora lo Stato di appartenenza non ne riconosca l'identità, sono soggetti ad uno stato di assoluta incertezza giuridica.

Il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione, inoltre, comprometterebbe il diritto all'identità personale del figlio anche sul piano della nazionalità (*Genovese c. Malta*, 11.10.2011 riportata in Cass. 19599/2016 e Trib. Min. Firenze 7.03.2017) poiché spesso senza il riconoscimento della filiazione non è possibile per i minori ottenere la cittadinanza di uno Stato.

Ancora in riferimento all'identità del minore, nel caso *Mandet c. Francia* del 14.01.2016, i giudici di Strasburgo ritengono non trascurabile il ruolo del legame genetico sotto il profilo dell'identità personale, riconoscendo al padre biologico il diritto di accertare la propria discendenza biologica, nonostante il parere contrario dello stesso minore. Nell'opinione dissenziente la giudice *Nussberger*, criticando la decisione della Corte, osserva tuttavia che la conoscenza delle proprie origini non è un obbligo, ma un diritto che deve comprendere anche quello di non volere conoscere le proprie origini. La giudice formula in particolare alla Corte l'accusa di aver adottato un concetto stereotipato

di interesse del minore, troppo generale e poco adatto al caso concreto del minore coinvolto, il quale aveva espresso il desiderio che il proprio *status* familiare rimanesse inalterato.

Nel caso Paradiso e Campanelli i ricorrenti sono due coniugi che hanno deciso di intraprendere una gestazione per altri in Russia in seguito al fallimento del concepimento attraverso procreazione medicalmente assistita. Ai sensi della legge russa, i coniugi sono registrati quali genitori del minore senza che vi sia alcun riferimento alla gestazione per altri e richiedono la trascrizione del certificato di nascita in Italia, ma il consolato italiano a Mosca informa il Tribunale per i minorenni competente che il documento contiene false attestazioni. Il marito, inoltre, non risulta essere il padre biologico del minore. I due ricorrenti sono sottoposti ad un procedimento penale per falsa attestazione e violazione della legge in materia di adozione ed il Tribunale per i minori di Campobasso apre un procedimento per dichiarare il minore adottabile, affidandolo ad un'altra famiglia.

I ricorrenti si rivolgono alla Corte Edu lamentando la violazione dell'art. 8 Cedu in ordine all'affidamento del minore ad un'altra famiglia e al rifiuto di riconoscere la trascrizione del certificato di nascita redatto all'estero. I giudici di Strasburgo ritengono che le autorità nazionali abbiano agito in maniera corretta nel non trascrivere l'atto di nascita straniero nei registri dello stato civile in quanto il minore è risultato effettivamente privo di legami genetici con i genitori che hanno commissionato la gestazione per altri, tuttavia condannano l'Italia per aver allontanato il minore dai coniugi nonostante non sia stata provata in concreto la loro inidoneità genitoriale, interferendo nella loro vita privata e familiare. La Corte riconosce l'esistenza di una famiglia di fatto nonostante i ricorrenti abbiano vissuto con il minore solo per il breve tempo di sei mesi, periodo nel quale si è instaurato un legame con il bambino. In conclusione, pur riconoscendo che le autorità italiane sono intervenute per porre rimedio ad una situazione illegittima, i giudici affermano che la tutela dell'ordine pubblico deve essere temperata dalla tutela del miglior interesse del minore e della relazione genitoriale, biologica o non.

È interessante far presente tuttavia che successivamente la Grande Camera, pronunciata in seconda istanza sul caso Paradiso e Campanelli c. Italia, ribalta la decisione precedente, escludendo (con una maggioranza di 11 a 6) la violazione dell'art. 8 Cedu da parte dell'Italia. La Grande Camera sottolinea le differenze fra questo caso e i casi *Mennesson e Labassee*, dove i ricorrenti lamentano allo stesso modo la violazione dell'art. 8 Cedu in riferimento alla registrazione dei certificati di nascita di minori nati all'estero con ricorso alle tecniche di maternità surrogata. In *Mennesson e Labassee* la questione centrale verte sul riconoscimento della relazione genitoriale tra la coppia committente e i minori, mentre nel caso Paradiso e Campanelli, la violazione riguarda le misure adottate dalle autorità italiane per la tutela del miglior interesse del minore, il quale è stato allontanato dalla coppia ricorrente per essere affidato ad un'altra famiglia.

I giudici in questa occasione, contrariamente a quanto affermato dalla sentenza di primo grado, ritengono che non possa configurarsi una violazione del diritto al rispetto della vita familiare in considerazione delle peculiarità del caso che è caratterizzato

dall'assenza di un legame biologico tra i coniugi ricorrenti e il minore, da una durata molto breve della relazione con il piccolo e da un quadro giuridico incerto. Tali circostanze portarono la Corte a concludere che non si possa parlare di famiglia di fatto. La Corte osserva che l'obiettivo di formare una famiglia con dei figli deve rientrare nell'ampia definizione di vita privata contemplata dalla Convenzione, tuttavia ritiene che le misure statali siano conformi alla legge perseguendo il legittimo scopo di proteggere il minore.

In questo caso, dunque, vengono escluse le questioni legate all'identità del minore e al suo diritto a conoscere le proprie origini in quanto la posizione del minore non può essere fatta valere in giudizio dai ricorrenti, che possono agire solo in nome proprio. Il bilanciamento operato dalla Corte vede quindi da un lato il rispetto della vita privata dei ricorrenti e dall'altro lato la tutela del minore posta in essere dallo Stato. La Corte in conclusione ritiene proporzionale l'intervento dello Stato italiano escludendo la violazione del diritto al rispetto della vita privata dei ricorrenti.

Un altro tema legato alla protezione dei legami di fatto è quello della *stepchild adoption*. Nella sentenza *Gas e Dubois c. Francia* del 15.3.2012, la Grande Camera nega che vi sia violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8. In questo caso un individuo chiede di poter adottare il figlio del partner omosessuale. Secondo la Corte, la violazione degli artt. 14 e 8 può configurarsi solo nel caso in cui la legge statale preveda che alcune categorie di persone ricevano un trattamento svantaggioso rispetto ad altre che si trovino in circostanze simili senza alcun motivo ragionevole. La Convenzione non obbliga gli stati a riconoscere il matrimonio omosessuale, essi hanno un margine di apprezzamento nel definire le forme legali di convivenza. Di conseguenza, una normativa che preveda norme diverse in riferimento a coppie coniugate e coppie conviventi non è discriminatoria. Sarebbe invece discriminatoria una normativa che disciplinasse diversamente coppie conviventi eterosessuali e omosessuali. Nel caso di specie la Corte non ritiene esservi violazione poiché al momento della sentenza la legislazione francese ammetteva oltre all'adozione dei coniugati anche quella da parte del singolo ma non anche dei conviventi, né omosessuali né eterosessuali. In virtù di ciò, la Corte non riscontra alcuna violazione, in quanto tale disciplina rientra nel margine di apprezzamento del singolo Stato.

Nella decisione *X e altri c. Austria* della Grande Camera del 19.02.2013, ricorso 1910/07, lo stato austriaco rifiuta la richiesta di adozione del figlio del partner proposta da una donna, unita alla compagna da una stabile relazione. In Austria tale tipo di adozione è permessa al convivente eterosessuale mentre non lo è per quello omosessuale. Per le coppie omosessuali, inoltre, è vietato il matrimonio. I giudici di Strasburgo, richiamando l'art. 3 della Convenzione di New York del 1989 in base al quale il parametro da tenere in maggiore considerazione nelle questioni riguardanti un minore è il suo miglior interesse, giudicano discriminatoria la legge austriaca per violazione dell'art. 14 e 8 della Cedu. Secondo la Corte, infatti, i giudici austriaci potrebbero in ogni caso esaminare nel merito l'effettivo e concreto interesse del minore poiché

l'accoglimento della richiesta della donna sarebbe comunque impossibile per l'esistenza della predetta legge. Il Governo non ha dato dimostrazione che la protezione dell'interesse del minore dovesse avvenire indiscutibilmente attraverso l'esclusione delle coppie *same sex* dalla *second parent adoption* a cui per legge possono accedere le coppie di fatto eterosessuali. In conclusione, la motivazione della sentenza è incentrata da un lato sulla discriminazione prevista dalla legge austriaca che differenzia situazioni in concreto simili, le coppie di fatto eterosessuali e le coppie di fatto omosessuali, dall'altro lato sulla necessità che il giudice di merito motivi perché, nel caso concreto, la coppia omosessuale non possa tutelare i *best interests of the child*.

Poiché il tema dell'interesse del minore appartenente ad una famiglia omosessuale si intreccia inevitabilmente con la materia delle unioni fra persone dello stesso sesso può essere utile richiamare brevemente alcune sentenze fondamentali che si sono occupate di unioni omosessuali come Schalk e Kopf c. Austria, 24.06.2010, Vallianatos e altri c. Grecia, 7.11.2013, Karner c. Austria 24.07.2003, E. B. c. Francia 22.01.2008. In queste pronunce la Corte ha ribadito che le coppie *same sex* hanno la medesima capacità di formare una relazione stabile suscettibile di riconoscimento e protezione.

Nel caso Schalk e Kopf i ricorrenti chiedono alla Corte di riconoscere anche alle coppie omosessuali il diritto ex art. 12 di sposarsi fondando una famiglia. La Corte amplia l'ambito di tutela, originariamente pensato su una unione eterosessuale, riconducendo anche l'unione omosessuale nelle "relazioni familiari" (art. 8) e non più solo all'interno della nozione di vita privata, in considerazione dell'evoluzione europea in materia di progressivo riconoscimento dei diritti alle coppie omosessuali, nonostante in alcuni stati non fossero equiparate al matrimonio.

Nel caso Oliari c. Italia del 21.7.2015 la Corte accerta la violazione dell'art. 8 CEDU da parte dello stato italiano per non aver adottato una normativa idonea al riconoscimento delle unioni civili tra persone dello stesso sesso. Il ricorso viene presentato da due partner che hanno impugnato presso il Tribunale il rifiuto dell'ufficiale di stato civile di procedere alle pubblicazioni di matrimonio celebrato all'estero. La Corte osserva che, in relazione all'art. 8 Cedu, la normativa italiana non è idonea a tutelare la vita privata e familiare delle unioni omosessuali.

Nonostante la decisione finale della Corte, le argomentazioni in tema di margine di apprezzamento dello Stato sono piuttosto contraddittorie: la Corte, infatti, se da un lato ha sottolineato che qualora si tratti di aspetti importanti della vita privata il margine degli stati debba essere ristretto, tuttavia afferma che ove la tematica sollevi questioni sensibili in materia morale o etica il margine di apprezzamento può essere più ampio.

In riferimento ad altro tema, la Corte afferma il diritto dei coniugi alla *piena parità nelle relazioni col minore* nel caso Cusan e Fazzo c. Italia del 7.1.2014, n. 77. I giudici condannano l'Italia per la violazione dei diritti di una coppia di coniugi, i quali lamentano la negata attribuzione al figlio del cognome della madre al posto di quello del padre. La Corte ritiene sussistente la violazione dell'art. 8 in combinato disposto con l'art. 14 perché la legislazione nazionale non garantiva la parità fra i coniugi.

In tema di *affidamento*, in generale la Corte ritiene che le autorità nazionali siano gli organi più adatti per gestire i conflitti familiari e a queste accorda un ampio margine di apprezzamento in riferimento a cosa costituisca l'interesse del minore. I giudici tendono a non entrare nel merito delle decisioni in materia di affidamento, soffermandosi maggiormente sugli aspetti procedurali ed esigendo che i procedimenti siano celeri e coinvolgano, attraverso il contraddittorio, entrambi i genitori<sup>561</sup>. L'unico limite di merito fissato dalla Corte è costituito dal principio di uguaglianza fra i genitori nell'affidamento del minore. Sul punto, infatti, ha comportato violazione degli artt. 8 e 14 Cedu il rifiuto delle autorità di affidare ad un genitore il minore unicamente in relazione al proprio credo religioso, come successo ad una madre facente parte della comunità dei testimoni di Geova nel caso *Hoffmann c. Austria*, 23.06.1993.

In modo simile violano gli artt. 8 e 14 Cedu anche le autorità che non concedono l'affidamento ad un padre biologico, il quale convive con un nuovo compagno dello stesso sesso, unicamente in relazione al suo orientamento sessuale (caso *Salgueiro da Silva Mouta*).

Nel caso *P.V. c. Spagna*, 30.11.2010, par. 26-37, la Corte giudica non contrario agli artt. 8 e 14 Cedu la restrizione al diritto di visita di un individuo sottoposto a mutamento di sesso. I giudici ritengono idoneo il bilanciamento operato dalle autorità nazionali fra il diritto di visita del genitore e il benessere psico-fisico del minore stabilendo una gradualità degli incontri fra i due al fine di permettere al figlio di comprendere il nuovo stato del genitore.

La Corte si è, inoltre, occupata di *responsabilità genitoriale*<sup>562</sup>, affermando che la sua grave limitazione può essere disposta solo in casi eccezionali in virtù di un'adeguata tutela dell'interesse del minore e salvaguardando la relazione parentale. Un esempio si può trovare nel caso *Clemeno ed altri c. Italia*, 21.08.2008, n. 19537 riguardante la mancata revoca della dichiarazione di adottabilità di un minore a causa della pendenza di un procedimento penale per abusi sessuali conclusosi con una sentenza assolutoria. Il Tribunale per i minorenni e i servizi sociali non hanno attuato alcun programma di riavvicinamento fra il minore e la propria famiglia naturale, nonostante la madre non fosse stata sottoposta a processo, determinando la rottura totale di ogni legame. Per questo motivo la Corte Edu dichiara la violazione dell'art. 8 a causa della totale assenza di contatti fra la ricorrente e la sua famiglia naturale durante il periodo dell'affidamento.

Nelle sentenze *E P c. Italia* (16 novembre 1999), *Scozzari e Giunta c. Italia* (13 luglio 2000), *Roda e Bonfatti c. Italia* (21 novembre 2006) ed *Errico c. Italia* (24 febbraio 2009) i giudici di Strasburgo condannano l'Italia per la sospensione ingiustificata dei contatti tra il minore che è stato dato in affidamento ed il genitore. L'interruzione della frequentazione è stata causata non da una rigorosa valutazione del pregiudizio per il minore ma da meri ritardi organizzativi e burocratici e da valutazioni divergenti fra operatori dei servizi e giudici.

---

<sup>561</sup> Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V., 2012. *Ibidem*, p. 337.

<sup>562</sup> Macrillò A. (a cura di), 2015. *Ibidem*, p. 54.

Dalle sentenze di Strasburgo emerge che la rottura definitiva del rapporto fra un minore e la famiglia d'origine deve costituire una soluzione residuale. L'Italia è stata più volte condannata per valutazioni di inidoneità genitoriale frettolose di cui si possono trovare esempi nei casi E. P. c. Italia del 16.11.1999, Clemeno e al. c. Italia del 21.10.2008, Todorova c. Italia del 13.01.2009, Zhou c. Italia del 21.01.2014, Paradiso e Campanelli c. Italia, Akinnibosun c. Italia del 16.07.2015 e S. H. c. Italia del 13.10.2015.

In questi casi i giudici di Strasburgo considerano ingiustificata una drastica rottura della relazione tra genitore e figlio attraverso l'adozione mentre ritengono necessario che siano attivati specifici percorsi di sostegno alla genitorialità (E. P. c. Italia, cit., parr. 68-69; Zhou c. Italia, cit., par. 59; Akinnibosun c. Italia, cit., par. 83).

Nel caso Zhou per esempio la Corte europea osserva che le autorità italiane avrebbero dovuto prendere in considerazione un'adozione "mite" permettendo il mantenimento dei rapporti con la madre (par. 61<sup>563</sup>).

In tema di *minori stranieri*, in riferimento a quanto già detto in ordine ai casi allontanamento di persone straniere dal territorio nazionale in virtù della tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza, la Corte Edu, in modo simile alla giurisprudenza italiana interna, ha oscillato a lungo fra decisioni favorevoli al rispetto della vita familiare (Beldjoudi c. Francia, 26.03.1992; Narsri c. Francia, 13.07.1995) e decisioni in cui gli interessi dello Stato hanno prevalso (Baghli; Dalia c. Francia, 19.2.1998; Boujlifa)<sup>564</sup>.

La Corte enuclea alcuni principi fondamentali per valutare la proporzionalità dell'ingerenza in modo da ridurre l'incertezza delle risoluzioni di questi casi (Üner, par. 57-58; Boultif, par. 48). Gli elementi individuati sono: la natura e la gravità del reato commesso, la durata del soggiorno nello Stato di accoglienza, l'entità del lasso di tempo intercorso dalla commissione dell'infrazione e la condotta del ricorrente in tale periodo, la nazionalità dei familiari coinvolti, la situazione familiare del ricorrente (matrimonio, effettività del legame, presenza ed età di eventuali figli), la prevedibilità della precarietà e della futura rottura della famiglia, le difficoltà che i familiari del ricorrente si troverebbe ad affrontare dopo una sua espulsione, con particolare riguardo al superiore interesse del minore, alla capacità di adattamento dei bambini e della loro età (Onur, par. 60; Cherif; Sezen c. Paesi Bassi, 31.01.2006, par.47; Omujudi c. Regno Unito, 24.11.2009, par. 45-46), i legami sociali e culturali con il paese di accoglienza. L'enunciazione di tali criteri tuttavia non risolve l'incertezza applicativa che da sempre ha caratterizzato questo ambito.

In materia di *sottrazione internazionale*, i giudici di Strasburgo deducono dall'art. 8 Cedu alla luce della Convenzione dell'Aja del 1980 e del regolamento Bruxelles II, l'obbligo per gli Stati contraenti di adottare misure adatte al contrasto del fenomeno della sottrazione con la massima celerità (Leschiutta e Fraccaro c. Belgio, 17.07.2008) salvo che vi si opponga l'interesse del minore (Ignaccolo-Zenide c. Romania, 25.01.2000;

---

<sup>563</sup> Long J., 2016. Il diritto italiano della famiglia e minorile alla prova della convenzione europea dei diritti dell'uomo. *Europa e Diritto Privato*, 4: 1095.

<sup>564</sup> Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V., 2012. *Ibidem*, p. 345.

Iglesias Gil e A.U.I c. Spagna, 29.03.2003; Sylvester c. Austria, 23.04.2003; Maire c. Portogallo, 26.06.2003; Monory c. Romania e Ungheria, 5.04.2005; Bianci c. Svizzera, 22.06.2006; Carlson c. Svizzera, 6.11.2008)<sup>565</sup>.

La Corte, inoltre, rileva che il decorso del tempo e il mutamento delle circostanze possano influire sull'opportunità del rientro del minore nel paese di residenza (Macready c. Repubblica Ceca, 22.04.2010).

Un intervento importante della Corte Edu in tema di sottrazione internazionale riguarda la nota sentenza Neulinger e Shuruk c. Svizzera del 6.07.2010, ricorso n. 41615/07, dove per la prima volta viene accolto il ricorso di un genitore autore della sottrazione. Nel caso di specie una cittadina svizzera, dopo il divorzio dal marito, di nazionalità israeliana, lascia Israele e decide di fare ritorno in Svizzera insieme al figlio minore. Il comportamento della donna deriva dalla decisione del padre di aderire ad un movimento religioso ebraico ultra-ortodosso e dalla volontà dell'uomo di iscrivere il figlio di 3 anni in una scuola religiosa all'estero. Nel momento in cui la donna si oppone, il marito comincia a perseguitarla con comportamenti maltrattanti, tanto che le autorità israeliane lo allontanano dalla casa familiare e limitano il suo diritto di visita nei confronti del bambino. Il Tribunale federale svizzero, tuttavia, ordina il rientro del minore in Israele e la Corte Edu conferma tale decisione in conformità con la consolidata giurisprudenza di Strasburgo che in materia sosteneva la pronta esecuzione del provvedimento di rientro del minore nel paese di residenza abituale. La madre del minore ricorre alla Grande Camera della Corte europea la quale rileva una causa ostativa al rientro del minore in Israele (Convenzione dell'Aja del 1980). Per i giudici *“the child’s best interests, from a personal development perspective, will depend on a variety of individual circumstances, in particular his age and level of maturity, the presence or absence of his parents and his environment and experiences”* (par. 138).

In questo caso, dunque, i giudici della Grande Camera, valorizzano in modo adeguato il caso concreto del minore così come prescritto dalla Convenzione dell'Aja giustificando la propria decisione alla luce dei cambiamenti intervenuti durante il procedimento. Il minore, infatti, si è integrato in Svizzera, dove risiede ormai da 5 anni mentre il padre non è più presente nella sua vita, non avendolo mai contattato telefonicamente né incontrato. Alla luce di queste circostanze, la Grande Camera ritiene che il rientro del minore in Israele potrebbe recare alla madre il pericolo di essere assoggettata a pena detentiva per aver sottratto il minore e a quest'ultimo di essere affidato alle cure di un istituto, poiché il padre è stato valutato dai servizi sociali israeliani inidoneo. La decisione Neulinger è confermata dai casi Raban c. Romania, 26.10.2010, Lipjowsky and McCormick c. Germany, Karrer c. Romania, B. Belgique, X c. Latvia del 13.12.2011.

In tema di *trattamenti sanitari* nei confronti di soggetti incapaci come i minorenni, la Corte ribadisce la necessità del consenso dei familiari, salvo casi di urgenza<sup>566</sup>. Nel caso M.A.K e R.K. c. Regno Unito, 23.02.2010, par. 80, la Corte si pronuncia per la violazione

<sup>565</sup> Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V., 2012. *Ibidem*, p. 338.

<sup>566</sup> Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V., 2012. *Ibidem*, p. 326.

dell'art. 8 Cedu in quanto i medici di una struttura sanitaria hanno autonomamente deciso di effettuare esami del sangue senza il consenso dei genitori e fuori da una situazione di urgenza. In caso di contrasto fra la volontà dei genitori e quella dei medici il caso deve essere sottoposto all'autorità giudiziaria (Glass c. Regno Unito, 9.06.2004, par. 83).

In tema di *diritto di visita dei genitori*, vi sono numerose sentenze di condanna nei confronti dell'Italia per non aver tutelato in maniera adeguata il diritto di visita del genitore non convivente dopo la rottura della relazione della coppia genitoriale<sup>567</sup>. Le pronunce di Strasburgo riscontrano l'inadeguatezza delle misure adottate al fine del mantenimento dei contatti fra genitori e figli sia dal punto di vista della celerità sia della effettività (Bove c. Italia, Piazzini c. Italia, Lombardo c. Italia, Santilli c. Italia, Bondavalli c. Italia, Cincimino c. Italia e Strumia c. Italia). L'interruzione prolungata del rapporto genitore-figlio può generare, nei casi più gravi, quella che viene chiamata alienazione parentale, con la conseguente grande difficoltà di riavvicinamento con il genitore (Santilli c. Italia, cit., par. 69; Lombardo c. Italia, cit., par. 81; Bondavalli c. Italia, cit., par. 80; Cincimino c. Italia cit., par. 122).

La Corte, inoltre, riscontra un uso piuttosto limitato delle sanzioni a carico del genitore che si è mostrato ostruzionista rispetto alla relazione dei figli con l'altro genitore e una scarsa promozione della cooperazione tra le parti (Lombardo c. Italia, par. 93; Santilli c. Italia, cit., par. 73; Piazzini c. Italia, par. 61; Bondavalli c. Italia, cit., 81).

## 2. Conclusioni

Alla luce di quanto detto, i commentatori della giurisprudenza Cedu in materia di diritto di famiglia e minorile osservano che, in generale, nell'esame dei casi posti alla sua attenzione, la Corte Edu tende ad analizzare le questioni ponendosi dal punto di vista dei diritti dell'adulto<sup>568</sup>. Ciò può dipendere in primo luogo dall'oggetto delle questioni trattate che, nella maggior parte dei casi, interessa un diritto di tipo relazionale, al legame genitore-figlio, dove risulta difficile distinguere in modo netto i confini del diritto di uno rispetto a quelli dell'altro. Sembra infatti che l'oggetto della tutela non sia l'interesse del minore "considerato in generale e in quanto tale, ma solo un suo aspetto specifico, seppur molto ampio: il diritto del minore di intrattenere con i suoi genitori una *relazione affettiva reciproca*, connotata dall'intimità familiare"<sup>569</sup>.

In secondo luogo tale prospettiva può dipendere dal meccanismo di funzionamento della Cedu che vede nel ruolo di ricorrenti i genitori e non i minori, di conseguenza la Corte affronta la tutela dei diritti dei minori nel quadro dell'interpretazione offerta dai genitori.

---

<sup>567</sup> Long J., 2016. *Ibidem*, p. 1089. Nella maggior parte dei casi si tratta di padri, una eccezione si trova invece nel caso Cincimino c. Italia, 28.4.2016.

<sup>568</sup> Long J., 2016. *Ibidem*, p. 1088.

<sup>569</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p. 94.



Nella giurisprudenza della Corte Edu, inoltre, non sembra netta la doppia funzione della locuzione di interesse del minore, intesa da un lato come concetto generale che guida il legislatore nell'individuazione degli interessi della categoria dei minorenni e dall'altro lato come standard giudiziario flessibile per la decisione del caso concreto. La portata dei *bests interests of the child* sembra ambivalente: a volte, come detto, costituisce un limite al diritto alla vita familiare degli adulti (art. 8 par. 2 Cedu), mentre in altre situazioni sembra un rinforzo dei diversi diritti convenzionali del minore, idoneo a spostare l'esito del bilanciamento fra i diritti in favore del minore. In conseguenza di ciò alcuni autori critici rispetto a tale ambivalenza sostengono che tale "formula magica" consenta in qualche modo alla Corte di pervenire ad ogni decisione del caso concreto senza giustificare in modo approfondito i motivi della scelta<sup>570</sup>. In questo senso l'uso del principio sembra diventare retorico e utile a rendere maggiormente persuasiva una decisione a cui la Corte sarebbe arrivata ugualmente sulla base di altri diritti facenti parti della Convenzione. Solo in alcune sentenze, infatti, l'interesse del minore sembra ricoprire un ruolo autonomo mentre talvolta il suo richiamo appare "non tanto sovrabbondante, quanto piuttosto pretestuoso, perché la Corte europea se ne serve per ammantare di una diversa, più nobile, ragione l'esito di un bilanciamento che alla fine forse tutela anche la posizione del minore, ma certamente e soprattutto protegge il diritto di un adulto"<sup>571</sup>.

Per quanto riguarda il rapporto fra l'interesse del minore e gli altri interessi e diritti in gioco, è utile soffermarsi sul concetto di *paramountcy* cioè della prevalenza o preminenza del principio dell'interesse del minore sui diritti di altri individuati in relazione con lui o di interessi pubblici. Per alcuni autori attraverso la *paramountcy* "la retorica dei minori entra nel discorso giuridico, inquinandolo"<sup>572</sup>. Nella giurisprudenza della Corte le formule di rito che enunciano la presunta prevalenza del diritto del minore sugli altri diritti in gioco oscillano fra quelle che affermano la prevalenza assoluta dell'interesse del minore e altre dove tale interesse è espressamente oggetto di un bilanciamento, non potendo essere oggetto di esclusiva valutazione e non potendo da solo essere decisivo<sup>573</sup>. Le espressioni usate sono le più diverse: in alcune si afferma che i *best interests* devono prevalere (*must prevail*)<sup>574</sup>, in altre devono venire prima (*must come before*)<sup>575</sup> o almeno dovrebbero (*should be*) essere "preminenti" (*paramount*)<sup>576</sup>, "di primaria considerazione" (*of primary consideration*)<sup>577</sup>, "la primaria considerazione" (*the primary*

---

<sup>570</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p.100.

<sup>571</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 106.

<sup>572</sup> Sul punto si vedano le chiare riflessioni di Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 101 che analizza le diverse espressioni utilizzate dalla Corte per riferirsi al rapporto fra interesse del minore e altri diritti.

<sup>573</sup> Corte eur. dir. Uomo, 2014, Jeunesse c. Olanda, 3.10.2014, par. 109.

<sup>574</sup> Caso del 1982, Hendriks c. Olanda e caso del 2002, Yousef c. Olanda, par. 73.

<sup>575</sup> Caso del 2015, Janovic c. Svezia, par. 77.

<sup>576</sup> Caso del 2008, Kears c. Francia, n. 35991/04, par. 79; caso del 2015, Penchevi c. Bulgaria, n. 77818/12.

<sup>577</sup> Caso del 2013, Berisha c. Svizzera, n. 948/12; 2015, M.A. c. Austria, n. 4097/13.

*consideration*)<sup>578</sup> oppure “una considerazione primaria” (*a primary consideration*)<sup>579</sup> in cui la modifica dell’articolo non è irrilevante ai fini del significato. In altri casi l’interesse del minore è qualificato come “cruciale” (*crucial*)<sup>580</sup> che può prevalere sull’interesse del genitore (*may override*)<sup>581</sup>. In conclusione, le espressioni testuali non sono indicative al fine di individuare il rapporto fra l’interesse del minore e gli altri interessi con cui esso deve confrontarsi, più probabilmente l’operazione effettuata dalla Corte è un comune bilanciamento di differenti interessi<sup>582</sup>.

Va comunque osservato che la Corte si colloca ad un livello molto lontano rispetto al caso concreto e oltretutto spesso interviene in una situazione che è ormai consolidata e non più *in fieri* come nel momento dell’intervento della giustizia nazionale.

In certi casi sembra che l’interpretazione dei *best interests* data dalla Corte di Strasburgo difetti dell’elemento più caratteristico del principio, cioè la flessibilità del caso concreto, la quale, al fine di tutelare il minore in modo effettivo, deve sempre contemperare l’esigenza di rigidità tipica della legislazione che deve proteggere l’intera categoria dei minori<sup>583</sup>.

### 3. Brevi cenni sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea

Per ragioni di completezza, in questo paragrafo si farà qualche breve cenno in merito alla portata assunta dal principio dell’interesse del minore nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea<sup>584</sup>.

A differenza della Cedu, la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea cita espressamente il principio dell’interesse del minore all’art. 24 intitolato “Diritti del minore”, il quale dispone che:

1. I minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità.
2. In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l’interesse superiore del minore deve essere considerato preminente.
3. Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse.

---

<sup>578</sup> *Ex multis* Caso del 2010, Neulinger e Shuruk c. Svizzera, cit.

<sup>579</sup> Caso del 2007, Maumousseau e Washington c. Francia, n. 39388/05.

<sup>580</sup> *Ex multis* 2015, Penchevi c. Bulgaria.

<sup>581</sup> Probabilmente questa è l’espressione più menzionata, ex multis 1994, Hokkanen c. Finlandia; 2000, Ignaccolo-Zenide c. Romania; 2000, Scozzari e Giunta c. Italia; 2013, Lombardo c. Italia.

<sup>582</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 104.

<sup>583</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 109.

<sup>584</sup> Per un approfondimento in tema si veda Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 111 e ss.

Le decisioni della CGUE riguardanti soggetti minorenni non hanno fatto largo uso del principio dell'interesse del minore che, rispetto alla giurisprudenza nazionale e a quella della Corte Edu, compare relativamente tardi nelle motivazioni dei giudici<sup>585</sup>.

In tema di sottrazione internazionale, la CGUE considera, nell'interesse del minore, applicabile la proroga della competenza di un giudice di uno Stato membro diverso da quello della residenza abituale poiché il minore ha un legame sostanziale con quello Stato e la competenza è accettata da tutte le parti (sent. 12.11.2014, causa C-656/13, L.M.).

Nei casi del 27.06.2006, C-540/03, Parlamento e Consiglio e del 6.12.2012, C-356/11 e C-357/11 O. e S., la Corte menziona l'interesse del minore in occasione dell'impugnazione della direttiva sul ricongiungimento familiare da parte del Parlamento europeo sostenendo che i *best interests of the child* non possano travolgere la discrezionalità degli Stati in materia. Il principio deve essere considerato solo all'interno degli spazi ad esso dedicati della normativa europea che stabilisce che le autorità nazionali competenti sull'esame delle domande di ricongiungimento familiare debbano valutare in modo equilibrato tutti gli interessi in gioco fra cui anche quelli del minore.

Le sentenze del 23.12.2009, C-403/09 PPU, Deticčv, 1.07.2010 C-403/09, C-211/10 PPU, Povse e 5.10.2010, C-400/10PPU, J McB tendono a fornire una nozione più determinata di interesse del minore rispetto a quelle della giurisprudenza nazionale e della Corte Edu, esso è infatti considerato "fondamento e limite" degli altri due diritti attribuiti al minore all'art. 24, il diritto di essere ascoltato e il diritto di intrattenere relazioni con i genitori<sup>586</sup>.

Il caso deciso con sentenza del 22.12.2010, C-491/10 PPU, Aguirre Zarraga in materia di sottrazione internazionale di minore interpreta l'interesse del minore come fondamento e limite del suo diritto di essere ascoltato. La Corte stabilisce che il regolamento Bruxelles II deve essere interpretato sia alla luce del par. 1 dell'art. 24 (il diritto ad essere ascoltato) sia alla luce del par. 2 (la valutazione dell'interesse del minore) precisando che l'audizione, pur essendo un diritto del minore, non può essere considerato un obbligo in quanto deve essere disposta in seguito ad una valutazione delle esigenze dell'interesse del minore del caso di specie.

In alcune sentenze si può riscontrare una formulazione più incisiva del principio. Nel caso deciso con sentenza del 9.10.2014, C-376/14 PPU, C. e M., un minore è trasferito da uno Stato ad un altro sulla base di una sentenza provvisoriamente esecutiva che era stata annullata. Ai fini dell'individuazione della residenza abituale per stabilire il giudice competente a decidere sul suo ritorno nello Stato d'origine, la Corte sostiene che

---

<sup>585</sup> Nella sua disamina, Lamarque E. (2016. *Ibidem*, p. 126 e ss) menziona alcune sentenze della CGUE in materia di minori le quali non citano mai i *best interests of the child* pur esprimendosi in temi ad essi inerenti (Corte Giust., sent. 2.10.2003, causa C-148/02, Garcia Avello; sent. 16.06.2005, causa C-105/03, Pupino; sent. 21.12.2011, causa C-507/10, X; sent. 14.02.2008, causa C.244/06, Dynamic Medien; Grande Sezione, 18.03.2014, causa C-167/12, C.D.; Grande Sezione, sent. 18.03.2014, causa C.363/12, Z; Grande Sezione, sent. 8.03.2011, causa C-34/09, Ruiz Zambrano.

<sup>586</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 140.

l'interesse del minore debba essere uno degli elementi di valutazione e che esso coincida con la sua integrazione nel suo ambiente familiare.

Altre sentenze si sono espresse sull'importanza della celerità, nell'interesse del minore, dei processi decisionali che lo riguardano (sent. 26.04.2012, causa C-92/12 PPU, *Health Service Executive*; 9.10.2010, causa C-296/10, *Purrucker*; 9.01.2015, causa C-498/14 PPU, *Bradbrooke e Aleksanrowicz*).

Nel caso deciso il 6.06.2013, causa C-648/11, *MA e altri* la Corte, grazie al principio dell'interesse del minore, colma le lacune del regolamento sulla determinazione dello Stato competente in materia di asilo. Nel caso riguardante un minore accompagnato la Corte decide di considerare competente lo Stato in cui il minore si trovava dopo aver presentato la domanda e non il primo Stato in cui il minore ha presentato la domanda ma in cui non viveva più come la lettera del regolamento sembrava indicare.

In conclusione, rispetto alla giurisprudenza nazionale l'uso del principio sembra avere una portata meno dirimpente e, a differenza del ruolo che tende ad assumere nella giurisprudenza della Corte Edu, non funge da “abito buono per tutte le stagioni” ma si limita ai significati che gli attribuisce l'art. 24 della Carta di Nizza<sup>587</sup>. Tutte le Corti tuttavia sostengono la centralità della rapidità dell'intervento nelle situazioni che vedono coinvolto un minore.

---

<sup>587</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 142.

## **Capitolo Quarto: Un'indagine sui giudici in servizio presso i Tribunali per i minorenni**

Nel primo capitolo della ricerca si è cercato di ricostruire le principali riflessioni della cultura giuridica minorile in tema di interesse del minore. Da questa ricostruzione si è visto come tale cultura sia stata caratterizzata da posizione eterogenee e, in alcuni casi, confliggenti. Gli orientamenti analizzati hanno fatto riferimento a “quegli esponenti della cultura giuridica che enunciano pubblicamente le loro opinioni e le loro posizioni”<sup>588</sup> cioè gli studiosi del diritto. Per quanto riguarda, invece, gli altri operatori giuridici, fra cui i giudici, sia togati sia onorari, essi manifestano la propria opinione in modo indiretto attraverso gli orientamenti - ampiamente trattati in questo lavoro - sostenuti nella propria attività professionale.

L'indagine empirica che si presenterà in questa ultima parte ha lo scopo di indagare la cultura giuridica minorile interna<sup>589</sup>, cioè l'opinione e gli orientamenti di coloro che amministrano e lavorano all'attuazione della giustizia minorile. Per comprendere se vi sia o meno una cultura uniforme fra gli operatori del diritto si è deciso di chiedere ai giudici di risolvere alcuni casi giudiziari realistici in tema di interesse del minore e di esprimersi in ordine ad alcuni possibili interventi del legislatore in materia.

### *1. Nota metodologica*

L'indagine è stata realizzata mediante un questionario somministrato via web tra il 12 marzo e il 12 aprile 2017 ai giudici in servizio presso i Tribunali per i minorenni italiani<sup>590</sup>.

L'obiettivo che ci si proponeva attraverso la ricerca empirica era quello di comprendere in primo luogo come i giudici minorili interpretino nei casi giudiziari il principio dell'interesse del minore, in secondo luogo quale peso esso abbia nell'applicazione del diritto di famiglia e in terzo luogo se vi sia su questo tema una cultura giuridica omogenea.

I campi in cui opera il principio, come visto nei capitoli precedenti, sono molti ed eterogenei e quelli scelti per l'indagine sono tra quelli emersi più frequentemente

---

<sup>588</sup> Pocar V., Ronfani P., 2004. *Ibidem*, p. 83.

<sup>589</sup> Secondo Lawrence Friedman, la cultura giuridica “esterna” è la cultura giuridica comune a tutta la popolazione, la cultura giuridica “interna” è quella propria dei giuristi cioè gli operatori professionali del diritto. “Mentre tutte le società hanno una cultura giuridica, solo le società in cui esistono specializzazioni e professioni giuridiche hanno una cultura giuridica interna” (Friedman L., 1978. *Il sistema giuridico nelle scienze sociali*. Bologna: Il Mulino, p. 371).

<sup>590</sup> La somministrazione è avvenuta attraverso la piattaforma *LimeSurvey* messa a disposizione dai servizi informatici dell'Università di Milano-Bicocca.

dall'analisi delle sentenze della giurisprudenza italiana che contengono nella motivazione richiami ai *best interests*.

Il questionario è composto da sei domande chiuse in riferimento a casi giudiziari realistici ricorrenti nella recente giurisprudenza: si sono scelte situazioni relative a famiglie omogenitoriali, minori stranieri presenti sul territorio italiano con la propria famiglia, famiglie rom, minori stranieri non accompagnati e famiglie appartenenti alla criminalità organizzata mafiosa.

Si è scelto di utilizzare la tipologia della domanda chiusa per due motivi: in primo luogo, rende rapida la compilazione da parte degli intervistati e quindi facilita la partecipazione alla ricerca e la compilazione completa del questionario, in secondo luogo, semplifica la fase di elaborazione dei dati ottenuti da parte del ricercatore<sup>591</sup>.

Si è scelto di utilizzare il questionario online in quanto grazie a questo strumento è possibile raggiungere un'estesa copertura geografica con un grande risparmio di risorse<sup>592</sup>, specialmente per chi, come è questo il caso, non può lavorare in equipe. In particolare, il questionario somministrato online, rispetto alla versione cartacea riduce i tempi e i costi dell'indagine<sup>593</sup>, permettendo di evitare errori manuali che possono verificarsi nell'inserimento dei dati e di risparmiare il tempo necessario per la costruzione della matrice dati. Oltre ad una riduzione dei costi vi è anche una maggiore tempestività nella raccolta dei dati rispetto ad altri metodi di rilevazione come il questionario postale. Il questionario online ha permesso, inoltre, di monitorare e analizzare in tempo reale i dati e la percentuale di risposte.

Alcuni studi hanno messo in rilievo il fatto che rispetto alle tecniche in cui è presente l'intervistatore, il questionario, in quanto autosomministrato, permette di ridurre la "desiderabilità sociale" cioè la tendenza a falsare le risposte derivante "dal desiderio del rispondente di fare bella impressione in presenza dell'intervistatore"<sup>594</sup>.

---

<sup>591</sup> Pandolfini V., 2010. L'uso di internet nella ricerca sociale: vantaggi e svantaggi di una *web survey*, *Studi di sociologia*, 1: 85.

<sup>592</sup> Corbetta P., 1999. *Metodologia e tecniche della ricerca sociale*. Bologna: Il Mulino, p. 216; Pandolfini V., 2010. *Ibidem*, p. 87; Schonlau M., Fricker R. D., Elliott M. N., 2002. *Conducting research surveys via e-mail and the web*, Santa Monica: RAND, p. 2; Lombi L., 2015. *Le web survey*. Milano: Franco Angeli, p. 23.

<sup>593</sup> Lombi L., 2015. *Ibidem*, p. 22. Il questionario online non è ovviamente una tecnica "nativa digitale" ma fa parte di quelle tecniche tradizionali che sono "migrate" sul web (Rogers R., 2013. *Digital methods*. Cambridge: The MIT Press; Lombi L., 2015. *Ibidem*, p. 13). Con tecniche native digitali si fa riferimento a metodi nuovi, nati nel web ed in particolare nel web 2.0 come per esempio l'etnografia digitale che studia i dati provenienti dalle nuove tecnologie digitali come i social network (Caliandro A., 2014. *Ethnography in Digital Spaces: Ethnography of Virtual Worlds, Netnography and Digital Ethnography* in Sunderland P., Denny R. (a cura di), *Handbook of Business Anthropology*. Walnut Creek: Left Coast Press, pp. 738-761). Per tecniche migrate sul web invece si intendono quelle tecniche di ricerca sociale consolidate e tradizionali che sono state "adattare all'ambiente della Rete" come per esempio le *web survey* o i *focus group online* (Lombi L., 2015. *Ibidem*, p. 14).

<sup>594</sup> Lombi L., 2015. *Ibidem*, p. 83.

Tale strumento presenta tuttavia diverse criticità tipiche delle tecniche asincrone<sup>595</sup>. Innanzitutto la possibilità di partecipazione è limitata alle persone che hanno un sufficiente livello di alfabetizzazione informatica<sup>596</sup>, che sono rintracciabili, per esempio tramite indirizzi mail, e che hanno la possibilità di accedere a Internet. Nel caso specifico gli indirizzi email dei giudici togati erano noti, in quanto reperibili sui siti web istituzionali dei Tribunali, mentre non erano reperibili gli indirizzi email dei giudici non togati in quanto privati. Tuttavia è stato possibile raggiungere i giudici non togati attraverso gli indirizzi istituzionali dei Tribunali per i minorenni e, laddove questi ultimi hanno acconsentito ad inviarli, è stato possibile reperire anche gli indirizzi privati.

Per quanto riguarda l'alfabetizzazione digitale, essa è ormai diffusa e, nel caso di specie, ci si aspetta che i giudici abbiano le competenze di base per la compilazione di un questionario online.

I questionari online sono una modalità di intervista fondata sull'autosomministrazione cioè sono somministrati in assenza dell'intervistatore. L'utilizzo di metodi in cui non è presente un intervistatore rende difficile un'eventuale richiesta di chiarimenti, circostanza che potrebbe portare all'abbandono della *survey* prima del completamento, problema noto in letteratura come *breakoff*, *abandonments* o, ancora, *terminations*<sup>597</sup>. Per ovviare a ciò nel questionario è stato indicato un recapito email a cui rivolgersi per informazioni e per chiarimenti. Rispetto alla forma, fra le cause più comuni di abbandono vi sono l'eccessiva lunghezza o la difficoltà del questionario<sup>598</sup>. In virtù di ciò si è pensato di contenere il numero di domande predisponendo 4 quesiti anagrafici e 6 quesiti giuridici.

L'assenza dell'intervistatore potrebbe, inoltre, rendere la ricerca più impersonale e determinare risposte "più frettolose e caratterizzate da un minor carico motivazionale da parte del rispondente"<sup>599</sup>. Questa criticità è comune a tutti i questionari online. Dato l'oggetto della ricerca e la sensibilità dei giudici - se hanno risposto sono interessati al tema - si ritiene che questa criticità non abbia influenzato molto le risposte.

Nel corso del mese sono stati inviati alcuni promemoria al fine di sollecitare la partecipazione. Infatti, se da un lato il questionario online ad una prima impressione può sembrare uno strumento più immediato rispetto al cartaceo, è frequente che esso si perda fra l'elevato numero di messaggi di spam e pubblicità a cui è soggetto normalmente un indirizzo email.

---

<sup>595</sup> Le tecniche asincrone si caratterizzano per un "gap temporale tra il momento in cui il ricercatore pone l'interrogazione e quello in cui ottiene la risposta" (Lombi L., 2015. *Ibidem*, p. 13). Le tecniche sincrone, invece, come l'intervista *face to face*, avvengono in tempo reale. Ogni tecnica di ricerca presenta vantaggi e svantaggi, di conseguenza "l'individuazione di una modalità di somministrazione dovrebbe dipendere da un'attenta valutazione dei fattori a monte della scelta (risorse e tempi a disposizione, obiettivi conoscitivi, tema dell'indagine soprattutto in termini di sensibilità del topic indagato, partecipazione attesa...) e delle possibili conseguenze in termini di tassi di risposta, errori di campionamento e di misurazione" (Lombi L., 2015. *Ibidem*, p. 19).

<sup>596</sup> Pandolfini V., 2010. *Ibidem*, p. 83.

<sup>597</sup> Pandolfini V., 2010. *Ibidem*, p. 89; Tourangeau R., Couper M., Conrad F.G., 2013. *The Science of Web Surveys*. Oxford: Oxford University Press, p. 52.

<sup>598</sup> Lombi L., 2015. *Ibidem*, p. 50.

<sup>599</sup> Lombi L., 2015. *Ibidem*, p. 24.

Un altro problema classico dei questionari online riguarda i metodi tramite cui è possibile contattare le persone appartenenti al campione o alla popolazione interessata. Si è scelto di contattare i giudici attraverso i recapiti di posta elettronica. Ogni giudice togato è titolare di un indirizzo istituzionale rintracciabile sul sito del Tribunale in cui presta servizio, mentre per quanto riguarda i giudici onorari solo il Tribunale per i minorenni di Ancona prevede un recapito di posta elettronica istituzionale pubblico. Poiché solo alcuni Tribunali hanno fornito su richiesta gli indirizzi dei giudici onorari con il consenso degli interessati, il questionario è stato inviato anche agli indirizzi istituzionali di tutti i Tribunali per i minorenni, con richiesta di invio ai giudici togati ed onorari. Non è possibile sapere di conseguenza se tutti i giudici onorari lo abbiano effettivamente ricevuto.

Un fattore che può influenzare la partecipazione alla ricerca online è il timore che le risposte siano riconducibili alla persona che le ha date. Nella presente indagine l'anonimato dei partecipanti è stato garantito attraverso l'anonimizzazione dell'indirizzo IP (internet protocol)<sup>600</sup>: di fatto le risposte non sono state associate all'indirizzo del PC da cui sono state date, assicurando l'impossibilità di risalire al partecipante. Si è scelto di garantire l'anonimato anche se ciò ha reso impossibile verificare chi ha accesso alla compilazione. Il questionario non è stato dunque protetto da *password* per cui era virtualmente compilabile cioè da tutti coloro che ne avessero l'indirizzo.

La mancanza di controlli sulla partecipazione impedisce di verificare che rispondano al questionario solo gli effettivi destinatari. Per circoscrivere tale criticità, ad ogni modo, il questionario è stato inviato solamente agli invitati tramite indirizzo email e non è stata predisposta la sua pubblicazione sui siti giuridici. Resta comunque l'impossibilità di verificare che la stessa persona non abbia risposto più volte.

Un ulteriore punto critico è rappresentato dal fatto che il metodo del questionario online presenta una bassa percentuale di risposte<sup>601</sup>. Diverse ricerche hanno rilevato un tasso di risposta basso alle *web survey*, dimostrando come tale metodo ottenga un numero di risposte al massimo uguale ad altri metodi e spesso inferiore ad essi<sup>602</sup>. Di conseguenza, "bassi tassi di partecipazione si traducono in problemi in termini di rappresentatività statistica che riducono le possibilità di costruire modelli predittivi fondati sulle procedure di inferenza statistica"<sup>603</sup>. A titolo esemplificativo, nella ricerca di R. Dameno e M. Verga, che ha coinvolto operatori giuridici e sanitari, vi sono tassi di risposta del 35% e del 21,8% per quanto riguarda rispettivamente la partecipazione alla ricerca dei sottocampioni di medici anestesisti e neurologi, ma anche percentuali di risposta del 6,8 % per i medici di

---

<sup>600</sup> L'indirizzo IP è una "stringa numerica in grado di identificare la sede del dispositivo dal quale si è effettuato l'accesso alla Rete" (Lombi L., 2015, *Ibidem*, p. 57).

<sup>601</sup> Corbetta P., 1999. *Ibidem*, p. 216.

<sup>602</sup> Fricker R. D., Schonlau M., 2002. Advantages and disadvantages of Internet research surveys: evidence from the literature, *Field Methods*, 4: 347-367; Ilieva J., Baron S., Healey N. M., 2002. Online surveys in marketing research: pros and cons. *International Journal of Market Research*, 3: 361-376; Wilson A., Laskey N., 2003. Internet-based marketing research: a serious alternative to traditional research methods? *Marketing Intelligence & Planning*, 2: 79-84; Pandolfini V., 2010. *Ibidem*, p. 91.

<sup>603</sup> Lombi L., 2015. *Ibidem*, p. 24.



base e del 10,3% per i giudici<sup>604</sup>. Le risposte della presente ricerca si inseriscono quindi nella media delle risposte di solito ottenute anche in altre indagini avendo raggiunto l'8,2%.

## 2. I risultati

Ogni Tribunale per i Minorenni è stato contattato telefonicamente ed ha comunicato il numero dei giudici togati e dei giudici non togati in servizio presso i propri uffici.

La popolazione è composta da 877 giudici, di cui 689 onorari e 188 togati. Le risposte pervenute sono 72 (8,2%). La percentuale può apparire bassa, tuttavia, come si è detto, è in linea con altre ricerche che hanno coinvolto operatori giuridici o sanitari tramite questionari sia postali cartacei sia via web<sup>605</sup>.

I giudici hanno dimostrato, quindi, un certo interesse per il tema: 9 di loro hanno anche scritto all'indirizzo mail indicato per commentare le domande, avere informazioni sulla ricerca o chiedere di essere messi al corrente dei risultati.

La prima parte del questionario è dedicata ad informazioni socio-anagrafiche quali il ruolo ricoperto (giudice togato o onorario), l'età, la regione in cui è ubicato l'ufficio giudiziario in cui si presta servizio e da quanti anni l'intervistato lavora presso il Tribunale per i minorenni.

Tra i 72 giudici che hanno risposto vi sono 24 giudici togati (12,8% della popolazione dei togati) e 48 giudici onorari (7% della popolazione degli onorari). Dunque, in proporzione alla popolazione, il numero dei togati che hanno risposto è superiore rispetto a quello dei non togati. Ciò può essere spiegato, come già detto, dalla difficoltà di reperire gli indirizzi mail dei non togati.

Tutte le regioni sono rappresentate ad eccezione di Abruzzo e Molise da cui non è pervenuta alcuna risposta. Probabilmente su questo dato incide il fatto che da nessuno dei due Tribunali è stato possibile ottenere gli indirizzi privati dei giudici onorari e il fatto che i giudici togati in servizio fossero un numero molto ridotto rispetto a quello di regioni con organici più ampi.

---

<sup>604</sup> Dameno R., Verga M., 2008. *Garantire i diritti*. Milano: Guerini e associati.

<sup>605</sup> Dameno R., Verga M., 2008., *Ibidem*.

<b>Regione</b>	<b>Togati</b>	<b>Onorari</b>	<b>Totale</b>
Lazio	0	8	8
Umbria	1		1
Puglia	4	4	8
Trentino	1	6	7
Lombardia	4	5	9
Campania	3		3
Calabria	0	6	6
Marche	0	4	4
Veneto	0	2	2
Liguria	2	4	6
Sardegna	1	4	5
Emilia-Romagna	0	4	4
Basilicata	1	0	1
Sicilia	4	1	5
Friuli-Venezia Giulia	1	0	1
Piemonte	1	0	1
Toscana	1	0	1

L'età media dei partecipanti è di 52 anni, ed è compresa tra 38 e 72. Gli intervistati lavorano presso il Tribunale per i minorenni in media da 7 anni, da un minimo di 0 (1 giudice) ad un massimo di 30 anni (1 giudice). Dei 72 partecipanti 2 non hanno risposto alla domanda relativa a quanti anni avessero lavorato al Tribunale per i minorenni, 23 si collocano nella fascia 0-5 anni di esperienza, 33 nella fascia 6-10 e 14 lavorano al Tribunale per i minorenni da più di 10 anni. Dunque si può affermare che i partecipanti alla ricerca hanno in media una elevata esperienza in materia minorile.

Si procederà con l'analisi delle risposte date alle singole domande.

La prima domanda era la seguente: “Con ricorso, la signora Tizia ha chiesto di adottare, ai sensi dell'art. 44 lett. d) legge 184/83, la minore figlia biologica della signora Caia con la quale convive e con la quale ha una relazione affettiva stabile. In merito al ricorso le ricorrenti sostengono di avere una stabile relazione affettiva che si protrae da anni e dichiarano di convivere nella medesima abitazione. In conseguenza di ciò hanno maturato un progetto di genitorialità condivisa decidendo di accedere a tecniche di procreazione assistita eterologa dalle quali è nata la figlia (biologicamente di Caia). È stata effettuata un'indagine dal perito (o dai servizi) il quale ha riscontrato una relazione positiva della bambina con la convivente della madre descrivendola come bambina serena”. Si chiedeva al giudice di decidere il caso descritto scegliendo una delle soluzioni proposte.

Fra i partecipanti 57 giudici hanno scelto come risposta “accoglierebbe il ricorso giudicando l'adozione nell'interesse della minore”, 5 giudici “accoglierebbe il ricorso perché la giurisprudenza prevalente è orientata in questo modo”, nessun giudice ha

risposto “accoglierebbe il ricorso perché la norma lo impone”. Tra quelli che non accoglierebbero il ricorso, 2 hanno risposto “non accoglierebbe il ricorso, nell’interesse della minore”, 5 “non accoglierebbe il ricorso, perché la norma non lo consente”, 1 “non accoglierebbe il ricorso perché la giurisprudenza prevalente è orientata in questo modo”. Infine, 2 giudici non hanno dato alcuna risposta.

Il caso si ispira alle situazioni familiari in cui un individuo chiede di poter adottare il figlio del partner omosessuale. Come si è visto nel secondo capitolo, tale fattispecie ha visto la giurisprudenza dividersi tra interpretazioni letterali dell’articolo 44 della legge 184/1983 e interpretazioni estensive. Come sappiamo, il legislatore non si è ancora espresso sul tema e, in mancanza di indicazioni legislative, i giudici hanno trattato questi casi attraverso gli strumenti previsti dall’articolo 44 della legge 184/1983 riguardo l’adozione in casi particolari<sup>606</sup>.

L’orientamento estensivo fa ricadere il caso del partner non coniugato – qualunque sia l’orientamento sessuale – nella casistica prevista dalla lett. d), giustificando questa interpretazione alla luce dell’evoluzione dei costumi e delle diverse forme dei legami affettivi che valorizzano anche la nascita di nuovi tipi di famiglie. Secondo questo orientamento, il minore avrebbe un interesse concreto al riconoscimento del legame con la persona che si prende cura di lui insieme al genitore, anche qualora non sia coniugato con quest’ultimo.

L’orientamento restrittivo invece, come si è visto, esclude tale interpretazione, che considera contraria rispetto al dettato della legge, elusiva della normativa sull’adozione e confliggente con il principio dell’ordine pubblico.

Dalle risposte si evince che la netta maggioranza dei giudici (62 su 72) interpreterebbe il dato legislativo in modo estensivo al fine tutelare in concreto i minori nati in famiglie omogenitoriali, permettendo la loro adozione da parte dei partner dei genitori. Il dato risulta in linea con la giurisprudenza prevalente analizzata nel capitolo precedente, sia nazionale sia sovranazionale e con il sentire sociale da cui provengono spinte di apertura verso le cosiddette nuove famiglie.

Nella seconda domanda si intendeva rilevare l’opinione dei giudici in merito ad un possibile futuro intervento legislativo in materia di adozione. La domanda posta era la seguente: “Le signore XY, conviventi, si sono rivolte al Tribunale al fine di chiedere che Y possa adottare ex art. 44 lett. d) l. 184/1983 la minore A., figlia biologica di X, nata in seguito ad una fecondazione artificiale. La minore convive con la coppia ed ha una stabile relazione con la convivente della madre”. Si chiedeva al giudice se la legge, in una ipotesi del genere, avrebbe dovuto prevedere questa fattispecie come un caso legittimo di adozione. Anche in questa domanda, i giudici hanno mostrato un orientamento comune. Infatti, la netta maggioranza, 59 giudici, ha risposto che la legge dovrebbe consentire

---

<sup>606</sup> Le due citate interpretazioni si dividono sulla necessità della presenza di uno stato di abbandono in riferimento al caso di cui alla lettera d) dell’art. 44. Per l’orientamento restrittivo si veda Trib. Min. Milano 17 ottobre 2016, per quello estensivo si vedano Trib. Roma, sent. 30.07.2014, App. Milano, sent. 16.10.2015, Trib. Min Roma, sent. 23.12.2015, Cass. 12962/2016.

l'adozione, 11 partecipanti hanno risposto che la legge non dovrebbe consentirla, mentre 2 giudici non hanno risposto.

Questo dato è coerente con quello della risposta precedente in quanto la maggioranza dei giudici nella fattispecie descritta considera conforme all'interesse del minore predisporre l'adozione in casi particolari ex art. 44 e dunque auspica che il legislatore possa fugare ogni incertezza interpretativa creata dal dettato legislativo permettendo espressamente anche al partner omosessuale, in maniera simile al coniuge, l'adozione del figlio del proprio compagno.

Nella terza domanda, in tema di limitazione della responsabilità genitoriale, si prospettava ai giudici la situazione di un minore coinvolto in attività della criminalità organizzata. Il quesito era così formulato: “Da parte del pubblico ministero perviene al Tribunale per i minorenni una segnalazione di un minore e una richiesta di provvedimento ex artt. 333 o 330 c.c. riguardante la responsabilità genitoriale di un soggetto coinvolto in indagini relative a reati gravi e/o connessi alla criminalità organizzata. Dagli atti trasmessi dalla Procura risulta che il bambino è coinvolto in attività criminali”.

Anche in questo caso si chiedeva al giudice di decidere in merito alla situazione descritta e, come nelle due domande precedenti, si è formata una maggioranza netta. Infatti, 63 giudici hanno risposto che adotterebbero un provvedimento giudicandolo nell'interesse del minore, 4 giudici lo adotterebbero perché la giurisprudenza prevalente è orientata in questo modo, 3 lo adotterebbero perché la legge lo impone. Un solo giudice non adotterebbe alcun provvedimento nell'interesse del minore. Infine, un giudice non ha risposto a questa domanda.

La situazione presentata in questa domanda è quella in cui si è riscontrata maggiore omogeneità nelle risposte, mettendo in luce un conforme modo di interpretare un caso che ha fatto discutere l'opinione pubblica. Recentemente si è infatti dibattuto se fosse possibile intervenire in limitazione della responsabilità genitoriale, censurando i modelli educativi che alcuni tipi di criminalità organizzata riservano ai giovani delle famiglie che ne fanno parte. Ad adottare tale orientamento è stato infatti il Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria nei confronti di alcune famiglie appartenenti alla 'ndrangheta. La decisione ha avuto un'eco mediatica importante sia a livello nazionale sia internazionale<sup>607</sup>. Il Tribunale ha in alcuni casi limitato la responsabilità genitoriale dei genitori disponendo, nelle situazioni più gravi, anche l'allontanamento dei minori dalla famiglia d'origine<sup>608</sup>. Non sono mancate critiche verso tali decisioni da parte di chi sostiene che siano troppo intrusive e non rispettose della competenza esclusiva che la famiglia detiene in materia di educazione.

---

<sup>607</sup> Fra i tanti: Baldessarro G., 20.03.2015. “Via la patria potestà ai boss mafiosi”, il Pd lo propone per legge, *Repubblica.it*; Pianigiani G., 10.02.2017. Breaking Up the Family as a Way to Break Up the Mob. *New York Times*; Viviano F., 12.02.2017. 'Ndrangheta, i boss scrivono al giudice: “Togliaci i nostri figli, forse saranno salvi”, *La Repubblica*, 12 febbraio 2017, p. 18.

<sup>608</sup> Vannoni G., 2017. L'interesse del minore ad un'educazione conforme ai valori fondativi della Costituzione, *Consulta online*, 2: 298-309.

I 63 giudici che prenderebbero provvedimenti nell'interesse del minore hanno valutato la scelta del genitore di coinvolgere il minore nella propria attività criminale come un comportamento maltrattante e per questo idoneo a giustificare un'immediata risposta di tutela del minore da parte del Tribunale per i minorenni.

La quarta domanda è quella su cui i giudici che hanno partecipato al questionario si sono maggiormente divisi. In essa si prospetta una situazione in cui si contrappongono l'interesse del minore a rimanere in Italia, dove ha già intrapreso un percorso scolastico, e l'interesse dello Stato a vedere rispettate le proprie leggi in materia di immigrazione. La questione era così formulata: "Due persone straniere, genitori di un minorenne, si trovano sul territorio italiano senza permesso di soggiorno e dovrebbero essere espulsi (per esempio per irregolarità sopravvenuta a seguito di un prolungato stato di disoccupazione, art. 13 T.U. immigrazione 286/1998). Il minore ha 9 anni ed è sempre andato a scuola in Italia". Si chiedeva ai giudici quale intervento legislativo sarebbe stato secondo loro adeguato in riferimento a situazioni come quella presentata, sempre più frequenti nel nostro paese.

In questo caso 39 giudici hanno risposto "nell'interesse del minore la legge dovrebbe consentire ai genitori di ottenere un permesso di soggiorno per motivi familiari", secondo 4 partecipanti "la legge non dovrebbe consentire un permesso speciale, i genitori dovrebbero ottenere un permesso di soggiorno con il procedimento previsto, prevalendo in questo modo la sicurezza dello Stato". Per 28 giudici invece "è preferibile che non vi sia nessun intervento perché su questo tema deve essere il giudice ad analizzare il caso concreto". Un giudice infine non ha risposto. Rispetto alle domande precedenti, in questo caso le risposte dei partecipanti sono state più eterogenee.

Le risposte dimostrano come i giudici tengano in considerazione il preminente interesse del minore anche a costo di sacrificare quello dello Stato. Infatti solo 4 giudici hanno risposto in modo netto che non dovrebbe operarsi nemmeno un bilanciamento tra i due interessi.

Inoltre, e in particolare sulla base delle risposte dei 28 giudici che hanno affermato come sia preferibile analizzare la peculiare situazione del singolo minore, si potrebbe dedurre anche la conferma dell'importanza dell'analisi del caso concreto per la determinazione dell'interesse del minore, confermando che l'interesse del minore non deve essere definito in astratto in quanto esso deve essere interpretato quale standard del caso concreto.

I dati ottenuti sono conformi a quanto emerso nel secondo capitolo laddove si è analizzata la rilevanza del principio dell'interesse del minore nei provvedimenti di autorizzazione ex art. 31 c. 3 del Testo Unico sull'immigrazione.

Dall'analisi della giurisprudenza, infatti, sono emersi due orientamenti. Un primo indirizzo, oggi minoritario, che interpreta l'interesse del minore in modo restrittivo e che emerge in questa domanda nelle 4 risposte che escludono la rilevanza dell'interesse del minore. Un secondo indirizzo che invece, come si è visto, ha progressivamente allargato le maglie dell'interpretazione dell'art. 31 c. 3 ed è qui rappresentato dai 39 giudici che

hanno risposto che la legge dovrebbe consentire un permesso di soggiorno in situazioni simili a quella prospettata. Questo orientamento estensivo, infatti, ha attribuito rilevanza, nell'interesse del minore, a situazioni quali il radicamento del minore sul territorio, la tenera età del bambino o il suo diritto alla bigenitorialità. Tali elementi non possono essere trascurati e devono essere tenuti in considerazione nel bilanciamento che il giudice deve operare, in situazioni come quella descritta, con l'interesse dello Stato alla sicurezza e al rispetto della propria normativa in materia di immigrazione.

Nella quinta domanda si proponeva la seguente situazione: “Un minore straniero non accompagnato ha commesso un reato. La legge prevede che l'interesse del minore debba prevalere su quello della sicurezza dello Stato e di conseguenza vieta l'espulsione degli stranieri minori di diciotto anni (art. 19 T.U. immigrazione 286/1998). Lei è d'accordo?”. 54 giudici si sono dichiarati d'accordo con le norme, 17 si sono dichiarati in disaccordo e un giudice non ha risposto alla domanda.

Anche in questo caso si contrappongono due interessi: quello del minore e quello dello Stato alla sicurezza e alla legalità. La maggioranza dei giudici ritiene giusto vietare l'espulsione del minore, anche nel caso in cui abbia commesso un reato poiché lo Stato ha il compito di assicurare il rispetto dei diritti di tutti i minori, accompagnati e non, presenti sul proprio territorio.

L'indirizzo dei giudici conferma la preminenza nella cultura giuridica minorile italiana della tutela del soggetto minorenni, italiano o straniero, accompagnato o non accompagnato, così come auspicato dalle Carte internazionali a tutela dell'infanzia come la Convenzione di New York del 1989. La Carta infatti, come si è visto più volte, all'art. 3 prevede che in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente. Il principio è infatti recepito anche nel T.U. sull'immigrazione che riporta all'art. 28 sostanzialmente il contenuto dell'art. 3 della Convenzione.

Nell'ultima domanda si affrontava un caso certamente non nuovo ma ancora dibattuto in tema di responsabilità genitoriale: “un genitore rom viene condannato per il reato di impiego di minori in accattonaggio. Vieni applicata la sospensione condizionale della pena per cui non può essere disposta la sanzione accessoria della sospensione della responsabilità genitoriale. Essendo stata concessa la sospensione condizionale della pena, gli atti del procedimento devono essere trasmessi, ai sensi dell'art. 34 c.p., al Tribunale per i minorenni affinché provveda ad assumere i provvedimenti più opportuni nell'interesse del minore”.

Come nelle domande precedenti, si chiedeva di scegliere tra le decisioni proposte per la soluzione del caso. Si è scelto di offrire al giudice due soluzioni frutto di diversi modi di bilanciare gli stessi interessi e due soluzioni incentrate sulle espresse previsioni legislative.

49 giudici hanno risposto che interverrebbero con provvedimenti ex artt. 333 o 330 c.c. nell'interesse del minore perché ritengono che “l'interesse del minore a vivere nella

legalità sia superiore all'interesse del minore a mantenere le relazioni familiari", 14 giudici hanno affermato che interverrebbero "con i provvedimenti ex artt. 333 o 330 c.c. perché la legge lo impone", 3 giudici hanno scelto l'opzione di non intervenire con i provvedimenti ex artt. 333 o 330 c.c. perché ritengono che "l'interesse del minore a vivere nella propria famiglia d'origine sia superiore rispetto all'interesse di crescere secondo i principi di legalità" e 5 hanno risposto che non interverrebbero "perché la legge non impone di prendere provvedimenti ex artt. 333 e 330 c.c.". Un giudice infine non ha risposto.

Alla luce delle risposte dei giudici, la netta maggioranza ha valutato l'atto del genitore come un comportamento maltrattante nei confronti del figlio. La maggioranza dei giudici che adotterebbe dei provvedimenti di limitazione della responsabilità genitoriale ha scelto esplicitamente una risposta che richiama lo strumento del bilanciamento fra il diritto del minore a vivere nella propria famiglia d'origine e quello di crescere in una famiglia che lo ha coinvolto nella commissione di un reato. 14 giudici hanno fatto, invece, più genericamente riferimento all'obbligo legislativo di intervenire in una situazione che evidentemente hanno valutato come maltrattante.

Solo 8 giudici, invece, non interverrebbero con alcun provvedimento e, fra questi, 3 giudici hanno operato il bilanciamento fra i due diritti del minore in un modo diverso rispetto ai 49 citati, privilegiando in ogni caso il suo diritto a vivere nella famiglia d'origine.

### *3. Alcune osservazioni conclusive*

Per concludere l'analisi dei dati ottenuti dalla ricerca empirica, si propongono alcune osservazioni. La prima riguarda la circostanza che in quattro delle sei domande proposte almeno una risposta riporta l'espressione "interesse del minore". Si rileva inoltre che il principio del preminente interesse del minore ha guidato le decisioni dei giudici. Analizzando quanti intervistati hanno dato risposte che contengono tale locuzione si può osservare come 23 giudici abbiano sempre scelto una motivazione legata al principio dell'interesse del minore, 31 lo hanno fatto 3 volte su 4, mentre 12 di essi hanno deciso in linea con il principio citato in metà dei casi. 4 giudici hanno scelto solo una volta una risposta giustificata da questo criterio. Dai dati risulta che un solo giudice non ha mai dato risposte motivate nell'interesse del minore. Infine, 1 giudice non ha risposto ad alcuna domanda. Il dato, alla luce dell'analisi dei provvedimenti effettuata nei capitoli precedenti, non stupisce ed è in linea con gli orientamenti giurisprudenziali emersi in questa ricerca dai quali risulta che il principio dell'interesse del minore è uno standard giudiziario del caso concreto che il giudice utilizza in ogni decisione che coinvolge soggetti minorenni.

La seconda riflessione riguarda la correlazione tra le risposte alle domande 1, riguardante il caso di adozione del figlio del partner omosessuale, e 2, in riferimento ad

un eventuale intervento legislativo che introduca espressamente l'adozione del figlio del partner, in cui le situazioni prospettate sono accomunate dalla presenza di una famiglia omogenitoriale.

Prendiamo in considerazione i giudici che hanno risposto che la legge dovrebbe consentire l'adozione (59) (domanda 2). Tra questi la maggioranza (52) ha risposto alla domanda 1 che deciderebbe l'adozione nell'interesse del minore, abbracciando, dunque, l'orientamento estensivo di cui si è detto in precedenza, mentre 3 giudici accoglierebbero il ricorso basandosi sull'orientamento prevalente nella giurisprudenza. Dunque, la maggioranza dei giudici che disporrebbe l'adozione nell'interesse del minore è anche favorevole ad un intervento legislativo che definisca espressamente come legittima tale opzione alla luce dell'incertezza interpretativa che si è delineata in materia come si è visto.

Tra gli stessi 59 che hanno risposto che la legge dovrebbe consentire l'adozione, 1 non accoglierebbe il ricorso della coppia nell'interesse del minore, mentre 3 non lo accoglierebbero perché la norma non lo consente. È particolare la risposta di chi ha ritenuto di non accogliere il ricorso nell'interesse del minore ma al contempo sostiene che il legislatore dovrebbe consentire l'adozione. Mentre è più comprensibile la risposta di chi sostiene che la legge dovrebbe consentire l'adozione ma di non poter attualmente decidere l'adozione nell'interesse del minore in quanto è la stessa norma ad escluderlo.

Invece, tra i giudici che non sono favorevoli a che la legge consenta l'adozione (11 giudici) (domanda 2), 5 accoglierebbero il ricorso nell'interesse del minore, 2 accoglierebbero il ricorso perché la giurisprudenza è orientata in questo modo. Solo un giudice non lo accoglierebbe perché la giurisprudenza è orientata in questo modo, e sempre solo uno non accoglierebbe il ricorso nell'interesse del minore. Infine, 2 non lo accoglierebbero perché la norma non lo consente.

Dunque tra gli 11 che non auspicano un intervento del legislatore, 7 in ogni caso accoglierebbero il ricorso e 4 non accoglierebbero il ricorso. Due giudici, infine, non hanno risposto alle domande sull'omogenitorialità. Il dato espresso dai 7 giudici potrebbe significare che essi non sono favorevoli ad una legge che stabilisca espressamente l'adozione del figlio del partner omosessuale in quanto ritengono sia meglio che la decisione sia presa in riferimento al caso concreto, nel pieno rispetto dell'interesse del minore.

La terza osservazione riguarda l'uniformità fra le risposte dei giudici onorari e le risposte di quelli togati. Si può affermare che non vi siano rilevanti differenze tra le risposte dei primi e quelle dei secondi. L'unica differenza riguarda la domanda relativa ai minori stranieri non accompagnati. Se la maggioranza sia dei togati sia degli onorari è d'accordo con le norme che vietano l'espulsione del minore, la quota di togati favorevole rispetto al totale è decisamente superiore rispetto a quella degli onorari: 22 favorevoli e 2 contrari tra i togati a fronte di 32 favorevoli e 15 contrari tra gli onorari, 1 giudice, infine, non ha risposto. La differenza fra i risultati dei giudici togati e di quelli onorari sembra



inspiegabile, tale dato potrebbe essere oggetto di una ricerca ulteriore per indagarne le cause.

La quarta osservazione riguarda l'omogeneità delle risposte ottenute. Ad esclusione del caso relativo ai minori stranieri della domanda 4, si può affermare che le maggioranze che si sono formate nelle diverse domande sono nette e hanno fatto emergere orientamenti della giurisprudenza omogenei. Tale dato sembra dimostrare come la cultura giuridica minorile interna italiana sia omogenea.

Relativamente alle risposte ottenute si rileva che le variabili con cui si possono analizzare i dati non comportano differenze rilevanti. Precisando che con un campione così ridotto non è possibile fare delle inferenze sulla popolazione dei giudici minorili, si può concludere che, in riferimento al contenuto numero di risposte, la cultura giuridica minorile sembrerebbe omogenea e non suscettibile di variazioni in relazione alle zone italiane in cui si trovano i Tribunali, agli anni di esperienza del singolo giudice negli uffici minorili, all'età anagrafica e al ruolo del magistrato (togato o onorario). Si può, dunque, formulare una quinta osservazione partendo dai dati anagrafici, che, infatti, incrociati con le risposte, non rilevano differenze significative. L'età dei giudici non modifica le risposte date alle singole domande, così come non hanno incidenza gli anni di esperienza presso gli uffici minorili e la collocazione territoriale al Nord, al Centro o al Sud.

## Conclusioni

Studiare il principio dell'interesse del minore, e specialmente la sua applicazione giurisprudenziale, è ancora utile poiché esso si rivela un filtro di questioni di diversa natura quali, per esempio, la condizione giuridica del minore fra autonomia e tutela, la relazione di potere fra gli adulti e i minori, le funzioni del giudice minorile e il ruolo dei saperi altri (es. psicologico, pedagogico)<sup>609</sup>.

La clausola dell'interesse del minore, come si è cercato di comprendere in questa ricerca, porta con sé il rischio di trasformarsi in una scatola vuota che l'interprete può riempire con i valori, le ideologie o le scelte di politica del diritto più diverse. Inoltre, i contenuti con cui il giudice o il legislatore riempiono tale principio sono destinati a modificarsi nel tempo in quanto sono legati al mutamento del concetto di famiglia e di relazioni familiari. Potrebbe sembrare eccessivo sostenere che l'estrema indeterminatezza della sua definizione rischi di trasformare l'interesse del minore in uno strumento di "controllo sociale" attraverso cui selezionare determinati modelli genitoriali o educativi o privilegiare certi modelli familiari stigmatizzandone altri, tuttavia, il principio in esame può essere interpretato anche come "il momento fondamentale dell'esercizio del controllo sulle relazioni familiari in una dinamica oggi caratterizzata [...] da una crescente privatizzazione e degiuridicizzazione delle relazioni e dall'accettazione sostanziale di modelli di pluralismo normativo"<sup>610</sup>.

Il concetto di scatola vuota può essere richiamato anche in riferimento alla formulazione del principio da parte della legge: l'interesse del minore, infatti, potrebbe essere un "rifugio normativo"<sup>611</sup> che il legislatore utilizza per evitare di compiere scelte in riferimento a modelli familiari e genitoriali, delegando tali scelte al giudice e agli operatori dei servizi. Nonostante ciò, ritengo che l'indeterminatezza del principio dell'interesse del minore sia un problema ineliminabile in quanto, qualora tale clausola fosse sostituita da disposizioni rigide, non sarebbe più possibile adottare decisioni in considerazione delle peculiari situazioni dei minori e si rischierebbe di emettere provvedimenti conformi all'interesse generale della categoria dei minori che, nella situazione concreta, non garantiscono l'aderenza al benessere del singolo minore.

È proprio in questo senso che si inserisce questa ricerca il cui scopo si sostanzia nel comprendere se la clausola sia, nell'interpretazione della giurisprudenza, una clausola di stile oppure se sia messo da parte ogni modello astratto di interesse del minore per valutare il bene del singolo e non dell'intera categoria.

La valutazione del caso concreto è centrale nel lavoro del giudice minorile o del giudice civile che deve decidere una controversia che coinvolge un minore in quanto egli è chiamato non tanto a dirimere una controversia ma piuttosto a valutare i legami familiari o le situazioni relative ad un soggetto *in fieri* mediante la valutazione prognostica di cui

<sup>609</sup> Ronfani P., 1997. L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica? *Ibidem*, p. 56.

<sup>610</sup> Ronfani P., 1997. L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica? *Ibidem*, p. 53.

<sup>611</sup> Ronfani P., 1997. L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica? *Ibidem*, p. 54.

si è trattato nel primo capitolo. L'ampia discrezionalità nel derogare alle norme ordinarie è una peculiarità del diritto minorile giustificata dalla necessità di trovare la migliore soluzione al caso concreto, dunque "la *sensibilità verso la singola situazione* è l'abito mentale del giudice minorile"<sup>612</sup>. Le clausole generali, infatti, servono a rendere elastico l'intervento giudiziario. Allo stesso tempo, è importante che tale ampia discrezionalità sia contenuta in una cornice di criteri di bilanciamento comuni al fine di non compromettere la certezza del diritto.

In merito al dibattito, specialmente anglo-americano, sulle funzioni dei diritti del minore e dell'interesse del minore, si può osservare come la distinzione fra i primi ed il secondo non sia, almeno nella cultura giuridica italiana, così netta come appare dalle classiche teorie della *protection* e da quella liberazionista. Entrambe le costruzioni teoriche colgono aspetti rilevanti, i sostenitori della *protection* affermano a ragione che il minore, specialmente laddove non vi sia una diversificazione per fasce di età, non è totalmente autonomo e dunque attribuirgli tutti i diritti degli adulti potrebbe non renderlo libero ma solo più condizionato e influenzabile dagli adulti in relazione con lui. Dall'altro lato le teorie liberazionistiche individuano in modo lucido il rischio che attraverso il principio dell'interesse del minore siano giustificati atteggiamenti eccessivamente paternalistici.

Allontanandoci per un momento da queste distinzioni tradizionali, probabilmente i diritti del minore vanno considerati entro la classica definizione di diritto quale norma generale e astratta di cui tutti i minori sono titolari ma non devono essere contrapposti al principio dell'interesse del minore, che si pone quale criterio giudiziario idoneo a modulare meglio il diritto in base alle esigenze del caso concreto in virtù della specificità del soggetto di diritto coinvolto cioè il minorene.

Alla luce di quanto emerso da questa ricerca, si possono trarre alcune conclusioni. Innanzitutto, ho deciso di escludere i temi della separazione e divorzio, dell'adozione e della limitazione della responsabilità genitoriale perché ritengo che in questi ambiti il giudizio sull'interesse del minore, prima che in altri campi, sia diventato, anche per espressa indicazione del legislatore, un giudizio legato al caso concreto e, in particolare, un giudizio legato all'idoneità del genitore. Questo dato, come visto, è stato raggiunto grazie al susseguirsi delle riforme del diritto di famiglia e grazie ad un'evoluzione della giurisprudenza civile e minorile sempre più attenta alla persona specifica del minore e meno a modelli astratti di minore età. In riferimento a questi temi, sarebbe interessante studiare attraverso i provvedimenti giurisprudenziali quanto sia ampio il ruolo dei saperi altri rispetto al diritto nell'interpretazione dei giudici e quanto essi influiscano sulla formazione della cultura giuridica minorile.

Per quanto riguarda l'ambito delle *famiglie omogenitoriali* analizzato per primo e, in particolare, all'adozione del figlio del partner omosessuale, le due ipotesi poste dalla ricerca sono verificate: l'interpretazione dell'interesse del minore è strutturata da parte

---

<sup>612</sup> Miazzi L., 2010. *Ibidem*, p. 119.

della giurisprudenza come uno standard giudiziario del caso concreto, inoltre, lo strumento utilizzato è quello del bilanciamento.

Da quanto emerso dall'analisi delle sentenze, per l'orientamento maggioritario che ha abbracciato un indirizzo estensivo risulta prioritario tutelare l'interesse del minore del caso di specie che si realizza nella protezione del legame di fatto con gli adulti - di qualsiasi orientamento sessuale - che lo hanno cresciuto. Per l'orientamento minoritario restrittivo, d'altra parte è tuttavia importante tutelare l'interesse della categoria dei minori a che non siano eluse le norme sull'adozione poste a tutela dello stesso interesse del minore.

Rispetto alla prima ipotesi di ricerca che sosteneva che la giurisprudenza interpretasse i *best interests of the child* come interesse del minore concreto e non relativo all'intera categoria astratta di minore età, si può concludere che con il ricorso all'orientamento estensivo in tema di adozione in casi particolari ex art. 44 l. 184/1983, sembra prevalere un'attenzione al minore in quanto individuo concreto del caso di specie. L'orientamento di maggioranza, infatti, individua l'interesse preminente del minore nella protezione della sua identità personale e familiare e della stabilità dei legami di fatto per lui fondamentali, in modo particolare attraverso il riconoscimento del suo rapporto con il suo genitore sociale.

Nei casi presi in esame la giurisprudenza si sofferma ampiamente sulla valutazione del contesto familiare in cui è inserito il minore mentre l'orientamento sessuale della coppia genitoriale non è motivo di discriminazione nel giudizio del rapporto di ciascun adulto con il minore.

Rispetto alla seconda domanda di ricerca, alla luce dell'analisi effettuata - nello specifico si è posto un conflitto fra l'interesse del minore e il principio dell'ordine pubblico - è possibile affermare che lo strumento utilizzato dai giudici nella valutazione dell'interesse del minore è il giudizio di bilanciamento. Dunque, a fronte di una tendenza dei giudici, al pari del legislatore, ad usare aggettivi quali "superiore", "esclusivo", "preminente", in realtà l'interesse del minore non è considerato automaticamente prevalente. Con tali aggettivi si intende allora piuttosto il significato di interesse del minore di "ben compreso"<sup>613</sup> cioè valutato nello specifico rispetto a tutte le peculiarità del caso concreto. Esso non è interpretato quale diritto "tiranno": l'orientamento estensivo ritiene prevalente l'interesse del minore poiché gli interessi/diritti con cui esso si confronta - cioè le norme che non prevedono espressamente l'adozione del partner omosessuale - non sono valutati di rango costituzionale e dunque sono destinati a comprimersi in un bilanciamento di diritti.

Inoltre, nel paragrafo riguardante le famiglie omogenitoriali si sono visti principalmente due conflitti fra diritti/interessi: il primo coinvolge l'interesse del minore e il principio dell'ordine pubblico mentre il secondo riguarda l'interesse del minore e gli interessi degli adulti appartenenti alla sua famiglia. Per quanto riguarda il primo confronto

---

<sup>613</sup> Ronfani P., 1997. L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica? *Ibidem*, p. 78.

fra diritti in gioco, secondo l'orientamento restrittivo, i *best interests* del minore sarebbero confliggenti con l'ordine pubblico e per questo motivi dovrebbero essere compressi. In realtà, l'orientamento di maggioranza, emerso anche dall'indagine empirica del quarto capitolo e avallato anche dalla Suprema Corte di Cassazione, sostiene, nell'interesse del minore, la soluzione contraria. L'orientamento estensivo, infatti, risolve il conflitto accordando prevalenza all'interesse del minore sul principio dell'ordine pubblico ampliando quest'ultimo concetto, come visto, in ordine pubblico internazionale.

Il secondo conflitto rilevato dall'orientamento restrittivo riguarda l'interesse del minore e gli interessi degli adulti appartenenti alla sua famiglia nel ruolo di genitore biologico e genitore di fatto. Anche su questo aspetto i due indirizzi interpretativi si dividono: per l'orientamento restrittivo gli adulti non agirebbero nell'interesse del minore ma nel proprio - in una prospettiva "adultocentrica" - al fine di vivere una nuova forma di genitorialità non ancora riconosciuta dall'ordinamento. L'orientamento estensivo, invece, nega tale conflitto di interessi individuando l'interesse del minore nella salvaguardia della sua identità personale e familiare attraverso la tutela dei suoi legami di fatto.

In riferimento al secondo ambito analizzato relativo *all'accertamento dello status della filiazione e al cognome*, si sono individuate tre fattispecie: in primo luogo, l'accertamento della filiazione, in secondo luogo, il disconoscimento e l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità e, in terzo luogo, il cognome.

Per quanto riguarda il primo aspetto relativo all'accertamento della filiazione, emerge la prevalenza di un modello interpretativo di *best interests* fondato su un doppio bilanciamento. La prima ponderazione riguarda due diversi interessi del minore: da un lato il diritto all'identità e alla bigenitorialità, dall'altro, l'interesse ad evitare un pregiudizio al sereno sviluppo del minore che potrebbe essere causato dal riconoscimento stesso della filiazione. Il secondo bilanciamento coinvolge invece l'interesse del minore e il diritto soggettivo del genitore al riconoscimento del figlio.

I giudici sembrano compiere una valutazione concreta che non presume astrattamente il vantaggio del secondo riconoscimento. Nelle motivazioni delle decisioni si dà conto della situazione specifica del minore e si individua il suo interesse a partire dal caso concreto. Quando dall'indagine della situazione familiare non emergono gravi motivi di pregiudizio per l'interesse del bambino, i giudici fanno prevalere il diritto alla propria identità personale e alla bigenitorialità. Nel caso in cui siano rilevati motivi gravi da far presumere che il riconoscimento possa essere pregiudizievole per il minore, i giudici fanno prevalere l'interesse del minore a non subire un danno alla propria crescita. Nei provvedimenti analizzati, i motivi considerati dalla giurisprudenza ostativi al riconoscimento sono stati individuati in particolari circostanze quali la commissione di un reato grave, la valutazione gravemente negativa della personalità del genitore e l'opinione contraria del minore considerato capace di discernimento.

Al fine di autorizzare un riconoscimento del rapporto di filiazione o l'esercizio dell'azione giudiziale di paternità o maternità, alcune sentenze hanno affermato la

necessità della presenza di un interesse del minore. Tale orientamento è nato in contrapposizione ad un'antica affermazione della presunzione che riteneva sempre favorevole per il minore il secondo riconoscimento. In realtà, l'indirizzo di maggioranza non adotta la citata presunzione ma considera in ogni caso il riconoscimento strettamente legato al diritto del minore all'identità personale e alla bigenitorialità e costruisce la propria valutazione "in negativo". Di conseguenza, qualora non vi siano motivi gravi che possano pregiudicare l'interesse del minore, non devono essere limitati i suoi diritti a conoscere pienamente la propria identità personale e familiare e a conservare il rapporto con entrambi i genitori.

In questo primo ambito, dunque, le due ipotesi di ricerca sono verificate: l'interesse del minore è utilizzato dai giudici come uno standard giudiziario per l'analisi del caso concreto e, inoltre, i giudici operano un bilanciamento fra diritti/interessi.

Per quanto riguarda il disconoscimento di paternità e l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, l'analisi della giurisprudenza italiana non ha fatto emergere un consolidato indirizzo di maggioranza ma si sono potuti individuare due modelli interpretativi di *best interests of the child* che oscillano fra i due estremi del *favor veritatis* e del *favor legitimatis*. In questo ambito, in alcune situazioni è il legislatore stesso ad individuare quale sia l'interesse del minore: questo avviene nel caso della decadenza dalle azioni in esame, dove una volta trascorsi i termini prevarrà il *favor legitimatis*, fatto salvo l'imprescrittibile diritto del figlio di far valere l'azione, o avviene nel caso della selezione dei soggetti che possono esercitare le azioni.

Il primo modello interpretativo individuato sostiene la centralità di un *favor veritatis*. Il presunto genitore per cui non si sia ancora verificata la decadenza e che sia legittimato all'azione può chiedere il disconoscimento (per i figli nati nel matrimonio) o impugnare il riconoscimento (per i figli nati fuori dal matrimonio) senza che ad esso possa essere opposto alcun motivo riguardante i *best interests of the child*. Secondo questo modello l'interesse del minore non potrebbe mai porsi in conflitto con *favor veritatis* in quanto proprio l'interesse alla conoscenza della propria autentica identità è considerata dai giudici un aspetto preminente. Questa valutazione sembra appartenere ad un piano di valutazione astratto, valido in generale per la categoria della minore età ma probabilmente non per ogni minore.

Il secondo modello interpretativo emerso sostiene invece la necessità che il *favor veritatis* sia sempre ponderato con il *favor minoris*, di conseguenza, prima di autorizzare l'azione di disconoscimento o di impugnazione del riconoscimento, il giudice deve assicurarsi che l'azione esercitata dall'adulto sia rispondente all'interesse del minore. Questo secondo modello pare più adeguato al caso concreto ma, come visto, può sollevare qualche interrogativo sul piano della certezza del diritto.

Per quanto riguarda la natura assoluta o meno del principio dell'interesse del minore, nonostante la giurisprudenza si riferisca ad esso definendolo in certi casi come "esclusivo" (Cass. 6470/2001), il principio non è in realtà interpretato come un principio assoluto, ma è sottoposto al giudizio di bilanciamento con altri interessi o diritti come

espressamente affermato dalle tante sentenze esaminate (*ex multis* la stessa Cass. 6470/2001).

Il particolare caso dello scambio di embrioni esaminato dal Tribunale di Roma mette in evidenza le carenze dell'attuale legislazione in riferimento ai temi relativi alle nuove tecniche di procreazione assistita, in cui viene rovesciato il fondamento stesso della disciplina in materia di *status filiationis* che può individuarsi nell'accertamento della veridicità del legame in quanto la non coincidenza fra il genitore reale e il genitore biologico è il presupposto fondamentale. Le questioni sollevate dalle nuove tecnologie in campo di metodi alternativi alla procreazione naturale non sempre trovano una risposta nell'attuale quadro normativo fondato su presupposti diversi rispetto a quelli delle nuove tecniche di procreazione, primo fra tutti la circostanza che un figlio possa nascere solo in seguito ad un rapporto fisico fra un uomo e una donna. Altre questioni problematiche interessano i casi in cui le coppie si sottopongono all'estero a tecniche di fecondazione assistita non permesse in Italia o ricorrano alla gestazione per altri e successivamente chiedano la trascrizione dei certificati di nascita dei bambini nati all'estero. Queste tecniche accordano maggiore importanza al cosiddetto genitore sociale rispetto a quello biologico o genetico. Tali temi, che per ragioni storiche non potevano evidentemente essere considerati dal legislatore del '42, sembra siano stati in parte trascurati anche dal più recente intervento di riforma del 2012-2013.

Infine, per quanto riguarda la terza fattispecie, le questioni riguardanti il cognome del minore, i giudici sono orientati in modo consolidato verso una valutazione concreta dell'interesse del minore. Le decisioni di aggiungere, eliminare o sostituire un cognome si basano sul grado di identificazione che il minore ha raggiunto con il proprio cognome e sono adottate attraverso un bilanciamento di diritti.

Per quanto riguarda l'ambito dei *minori stranieri*, l'ipotesi riguardante lo strumento del bilanciamento è verificata in modo evidente in quanto, per espresso parere della giurisprudenza, l'interesse del minore non deve essere interpretato alla stregua di un diritto "tiranno" che prevale automaticamente sugli altri interessi o diritti ma è necessario che sia sottoposto ad un bilanciamento con gli altri interessi in gioco.

Per quanto riguarda l'ipotesi relativa all'interesse del minore quale standard giudiziario, questa è verificata per quanto riguarda l'orientamento estensivo, oggi avallato dalla Suprema Corte. L'analisi delle sentenze ha evidenziato tendenzialmente due tipi di bilanciamento. La ponderazione compiuta dall'orientamento che si è definito restrittivo vede prevalere l'interesse alla sicurezza dello Stato. In queste situazioni l'interesse del minore ha un ruolo residuale, non sembrano avere peso elementi emersi dai casi concreti quali il radicamento del minore nel territorio, la frequenza scolastica e il suo diritto alla bigenitorialità in caso di effettivo legame con il genitore. Dunque, solo una situazione eccezionale e temporanea potrebbe derogare, nell'interesse del minore, all'ordinaria disciplina in tema di ingresso o permanenza dei cittadini extracomunitari nel territorio della Repubblica. L'orientamento restrittivo ritiene che un'interpretazione troppo ampia dell'art. 31 del Testo Unico sull'immigrazione possa eludere la disciplina sugli ingressi

ivi prevista, attuando, più che l'interesse del minore, una strumentalizzazione dell'infanzia. Per parte della dottrina le preoccupazioni espresse dall'orientamento restrittivo sono eccessive in quanto l'autorizzazione in esame è uno strumento del tutto inidoneo ad alterare il sistema degli ingressi degli immigrati, ma è invece adatto a risolvere, decidendo i casi concreti, quelle situazioni in cui vi è il pregiudizio per l'interesse di un bambino<sup>614</sup>.

Un altro indirizzo considerato estensivo, invece, dimostra una maggiore considerazione della situazione peculiare del minore del caso concreto e amplia la nozione dei gravi motivi, come si è visto, ai casi di radicamento del minore nel territorio, ai casi di tenera età dei bambini e al loro diritto alla bigenitorialità. L'orientamento si afferma con la sentenza n. 22080 del 16.10.2009 della Cassazione e sostiene che l'art. 31 c. 3 del t.u. imm. non implichi la sussistenza di una situazione eccezionale o di emergenza, ma statuisca che debbano essere valutate le situazioni gravi potenzialmente dannose per il bambino del caso concreto al fine di tutelare l'interesse del minore e in particolare il suo diritto di mantenere rapporti continuativi con entrambi i genitori. Se così non fosse, il t.u. imm. si porrebbe in contrasto con la Convenzione internazionale del 1989 recepita dall'ordinamento.

La ponderazione tra il diritto del minore a non essere separato dai suoi genitori e la tutela dell'interesse pubblico al controllo del fenomeno dell'immigrazione potrà realizzarsi solo valutando la situazione concreta mentre è la stessa temporaneità dell'autorizzazione a tenere conto degli interessi dello Stato. Le Sezioni Unite del 2010 n. 21799 puntualizzano la necessità di evitare l'utilizzo di modelli astratti, in quanto le situazioni in esame non si prestano ad una catalogazione preventiva ma richiedono un'indagine individualizzata e svolta da un organo specializzato, il Tribunale per i minorenni, il quale dovrà considerare tutte le variabili del caso concreto come, per esempio, l'età, le condizioni di salute, la presenza o meno dell'altro genitore e qualsiasi altro fattore idoneo a consentire un corretto bilanciamento degli interessi richiesti in questo ambito. A parere dei giudici, il genitore che voglia ottenere l'autorizzazione ex art. 31 c. 3 dovrà essere valutato come una figura significativa per il minore, che eserciti il suo ruolo in modo adeguato e che rispetti le leggi dello Stato italiano. Di conseguenza un genitore volontariamente assente nella cura del bambino o che abbia commesso reati gravi, senza aver mostrato un ravvedimento, tendenzialmente non vedrà riconosciuta l'autorizzazione a fare ingresso o permanere in Italia a causa della propria inidoneità in quanto è lo stesso art. 31 a disporre che "l'autorizzazione è revocata quando vengono a cessare i gravi motivi che ne giustificano il rilascio o per attività del familiare incompatibili con le esigenze del minore o con la permanenza in Italia".

Gli interventi delle Sezioni Unite hanno cercato di comporre, senza tuttavia risolvere definitivamente, i contrasti fra i due orientamenti cercando di pervenire ad un equilibrio

---

<sup>614</sup> Miazzi L., 2010. *Ibidem*, p.113.



e sottolineando la necessità di una valutazione concreta della situazione attraverso lo strumento del bilanciamento degli interessi.

In riferimento agli ambiti di applicazione dell'interesse del minore negli *altri ambiti rilevanti* analizzati nel secondo capitolo, nonostante il minor numero di provvedimenti reperiti e dunque l'impossibilità di individuare consolidati indirizzi giurisprudenziali, le decisioni studiate sembrano confermare il quadro fin qui delineato, verificando le due ipotesi. La valutazione dell'interesse del minore fa riferimento al caso concreto e al bene del singolo minore di cui si tratta nel giudizio e non a quello astrattamente riferibile all'infanzia come categoria generica. L'interesse del minore, inoltre, sembra essere individuato attraverso un bilanciamento di diritti.

È così nei casi di *sottrazione internazionale* di minore, dove la considerazione concreta del caso è indicata dalle norme stesse della Convenzione dell'Aja del 1989 che all'art. 13 lett. b) afferma che l'Autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato in cui si trova il minore dopo la sottrazione non è tenuta ad ordinare il ritorno del minore nello Stato di residenza qualora si dimostri che vi è un fondato rischio per il minore di essere esposto a pericoli fisici o psichici o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile. Inoltre il ritorno può essere rifiutato anche qualora si accerti che il minore si oppone al ritorno, e che ha raggiunto un'età ed un grado di maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere. Quest'ultima disposizione in particolare mette in evidenza la necessità di una valutazione concreta che coinvolga in prima persona anche il minore considerato capace di discernere.

Anche per quanto riguarda i provvedimenti riguardanti i figli in materia di rapporti con gli *ascendenti* (art. 337 bis c.c.) i diritti degli ascendenti di mantenere un rapporto con i nipoti devono essere bilanciati con l'interesse concreto dei minori a non subire pregiudizi da questo legame familiare.

Nel caso di provvedimenti in materia di *istruzione ed educazione religiosa* laddove i genitori non si trovino un accordo, le decisioni di maggiore interesse possono essere prese dall'autorità giudiziaria, la quale, nei casi analizzati, ha messo in evidenza e valutato le singole situazioni dei minori. In riferimento al fattore religioso per esempio, i giudici hanno affermato che l'educazione religiosa può essere impedita solo nel caso in cui si riveli pregiudizievole per il bambino come per esempio nel caso verificatosi in cui un genitore tendeva ad isolare il figlio dal proprio contesto scolastico ed amicale, impedendogli di creare qualsiasi rapporto con persone che non appartenessero alla stessa fede.

Il tema dei provvedimenti giudiziari nell'*ambito sanitario* è uno dei più delicati emersi dalla ricerca ed in cui è difficile ad oggi trarre conclusioni. Il metodo di decisione dei casi sembra quello del bilanciamento di diritti che, in alcune situazioni, coinvolge i diritti dei genitori dei minori, titolari della responsabilità genitoriale, di prendere decisioni che si scontrano con il diverso parere dei medici e in altri casi coinvolge direttamente il minore capace di discernimento.

Per quanto riguarda la valutazione dell'interesse concreto, in tema di bambini malati terminali è ancora difficile affermare che il minore sia pienamente coinvolto nelle decisioni anche se negli ultimi decenni sono stati fatti passi avanti in tema di autodeterminazione anche dei soggetti minorenni e in tema di consenso informato a partire dalla Convenzione di Oviedo.

Il punto più critico riguarda l'esigenza di una valutazione concreta dell'interesse del minore nato da *gestazione per altri* effettuata all'estero la quale si scontra con il dato di fatto che tale pratica sia tuttora vietata in Italia. I casi pervenuti all'attenzione dei giudici italiani riguardano gli effetti giuridici di gestazioni per altri compiute all'estero e la loro presunta contrarietà all'ordine pubblico e gli effetti che riguardano la normativa in materia di *status filiationis*.

Una prospettiva diversa sembra invece emergere dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, dove i commentatori osservano che, in generale, nell'esame dei casi riguardanti minori posti alla sua attenzione, la Corte Edu tende ad analizzare le questioni ponendosi dal punto di vista dei diritti dell'adulto<sup>615</sup>. Le ragioni di questa diversità di prospettiva si potrebbero ricondurre all'oggetto delle questioni trattate che, normalmente, verte su un diritto di tipo relazionale cioè il legame fra il genitore e il figlio in cui non è semplice distinguere in modo netto i confini del diritto del primo rispetto al diritto del secondo. Si ha l'impressione che nell'interpretazione della Corte Edu l'interesse del minore sia individuato quasi esclusivamente in uno dei suoi significati che si sono visti in questa ricerca, il diritto di intrattenere con i suoi genitori una relazione affettiva reciproca. Le ragioni di tale prospettiva, inoltre, potrebbero derivare anche dal meccanismo di funzionamento stesso della Cedu che vede nel ruolo di ricorrenti i genitori dei bambini e non i minori in prima persona, di conseguenza la Corte è portata ad affrontare la tutela dei diritti dei minori nel quadro dell'interpretazione offerta dai genitori. La doppia funzione della locuzione di interesse del minore, intesa da un lato come concetto generale che guida il legislatore nell'individuazione degli interessi della categoria dei minorenni e dall'altro lato come standard giudiziario flessibile per la decisione del caso concreto che si riscontra nella cultura giuridica italiana non sembra trovare un netto riscontro nelle decisioni della Corte Edu. La portata dei *best interests of the child* sembra, invece, ambivalente: in alcuni casi l'interesse del minore funge da limite al diritto alla vita familiare degli adulti (art. 8 par. 2 Cedu), mentre in altre situazioni è utilizzato come un rinforzo dei diversi diritti convenzionali del minore, capace di spostare l'esito del bilanciamento fra i diritti in favore del minore.

Alla luce del quadro descritto, alcuni commentatori critici rispetto a tale ambivalenza sostengono che tale "formula magica" permetta alla Corte di pervenire ad ogni decisione del caso concreto senza giustificare in modo approfondito i motivi delle proprie scelte invocando in modo generico un presunto interesse del minore<sup>616</sup>. In questo modo

---

<sup>615</sup> Long J., 2016. Il diritto italiano della famiglia e minorile alla prova della convenzione europea dei diritti dell'uomo. *Europa e Diritto Privato*, 4: 1088.

<sup>616</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p.100.

l'utilizzo del principio sembra diventare retorico e adatto a rendere maggiormente persuasiva una decisione a cui la Corte sarebbe arrivata ugualmente ma sulla base di diverse motivazioni, mentre solo in alcune sentenze l'interesse del minore sembra ricoprire un ruolo autonomo.

Per quanto riguarda lo strumento del bilanciamento, entra in gioco il concetto di *paramountcy* di cui si è trattato nel capitolo relativo alla Corte Edu e cioè della preminenza dell'interesse del minore sugli diritti/interessi con cui si trova, nei casi specifici, in relazione e con cui può trovarsi a confliggere. Si è visto come per alcuni autori è proprio attraverso il concetto di *paramountcy* che fa ingresso nel discorso giuridico la retorica del superiore interesse del minore<sup>617</sup>.

Le formule utilizzate dai giudici di Strasburgo in riferimento al rapporto fra l'interesse del minore e gli altri diritti/interessi sono le più diverse, da quelle che affermano la prevalenza assoluta dell'interesse del minore ad altre per cui i *best interests* sono espressamente oggetto di un bilanciamento, non potendo essere oggetto di esclusiva valutazione e non potendo da soli essere decisivi. Tale eterogeneità rende difficile individuare il rapporto fra l'interesse del minore e gli altri interessi con cui esso deve confrontarsi, ma, per i commentatori, più probabilmente l'operazione effettuata dalla Corte è un comune bilanciamento di differenti interessi<sup>618</sup>.

Va ribadito in ogni caso che la posizione propria della Corte, così lontana rispetto al caso concreto, soprattutto da un punto di vista temporale, è molto diversa da quella del giudice nazionale del merito in quanto spesso interviene in situazioni ormai non più *in fieri* ma consolidate da tempo e, dunque, con una prospettiva differente da quella del giudice nazionale.

La ricerca è completata dall'*indagine empirica* sulla cultura giuridica minorile illustrata nell'ultimo capitolo. La percentuale di risposte non permette di fare delle inferenze sulla popolazione dei giudici minorili, tuttavia, relativamente alle risposte ottenute si rileva che le variabili con cui si sono analizzati i dati non comportano differenze rilevanti. Rispetto al campione esaminato, in conclusione, la cultura giuridica minorile appare omogenea non variando in relazione alle zone italiane in cui si trovano i Tribunali, agli anni di esperienza del singolo giudice negli uffici minorili, all'età anagrafica e al ruolo del magistrato (togato o onorario).

L'analisi svolta nel presente lavoro ha messo in luce alcune questioni aperte che sarebbe interessante approfondire con ulteriori e specifiche ricerche. Una *prima* questione aperta riguarda la categoria stessa di minore età la quale contiene all'interno soggetti molto eterogenei. Probabilmente sarebbe utile ripensare tale categoria suddividendola in alcune fasce di età che rispecchino la diversa capacità di discernimento propria rispettivamente dell'infanzia, della preadolescenza e dell'adolescenza. Senza un'ulteriore suddivisione rimane difficile attuare una sempre maggior partecipazione del minore alle decisioni che lo riguardano.

---

<sup>617</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 101.

<sup>618</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 104.

Una *seconda* questione aperta si riferisce al tema della valutazione prognostica. Non è ancora chiaro se il giudice, nel trattare i casi posti alla sua attenzione, debba compiere una valutazione basata sul breve o sul lungo periodo. Tale problematica emerge spesso nel caso di provvedimenti che incidano sulla frequentazione da parte del minore di un genitore oppure nel caso di provvedimenti di limitazione della responsabilità genitoriale nei confronti di minori che sono evidentemente vittima di incuria ma per cui i genitori rappresentano l'unico punto di riferimento. La questione non è irrilevante perché quanto può giudicarsi meglio per un minore nell'immediato può non coincidere con ciò che potrebbe essere il meglio per lui nel futuro, in vista della sua crescita<sup>619</sup>. In particolare, una difficoltà che si riscontra è quella di fare previsioni inevitabilmente incerte e molto opinabili che possono cadere facilmente in una eccessiva discrezionalità. Sarebbe interessante approfondire con la ricerca giurisprudenziale o con l'analisi, ove possibile, di fascicoli processuali come siano bilanciate fra loro le due prospettive di breve o lungo periodo.

In conclusione, possono individuarsi due significati del principio dell'interesse del minore. Il primo si riferisce all'ambito di intervento del legislatore che, attraverso norme generali e astratte, dovrà formulare i diritti che assicurino ad ogni individuo che si trovi nell'età dell'infanzia lo sviluppo della propria personalità. Il secondo significato, oggetto di questa ricerca, si riferisce all'ambito di intervento del giudice, il quale potrà utilizzare la clausola dei *best interests* quale standard giudiziario del caso concreto, attraverso un bilanciamento di diritti/interessi, al fine di scegliere la soluzione migliore per lo specifico minore di cui si appresta a decidere il caso.

Arrivati al termine di questa ricerca, nonostante non vi sia probabilmente un rimedio all'indeterminatezza che caratterizza i *best interests of the child*, si può concordare con Lamarque che “qualunque cosa sia l'interesse del minore, qualunque sia la sua funzione, esso non è tutto fumo, ma è anche sostanza. Se un imbroglio e una finzione ci sono, risiedono soltanto nella sua affermata assoluta prevalenza, o *paramountcy*, rispetto a qualsiasi altro bene della società o a qualsiasi altro diritto o interesse di altre persone”<sup>620</sup>.

---

<sup>619</sup> Lenti L., 2016. Note critiche *ibidem*, p.111.

<sup>620</sup> Lamarque E., 2016. *Ibidem*, p. 85.

### **Ringraziamenti**

Desidero ringraziare la prof.ssa Roberta Dameno, tutor del dottorato, che ha reso possibile la realizzazione di questa ricerca e tutta la cattedra di Sociologia del diritto dell'Università degli studi di Milano-Bicocca, Barbara Carsana, Guglielmo Giumelli e Massimiliano Verga.

Devo inoltre ringraziare Luca, i miei genitori e la mia collega Cristina per il sostegno e l'affetto che non sono mai venuti a mancare in questi tre anni.

## Bibliografia

- Acierno M., 2017. Le nuove genitorialità. Fonti e orientamenti giurisprudenziale. *Giudicedonna.it*, 1
- Adams P., Berg L., Berger N., Duane M., Neil A. S., Ollendorff R., 1971. *Children's Rights. Toward the Liberation of the Child*. New York: Praeger Publisher.
- Alanen L., 2005, *Women's Studies/Childhood studies, Parallels, Links and Perspectives* in Mason J., Fattore T. (eds.), *Children Taken Seriously. In Theory, Policy and Practice*. London: Jessica Kingsley Publisher.
- Alder J., 2006. The sublime and the beautiful: incommensurability and human rights. *Public Law*, 4: 697-721.
- Alpa G., 1993. *I principi generali del diritto nel settore familiare*, in Mazza Galanti F. (a cura di), *Tutela della famiglia o famiglia sotto tutela?* Milano: Unicopli.
- Alston P., 1994. *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*. Oxford: Clarendon Press.
- Alston P., Parker S., Seymour J., 1992. *Children, Rights and the Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Aragno A., 2017. L'utilizzo dell'art. 44 lett. d nei casi di omogenitorialità: le ragioni del no. *Minorigiustizia*, 1: 146-152.
- Assante G., Giannino P., Mazziotti F., 2000. *Manuale di diritto minorile*, Roma-Bari: Laterza.
- Astone F., 2015. Sul 'diritto' di mantenere rapporti significativi con i nipoti, tra *best interest* del minore e nuove aspettative degli ascendenti. *Giurisprudenza Costituzionale*, 5: 1610-1618.
- Baiocco R., Busacca A., De Filippis B., 2018. *Unioni civili e genitorialità: le nuove frontiere della giurisprudenza*. Milano: Wolter Kluwer Cedam.
- Baldessarro G., 20.03.2015. "Via la patria potestà ai boss mafiosi", il Pd lo propone per legge, *Repubblica.it*.
- Baratta A., 1999. Infanzia e democrazia. Per una interpretazione dinamica della Convenzione internazionale sui diritti del bambino. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2: 495-525.
- Barberis M., 2008. *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*. Torino: Giappichelli.
- Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V., 2012. *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam.
- Bastianoni P., Baiamonte C. 2015. Crescere in famiglie omogenitoriali. *Minorigiustizia*, 2: 119-128.
- Berman S., 1997. *Children's Social Consciousness and the Development of Social Responsibility*. New York: State University of New York Press.
- Bertea S., 2001. La concezione della certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1: 131-164

Bessone M., 1976. *art 30-31*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*. Bologna-Roma: Zanichelli.

Bianca M., 2006. Il diritto del minore all'“amore” dei nonni. *Rivista di diritto civile*, 2:155-177.

Bianca M., 2015. Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni. *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1: 186-203.

Bobbio N., 1989. Diritti dell'uomo e società. *Sociologia del diritto*, 1: 15-27.

Bosisio R., 2006. *Il percorso dell'infanzia nel mondo dei diritti*, in Mazzucchelli F. (a cura di), *Viaggio attraverso i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*. Milano: Franco Angeli, pp. 25-48.

Bosisio R., Ronfani P., 2015. *Le famiglie omogenitoriali. Responsabilità, regole e diritti*. Roma: Carocci.

Bracken L., 2016. Strasbourg's Response to gay and lesbian parenting: progress, then plateau? *International Journal of children's rights*, 1: 358-377.

Breen C., 2002. *The standard of the best interests of the child. A Western tradition in International and comparative law*. The Hague-London-New York: Martinus Nijhoff Publisher.

Bussani M., Cendon P., Ghedini L., Venchiarutti A., 1991. *I diritti della personalità*, in Paolo Cendon (a cura di), *I bambini e i loro diritti*. Bologna: Il Mulino.

Caggiano I. A., 2017. Lo scambio di embrioni e le modalità di formazione dello *status* di figlio: il caso emblematico dell'ospedale Pertini, *Europa e diritto privato*, 1: 299-328.

Cagnazzo A., 2017. *La filiazione. Nuovi orientamenti giurisprudenziali e dottrinali*. Milano: Giuffrè editore.

Caliandro A., 2014. *Ethnography in Digital Spaces: Ethnography of Virtual Words, Netnography and Digital Ethnography* in Sunderland P., Denny R. (eds.), *Handbook of Business Anthropology*. Walnut Creek: Left Coast Press, pp. 738-761.

Carbonnier J., 1969. *Droit civil I.2, La famille, les incapacités*. Paris: P.U.F.

Caringella F., Buffoni L., 2016. *Manuale di diritto civile*. Roma: Dike Giuridica Editrice.

Cascone C., 2018. Brevi riflessioni in merito alla legge N. 47/17 (disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati): luci e ombre. *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2: 1-34.

Ceccarelli E., 2017. Le nuove famiglie nella più recente giurisprudenza. *Minorigiustizia*, 1: 184-188.

Cendon P., 1991. *I bambini e i loro diritti*. Bologna: Il Mulino.

Chiassoni P., 2007. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino.

Cicero C., Rinaldo M., 2013. Principio di bigenitorialità, conflitto di coppia e “sindrome da alienazione parentale”. *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 3: 871-886.

Cipriani N., 2.02.2016. Appunti in tema di adozioni nelle famiglie omogenitoriali in Italia (in attesa del legislatore). *Giustiziacivile.com*.

Comanducci P., 2004. Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali, in Comanducci P., Guastini R. (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza Analitica*. Torino: Giappichelli, pp. 317-329.

Corbetta P., 1999. *Metodologia e tecniche della ricerca sociale*. Bologna: Il Mulino.

Corsaro W. A., 1997. *The Sociology of Childhood*. Thousand Oaks: Pine Forge Press.

Corti I., 2000. *La maternità per sostituzione*. Milano: Giuffrè editore.

Cottatellucci C., 2016. *Diritto di famiglia e minorile: istituti e questioni aperte*. Torino: Giappichelli.

Curcio G., Trovato L., 2017. L'utilizzo dell'art. 44, comma 1, lett. d della legge n. 184/1983 nei casi di omogenitorialità: le ragioni del sì. *Minorigiustizia*, 1: 153-159.

Dameno R., 2016. Il diritto penale e il corpo delle donne, *Studi sulla questione criminale*, 2: 9-41.

Dameno R., Verga M., 2008. *Garantire i diritti*. Milano: Guerini e associati.

Danovi F., 2014. Il d.lgs. n. 154/2013 e l'attuazione della delega sul versante processuale: l'ascolto del minore e il diritto dei nonni alla relazione affettiva. *Famiglia e diritto*, 5: 535-548.

De Tommasi M. C., 2010. Riconoscibilità dei c.d. "Parental order" relativi ad un contratto di maternità surrogata concluso all'estero prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004, *Famiglia e diritto*, 3: 257-279.

Di Francia A., Dallagiacomma F., 2008. *I diritti dei minorenni nella giurisprudenza*, Milano: Giuffrè editore.

Di Masi M., 2015. La Cassazione apre alla *kafalah* negoziale per garantire in concreto il *best interests of the child*. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 7-8:707-724.

Di Pirro M., 2017. *Manuale di istituzioni di diritto privato*. Napoli: Edizioni Simone.

Distefano M., 2012. *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori*. Padova: Cedam.

Dosi G., 2001. *Dall'interesse ai diritti del minore*, in Ambrosini M. T., Corrado I., Lojacono V., Ziino D., *Scritti sul minore in memoria di Francesca Laura Morvillo*. Milano: Giuffrè, p.149 ss.

Dosi G., 2005. *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penale*. Torino: Giappichelli.

Edel F., 2015. *Case law of the European Court of human rights relating to discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*. Paris: Council of Europe.

Faigman D., 1994. Madisonian balancing: a theory of constitutional doctrine. *Northwestern University Law Review*, 2: 641-694.

Fanlo Cortès I., 2008. *Bambini e diritti. Una relazione problematica*. Torino: Giappichelli.

Farolfi F., 2014. Responsabilità per il fatto della procreazione tra verità e interesse del minore. *Famiglia e diritto*, 10: 921-929.



- Fasano A., Matone S., 2013. *I conflitti della responsabilità genitoriale*, in Cendon P. (a cura di), *Il diritto privato oggi*. Milano: Giuffrè.
- Favretto A. R., Fucci S. e Zaltron F., 2017. *Con gli occhi dei bambini. Come l'infanzia affronta la malattia*. Bologna: Il Mulino.
- Faye Jacobsen A., 2016. Children's rights in the European Court of Human Rights – an emerging power structure, *International Journal of children's rights*, 1: 548-574.
- Ferrando G., 2009. Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. *Famiglia e diritto*, 11:1049-1058.
- Ferrando G., 2013. La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali. *Corriere giuridico*, 4: 525-535.
- Ferrari F., 2014. Omogenitorialità, eterosessismo e ricerca scientifica. *Genius*, 2: 109-119.
- Ferri L., 1988. *Della potestà dei genitori. Art. 315-342*. Bologna: Zanichelli.
- Figone A., 2014. *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*. Giappichelli: Torino.
- Finch J., Mason J., 1993. *Negotiating Family Responsibility*. Abingdon: Routledge.
- Foster H., Freed D. J., 1972. A Bill of Rights for Children, *Family Law Quarterly*, 4: 343-375.
- Franklin B., 1986. *The Rights of Children*. Oxford: Basil Blackwell.
- Freeman M., 1992, *The limits of children's rights*, in Freeman M., Vermann P. (eds.), *The Ideology of Children's rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 29-46.
- Freeman M., 1997. *The Moral status of Children. Essay on the Rights of the Child*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers.
- Fricker R. D., Schonlau M., 2002. Advantages and disadvantages of Internet research surveys: evidence from the literature, *Field Methods*, 4: 347-367.
- Friedman L., 1978. *Il sistema giuridico nelle scienze sociali*. Bologna: Il Mulino.
- Galli L., 25.11.2015. Il diritto del minore a conservare il rapporto con gli ascendenti dopo la separazione dei genitori. *ilFamiliarista.it*.
- Giacomelli L., 2014. *(Re)interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?*, in Giuffrè F., Nicotra I. (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*. Napoli: Editoriale Scientifica, pp. 467-483.
- Grgić A., 2016. *Jurisprudence of the European Court of human rights on the best interests of the child in family affairs*, in Council of Europe (a cura di), *The best interests of the child – a dialogue between theory and practise*. Strasbourg: Council of Europe, pp. 105-116.
- Guastini R., 2006. Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali. *Ragion pratica*, 26: 151-159.
- Habermas J., 1996. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*. Milano: Guerini.
- Hafen B. C., 1976. Children's Liberation and the New Egaitarism: Some Reservation About Abandoning Youth to their Rights, in *BYU Law Review*, 3: 605-658.

Hart H. L. A., 1953. *Definition and Theory in Jurisprudence*, ora in Hart H. L. A., 1983. *Essay in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press.

Hart H. L. A., 1973. *Legal rights* ora in Hart H. L. A., 1982. *Essay on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon Press.

Henkin L., 1978. Infallibility under law: constitutional balancing, *Columbia Law Review*, 5: 1022-1049.

Hierro L., 1991. Tiene los niños derechos? Comentario a la Convencion sobre los Derechos del Niño. *Revista de Educación*, 294: 221-233.

Hierro L., 1999. Il bambino e i diritti dell'uomo. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1: 189-205.

Holt J., 1975. *Escape From Childhood. The Needs and Rights of Children*. London: Penguin.

Honorati C., 2015. La prassi italiana sul ritorno del minore sottratto ai sensi dell'art. 11 par. 8 del regolamento Bruxelles II-bis. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2: 275-314.

Honorati C., Limante A., 2017. *Jurisdiction in Child Abduction Proceeding (articles 10,11)* in Honorati C. (edited by) *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility and International Abduction*. Torino: Giappichelli editore e Frankfurt am Main: Peter Lang.

Ianniello R., Mari L., 2007. *Minori, Famiglie, Tribunale*. Milano: Giuffrè.

Ilieva J., Baron S., Healey N. M., 2002. Online surveys in marketing research: pros and cons. *International Journal of Market Research*, 3: 361-376.

James A., Prout A. (a cura di), 1990. *Costructing and Reconstructing Childhood: Contemporary Issues in the Sociological Study of Childhood*. London: The Falmer Press.

Kilkelly U., 2011. Protecting children's rights under the ECHR: the role of positive obligations, *Northern Irland Legal Quarterly*, 3 (61): 245-261.

King M., 1993. I diritti del bambino, ovvero la magia del diritto, *Sociologia del diritto*, 3: 25-43.

King M., 1997. *A Better World for Children? Explorations in Morality and Authority*. Londra: Routledge.

King M., 1997. *I diritti dei bambini tra morale e diritto*, in Guido Maggioni, Claudio Baraldi (a cura di), *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell'infanzia*. Urbino: Quattroventi, pp. 229-251.

King M., 2004. *I diritti dei bambini in un mondo incerto*. Roma: Donzelli.

Lagoutte S., 2016. The right to the respect for family life of children of imprisoned parents. *International Journal of children's rights*, 1: 204-230.

Lamarque E., 2007. *I diritti dei figli* in Marta Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*. Bologna: Il Mulino.

Lamarque E., 2016. *Prima i bambini*. Milano: Franco Angeli.

Lecis Cocco Ortu A. M., 2014. L'omogenitorialità davanti alla Corte di Strasburgo: il lento ma progressivo riconoscimento delle famiglie con due padri o due madri. *Genius*, 2: 96-108.

Lenti L., 1991. *Il nuovo diritto minorile*, in Paolo Cendon (a cura di), *I bambini e i loro diritti*. Bologna: Il Mulino, pp. 67-101.

Lenti L., 2010. «Best interests of the child» o «best interests of children»? *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3: 157-165.

Lenti L., 2016. *Diritto di famiglia e servizi sociali*. Torino: Giappichelli.

Lenti L., 2016. L'interesse del minore nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo. *Nuova Giurisprudenza Civile commentata*, 1:148-158.

Lenti L., 2016. Note critiche in tema di interesse del minore. *Rivista di diritto civile*, 1: 86-111.

Locke J., *Secondo trattato sul governo*, trad. it., in Luigi Pareyson (a cura di), 1982. *Due trattati sul governo e altri scritti*. Torino: Utet.

Lombi L., 2015. *Le web survey*. Milano: Franco Angeli.

Long J., 2009. Ancora sul ricongiungimento familiare del minore affidato con *kafalah*. *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2:112-118.

Long J., 2010. *Kafalah*: la Cassazione fa il passo del gambero. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 7-8: 835-839.

Long J., 2015. Nota di commento a Trib. min. Roma, 30.7.2014, L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2: 109-123.

Long J., 2016. Il diritto italiano della famiglia e minorile alla prova della convenzione europea dei diritti dell'uomo. *Europa e Diritto Privato*, 4: 1059-1100.

MacCormick N., 1976. Children Rights: a test-case for theories of rights, in *Archiv für Rechts and Sozialphilosophie*, 3: 305-317.

Macrillò A. (a cura di), 2015. *I diritti del minore e la tutela giurisdizionale*, Santarcangelo di Romagna: Maggioli.

Maggioni G., Baraldi C. (a cura di), 1997. *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell'infanzia*. Urbino: Quattro Venti.

Magno G., 2011. Il minore è portatore di un semplice interesse, oppure è titolare di diritti? *Minorigiustizia*, 3: 28-38.

Makrinioti D., 1994. *Conceptualization of Childhood in a Welfare State: a Critical Reappraisal*, in Qvortrup J., Bardy M., Sgritta G., Wintersberger H. (a cura di), *Childhood Matters, Social Theory, Practice and Politics*, 1994, Aldershot, Avebury, pp. 267-284

Manera G., 1983. Il minore come soggetto di diritti, ossia rilevanza della sua volontà nell'affidamento ad uno dei genitori. *Giurisprudenza di merito*, 15: 360-365.

Marino G., 19.01.2018. Vaccini: obbligo o raccomandazione è il legislatore che decide. *Dirittoegiustizia.it*.

Marra G., 30.01.2018. Divieto di maternità surrogata e interesse del minore: un nodo da sciogliere caso per caso. *Ifamiliarista.it*.

Marshall T. H., 1977. *Cittadinanza e classe sociale*. Torino: Utet.

Martinelli P., Moyersoen J., 2011. L'interesse del minore: proviamo a ripensarlo davvero. *Minorigiustizia*, 3: 7-14.

Mc Fadden P., 1988. The balancing test. *Boston College Law Review*, 3: 585-656.

Mc Goldrick D., 2003. *The united nations convention on the rights of the child*, in Freeman M. (a cura di), *Children's Rights vol II*. Farnham: Ashgate.

Mendola A., 2015. Favor minoris e presidio del dato biologico. *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2: 551-568.

Miazzi L., 2004. Superiore interesse del minore straniero e autorizzazione alla permanenza del familiare. *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 4: 52-66.

Miazzi L., 2010. Interesse del minore straniero e controllo delle frontiere: la visione politica dell'autorizzazione ex art. 31 co. 3 TU n. 286/1998 da parte della Cassazione. *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2:110-120.

Mill J. S., 1981 (ed. originale 1859). *Saggio sulla libertà*, trad. it., Milano: Il Saggiatore.

Minow M. M., 1990. *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion, and American Law*, Ithaca, New York: Cornell University Press.

Montecchiari T., 2006. *La potestà dei genitori*. Milano: Giuffrè.

Moro A. C., 2000. *Diritti del minore e nozione di interesse* in Ambrosini M. T., Corrado I., Lojacono V., Ziino D., *Scritti sul minore in memoria di Francesca Laura Morvillo*. Milano: Giuffrè, pp. 295-314.

Moro A. C., 2002. *Manuale di diritto minorile*, Bologna: Zanichelli.

Moro A. C., Fadiga L., 2008. *Manuale di diritto minorile*. Bologna: Zanichelli.

Morozzo della Rocca P., 2011. Rassegna critica della giurisprudenza in materia di coesione familiare con il minore affidato mediante *kafalah*. *Gli stranieri*, 1:15-32.

Morozzo della Rocca P., 2012. La *Kafalah* non è né adozione né affidamento preadottivo. Fuori luogo il richiamo all'art. 41, comma 2o, L. n. 218/1995, *Corriere giuridico*, 2:199-206.

Morozzo della Rocca P., 2013. Uscio aperto, con porte socchiuse, per l'affidamento del minore mediante *kafalah* al cittadino italiano o europeo. *Corriere giuridico*, 12: 1497-1503.

Morozzo della Rocca P., 2016. *La condizione giuridica dei minori stranieri*, in Claudio Cottatellucci (a cura di), *Diritto di famiglia e minorile: istituti e questioni aperte*. Torino: Giappichelli, pp. 309-381.

Murgo C., 10.06.2015. Il diritto degli e avi e l'interesse dei minori: due corti a confronto. *Giustiziacivile.com*.

Nasso I., 2014. *La maternità surrogata: una chiave di lettura costituzionalmente orientata*, in Giuffrè F., Nicotra I. (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*. Napoli: Editoriale Scientifica, pp. 301-319.

- Nimmer M., 1968. The right to speak from times to time, *California Law Review*, 4: 935-967.
- Nisticò M., 2014. *Brevi osservazioni intorno alla rilevanza della kafala nell'ordinamento italiano*, in Giuffrè F., Nicotra I. (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli: Editoriale Scientifica, pp. 419-436.
- O'Neill O., 1988. Children's Rights and Children's Lives. *Ethics*, 3: 445-463.
- Pandolfini V., 2010. L'uso di internet nella ricerca sociale: vantaggi e svantaggi di una *web survey*, *Studi di sociologia*, 1: 83-100.
- Paradiso M., 2008. Potestà dei genitori, abuso e «interesse morale e materiale della prole». *Rivista di diritto civile*, 2: 207-220.
- Parker S., 1991. *The best interests of the child. Principles and problems*, in Alston P. (a cura di), *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*, Oxford: Clarendon Press, pp. 26-41.
- Parsons T., Bales R. F., 1955. *Family, Socialization and Interaction Process*. Glencoe (Ill.): Free Press.
- Piaget J., 1967. *Lo sviluppo mentale del bambino e altri studi di psicologia* (ed. originale 1964. *Six études de Psychologie*). Torino: Einaudi.
- Piaget J., 1973, *La costruzione del reale nel bambino*. (ed. originale 1937. *La construction du réel chez l'enfant*). Firenze: La Nuova Italia.
- Piaget J., 1973, *La nascita dell'intelligenza del bambino* (ed. originale 1936. *La naissance de l'intelligence chez l'enfant*). Firenze: La Nuova Italia.
- Piaget J., 1993, Il giudizio morale nel fanciullo, (ed. originale, 1932. *Le jugement moral chez l'enfant*). Firenze: Giunti e Barbera.
- Pianigiani G., 10.02.2017. Breaking Up the Family as a Way to Break Up the Mob. *New York Times*.
- Pietrasanta L. M., 24.11.2017. Necessario il bilanciamento tra verità biologica e interesse del minore alla stabilità dei rapporti familiari. *Ifamiliarista.it*.
- Pino G., 2010. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*. Bologna: Il Mulino.
- Pocar V., 2001. *Diritti umani e diritti dei viventi. Una riflessione sociologica* in Dameno R., Verga M. (a cura di), *Finzioni e utopie. Diritto e diritti nella società contemporanea*. Milano: Guerini e associati, pp. 121-145.
- Pocar V., 2003. *Gli animali non umani. Per una sociologia dei diritti*. Roma-Bari: Laterza
- Pocar V., Ronfani P., 2004. *Il giudice e i diritti dei minori*. Roma-Bari: Laterza.
- Pocar V., Ronfani P., 2008. *La famiglia e il diritto*. Roma-Bari: Laterza.
- Porcelli M., 2016. *Accertamento della filiazione e interesse del minore*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane.
- Preite F., 2014. *Rapporti con gli ascendenti*, in AA.VV. (a cura di), *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali in materia di filiazione*, Napoli: Edizioni scientifiche italiane, p. 119 ss.

Qvortrup J., 1990. *A voice for Children in Statistical and Social Accounting: A Plea for constructing Childhood. Contemporary Issues in the Sociological Study of Childhood*. London: The Falmer Press.

Qvortrup J., 1996. *Monitoring Childhood: Its Social, Economic and Political Features* in Verhellen E. (a cura di), *Monitoring Children's Rights*, The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 33-48.

Racheli L., 2008. La *kafalah* di diritto islamico è un presupposto per il ricongiungimento familiare, *Famiglia, persone e successioni*, 11: 893-896.

Racheli L., 2014. Le sezioni unite dettano le condizioni affinché la *kafalah* di diritto islamico sia presupposto per il ricongiungimento familiare. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3: 264-278.

Ragni C., 2015. Il riconoscimento in Italia dell'adozione del figlio della partner del medesimo sesso alla luce della recente prassi delle corti italiane, *Genius*, 2: 226-239.

Rawls J., trad. it. di Santini U., Maffettone S. (a cura di) 1991. *Una teoria della giustizia* (ed. originale 1971. *A theory of justice*). Milano: Feltrinelli.

Raz J., 1988, *The morality of freedom*, Oxford: Clarendon Press.

Recinto G., 2016. *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane.

Rivello R., 2011. L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità, *Minorigiustizia*, 3: 15-27.

Rodham H., 2004. *Children Under the Law*, in Freeman M. (a cura di), *Children's Rights. vol. I*, Farnham: Ashgate.

Rodotà S., 1995. *Tecnologie e diritti*. Bologna: Il Mulino.

Rogers R., 2013. *Digital methods*. Cambridge: The MIT Press.

Romboli R., 1992. *Il significato essenziale della motivazione per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti di libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti* in Angiolini V. (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*. Torino: Giappicchelli, pp. 207-221.

Romboli S., 2014. *La natura "relativa" ed il significato di "clausola generale" del principio dell'interesse superiore del minore* in Giuffrè F., Nicotra I. (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*. Napoli: Editoriale Scientifica, pp. 505-515.

Ronfani P., 1995. *I diritti del minore. Cultura giuridica e rappresentazioni sociali*, Milano: Guerini.

Ronfani P., 1997. *L'interesse del minore nella cultura giuridica e nella pratica*, in Guido Maggioni, Claudio Baraldi (a cura di), *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell'infanzia*. Urbino: Quattroventi, pp. 253-276.

Ronfani P., 1997. L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?, *Sociologia del diritto*, 1: 47-93.

Ronfani P., 2001. Dal bambino protetto al bambino partecipante, *Sociologia del diritto*, 1: 67-90.

Ronfani P., 2001. *Diritti dei minori e transnazionalizzazione del diritto di famiglia*, in Ferrari V., Ronfani P., Stabile S. (a cura di), *Diritti e conflitti nella società transazionale*. Milano: Franco Angeli, pp. 345-365.

Ronfani P., 2004. I diritti relazionali. Una nuova categoria di diritti? *Sociologia del diritto*, 2: 107-116.

Rubellin-Devichi J., 1994. Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises, *Revue française des Affaires sociales*, 4: 157-193.

Rubinfeld J., 2000. The First Amendment's Purpose, *Stanford Law Review*, 53: 767-832.

Ruo M. G., 2011. The best interests of the child nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. *Minorigiustizia*, 3: 39-54.

Ruo M. G., 2011. Tutela dei figli e procedimenti relativi alla crisi della coppia genitoriale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2:1004-1052.

Ruo M. G., 2015. A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore. *Famiglia e diritto*, 6: 580-592.

Ruscello F., 2007. *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in Ferrando G. (a cura di) *Il nuovo diritto di famiglia. III*. Bologna: Zanichelli, pp. 75-199.

Ruscello F., 2015. Autonomia dei genitori, responsabilità genitoriale e intervento "pubblico", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 12: 717-727.

Ruscello F., 2016. *Intervento pubblico e decadenza dalla responsabilità genitoriale*, Roma: Aracne.

Sandulli A. M., 1982. *Aspetti giuspubblicistici della posizione dei minori*, Relazione tenuta al V° incontro di studio italo-polacco presso l'Accademia Naz. Dei Lincei, Roma 22-23 novembre 1979, ora in *Diritto di Famiglia. Raccolta di scritti di colleghi della facoltà giuridica di Roma e di allievi in onore di Rosario Nicolò*. Milano: Giuffrè, pp. 265.

Saraceno C., 2014. Dalla coppia alla genitorialità delle persone dello stesso sesso. *Genius*, 2:120-125.

Savi G., 2015. L'esercizio dell'azione degli ascendenti nel nuovo art. 317-bis c.c., *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2: 547-565.

Scaccia G., 1998. Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale. *Giurisprudenza costituzionale*, 6: 3953-4000.

Scardaccione G., 2006. La capacità di discernimento del minore. *Diritto di famiglia e delle persone*, 2:1319-1333.

Schabas W. A., 2015. *The European Convention of human rights. A commentary*. Oxford: Oxford University Press.

Schonlau M., Fricker R. D., Elliott M. N., 2002. *Conducting research surveys via e-mail and the web*, Santa Monica: RAND.

Senigaglia R., 2014. Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa «tradizione». I casi della poligamia e della kafala di diritto islamico, *Europa e diritto privato*, 2:533-575.

Sergio G., 2002. *La giustizia minorile. Funzione, competenze, struttura, prospettive di riforma*, in Lenti L. (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*. Milano: Giuffrè editore.

Sesta M., 2013. L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari. *Famiglia e diritto*, 3: 231-241.

Sesta M., 2015. Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma, *Famiglia e diritto*, 11: 1009-1019.

Sesta M., 2016. *Manuale di diritto di famiglia*. Milano: Cedam.

Sgritta G. B., 1988. *La condizione dell'infanzia. Teorie, politiche, rappresentazioni sociali*, Milano: Franco Angeli.

Sicchiero G., 2015. La nozione di interesse del minore, *Famiglia e diritto*, 1: 72-80.

Smart C., Neale B., 1999. *Family Fragments*, Cambridge: Polity Press.

Spoletini M., 2014. Possibilità di ricongiungimento familiare anche per gli affidatari in *kafalah*. *Giurisprudenza italiana*, 2: 541-545.

Stanzione P., 2007. I rapporti tra genitori e figli nell'interpretazione della Corte Costituzionale, *Sociologia del diritto*, 1: 13-25.

Stanzione P., Troisi B., 2011. *Principi generali del diritto civile*, Torino: Giappichelli.

Théry I., 1991, *La Convenzione ONU sui diritti del bambino: nascita di una nuova ideologia*, in Ministero dell'Interno. Direzione generale dei servizi civili (a cura di), *Politiche sociali per l'infanzia e l'adolescenza*. Milano: Unicopli, pp. 87-105.

Théry I., 1992. "Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique?", *Esprit*, marzo, aprile: 5-30.

Tomeo T., *La Kafala*, [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it)

Tommaseo F., 2015. La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali, *Famiglia e diritto*, 2: 157-163.

Tourangeau R., Couper M., Conrad F.G., 2013. *The Science of Web Surveys*. Oxford: Oxford University Press.

Turković K., Grgić A., 2015. *Best interests of the child in the context of the article 8 of the ECHR*, in *Mélanges en l'honneur de/ Essay in honour of Dean Spielmann, Liber amicorum Dean Spielmann*. Oisterwijk: WLP (Wolf Legal Publisher), pp. 629-641.

Turri G. C., 2000. Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni, *Questione Giustizia*, 6:1098-1117.

Valerio F., 23.12.2016. L'interesse del minore prevale sull'esigenza di affermare la verità biologica. *Dirittoegiustizia.it*.

Vannoni G., 2017. L'interesse del minore ad un'educazione conforme ai valori fondativi della Costituzione, *Consulta online*, 2: 298-309.

Varano C., 2017. La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali, *Famiglia e diritto*, 8-9: 825-836.



Venchiarutti A., 2010. No al ricongiungimento familiare del minore affidato con *kafalah*: i richiedenti sono cittadini italiani. *Diritto di famiglia. e delle persone*, 4: 1629-1639.

Vercellone P., 2007. *Bambini, ragazzi e giudici. Scritti scelti*, Milano: Franco Angeli.

Verhellen E., 1998. *The Convention of the Rights of the Child*, in Saporiti A. (a cura di), *Exploring Children's Rights. Third European Intensive Erasmus Course on Children's Rights*. Milano: FrancoAngeli, pp. 21-39.

Vignali C., 2005. La tutela della salute del minore, *Diritto di famiglia e delle persone*, 4: 1421-1445.

Vitrano F., 2017. Coppie omosessuali e genitorialità: quali gli interessi preminenti delle persone di minore età? *Minorigiustizia*, 1: 130-139.

Viviano F., 12.02.2017. 'Ndrangheta, i boss scrivono al giudice: "Toglici i nostri figli, forse saranno salvi", *La Repubblica.*, 12 febbraio 2017.

Wilson A., Laskey N., 2003. Internet-based marketing research: a serious alternative to traditional research methods? *Marketing Intelligence & Planning*, 2: 79-84.

Zafran R., 2010. Children's Rights as Relational Rights: The Case of Relocation. *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 2:163-217.

Zagrebelsky G., 1992. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi.

Zatti P., 1980. *Rapporto educativo e intervento del giudice*. Milano: Giuffrè.

## Indice dei provvedimenti

### *Famiglie omogenitoriali*

#### Corte Costituzionale:

n. 272/2017  
 n. 225/2016  
 n. 76/2016  
 n. 63/2016  
 n. 10/2015  
 n. 162/2014  
 n. 85/2013  
 n. 31/2012  
 n. 138/2010  
 n. 317/2009  
 n. 349/2007  
 n. 348/2007  
 n. 383/1999  
 n. 347/1998  
 n. 198/1986  
 n. 145/1969

#### Corte di Cassazione:

31.05.2018, n. 14007  
 22.02.2018, n. 4382  
 05.07.2017, n. 16601  
 16.06.2017, n. 14987  
 15.06.2017, n. 14878  
 30.09.2016, n. 19599  
 22.06.2016 n. 12962  
 11.11.2014 n. 24001  
 22.08.2013, n. 19405  
 26.04.2013 n. 10070  
 18.04.2013, n. 9483  
 11.01.2013 n. 601  
 09.01.2013, n. 302  
 15.03.2012, n. 4184  
 19.07.2007, n.16017  
 28.12.2006, n. 27592  
 23.02.2006, n.4040  
 26.11.2004, n.22332  
 06.12.2002, n.17349

#### Corti di merito:

App. Perugia, 22.08.2018  
 Trib. Bologna, 6.07.2018  
 Trib. Pistoia, 5.07.2018  
 App. Napoli, 04.07.2018  
 App. Venezia, 28.06.2018  
 Trib. Torino, 11.06.2018  
 Trib. Torino, 21.05.2018  
 Trib. Roma, 11.05.2018  
 Trib. Pisa, 15.03.2018  
 Trib. min. Napoli, 08.03.2018, n. 46/18  
 Trib. Perugia, 09.02.2018  
 Trib. Livorno, 12.12.2017  
 App. Genova, 1.09.2017  
 Trib. min. Bologna, 31.08.2017  
 Trib. min. Palermo, 30.07.2017  
 Trib. min. Bologna, 06.07.2017, n.116  
 Trib. min. Venezia, 15.06.2017  
 Trib. min Firenze, 07.03.2017  
 Trib. min Firenze, 07.03.2017 (2)  
 App. Trento, 23.02.2017  
 App. Milano, 09.02.2017  
 App. Napoli, 06.12.2016  
 Trib. Napoli, 06.12.2016  
 App. Milano, 28.10.2016  
 Trib. min. Milano, 17.10.2016, n. 261  
 App. Milano, 05.10.2016  
 App. Torino, 27.05.2016  
 App. Napoli, 30.03.2016  
 Trib. min. Milano, 268/2016  
 Trib. min. Roma, 30.12.2015  
 App. Roma, 23.12.2015  
 Trib. min. Roma, 23.12.2015  
 Trib. min. Roma, 29.10.2015  
 App. Venezia, 19.10.2015  
 App. Milano, 16.10.2015  
 App. Palermo, 31.08.2015  
 Trib. Venezia, 06.07.2015  
 App. Campobasso, 30.04.2015  
 Trib. Palermo, 6-15.04.2015

Trib. min. Roma, 291/2015	27.06.2013, n. 16271
Trib. Bologna, 10.11.2014	05.06.2013, n. 14232
App. Torino, 29.10.2014	30.05.2013, n. 13638
Trib. Roma, 30.07.2014	27.12.2012, n. 23913
Trib. min. Roma, 30.07.2014	11.09.2012, n. 15158
Trib. min. Roma, 299/2014	12.06.2012, n. 9538
Trib. min. Emilia Romagna, 31.10.2013	10.04.2012, n. 5653
Trib. min. Bologna, 21.03/17.04.2013	03.02.2011, n. 2645
App. Firenze, 1274/2012	03.02.2011, n. 2644
Trib. min. Bari, 07.05.2008	03.02.2011, n. 2545
Trib. min. Milano, 626/2007	19.04.2010, n. 9300
	06.11.2009, n. 23635
	05.06.2009, n. 12984
	05.06.2009, n. 12983
<i>Status filiationis</i>	29.05.2009, n. 12670
	23.10.2008, n. 25623
Corte Costituzionale:	06.06.2008, n. 15087
n. 272/2017	27.05.2008, n. 13830
n. 286/2016	05.02.2008, n. 2751
n. 278/2013	03.01.2008, n. 4
n. 322/2011	10.10.2008, n. 24931
n. 301/2011	01.08.2007, n. 16989
n. 83/2011	17.07.2007, n. 15953
n. 120/2001	27.03.2007, n. 7543
n. 216/1997	16.03.2007, n. 6302
n. 112/1997	28.12.2006, n. 27592
n. 297/1996	07.12.2006, n. 26200
n. 13/1994	19.09.2006, n. 20254
n. 429/1991	17.06.2006, n. 12641
n. 341/1991	16.11.2005, n. 23074
n. 158/1991	16.09.2005, n. 18338
	16.07.2005, n. 1510
Corte di Cassazione:	25.02.2005, n. 4090
11.07.2017, n. 17139	11.02.2005, n. 2878
03.04.2017, n. 8617	15.01.2005, n. 728
27.03.2017, n. 7762	03.11.2004, n. 21088
06.03.2017, n. 5580	09.07.2004, n. 12675
15.02.2017, n. 4020	09.07.2004, n. 12669
22.12.2016, n. 26767	05.06.2004, n. 10742
18.06.2015, n. 12640	29.04.2004, n. 8209
09.06.2015, n. 11887	24.02.2004, n. 3617
09.06.2015, n. 11875	14.02.2004, n. 2892
10.12.2014, n. 26062	10.02.2004, n. 2475
21.11.2014, n. 24863	21.11.2003, n. 17692
30.07.2014, n. 17277	08.08.2003, n. 11949

- 03.04.2003, n. 5115  
 11.03.2003, n. 3548  
 22.10.2002, n. 14894  
 26.07.2002, n. 11041  
 09.04.2002, n. 5053  
 14.11.2001, n. 14163  
 10.05.2001, n. 6470  
 27.04.2001, n. 6098  
 30.01.2001, n. 1264  
 22.02.2000, n. 1990  
 10.11.1999, n. 12456  
 27.10.1999, n. 12077  
 29.04.1999, n. 4325  
 16.03.1999, n. 2338  
 16.03.1999, n. 2315  
 26.11.1998, n. 12018  
 17.08.1998, n. 8087  
 11.03.1998, n. 2669  
 08.11.1997, n. 11032  
 22.10.1997, n. 10384  
 19.02.1997, n. 1549  
 24.09.1996, n. 8413  
 06.04.1995, n. 4035  
 07.03.1995, n. 2654  
 29.12.1994, n. 11263  
 05.03.1994, n. 2182  
 25.05.1993, n. 5865  
 24.05.1991, n. 5886  
 16.06.1990, n. 6093
- Corti di merito:  
 Trib. Prato, 27.07.2017, n. 652  
 Trib. Modena, 22.05.2017  
 Trib. Trento, 28.03.2017  
 Trib. Modena, 30.01.2017  
 Trib. Potenza, 16.11.2016  
 Trib. Bari, 19.07.2016  
 Trib. Caltanissetta, 22.03.2016  
 Trib. Mantova, 21.03.2016  
 Trib. Modena, 10.03.2016  
 Trib. Treviso, 26.01.2016  
 Trib. Bologna, 17.12.2015  
 App. Bologna, 15.12.2015  
 Trib. Messina, 27.10.2015  
 Trib. Bologna, 10.08.2015  
 Trib. Messina, 28.07.2015  
 Trib. Roma, 22.04.2015  
 Trib. Rimini, 28.02.2015  
 Trib. Roma, 13.01.2015  
 Trib. Roma, 20.08.2014  
 Trib. Roma, 08.08.2014  
 Trib. Roma, 28.07.2014  
 Trib. Taranto, 03.06.2014  
 Trib. Roma, 19.05.2014  
 Trib. Taranto, 07.05.2014  
 Trib. Roma, 15.04.2014  
 App. Roma, 11.12.2013  
 Trib. Modena, 08.11.2013  
 Trib. Roma, 14.05.2013  
 Trib. Genova, 16.04.2013  
 App. Napoli, 29.01.2013  
 Trib. Roma, 17.10.2012  
 App. Roma, 27.07.2012  
 Trib. min. Reggio Calabria, 14.05.2012  
 Trib. Genova, 26.04.2012  
 Trib. min. Reggio Calabria, 17.04.2012  
 Trib. min. Palermo, 13.03.2012  
 App. Bologna, 24.02.2012  
 Trib. min. Palermo, 28.10.2011  
 Trib. min. Palermo, 12.10.2011  
 Trib. Milano, 10.01.2011  
 Trib. Vicenza, 01.10.2010  
 Trib. Palermo, 03.07.2009  
 App. Roma, 27.05.2009  
 Trib. Palermo, 26.01.2009  
 Trib. min. Palermo, 26.01.2009  
 App. Potenza, 30.10.2008  
 App. Napoli, 22.01.2008  
 App. Bologna, 29.10.2007  
 App. Napoli, 16.07.2007  
 App. Roma, 14.03.2007  
 Trib. Monza, 25.09.2006  
 Trib. Bologna, 27.07.2006  
 Trib. Monza, 13.07.2006  
 Trib. min. Bologna, 04.07.2006  
 Trib. min. Bologna, 14.04.2005  
 App. Milano, 20.02.2001  
 App. Milano, 30.06.2000

*Minori stranieri*

## Corte Costituzionale:

n. 232/2001

n. 376/2000

n. 203/1997

n. 28/1995

## Corte di Cassazione:

05.03.2018, n. 5084

30.08.2017, n. 19433

19.01.2017, n. 1403

28.12.2016, n. 27272

08.06.2016, n. 11788

07.03.2016, n. 4400

29.01.2016, n. 1824

17.12.2015, n. 25419

02.12.2015, n. 24476

07.09.2015, n. 17739

20.07.2015, n. 15191

26.03.2015, n. 6134

02.02.2015, n. 1843

02.12.2014, n. 25508

15.01.2014, n. 742

30.10.2013, n. 24541

21.06.2013, n. 15676

25.02.2013, n. 4721

07.09.2012, n. 15025

07.10.2011, n. 20722

06.05.2011, n. 10000

04.04.2011, n. 7610

31.03.2011, n. 7516

03.02.2011, n. 2647

17.12.2010, n. 25661

25.10.2010, n. 21803

25.10.2010, n. 21799

14.10.2010, n. 21199

14.04.2010, n. 8882

10.03.2010, n. 5856

01.03.2010, n. 4868

28.01.2010, n. 1908

19.01.2010, n. 823

16.10.2009, n. 22080

02.10.2008, n. 24471

02.07.2008, n. 18174

10.06.2008, n. 19734

20.03.2008, n. 7472

02.05.2007, n. 10135

15.01.2007, n. 747

06.12.2006, n. 26175

16.10.2006, n. 22216

11.01.2006, n. 396

04.02.2005, n. 2358

03.04.2004, n. 4301

14.12.2003 n. 17194

21.06.2002, n. 9088

14.06.2002, n. 8511

14.06.2002, n. 8510

19.03.2002, n. 3991

17.09.2001, n. 11624

14.07.2000, n. 9327

## Corti di merito:

App. Bologna, 11.04.2016

Trib. min. Sassari, 05.01.2016

App. Bologna, 20.07.2015

App. Milano, 11.02.2015

App. Brescia, 09.01.2015

App. Catania, 24.10.2014

Trib. Bari, 14.10.2014 n. 27 bis

App. Firenze, 06.03.2014

Trib. min. Piemonte e della Valle  
d'Aosta, 17.01.2014

App. Torino, 09.04.2013

App. Firenze, 20.03.2013

App. Milano, 21.02.2013

App. Venezia, 27.01.2013

Trib. min. Venezia, 13.11.2012

App. Napoli, 03.04.2012

Trib. min. Roma, 26.03.2012

App. Brescia, 07.10.2011

Trib. min. Trieste, 13.04.2011

Trib. min. Bari, 16.02.2011

App. Venezia, 27.01.2011

Trib. min. Bologna, 18.11.2010

App. Potenza, 44/2010

App. Torino, 18.03.2009

Trib. min. Firenze, 13.02.2009

App. Bologna, 17.10.2008

Trib. min. Bologna, 04.02.2008	14.07.2010, n. 16549
Trib. Reggio Emilia, 09.02.2005	19.05.2010, n. 12293
Trib. min. Bologna, 24/27.09.2001	16.10.2009, n. 22081
	07.07.2008, n. 18614
<i>Altri ambiti rilevanti</i>	18.06.2008, n. 16597
	18.06.2008, n. 16593
Corte Costituzionale:	15.02.2008, n. 3798
n. 272/2017	27.07.2007, n. 16753
n. 162/2014	02.07.2007, n. 14960
n. 132/1992	04.04.2007, n. 8481
	07.03.2007, n. 5236
Corte di Cassazione:	28.12.2006, n. 27593
15.11.2017, n. 11328	14.07.2006, n. 16092
30.09.2016, n. 19599	05.05.2006, n. 10374
22.09.2016, n. 18559	18.03.2006, n. 6081
19.07.2016, n. 14728	11.01.2006, n. 397
22.06.2016, n. 12962	18.03.2005, n. 6014
14.04.2016, n. 7391	02.02.2005, n. 2093
08.02.2016, n. 2417	16.07.2004, n. 13167
01.12.2015, n. 24445	27.04.2004, n. 8000
20.10.2015, n. 21282	18.03.2004, n. 5465
12.05.2015, n. 9638	10.02.2004, n. 2474
12.05.2015, n. 9632	19.12.2003, n. 19546
26.03.2015, n. 6137	19.12.2003, n. 19544
20.01.2015, n. 881	04.07.2003, n. 10577
19.01.2015, n. 752	19.03.2002, n. 3988
18.09.2014, n. 19695	25.02.2002, n. 2748
12.09.2014, n. 19320	29.11.2001, n. 15192
26.06.2014, n. 14561	08.11.2001, n. 13823
26.05.2014, n. 11758	25.09.2001, n. 11999
31.03.2014, n. 7479	13.02.2001, n. 2010
05.03.2014, n. 5237	29.11.2000, n. 15295
14.02.2014, n. 3540	07.12.1999, n. 13657
23.01.2013, n. 1527	23.09.1998, n. 9501
11.01.2013, n. 601	20.03.1998, n. 2954
04.07.2012, n. 11156	15.10.1997, n. 10090
20.06.2012, n. 10174	04.03.1996, n. 1653
29.03.2012, n. 5108	17.01.1996, n. 364
27.01.2012, n. 1250	15.07.1995, n. 7744
25.10.2011, n. 28902	08.02.1994, n. 1265
05.10.2011, n. 20365	13.05.1983, n. 3298
11.08.2011, n. 17201	24.02.1981, n. 1115
16.06.2011, n. 13241	
07.01.2011, n. 277	
07.12.2010, n. 24841	
	Corti di merito:

- Trib. Milano, 09.01.2018  
 App. Napoli, 30.08.2017  
 App. Milano, 28.12.2016  
 App. Bologna, 21.12.2016  
 Trib. min. Bologna, 31.10.2016  
 Trib. min. Bologna, 07.09.2016  
 App. Milano, 25.07.2016  
 Trib. Monza, 05.07.2016  
 App. Torino, 27.05.2016  
 Trib. Caltanissetta, 30.12.2015  
 Trib. min. Roma, 23.12.2015  
 App. Bologna, 22.12.2015  
 Trib. Milano, 04.02.2015  
 Trib. Milano, 29.07.2014  
 Trib. min. Firenze, 15.05.2014  
 Trib. Torre Annunziata, 13.01.2014  
 App. Roma, 09.07-10.09.2013  
 Trib. min. Sassari, 05.08.2013  
 App. Venezia, 13.11.2012  
 Trib. min. Roma, 25.09-04.10.2012  
 App. Catania, 21.07.2011  
 Trib. min. Bari, 29.06.2011  
 Trib. min. dell'Abruzzo, 07.06.2011  
 App. Napoli, 13.04.2011  
 Trib. min. Salerno, 30.02.2011  
 App. Milano, 21.02.2011  
 Trib. min. Milano, 10.12.2010  
 Trib. min. Venezia, decr. 10.07.2009  
 Trib. min. Reggio Emilia, 07.05.2009  
 App. Roma, 21.04.2009  
 App. Bari, 25.02.2009  
 Trib. Prato, 11.02.2009  
 Trib. min. Roma, 21.04.2008  
 App. Venezia, 07.07.2003  
 App. Ancona, 09.08.2002  
 App. Bari, 06.02.2002  
 Trib. min. Messina, 19.03.2001  
 App. Milano, 18.12.2000  
 Trib. min. Bari, 25.10.2000  
 Trib. min. Brescia, 25.10.2000  
 Trib. min. Ancona, 09.06.2000  
 Trib. Roma, 17.02.2000  
 App. Brescia, 24.11.1999  
 Trib. min. Brescia, 25.05.1999  
 Trib. Taranto, 19.04.1999  
 App. Ancona, 28.03.1999  
 App. Brescia, 13.02.1999  
 Trib. min. Roma, 16.01.1999  
 Trib. min. Brescia, 28.12.1998  
 Trib. min. Venezia, 07.10.1998  
 Trib. min. L'Aquila, 13.02.1998  
 App. Ancona, 27.01.1998  
 App. Torino, 03.10.1992  
 Trib. min. Bari, 10.01.1991  
 Trib. Monza, 27.10.1989  
 Trib. Roma, 07.02.1987  
 Pretore Arezzo, 24.04.1963
- Commissione europea diritti  
 dell'uomo, 1982, Hendriks c. Olanda,  
 ric. 8427/78
- Corte europea dei diritti dell'uomo:*
- 23.06.2016, Strumia c. Italia  
 28.04.2016, Cincimino c. Italia  
 23.02.2016, P c. Croazia  
 16.02.2016, Soares de Melo c.  
 Portogallo  
 14.01.2016, Mandet c. Francia  
 17.11.2015, Bondavalli c. Italia  
 13.10.2015, S.H. c. Italia  
 06.10.2015, N.P. c. Moldavia  
 21.07.2015, Oliari c. Italia  
 16.07.2015, Akinnibosun c. Italia  
 10.02.2015, Penchevi c. Bulgaria  
 27.01.2015, Paradiso e Campanelli c.  
 Italia  
 15.01.2015, M.A. c. Austria  
 03.10.2014, Jeunesse c. Olanda  
 26.06.2014, Labassee c. Francia  
 26.06.2014, Mennesson c. Francia  
 21.01.2014, Zhou c. Italia  
 07.01.2014, Cusan e Fazzo c. Italia  
 14.11.2013, Blokhin c. Russia  
 07.11.2013, Vallianatos e altri c.  
 Grecia  
 30.07.2013, Berisha c. Svizzera  
 30.05.2013, Martin c. Estonia  
 19.02.2013, X e altri c. Austria

- 29.01.2013, Lombardo c. Italia  
 10.07.2012, B. c. Belgio  
 15.03.2012, Gas e Dubois c. Francia  
 21.02.2012, Karrer c. Romania  
 13.12.2011, X c. Latvia  
 11.10.2011, Genovese c. Malta  
 27.09.2011, M. e C. c. Romania  
 12.07.2011, Šneersone e Kampanella c. Italia  
 03.02.2011, Sporer c. Austria  
 30.11.2010, P.V. c. Spagna  
 02.11.2010, Piazzi c. Italia  
 02.11.2010, Van Den Berg e Sarri c. Olanda  
 26.10.2010, Raban c. Romania  
 06.07.2010, Neulinger e Shuruck c. Svizzera  
 24.06.2010, S e K c. Austria  
 24.06.2010, Schalk e Kopf c. Austria  
 28.04.2010, Moretti e Benedetti c. Italia  
 22.04.2010, Macready c. Repubblica Ceca  
 02.03.2010, Adamkiewicz c. Polonia  
 23.02.2010, M.A.K e R.K. c. Regno Unito  
 24.11.2009, Omujudi c. Regno Unito  
 07.04.2009, Cherif c. Italia  
 24.02.2009, Errico c. Italia  
 17.02.2009, Onur c. Regno Unito  
 13.01.2009, Todorova c. Italia  
 11.12.2008, Panovits c. Cipro  
 06.11.2008, Carlson c. Svizzera  
 21.10.2008, Clemeno e altri c. Italia  
 17.07.2008, Leschiutta e Fraccaro c. Belgio  
 22.01.2008, E. B. c. Francia  
 10.01.2008, Kears c. Francia  
 13.12.2007, Emonet e altri c. Svizzera  
 06.12.2007, Maumousseau e Washington c. Francia  
 28.06.2007, Wagner c. Lussemburgo  
 22.03.2007, Maslov c. Austria  
 21.11.2006, Roda e Bonfatti c. Italia  
 18.10.2006, Üner c. Paesi Bassi  
 22.06.2006, Bianci c. Svizzera  
 04.04.2006, Marsalek c. Repubblica Ceca  
 31.01.2006, Sezen c. Paesi Bassi  
 27.10.2005, Keles c. Germania  
 30.06.2005, Bove c. Italia  
 05.04.2005, Monory c. Romania e Ungheria  
 13.03.2005, Y.C. c. Regno Unito  
 01.07.2004, Couillard Maugery c. Francia  
 15.06.2004, S.C. c. Regno Unito  
 09.06.2004, Glass c. Regno Unito  
 26.02.2004, Gorgulu c. Germania  
 24.07.2003, Karner c. Austria  
 08.07.2003, Sahin c. Germania  
 26.06.2003, Maire c. Portogallo  
 09.05.2003, Covezzi e Morselli c. Italia  
 23.04.2003, Sylvester c. Austria  
 17.04.2003, Yilmaz c. Germania  
 29.03.2003, Iglesias Gil e A.U.I c. Spagna  
 05.11.2002, Yousef c. Olanda  
 11.07.2002, Amrollahi c. Danimarca  
 02.08.2001, Boultif c. Svizzera  
 12.07.2001, K.T. c. Finlandia  
 19.09.2000, Gnahoré c. Francia  
 13.07.2000, Elsholz c. Germania  
 13.07.2000, Scozzari e Giunta c. Italia  
 25.01.2000, Ignaccolo-Zenide c. Romania  
 16.12.1999, T c. Regno Unito  
 16.12.1999, V c. Regno Unito  
 30.11.1999, Baghli c. Francia  
 16.11.1999, E. P. c. Italia  
 19.02.1998, Dalia c. Francia  
 21.10.1997, Boujlifa c. Francia  
 22.04.1997, X.Y. e Z. c. Regno Unito  
 07.08.1996, Johansen c. Norvegia  
 13.07.1995, Narsri c. Francia  
 23.09.1994, Hokkanen c. Finlandia  
 26.05.1994, Keegan c. Irlanda



23.06.1993, Hoffmann c. Austria  
 27.11.1992, Olsson (II) c. Svezia  
 26.03.1992, Beldjoudi c. Francia  
 19.02.1991, Santilli c. Italia  
 13.06.1979, Marckx c. Belgio

*Corte di Giustizia dell'Unione  
 Europea*

09.01.2015, C-498/14 PPU,  
 Bradbrooke e Aleksanrowicz  
 12.11.2014, C-656/13, L.M.  
 09.10.2014, C-376/14 PPU, C. e M.  
 Grande Sezione, 18.03.2014, C-  
 363/12, Z  
 Grande Sezione, 18.03.2014, C-  
 167/12, C.D.  
 06.06.2013, C-648/11, MA e altri  
 06.12.2012, C-356/11 e C-357/11 O.  
 e S.  
 04.10.2012, C-249/11  
 26.04.2012, C-92/12 PPU, Health  
 Service Executive  
 21.12.2011, C-507/10, X  
 Grande Sezione, 08.03.2011, C-  
 34/09, Ruiz Zambrano  
 22.12.2010, C-491/10 PPU, Aguirre  
 Zarraga  
 09.10.2010, C-296/10, Purrucker  
 05.10.2010, C-400/10PPU, J McB  
 01.07.2010, C-211/10 PPU, Povse  
 04.03.2010, C-578/2008  
 23.12.2009, C-403/09 PPU, Deticěv  
 14.02.2008, C.244/06, Dynamic  
 Medien  
 27.06.2006, C-540/03, Parlamento e  
 Consiglio  
 16.06.2005, C-105/03, Pupino  
 02.10.2003, C-148/02, Garcia Avello