



Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa"

"La famiglia davanti ai suoi giudici" Catania, 7 8 giugno 2013

## RELAZIONE DI SINTESI DEL GRUPPO DI LAVORO

### II. FAMIGLIA E FILIAZIONE

**ELISABETTA LAMARQUE, UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO-BICOCCA**

1. Desidero innanzitutto ringraziare Ida Nicotra e gli altri colleghi catanesi per la generosa ospitalità, il direttivo della nostra associazione per la dedizione con cui ha seguito la preparazione di questo convegno, i relatori e tutti coloro che sono intervenuti nel corso della sessione di ieri pomeriggio arricchendo la riflessione comune, e la mia personale, sul tema della filiazione.

Di fronte a una simile ricchezza di argomenti, il compito del relatore di sintesi del gruppo di lavoro è piuttosto impegnativo, e mi perdonerete se io vorrò svolgerlo mettendovi in primo luogo a parte dell'impressione generale che ho ricavato dalla lettura delle relazioni e degli interventi e dalla successiva discussione, pur rendendomi conto che si tratta di un'impressione del tutto soggettiva, che potrebbe non essere condivisa da qualcuno di voi. E, ancora, chiedo il vostro perdono se, nel tirare le fila dei lavori della nostra sessione allo scopo di inserirli in una cornice comune, non tenterò neppure di chiudere i discorsi fin qui svolti, ma al contrario metterò in campo alcune nuove riflessioni per così dire trasversali a tutti gli argomenti trattati che potrebbero aprire nuove domande, invece di sciogliere i dubbi ancora non risolti.

Inizio dunque con il comunicarvi la mia impressione generale, che è la seguente.

Tutti noi, quando ci affacciamo dalla finestra per osservare da studiosi di diritto costituzionale l'area delle relazioni tra genitori e figli, lo facciamo con grande serenità, perché sappiamo di trovare un settore dell'ordinamento in continua positiva evoluzione, segnato storicamente sia da enormi progressi nel principio di eguaglianza tra figli, progressi di cui troviamo anche recentissime conferme, sia da un'incessante espansione, che non pare destinata ad arrestarsi, delle garanzie dei soggetti più deboli, i figli minori.

Davanti a questo quadro, anche le tensioni, che pure sono presenti – mi riferisco in particolare al tema dell'adozione da parte del *single* e della coppia omosessuale (su cui nel pomeriggio di ieri sono intervenuti prima Liberali e poi Auletta) e ai problemi dei limiti di utilizzo di alcune tecniche di procreazione medicalmente assistita (su cui abbiamo avuto gli interventi di Agosta, Magrini e Famiglietti) – ci appaiono circoscritte e ben individuabili. L'atteggiamento con cui sono state affrontate è sempre di ottimismo, seppur a tratti cauto. La sensazione condivisa da tutti noi, mi pare, è la fiducia che si possa pervenire a un ragionevole componimento delle posizioni inizialmente contrapposte, procedendo lungo la strada di un saggio smussamento delle aspirazioni individuali degli adulti ogni qual volta lo richieda la prioritaria tutela dei soggetti minori di età. E seguendo lo stesso parametro di valutazione sembrano potersi risolvere anche le ulteriori difficoltà, sempre esaminate negli interventi pomeridiani (Randazzo, Nisticò e, a seguire, Stradella e Passaglia), derivanti dalla compresenza nel nostro paese di culture familiari diverse. Analoga condivisione di vedute non si è percepita nelle altre due sessioni del nostro convegno, dedicate al matrimonio e alle politiche promozionali della famiglia.

Ebbene. A chiusura di questi due giorni di lavori io non desidero, naturalmente, disconoscere i risultati in termini di garanzia dei figli oggi raggiunti, di cui anzi molto mi compiaccio, e non intendo neppure affacciare alcun pronostico pessimistico in ordine alla futura possibilità di comporre i residui, perduranti, conflitti.

Vorrei provare tuttavia a discostarmi da questa generale tendenza a sottolineare le magnifiche sorti progressive dell'istituto della filiazione nel nostro ordinamento, e attirare invece la vostra attenzione sulle due grandi questioni di fondo, davvero centrali per affrontare il tema dal punto di vista costituzionalistico, che sono state costantemente immanenti a tutti i nostri discorsi e a tratti sono emerse anche in modo esplicito, e che a me sembrano ancora aperte.



La prima di queste questioni può essere posta, nel modo più crudo, come segue. Che cosa resta oggi dell'art. 30 della Costituzione? Serve ancora a qualcosa quell'articolo costituzionale dopo l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale a cui abbiamo assistito in questi oltre sessantacinque anni che ci separano dal 1° gennaio 1948?

La seconda questione è invece la seguente: quali sono l'origine, il significato e la portata applicativa del principio del superiore, o preminente, interesse del minore, che attualmente si presenta all'interprete come il vero, o l'unico, principio guida di rango costituzionale nei rapporti di filiazione?

2. Non vi sarà sfuggito il paradosso che emerge dalla contemporanea evocazione delle due questioni. Vorrei quindi soffermarmi dapprima su questo paradosso, per poi affrontare singolarmente ciascuna delle due questioni.

Inizierei con il ricordare quello che spesso si dimentica, e cioè che nella nostra Costituzione si trova un articolo dedicato per intero al tema della filiazione. Siamo di fronte, per di più, a un articolo denso, composto da ben quattro commi, in relazione al quale non si è mai manifestata da parte di alcuno una seria volontà di correzione o aggiornamento. Un osservatore esterno che non conoscesse le dinamiche del nostro ordinamento, dunque potrebbe ragionevolmente ritenere che l'art. 30 Cost., delineando i principi relativi alla formazione e allo svolgimento del rapporto tra genitori e figli, rappresenti anzi: debba rappresentare per tutto ciò che dice il fondamento e comunque il punto di riferimento principale dell'intera legislazione civilistica in materia di filiazione e della connessa giurisprudenza, costituzionale e comune.

Chi invece, come noi ieri, ha potuto conoscere in che modo effettivamente stanno le cose, non può fare altro che constatare che l'art. 30 Cost. è stato letteralmente sventrato al suo interno dalla legislazione e dalla giurisprudenza, che ha via via lasciato atrofizzare alcuni dei suoi contenuti caratterizzanti. Pensiamo soprattutto al limite di compatibilità della tutela della "tutela giuridica e sociale", si noti bene dei figli nati fuori del matrimonio con i diritti dei membri della famiglia legittima, limite per fortuna di fatto non più operante.

Oggi, di conseguenza, le stesse disposizioni ancora vitali di quell'articolo, e cioè il primo e il secondo comma, non sono mai interpretate in modo sistematico con le altre parti dell'art. 30 Cost. parti che appunto sono ora sostanzialmente ignorate ma vengono piuttosto sottoposte a un'interpretazione alla luce degli artt. 2 e 3 Cost. che spesso e volentieri ribalta il significato complessivo dell'intero articolo.

Ed ecco quindi il paradosso in tutta la sua evidenza: mentre l'articolo che la Costituzione dedica appositamente ai rapporti di filiazione è diventato in larga parte ineffettivo, nella medesima area del diritto domina da molti anni un principio, quello appunto del superiore, o preminente, interesse del minore, che non si trova scritto né in quell'articolo né in altra parte della Costituzione; e si è imposto a tal punto da giustificare la stessa dichiarazione di illegittimità delle leggi che non lo rispettano.

Illustrato il paradosso, vengo ora a occuparmi singolarmente di ognuna delle due questioni che vi danno origine.

3. La prima questione può essere riformulata così: che cosa resta dell'"articolo sui figli illegittimi", come i Costituenti chiamavano nel corso dei lavori in aula quello che poi sarebbe diventato l'art. 30 Cost., ora che il nostro diritto di famiglia non conosce più nemmeno la stessa nozione di filiazione legittima? In altri termini, la legislazione odierna costituisce davvero l'attuazione di quella previsione costituzionale, come molti sostengono, o invece ne rappresenta il definitivo superamento? E, ancora, residua oggi nell'art. 30 Cost. una qualche capacità regolativa e conformativa dell'ordinamento oppure questa si può dire ormai esaurita?

Tento di rispondere procedendo per gradi.

Come ho già avuto modo di osservare in altre occasioni<sup>1</sup>, il destino che ha segnato fin dall'inizio l'art. 30 Cost. è piuttosto triste, perché tale articolo nel suo complesso non è mai stato davvero in grado di assolvere alla funzione per la quale era stato inserito nel testo costituzionale, e cioè quella di porre le norme giuridiche fondamentali del settore dell'ordinamento giuridico di cui era stato pensato come *tête de chapitre*.

Nei primi venti anni dall'entrata in vigore della Costituzione, in particolare, la dottrina e la stessa giurisprudenza costituzionale lo hanno interpretato e applicato alla luce delle disposizioni del codice civile, invertendo il più elementare

---

<sup>1</sup> E Lama q e, *Art. 30*, n *Commentario alla Costitu ione*, a c a d R B co, A Ce o o e M O ve , I, To no, 2006, pp 622 ss; Ead *Famiglia dir.cost.*, n *Di ionario di diritto pubblico*, d e o da S Cassese, III, M ano, 2006, pp 24 8 ss; Ead *Gli articoli costitu ionali sulla famiglia: travolti da un insolito e inesorabile) destino*, n *La "società naturale" e i suoi "nemici"*, a c a d R B n, G B ne , A G azza o , A P go o e P Ve ones , To no, 20 0, pp 9 ss



canone esegetico secondo cui le norme inferiori devono essere intese in senso conforme a quelle superiori, e non viceversa<sup>2</sup>. Ma paradossalmente il tenore letterale dell'art. 30 Cost. e le concezioni etico politiche a esso sottese sono stati ignorati o traditi anche in seguito, nel momento stesso in cui si dichiarò di volervi dare finalmente attuazione. Negli anni che hanno preceduto e immediatamente seguito la riforma del diritto di famiglia del 1975, infatti, si è avuto il contrario fenomeno della sua iper (o sovra) interpretazione, favorito da una dottrina che pretendeva di utilizzare l'argomento costituzionale come perno e strumento di una politica legislativa volta a favorire, prima, e a legittimare, poi, la riforma del codice civile, presentandola come il necessario e dovuto adempimento dei precetti dell'art. 30 Cost., spacciati per imperativi chiari e univoci (cosa che in realtà non sono).

Il merito di una simile operazione fu quello di iniziare finalmente a leggere l'art. 30 Cost. in combinato disposto con il principio personalista e il principio generale di eguaglianza (il quale peraltro a sua volta non indica la nascita e a mio parere non a caso tra i fattori d'innammissibile discriminazione). Ma questa operazione, come ho detto, ebbe anche il grave demerito di diffondere l'idea del tutto errata che l'art. 30 Cost. fosse tutto rose e fiori, perché volutamente ignorò le dolorose spine in esso contenute, e cioè le esplicite eccezioni a quei principi.

Il sostanziale fallimento dell'art. 30 Cost. come norma di riferimento in materia di filiazione è quindi da imputarsi in primo luogo al carattere oggettivamente ambiguo delle sue previsioni, derivante a sua volta dalla reale inconciliabilità delle posizioni assunte dai laici e dai cattolici in Assemblea Costituente sul tema dei figli illegittimi.

Il nostro articolo, lo ricordo, in modo contraddittorio da una parte sembra porre tutti i figli in una posizione di eguaglianza quanto ai diritti nei confronti dei loro genitori e dall'altra parte non solo introduce l'odioso limite della compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima, ma mantiene anche, a monte, la distinzione terminologica tra figli nati fuori e dentro il matrimonio, che a mio parere di per sé è incompatibile con la prospettiva dell'assoluta eguaglianza; e, ancora, dopo avere affermato il dovere e diritto di tutti i genitori nei confronti dei figli, contraddice questa affermazione affrettandosi a precisare, al quarto comma, che vaste categorie di genitori potranno continuare a godere di uno scudo legislativo che li esima da ogni responsabilità.

Sono poi anche altri i fattori che hanno determinato una simile incapacità strutturale dell'art. 30 Cost. di indirizzare la legislazione e la giurisprudenza. Tuttavia, per quanto riguarda gli ultimi suoi quaranta anni di vita, la verità è una sola, e cioè che nonostante la lungimiranza di alcune sue previsioni, l'art. 30 Cost. nel suo complesso non ha retto davanti alle trasformazioni della società e ne è stato letteralmente travolto.

Vorrei osservare però che quelle trasformazioni hanno modificato per la prima volta nella storia dell'umanità lo stesso significato del diventare genitore e dell'essere figlio, e sono state quindi di una portata talmente epocale che probabilmente qualsiasi altro testo normativo dell'epoca avrebbe fatto la stessa fine.

Ce lo spiega meglio di altri il filosofo/sociologo francese Marcel Gauchet in un libretto gustoso intitolato in modo significativo *Il figlio del desiderio. Una rivoluzione antropologica*<sup>3</sup>. Per quello che qui interessa, Gauchet afferma che l'avvento della contraccezione, e il conseguente controllo della procreazione, hanno determinato una "frattura incalcolabile nella storia della condizione umana". Il bambino, che in passato era sì il frutto della vita tramite noi, ma eventualmente anche malgrado noi, è diventato leggo "il risultato di una volontà espressa, di una programmazione, di un progetto". Ogni bambino è ora "l'emanazione dell'essere più intimo" dei suoi genitori, il figlio del loro desiderio di un figlio. E "la valorizzazione di questo figlio del desiderio si accompagna alla valorizzazione della sfera privata, si lega alla rivoluzione della famiglia". E dunque, se "nel quadro della vecchia famiglia istituzione, dedita alla funzione sociale della perpetuazione del lignaggio, la famiglia faceva il bambino"; al contrario, "nel quadro delle nuove famiglie affettive, che trovano la loro giustificazione nella ricerca emotiva dei loro membri, è il bambino che *fa la famiglia*".

Si è dunque verificata un'inversione dell'ordine logico e di valore tra famiglia e figli che non poteva che rispecchiarsi nel mondo del diritto.

E così, i nostri Costituenti, da uomini e donne della loro epoca, nell'occuparsi della filiazione avevano considerato, insieme alle posizioni del genitore e del figlio, le esigenze di un terzo ingombrante soggetto, la famiglia legittima del genitore o, meglio ancora, l'istituzione familiare in generale. In Assemblea costituente espresse molto bene l'idea di un inevitabile *bilanciamento a tre* il cattolico Umberto Merlin, quando argomentò che elevare i figli illegittimi alla parità avrebbe voluto dire "abbassare"

<sup>2</sup> I più imponenti concludono a parma (Gasse, Esposito, Gogann, Ncoò, Rescigno, Bianchi d'Espnosa, Mengoni) sono oggi acco ne be vo me *Sempre più uguali. I diritti successori del coniuge e dei figli naturali a 70 anni dal Codice civile*, a cura di G. Chiodi, Milano, 2003, pp. 225 ss.

<sup>3</sup> M. Gauchet, *Il figlio del desiderio. Una rivoluzione antropologica*, Milano, 2009, p. 9.



automaticamente i legittimi, e danneggiare così la famiglia legittima, e cioè un bene degno di essere difeso in alcuni casi anche a scapito delle posizioni individuali. Leggo le sue parole: “fra il bene pubblico e quello privato, fra il bene collettivo e sociale e quello dell’individuo, noi legislatori costituenti dobbiamo scegliere il primo e abbandonare il secondo”<sup>4</sup>.

Ma poi è intervenuta la rivoluzione antropologica di cui si è detto, e oggi è il figlio che fa la famiglia, e non viceversa. In perfetta coerenza con questo dato antropologico, sociologico e in senso lato culturale, l’interpretazione costituzionale ha progressivamente spostato sui figli quei medesimi riflettori che i Costituenti avevano voluto invece puntare sull’istituzione familiare, con il risultato di lasciare la famiglia legittima tutelata da quell’articolo prima in ombra<sup>5</sup>, e poi al buio completo. E, conseguentemente, è scomparso dall’orizzonte del legislatore e anche dei giudici, comuni e costituzionale, uno dei soggetti presenti nell’art. 30 Cost.

4. A questo punto vorrei provare a rispondere alla prima questione che ho posto alla vostra attenzione. A mio parere la legislazione odierna non costituisce una semplice attuazione dell’art. 30 Cost. conseguente a una lettura evolutiva delle sue norme condotta alla luce dei principi fondamentali della Costituzione, come invece spesso si ripete, ma ne rappresenta un vero e proprio superamento.

L’esito del bilanciamento tra i diritti e gli interessi in gioco compiuto dal legislatore, infatti, è completamente mutato dal 1948 a oggi non solo perché è variato in questi molti anni il peso degli elementi da soppesare, come era del resto fisiologico che accadesse con il semplice passare del tempo, ma soprattutto perché dal bilanciamento effettuato dal legislatore è sparita del tutto la considerazione di quel ‘terzo incomodo’ tra genitori e figli, l’istituzione familiare, prima onnipresente. In altre parole, il legislatore, quando oggi si occupa della filiazione, non fa più quel bilanciamento a tre configurato dall’art. 30 Cost., ma sempre e soltanto un bilanciamento a due.

E’ questa la ragione per cui mi sembra adeguato parlare di superamento, invece che di attuazione, dell’art. 30 Cost. L’attuazione legislativa, infatti, presuppone perlomeno una fedeltà di fondo da parte del legislatore al quadro di valori delineato dalla norma costituzionale attuata, mentre qui, comunque la si rigiri, non si può dire che la legislazione odierna si muova all’interno del medesimo quadro di valori disegnato dall’art. 30 Cost.

Cosa resta allora dell’art. 30 Cost., amputato di tutte le parti tese a salvaguardare il ‘terzo incomodo’ ormai scomparso? Restano i primi due commi, mentre gli altri due sono talmente ‘superati’, perché volti esclusivamente a tutelare la famiglia legittima, che se ne renderebbe opportuna l’espulsione tramite revisione costituzionale<sup>6</sup>. E la revisione, tra l’altro, dovrebbe investire, a mio parere, la stessa distinzione terminologica del primo comma tra figli nati dentro e figli nati fuori da un matrimonio.

Ma ipotizziamo che, anche in mancanza della revisione costituzionale, l’interprete si possa ora ritenere autorizzato a prescindere totalmente dal terzo e quarto comma. Quali sono le indicazioni vincolanti che gli consegnano il primo e il secondo comma?

A mio parere sono tre.

La prima riguarda la natura del diritto del genitore. L’art. 30 Cost. attribuisce senza dubbio al diritto del genitore una dimensione funzionale, nel senso che le sue pretese verso il figlio stanno e cadono in relazione all’effettivo assolvimento dei doveri nei suoi confronti. Ce lo dice il primo comma, che inverte l’ordine di solito seguito dalla Costituzione, la quale discorre sempre prima dei diritti e poi dei doveri di solidarietà che fanno loro da contraltare, affermando che quello di mantenere, istruire ed educare è “dovere e diritto” dei genitori<sup>7</sup>; e ce lo ribadisce il secondo comma, quando espressamente prevede che in caso di incapacità dei genitori ad assolvere i loro compiti questi devono essere comunque assolti da qualcun altro, con conseguente sottrazione ai genitori anche del loro diritto in questo senso.

<sup>4</sup> Sed a de 5 ap e 947

<sup>5</sup> R co da V Ca bone, *Le nuove proposte su filia ione e rapporti di parentela*, n *Corr. giur.*, 20 11, p 3 4, che m e d compa b à e a v a e neg ann deg s d s a o ma de d o d am g a de 975, e sop a o che a ’epoca e a anco a m no a a a pos z one che ogg è nvece abb acc a a da ’n e a do na, e c o è che g , senza d s nz on d so a, debbano gode e de a medes ma e a g d ca e soc a e

<sup>6</sup> E’ sop a o An on o R gge a c i ch ede e che, pe adeg a e g a 29 e 30 Cos a m a o sen e de a soc e à, s p oceda con e dov e o me de a ev s one cos z ona e, nvece che a ave so na ev den e o za a ne pe a va de es o cos z ona e In q es o senso, e p op o n e men o a a eq pa az one g d ca de g , s veda A R gge , *Idee sulla famiglia e teoria e strategia della Costitu ione*, n *Quad. cost.*, 2007, pp 76 -762 S ema, p ù n gene a e, Id , *Il diritto al matrimonio e l’idea costitu ionale di “famiglia”*, n *Nuove aut.*, 20 12, pp 43 ss e Id , *I futuro dei diritti fondamentali: viaggio avventuroso nell’ignoto o ritorno al passato?*, n *www ede a sm* , 20 13, pp 2 ss (e a no a 7 pe e men o spec co a g )

<sup>7</sup> P Passag a, *I minori nel diritto costitu ionale*, n *Una voce per i minori*, a c a d F G a d na ed E Pe ecch a, P sa, 2008, p 87



La seconda indicazione vincolante ricavabile dall'art. 30 Cost. riguarda la natura del diritto del figlio. In capo al figlio la Costituzione costruisce, per contro, un diritto fondamentale della persona inviolabile ai sensi dell'art. 2 Cost. In questo senso si esprime tra l'altro negli ultimi anni la giurisprudenza comune di merito e di legittimità quando, in virtù della nuova lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., che riconosce il risarcimento del danno non patrimoniale in ogni caso di violazione di un diritto della persona di rango costituzionale anche se non garantito dalla legge, fa diretta applicazione dell'art. 30, primo comma, Cost. e ammette al risarcimento del danno il figlio in tutti quei casi in cui la perdurante assenza del genitore dalla sua vita lo abbia privato dell'assistenza morale e materiale da parte di costui<sup>8</sup>.

La terza indicazione vincolante per il legislatore e per la stessa Corte costituzionale è quella che si potrebbe chiamare, con espressione efficace anche se non gradevolissima, della bigenitorialità in senso forte.

Si tratta di un profilo spesso trascurato, di una dimensione costituzionale finora poco conosciuta ma destinata a essere sempre più valorizzata se, come pare, la regola dell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea più utilizzata dalla Corte di Giustizia è quella secondo cui "il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse" (par. 3). Ed è una dimensione non sconosciuta neppure al nostro legislatore, che l'ha valorizzata con la legge sull'affidamento condiviso del 2006.

La nostra Costituzione, tuttavia, quando parla di un dovere "dei genitori" al plurale, sembra dire qualcosa di più: afferma non solo che il figlio ha diritto a essere mantenuto, istruito ed educato da entrambi i genitori, quando ci sono (ed ecco la bigenitorialità in senso debole), ma anche, a monte, che le persone legalmente riconosciute come genitori devono essere possibilmente sempre due<sup>9</sup>. E' proprio in quest'ultimo senso che parlerei di un principio costituzionale di bigenitorialità in senso forte.

Che la legge assegni a un figlio un solo genitore, o eventualmente nessuno, infatti, è ammesso dalla Costituzione solo per proteggere da aggressioni esterne l'istituzione familiare legittima. Ma la necessità di tutelare questo soggetto, si è detto, è venuta meno, e quindi ora la Costituzione ci dice che la mancanza di uno o di entrambi i genitori, benché sia una situazione di fatto che può sempre verificarsi, non deve mai essere tollerata, né tantomeno creata, dalla legge.

Non mi sembrerebbero per questo motivo compatibili con la Costituzione le possibili riforme legislative che legittimassero, anziché combattere, l'eventualità che un figlio si ritrovi senza uno dei genitori, quali l'ammissione generalizzata dei *single* sia alla procedura di adozione e in questo mi pongo in senso critico rispetto all'intervento di Liberali sia alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

5. Vengo ora brevemente alla seconda questione. Che cosa è, da dove viene, che portata ha questo fantomatico principio del superiore, o preminente, interesse del minore che pare oggi rappresentare la spina dorsale della disciplina legislativa della filiazione in sostituzione delle norme costituzionali positive ormai ignorate?

<sup>8</sup> A parte da Cass, sez. I civ., 7 giugno 2000, n. 773, che aveva a essere menzionata l'art. 2043 cod. civ. e a causa ego, poi se ne è parlato, da danno esenziale. Uzzando invece più volte amene l'art. 2059 cod. civ., conoscono l'eccezione ammissibile e l'approdo ad azione per violazione del diritto di cura l'art. 30, primo comma, Cost., a essere Corte App. Bologna, 10 febbraio 2004, n. Fam. dir., 2006, 5; Trib. Venezia, sez. III, 30 giugno 2004, n. *Danno e resp.*, 2005, 548; Trib. Monza, sez. IV, 5 novembre 2004, n. *Danno e resp.*, 2005, 85; Trib. Venezia, 8 aprile 2006, n. *Danno e resp.*, 2007, 576; Trib. Modena, 4 giugno 2002; Trib. S. Maria, 26 novembre 2002, n. 490. Da questa svedda Cass, sez. I civ., 10 aprile 2002, n. 5652, che conosce la sentenza di danno a un uomo ad un figlio che aveva agito con il padre naturale e non per il padre adottivo, ma che non è ancora menzionata, appreso, la sentenza di danno a una persona sulla base dell'art. 2059 cod. civ., con la seguente motivazione: "non può darsi, con la sentenza a caso speciale, come disneessidmosaodan genitore con il figlio, ma es a ospe ngh ann e conno a o, q nd, da v o a z one deg obb gh d man emen o, s z one ed ed caz one, de em n n *vulnus*, da e conseg enze d en à ma chevo ed anche, p oppo, ne m nab , a q e d che, sca endo da appo o d az one, ovano ne a Ca a cos z one e (n pa a 2 e 30), e ne e no me d na a n e naz ona e ecep e ne nos o o d namen o n e va o g ado d conosc men o e d e a" La g sp denza, d nq e, ene che 'a 30, p mo comma, Cos ga an sce a g o non an o nd o a co sponden e *status* o ma e, q an o p os o ben p ù p egnan e d o nv o ab e a a necessa a ass senza mo a e e ma e a e da pa e de p op gen o , e cò nd penden emen e da conosc men o o ma e de o *status* M Dosse , M Mo e , C Mo e , *La riforma della filiazione. Aspetti personali, successori e processuali*. 10 dicembre 2012 n. 219, To no, 20 3, p 34, nvece, engono che da 'a 30, p mo comma, Cos d scenda d ve so d o a conosc men o de o s a o d az one, e conseg en emen e amen ano che a o ma eg s a va de 20 2 non abba n odo o 'obb go g d co de gen o d conosce e g o

<sup>9</sup> Lo s gge sce M Mane , *Famiglia e Costitu ione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, n *Rivista Aic* de 2 g o 20 0, pp 8 ss L'a ce, av a, ene che a Cos z one, p endendo a mode o de o s esso appo o d az one q e o de a am g a onda a s ma mon o, che vede a p esenza d n pad e d na mad e, mponga d conseg enza, o e a pa ad g ma b gen o a e, anche q e o e e osess a e Io nvece non m sen o, a o s a o, d a e m a q es' ma a e maz one S p ncp o d b gen o a à ne a Cos z one s vedano anche A D'A o a e A Romano, *I figli e la responsabilità genitoriale nella Costitu ione art. 30 Cost.*, n *Codice commentato dei minori e dei soggetti deboli*, a c a d G F Bas n , G Bon n , P Cendon, M Con o n , To no, 20 , p 9



L'argomento è straordinariamente affascinante e richiederebbe un approfondimento ben maggiore di quello possibile in questa sede.

Qui vorrei solo ricordare alcune cose. Quello dell'interesse del minore è un criterio che si ritrova positivizzato nella nostra legislazione civile, penale e processuale innumerevoli volte. Ci sono studi che elencano tutte le disposizioni di legge che lo indicano al giudice come parametro per la decisione della controversia nella quale sia coinvolta una persona minore di età (di solito, ma non necessariamente, un figlio), ma io qui non mi soffermo. E', ancora, un criterio quotidianamente utilizzato nelle aule giudiziarie a fini interpretativi o integrativi delle leggi che pure non vi fanno espresso riferimento. E', infine, anche parametro nei giudizi di legittimità costituzionale. E vorrei qui sottolineare che la Corte costituzionale vi fa riferimento da più di trent'anni come principio ricavabile dal combinato disposto degli artt. 2, 3, 30 e anche a volte 31 Cost.

Il *leading case* è quella bellissima sentenza sulla legge sull'adozione speciale del 1967, la n. 11 del 1981, a firma di Leopoldo Elia, che merita di essere riletta, nella quale si trova la famosa frase secondo cui "lo spostamento del centro di gravità dell'istituto" dall'adozione dall'interesse dell'adottante a quello dell'adottato, realizzato appunto da quella legge, "era imposto ancor prima sul piano superiore della normativa costituzionale", dato che essa assume "a valore primario la promozione del soggetto umano in formazione". Ma di recente, con la sentenza n. 7 del 2013, la Corte costituzionale ha compiuto un passo ulteriore, perché ha dichiarato incostituzionale la norma del codice penale che prevedeva la perdita automatica della potestà genitoriale come sanzione accessoria in caso di condanna del genitore per il delitto di soppressione di stato utilizzando come norme interposte ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost. due norme internazionali che prevedono testualmente appunto il criterio dell'interesse superiore del minore (l'art. 3 della Convenzione Onu sui diritti del fanciullo del 1989 e l'art. 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciullo del 1996). Non è inutile sottolineare che si tratta della primissima volta in cui la Corte costituzionale perviene a una declaratoria di illegittimità costituzionale prendendo a parametro interposto non la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma un diverso trattato internazionale recepito con legge<sup>10</sup>.

Il principio del superiore interesse del minore, come si vede, apre o meglio sfonda tutte le porte<sup>11</sup>, anche quelle del giudizio di costituzionalità. E' prevedibile, quindi, che (a torto o a ragione) i giudici comuni prima o poi perverranno a darvi applicazione diretta al posto della legge nazionale nelle aree di influenza del diritto dell'Unione europea, dato che il medesimo enunciato della Convenzione Onu si trova riprodotto nell'art. 24, paragrafo 2, della Carta dei diritti.

Ma quali sono gli effetti costanti dell'applicazione del principio? I commentatori sono tutti concordi nel dire che esso si risolve nell'attribuzione agli organi giudicanti della massima discrezionalità di decidere caso per caso, a seconda della situazione.

Di qui le grandi preoccupazioni che l'espansione del principio fa sorgere. Dal punto di vista degli studiosi di diritto interno si rileva che esso è sempre il risultato di una triplice, inafferrabile, soggettività: quella del singolo minore, quella degli adulti che sono in relazione con lui e, naturalmente, quella del giudice interprete, che deve valutare le altre due posizioni soggettive secondo la propria personale visione.

Per queste sue caratteristiche, è stato notato, il preminente interesse del minore funziona come una formula magica<sup>12</sup> a disposizione del giudice per raggiungere un qualsiasi risultato, e può essere paragonato a una scatola vuota<sup>13</sup>, suscettibile di essere riempita di qualsiasi contenuto a seconda dei valori di riferimento dell'interprete. Su questo punto ci siamo soffermati anche noi nella discussione di ieri, interrogandoci su quanto, in un ordinamento di *civil law* come il nostro, dove tra l'altro manca il vincolo al precedente, sia opportuno lasciare alla valutazione dei giudici e quanto debba essere predeterminato dal legislatore (Grisolia). E ne abbiamo concluso (accodandoci tutti alle riflessioni di Ruggeri), che forse al legislatore spetta ormai soltanto di dare la regola tendenziale di condotta, e al giudice è inevitabile che sia lasciata la possibilità di decidere diversamente se le esigenze del caso concreto lo impongono.

Anche gli studiosi di diritto internazionale, comunque, si mostrano preoccupati della strutturale indeterminazione del principio, e c'è chi in questo senso lo considera il cavallo di Troia del relativismo culturale in tutta la materia dei *children's*

<sup>10</sup> V. Manes, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevole dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" art. 117 comma primo Cost.*, in *Diritto penale contemporaneo* de 28 gennaio 2013.

<sup>11</sup> In *giurisprudenza* (nazionale e internazionale), davanti a casi analoghi e in assenza di precedenti, si vedano ad esempio, nel menzionato articolo, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori*, Padova, 2012, in *paesaggio* e *pp. 6* ss e, *da* *ma*, C. Honora, *Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, pp. 5 ss.

<sup>12</sup> J. Caubonne, *Droit Civil*, I 2, *La famille les incapacités*, Paris, 1969.

<sup>13</sup> P. Ronan, *L'interesse del minore nella cultura giuridica e nella pratica*, in *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell'infanzia*, a cura di C. Maggion e C. Baad, Ubono, 1997, p. 254.



rights<sup>4</sup>, preoccupandosi della possibilità che sotto il suo ombrello si possano giustificare in alcuni Paesi pratiche quali ad esempio le mutilazioni genitali, di cui sempre ieri abbiamo discusso in relazione al solo ordinamento italiano (Randazzo), e le punizioni corporali.

6. Di fronte di questa innegabile carica esplosiva, ritengo anche io che la parola d'ordine nell'applicazione del nostro principio debba essere "maneggiare con cautela".

Le cautele devono essere almeno due.

La prima misura prudenziale che mi pare opportuno adottare è quella di tenere conto delle radici culturali del principio, in modo da stabilirne poi la reale portata.

Come anche ieri abbiamo avuto modo di chiarire (con l'intervento di Giacomelli e, a seguire, quelli di Passaglia e Carrozza), il principio del, o meglio dei, *best interests of the child*, che è la frase inglese della quale la nostra versione del principio pretende di essere la traduzione/trasposizione, nasce tra '800 e '900 nella *common law* per determinare il criterio di scelta del genitore affidatario in caso di separazione coniugale e, in particolare, per giustificare l'affidamento alla madre almeno dei bambini in tenera età, in deroga al criterio allora vigente che voleva i figli costantemente affidati al padre. Dalla *common law*, poi, il principio viene trasfuso, con ampliamenti, nelle convenzioni internazionali di cui si è detto.

Da noi, invece, con un percorso del tutto autonomo<sup>5</sup>, il principio emerge come si è visto nella giurisprudenza costituzionale in relazione alla posizione del minore in stato di abbandono, che viene considerata degna di essere salvaguardata con priorità rispetto alla posizione dei genitori di sangue.

L'idea, allora, che sta da sempre dietro al nostro principio è quella del minore come persona bisognosa di protezione, diversa in questo dall'adulto; del minore progetto di persona e non persona in senso pieno, persona 'non competente', come si dice in linguaggio sociologico. Vista così, l'ideologia dei *best interests* assume un sapore paternalistico, e si contrappone frontalmente a una visione del minore come persona autonoma, dotata di propri inviolabili diritti, sia sociali che di libertà e, per alcuni, addirittura politici.

Differenza, protezione, tutela e paternalismo, dunque, *versus* eguaglianza, autonomia e diritti<sup>16</sup>.

A mezza strada tra le due visioni ne è emersa poi una terza, meno radicale, che punta l'accento sulla necessaria partecipazione del minore alle decisioni relative alla sua vita<sup>17</sup>, e contempera così la protezione con l'autonomia. Questa terza visione si esprime principalmente nelle più recenti enunciazioni di un diritto del minore a essere ascoltato nei procedimenti che lo riguardano<sup>18</sup>.

Ora io credo che le due visioni estreme, quella che punta sulla protezione e quella che punta sui diritti del minore, non debbano necessariamente escludersi a vicenda. Anzi, sono certa che sono entrambe presenti e operanti nel nostro ordinamento allo stesso livello costituzionale. La Costituzione infatti, come ho detto poco fa, da una parte individua alcuni diritti inviolabili *propri* del figlio minore, aggiuntivi rispetto agli altri diritti della persona umana a lui comunque spettanti, e contemporaneamente contiene anche un'istanza di speciale protezione della persona in formazione.

Ciò che conta, a mio parere, è inquadrare correttamente l'ambito in cui si colloca il principio del superiore, o preminente, interesse del minore, e considerarlo come espressione esclusiva dell'istanza di speciale protezione. Il principio, in quest'ottica, esige in fondo solo questo: che i pubblici poteri operino in modo tale che il minore possa sempre stare il meglio possibile, compatibilmente con le difficoltà in cui può suo malgrado venirsi a trovare. Di qui la necessità che la valutazione debba essere

<sup>4</sup> Sema, a mo' di ssm, P As on e B G mo -Wa sh, *The Best Interests of the Child. Towards a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values*, Firenze, 1996, pp. 2 ss; P As on, *The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights*, in *The Best Interests of the Child - Reconciling Culture and Human Rights*, a c a d P As on, Oxford, 1994, pp. ss; G Van B e n, *The International Law on the Rights of the Child*, The Hague, Bos on, London, 1998, n pa co a e pp. 47 ss; S Goonesek e, *Introduction and Overview*, in *Protecting the World's Children*, Cambridge, 2007, p. 20 (e *passim* ne o s s o s s o v o m e).

<sup>5</sup> Sa c o n s e n s o s p n o n v o a E L a m a q e, *I diritti dei figli* in *I diritti in a i o n e. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a c a d M C a b a, Bologna, 2007, pp. 287 ss.

<sup>6</sup> V P o c a e P R o n a n, *Il giudice e i diritti dei minori*, Roma-Ba, 2004, pp. 3-20.

<sup>7</sup> P e s s e d a n c o a P R o n a n, *I diritti fondamentali dei minori*, in *Quello che ci spetta. I diritti fondamentali nelle rappresentazioni degli adolescenti*, a c a d R B o s s o, L L e o n n, P R o n a n, Roma, 2003, n pa co a e p. 28 ss. Secondo G M a g g o n, *Cultura giuridica e nuova sociologia dell'infanzia*, in *Pratiche di partecipazione*, a c a d C B a a d, G M a g g o n, M P M c a, Roma, 2003, pp. XXIV ss, a s s e s s a C o n v e n z i o n e O n d e 1989 è n a s n e s c o m p o m s s o a a e d e s g e n z e o p p o s e e n q a c h e m o d o c o n a s a n d e a p o e z o n e e d e ' a o n o m a.

<sup>8</sup> S e m a s e g n a a, d a m o e p e, a O P o c h a, *Gli strumenti sovranazionali in materia di ascolto del minore*, in *Dir. um. e dir. interna.*, 2002, pp. 79 ss. S e v e n e m e d e d e *liberal paternalism* d F e e m a n e d e *dynamic self-determinism* d E e k e a a s s e d a, p e, a s n e s d M F e e m a n, *Article 3. The Best Interests of the Child*, in *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Bos on, 2007, pp. 6-7 e *passim*.



condotta caso per caso, con approfondimento delle concrete situazioni di fatto.

I due piani della garanzia costituzionale, in definitiva, devono essere tenuti ben distinti. Una cosa sono i diritti del minore, che godono di tutte le caratteristiche dell'inviolabilità e hanno l'attitudine a entrare in bilanciamento con altri diritti in senso proprio, un'altra cosa il principio del suo preminente interesse, che è al contrario da perseguire in ogni caso in cui si trovi spazio per la sua applicazione, sia quando i diritti del minore in senso proprio non vengono in gioco, sia quando si tratta di stabilire il modo di esercizio e gli stessi limiti dei diritti del minore.

Se così è, bisogna trovare un nome più adatto per il nostro principio, perché continuare a chiamarlo principio del superiore, o preminente, interesse del minore risulta a questo punto fuorviante, perché non ci aiuta a capire la sua essenza e il suo modo di funzionare.

Il termine 'interesse', infatti, richiama l'idea di una posizione individuale di vantaggio o di pretesa in potenziale competizione con quella di soggetti sicuramente portatori, appunto, di altri interessi; mentre l'aggettivo di grado superlativo relativo 'superiore', o 'preminente', evoca un confronto tra la posizione del minore e quella di tutte le altre persone.

Più utile e opportuno, ci siamo detti ieri, è chiamarlo invece criterio, o principio, del *massimo benessere possibile del minore* nel caso concreto.

Questa, tra l'altro, è la corretta trasposizione della locuzione in lingua inglese *best interests of the child*, dove con 'interests' al plurale ci si riferisce alla pluralità di aspetti psicologici, relazionali, morali, economici e così via che insieme concorrono al *well being* al benessere, appunto del bambino<sup>19</sup>, e dove l'aggettivo superlativo relativo 'best' significa semplicemente *il miglior accomodamento* per il bambino, rispetto a qualsiasi altro possibile accomodamento, e non presenta in alcun modo la dimensione del confronto con gli interessi di altri soggetti.

7. La seconda cautela minimale da adottare quando si maneggia il principio ormai permettetemi di chiamarlo del *massimo benessere possibile del minore* è, banalmente, curare che esso sia invocato solo quando è in gioco un minore determinato o, come precisano gli internazionalisti, perlomeno una categoria di minori concretamente individuabile.

E' questo l'ultimo punto che tratto nella mia relazione, e mi sta molto a cuore perché in proposito noto una generalizzata mancanza di rigore da parte dei giuristi. Se c'è una certezza, invece, è che il principio del massimo benessere del minore non può e non deve coprire tutti gli aspetti dello statuto costituzionale dei figli né in generale l'intera materia della filiazione, e in particolare non può essere invocato per gli istituti nelle quali si prescinde dalla circostanza che i figli siano minori o maggiori di età.

Non può essere invocato, ad esempio, né a proposito del tema, che vede il legislatore ancora latitante, del cognome dei figli (tema sul cui si è soffermata ieri Belvedere), né a proposito della gran parte dei problemi che riguardano la parità tra figli nati all'interno o al di fuori di un matrimonio. Pensiamo ad esempio alla parentela naturale e ai diritti successori, dove anche dal punto di vista statistico la maggior parte delle controversie giudiziarie riguarda figli adulti.

Ma pensiamo anche al tema, che nel corso di questo convegno non abbiamo avuto occasione di affrontare se non per brevi cenni, del diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini biologiche. Qui, come è noto, abbiamo una condanna della Corte di Strasburgo nei confronti dell'Italia per l'assolutezza del divieto di accedere alle informazioni che costituirebbero parte dell'identità personale dell'adottato<sup>20</sup>, e una di poco successiva questione di legittimità costituzionale, non ancora decisa dalla Corte costituzionale, sollevata dal Tribunale di Catanzaro per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.<sup>21</sup>. Ebbene, il caso trattato a Strasburgo concerneva una donna di 69 anni, quello arrivato alla Corte costituzionale una donna di 50, e quindi figlie ormai da moltissimo tempo non più minori di età.

Ancora mi sembra che il nostro principio non possa servire purtroppo, perché ci farebbe molto comodo a risolvere i difficili interrogativi relativi all'ammissibilità di alcune tecniche di procreazione medicalmente assistita su cui ieri abbiamo

<sup>19</sup> In questo senso, almeno, J. Zeeman, *The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function*, in *The International Journal of Children's Rights*, Vol. 8, No. 4, 2010, pp. 488-489 e H. R. Sothmann, *Best Interests Of The Child: By Those Definition?*, in *8 Pepp. L. Rev.* 383, 990-999, p. 384. C'è anche chi, nella letteratura anglosassone, sceglie il principio di *best interests* del minore e a *welfare* del minore, con apponendo o apponendo la avvisone, quella di *'agency'* (autonomia) del minore, tenendo che essi debbano comunque essere valutati in egual modo (in egual modo che sa ebbe bene e azzardare la Corte di Strasburgo de *'Un'origine operta'* in questo senso, ad esempio, H. C. Chen, *Children's Rights*, in *The European Union Charter of Fundamental Rights*, a cura di S. Peeters e A. Ward, Oxford, Portland, Oregon, 2004, p. 330.

<sup>20</sup> Come è noto, il sez. 25 settembre 2012, con il numero 33783/09, la Corte Costituzionale, *La pretesa a conoscere le proprie origini come espressione del diritto al rispetto della vita privata*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) del 24 ottobre 2012 e M. Cerasole, *Il parto in anonimato al vaglio della Corte europea dei diritti: una condanna davvero convincente?*, in *Rivista Aic*, n. 4/2012.

<sup>21</sup> Tribunale di Catanzaro, del 5 novembre 2012 (a momento non consegnato) e se non ancora decisa dalla Corte costituzionale.



discusso soffermandoci in particolare sulla fecondazione ‘non omologa’ (così infatti abbiamo deciso di chiamarla accogliendo la proposta di Famiglietti, che ci ha fatto notare il termine ‘eterologo’ richiama la fecondazione animale). Anche qui, infatti, le posizioni soggettive dei figli, cui eventualmente si potrebbe o si dovrebbe dare rilievo – come ricorda lo stesso Stefano Rodotà, infatti, nei diritti procreativi, più che in ogni altro diritto, “l’autodeterminazione incontra l’altro”<sup>22</sup> –, non sono ancora una volta quelle dei figli minori di età, ma sono piuttosto, a seconda dei punti di vista, o quelle dei figli embrioni oppure quelle dei figli nati a seguito di tali tecniche, ma a quel punto naturalmente non solo fino al diciottesimo anno di età, bensì per tutto il corso della loro vita.

---

<sup>22</sup> S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2002, p. 29.