



# diritto & religioni

**Semestrale**  
**Anno XII - n. 1-2017**  
**gennaio-giugno**

ISSN 1970-5301

# 23



**LUIGI  
PELLEGRINI  
EDITORE**

**Diritto e Religioni**  
Semestrale  
Anno XII - n. 1-2017  
**Gruppo Periodici Pellegrini**

*Direttore responsabile*  
Walter Pellegrini

*Direttori*  
Mario Tedeschi - Maria d'Arienzo

*Comitato scientifico*

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, R. Coppola, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero (†), A. Fuccillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli (†), R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

*Struttura della rivista:*

**Parte I**

SEZIONI

*Antropologia culturale*

*Diritto canonico*

*Diritti confessionali*

*Diritto ecclesiastico*

*Sociologia delle religioni e teologia*

*Storia delle istituzioni religiose*

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci

A. Bettetini, G. Lo Castro

M. d'Arienzo, V. Fronzoni,

A. Vincenzo

M. Jasonni, L. Musselli (†)

G.J. Kaczyński, M. Pascali

R. Balbi, O. Condorelli

**Parte II**

SETTORI

*Giurisprudenza e legislazione amministrativa*

*Giurisprudenza e legislazione canonica*

*Giurisprudenza e legislazione civile*

*Giurisprudenza e legislazione costituzionale  
e comunitaria*

*Giurisprudenza e legislazione internazionale*

*Giurisprudenza e legislazione penale*

*Giurisprudenza e legislazione tributaria*

RESPONSABILI

G. Bianco, R. Rolli

P. Stefani

L. Barbieri, Raffaele Santoro,

Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali, C.M. Pettinato

S. Testa Bappenheim

V. Maiello

A. Guarino, F. Vecchi

**Parte III**

SETTORI

*Lettere, recensioni, schede,  
segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

M. Tedeschi

## Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Antonio Giuseppe Maria Chizzoniti - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Chiara Ghedini - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Ivàn Ibàn - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Francesco Rossi - Prof. Annamaria Salomone - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura - Prof. Ilaria Zuanazzi.

# *Riflessioni sull'interesse del minore, dal diritto di unificazione di status al diritto di autodeterminazione nella scelta religiosa: un'esigenza sovranazionale*

VALENTINA BARELA

## *1. Centralità dell'interesse del minore nel diritto di famiglia*

La condizione di minore negli ultimi decenni ha assunto una forte centralità nei dibattiti politico-sociali-giuridici inerenti l'evoluzione degli istituti giuridici coinvolti, nonché nelle vicende processuali aventi ad oggetto situazioni che riguardino sia pur indirettamente il minore. Le patologie del matrimonio, l'adozione del minore, così come tutte le situazioni che ineriscono la vita privata e familiare del minore impongono il suo ascolto e l'assunzione di scelte che siano sottese al suo interesse.

L'interesse del minore è spesso elevato a criterio interpretativo, tuttavia non sussistono parametri predefiniti di valutazione e l'analisi della specifica situazione del minore, quale persona, inquadrato nell'ambito del suo contesto familiare esistente, qualora vi sia, rimane il percorso interpretativo più adeguato per cogliere concretamente il suo "interesse". Ciò nonostante si deve riscontrare che Carte internazionali e gruppi di studio europei<sup>1</sup> si muovono sempre più intensamente verso la condivisione di principi comuni in tema di diritto di famiglia<sup>2</sup>, storicamente ambito di competenza delle

---

<sup>1</sup> Il *Common Frame of Reference* testimonia la possibilità di un linguaggio comune, così come il ventennale progetto *The Common Core of European Private Law* che ha enucleato le significative convergenze anche nella materia del diritto di famiglia. Da ultimo, di grande rilievo sono i risultati della *Commission European of Family Law*, su cui si soffermerà nel testo.

<sup>2</sup> Non può negarsi che il «mercato» sia stato il dominus dei primi cinquanta anni delle Comunità e che gli individui e non le persone siano stati oggetto di interesse del diritto europeo, ma deve anche ammettersi che dall'intensificazione delle normative a tutela del consumatore un nuovo modo di operare ha visto la persona al centro di molte iniziative legislative. D'altronde l'etimologia della parola «persona» invoca la relazione con un'altra persona. Al riguardo, si veda l'analisi storica del linguaggio compiuta da LEA QUERZOLA, *La tutela processuale dei minori in una prospettiva europea*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 2, 2010, p. 450 ss.

I primi atti del Parlamento europeo sono in concomitanza con l'adozione della Convenzione Onu

legislazioni nazionali/locali. Invero, la condivisione dell'opportunità dell'individuazione di principi e valori comuni nell'ambito del diritto di famiglia, di recente, si rivela importante anche negli interventi legislativi comunitari, nonché in alcuni ordinamenti, notoriamente distanti da quelli della tradizione giuridica occidentale, come quello marocchino che ha fondamento nel diritto islamico<sup>3</sup>.

La prospettiva di una tutela del minore che non lo veda solo come destinatario passivo di decisioni prese autonomamente nel suo interesse è mutata in modo sensibile verso una visione che lo vede partecipe, in relazione alla sua capacità di discernimento, alle scelte espressive della propria personalità.

La dottrina *in primis* e la giurisprudenza poi hanno contribuito in modo

---

del 1989 e si rinviengono nella Direttiva del 1995, relativa alla protezione dei giovani sul lavoro e nel Trattato di Amsterdam del 1997 in merito alla cooperazione di polizia e giudiziaria, in materia penale tra gli Stati membri, in ordine ai reati compiuti nei confronti dei minori. Invero, anche il Trattato di Lisbona fa riferimento alla tutela dei diritti del minore tra gli obiettivi dell'Unione; tuttavia, questa proclamazione ha un valore prevalentemente declamatorio, considerando che gli aspetti sostanziali del diritto di famiglia sono prevalentemente rimandati alla competenza interna degli ordinamenti nazionali. Tuttavia alcuni ambiti penali e di diritto dell'immigrazione si prestano a fronteggiare energicamente i danni cagionati al minore, tutelando il suo "interesse": così la Direttiva del 2011 contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile (Direttiva che impone agli Stati membri di nominare un tutore o un rappresentante del minore; o la Direttiva del 2011 sull'attribuzione della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati e sul contenuto della protezione riconosciuta.

<sup>3</sup> Si pensi alla recente revisione della Costituzione marocchina che segnala una considerevole evoluzione del diritto di famiglia, ed in particolare una democraticizzazione di principi e valori. Sull'argomento si v. CAMILLA CREAS, *L'evoluzione del diritto di famiglia in Marocco e la prospettiva italiana ed europea*, in *Rassegna di diritto civile*, n. 1, 2016, p. 246 ss.

Invece, un'ulteriore testimonianza dell'apertura dell'ordinamento italiano verso gli altri ordinamenti, quando occorre tutelare *the best interest of the child*, è data dall'ammissione nel nostro ordinamento della Kafala, istituto di diritto islamico che consente di affidare i minori che si trovino temporaneamente o stabilmente senza famiglia ad un soggetto che possa interessarsi alla loro cura, senza che ciò determini la nascita di alcun legame parentale. Si ponga mente che nei sistemi islamici l'adozione è talvolta sconosciuta se non vietata alla luce di un'espressa previsione canonica. Si v. ANNAMARIA GALOPPINI, *L'adozione del piccolo marocchino, ovvero gli scherzi dell'eurocentrismo, commento a Tribunale per i minori di Trento, decreto 11 marzo 2002*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 1, 2004, p. 139; MAURIZIO ORLANDI, *La Kafala islamica e la sua riconoscibilità quale adozione*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2005, n. 2, p. 635 ss. Cfr. Cass., 2 febbraio 2015, n. 1843, in *Nuova giurisprudenza civile e commentata*, n. 7-8, 2015, p. 707, con commento di MAURIZIO DI MASI, *La Cassazione apre alla Kafalah negoziale per garantire in concreto best interests of the child*, p. 717. Per un approfondimento sul tema, che analizzi anche le possibili e talvolta difficili assimilazioni con gli istituti presenti nel nostro ordinamento si v. l'attenta analisi di ANTONIO FUCCELLO, *Giustizia e religione*, Vol. II, Giappichelli, Torino, 2011, p. 191 ss. L'A., anche alla luce delle pronunce della giurisprudenza, ha evidenziato le analogie con l'affidamento familiare, con l'affidamento preadottivo, il cui esito positivo porterebbe all'adozione legittimante e di qui la necessità della ratifica della Convenzione de L'Aja; nonché l'A. prende anche in considerazione le similitudini con l'adozione nei casi particolari, ad ogni modo, rilevando come sia innegabile la condivisione della kafala con l'istituto dell'adozione, in ragione delle stesse finalità, responsabilità educative e di mantenimento economico.

determinante a sviluppare il tema dell'interesse del minore<sup>4</sup>, favorendo una maggiore compartecipazione verso la ricerca di soluzioni giuridiche in grado di tutelare il minore non più quale soggetto passivo, ma quale persona, e pertanto quale parte attiva e partecipe delle situazioni giuridiche che lo riguardano. Il suo interesse non deve essere inteso come superiore rispetto agli altri membri familiari, ma “dinanzi ad esigenze di concorso, quell'interesse deve essere oggetto di primaria considerazione”<sup>5</sup>.

Ciò che conta è l'attuazione dell'interesse del minore, in considerazione della sua vita privata e familiare, quale risultante di un equilibrio, non predefinito, ma ridisegnato di volta in volta attraverso un bilanciamento tra le due opposte esigenze, rigidità e flessibilità delle regole<sup>6</sup>, che talvolta si coniuga tra il dovere pedagogico dei genitori e il diritto di autodeterminazione dei minori.

Il tema giuridico dei *best interests of the child* mostra in modo evidente la necessità della interdisciplinarietà del diritto di famiglia, ossia di quanto preziosi possano essere i contributi di discipline anche non giuridiche per l'individuazione di regole o forme di tutela. Difatti, per tutte le problematiche giuridiche inerenti il minore gli studi pedagogici e sociologici hanno un ruolo rilevante.

Significativo contributo per la realizzazione dell'interesse del minore è stato reso dal legislatore italiano<sup>7</sup>, soprattutto con la parificazione dei figli

---

<sup>4</sup> Sulla nozione dell'interesse del minore la bibliografia è ampia. Tuttavia, è d'uopo fare riferimento all'autorevole dottrina che già nel lontano 75, sollecitava gli interpreti a riflettere sull'interesse del minore quale “soggetto debole”. Il riferimento è chiaramente rivolto a PASQUALE STANZIONE, *Capacità e minore età nelle problematiche della persona umana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1975, *passim*; *Id.*, *La tutela dei soggetti “deboli”*, San Paolo Edizioni, Milano, 2004, p. 19 ss. Si v. anche ENRICO QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Famiglia e diritto*, n.1, 1999, p. 80; LEONARDO LENTI, *Best interest of child” on “best interest of the children?*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2, 2010, p. 157; ROSANNA DE MEO, *La tutela del minore e del suo interesse nella cultura giuridica italiana ed europea*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 1, 2012, p. 473. Non sono mancate feroci critiche che attribuiscono a questa nozione il rischio di diventare vuota tautologia e mera occasione per ampliare la discrezionalità del giudice. Così, MASSIMO DOGLIOTTI, *Che cos'è l'interesse del minore?*, nota a *Trib. Min. Torino*, 26 febbraio 1992, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n.1, 1992, p. 1093; si v. anche GIANFRANCO DOSI, *Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 4, 1995, p. 1604.

<sup>5</sup> LAURA PIRONE, *Osservazioni in tema di libertà religiosa nella realtà familiare*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1998, I, p. 679 ss.

<sup>6</sup> ELISABETTA LAMARQUE, *Prima i bambini*, FrancoAngeli, Milano, 2016, p. 16.

<sup>7</sup> La legge n. 219 del 10 dicembre del 2012 ha compiuto una prima equiparazione tra figli naturali e figli legittimi e il decreto legislativo n. 154 del 28 dicembre 2013 ha eliminato le residue discriminazioni tra i figli nati nel e fuori dal matrimonio, introducendo il principio di unicità dello stato di figlio, anche adottivo, il principio per cui la filiazione fuori dal matrimonio produce effetti successori nei confronti di tutti i parenti e non solo dei genitori, ponendo al centro il concetto di responsabilità parentale.

naturali e dei figli legittimi, l'unicità di status, e con il nuovo dettato dell'art. 315 *bis* c.c. con il quale il legislatore ha inteso "inquadrare le prerogative che animano la potestà in termini di diritti spettanti al minore nei confronti dei genitori"<sup>8</sup>. Le recenti riforme sono in parte rappresentative del processo evolutivo che dal secondo dopo guerra si sta registrando – seppur con tempistiche diverse – in tutta Europa.

Il superamento di un unico modello familiare<sup>9</sup> e la forte sensibilizzazione giuridica verso una tutela dei diritti fondamentali e delle situazioni giuridiche esistenziali sono il focus del processo che ha investito il diritto di famiglia nell'attività ordinamentale non solo interna ma anche sovranazionale.

In tutta l'Europa continentale è possibile avvertire una sferzata positiva verso il pieno riconoscimento dei minori, quali titolari di diritti fondamentali, a cui si deve dare piena attuazione in ragione del dovuto rispetto della dignità umana. La dignità umana, elevata a parametro valutativo dell'interesse del minore, è un valore che però non è ancora ben condiviso nell'intero panorama internazionale, soprattutto ove l'attenzione sia riposta alle esperienze oltreoceano.

La Costituzione italiana oltre ad esaltare la dignità del minore nell'ambito del principio personalistico, pone una particolare attenzione al minore quale

---

<sup>8</sup> Testualmente VIRGILIO D'ANTONIO, *La potestà dei genitori ed i diritti e i doveri del figlio dopo l'unificazione dello status filiationis*, in [www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it](http://www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it), p. 8. L'A. compie un'attenta e critica ricostruzione dell'istituto della potestà dei genitori, muovendo dal superamento della distinzione tra aspetto esterno ed interno dell'istituto, soffermandosi su "la stretta connessione tra patrimonialità e personalità" che "deve tradursi, in concreto, in una strumentalità, in una subordinazione della prima alla seconda", per poi soffermarsi sull'esercizio della potestà modulata alla luce della capacità di discernimento, dei diritti del minore inerenti la sfera personale, dei profili patrimoniali e dei conflitti con i genitori che possono determinare l'intervento del giudice e l'emanazione da parte dello stesso di provvedimenti limitativi della potestà e discrezionali a tutela del minore. Si v. anche *Id.*, *La potestà dei genitori* nel vol., *Trattato teorico-pratico di diritto di famiglia*, vol. IV, diretto da Gabriella Autorino Stanzone, Giappichelli, Torino, 2011, II Ed., p. 491 ss.

<sup>9</sup> Sul superamento dell'unicità del modello familiare la bibliografia è ampissima, è d'uopo riferire di coloro che, anni orsono, hanno prefigurato la crisi della chiusura del tradizionale concetto di famiglia; si v. certamente PIETRO RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato. Vol. 3*, Cedam, Padova, 1999, *passim*; CESARE MASSIMO BIANCA, *Diritto civile. 2. La famiglia. Le successioni*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 9; PIETRO PERLINGIERI, *Riflessioni sull'unità della famiglia*, in vol., *Rapporti personali nella famiglia*, a cura di Pietro Perlingieri, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1982, p. 38 ss. Sul pluralismo familiare in Europa si v. VINCENZO SCALISI, "Famiglia" e "Famiglie" in Europa, Relazione presentata al Convegno, *Persona e comunità familiare*, Salerno 28-29 settembre 2012, in [www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it/](http://www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it/).

Per un'analisi sullo stravolgimento degli istituti giuridici del matrimonio e della filiazione, che prenda in considerazione le recenti pronunce giurisprudenziali, nonché interventi legislativi, anche nel panorama europeo si veda il denso contributo di MARIA GABRIELLA STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, in [www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it](http://www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it), ma anche *Id.*, *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, Giappichelli, Torino, 2010, *passim*.

persona in fase di crescita e pertanto a tutte le sfaccettature anche minacciose che le formazioni sociali possono rappresentare per il minore; il dettato dell'art. 2 Cost. è chiaro nel sancire l'importanza dell'armonico sviluppo della persona senza distinzioni d'età in ciascuna delle formazioni sociali in cui si spiega la propria personalità<sup>10</sup>.

L'attuazione del diritto del minore non è strumentale all'esplicazione del diritto genitoriale, ma è quest'ultima che deve essere piegata alla prima. A titolo esemplificativo, anche il diritto all'educazione del minore, una delle forme di realizzazione dell'interesse del minore muove dal superamento della dicotomia titolarità/esercizio della potestà genitoriale e da un nuovo rapporto di responsabilità genitoriale nel quale il minore svolge un ruolo attivo<sup>11</sup>, dinamico, interattivo con il genitore o i genitori, le cui modalità educative devono ispirarsi alle capacità, inclinazioni naturali ed aspirazioni del minore.

Come si approfondirà a breve, le scelte compiute nell'interesse del minore richiedono un suo coinvolgimento che, in ragione della misura della sua capacità di discernimento, può imporre la piena attuazione del diritto di autodeterminazione del minore e al contempo una restrizione della responsabilità dei genitori.

Questa maggiore sensibilità giuridica si percepisce in modo chiaro anche in ragione dell'intervento sia delle Corti europee che hanno coinvolto i legislatori e i giudici nazionali, sia delle Carte internazionali e Regolamenti europei che hanno modificato radicalmente l'approccio al tema, con le conseguenti ripercussioni sulle fonti del diritto.

## *2. Introduzione sulle fonti internazionali e nuova consapevolezza europea*

I primi approcci scientifici sul tema dell'interesse del minore si sono incentrati sul medesimo, quale persona bisognosa di tutela, ma oggi le più recenti ricerche anche dei gruppi di studio europei intendono la protezione del minore in una visione altamente rispettosa della sua autonomia e dignità.

Il primo tentativo di realizzazione di un statuto dei diritti del minore è stato compiuto dalla Società delle Nazioni Unite nel 1924, con l'approvazio-

---

<sup>10</sup> Si v. GABRIELLA AUTORINO, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 120-121.

<sup>11</sup> Come autorevole dottrina osserva, "il dovere di obbedienza diviene anche e soprattutto diritto di essere educato". Così, testualmente PASQUALE STANZIONE, *Il diritto all'educazione del minore*, Relazione al Convegno su *Diritto all'educazione della persona minore d'età e tutela giurisdizionale*, Lumsa, Roma, 18 febbraio 2011, in [www.comparazioneDirittocivile.it/](http://www.comparazioneDirittocivile.it/), p. 3.



ne di una Dichiarazione dei diritti del fanciullo<sup>12</sup>. Poi nel 1959 l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha elaborato la nuova Dichiarazione dei diritti del fanciullo. Tuttavia, solo la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 rappresenta il primo documento internazionale che ha dato rilevanza a tutte le decisioni relative ai fanciulli<sup>13</sup>.

L'art. 3 sancisce che «in tutte le azioni riguardanti bambini, se avviate da istituzioni di assistenza sociale, private o pubbliche, Tribunali, autorità amministrative, corpi legislativi, i maggiori interessi dei bambini devono costituire oggetto di primaria considerazione»<sup>14</sup>.

Se la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, all'art. 3, par. 1, proclama il superiore interesse del minore nelle decisioni che lo riguardano, l'art. 24, paragrafo 2, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea stabilisce che “in tutti gli atti relativi ai bambini (...) l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente”<sup>15</sup>.

In nessun documento, dunque, è contenuta l'enucleazione del superiore interesse del minore ed è per questo che si deve considerare tutto l'impianto normativo dedicato al minore, ai suoi diritti e doveri, in stretta correlazione

---

<sup>12</sup> A dire il vero, sul piano internazionale la tutela del minore è stata affermata per la prima volta in riferimento al mondo del lavoro. Nel 1919 l'Organizzazione internazionale del lavoro, al momento della sua costituzione, con la convenzione n. 5, determinò l'età minima per l'ammissione al lavoro. Si v., per una ricostruzione storica, MARIA RITA SAULLE, *I diritti del minore nell'ordinamento internazionale* nel vol., *La Convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, a cura di Maria Rita Saulle, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994, p. 11 ss.

<sup>13</sup> La Convenzione internazionale di New York sui diritti del fanciullo è stata ratificata in Italia con la legge n. 176/1991. In occasione dei lavori della commissione che diedero poi vita alla Convenzione ONU del 1989, il celebre pensiero del pedagogo Janusz Korczak influenzò molto il dibattito pubblico che oggi è alla base dell'evoluzione del diritto di famiglia, ossia l'idea guida del rispetto della dignità della persona del minore come origine e fondamento di ogni suo diritto. Sulle critiche mosse verso la Convenzione, soprattutto in merito alla scarsa sistematicità e alla aleatorietà dei presupposti si v. JOHN TOBIN, *Justifying Children's Rights*, in *International Journal of Children's Rights*, vol. 21, 2013, p. 395.

<sup>14</sup> I *best interests* del minore sono riconosciuti non solo come principi generali della Convenzione sui diritti dei fanciulli, ma anche quale criterio atto a determinare i diritti dei fanciulli.

<sup>15</sup> Forza autonoma e di portata ampissima è la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che ripercorre e rinforza i diritti fondamentali della persona. L'art. 1, rubricato “dignità umana” enuncia che la dignità umana è inviolabile e che deve essere rispettata e tutelata. Il Capo II, dedicato alle libertà fondamentali, fortifica la necessità del rispetto di alcuni diritti non sempre riconosciuti al minore, ma a lui spettanti in quanto persona. Il Capo III, incentrato sull'attuazione del principio di uguaglianza e del principio di non discriminazione, si sofferma (all'art. 24) sui “diritti del bambino” e non solo sui diritti dei bambini alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere, ma sulla necessità di assicurare loro, in funzione della loro età e della loro maturità, la libertà di esprimere la propria opinione, laddove debbano essere risolte questioni che li riguardano; inoltre, si sofferma sulla necessità che qualsiasi istituzione privata o autorità pubblica consideri preminente l'interesse superiore del bambino; infine, cristallizza il diritto del minore di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo che ciò si rilevi contrario al suo interesse.

con i diritti e i doveri dei genitori, in un contesto ove l'ascolto del minore<sup>16</sup> e la sua capacità di discernimento rappresentano gli strumenti di definizione del suo concreto interesse. A tal fine, opportuno è anche il ricorso a criteri interpretativi, indicati negli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna del 1969 sui diritti dei Trattati, per cui sono, di ausilio, le consultazioni dei lavori preparatori, oltre all'analisi del disposto (alla luce del contesto in cui è inserito) e in considerazione della rilevanza della prassi applicativa<sup>17</sup>.

Le Carte internazionali si riferiscono al preminente interesse del minore che non deve essere inteso quale preferito o prevalente, bensì quale il più importante interesse nell'ambito di un più ampio bilanciamento tra i primari interessi della persona, considerati tali perché afferenti l'attuazione dei diritti fondamentali, espressivi della dignità umana. La tutela dell'interesse del minore non si deve manifestare quale espressione di una prevaricazione di un diritto su un altro, bensì quale effetto naturale di una valutazione che contempra i principi e i diritti fondamentali coinvolti nella specifica situazione<sup>18</sup>. Molto elevato è il rischio che dietro la *paramountcy* dell'interesse del minore si nascondano strumentalizzazioni finalizzate alla realizzazione di ben altri interessi.

Per tale motivo, si deve apprezzare la terminologia mutata nel corso degli anni successivi: se la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, datata 1959, nella versione inglese dichiara che «the best interests of the child shall be paramount consideration», diversamente e non casualmente la Convenzione sui diritti del bambino ha sostituito l'aggettivo *paramount* – foriero di prevaricazioni – con l'aggettivo *primary*, proprio al fine di evidenziare che la valutazione dell'interesse del minore debba essere compiuta considerando le diverse posizioni in gioco.

---

<sup>16</sup> RICCARDO PESCE, *Ascolto del minore tra riforme legislative e recenti applicazioni giurisprudenziali*, in *Famiglia e diritto*, n. 3, 2015, pp.252-259; FERRUCCIO TOMMASEO, *La Corte Costituzionale sul minore come parte nei processi di giustizia minorile*, in *Famiglia e diritto*, n. 6, 2011, p. 547.

<sup>17</sup> ROBERTO RIVELLO, *L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità*, in *Minorie-giustizia*, n. 3, 2011, p. 15 ss., CARLO FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 4, 2010, p. 981 ss. Non può negarsi l'inadeguatezza del criterio della gerarchia delle fonti, lì ove vi sia un conflitto tra i diritti fondamentali. Occorre un bilanciamento che comporti un contemperamento, nonché un'armonizzazione tra i valori in conflitto che debbono essere primariamente individuati. Così ANTONIO GAMBARO, *Categorie del diritto privato e linguaggio delle Carte dei Diritti fondamentali*, in *Rivista di diritto civile*, n. 5, 2016, p. 1233 ss.

<sup>18</sup> Si v. VITTORIA BARSOTTI, PAOLO G. CAROZZA, MARTA CARTABIA e ANDREA SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford University Press, 2015, p. 77 e ss.; sulle criticità di valutazioni volte alla ricerca di un preordinato e preminente interesse si v. ANGELO COSTANZO, *Vicende di due principi costituzionalmente rilevanti e affini*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, n. 1, 1995, p. 1129.

Nell'ambito del diritto europeo la Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale, sul riconoscimento e sull'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, ha rappresentato il punto di partenza per un'uniformità in materia di diritto di famiglia che, invero, ha preso concretamente forma con il Regolamento comunitario 1347/2000, abrogato poi dal Regolamento CE 2201/2003 (il c.d. Bruxelles II *bis*) sulla competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e responsabilità genitoriale. Questi regolamenti rappresentano i primi atti con i quali ufficialmente il diritto europeo entra nelle maglie del diritto di famiglia. Il Regolamento II *bis*, ancor prima del d.lgs. 154/2013, ha introdotto la nozione di responsabilità genitoriale, ove l'aspetto del dovere del genitore di curare la crescita e l'educazione dei figli, in considerazione della gradualità di sviluppo del minore, prevale sul potere di indirizzo e su quello correttivo, che affondavano le radici esclusivamente nel rapporto autorità-subordinazione<sup>19</sup>. E solo di recente, dopo quasi vent'anni d'attesa, con legge 18 giugno 2015, n. 101 è stata ratificata e data esecuzione in Italia alla Convenzione sulla competenza, sulla legge applicabile, sul riconoscimento, sull'esecuzione e cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di protezione dei minori, sottoscritta all'Aja il 19 ottobre 1996<sup>20</sup>.

Studi volti all'identificazione di principi comuni nel diritto di famiglia sovranazionale sono compiuti anche da gruppi non istituzionali, che il più delle volte sollecitano l'attenzione degli organi istituzionali, divenendo degli utili riferimenti. Così, la *Commission on European Family Law* (CEFL), che prima si è incentrata, sull'individuazione di principi comuni in tema di divorzio e mantenimento (2004), si è poi rivolta ai Principii Europei di diritti di famiglia in tema di responsabilità parentale (2007). Il principio 3:4 del testo, rubricato *Autonomy of the child*, in particolare enuncia con chiarezza che "the child's autonomy should be respected in accordance with the developing ability and need of the child to act independently". Si evince da

---

<sup>19</sup> Secondo quanto stabilito dall'art. 2 del Regolamento la responsabilità genitoriale è da intendersi in termini di complesso di «diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge, di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore». Il Regolamento applica la responsabilità genitoriale, indipendentemente dal legame di sangue ed indipendentemente dal rapporto che intercorre tra i genitori medesimi, purché ricorrano gli estremi di un esercizio di funzione genitoriale. Su quest'ultimo aspetto si rinvia alle suggestive riflessioni di MIRZIA BIANCA, *Il diritto del minore all'«amore dei nonni»* nel vol., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 117 ss. Bisogna porre mente agli studi del Parlamento europeo, così come ai lavori della Conferenza di Aja di diritto internazionale privato in materia di maternità surrogata.

<sup>20</sup> Bisogna porre mente agli studi del Parlamento europeo, così come ai lavori della Conferenza di Aja di diritto internazionale privato in materia di maternità surrogata.

subito una nuova consapevolezza del minore inteso non *tout court* come persona debole, ma quale membro parte della comunità, al quale pertanto deve essere riconosciuta in concreto la pienezza dei diritti spettanti, in funzione delle sue capacità di sviluppo e della sua autonomia.

### 3. *Verso un'unificazione di status anche in ragione delle "rivelazioni" della scienza. Ordine pubblico ed unicità di status*

Si avverte un crescente comune sentire in tema di diritto del minore ed in materia di diritto di famiglia, che muove dall'esigenza di una omogeneità transnazionale degli *status* familiari validamente costituiti all'estero. L'esegesi in tale direzione trae linfa in primo luogo nell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e nelle recenti interpretazioni delle decisioni della Corte di Strasburgo<sup>21</sup>, e ha subito un'accelerazione a causa delle complesse situazioni giuridiche dei minori nati attraverso le tecniche di procreazione assistita eterologa e il ricorso alla maternità surrogata.

La circolazione degli *status* familiari e i diritti del minore costituiti all'estero sulla base di norme diverse dalle nostre (che devono passare al vaglio della clausola di ordine pubblico ex artt. 41, 64, 65 e 66 Legge 31 maggio 1995 n. 218), richiedono un bilanciamento tra il dogma della nazionalità del diritto di famiglia e la necessità del mutuo riconoscimento delle decisioni, anche in relazione al principio di libera circolazione dei cittadini.

I problemi di scollamento tra la genitorialità genetica e quella biologica, nonché quella sociale e lo scisma della sessualità dalla procreazione, determinano una maggiore complessità delle problematiche relative all'attribuzione dello *status filiationis*, aggravata dalle difficoltà di un riconoscimento dello *status* di figlio ottenuto all'estero, in conformità di leggi locali, ma attraverso modalità negate o penalmente sanzionate negli ordinamenti<sup>22</sup> ove si chiede

---

<sup>21</sup> Sull'unicità dello *status filiationis* si v. MICHELE SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia e diritto*, n. 3, 2013, p. 231. Ripercorre gli indirizzi della Corte di Strasburgo, in materia di diritto di famiglia e delle persone, GILDA FERRANDO, *Diritti delle persone e comunità familiare nei recenti orientamenti della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Famiglia, persone e successioni*, n. 4, 2012, p. 282 ss.

<sup>22</sup> In riferimento agli Stati aderenti alla CEDU, la maternità surrogata è espressamente vietata in 15 Stati (Italia, Francia, Germania, Spagna, Islanda, Austria, Estonia, Finlandia, Montenegro, Moldavia, Serbia, Slovenia, Svezia, Svizzera, Turchia). Si v. al riguardo MARTA GIACOMINI, *Il riconoscimento della maternità surrogata all'estero: la risposta della Cour de Cassation*, in *www.comparazioneDirittoCivile.it*. Per approfondimenti è d'uopo rinviare a GABRIELLA AUTORINO STANZIONE, *Ricerca scientifica, consenso e tutela della persona* nel vol., *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, a cura di Giovanni Comandè e Giulio Ponzanelli, Atti del XXVI Colloquio dell'Associazione Italiana di Di-

il riconoscimento (massima esemplificazione è resa dalla recente sentenza della Corte di cassazione, n. 19599 del 30 settembre 2016).

Il difficile e complesso tema dell'inseminazione eterologa e della maternità surrogata sfocia inevitabilmente in valutazioni bioetiche che riconducono il più delle volte le scelte a desideri narcisistico-egoistici. Non è questa l'occasione per discutere delle numerose questioni di carattere etico e giuridico che tali pratiche sollevano, ma non può negarsi che, al di là delle responsabilità penali e amministrative delle persone coinvolte, una cosa con la quale bisogna fare i conti, non risolvibile attraverso un mero rinvio ai divieti posti dall'ordinamento interno, è la posizione del minore di fronte a queste pratiche, rivelazioni della scienza. La nascita di un bambino comporta automaticamente il riconoscimento allo stesso del suo diritto alla vita familiare e alla vita privata, nonché il riconoscimento della tutela del suo interesse, che inevitabilmente implica – tra le altre cose – una unicità di status con valenza extraterritoriale<sup>23</sup>.

Il nostro ordinamento – ai fini di un tale riconoscimento – richiede la conformità con l'ordine pubblico ai sensi dell'art. 18 della normativa sullo stato civile del DPR n. 396/2000.

L'ordine pubblico, però, oggi ha acquisito una dimensione pienamente costituzionale, strumento per la tutela dei diritti fondamentali, tra i quali spicca il diritto alla vita familiare, per cui il mancato riconoscimento di un provvedimento straniero sulla base dell'ordine pubblico è ammissibile non solo se è sotteso al soddisfacimento dei bisogni sociali dello Stato e non è espressione di un'arbitraria applicazione da parte del giudice<sup>24</sup> ma anche quando sia strumentale alla tutela dei diritti fondamentali.

La recente sentenza della prima sezione della Corte di cassazione n. 19599 del 30 settembre 2016<sup>25</sup>, avente ad oggetto la questione relativa al riconoscimento dell'atto di nascita straniero, di un figlio di due madri, l'una donatrice dell'ovulo, l'altra gestante, con l'utilizzo di un gamete maschile

---

ritto Comparato, Giappichelli, Torino, 2004, p. 41 ss.; *Id.*, *Procreazione assistita*, a cura di Pasquale Stanzone e Giovanni Sciancalepore, Giuffrè, Milano, 2004, *passim*; LILIANA ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, n. 2, 2002, p. 402; GIUSEPPE CASSANO, *Maternità «surrogata»: contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*, in *Famiglia e diritto*, n. 1, p. 172; LUIGI LOMBARDI VALLAUTO, *Bioetica, potere, diritto*, in *Justitia*, n. 1, 1984, p. 1 ss.

<sup>23</sup> Cfr. HELEN STALFORD, *The Citizenship Status of Children in the European Union*, in *International Journal of Children's Rights*, vol. 8, 2000, p. 117.

<sup>24</sup> Così in Cedu, 3 maggio 2011, ricorso n. 56759, *Affaire Negrepointis –Giannisis c. Grèce*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2, 2011, p. 699 ss.

<sup>25</sup> In [www.cortedicassazione.it/](http://www.cortedicassazione.it/). Cfr. GILDA FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corriere giuridico*, n. 2, 2017, p. 181.

di un terzo ignoto, ha stabilito la necessità del riconoscimento dello status riconosciuto all'estero e la sua conformità all'ordine pubblico. La Corte ha dichiarato che tale atto di nascita non può considerarsi in contrasto con l'ordine pubblico solo perché la tecnica procreativa utilizzata non è riconosciuta dalla l. n. 40 del 2004 e ciò perché quest'ultima rappresenta solo una modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, che pur avendo una rilevanza costituzionale, non impone scelte legislative costituzionalmente obbligate. La Corte ha precisato che la regola secondo cui la madre è colei che ha partorito, enunciata dall'art. 269, comma 3, c.c., non costituisce un principio fondamentale di rango costituzionale e pertanto non può essere elevata a principio di ordine pubblico.

La compatibilità con l'ordine pubblico deve avere ad oggetto una valutazione che riguardi non la conformità a norme interne, ma il non contrasto con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Costituzione, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Si rinvia sostanzialmente al concetto di ordine pubblico internazionale, in una visione in cui l'ordinamento nazionale è inquadrato nell'ambito di una comunità sovranazionale, che poggia su principi condivisi che debbono essere necessariamente traslati in norme interne<sup>26</sup>. Priorità deve essere data al principio del superiore interesse del minore, di rilevanza costituzionale, che si sostanzia nel suo diritto alla conservazione dello *status filiationis* validamente acquistato all'estero. Al riguardo è molto rappresentativa la visione di chi discorre di ordine pubblico costituzionale<sup>27</sup>. Questa pronuncia invero ha fortificato quanto già enunciato dalla Corte d'Appello di Torino nel 2014 secondo cui, ai fini del riconoscimento o meno dei provvedimenti giudiziari stranieri, deve essere data priorità al superiore interesse del minore, ribadito in ambito comunitario con particolare riferimento al riconoscimento delle sentenze straniere in materia di rapporti tra genitori e figli, così come stabilito dall'art. 23 del Reg. CE n. 2201/2003 per cui la valutazione della non contrarietà all'ordine pubblico deve essere compiuta in considerazione dell'interesse del minore. Si specifica inoltre che nel caso che si tratti di un minore nato all'estero, da una coppia omosessuale, attraverso la fecondazione medicalmente assistita eterologa, non si tratta di introdurre *ex novo* una situazione giuridica inesistente, bensì di assicurare una continuità, una co-

---

<sup>26</sup> Cfr. Cass., 4 maggio 2007., n. 10215, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 1, 2008, p. 214.

<sup>27</sup> Di tale avviso è PIETRO PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Vol. I, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, in part. a p. 77.

pertura giuridica ad una situazione esistente, ove ciò che deve avere primaria valenza è il rapporto della coppia con il minore<sup>28</sup>. Il punto di snodo non è la natura e il rapporto di coppia dei genitori, bensì la relazione affettiva di questi ultimi con i minori.

Tuttavia ancora in piedi è un'interpretazione restrittiva del concetto di ordine pubblico, per cui quest'ultimo rispecchia non solo "i valori condivisi dalla comunità internazionale", ma comprende anche "principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e perciò irrinunciabili" e su queste asserzioni il giudice di legittimità ha negato lo *status filiationis* del minore, lì ove non c'era alcun legame biologico con i genitori committenti<sup>29</sup>.

Invece, lì dove sia stato ravvisato anche un parziale legame biologico, la giurisprudenza non ha riscontrato la violazione dell'ordine pubblico e ha ordinato all'ufficiale di Stato Civile di provvedere alla trascrizione integrale degli atti di nascita di due gemelli nati negli USA, con due papà, grazie alla stipulazione di un contratto di *agreement for gestational carriers*<sup>30</sup>.

Il legame biologico, sia pure parziale perché esistente solo con un genitore della coppia, appare essere la condizione *sine qua non* affinché – in assenza di elementi che possano pregiudicare l'interesse del minore – il riconoscimento dello *status filiationis* possa essere compiuto.

A conferma della valenza del legame biologico e di quanto questi rappresentanti l'elemento che giustifichi l'ammissibilità di questi mezzi è la pronuncia della Grande Chambre della Corte europea dei diritti dell'uomo. Si tratta della recente pronuncia con la quale la Grande Chambre, in seconda istanza,

---

<sup>28</sup> Si v. MARCO FARINA, *Il riconoscimento di status tra limite dell'ordine pubblico e best interest del minore, Famiglia e Diritto*, 2015, n. 8-9, p. 825.

<sup>29</sup> La vicenda ha origine in un ricorso promosso dal Pm presso il Tribunale per i Minorenni di Brescia, che aveva segnalato l'esistenza di un procedimento penale a carico di una coppia in ragione della presentazione di un certificato ucraino di nascita falso, in base al quale venivano riconosciuti entrambi come genitori biologici del minore in questione (nonostante la donna avesse subito una isterectomia e il padre fosse affetto da oligospermia). La coppia, costituitasi, aveva ammesso di essere ricorsa alla surrogazione di maternità, pratica consentita in Ucraina ma, nel corso del giudizio, la CtU aveva confermato che nessuno dei due genitori era effettivamente genitore biologico del minore. Il giudice del merito, sia in primo che in secondo grado, aveva stabilito che il contratto di surrogazione era nullo, giacché *contra legem*, visto che la legge Ucraina, pur ammettendo questa pratica, richiedeva per la sua ammissibilità che almeno il 50% del patrimonio genetico del nascituro appartenesse alla coppia committente. Inoltre, il certificato di nascita veniva dichiarato contrario al nostro "ordine pubblico", atteso il divieto posto dalla legge n. 40/2004. Ciò ha determinato l'allontanamento del minore dalla coppia di genitori "committenti", anche in ragione della condotta da loro tenuta, volontariamente elusiva della legge italiana, la perdita dello status di figlio legittimo da parte del minore, la dichiarazione del suo stato di "abbandono" e il conseguente stato di adottabilità. Cfr. Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 2, 2015, p. 427 ss.

<sup>30</sup> Cfr. Corte d'appello di Milano, sentenza del 28 ottobre 2016.

nel caso *Paradiso e Campanelli v. Italia*<sup>31</sup>, ha ribaltato la decisione precedente, escludendo la violazione dell'art. 8 CEDU da parte dell'Italia. A dispetto di quanto una veloce lettura potrebbe indurre, la pronuncia non prende le distanze dal nuovo e sostenuto orientamento giurisprudenziale che si focalizza sull'esistenza *de facto family life* e sull'opportunità di sostenere l'idea che coloro che perseguono un progetto di vita familiare e genitoriale esprimono un concetto di vita privata. Anzi, ribadisce la violazione dell'art. 8 CEDU in relazione alla registrazione dei certificati di nascita dei minori nati all'estero con ricorso alle tecniche di maternità surrogata, nonché richiama le sentenze *Mennesson e Lebassee*<sup>32</sup>, enucleando quanto sia centrale il problema del riconoscimento della relazione genitoriale tra coppia committente e i minori, chiarendo però che l'art. 8 non può essere strumentale per svuotare di valenza ed efficacia le misure adottate dalle autorità italiane che hanno agito in conformità della legge e per perseguire un interesse legittimo, individuato nella necessità di proteggere il minore.

Il dato determinante per la decisione della Grande Chambre è la falsità delle dichiarazioni degli aspiranti genitori, contenute nei registri di stato civile locali, visto che l'esame del DNA disposto dal Tribunale per i minorenni di Campobasso aveva dimostrato che il bambino era stato concepito mediante una fecondazione con entrambi gameti provenienti dai donatori anonimi e che pertanto le dichiarazioni erano false.

##### *5. Declinazioni dell'interesse del minore sino al diritto di autodeterminazione*

L'interesse del minore ha molteplici declinazioni, tutte che devono tener conto sia della capacità di discernimento (in grado di sfociare nel diritto di autodeterminazione del minore), sia della piena e consapevole responsabilità genitoriale, intesa anche come impegno ad assumere una funzione genitoriale<sup>33</sup> nel rispetto della dignità della persona del minore.

---

<sup>31</sup> La vicenda riguardava il rifiuto opposto dalle autorità italiane di trascrivere l'atto di nascita del figlio della coppia nato in Russia da madre surrogata e nella decisione delle autorità italiane di disporre il collocamento del minore presso una casa di accoglienza, in attesa di una sua successiva adozione.

<sup>32</sup> Si pensi anche ai casi *Lebassee v. Francia* e *Mennesson v. Francia* del 2014 ove la Corte europea si è servita dell'interesse del minore e congiuntamente del diritto all'identità personale e alla vita privata dei minori ricorrenti, per condannare la Francia per essersi rifiutata di trascrivere l'atto di nascita di minori nati all'estero a seguito di un contratto di maternità surrogata i cui padri biologici (che avevano stipulato il contratto di surrogazione) erano cittadini francesi.

<sup>33</sup> Responsabilità genitoriale significa anche negare l'azione di disconoscimento all'uomo che abbia consentito all'inseminazione eterologa della moglie o compagna, ed abbia voluto poi manifestare la volontà di revocare tale consenso, invocando l'assenza di discendenza generica. La nota sentenza



Ogni conflitto deve essere risolto ponendo mente all'interesse del minore non predeterminato ma differente a seconda delle circostanze e del contesto familiare e delle situazioni giuridiche soggettive palesate.

Indubbio è il diritto ad uno *status filiationis*, ad una verità giuridica, che esprima certezza del diritto, oggi minata da sovrapposizioni che rendono la scelta non più unica: a titolo esemplificativo, la bigenitorialità, sebbene sia notoriamente preferita, può essere respinta quando l'interesse del minore ne rimarchi la dannosità, così come i genitori "sociali" possono essere prescelti rispetto a quelli genetici. Non solo la fase fisiologica della vita familiare del minore, ma anche e soprattutto quella patologica, invita a riflettere su come l'interesse del minore e il diritto all'autodeterminazione dello stesso possano essere ostacolati, perché strumentalizzati dai genitori per soddisfare i propri ed individuali interessi. Ne consegue che talvolta l'insieme degli interessi del minore può abdicare il diritto alla bigenitorialità, quando nociva per il minore, lì dove una figura genitoriale si riveli particolarmente nociva per la crescita del minore<sup>34</sup>.

Sempre più diffuse e condivise sono le due fisionomie dell'interesse del minore: l'una, che lo ritrae quale limite al diritto convenzionale e di scelta degli adulti quando le esigenze del minore lo richiedono; l'altra, che lo associa al diritto dello stesso a godere della vita familiare con i propri genitori<sup>35</sup>.

---

della Cassazione civile, sez. I, 16 marzo 1999, n. 2315, ha enunciato a chiare lettere che l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità in questo contesto si tramuterebbe in un abuso del diritto. La sentenza per esteso è riportata in *Giustizia civile*, Tomo I, 1999, p. 1317 con nota di CESARE MASSIMO BIANCA, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione*, p. 1324 ss.; P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE, *Tutela della vita e fecondazione assistita: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Corriere giuridico*, n. 11, 2004, p. 1528. L'impegno genitoriale deve essere mantenuto anche quando un soggetto abbia liberamente riconosciuto un figlio con la consapevolezza di non essere padre biologico; concedergli la legittimazione ad esercitare l'azione di disconoscimento della paternità significherebbe violare il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. che parifica tutti i figli (siano o meno nati in costanza di matrimonio), il principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., oltre che andare in contrasto con il principio di autoreponsabilità e tutela della buona fede. In tal senso si v. MARIA GABRIELLA STANZIONE, *Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari*, in [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it) e *Id.*, *Interesse del minore e verità biologica nel riconoscimento della compiacenza*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 1, 2013, p. 349 ove si analizza la sentenza del Trib. Roma, 17 ottobre 2012, p. 349 ss. che ha espressamente agganciato ai principi costituzionali la negazione dell'impugnazione del riconoscimento di paternità in suddette circostanze.

<sup>34</sup> D'altronde la monogenitorialità è sempre esistita e può dirsi che la scelta di far crescere il minore con le due figure "generanti" sia piuttosto moderna. Così, testualmente LORETTA MORAMARCO, *Omogenitorialità e interesse del minore nella second parent adoption*, in *Rassegna di diritto civile*, n. 4, p. 1198. A questo tema, si intreccia anche quello – maggiormente complesso – della sottrazione internazionale, del quale emblematico è il caso di sottrazione del piccolo Noam Shuruk, su cui ha deciso la Corte europea dei diritti dell'uomo nel 2010.

<sup>35</sup> Ed è proprio su quest'aspetto che subentra l'azione dello Stato, che deve garantire il diritto alla vita

Spesso poi la declinazione dell'interesse del minore ad avere relazioni personali e contatti diretti con i propri genitori si mostra più articolata quando si intreccia con il tema, alquanto complesso, della sottrazione internazionale dei minori<sup>36</sup>.

La complessità della scelta tra il genitore biologico e quello sociale, ovvero su quale sia la figura più idonea ad attuare il prevalente interesse del minore, è ben esemplificata dal caso *Mandet v. Francia* della Corte EDU (2016), emblematico delle insidie dell'identificazione del primario interesse del minore e della possibilità della coesistenza di entrambe le figure, proprio perché sottese al pieno sviluppo della sua personalità, indi al suo interesse. Il caso riguardava la storia di un minore, concepito in periodo di separazione della madre, ma tuttavia riconosciuto dal coniuge separato che, successivamente al riconoscimento, decide di sposarsi nuovamente con la madre per rendendolo figlio legittimo secondo le leggi francesi. Ciò non aveva scoraggiato il padre biologico che, dopo qualche anno, aveva adito l'autorità giudiziaria francese affinché fosse accertata la propria paternità, poi riconosciutagli. A seguire, dinanzi alla Corte di Strasburgo, i genitori sociali denunciarono la lesione del superiore interesse del minore che era quello di preservare il suo legame con l'uomo che lo aveva riconosciuto e trattato sin da sempre come figlio, legame interrotto o comunque oscurato e leso dall'avvenuto riconoscimento del genitore biologico.

In questo giudizio la Corte ha distinto il diritto alla vita familiare dal diritto alla vita privata, senza che l'uno comprometta l'altro, enucleando come il riconoscimento di limitati diritti di visita non sia sufficiente a concretizzare una violazione dei diritti alla vita privata e familiare dei coniugi e dei figli; per questo la Corte ha stabilito che le pretese di esclusività dei genitori

---

familiare; difatti la Corte di Strasburgo sollecita ripetutamente le autorità nazionali a fare il possibile per evitare la rottura con la famiglia di origine. Corte europea dei diritti dell'uomo, 2010, *Raban c. Romania*, n. 25437/08 par. 28, V; Corte europea dei diritti dell'uomo, 2010 *Van Den Berg e Sarri c. Olanda*, n. 7239/08 (dec.); Corte europea dei diritti dell'uomo 2011, *Sneerson e Kampanella c. Italia*, n. 14737/09, par. 85; Corte europea dei diritti dell'uomo, 2012, *B.c. Belgio*, n. 4320/11, par. 62; Corte europea dei diritti dell'uomo, 2015, *G.S. c. Georgia*, n. 2361/13, par. 45; Corte europea dei diritti dell'uomo, 2015, *N.P. c. Moldavia*, n. 58455/13, par. 66.

<sup>36</sup> Si v. il caso *Neulinger e Shuruk c. Svizzera* (ricorso n. 41615/07) in tema di sottrazione internazionale dei minori ove si ribadisce il diritto del minore alla vita familiare con i suoi genitori. In particolare, la CEDU ha deciso che pur esistendo un fondamento giuridico su cui l'autorità giudiziaria svizzera aveva fondato le proprie pronunce riguardo al ritorno del minore in Israele, non è stata adottata la soluzione migliore in considerazione degli interessi in gioco concorrenti, ossia quelli del minore, dei suoi genitori e dell'ordine pubblico. In particolare la CEDU ha evidenziato che la Convenzione dell'Aja è essenzialmente uno strumento procedurale e non un Trattato che protegge i diritti umani e pertanto può disporre il ritorno del minore purché quest'ultimo non si sia integrato nel nuovo ambiente, cosa invece avvenuta nel caso di specie.

sociali non possono essere assecondate, né quindi può essere sacrificato il diritto del genitore biologico, lì ove tale scelta restringa, mortifichi e danneggi l'interesse del minore (situazione che si sarebbe appunto verificata nel caso in decisione).

Il diritto del minore, pertanto, può esprimersi sia nella restrizione del diritto del genitore a condurre una vita familiare con il figlio quando ciò significhi mettere in pericolo lo sviluppo e la salute di quest'ultimo, sia nel rafforzamento del diritto dello stesso minore a preservare invece le sue relazioni personali con il genitore, allo scopo di ricostruire la famiglia d'origine, sempre che non ricorrano circostanze eccezionali che ne dimostrano la totale inadeguatezza.

Il giudice in una controversia può essere chiamato a decidere su questioni che vedono contrapposti gli interessi generali dei minori e l'interesse specifico del minore e in tal caso può/deve derogare alle regole pensate per la generalità dei minori qualora le stesse non siano anche in grado di garantire la scelta migliore per il singolo minore, di cui si sta analizzando la situazione giuridica soggettiva<sup>37</sup>. In questo conflitto riemerge il rapporto tra esigenze di rigidità ed esigenze di flessibilità. I termini dell'analisi devono essere la comparazione delle situazioni giuridiche soggettive nell'ambito delle quali si relaziona quella del minore e la capacità di discernimento di quest'ultimo<sup>38</sup>.

Il metro di valutazione deve essere individuato nell'esigenza di sviluppo della personalità del minore, possibile attraverso la ricerca di un equilibrio tra autonomia del minore e solidarietà familiare. La lettura combinata dell'art. 30 Cost. e dell'art. 147 c.c. enuncia l'ambizione di un rapporto tra

---

<sup>37</sup> Si v. CLARE MCGLYNN, *Rights for Children? The Potential Impact of the European Union Charter of Fundamental Rights*, in *European Public Law*, n. 8, 2002, p. 387.

<sup>38</sup> Sulla capacità di discernimento intesa non come una nuova categoria dogmatica, bensì come riconoscimento al minore di una maturità di giudizio, compiuto con valutazione casistica della situazione globale dello stesso in relazione al singolo atto, alla singola scelta esistenziale che egli deve compiere, si v. il prezioso contributo di P. STANZIONE, *Scelte esistenziali e autonomia del minore*, in *Rassegna di diritto civile*, n. 4, 1983, p.1157, *Id.*, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Edizioni Scientifiche italiane, Camerino-Napoli, 1975, *passim*; e sulla visione del minore quale persona al pari dell'adulto, *ivi*, p. 333. Vi è chi arditamente ha riferito come "la dinamica evolutiva umana conduca a poter intendere l'uomo come una fattispecie a formazione giuridica progressiva (senza escludere che possa essere anche regressiva), sia biologicamente che giuridicamente. Così GIANNI BALLARANI, *La capacità di autodeterminazione del minore nelle situazioni esistenziali*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 6. Questa locuzione da lungo tempo tratteggiata da autorevole dottrina per la prima volta appare sullo scenario legislativo italiano con la legge n. 149/2001 che introduce la nuova disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. Sull'incidenza della capacità di discernimento nel procedimento valutativo dell'opportunità dell'affidamento si v. VALENTINA BARELA, *L'affidamento del minore tra tutela giurisdizionale e intervento amministrativo* nel vol., *Le adozioni nella nuova disciplina*, a cura di Gabriella Autorino e Pasquale Stanzone, Giuffrè, Milano, 2001, p. 84 ss.

genitori e figli ove questi devono essere i primi referenti delle scelte genitoriali e la novella n. 219/2012 ha rimarcato il rapporto di funzionalizzazione intercorrente tra doveri dei genitori e interesse del figlio che si legge dalla complementarità tra l'art. 147 c.c. e l'art. 315 *bis*: la componente autoritativa non rappresenta più il connotato primario del rapporto genitori-figli<sup>39</sup>.

Si avverte il mutamento della prospettiva di tutela del minore, non visto solo quale soggetto passivo o quale destinatario di un esercizio di potere del genitore, ma anche quale destinatario di attenzioni, nonché termine di riferimento per l'individuazione della responsabilità genitoriale. E' enfatizzato il link tra l'abilità di sviluppo del minore e il crescente bisogno di agire in modo indipendente, senza che sia fatto espresso riferimento alla sua maturità ed età.

La sua capacità ad agire in modo indipendente è strettamente legata alla sua capacità ad agire in modo responsabile, giudizio che coinvolge la responsabilità genitoriale, modulata anche in ragione del grado di autonomia del minore. Poi, nelle situazioni soggettive esistenziali, ove non è possibile scindere la titolarità dall'esercizio del diritto, il diritto di autodeterminazione si mostra ancora più nitido.

Tuttavia il giudice, pur avendo un potere ampiamente discrezionale, opera non più solo, ma in modo sinergico con tutti gli operatori del diritto, avvocati, sociologi, psicologi, assistenti sociali che consentono di rifuggire da parametri standardizzati o predefiniti

Poderoso è il contributo reso dalle Carte internazionali e dai legislatori nazionali che hanno favorito una maggiore sensibilizzazione alla valutazione positiva della capacità di discernimento del minore, quest'ultima tra l'altro di grande ausilio per compiere scelte volte a soddisfare l'interesse del minore e cogliere la sua capacità di autodeterminazione, nonché la necessità di un suo ascolto, il tutto in un contesto ove la dignità assurge a valore sulla base del quale si declinano i suoi interessi e diritti.

L'accentuazione dell'importanza del diritto di ascolto, in particolare, deve molto alla Convenzione di New York che, all'art. 12, ha riconosciuto al minore il diritto all'ascolto ed alla completa partecipazione nei processi che lo riguardano, a seconda della capacità di discernimento dello stesso<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> In tal senso e più ampiamente GABRIELLA AUTORINO, *Manuale di Diritto di famiglia*, III ed., Giappichelli, Torino, 2016, p. 207.

<sup>40</sup> Cfr. Cass. n. 18538/2013 e Cass. n. 19327/2015 In quest'ultima pronuncia la S.C. ha cassato la sentenza impugnata in quanto il giudice d'appello, confermando l'affidamento del minore ai servizi sociali, non aveva provveduto al suo ascolto, nonostante lo stesso minore, all'epoca dei fatti di anni dieci, ne avesse fatto richiesta e fosse da ritenersi capace di discernere, come da certificazione medica e relazione scolastica in atti.

La portata normativa dell'art. 12 della Convenzione è stata dichiarata immediatamente precettiva grazie alla sentenza della Corte Costituzionale n. 1 del 16 gennaio 2002, che ha influenzato le revisioni della normativa nazionale nelle procedure di adozione nazionale e internazionale, soprattutto alla luce del suo carattere *self-executing*, affermato dalla stessa sentenza, ed ha integrato, in via esegetica, la disciplina dell'art. 336, comma 2, c.c., nel senso di individuare il minore come parte sostanziale del procedimento azionato contro uno dei due genitori, per cui l'ascolto del minore, lasciato alla discrezionalità del giudice, diviene un dovere indipendentemente dalla capacità di discernimento accertata. Inoltre, anche in considerazione di un equo e giusto processo<sup>41</sup>, di cui all'art. 6 CEDU, l'interesse del minore può trovare una sua determinazione attraverso un adeguato procedimento che valuti l'opportunità di un ascolto del minore laddove, in considerazione dell'età, della sua maturità e delle sue inclinazioni emotive, l'ascolto possa determinare e sollecitare l'attuazione del suo interesse<sup>42</sup>.

#### 6. *Dimensione protezionistica e differenti approaches nelle esperienze americana ed inglese*

Questa impostazione è fortemente divergente da quella oltreoceano, ove i *best interests of the child* poggiano le basi su *children's rights* riconosciuti nella misura in cui il minore abbia una capacità di autodeterminazione e pertanto sia "entità che si autodetermina". Le difficoltà nel diritto angloamericano di riconoscere un diritto "autoreferenziato" del minore si evincono sin dalla Dichiarazione di Ginevra della Società delle Nazioni Unite del 1924 che muove però il discorso dalla visione degli adulti, nella quale il minore ha un mero ruolo passivo; di qui l'elencazione dei doveri degli adulti nei confronti dei minori.

Nel diritto anglo-americano, *the best interests doctrine* è letta, nella prospettiva recettiva del minore, ossia dei doveri morali da parte degli adulti e da parte dei poteri pubblici; l'obiettivo è il *well-being* del minore, sul presupposto che egli non sia in grado di provvedere al proprio interesse. Questa dimensione protezionistica dell'interesse del minore ha determinato la nascita di teorie patrocinatrici dei *children's rights*, sostenitrici dell'affermazione del

---

<sup>41</sup> Cfr. VALENTINA BARELA, *Il diritto ad un giusto processo: responsabilità e profili riparatori*, in *La Nuova giurisprudenza civile e commentata*, n. 1, 2003, p. 138 ss.

<sup>42</sup> LEA QUERZOLA, *op. cit.*, p. 449. CLARE MCGLYNN, *Rights for Children? The Potential Impact of the European Union Charter of Fundamental Rights*, in *European Public Law*, n. 8, 2002, p. 387

minore quale titolare di *status* di diritti. Di recente il Comitato dei diritti dei bambini delle Nazioni Unite ha enunciato, seppur in una forma non vincolante, che il *rights-based approach* deve avere natura sostanziale e non meramente procedurale, per cui i *best interests* devono essere considerati quali *primary consideration*<sup>43</sup>, come enuncia l'art. 3 della Convenzione Onu<sup>44</sup>.

La logica di *best interests* muove dall'assunto che le scelte che riguardano il minore siano compiute non dallo stesso, ma da un altro soggetto che deve decidere per il suo interesse, e non per il proprio, verso la realizzazione di un *welfare* del bambino.

Il diritto statunitense discorre con difficoltà di diritto dei minori, perché ad esso ritiene di ricondurre *claims*, pretese di ogni sorta e per questo preferisce incentrarsi sugli obblighi di interventi sostitutivi, di sostegno, assistenza materiale e morale. Questa scelta potrebbe essere accolta anche favorevolmente qualora il metro dell'autodeterminazione fosse inteso nella sua massima e minima espansione, e pertanto sensibile a riconoscere al minore la capacità di discernimento – di volta in volta rilevata – strumentale, tra l'altro, alla legittimazione di numerosi diritti, come ad esempio il diritto di essere ascoltato nei procedimenti giudiziali. Negli Stati Uniti d'America si avverte invece una difficoltà ad ammettere la conciliazione e concomitanza dei *rights* e *best interests* del minore; la scelta di un approccio *self-determination* poggiato su istanze protezionistiche non è in grado di riconoscere solo i *best interests* dei minori<sup>45</sup>. Il riconoscimento di gran parte dei diritti è veicolato attraverso il diritto alla *privacy* e il diritto del *rights-bearer* che si rivela estremamente limitante lì dove non si ravvisi che la situazione che reclami protezione e riconoscimento non corrisponda anche ad una capacità di autodeterminazione.

---

<sup>43</sup> La *Committee on the Rights of the Children* ha adottato nel 2013 il *General Comment* No.14 (2013) *on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* nel quale descrive il *substantive right*, quale “the right of the child to have his or her interests assessed and taken as a primary consideration when different interests are being considered in order to reach a decision on the issue at stake, and the guarantee that this right will be implemented whenever a decision to be made concerning a child, a group of identified or unidentified children or children in general. L'art. 3, paragrafo 1, crea un obbligo reciproco tra gli Stati che è “self-executing” e può essere invocato dinanzi alla Corte.

<sup>44</sup> Si ricorda che nella precedente versione l'interesse del minore doveva essere *paramount*, ma questa accezione poteva essere troppo vincolante, in considerazione del fatto che i criteri debbono essere di volta in volta valutati alla luce delle peculiari circostanze in cui versa il minore.

<sup>45</sup> Sulla possibile coesistenza dei diritti di autonomia e diritti del *welfare* si v. le critiche verso la scarsa sistematicità della Convenzione Onu (che sembrerebbe porre i due approcci in termini alternativi) mosse da VALERIO POCAR e PAOLA RONFANI, *Il giudice e i diritti dei minori*, Laterza, Bari, 2004, pp. 19-27, IRENE THÉRY, *La Convenzione Onu sui diritti del bambino: nascita di una nuova ideologia*, in *Politiche sociali per l'infanzia e l'adolescenza*, a cura del Ministero dell'interno, Direzione Generale di Servizi Civili, Unicopli, Milano, 1991, p. 90 ss.

In Inghilterra, invece, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore dello *Human Rights Act* del 1998, sotto il monito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che attribuisce ai minori il diritto di ricorrere autonomamente alla Corte di Strasburgo, si avverte l'importanza di una valutazione dei *bests interests* quale proiezione dei diritti del minore ed è condivisa l'idea che i minori siano *rights holders*, oltre che "actors who need protection".

D'altronde, nello stesso anno della Convenzione di New York, veniva emanato in Inghilterra il *Children Act* (del 1989)<sup>46</sup>, riformato nel 2002, legge che ha riposto l'attenzione sull'interesse del minore nella risoluzione delle controversie tra genitori<sup>47</sup>. Tuttavia se in Inghilterra si discorre da molti anni di *responsability*, sia pur nella misura in cui si voglia evitare pregiudizi del minore in caso di disaccordo dei genitori, sussistono ancora delle idiosincrasie nell'ambito della *Family Law*<sup>48</sup>.

Al pari di quanto accade nel nostro ordinamento non sussiste in UK una definizione di interesse del minore e gli approcci interpretativi sono lasciati alla massima discrezione del giudice.

La dottrina ha delineato nel corso degli anni diversi approcci, usati in via alternativa, dai giudici quando, invece, il focus, ossia l'interesse del minore, solleciterebbe il contestuale utilizzo di più *approaches*<sup>49</sup>.

Un primo criterio è il c.d. *welfare approach* che richiede di risolvere la controversia in ragione dell'interesse del minore. Il cuore di questo approccio "is a desire to protect and nurture children safely through to adulthood" con l'obiettivo che la decisione deve massimizzare "the individual welfare of the child", per cui la corte deve decidere pensando cosa sia il meglio per il minore<sup>50</sup>. Un secondo approccio è definito il "parental rights approach" che

---

<sup>46</sup> Per un primo commento si v. JUDITH MASSON, *The Children Act 1989*, Sweet & Maxwell, London, 1990, *passim*, ed in part. pp. 41-91.

<sup>47</sup> Nell'intermezzo è stato redatto, lo *Human Rights Act*, 1998, entrato in vigore nel 2000.

<sup>48</sup> Ancora esiste la distinzione tra figli legittimi e figli illegittimi, anche se gli svantaggi legati allo status di figlio illegittimo sono stati quasi del tutto rimossi dalla *Family Reform Act* 1969, dalla *Family Reform Act* 1987 e dalla *Family Reform Act* del 1996. Sul punto si v. JANE FORTIN, *Children's Rights and the Developing Law*, Butterworths, London, 1998, p. 13 ss.; cfr. *Landmark cases in Family Law*, edited by Stephen Gilmore, Jonathan Herring and Rebecca Probert, Oxford and Portland, Oregon, 2011, *passim*. Per altro verso, per opera del *Civil Partnership Act* 2004, del *Gender Recognition Act* 2004 e del *Human Fertilisation and Embryology Act* 2008 si registra un adeguamento alle nuove manifestazioni delle situazioni giuridiche esistenziali.

<sup>49</sup> Per una disanima dalla prospettiva dell'ordinamento inglese si v. NIGEL LOWE e GILLIAN DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, X ed., 2007, Oxford University Press, p. 29 ss.

<sup>50</sup> Si veda l'attenta analisi di SONIA HARRIS-SHORT, JACK MILES, *Family Law*, Oxford University Press, 2007, p. 584.

enfatisza la responsabilità, il ruolo e il volere degli adulti<sup>51</sup>, come gli unici in grado di comprendere veramente le esigenze e i bisogni dei minori solo in ragione della loro genitorialità. Un terzo approccio è il c.d. *children's rights approach*, che per definizione soggettivizza il minore ma solo a livello concettuale, e si differenzia profondamente dal *welfare approach* perché mentre quest'ultimo si incentra sul minore in ragione della sua vulnerabilità, il *children's rights approach* enfatisza la capacità del minore di adottare decisioni e di agire in modo autonomo, con il rischio però che le voci dei *children's rights* non siano altro che la trasposizione degli interessi dei genitori.

Un ultimo criterio è il cd. "non-interventionist" *approach* che chiede al giudice di non intervenire a livello decisionale e affidare alla capacità di accordo dei genitori la risoluzione della controversia.

Il primo approccio è altamente rischioso perché dietro la vulnerabilità del minore, si potrebbe giustificare un abuso di potere del genitore che potrebbe mascherare la realizzazione di interessi personali dietro la proclamata necessità di protezione del minore. Il c.d. *children's rights approach*, diversamente, al di là dei buoni propositi che indica la stessa dicitura, è dai giudici poco modulato sull'interesse del minore, inteso nel suo significato più ampio e pertanto sensibile alla maturità del minore e alla sua capacità di discernimento, condizioni che consentono l'attuazione del diritto di autodeterminazione; e ciò perché, sebbene dall'entrata in vigore dello *Human Rights Act* nel 2000 si sia sviluppata in UK una forte "cultura dei diritti", nondimeno ancora oggi è diffusa una percezione di condizione inferiore dei minori ogni qualvolta si debba loro attribuire diritti<sup>52</sup>.

Si osserva così che il giurista inglese, a differenza di quello statunitense, sebbene sia più consapevole del diritto di autodeterminazione del minore, lì dove abbia mostrato una maturità e una capacità di discernimento in grado di consentirgli di compiere la scelta più consona per il suo interesse, non mostra ancora un'attitudine ed elasticità ad utilizzare strumenti interpretativi che siano comparativi, ossia in grado di confrontare le situazioni giuridiche esistenziali degli altri componenti della famiglia, in modo da poter eleggere

---

<sup>51</sup> Cfr. JONATHAN HERRING, *The Welfare Principle and the Rights of Parents* nel vol., *What is a Parent? A Socio-Legal Analysis*, in a cura di Andrew Bainham, Shelley Day Sclater and Martin Richard (eds), Oxford: Hart Publishing, 1999b) p. 101.

<sup>52</sup> Non mancano manifestazioni scettiche circa l'attribuzione di diritti ai minori, attraverso la riduzione della loro dipendenza dagli adulti anche perché la loro non è una dipendenza artificiale e pertanto ridimensionabile ogni qual volta lo si desidera. Di tale avviso è ONORA O'NEIL, *Children's Rights and Children's Lives*, in *International Journal of Law and the family*, n. 6, 1992, p. 24. Contra, TOM CAMPBELL, *The rights of minor: as person, as child, as juvenile, as future adult*, in *International Journal of Law and the Family*, n. 6:1. Sulla nuova era dei diritti in UK si v. JANE FORTIN, *Accommodating Children's Rights in a Post Human Rights Act Era?*, in *Modern Law Review*, n.3, 2006, p. 299.



la soluzione alla luce del contesto socio-ambientale, degli affetti familiari e sociali di cui il minore gode, se non anche dei comportamenti dannosi e pregiudizievole alla sua persona.

Pertanto, il *welfare principle* resta centrale e ricorrente in tutte le risoluzioni delle controversie aventi ad oggetto il minore, rimanendo ancora forte il principio contenuto nell'art. 1 del Children Act 1989<sup>53</sup>, a norma del quale *the child's welfare shall be the court's paramount consideration*, eleggendolo ancora, pertanto, a criterio dominante anche se non pienamente esplicito in tutte le sue massime potenzialità, tipiche di una clausola generale di cui avrebbe tutte le caratteristiche<sup>54</sup>.

## 6. Libertà di religione ed esercizio di responsabilità genitoriale

Libertà religiosa e diritto di autodeterminazione è un binomio vincente nella tutela dei diritti fondamentali che però deve essere bilanciato con il dovere dei genitori di educare la prole. La riforma del diritto di famiglia del 75 e quelle che si sono succedute negli anni non fanno alcun riferimento all'educazione religiosa ed è per questo che per colmare questa lacuna bisogna, soprattutto su questo tema, ricorrere al "sentire comune", al "costume sociale", alla Costituzione e alle Carte internazionali<sup>55</sup>.

Sul piano internazionale numerose sono le fonti della libertà di religione e pertanto di libertà di educazione religiosa: Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo<sup>56</sup>, Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici<sup>57</sup>, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà

---

<sup>53</sup> Testualmente: "When a court determines any question with respect to a) the upbringing of a child; or b) the administration of a child's property or the application of any income arising from it, the child's welfare shall be the court's paramount consideration". Invero, lo stesso principio è ripetuto nel *Adoption and Children Act 2002* ove si enuncia che ogni *court or adoption agency* deve avere quale *paramount consideration the child's welfare throughout his life*.

<sup>54</sup> Criticità sono evidenziate da ROBERT MNOOKIN, *Child-Custody Adjudication: judicial Functions in the Face of Indeterminacy*, in *Law and Contemporary Problems*, n. 39, 1975, p. 226 ss. ed in part. pp. 258- 260 e da JOHN EEKELAAR, *Beyond the Welfare Principle*, in *Child and Family Law Quarterly*, n. 14, 2002, p. 242. Cfr. HELEN REECE, *The Paramountcy Principle. Consensus or Construct?*, in *Current Legal Problems*, n. 49, 1996, p. 267.

<sup>55</sup> Così, SERGIO LARICIA, *Diritto ecclesiastico*, Cedam, Padova, 1986, p. 409.

<sup>56</sup> L'art. 19 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo enuncia che ogni individuo ha diritto alla libertà di religione e alla libertà di cambiarla.

<sup>57</sup> Il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, invece, all'art. 18 oltre ad affermare le statuizioni contenute nella Convenzione Europea e nella Dichiarazione Universale integra la disposizione stabilendo che gli stati si impegnano a rispettare la libertà dei genitori di far assicurare l'educazione religiosa dei figli conformemente alle proprie convinzioni.

fondamentali<sup>58</sup>, Convenzione dei diritti del Fanciullo<sup>59</sup>.

Ruolo importante è stato quello della Conferenza sulla Sicurezza e la Cooperazione in Europa che ha esaltato i diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, tra le quali si distingue la libertà di religione. Anche nell'ambito UE si consolida un grande interesse per il fenomeno religioso, sebbene non esista una competenza diretta dell'UE, ed anzi per quanto spesso sia proclamata la laicità del dell'Unione Europea<sup>60</sup>, tuttavia è inevitabile l'interconnessione tra processo di integrazione europea e singoli sviluppi nazionali della disciplina della libertà religiosa<sup>61</sup>, posto che anche la realizzazione del mercato unico si realizza attraverso il riconoscimento dei diritti fondamentali per i soggetti che vi operano. Ad ogni modo spazi di intervento dell'Unione Europea incidono sul fenomeno religioso soprattutto attraverso la tutela dei diritti della persona<sup>62</sup>. Inoltre, bisogna considerare il c.d. fenomeno multiculturale che si è sviluppato con intensità negli ultimi anni in Europa, con il radicamento di immigrati provenienti da paesi che, sia sotto il profilo culturale che religioso, sono distanti dalla tradizione europea<sup>63</sup>. Questo fenomeno ha determinato l'incremento di unioni matrimoniali (e non solo) tra persone con concezioni religiose, etiche e culturali diverse e ha comportato un'accentuazione delle problematiche inerenti le libertà confessionali. Ponendo mente al dogma per cui l'indirizzo religioso deve essere conforme al rispetto dei diritti fondamentali, la giurisprudenza ha censurato taluni comportamenti assunti da genitori appartenenti al movimento ultraortodosso (c.d. Movimento Lubavitch) nell'ambito del credo ebraico, giacché la rigida osservanza dei precetti dall'estremizzazione di questo credo, contravveniva "concretamente"

---

<sup>58</sup> L'art. 9 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali specifica inoltre che la libertà di manifestare la propria religione può subire restrizioni solo ove la legge lo preveda in ragione di esigenze di sicurezza, ordine, salute pubblica e protezione dei diritti e delle libertà altrui.

<sup>59</sup> La lettura combinata degli artt. 12 e 14 sancisce la libertà e il diritto del minore di non essere discriminato per ragioni religiose e di compiere scelte di culto quando abbia una capacità di discernimento.

<sup>60</sup> MARCO VENTURA, *La laicità dell'Unione Europea. Diritto, mercato e religione*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 39

<sup>61</sup> Per approfondimenti si v. DAVID DURISOTTO, *Istituzioni europee e libertà religiosa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, *passim*.

<sup>62</sup> Il succitato Regolamento CE n. 2201/2003 offre un esempio sulla disciplina matrimoniale. Si v. DAVID DURISOTTO, *op. cit.*, p. 289 ss.

<sup>63</sup> Il fenomeno migratorio a cui stiamo assistendo determina sempre più la presenza nella società civile di movimenti culturali e religiosi estranei alle tradizioni stanziali. LIVIA SAPORITO, *Per un diritto europeo dell'immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 89; PIERLUIGI CONSORTI, *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturalista e proposta interculturale* nel vol., *Multireligiosità e reazione giuridica*, a cura di Antonio Fuccillo, Giappichelli, Torino, 2008, p. 197 ss.; si v. anche *Esercizi di laicità interculturale e pluralismo religioso*, a cura di Antonio Fuccillo, Giappichelli, Torino, 2014, *passim*.

all'adempimento degli obblighi familiari, arrecando pregiudizio alla prole<sup>64</sup>.

Nel nostro ordinamento la fonte primaria è data dagli artt. 8 e 19 della Costituzione e la legge 18 giugno 1986, n. 281 che, all'art. 1, prevede che gli studenti della scuola secondaria superiore esercitino personalmente – al momento dell'atto di iscrizione e a richiesta dell'autorità ecclesiastica – il diritto di scegliere se avvalersi o meno dell'insegnamento della religione cattolica, nonché il diritto di scelta in materia di insegnamento religioso in relazione a quando previsto da eventuali intese con altre confessioni, ribadendo che le scelte in ordine agli insegnamenti opzionali ed ogni altra attività culturale e formativa sono effettuate personalmente dallo studente. Ad ogni modo, il giudice spesso compie una lettura combinata degli artt. 3, 8, 19, 21 e 30 della Costituzione: l'art. 3 sancisce l'uguaglianza di tutti dinanzi alla legge senza distinzione di credo religioso; l'art. 8 riconosce tutte le confessioni religiose; l'art. 19 stabilisce la libertà per chiunque di professare il proprio credo religioso; l'art. 21 garantisce la libertà di manifestare il proprio pensiero e infine l'art. 30 demanda ai genitori il compito di provvedere al mantenimento, istruzione ed educazione della prole. Bisogna anche porre mente alla Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione con la quale il Ministero dell'interno, il 23 aprile 2007, ha ulteriormente sancito «il rispetto della libertà e identità religiosa e culturale di ciascuno, in un quadro di diritti umani riconosciuti in misura uguale a tutti».

Soffermandosi sulla normativa codicistica, si constata che la libertà religiosa trova collocazione nell'ambito di quella libertà di educazione che si esprime nell'alveo dei diritti umani fondamentali che riflettono massimamente qualcosa di profondamente intimo, del rapporto con il trascendente e con la coscienza, categorie del diritto che più delle altre richiedono il contributo di altri ambiti, come quelli filosofici ed etici<sup>65</sup>. Innegabile è l'incidenza che la religione ha all'interno delle dinamiche educative, particolarmente idonea a determinare “scelte comportamentali con importanti risvolti nella predisposizione delle condotte educative all'interno delle famiglie”<sup>66</sup>. Il diritto e dovere dei genitori di educare si inserisce nello sviluppo della piena responsabilità del minore. Come si è già detto, le recenti importanti riforme<sup>67</sup> e i progetti europei che mirano all'individuazione di principi comuni

---

<sup>64</sup> Così Trib. Bologna, 5 febbraio 1997; per un commento si v. SILVI MALTESE, *Libertà religiosa, separazione personale ed interesse della prole*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n.1, 1999, p. 158.

<sup>65</sup> In tal senso si v. ELISA MATTU, *Libertà religiosa e diritto di famiglia: una sintetica rassegna di giurisprudenza*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 2, 1998, p. 431. Si v. anche MICHELE RIONDINO, *The right to education: a fundamental and universal right*, in *Jus Rivista di Scienze giuridiche*, n. 3, 2016, p. 287.

<sup>66</sup> Testualmente, ANTONIO FUCILLO, *Giustizia e religione*, cit., p. 170.

<sup>67</sup> Di non poca rilevanza è il nuovo nome del titolo IX del codice civile “Della responsabilità dei

in tema di famiglia, hanno centralizzato la responsabilità genitoriale<sup>68</sup>, la cui analisi fisiologicamente richiede un'analisi che coinvolge il minore, in una dimensione dinamica, che implichi una valutazione della sua capacità di discernimento e il grado di responsabilizzazione dello stesso.

Il diritto e dovere del genitore di educare il figlio si inserisce nello sviluppo della responsabilizzazione del minore inversamente proporzionata a quella che investe la figura genitoriale. Il rapporto educativo non deve essere finalizzato alla sedimentazione di valori ed ideologie che possano sfociare in coercizioni<sup>69</sup>, ma in una logica di sviluppo della piena responsabilità del minore, considerato quale persona, sostenuto in una crescita serena e sana, ove l'educazione secondo una dato orientamento religioso deve tradursi in un mero avviamento all'indirizzo religioso.

Non può negarsi che le convinzioni di fede dei genitori possano compromettere un'educazione del minore, improntata alla libertà religiosa. Nei primi anni di vita del figlio la scelta da parte dei genitori della religione del figlio non desta perplessità; diverso è quando si avverte una capacità di discernimento e di autodeterminazione; in tal caso l'esercizio concreto della sua libertà di credo può essere espressione dell'attuazione dell'interesse del minore<sup>70</sup> e questi giammai può essere considerato quale il "fine passivo di una funzione esercitata da altri per lui"<sup>71</sup>.

E' evidente che la valutazione del grado di responsabilità genitoriale, intesa quale diritto e dovere di guida ed indirizzo del minore, è inversamente proporzionata al grado di autonomia decisionale del minore, determinata dal suo giudizio e dal suo grado di consapevolezza. Anche i gruppi di studio europei sentono l'esigenza di promuovere un'uniformità in tema di diritto di

---

genitori e dei diritti e dei doveri del figlio" che è andato a sostituire il precedente che si riferiva alla potestà genitoriale anziché alla responsabilità dei genitori. Si parla ufficialmente del diritto del figlio ad essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni", diritti sino a quel momento solo indirettamente individuati in correlazione ai doveri dei genitori (147 c.c.), in un sistema ove la responsabilità genitoriale era soggiogata dall'art. 147 c.c. ossia allo stretto riferimento dei doveri nascenti dal matrimonio, non più unico modello a cui ispirarsi per delineare i rapporti tra genitori e figli. Dalla lettura combinata degli artt. 315 c.c. e 315bis c.c. si evince come quest'ultimo dia sostanza al primo.

<sup>68</sup> Sia consentito il rinvio a VALENTINA BARELA, *Responsabilità dei genitori e dell'insegnante* nel vol., *Trattato della responsabilità civile*, diretto da Pasquale Stanzone, vol. II, 2012, Cedam, Padova, p. 619 ss.

<sup>69</sup> Si v. LAURA PIRONE, *op.cit.*, p. 668 ss.

<sup>70</sup> Cfr. le dense pagine di PASQUALE STANZIONE, *Interesse del minore e «statuto» dei suoi diritti* nel vol., *Scintillae Iuris Studi in memoria di Gino Gorla*, II, Giuffrè, Milano, 1994, p. 1766 ss.

<sup>71</sup> Così SILVESTRO LANDOLFI, *Educazione familiare e libertà religiosa del minore*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1961, p. 126 ss.

autodeterminazione del minore in scelte religiose e proprio su questo aspetto, il primo punto, contenuto nel principio 3: 19, redatto dalla *Commission of European Family Law* sancisce che “the holders of parental responsibilities should provide the child with care, protection and education in accordance with the child’s distinctive character and development needs”<sup>72</sup>.

Alcuni ordinamenti europei nelle loro costituzioni stabiliscono che ai minori deve essere assicurata un’educazione religiosa conforme alle convinzioni di coloro che detengono la responsabilità genitoriale. In alcuni ordinamenti (Austria, Bulgaria, Repubblica Ceca, Finlandia e Russia) la libertà di religione è regolata in una legislazione separata che riguarda la posizione delle varie religioni. Diversi percorsi interpretativi possono essere compiuti a seconda che l’educazione religiosa sia considerata parte dei diritti e dei doveri dei genitori, dei loro diritti “to care for the child” (Belgio, Germania e Grecia) o tra i diritti di educare (Austria, Italia, Portogallo, Russia e Spagna).

Bisogna purtroppo constatare che una verifica del rispetto della libertà religiosa è il più delle volte possibile solo nella fase patologica del rapporto familiare ed in particolare solo in costanza di separazione dei genitori nell’ambito di un più ampio giudizio, ove il giudice valuta la capacità di discernimento, la volontà e consapevolezza religiosa del minore sino a potergli riconoscere il diritto all’autodeterminazione nella scelta religiosa<sup>73</sup>. Cosa certa è che il minore non può essere diviso tra i suoi parenti in ragione del mutamento del credo religioso da parte di un genitore dopo la separazione. In caso di disaccordo tra i genitori, sarà l’autorità giudiziaria a decidere<sup>74</sup>. Il caso Hoffmann. C. Austria (1993), avente ad oggetto l’affidamento dei figli in ambito della separazione, ha posto la questione religiosa al centro del dibattito, causa di *discrimen* ai fini decisionali dell’affidamento dei figli. La Corte europea ha condannato l’Austria in ragione della posizione adottata dalla Corte suprema austriaca che aveva deciso di affidare i minori al padre, invece che alla madre, in ragione del suo mutamento del credo religioso,

<sup>72</sup> Si v. KATHARINA BOELE-WOEWLKI, FRÉDÉRIQUE FERRAND, CRISTINA GONZALEZ BEILFUSS, MAARIT JÄNTERÄ- JAREBORG, NIGEL LOWE, DIETER MARTINY, WALTER PINTENS, *Principles of European Family Law - Regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, Oxford, 2007, p. 119 ss.

<sup>73</sup> Con l’entrata in vigore della legge 8 febbraio 2006, n. 54 recante “Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli”, anche attraverso il nuovo dettato dell’art. 155 c.c. sono frequenti clausole di accordo di separazione che contengono l’obbligo dei genitori ad educare il figlio in una specifica fede religiosa, talvolta anche con il divieto di istruirlo o metterlo in contatto con persone seguaci di altre fedi religiose, impegno la cui violazione comporta il mutamento dell’affido. Così, ANTONIO FUCCILLO, *Giustizia e religione*, cit., p. 173.

<sup>74</sup> Tuttavia, ciò non è possibile in tutti gli ordinamenti europei. Si pensi all’Ungheria, ove la Costituzione vieta espressamente allo Stato, e pertanto anche alle autorità giudiziarie, di intervenire in qualsiasi forma in merito all’esercizio dell’educazione religiosa.

da cattolica a testimone di Geova, considerato questo quale elemento che avrebbe sfavorito l'interesse dei minori<sup>75</sup>.

Analogamente la giurisprudenza italiana, con una pronuncia della Corte di Cassazione nell'ordinanza n. 14728 del 19/07/2016, ha stabilito che la scelta spirituale di uno dei genitori di aderire ad una confessione religiosa diversa rispetto a quella cattolica, nel caso particolare a quella dei Testimoni di Geova, non costituisce ragione sufficiente per giustificare l'affidamento esclusivo dei minori all'altro genitore, lì dove ci sono emergenze probatorie che mostrino che entrambi i coniugi risultino legati ai figli e capaci di accudirli nella quotidianità<sup>76</sup>.

Nessuna valutazione deve essere aprioristica e l'esercizio della libertà religiosa deve essere valutata sempre in considerazione dell'interesse del minore, alla luce delle circostanze e relazioni strettamente associate a questa scelta, costruttive e definitorie della sua personalità. Difatti, la stessa Corte, in una pronuncia del 2012 in tema di separazione giudiziale dei coniugi, aveva disposto che l'affido condiviso dei figli minori può anche prevedere – nell'interesse di questi – specifiche prescrizioni e divieti a carico del genitore “collocatario”, come il divieto di coinvolgimento del figlio nella propria e mutata scelta religiosa, qualora si sia palesata dannosa per l'equilibrio e la salute psichica del bambino e pertanto contraria al suo interesse<sup>77</sup>. L'ago della bilancia è costituito dalla necessità di garantire un regolare sviluppo del minore che si realizza anche favorendo un processo di socializzazione, necessario per “l'acquisizione delle certezze indispensabili per una crescita equilibrata”.

Ed è per questo che il giudice non incorre in una censura in sede di legittimità purché “la motivazione non sia viziata sul piano logico”<sup>78</sup> quando non consente al minore di praticare una scelta religiosa autonoma rispetto a quella dei genitori, lì ove ritenga che questa scelta non sia supportata da una necessaria maturità e pertanto possa pregiudicare lo sviluppo armonico della sua personalità.

---

<sup>75</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo in materia religiosa nell'affare Hoffmann c. Austria, in [www.osservatoriocedu.eu](http://www.osservatoriocedu.eu); TULLIO SCOVAZZI, *Libertà di religione e testimoni di Geova secondo due sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 3, 1994, p. 719 ss.

<sup>76</sup> Cfr. anche Corte di Cassazione, sentenza 27 ottobre 1999, n. 12077.

<sup>77</sup> Talvolta, l'affidamento della prole può essere precluso qualora il genitore abbia delle turbe psichiche e delle instabilità caratteriali che si riversano sul minore, provocando degli irreparabili pregiudizi proprio perché compromettenti l'equilibrio e la serenità della vita del minore. Per un'analisi approfondita di questi aspetti si v. GIACOMO OBERTO, *Modelli educativi ideologici, culturali e religiosi rispetto al minore di genitori in crisi*, in *Famiglia e diritto*, n. 2, 2010, p. 516.

<sup>78</sup> Cfr. Cass. Civ. Sez. I, del 4 novembre 2013, n. 24683. Si v. MASSIMO DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 336 ss.