

# **Il primato giuridico e morale del concetto di *interesse del minore***

di *Michele Riondino*

Pontificia Università Lateranense – Città del Vaticano

Università LUMSA – Roma

## **Introduzione**

La tutela dei minori, e la promozione dei loro interessi, rappresenta una delle grandi sfide che la società contemporanea rivolge non solo alla regolazione giuridica dei singoli Stati ma, in particolar modo, a tutti gli interventi della sfera pubblica<sup>1</sup>. L'attenzione rivolta alla tutela dei fanciulli è infatti presente, già da parecchi decenni, nella maggior parte degli ordinamenti statali i quali si sono gradualmente impegnati a “*costituire in discipline epistemologicamente autonome sia il diritto di famiglia in generale che il diritto minorile in particolare*”<sup>2</sup>.

A tutti è noto come nel contesto occidentale in cui viviamo, seppur con apparenti segni di benessere rispetto ad altre realtà sociali e culturali non distanti da noi, assistiamo quotidianamente a gravi ed allarmanti contraddizioni sull'infanzia. Infatti nelle nostre città,

---

<sup>1</sup> Cfr. J. GOLDSTEIN – A. FREUD – A. J. SOLNIT – S. GOLDSTEIN, *In the Best Interests of the Child*, New York, 1986, pp. 3-6.

<sup>2</sup> Cfr. F. D'AGOSTINO, *Una filosofia della famiglia*, Milano, 2003, p. 211. Sul crescente impegno da parte della Commissione Europea, in merito alla protezione dei diritti dei minori e degli adolescenti, rimando all'intervista rilasciata dall'On. Franco Frattini pubblicata a cura del Centro Studi – Ricerche e Attività Internazionali del Dipartimento per la Giustizia Minorile, *La protezione dei diritti dei minori in Europa*, in *Nuove Esperienze di Giustizia Minorile*, 1 (2008), pp. 9-12. Tra le molteplici iniziative meritano una menzione particolare: la riunione dei *Ministri responsabili per l'Infanzia* degli Stati membri dell'Unione Europea (celebrata a Parigi il 20 novembre del 2000 che ha approvato la costituzione di un Gruppo intergovernativo permanente denominato *L'Europe de l'Enfance*), la riunione dei Ministri (Bruxelles, 9 novembre 2001) che ha promosso la creazione di un *Network Europeo di Osservatori Nazionali sull'Infanzia* (costituito ufficialmente al Firenze il 24 gennaio 2003), fino ad approdare all'istituzione, nel 2007, di un *Forum europeo* che si celebra ogni anno a Bruxelles e che vede riuniti studiosi, rappresentanti delle istituzioni e del non profit degli stati membri dell'UE. In merito all'impegno delle Nazioni Unite si rinvia al *World Summit for Children* (New York 23-30 settembre 1990) conclusosi con la *Dichiarazione mondiale sulla sopravvivenza, la protezione e lo sviluppo dell'infanzia* e la *Sessione speciale dell'ONU per l'Infanzia* (New York 8-10 maggio 2002).

piccole o grandi che siano, esistono molti, anzi troppi, *bambini abbandonati* non tanto all'interno di comunità o istituti assistenziali quanto nelle loro stesse famiglie; molti *bambini abusati* non solo sul piano fisico ma spesso sul piano psicologico anche attraverso quella terribile, e sempre crescente, forma di violenza che è costituita dalla trascuratezza<sup>3</sup>; molti *bambini manipolati* non solo dalla famiglia ma anche da parte di istituzioni che impongono loro false identità; molti *bambini dimenticati e indifesi* perché i loro diritti fondamentali sono misconosciuti da agenzie educative che li emarginano, da servizi pubblici poco attivi e da famiglie spesso affettivamente assenti o pedagogicamente insufficienti; molti *bambini invisibili*: i nomadi la cui fanciullezza è scomparsa, bambini purtroppo tollerati ma quasi mai veramente integrati; molti *bambini a cui è stata negata l'infanzia* perché troppo presto oberati da responsabilità che pesano come un macigno sulla loro vulnerabile età; molti *bambini diversamente abili* che nascono e crescono all'interno di famiglie spesso lasciate sole e che, con estrema fatica, vivono il senso di appartenenza con nuclei familiari che condividono con loro lo stesso percorso: età dei bambini, frequenza della stessa scuola, dello stesso quartiere, della stessa comunità religiosa, delle stesse realtà ludiche e sociali.

Le solenni Dichiarazioni internazionali stipulate negli ultimi decenni hanno gradualmente cercato di attenuare questi pericoli e queste allarmanti diversità riconoscendo ai minori una particolare titolarità di diritti e di interessi, soprattutto in considerazione della loro condizione di soggetti in formazione. Garantire, quindi, la protezione e la tutela effettiva dei diritti e degli interessi di coloro che si *affacciano alla vita* costituisce, ora più che mai, una priorità assoluta su cui nessuno può sentirsi esonerato. Nonostante ciò, è solo dalla fine degli anni ottanta che si è sviluppata, nella maggior parte dei Paesi europei, una cultura fondata sulla attenzione e sulla solidarietà (principi che sono alla base di una comune etica sociale) verso la condizione dei minori e, in modo particolare, verso il loro armonico sviluppo<sup>4</sup>. Si è così diffusa, seppure con estrema fatica, una più matura comprensione sul fatto che la tappa

---

<sup>3</sup> Sulle recenti modifiche introdotte a seguito della Ratifica da parte dell'Italia alla Convenzione di Lanzarote del 2007 si consenta il rinvio a M. RIONDINO, *La Convenzione di Lanzarote. Aspetti giuridici e canonici in tema di abuso sui minori*, in *Apollinaris*, 2013, pp. 149-176.

<sup>4</sup> Per ulteriori approfondimenti, valga il rinvio a M. RIONDINO, *Famiglia e Minori. Temi giuridici e canonici*, Città del Vaticano, 2011, *passim*; ID., *L'evoluzione del concetto di "interesse del minore" nella cultura giuridica europea*, in AA. VV., *Civitas et Iustitia. La filiazione nella cultura giuridica europea*. Atti del XIII Colloquio Giuridico Internazionale, Città del Vaticano, 2010, pp. 389-411; C. McGLYNN, *Families and the European Union*, Cambridge, 2006, pp. 42-77.

dell'infanzia coincida con un momento fondamentale nello sviluppo di *ogni persona*; che il bambino, mi sia consentito sottolineare *ogni bambino*, costituisce e porta con sé, fin dalla nascita, un valore unico ed irripetibile che deve essere rispettato e protetto e che non può, in modo alcuno, essere considerato alla stregua di un adulto in miniatura, un soggetto cioè che può essere utilizzato e plasmato a discrezione e secondo gli esclusivi interessi di noi adulti; che i possibili e drammatici comportamenti devianti<sup>5</sup>, assunti nel corso del processo di crescita e di maturazione, devono essere *corretti* e *tollerati* nel tentativo di recuperare e di educare il soggetto in formazione senza così emarginarlo e, infine, che al minore devono essere assicurati, in particolare in un contesto sempre più multiculturale come quello in cui viviamo, spazi di autonomia e di libertà tali da far maturare in lui autentici valori di *giustizia* e di *solidarietà*. Tali valori, infatti, oltre ad essere riconosciuti a ciascun individuo, possiedono per i fanciulli un significato molto peculiare: contribuire alla formazione di una personalità che si troverà a dover fare fronte alle numerose ed inaspettate sfide della vita.

Consideravo doveroso partire da tali premesse per ricordare che il dovere di riconoscere un primato sui diritti di *ogni bambino* non derivi dal considerare il fanciullo come un individuo costitutivamente debole, bensì dall'interpretare l'innocenza e la debolezza (caratteristiche che sono proprie di un soggetto in formazione) come un dovere esplicito da parte di ciascuno di essere in grado di impostare in modo adeguato -alle esigenze di un minore- tutte le dinamiche e gli aiuti che coincidono con la *preminente tutela* dei suoi *interessi* evitando, in tale modo, l'annullamento o il soffocamento dei legittimi interessi di cui il bambino è portatore.

## **1) Portata giuridica del concetto di interesse del minore**

Per meglio però comprendere la centralità e lo sviluppo del concetto in esame ritengo, fin da ora, utile e doverosa una precisazione terminologica. Malgrado venga utilizzato il

---

<sup>5</sup> In merito alla finalità *educativo – riparativa* a cui tende il processo penale minorile in Italia (disciplinato dal d.p.r. 448/88) si consenta il rinvio a M. RIONDINO, *The juvenile justice system in Italy* (relazione presentata al Congresso Internazionale “*Developing tendencies of criminal law in Europe and in the USA*” promosso dalla facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Miskolc – Ungheria il 14 ottobre 2011), i cui atti sono in corso di pubblicazione. Valga, altresì, il rinvio a ID., *Per il minore autore di reato valutazioni ad hoc suddivise in quattro fasi*, in *Famiglia e Minori – Guida al Diritto*, 2010, pp. 74-78; ID., *Giustizia riparativa e mediazione minorile*, in *Apollinaris*, 2009, pp. 447-466; ID., *Justicia restaurativa y mediacion juvenil. La experiencia en Italia*, in *Nuove Esperienze di Giustizia Minorile*, 2009, pp. 27-40.

termine di *interesse* è d'obbligo rammentare che i beni inclusi come oggetto di protezione, nel medesimo concetto, non sono riconducibili al significato solitamente attribuito alla categoria dei meri interessi, cioè alle posizioni giuridiche soggettive di rango inferiore. Al contrario, nella formulazione in esame, rientrano beni da proteggere che possiedono la categoria di diritti soggettivi. Ne deriva, quindi, che dovrebbero essere denominati *diritti dei minori*, in quanto il richiamo all'interesse del minore trova la sua origine nel considerare il fanciullo come effettivo titolare di diritti universalmente riconosciuti quali la *libertà*, la *salute*, l'*istruzione* e la *formazione*<sup>6</sup>. L'obbligo di garantire tali diritti deve essere perseguito anche nel caso in cui si dovessero riscontrare situazioni di netta contrapposizione con gli interessi degli adulti; ciò significa che agli adulti deve essere preclusa ogni azione atta a limitare lo sviluppo di tali diritti inviolabili, purché il fanciullo abbia raggiunto quel grado minimo di maturità necessario per la tutela autonoma dei suoi interessi.

Il diritto minorile, come è stato autorevolmente affermato, viene quindi a coincidere con un "*diritto dei diritti del minore*"<sup>7</sup> e cioè al vasto insieme di norme che raccolgono tutti quei diritti che sono riconosciuti ad ogni cittadino e che assumono una particolare caratteristica in rapporto alla peculiare situazione del suo destinatario (o titolare). Tale peculiarità deriva dalla sua condizione di soggetto in formazione. Il diritto dei minori, quindi, non si definisce più come un diritto che considera esclusivamente il comportamento che gli adulti devono assumere verso i fanciulli, né tanto meno i doveri degli stessi fanciulli nei confronti della comunità di appartenenza. Deve essere considerato come un diritto complesso, fondato sui reali bisogni e sulle concrete esigenze di una personalità in evoluzione, avente per oggetto l'identificazione degli strumenti (giuridici e sociali) necessari per rispondere alla legittima aspirazione alla libertà. Tale aspirazione, nel caso del minore, necessita di mezzi finalizzati ad assicurare appropriate condizioni di vita che consentano una graduale e responsabile conquista verso la libertà.

Il concetto di *interesse del minore* risulta oggi il principio cardine su cui si fonda sia la legislazione familiare e minorile sia la normativa sociale nella maggior parte dei paesi

---

<sup>6</sup> Cfr. M. RIONDINO, *Il minore di fronte alla giustizia*, in *Commentarium*, 2006, pp. 154-155.

<sup>7</sup> Cfr. M. DOGLIOTTI, *Sul concetto di diritto minorile: autonomia, favor minoris, principi costituzionali*, in *Dir. fam. pers.*, 1977, pp. 954 ss.

occidentali<sup>8</sup>. Il concetto in esame è espressamente sancito nella *Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti del fanciullo* di New York del 1989 (ratificata e resa esecutiva in Italia attraverso la L. 176/1991), nella *Convenzione Europea sull'esercizio dei Diritti del fanciullo* di Strasburgo del 1996 (ratificata e resa esecutiva in Italia attraverso la L. 77/2003)<sup>9</sup>, nonché nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* proclamata a Nizza nel 2000<sup>10</sup>.

La Convenzione ONU sui diritti del bambino, di cui celebriamo il venticinquesimo anniversario, risulta il trattato internazionale in materia di diritti umani che ha ottenuto il maggior numero di ratifiche<sup>11</sup> fatta eccezione (ad oggi) per gli Stati Uniti e la Somalia. Anche la Santa Sede, pur formulando alcune riserve, in particolare sul ruolo che deve essere garantito alla famiglia in tema di scelta educativa e religiosa, si annovera tra i primi soggetti di diritto internazionale ad avere sostenuto e ratificato la Convenzione di New York in nome proprio del *superiore interesse del fanciullo*, principio che trova nel secolare magistero della Chiesa piena e responsabile accoglienza<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. C. MCGLYNN, *Families and the European Union*, Cambridge, 2006, p. 42; E. M. MARTINEZ GALLEGÓ, *Matrimonio y Uniones de hecho*, Salamanca, 2001, pp. 183-206; V. POCAR – P. RONFANI (a cura di), *L'interesse del minore nella legge e nella pratica. Esperienze nazionali a confronto*, Milano, 1996, pp. 7-11; E. VERHELLEN, *Children's Rights in Europe*, in *International Journal of Children's Rights*, 1993, pp. 357 ss.

<sup>9</sup> Per approfondimenti cfr. M. R. SAULLE, *Le dichiarazioni internazionali a tutela dei minori e la Convenzione sui diritti del bambino*, in G. BADIALI (a cura di), *Raccolta di scritti in memoria di Agostino Curti Gialdino*, Napoli, 1991, pp. 258-259.

<sup>10</sup> L'art. 24 della *Carta* proclamata a Nizza il 17 dicembre del 2000 (cfr. *Gazzetta Ufficiale Comunità Europea* del 18/12/2000, pp. 1-22) così dispone: “*I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente. Ogni bambino ha il diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo ciò sia contrario al suo interesse*”.

<sup>11</sup> Cfr. D. LAMBERTI DA SILVA, *L'applicazione effettiva della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: il problema delle riserve*, in L. CITARELLA – C. ZANGHÌ (a cura di), *Il diritto d'ascolto del minore*, Roma, 2009, pp. 39-76; M. RIONDINO, *L'interesse del minore come legittimazione e limite dell'ordinamento in materia di educazione religiosa*, in G. L. FALCHI – A. IACCARINO (a cura di), *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici*. Atti del XIV Colloquio Giuridico Internazionale, Città del Vaticano, 2012, pp. 623-633.

<sup>12</sup> Sul magistero della Chiesa in tema di famiglia e di minori, cfr. M. RIONDINO, *The family in the Magisterium of Benedict XVI. Juridical Profile* (relazione tenuta a Bucharest il 2 novembre 2011 in occasione dell'International Congress: *The Christian Family, a Blessing for the Church and for the Society*) i cui atti sono in corso di pubblicazione. Per la traduzione in lingua italiana, cfr. M. RIONDINO, *La famiglia nel Magistero di Benedetto XVI. Profili giuridici*, in *Commentarium*, 2013, pp. 239-255.

Il ricordo, inevitabilmente, riporta la nostra memoria a quel lontano 20 novembre del 1989 quando, quasi a voler commemorare il bicentenario della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e del cittadino, venne presentata all'approvazione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite la *Magna Charta* dei diritti del bambino: un corpus legislativo composto da ben cinquantaquattro articoli che, ratificato dalla maggioranza assoluta dei Paesi, ha modificato radicalmente il concetto giuridico sotteso alla figura del minore innovando, in modo coraggioso e significativo, tutte quelle tutele già attribuite alla figura del *bambino* dagli ordinamenti internazionali, il quale, in forza di questa nuova intesa tra i popoli, deve essere considerato soggetto attivo di diritti e non più oggetto passivo che necessita di generiche cure e tutele. In virtù di ciò che viene solennemente stabilito nella Convenzione, che ricordiamo essere vincolante per gli Stati che l'hanno ratificata, ad *ogni bambino* deve essere garantito: un livello di vita sufficiente per consentire il suo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale e sociale (*ex art. 27*), il migliore stato di salute possibile nonché la possibilità di poter beneficiare dei servizi medici e di riabilitazione (*ex art. 24*), la protezione contro ogni forma di sfruttamento economico (*ex art. 32*), la possibilità di accedere ad una educazione e formazione lavorativa in funzione delle capacità che gli sono proprie (*ex art. 28*). Accanto a ciò la Convenzione stabilisce che il criterio del *miglior interesse del minore*, clausola da adottare nel caso in cui si debbano prendere provvedimenti giurisdizionali e nella predisposizione di percorsi di promozione e tutela da parte della Pubblica Amministrazione, debba essere sempre considerato come prevalente

Come è noto, non spetta generalmente alle fonti normative definire i concetti; quelle di rango internazionale hanno già svolto un importante ruolo, in quanto hanno favorito l'impegno dei legislatori nazionali e della giurisprudenza -dei vari ambiti e livelli- che ha cercato di considerare l'interesse del fanciullo come baricentro di tutta la normativa familiare e minorile. Molti studiosi però sono concordi nell'affermare la concreta necessità di pervenire ad una definizione esplicita dell'*interesse del minore*. Malgrado ciò, nessuna legislazione o giurisprudenza è riuscita a fornire una definizione del concetto che abbia come fondamento criteri oggettivi<sup>13</sup>. Ciò non dovrebbe sorprendere eccessivamente; l'interesse del minore, nelle fonti giuridiche indicate, è una clausola di carattere generale che *ex natura sua* concede largo spazio alla discrezionalità interpretativa. Può stupire, al contrario, la totale mancanza di criteri

---

<sup>13</sup> Cfr. J. EEKELAAR, *Child support: an evaluation*, in *Family Law*, 1991, pp. 511 ss.

mirati a circoscrivere tale discrezionalità, eccezion fatta per il Regno Unito con il *Children Act* del 1989, nel cui preambolo si statuisce che “quando una corte decide in merito a qualsivoglia questione concernente la cura e l’educazione di un minore o l’attribuzione di redditi che ne derivano, dovrà considerare il benessere del minore quale criterio preminente di valutazione”<sup>14</sup>.

Nella cultura giuridica europea si è quindi assistito, pur con le naturali differenze che rispondono alle peculiarità dei singoli stati, ad una nuova sensibilità verso la tutela giuridica dei minori ed in particolar modo dei loro *preminenti interessi*; tale principio è divenuto fulcro della regolazione giuridica sull’infanzia identificando, tale concetto, come principio ispiratore dei rapporti tra la sfera pubblica e quella privata in ambito familiare<sup>15</sup>.

L’evoluzione ed i repentini cambiamenti in atto all’interno della famiglia, nella cultura occidentale, sono un dato acquisito; l’attenzione degli studiosi, specialmente a partire dagli anni settanta, si è concentrata nell’elaborare una concezione sempre più personalistica dell’istituto matrimoniale e familiare<sup>16</sup>. Simile prospettiva si è identificata, col passare del tempo, nella maggiore attenzione riposta sugli interessi dei singoli componenti del nucleo familiare<sup>17</sup>. Tale concezione intende coniugare la dimensione istituzionale con la solidità delle

---

<sup>14</sup> ID., *L’interesse del minore nella legislazione sulla famiglia in materia di rapporti personali in Inghilterra e Galles*, in V. POCAR – P. RONFANI (a cura di), *L’interesse del minore*, pp. 135-165. Il *Children Act* del 1989 si impegna concretamente a fornire una risposta circa il problema dell’indeterminatezza insita nel criterio in esame, predisponendo una sorta di “lista di controllo” in cui sono elencati e commentati gli elementi a cui le Corti devono riferirsi nel prendere decisioni in merito al fanciullo. Tali elementi sono: i desideri e le legittime aspirazioni manifestate dal minore (anche in considerazione della sua età e maturità); i bisogni fisici, emozionali e le sue esigenze educative; l’età, il sesso, l’ambiente in cui vive; i disagi oppure i pericoli che ha dovuto affrontare o in cui potrebbe essere coinvolto, e infine la capacità dei genitori, o di qualsiasi persona che abbia relazioni con il bambino, di soddisfare le sue legittime pretese e necessità, sempre in considerazione al suo preminente ed esclusivo interesse.

<sup>15</sup> Cfr. F. D’AGOSTINO, *Credere nella famiglia*, Cinisello Balsamo, 2010, 43-57; P. BRUKNER, *L’era della quasi-famiglia*, in *Il Sole 24 Ore*, 14/12/2008, p. 29; L. CITARELLA, *L’impegno internazionale di tutela dei diritti dei minori*, in F. MILANESE (a cura di), *Bambini, diritti e torti*, Udine, 2005, pp. 179-182; J. FORTIN, *Children’s Rights and the Developing Law*, London, 2002, pp. 31 ss.; V. POCAR, *La tutela del minore tra diritto e politiche sociali*, in AA. VV., *La tutela del minore*, pp. 13-22.

<sup>16</sup> Cfr. T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Torino, 2008, pp. 1-11; E. SCABINI, *Mutamenti familiari e nuovi assetti intergenerazionali*, in R. BALDUZZI – I. SANNA (a cura di), *Ancora Famiglia?*, Roma, 2007, pp. 77-104; G. GIACOBBE, *La famiglia nell’ordinamento giuridico italiano*, Torino, 2006, pp. 43-44; G. FERRANDO, *Manuale di diritto di famiglia*, Roma-Bari, 2005, pp. 3-20; V. POCAR – P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, 2003, pp. 31-48; A. BAINHAM *Family Rights in Next Millennium*, in *Current Legal Problems*, 2000, pp. 471 ss.; R. O’BRIEN, *Domestic partnership: recognition and responsibility*, in *San Diego Law Review*, 1995, pp. 163 ss.

relazioni simmetriche (tra coniugi) e asimmetriche (tra genitori e figli) proprie della famiglia tutelando, con varie misure, che i legami giuridici intrafamiliari siano fondati su relazioni personali e personalizzanti. A nessuno sfugge che questa concezione abbia comportato delle conseguenze complesse e inquietanti rispetto alla stabilità del matrimonio, soprattutto, in merito al mantenimento del vincolo coniugale<sup>18</sup>. Tuttavia, rispetto alla tutela dell'interesse del minore, la concezione personalistica della famiglia risulta oggi un progresso indispensabile, di cui debbono essere maggiormente apprezzati i vantaggi rispetto ai rischi. La famiglia infatti è l'ambito all'interno del quale si determina il primo e più importante processo di socializzazione del minore ed è proprio dalle relazioni, più o meno solide, tra i vari membri che dipende lo sviluppo della sua personalità<sup>19</sup>.

La prospettiva personalistica sulla famiglia ha provocato, inoltre, l'integrazione e la revisione dei consueti principi regolatori in merito alla tutela dei minori. Il principio tradizionale, in ambito giuridico, è stato soprattutto quello della rappresentanza legale del minore affidata al genitore, considerato come unico interprete e depositario delle necessità e delle volontà dei figli, in forza della ormai secolare idea della coincidenza tra i suoi interessi e quelli del fanciullo. L'evoluzione personalistica ha fatto emergere altresì l'esigenza di affiancare, alla tradizionale rappresentanza legale, la garanzia della giusta autonomia del minore.

---

<sup>17</sup> Cf. G. DALLA TORRE, *Matrimonio e famiglia*, Roma, 2006, pp. 55 ss.; G. CAMPANATO, *Il minore nei rapporti familiari*, in G. CAMPANATO – V. ROSSI – S. ROSSI, *La tutela giuridica del minore*, Padova, 2005, pp. 56-65.; L. MENGONI, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in AA. VV., *La famiglia crocevia della tensione tra "pubblico" e "privato"*, Milano, 1980, pp. 286 ss.; G. VISMARA, *Il diritto di famiglia in Italia dalle riforme ai codici*, Milano, 1978, pp. 1-3; C. CARDIA, *Il diritto di famiglia in Italia*, Roma, 1975, pp. 13 ss.

<sup>18</sup> Dopo un lungo e laborioso iter parlamentare -iniziato in sede di Commissione Giustizia della Camera il 5 maggio del 1966- con l'unificazione delle proposte di legge Fortuna e Baslini in un unico testo concordato, proseguito con l'approvazione di quest'ultimo da parte della stessa Camera nella seduta del 28 novembre del 1969 e con le modificazioni apportate dal Senato al testo originale a seguito di un ampio dibattito che si è concluso nella seduta del 9 ottobre del 1970, la legge n. 898 del 1 dicembre del 1970, recante la *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, viene definitivamente approvata dalla Camera dei Deputati nella seduta del 24 novembre del 1970. Per maggiori approfondimenti, cfr. V. DE MARTINO – E. PROTETTI – M. TADDEUCCI – M. TONDO, *Scioglimento del matrimonio. Commento teorico-pratico alla L. 898/1970*, Roma, 1971, pp. 3-161. In seguito alla modifica dell'art. 149 cod. civ., che ammetteva solo la morte di uno dei coniugi come causa di scioglimento del vincolo matrimoniale, la L. 898/79 ha introdotto nell'ordinamento italiano l'istituto del *divorzio* o scioglimento *inter vivos* del rapporto matrimoniale, fattispecie già presente in altre realtà europee; cfr. G. BRUNELLI, *Divorzio e nullità di matrimonio negli Stati d'Europa*, Milano, 1959.

<sup>19</sup> Cfr. C. M. MARTINI, *Famiglia e politica*, in *Aggiornamenti sociali*, 2001, pp. 250-263.



Le scienze umane, in particolare la psicologia, hanno arricchito la comprensione della condizione del fanciullo come soggetto in evoluzione-formazione, quindi bisognoso di aiuto e di tutela, fino al suo inserimento autonomo nella società<sup>20</sup>. Il contributo principale di tali discipline consiste nello svelare che le varie esigenze del minore, in ciascuna delle sue fasi evolutive, non possono essere lasciate all'improvvisazione ma richiedono una programmazione saggia ed una puntuale verifica. In tal senso, nella nozione di *interesse del minore* è implicita la necessaria progettualità (da parte del legislatore) insita nel concetto stesso: l'attività giurisdizionale si fonda quindi in un progetto ancorato nell'impegno concreto di favorire lo sviluppo del minore in vista di un suo maturo e responsabile inserimento nella comunità sociale.

I diritti e gli interessi, di cui il fanciullo è legittimo titolare, non vengono più intesi come subordinati esclusivamente ai diritti ed agli interessi della sua famiglia di origine, bensì in rapporto a ciò che il minore necessita in quel determinato momento. Questa è la conseguenza concreta del graduale processo che ha condotto a non considerare più il fanciullo come un soggetto debole e immaturo, ma come un vero cittadino portatore di concreti diritti soggettivi. Tale sguardo innovativo obbliga a favorire, in dottrina e in giurisprudenza, ogni sostegno finalizzato ad una crescita del minore fornendogli, in tal modo, tutti gli strumenti necessari per divenire maturo protagonista della sua storia e del suo futuro<sup>21</sup>.

## **2) La normativa internazionale in materia minorile**

Nella legislazione internazionale del secolo scorso si apprezza l'evoluzione testé indicata; prima di essa, la posizione del minore era stata da sempre collocata in una *zona d'ombra*, sia per ciò che concerne la sua personalità, sia in riferimento alla sua tutela. Non sono trascorsi molti anni da quando, in senso giuridico, il fanciullo era considerato fondamentalmente alla stregua dei malati e degli inabili, cioè non in grado di agire in modo autonomo. Tale interpretazione dipendeva dall'idea di totale subordinazione del minore nei

---

<sup>20</sup> Cfr. G. DE LEO – P. PATRIZI, *La formazione psicosociale per gli operatori della giustizia*, Milano, 1995, pp. 69-79; J. GOLDSTEIN – A. FREUD – A. J. SOLNIT, *Beyond the best interests of the child*, New York, 1979, pp. 9-28.

<sup>21</sup> Cfr. A. C. MORO, *La Convenzione ONU quindici anni dopo*, in F. MILANESE (a cura di), *Bambini, diritti*, p. 51; J. DEWAR, *Law and the Family*, London, 1992, pp. 469-474; J. EEKELAAR, *Parental Responsibility: state of nature or nature of state?*, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 1991, pp. 37 ss.

confronti dei genitori<sup>22</sup>. La concezione nuova che soggiace alla normativa internazionale rende ragione del lungo cammino compiuto volto a promuovere, garantire e tutelare, il minore come vero cittadino<sup>23</sup>.

Nell'ambito dell'ordinamento internazionale la tutela dei minori e dei loro interessi fu affrontata, per la prima volta, nel periodo immediatamente successivo all'industrializzazione. Ciò si spiega in quanto il concetto in sé di interesse del minore era strettamente correlato allo sfruttamento dei fanciulli nel mondo del lavoro<sup>24</sup>. Agli inizi del secolo scorso, in seno alla *Conferenza Internazionale di Diritto Privato* svoltasi all'Aja nel 1902 emerse, con forza, l'urgenza di favorire una nuova sensibilità verso il minore lavoratore.

Ulteriore traguardo in materia minorile si raggiunse ad opera dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) che nel 1919, anno della sua fondazione, si impegnò a promuovere lo sviluppo minorile in materia internazionale con particolare attenzione all'accesso del minore al mondo del lavoro<sup>25</sup>, nonché alla sua tutela sociale e previdenziale. Alla Convenzione del 1919 sono susseguiti numerosi atti normativi che hanno rappresentato un sistema strutturato di tutela dei minori lavoratori<sup>26</sup>. Il primo tentativo di elaborare uno

---

<sup>22</sup> Cfr. J. MILES, *Mind the Gap: Child Protection, Statutory Interpretation and the Human Rights Acts*, in *Cambridge Law Journal*, 2001, pp. 499 ss.; M. FERNANDEZ SANZ, *La politica infantil en Espana*, Madrid, 1991, pp. 5 ss.; P. BOUCHAD, *La protection de l'enfant en Europe*, in *Annuaire Europeen*, 1990, pp. 21 ss.; J. GOLDSTEIN – A. FREUD – A. J. SOLNIT, *Before the best interests of the child*, New York, 1979, pp. 111-129.

<sup>23</sup> Cfr. A. C. MORO, *Manuale di diritto*, pp. 11-14; P. DAVID, *Sui motivi per cui i diritti dei bambini rimangono una sfida*, in V. BELLOTTI – R. RUGGIERO (a cura di), *Vent'anni di infanzia*, Milano, 2008, pp. 89-93.

<sup>24</sup> Cfr. M. R. SAULLE, *I diritti del minore nell'ordinamento internazionale*, in M. R. SAULLE (a cura di), *La Convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Napoli, 1994, pp. 11-15.

<sup>25</sup> Cfr. T. TREU, *Il minore nel diritto del lavoro*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, pp. 292 ss.

<sup>26</sup> Per approfondimenti cfr. L. SINISCALCHI, *Le Convenzioni dell'OIL e la legge italiana sulla tutela del lavoro dei minori*, in M. R. SAULLE (a cura di), *La Convenzione dei*, pp. 87-115. Nella sua analisi l'A. evidenzia che le Convenzioni dell'OIL si possono dividere principalmente in tre gruppi. Il primo gruppo comprende tutte quelle Convenzioni destinate a determinare le diverse età di avviamento al lavoro dei fanciulli; la prima è la *Convenzione 5/1919* (che innalzava l'età minima di accesso al lavoro industriale dai quattordici ai quindici anni), per approdare successivamente ad altri documenti normativi volti a disciplinare altre categorie di impiego come, per esempio, l'età minima di avvio dei fanciulli al lavoro agricolo, a quello forestale, a quello marittimo fino a quello sotterraneo nelle miniere. Solo agli inizi degli anni settanta l'OIL adottò la *Convenzione 138/1973* in cui “*gli Stati membri si impegnavano a perseguire una politica nazionale che tendesse ad assicurare l'abolizione effettiva del lavoro dei fanciulli e ad elevare progressivamente l'età minima di ammissione all'impiego o al lavoro che permetta agli adolescenti di raggiungere il più completo sviluppo fisico e mentale*” (art.1). Il secondo gruppo di Convenzioni comprende per lo più limiti presenti nella “ratio” e negli scopi richiesti dalla tutela dei minori che si avviano al lavoro; vengono fissate altresì le diverse tipologie di lavoro industriale alle quali

statuto organico dei diritti dei minori risale al 1924 quando la Società delle Nazioni, fortemente incoraggiata da movimenti nati prevalentemente nella realtà e nella cultura giuridica anglosassone, approvò la *Dichiarazione dei Diritti del fanciullo* di Ginevra che, per la prima volta, sanciva alcuni diritti fondamentali da garantire al minore in vista di una sua armonica crescita<sup>27</sup>. Trattandosi di una Dichiarazione Internazionale, alla quale si conferisce, come è noto, valore meramente programmatico, i diritti ivi sanciti risultavano privi di qualsiasi effetto giuridico obbligatorio nei confronti degli Stati.

Proprio per i precedenti normativi di ambito internazionale ora ricordati, risulta paradossale e sconcertante che nella *Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo* del 1948, con cui le Nazioni Unite raccoglievano la dolorosa e drammatica eredità della seconda guerra mondiale, non sia stato riservato uno spazio autonomo e proprio alla figura del minore, concepito unicamente in relazione alla famiglia di origine. Si deve ricordare che simile impostazione, già all'epoca della Dichiarazione, era in declino in quanto ancorata all'arcaica logica del loro essere figli.

Forse per tale segno di involuzione, in seguito, si accentuò la necessità di elaborare un trattato internazionale e organico che prevedesse una puntuale elencazione dei diritti del minore, colmando così le lacune presenti nella *Dichiarazione di Ginevra* del 1924. Fu proprio l'ONU che elaborò una nuova *Dichiarazione dei diritti del fanciullo* (anch'essa dotata di valore meramente programmatico e priva di efficacia giuridica vincolante), approvata all'unanimità dall'Assemblea delle Nazioni Unite riunita a New York il 20 novembre del 1959<sup>28</sup>. I principi riconosciuti nella Dichiarazione in analisi, pur non essendo esigibili nei

---

possono accedere i fanciulli nonché le limitazioni al lavoro notturno (cfr. le *Convenzioni 79/1946 e 90/1948*). Infine le Convenzioni del terzo gruppo si caratterizzano per un impegno, richiesto agli stati, in merito alla tutela preventiva dei minori da avviare al lavoro stabilendo le modalità cliniche per valutare la loro attitudine psico-fisica (cfr. le *Convenzioni 77/1946 e 124/1965*).

<sup>27</sup> Nella *Dichiarazione di Ginevra* del 1924 il fanciullo viene considerato come destinatario di particolari attenzioni in quanto soggetto che necessita di tutela; tra i diritti fondamentali da riconoscere e garantire al minore si può annoverare l'impegno da parte degli Stati di favorire una normale ed adeguata crescita psico-fisica, di ottenere adeguati aiuti e sostegni in caso di necessità o disadattamento, di ottenere una educazione di base che contribuisca alla sua cultura generale sviluppando tutte quelle facoltà atte ad assumere un senso di responsabilità e di maturità, ad essere protetto da ogni forma di discriminazione razziale, etnica o religiosa, nonché il diritto a condurre un regolare processo di socializzazione con i coetanei. Per approfondimenti rimando a M. R. SAULLE, *I diritti del minore*, pp. 24-25.

<sup>28</sup> La *Dichiarazione del 1959* è suddivisa in dieci principi fondamentali; 1) l'enunciazione sulla non discriminazione - nell'accezione più ampia del termine - dei minori; 2) il diritto a ricevere una adeguata tutela

singoli ordinamenti, rendono concreti alcuni valori insiti nei vari sistemi giuridici e mettono in evidenza un diffuso riconoscimento dei diritti e degli interessi del minore. Nell'art. 7, inoltre, si richiama esplicitamente il ruolo familiare affermando che *“l'interesse superiore del fanciullo deve essere la guida di coloro che hanno la responsabilità della sua crescita ed educazione: questa responsabilità ricade in primo luogo sulla famiglia”*.

L'evoluzione fin qui delineata e la lunga strada percorsa, dalla normativa in analisi, ha contribuito a “preparare il terreno” per la stipulazione di accordi internazionali aventi efficacia vincolante per gli Stati come la *Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti del fanciullo di New York* del 1989 che raccoglie, in forma unitaria, i diritti civili, politici, economici, sociali e culturali che si devono riconoscere ad un soggetto in formazione<sup>29</sup>. Il principio generale, canone interpretativo di tutti gli istituti giuridici a tutela di un fanciullo, viene quindi a coincidere con *l'interesse supremo del fanciullo*, di cui l'art. 3 fa esplicito richiamo:

*“In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente”*.

---

per consentire lo sviluppo fisico, intellettuale, morale, spirituale e sociale in condizioni di libertà e di dignità; 3) il diritto al nome ed alla nazionalità; 4) il diritto alla sicurezza sociale, alle cure mediche adeguate, all'alimentazione, alla salute...; 5) ricevere il trattamento, l'educazione e le cure speciali in caso di minorazione fisica; 6) il diritto a svilupparsi e crescere sotto le cure e le responsabilità dei suoi genitori in un clima di affetto e serenità; 7) il diritto a ricevere una educazione (elementare) che dovrà essere gratuita ed obbligatoria consentendogli di sviluppare le sue doti e la sua personalità; 8) il diritto alla protezione ed al soccorso in via prioritaria; 9) il diritto a ricevere protezione contro ogni forma di negligenza, crudeltà o sfruttamento in particolare nell'ambito lavorativo; 10) il diritto ad essere protetto contro pratiche discriminatorie per motivi razziali, religiosi ed essere educato secondo uno spirito di comprensione, di tolleranza, di pace e di fratellanza universale.

<sup>29</sup> La proposta di adottare una specifica Convenzione, che avesse per oggetto i diritti dei minori, fu introdotta dal governo polacco durante la trentacinquesima sessione della Commissione diritti umani delle Nazioni Unite che si celebrò in Polonia nel 1978. In questo contesto socio-politico la Commissione istituì un working-group (composto da esperti in materia familiare e minorile degli stati rappresentanti) per la stesura di una Convenzione sui diritti dei bambini. Il primo incontro si svolse nell'Anno Internazionale del Bambino (1979); il gruppo di esperti dei quarantatré Stati si riunì annualmente con modalità stabilite autonomamente fino al 1988, anno in cui venne ultimata la stesura della *Convenzione ONU sui Diritti del Fanciullo*. Per approfondimenti sul lungo processo che ha visto impegnati gli Stati per un decennio, cfr. N. CANTWELL, *The origins, development and significance of the United Nations Convention on the Rights of the Child*, in S. DETRICK (a cura di), *The United Nations Conventions on the Rights of the Child*, London, 1992, pp. 19-30; A. C. VAN GYSEL, *L'interet de l'enfant, principe generale de droit*, in *Revue generale de droit belge*, 1988, pp. 186 ss; J. EEKELAAR, *The emergence of Children's Rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1986, pp. 161 ss.

Appare evidente, dalla chiara formulazione dell'art. 3, che il criterio del *preminente interesse* risulti indirizzato a regolare in particolare tutte quelle situazioni giuridiche in cui gli interessi del fanciullo siano in opposizione con gli interessi di altri soggetti a lui contrapposti; conseguenza immediata risulta quindi il riconoscimento al minore di uno status autonomo ed indipendente rispetto a quello degli adulti nonché di un impegno, da parte degli Stati, di assumere l'obbligo di far rispettare a tutti i diritti sanciti.

Per la prima volta si pone l'accento sulla necessità di favorire lo sviluppo armonico della personalità del minore dotato di legittime aspirazioni, potenzialità e caratteristiche che dovranno essere rispettate dagli adulti e dalla comunità sociale<sup>30</sup>. In questa prospettiva emerge un palese richiamo affinché ogni adulto si impegni a contribuire non solo alla armonica crescita del minore ma, in particolare, alla sua realizzazione personale limitandone ansie, paure e incertezze in modo da rendere meno difficile un suo maturo e responsabile inserimento nella società<sup>31</sup>. *Fiducia, sicurezza e disponibilità* vengono ad essere prerogative fondamentali da garantire a ogni bambino, prerogative che lo aiuteranno a una solida costruzione del suo destino non solo come uomo, bensì come responsabile cittadino in grado di rispondere alle molteplici sfide che si troverà a dover fronteggiare.

Ulteriore menzione, circa il supremo interesse del minore, viene fatta all'art. 9 della Convenzione ONU dove si afferma il diritto del fanciullo di intrattenere regolarmente relazioni con entrambi i genitori, purché ciò non sia contrario *ai suoi preminenti interessi*; si prevede altresì che gli Stati parti vigilino affinché il bambino non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà a meno che, sempre nel rispetto delle leggi procedurali, l'allontanamento risulti necessario nel suo *preminente interesse*. Ciò significa che la

---

<sup>30</sup> Cfr. V. BUONOMO, *A vent'anni dalla Convenzione sui diritti del fanciullo*, in *Asprenas*, 2010, pp. 49-69; M. FREEMAN, *Why it remains important to take Children's Rights seriously*, in *The International Journal of Children's Rights*, 2007, pp. 5-23; L. FADIGA (a cura di), *Una nuova cultura dell'infanzia e dell'adolescenza. Scritti di Alfredo Carlo Moro*, Milano, 2006, pp. 129-142; P. STANZIONE, *Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1999, pp. 260 ss.

<sup>31</sup> L'attenzione e lo sviluppo della personalità del minore emerge come priorità nella *Convenzione ONU* del 1989 (cfr. art. 29, lett. a). Per approfondimenti cfr. A. BOWERS ANDREWS, *Assicurare adeguate condizioni di vita per lo sviluppo*, in V. BELOTTI – R. RUGGIERO (a cura di), *Vent'anni*, pp. 173-186; J. QVORTRUP, *I bambini e l'infanzia nella struttura sociale*, in H. HENGST – H. ZEIHNER (a cura di), *Per una Sociologia dell'Infanzia*, Milano, 2004, pp. 25-44; M. FREEMAN, *The future of Children's Rights*, in *Children and Society*, 2000, pp. 277-293.

possibilità di intrattenere regolarmente rapporti e relazioni con entrambi i genitori non dovrà limitare, in alcun modo, il suo naturale e graduale sviluppo psico-fisico.

Da quanto si è detto emerge che definire l'*interesse del minore* necessiti di una previa e motivata analisi della situazione personale in cui il fanciullo si trova a vivere; risulta implicito quindi che tale criterio deve potersi modellare in rapporto alle concrete realtà storiche e sociali nonché ai mutamenti culturali ed ambientali che fanno da corollario nella vita del fanciullo. Ancora una volta è opportuno ribadire come si debba giungere alla formulazione circa il reale *interesse del minore* favorendo il contributo offerto dalle scienze umane, superando così eventuali lacune che possano derivare da una lettura meramente giuridica del concetto in esame.

In conclusione, si può affermare che la Convenzione del 1989 renda testimonianza non solo di un esplicito impegno sociale a tutela dei minori, ma anche di un autonomo riconoscimento giuridico finalizzato a stabilire il *preminente interesse* come criterio prevalente e unico da rispettare<sup>32</sup>.

La *Convenzione europea* di Strasburgo del 1996 oltre che specificare alcuni principi già contenuti nella *Convenzione ONU* del 1989 -come l'importanza della famiglia nella promozione dei diritti e degli interessi dei fanciulli- richiama, nel Preambolo, il preminente ruolo di riconoscere l'esclusività ai genitori nella tutela e nella promozione dei diritti e degli interessi dei figli, invitando gli Stati a promuovere politiche atte a favorire la famiglia<sup>33</sup>. Si riconosce altresì al minore la "*possibilità di partecipare* (in prima persona o attraverso terzi) *ai procedimenti che lo riguardano, quelli cioè in materia familiare e relativi all'esercizio delle responsabilità genitoriali*" (art. 1); il diritto quindi ad essere informato e ad esprimere la

---

<sup>32</sup> Sulla nozione di *interesse del minore* sono state avanzate, nel corso degli anni, non poche critiche. In Francia il giurista *J. Carbonier* definiva il concetto in esame come una "*nozione magica*", analogamente a quanto sostiene la sociologa francese *I. Théry* identificando l'interesse del minore ad una "*pozione magica*"; in Italia *G. Dosi* accomuna la nozione ad una sorta di "*paspartout discrezionale*". Per una approfondita analisi sulle critiche formulate, cfr. P. RONFANI, *L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?*, in *Sociologia del diritto*, 1997, pp. 27-54.

<sup>33</sup> Cfr. L. FADIGA (a cura di), *Una nuova cultura*, pp. 143-148. In Italia l'urgenza di favorire politiche a tutela della famiglia e dei minori ha trovato espressione in alcuni provvedimenti legislativi, tra cui la L. 285/1997 sulle *Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza* e la L. 451/1997 sull'*Istituzione della Commissione parlamentare per l'Infanzia e dell'Osservatorio nazionale per l'infanzia*.

propria opinione nei procedimenti davanti all'autorità giudiziaria (art. 3) è una delle conquiste a tutela dell'infanzia di cui si è fatta eco la *Convenzione di Strasburgo* del 1996.

La *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* del 2000, dopo aver solennemente enunciato, nel Preambolo, i principi su cui si fonda la nostra comunità, si sviluppa in 54 articoli in cui emergono valori comuni quali la *dignità, la libertà, l'uguaglianza* e la *solidarietà* che, lungo i secoli, hanno accompagnato la cultura occidentale. Tali valori impegnano i popoli europei a creare tra loro un legame sempre più solido nell'intenzione comune di contribuire all'edificazione “*di un futuro di pace fondato nella consapevolezza del suo patrimonio spirituale e morale*”. L'art. 7 della *Carta di Nizza* si impegna altresì a rispettare la vita privata e familiare garantendo, in tal modo, una tutela verso ingiustificate ingerenze esterne concedendo alla famiglia maggiori spazi di autonomia nei confronti dei pubblici poteri<sup>34</sup>.

Ma è l'art. 24 che sancisce i diritti fondamentali del bambino riconoscendo il suo *preminente interesse* rispetto a quelli degli adulti. Oltre ad enunciare il diritto alla *protezione* e alle *cure*, si garantisce al fanciullo il naturale diritto a perseguire il suo legittimo *benessere*: concetto che non si limita solo alla salute fisica o psichica bensì all'obbligo di favorire e tutelare un suo integrale e armonico sviluppo. Successivamente si riconosce al minore il diritto a *esprimere liberamente la propria opinione*, la quale sarà presa in considerazione tenendo presente dell'età e della maturità. Infine si ribadisce che qualsiasi atto compiuto da autorità pubbliche o da istituzioni private dovrà tenere in considerazione il *preminente interesse* del bambino come unico criterio<sup>35</sup>, modalità che dovrà essere adottata anche per garantire il diritto di intrattenere relazioni con entrambi i genitori (nell'ipotesi in cui la convivenza familiare venisse a cessare).

---

<sup>34</sup> Cfr. G. FERRANDO, *Manuale di diritto*, pp. 218-219; C. MCGLYNN, *Families and the European*, pp. 174-175.

<sup>35</sup> Cfr. P. F. LOLITO, *Commento all'art. 24*, in R. BIFULFO – M. CATALBIA – A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, pp. 185 ss.

### 3) L'interesse del minore nella legge italiana sull'affidamento condiviso

L'affidamento dei figli, in seguito alla separazione dei coniugi, è disciplinato dagli artt. 155-155 *sexies* c.c., nel testo introdotto dalla legge 8 febbraio 2006 n. 54, recante *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*. Tale provvedimento legislativo risulta l'approdo di un lungo ed atteso iter volto ad adeguare la normativa italiana, sebbene solo parzialmente, alla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo di New York del 1989, alla Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo di Strasburgo del 1996 e, ancor di più, alla Convenzione adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 3 maggio del 2003 a Vilnius (Lituania), diretta a garantire la piena titolarità del fanciullo a mantenere contatti con entrambi i genitori<sup>36</sup>. La Novella in esame capovolge quindi il precedente regime codicistico italiano, in cui l'affidamento *monogenitoriale, esclusivo ed obbligatorio*, rappresentava la regola generale<sup>37</sup>; in tale forma viene recepito il principio fondamentale secondo cui il minore ha diritto di crescere e di essere educato nell'ambito della propria famiglia (già sancito in Italia dalla L. 184/1983, novellato successivamente dalla L. 149/2001). Esula dal tema oggetto del presente contributo lo studio della L. 219/2012 recante disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali (e del successivo D.lgs. 154/2013), sebbene la *ratio* sottesa alle riforme adottate in vista di una eliminazione di qualsivoglia discriminazione dei figli naturali sia da annoverarsi tra i più recenti e meritevoli progressi in tema di *interesse del minore*.

---

<sup>36</sup> Si consenta il rinvio a M. RIONDINO, *La tutela degli interessi del cittadino fanciullo e i suoi diritti soggettivi*, in *Famiglia e Minori – Guida al Diritto*, 2010, pp. 89-90.

<sup>37</sup> In tema di affidamento dei figli minori, precedente alla L. 54/2006, appare significativa una pronuncia della Corte di Cassazione dove si affermava che il giudice della separazione e del divorzio “... *deve attenersi al criterio fondamentale – posto per la separazione dal legislatore della riforma del diritto di famiglia nell’art. 155, comma 1, c.c. (che ha esplicitamente codificato un principio costantemente adottato in precedenza dalla giurisprudenza e dalla dottrina), e per il divorzio, dall’art. 6 della L. 898/1970 – rappresentato dall’esclusivo interesse morale e materiale della prole, privilegiando quel genitore che appaia il più idoneo a ridurre al massimo i danni derivanti dalla disgregazione del nucleo familiare e ad assicurare il migliore sviluppo possibile della personalità del minore. In tale prospettiva consegue da un lato che la stessa regolamentazione del c.d. diritto di visita del genitore non affidatario debba far conto del profilo per cui un tale diritto si configuri esso stesso come uno strumento in forma affievolita o ridotta per l’esercizio del fondamentale diritto-dovere di entrambi i genitori, di mantenere, istruire ed educare i figli, il quale trova riconoscimento costituzionale nell’art. 30, comma 1, Cost., e viene posto dall’art. 147 c.c., tra gli effetti del matrimonio...*” (Cass. 19/04/2002, n. 5714, in *Famiglia e Diritto*, 2002, p. 6).



La nuova disciplina si caratterizza, anzitutto, per il fatto di non essersi limitata esclusivamente a sancire il principio dell'affidamento condiviso; il testo riformato dell'art. 155, comma 1, non solo stabilisce che anche in caso di separazione personale dei coniugi il figlio abbia il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi ma, altresì, che il minore stesso abbia diritto di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale<sup>38</sup>. Con la L. 54/2006 il Legislatore, anche sulla scorta di orientamenti emersi in sede internazionale, ha inteso riconoscere e attuare pienamente il diritto del minore ad un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori<sup>39</sup>, prevedendo la loro partecipazione attiva nella vita del figlio anche successivamente alla disgregazione del nucleo familiare abbandonando, in tale modo, la tradizionale distinzione di ruoli tra genitore affidatario e genitore non affidatario<sup>40</sup>. Anche a livello europeo, infatti, a decorrere dal 1 marzo 2005 si è dato luogo all'applicazione delle disposizioni del regolamento CE del Consiglio n. 2201/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale. La caratteristica innovativa di tale regolamento risiede proprio nel passaggio dall'istituto della potestà dei genitori a quello, nuovissimo, della responsabilità genitoriale, privilegiando l'aspetto degli obblighi dei genitori nell'interesse esclusivo dei figli<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr. S. PATTI – L. ROSSI CARLEO, *L'affidamento condiviso dei figli*, Milano, 2006; T. AULETTA, *I figli nella crisi familiare*, in *Famiglia*, 2007, pp. 39 ss.; G. GIACOBBE, *L'affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, pp. 707 ss.; B. DE FILIPPIS, *L'affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2006, pp. 61-97; L. NAPOLITANO, *L'affidamento dei minori nei giudizi di separazione e di divorzio*, Torino, 2006; G. MORANI, *L'affidamento della prole nelle crisi familiari: l'attuale disciplina normativa*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, pp. 358-370. In tema di diritti del minore ad intrattenere rapporti con membri del ramo parentale diversi dai genitori ma, pur sempre, fondamentali per contribuire ad una crescita armonica del fanciullo, cfr. C. M. BIANCA, *Il diritto del minore all'amore dei nonni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, pp. 155-174.

<sup>39</sup> Cfr. G. BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Milano, 2008, pp. 40-43.

<sup>40</sup> Nel sistema previgente (Riforma del diritto di famiglia adottata con la legge n. 151/1975) la Novella consentiva originariamente solo il cd. *affidamento individuale* al genitore che appariva più idoneo, secondo una attenta valutazione del giudice, a ricoprire il ruolo di genitore affidatario. La normativa riformata dalla legge n. 74/87, in particolare all'art. 6, comma 2, contemplava la possibilità di disporre l'*affidamento congiunto* e quello *alternato*, quali possibili variazioni rispetto all'*affidamento monogenitoriale*, in un quadro di condivisione delle comuni responsabilità educative riguardo ai figli per i coniugi divorziati. La norma in esame, dettata per il divorzio, era ritenuta applicabile anche nelle separazioni, non essendo possibile rinvenire tra le due disposizioni alcuna differenza nella *ratio*, identificabile esclusivamente nel voler garantire ai figli la possibilità di non perdere la vicinanza e di mantenere il rapporto educativo con entrambi i genitori; cfr. M. DOGLIOTTI, *L'affidamento della prole nella separazione e nel divorzio*, in *Giust. Civ.*, 1988, pp. 283 ss. Per ulteriori approfondimenti cfr. M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2011, pp. 170-171.

<sup>41</sup> Cf. P. STANZIONE – G. SCIANCALEPORE, *Minori e diritti fondamentali*, Milano, 2006, pp. 32-34.

Dalla normativa italiana risulta quindi significativo che ciascun provvedimento relativo all'affidamento, in primo luogo a quello condiviso, è emanato con esclusivo riferimento alla attuazione del diritto del figlio alla bigenitorialità, in quanto la legge non prevede un corrispondente diritto in capo ai genitori; in tale ottica la L. 54/2006, in linea con i principi sanciti dalla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo di New York del 1989 (in particolare all'art. 9), interviene con lo scopo di favorire un equilibrato e sereno rapporto con entrambi i genitori anche in caso di dissoluzione dell'unità familiare<sup>42</sup>. Autorevole dottrina riconosce a tale principio un profilo di singolare importanza: ai sensi dell'art. 4, comma 2, della legge sull'*affido condiviso*, infatti, le disposizioni ivi contenute si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili e di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati. Tale previsione, pur non trovando collocazione all'interno del codice civile, colma una lacuna del sistema italiano che, in precedenza, non contemplava norme per la regolamentazione della dissoluzione della convivenza di genitori non coniugati, neppure con riguardo all'affidamento dei figli<sup>43</sup>.

L'art. 155, comma 2, entra nel merito della dinamica tra affido condiviso ed esclusivo e precisa, in primo luogo, che per realizzare la finalità sottesa alla norma in questione, cioè il mantenimento (da parte del minore) di un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori, il giudice che si trovi a pronunciare la sentenza di separazione dei coniugi adotti i provvedimenti relativi ai figli con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essi. In tale modo si affronta l'aspetto centrale e peculiare della disciplina, elevando a rango di regola giuridica che il giudice valuti prioritariamente la possibilità che i figli (di minore età) siano affidati ad entrambi i genitori stabilendo, al contempo, i tempi e le modalità di cura e di permanenza del bambino con questi ultimi. Il comma 2, stabilisce altresì che il giudice debba prendere atto, prima della pronuncia, degli accordi intervenuti tra i genitori, purché non siano contrari all'interesse dei figli. Condividere l'affidamento di un figlio significa che entrambi i genitori si assumono la responsabilità, a prescindere dalla soluzione abitativa adottata, ricercando ed elaborando una comune e condivisa linea educativa ed affettiva per i figli.

---

<sup>42</sup> Valga il rinvio a M. RIONDINO, *L'interesse supremo del fanciullo guida la tutela concreta*, in *Famiglia e Minori – Guida al Diritto*, 2009, pp. 91-94; E. CECCARELLI, *Diritti dei minori, diritti delle famiglie e ruolo delle istituzioni*, in AA. VV., *Ricostruire genitorialità*, Milano, 2008, pp. 13-15.

<sup>43</sup> Cfr. M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, pp. 172 ss.

La norma che attribuisce rilevanza e preminenza agli accordi dei genitori deve essere letta in connessione con quella dell'art. 155 *sexies*, comma 2, secondo cui il giudice qualora ne ravvisi l'opportunità, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 155 c.c. per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli<sup>44</sup>. In tale modo si fa esplicito richiamo, dopo anni di inspiegabile silenzio, alla possibilità di ricorrere alla mediazione familiare; come è noto tale possibilità, normativamente prevista, è presente già da parecchi in molti paesi europei e transfrontalieri<sup>45</sup>.

Come è stato evidenziato in precedenza, il Legislatore ha sancito che ogni provvedimento deve essere assunto nell'esclusivo *interesse morale e materiale* dei figli privilegiando il diritto del fanciullo alla bigenitorialità la quale, tuttavia, non esaurisce il concetto di interesse del minore; tale concetto, universalmente riconosciuto, viene individuato dalla norma nel favorire che il fanciullo possa crescere ed essere educato da entrambi i genitori. Proprio per questo motivo si prevede, all'art. 155 *bis* che il giudice disponga l'affidamento ad uno solo dei genitori quando ritenga, anche d'ufficio e con provvedimento motivato, che l'affidamento all'altro coniuge sia contrario all'interesse del minore stesso<sup>46</sup>. In merito al concetto di bigenitorialità risulta obbligatoria una, seppur breve, precisazione: sotto il profilo del suo significato culturale e sociale, tale affermazione merita notevole apprezzamento in quanto non solo risulta essere espressione di un principio di civiltà diffuso

---

<sup>44</sup> Non solo nel diritto degli stati vi sono espressi richiami alla mediazione ed alla possibilità, da parte del giudice, di ricorrere alla conciliazione tra le parti, ma anche nel diritto della chiesa; nell'ordinamento canonico, infatti, si prevede espressamente che il giudice ecclesiastico, non esclusivamente all'inizio della lite, ma in qualsiasi stato e grado del giudizio ed ogni qualvolta intraveda una minima possibilità di esito favorevole, esorti le parti assistendole affinché si sforzino nel cercare un comune accordo, avvalendosi anche della mediazione di persone autorevoli (can. 1446 CIC). Cfr. M. J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, Roma, 2012, . 586-588; si consenta, inoltre, il rinvio a M. RIONDINO, *La "mediazione" come decisione condivisa*, in *Apollinaris*, 2011, pp. 607-631.

<sup>45</sup> La finalità della *mediazione familiare*, intesa come risorsa responsabilizzate, è quella di assicurare che il senso di fallimento personale, le comuni attribuzioni di colpe nel declino coniugale e le profonde esperienze di frustrazione (caratteristiche molto comuni in tutti i fallimenti coniugali) non privino i figli dalla loro principale esigenza: crescere in un clima di sereno equilibrio familiare. Per approfondimenti valga il rinvio a M. RIONDINO, *Mediazione familiare e interculturalità in Europa. Profili di diritto comparato*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, pp. 1845-1870.

<sup>46</sup> Cfr. S. PATTI – M. G. CUBEDDU, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008, pp. 335-339.

in quasi tutti i paesi europei (Regno Unito, Francia, Spagna, Germania)<sup>47</sup>, ma soprattutto perché orientato a valutare, in forma più idonea, il reale e concreto interesse del minore a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascun genitore e con i parenti materni e paterni.

Nel caso in cui il giudice valuti negativamente la possibilità che i figli siano affidati ad entrambi i genitori, dispone l'affidamento (in via esclusiva) ad uno dei genitori; tale possibilità, tuttavia, non rappresenta un ritorno alla vecchia disciplina. La responsabilità genitoriale, infatti, resta in capo ad entrambi i coniugi e nessuno dei due viene, di fatto, escluso dalla vita del figlio. Affinché il giudice possa motivare un affidamento esclusivo, devono essere portati alla sua analisi tutti gli elementi (certi e idonei) ad instaurare un immediato collegamento tra l'instaurazione di un necessario rapporto con il genitore, al quale non si concede l'affidamento del figlio, e un effettivo e motivato pregiudizio che ne possa derivare al figlio stesso. Ovviamente, il pregiudizio non deve essere solo eventuale bensì certo o, per lo meno, presuntivamente certo, in considerazione dello stile di vita del genitore al quale ci si oppone, o della accertata incapacità di quest'ultimo alla dedizione materiale, morale e affettiva che l'affidamento di un minore inevitabilmente comporta ed esige<sup>48</sup>.

Nell'economia della presente riflessione è sufficiente soffermarsi, in modo sintetico, su alcune legislazioni analoghe di altri paesi europei quali, per esempio, la Francia e la Germania.

In Francia, la legge n. 395 del 4 marzo 2002 ha introdotto un nuovo regime della *autorité parentale*. Tale nozione è definita dal nuovo art. 371-1 del *Code Civil* come un insieme di diritti e di doveri aventi per finalità l'interesse del minore. La medesima norma stabilisce, inoltre, in linea di principio, che l'*autorité parentale* viene esercitata congiuntamente da entrambi i genitori; ciascun genitore deve contribuire alla cura e all'educazione dei figli. L'esercizio congiunto dell'autorità parentale è consacrata come principio anche in seguito all'eventuale separazione o divorzio dei coniugi. Vengono quindi sanciti alcuni principi generali quali l'esercizio congiunto della potestà e della responsabilità

---

<sup>47</sup> Cfr. C. MCGLYNN, *Families and the European Union*, Cambridge, 2006, pp. 42-66.

<sup>48</sup> Cfr. G. E. NAPOLI, *L'interesse del minore a vivere con uno solo dei genitori nel quadro delle tendenze normative verso la bigenitorialità*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, pp. 479-497.

dei genitori anche dopo lo scioglimento del matrimonio, la permanenza dei diritti e dei doveri dei genitori stessi nonché il primato assoluto dell'interesse del minore, la cui valutazione è soggetta al controllo del giudice. Nel caso di conflitto tra gli interessi dei genitori e quelli del minore è previsto l'intervento delle organizzazioni che si occupano di mediazione familiare e, in ultima analisi, del giudice.

In Germania, la Corte Costituzionale già in una storica sentenza del 3 novembre del 1982 aveva affermato che ogni essere umano, fin dal momento della nascita, era titolare di un diritto irrinunciabile ad un rapporto vissuto e con entrambi i genitori; tale rapporto perdura, quindi, per tutta la vita e non si interrompe in caso di separazione dei genitori. Fu proprio sulla scia di questa sentenza che iniziò l'evoluzione dell'ordinamento tedesco in materia di diritto di famiglia (in particolare in merito ai diritti e ai doveri tra genitori e figli), conclusasi con la legge del 16 dicembre del 1997 e con la relativa riforma degli artt.1671 e 1672 del BGB<sup>49</sup>.

La L. 54/2006 continua però a sollevare ancora oggi numerose perplessità applicative, soprattutto per ciò che riguarda la realizzazione pratica del concetto di bigenitorialità e la definizione di tempi di visita e mantenimento che, nella prassi, hanno il rischio, a volte reale di avvicinarsi a quelli della legislazione in vigore prima della riforma adottata con la legge italiana sull'affido condiviso.

In conclusione emerge come il tema delicato dell'affidamento condiviso confermi l'esigenza e l'urgenza di una armonizzazione, a livello europeo, dei principali istituti del diritto di famiglia. La crescente frequenza di matrimoni, di separazioni e di divorzi di persone appartenenti a diversi stati, culture e tradizioni europee non sono una novità: in base alla legge applicabile, nelle singole realtà, sarà o meno possibile l'affidamento condiviso o congiunto. In Italia, per pervenire ad una soluzione adeguata, come pure ad una comune disciplina europea, è necessario prendere piena consapevolezza, sia da parte dei diversi legislatori come da parte di tutti i cittadini europei, del contenuto non autoritario della potestà dei genitori nei confronti dei figli, potestà che deve essere intesa primariamente in senso funzionale, cioè come strumento idoneo a favorire e realizzare gli interessi ed il bene dei minori in vista di un loro

---

<sup>49</sup> Per la disamina dettagliata sulle due legislazioni cfr. S. PATTI – M. G. CUBEDDU, *Introduzione al diritto della famiglia*, pp. 339-347.

sviluppo olistico. Una matura e serena consapevolezza circa il significato della potestà dovrebbe coadiuvare i genitori a svolgere il loro compito in assenza di conflitti ed il giudice a risolvere, nel miglior modo possibile, i numerosi conflitti intrafamiliari che purtroppo sorgeranno.

## **Conclusioni**

Dalle fonti giuridiche (internazionali e nazionali) che sono state oggetto dell'analisi condotta si evince un progressivo e reale interessamento, da parte dei legislatori, circa l'interesse del minore e la tutela dei suoi legittimi diritti. Nel corso del XX secolo, come è emerso, si sono susseguite molteplici normative finalizzate a conferire un ruolo centrale al *preminente interesse del fanciullo*; notevoli passi avanti sono stati fatti per riconoscere al minore sia i *diritti civili*, in rapporto alla famiglia, all'educazione, al rispetto dell'identità personale, sia i *diritti sociali*, in relazione all'istruzione, al lavoro, alla protezione da ogni sfruttamento nonché alla salute, nell'ottica di favorire un reale protagonismo di *ogni* singolo minore.

L'impegno richiesto, a tutti coloro che entrano in contatto con un soggetto in formazione, viene quindi a coincidere con un reale sforzo affinché si imponga una nuova e più adeguata cultura dell'infanzia fondata non solo su una maggior attenzione ai bisogni e alle reali necessità del fanciullo, ma su di uno specifico e mirato interessamento da parte degli enti locali e dell'intera comunità sociale.

In conclusione emerge quindi che il dovere di riconoscere un primato agli interessi del fanciullo non derivi, come ricordato in apertura di questa nostra riflessione, da una metafisica dell'innocenza, considerando il minore come un soggetto costitutivamente debole, bensì dall'interpretare tale debolezza come un esplicito dovere, da parte dell'intera società, di saper impostare adeguate dinamiche relazionali che favoriscano il protagonismo dei fanciulli evitando, così, il soffocamento dei loro legittimi interessi.

L'invito rivolto da Papa Francesco<sup>50</sup>, in occasione della XVII Giornata dei bambini vittime di abuso, di impegnarci con chiarezza affinché “*ogni persona umana, specialmente i bambini, sia sempre difesa e tutelata*”, si trasformi da subito in concreto impegno per tutti coloro i quali hanno responsabilità istituzionali e per coloro che operano a contatto con i soggetti più vulnerabili al fine di favorire, senza alcuna eccezione, la reale attuazione giuridica di ciò che le normative nazionali e sopranazionali. Solo accogliendo questa impegnativa sfida si contribuirà all'edificazione di una autentica *civiltà dell'amore* di cui i fanciulli saranno veri protagonisti. In caso contrario non sarà facile guardare negli occhi i nostri bambini senza doverci rimproverare gravi ed imperdonabili offese arrecate loro.

---

<sup>50</sup> FRANCESCO, *Regina Coeli*, in *L'Osservatore Romano*, 05/05/2012, p. 2.