

CAPITOLO I

IL DIRITTO DI FAMIGLIA:  
UNO SGUARDO D'INSIEME

SOMMARIO: 1. Al centro del diritto di famiglia: filiazione e matrimonio/unione civile. – 2. Oltre la famiglia nucleare: parentela e affinità. – 3. Gli alimenti. – 4. La priorità dell'interesse del minore.

*1. Al centro del diritto di famiglia: filiazione e matrimonio/unione civile*

Il diritto di famiglia è comunemente rappresentato come un settore del diritto privato, e precisamente quello che contiene la disciplina dei rapporti giuridici reciproci fra le persone appartenenti alla stessa famiglia.

Secondo la nostra tradizione plurisecolare alla base della formazione e della ragion d'essere stessa del gruppo sociale denominato famiglia vi erano due eventi d'importanza centrale nella vita degli esseri umani: il matrimonio e la nascita. Il loro legame, strettissimo, consisteva nel fatto che la nascita era lecita, moralmente e socialmente, solo all'interno del matrimonio; se avvenuta al di fuori, era qualificata addirittura come "illegittima", cioè contraria al diritto. In questa prospettiva la funzione principale del diritto di famiglia era quella di dare una regolazione giuridica a questi eventi e al complesso dei vari rapporti reciproci, personali ed economici, che ne derivano (filiazione, coniugio, parentela).

In tempi più recenti il legame fra nascita e matrimonio si è molto allentato: oggi nella società europea contemporanea la nascita è considerata del tutto lecita sul piano morale, anche se avvenuta al di fuori del matrimonio, cioè da genitori non sposati fra loro.

Questo ha sostanzialmente separato quelle che tuttavia restano le due fonti principali di rapporti giuridici nel diritto di famiglia: cioè la filiazione e il matrimonio (a cui si è aggiunta, di recente, l'unione civile fra persone dello

stesso sesso, che produce effetti largamente corrispondenti a quelli del matrimonio).

Mentre in passato gli ordinamenti giuridici frapponevano ostacoli al riconoscimento di rapporti di filiazione extramatrimoniale, e comunque riservavano ai figli nati fuori dal matrimonio un trattamento deteriore, oggi si può dire nella sostanza che dalla filiazione matrimoniale e da quella extramatrimoniale nascono rapporti identici, sia con i genitori che con gli altri parenti.

D'altra parte, la convivenza di fatto ha smesso di essere colpita da riprovazione sul piano della morale sociale, e anzi ha finito con l'essere largamente concepita come una scelta di vita completamente rispettabile. Di conseguenza, il diritto ha iniziato a occuparsene, riconoscendole rilevanza a vari fini. Resta il fatto, però, che tutt'oggi la convivenza di fatto produce effetti giuridici limitati, assolutamente imparagonabili a quelli del matrimonio.

Si può dire, in sostanza, che mentre la materia della filiazione è oggi largamente governata da un principio di responsabilità, che fa scaturire certi effetti da una situazione di fatto (appunto, la procreazione), la materia dei rapporti di coppia continua ad essere largamente governata da un principio di autonomia, che lascia alla coppia la scelta fondamentale se sposarsi, o unirsi civilmente, oppure convivere senza legami giuridici.

Matrimonio e unione civile, e filiazione, sono dunque le fonti di gran parte dei rapporti giuridici rilevanti, e ad essi sarà dedicata gran parte di questo volume.

Del resto, non a caso matrimonio e filiazione sono anche al centro della disciplina costituzionale della famiglia. Da questo punto di vista, al di là di qualsiasi lettura evolutiva, occorre constatare quanto il nostro ordinamento giuridico si sia allontanato dalle concezioni riflesse nelle norme della Costituzione.

«La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio» (art. 29 Cost.). Dunque la famiglia è «società naturale», che il diritto dello Stato non crea ma riconosce (e non potrebbe negare rilevanza); ma è famiglia se è «fondata sul matrimonio».

La previsione dell'art. 29 Cost. ha la conseguenza fondamentale che la Corte costituzionale ha sempre puntualmente respinto ogni tentativo di estendere alla convivenza di fatto le norme relative al matrimonio sulla base del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.<sup>1</sup>

Ciò non di meno, la Corte da tempo ritiene che il riconoscimento di una qualche rilevanza giuridica alle convivenze di fatto sia imposto dalla Costitu-

---

<sup>1</sup>Fra le molte sentenze cfr., ad es., C. cost. n. 45/1980; C. cost. n. 404/1988; C. cost. n. 310/1989.

zione, essendo la convivenza di fatto una delle «formazioni sociali» di cui all'art. 2 Cost: «un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non appare (...) costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche»<sup>2</sup>.

Per quanto riguarda le unioni omosessuali, la Corte costituzionale ritiene che esse siano fuori dal campo di applicazione dell'art. 29 Cost., in quanto il legislatore costituzionale «non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto»; tuttavia ricomprende tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. «anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri»<sup>3</sup>. D'altra parte la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha via via consolidato una giurisprudenza secondo la quale gli Stati hanno l'obbligazione di introdurre un istituto che permetta alle coppie omosessuali che lo desiderano di legarsi reciprocamente sul piano giuridico, con diritti e doveri reciproci di carattere personale, pur avendo gli Stati un margine di apprezzamento sufficiente per scegliere se creare un nuovo istituto o ammettere tali coppie al matrimonio<sup>4</sup>. Il legislatore italiano ha infine introdotto, con la l. n. 76/2016, l'istituto dell'unione civile, disciplinato in modo molto simile al matrimonio.

Rispetto alla filiazione, la Costituzione riflette innegabilmente, pur volendola temperare con un riconoscimento di diritti a tutti i figli, quell'impostazione tradizionale di cui si è parlato in apertura di paragrafo. I genitori hanno il diritto e il dovere di «mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio»; la legge deve assicurare «ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima» (art. 30 Cost.).

Indubbiamente la deliberata insistenza del primo comma sull'estensione della tutela costituzionale ai figli «anche se nati fuori dal matrimonio» (letteralmente ridondante, giacché certamente nessuno ha mai dubitato che essi fossero pur sempre “figli”) rivela chiaramente l'intento di tutela del legislatore costituzionale, anche in contrasto con le concezioni tradizionali che relegavano i figli extramatrimoniali a un ruolo marginale. Tuttavia, subordinare la loro tutela ai “diritti dei membri della famiglia legittima» istituiva co-

---

<sup>2</sup> Così C. cost. n. 237/1986; nello stesso senso, ad es., C. cost. n. 213/2016.

<sup>3</sup> C. cost. n. 138/2010.

<sup>4</sup> Cfr. Cedu, *Oliari e altri c. Italia*, 2015.

munque una chiara gerarchia, non costituzionalmente imposta ma certamente costituzionalmente consentita.

La Corte costituzionale ha avuto il merito di ricavare, dalle previsioni dell'art. 30 Cost., tutto il possibile e solo il possibile in termini di tutela dei figli nati fuori dal matrimonio. Assai per tempo, infatti, essa ha riconosciuto che «la Costituzione garantisce al figlio naturale (...), non una generica difesa, ma “ogni” tutela giuridica e sociale: il che non può intendersi altrimenti che come tutela adeguata alla posizione di figlio, vale a dire (sempreché non vi siano membri della famiglia legittima) simile a quella che l'ordinamento attribuisce in ogni campo ai figli legittimi»; il che non vuole dire «che la Costituzione abbia del tutto assimilato i figli naturali ai legittimi (ché anzi l'ampiezza dei diritti dei primi nei confronti dei secondi dev'essere determinata, in ossequio alla preminenza di questi ultimi e sia pure con criteri di razionalità, dal potere discrezionale del legislatore ordinario); ma si riconosce tuttavia che l'assimilazione è innegabile (solo) là dove manchi una famiglia legittima»; per famiglia legittima intendendosi «quella costituitasi col matrimonio del padre naturale e composta dal coniuge e dai figli legittimi»<sup>5</sup>. Dunque solo di fronte alla presenza di un coniuge e di figli nati nel matrimonio è ammesso un trattamento deteriore dei figli nati fuori dal matrimonio, nella misura ritenuta adeguata dal legislatore ordinario nella sua attività di contemporamento.

Ma l'uguaglianza è un meccanismo potente; una volta riconosciuta dignità a ogni rapporto di filiazione, è crescentemente difficile spiegarne un trattamento differente. E così si è arrivati alla piena equiparazione di tutti i rapporti di filiazione; prima, in misura larghissima, con la l. n. 151/1975, e poi, più compiutamente, dopo la l. n. 219/2012, che ha solennemente proclamato che «tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico» (art. 315 c.c.).

## 2. Oltre la famiglia nucleare: parentela e affinità

È un fatto che gran parte delle norme che compongono il diritto di famiglia disciplinano i rapporti tra genitori e figli e/o tra i componenti di una coppia di persone conviventi.

Il diritto tuttavia prende in considerazione anche la famiglia intesa in un senso più ampio, che comprende tutti i parenti e gli affini.

La parentela è il rapporto giuridico tra le persone che discendono per generazione da una stessa persona, detta stipite comune (art. 74 c.c.).

La parentela può essere in linea retta o in linea collaterale: sono parenti in

---

<sup>5</sup>C. cost. n. 79/1969.

linea retta coloro i quali discendono gli uni dagli altri; la linea è detta discendente quando si va dal genitore al figlio, ascendente quando si va in senso inverso. Sono parenti in linea collaterale coloro i quali non discendono gli uni dagli altri, ma discendono da uno stipite comune (art. 75 c.c.).

La parentela si misura in gradi: a ogni generazione corrisponde un grado (art. 76 c.c.). Pertanto, per esempio, i genitori e i figli sono parenti in linea retta in 1° grado; le sorelle e i fratelli sono parenti in linea collaterale in 2° grado (stipite comune sono i genitori); gli zii e i nipoti sono parenti in linea collaterale in 3° grado (stipite comune sono i nonni dei nipoti, che sono anche genitori degli zii); i cosiddetti cugini primi sono parenti in linea collaterale in 4° grado (stipite comune sono i nonni).

Le conseguenze giuridiche della parentela al di fuori del nucleo familiare più stretto, quello composto dai genitori e dai figli, sono limitate, benché, come vedremo, non manchino segnali di una rinnovata considerazione del ruolo degli altri parenti nell'allevamento dei figli.

Al di là degli impedimenti al matrimonio e all'unione civile (di cui parleremo nel cap. II) e del loro possibile ruolo nella procedura di adozione (di cui parleremo nel cap. X), esse consistono soprattutto nella inclusione dei parenti fra gli eredi legittimi, nonché nelle obbligazioni di fornire alimenti.

Sul piano del diritto successorio, la parentela può acquisire rilevanza fino al 6° grado (art. 572 c.c.). Peraltro, in presenza di figli qualunque parente di grado più lontano è escluso dalla successione legittima, a ulteriore dimostrazione della assoluta centralità della famiglia nucleare rispetto a ogni altro rapporto familiare. Il tema è comunque trattato in altro volume di questo Trattato. Degli alimenti ci occuperemo, invece, nel paragrafo che segue.

L'affinità è il rapporto tra una persona e i parenti del suo coniuge (art. 78 c.c.).

Come vedremo oltre, nel cap. III, è invece dubbio che il rapporto di affinità nasca con l'unione civile.

Anche l'affinità – come la parentela – può essere in linea retta o in linea collaterale: gli affini in linea retta sono i parenti in linea retta del proprio coniuge; gli affini in linea collaterale sono i parenti in linea collaterale del proprio coniuge. E allo stesso modo si misura in gradi: a ogni generazione corrisponde un grado.

Le conseguenze giuridiche dell'affinità sono molto più limitate di quelle della parentela: rileva principalmente per il sorgere dell'obbligazione di fornire gli alimenti, ma solo per gli affini in linea retta di 1° grado, cioè generi e nuore, suoceri e suocere, e come impedimento al matrimonio e all'unione civile (su cui ancora una volta si rinvia al cap. II).

La morte di un coniuge non fa venir meno l'affinità tra i suoi parenti e il coniuge superstite. La fa invece venir meno la dichiarazione di nullità del matrimonio da cui deriva (art. 78 c.c.). È controverso se la faccia venir meno

anche il divorzio. Una remota sentenza della Corte di Cassazione ha ritenuto che il vincolo di affinità sopravviva allo scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio<sup>6</sup>, mentre almeno una sentenza di merito più recente si è espressa in senso opposto<sup>7</sup>. Sembra preferibile ritenere che il vincolo di affinità non sopravviva al divorzio: questo infatti, a differenza della morte, rappresenta il frutto di una scelta dei coniugi, incompatibile con la persistenza di quella parziale integrazione fra i due gruppi familiari che è rappresentata dall'affinità.

### 3. *Gli alimenti*

Gli alimenti si fondano sui vincoli di solidarietà familiare: consistono nella prestazione dei mezzi di sostentamento necessari a una persona che si trova in stato di bisogno, cui sono obbligati i suoi familiari più stretti, secondo un ordine stabilito dalla legge.

Le obbligazioni alimentari sono in qualche modo sullo sfondo dell'intera trama delle relazioni familiari. Come vedremo nei prossimi capitoli, tra coniugi o parti dell'unione civile, e da parte dei genitori e a favore dei figli, esistono normalmente obblighi ben più incisivi, non limitati allo stretto sostentamento, che prendono il nome di mantenimento; ma laddove non si diano le condizioni per l'esistenza di un obbligo di mantenimento, persistono pur sempre le obbligazioni alimentari. D'altra parte, in esse si concreta il persistere dei vincoli di solidarietà tra genitori e figli oltre il momento dell'autosufficienza economica dei secondi, con la concreta possibilità di un fisiologico rovesciamento dei ruoli: infatti a essere obbligati agli alimenti sono non solo i genitori verso i figli, ma anche i figli verso i genitori.

Premessa necessaria affinché sorga l'obbligazione alimentare è lo stato di bisogno: è la condizione di chi non può condurre una vita libera e dignitosa perché è privo dei mezzi di sussistenza necessari e non è in grado di procurarseli. Comprende la mancanza dei beni che soddisfano le esigenze primarie della vita, quali il vitto, l'abitazione, il vestiario, le cure sanitarie, i trasporti. Il codice dice esplicitamente che occorre aver riguardo alla «posizione sociale» della persona alimentanda (art. 438, co. 2, c.c.), per cui lo stato di bisogno non è da intendersi come assoluta mancanza dei mezzi di sussistenza, ma come impossibilità di mantenere un'esistenza dignitosa, valutate tutte le circostanze.

Qualora lo stato di bisogno di una persona sia riconducibile a sue condot-

---

<sup>6</sup> Cass. n. 2848/1978.

<sup>7</sup> Trib. Grosseto 9/10/2003, in *Dir. fam.*, 2004, 481.

te, occorre distinguere tra quelle passate, che lo hanno fatto sorgere, e quelle presenti, che lo fanno permanere. Quanto alle prime, è irrilevante il fatto che lo stato di bisogno in cui la persona si trova le sia imputabile, come per esempio nel caso sia dovuto a sperperi dissennati, negligenze, perdita del lavoro ascrivibile a sua scelta o a sua colpa, e così via.

Quanto alle ragioni per le quali lo stato di bisogno permane, invece, le sue condotte sono rilevanti. È pacifico infatti che «il diritto agli alimenti è legato alla prova non solo dello stato di bisogno, ma anche dell'impossibilità di provvedere in tutto o in parte al proprio sostentamento mediante l'esplorazione di un'attività lavorativa, tanto che ove l'alimentando non provi la propria invalidità al lavoro per incapacità fisica o l'impossibilità, per circostanze a lui non imputabili, di trovarsi un'occupazione confacente alle proprie attitudini e alle proprie condizioni sociali, la relativa domanda deve essere rigettata»<sup>8</sup>. Dunque si può tener conto delle sue capacità professionali, delle sue condizioni sociali pregresse e delle sue abitudini consolidate di vita, purché naturalmente ragionevoli, in relazione anche alla sua età e alla prospettiva temporale (il protrarsi della disoccupazione dovrebbe ragionevolmente indurre una persona, soprattutto se relativamente giovane, a rivedere realisticamente le proprie aspettative).

Gli obbligati agli alimenti sono ordinati per categorie e, all'interno di queste, per gradi (art. 433 c.c.). Ogni categoria di obbligati esclude quelle successive; all'interno di ogni categoria il grado più vicino esclude quello più lontano.

Innanzitutto è obbligato il coniuge: in pratica, come vedremo, si tratta del coniuge separato con addebito, cui non spetta il diritto, più ampio, al mantenimento (v. cap. V, §§ 7 e 8).

In secondo luogo, sono obbligati i figli, anche adottivi, e in loro mancanza i discendenti prossimi. Non ha però diritto agli alimenti da parte dei figli chi durante la loro minore età era decaduto dalla responsabilità genitoriale (art. 448-*bis* c.c.).

In terzo luogo, sono obbligati i genitori, anche adottivi, e in loro mancanza gli ascendenti prossimi.

In quarto luogo, sono obbligati i generi e le nuore; in quinto luogo il suocero e la suocera.

In sesto luogo, la persona stabilmente convivente, secondo regole particolari che vedremo a suo luogo (l. n. 76/2016; ne parleremo diffusamente nel cap. VI).

In settimo luogo, sono obbligati i fratelli e le sorelle, con precedenza dei germani sugli unilaterali.

---

<sup>8</sup> Così Cass. n. 21572/2006; nello stesso senso, tra le molte, Cass. n. 3334/2007.

Vi è anche un obbligo alimentare estraneo alle relazioni familiari: il donatario è obbligato agli alimenti a favore del donante, nei limiti del valore che la donazione ricevuta ha al momento della richiesta e con precedenza sui familiari (artt. 437 e 438, co. 3, c.c.). La regola, di origine remota, si applicava soprattutto un tempo: ad esempio, garantiva a chi aveva donato i propri beni a un ente ecclesiastico il diritto di ottenere poi da questo, in caso di bisogno, il sostentamento o il ricovero.

L'obbligo tra fratelli e sorelle è limitato allo stretto necessario; se però l'alimentando è minorenne, comprende anche quanto necessario per la sua educazione e istruzione, cioè in sintesi per il suo mantenimento (art. 439 c.c.).

L'obbligo tra gli affini (generi e nuore, suoceri e suocere) viene meno, nonostante la persistenza del vincolo di affinità (art. 78 c.c.), se sono morti sia il coniuge da cui deriva l'affinità che gli eventuali discendenti nati dalla sua unione con l'altro coniuge, oppure se la persona che ha diritto agli alimenti passa a nuove nozze (art. 434 c.c.).

L'obbligazione alimentare grava sui familiari elencati purché la loro situazione economica permetta di adempierla: infatti gli alimenti sono assegnati anche in proporzione «alle condizioni economiche di chi deve somministrarli» (art. 438, co. 2, c.c.). Non si può chiedere al somministrante, per adempiere l'obbligo, né di intaccare il suo patrimonio, né di fare sforzi straordinari per migliorare la sua situazione economica.

Come si è detto, ogni categoria di obbligati esclude quelle successive, e all'interno di ogni categoria il grado più vicino esclude quello più lontano. Tuttavia è possibile che, se le persone chiamate in grado anteriore alla prestazione sono in grado di sopportare l'onere solo in parte, quelle in grado posteriore siano chiamate a concorrere (art. 441, co. 2, c.c.). Nel caso di più persone nello stesso grado, l'obbligazione si divide fra gli obbligati in proporzione alle rispettive condizioni economiche (art. 441, co. 1, c.c.).

Se vi sono più aventi diritto nei confronti dello stesso obbligato e questo non è in grado di soddisfarli tutti, il giudice decide tenendo conto «della prossimità della parentela, e dei rispettivi bisogni», nonché dell'eventuale esistenza di obbligati in grado ulteriore che abbiano disponibilità economiche sufficienti (art. 442 c.c.). Si deve ritenere che gli obblighi di mantenimento nei confronti del coniuge e dei figli non autosufficienti entrino direttamente nella valutazione delle condizioni economiche dell'obbligato: egli potrà essere chiamato a prestare gli alimenti solo se e nei limiti in cui tali obblighi prioritari lo consentono.

Gli alimenti restano dovuti finché durano il bisogno dell'alimentando e la disponibilità economica dell'obbligato. In caso di mutamento delle condizioni economiche delle parti il giudice, su richiesta degli interessati, può decidere la cessazione, la riduzione o l'aumento degli alimenti; la riduzione è an-

che ammessa se l'alimentato tiene una «condotta disordinata o riprovevole» (art. 440 c.c.).

Le modalità di corresponsione sono in linea di massima due: pagare una somma periodica di denaro o accogliere e mantenere nella propria casa l'alimentando; la relativa scelta spetta in linea di massima all'obbligato (art. 443 c.c.). A temperamento del potere decisionale che la legge attribuisce all'obbligato, il giudice può, «secondo le circostanze, determinare il modo di somministrazione» (art. 443, co. 2, c.c.). È ragionevole che il giudice cerchi di raggiungere un equo temperamento fra gli interessi delle parti. In ogni caso l'obbligato non può imporre all'alimentando la scelta di accoglierlo e mantenerlo nella propria casa: altrimenti sarebbe gravemente violato il principio di libertà della persona.

I crediti per alimenti non sono cedibili, né rinunciabili, né transigibili; non sono soggetti a compensazione con altri crediti fra le stesse parti (art. 447 c.c.).

Legittimato attivo a richiedere gli alimenti è solo l'interessato stesso.

Capita con una certa frequenza che una persona in stato di bisogno, soprattutto se anziana, non prenda l'iniziativa di chiedere gli alimenti a chi sarebbe obbligato dalla legge a fornirglieli, per motivi per lo più psicologici e affettivi. Può darsi allora che altre persone non obbligate, mosse dall'intenzione di adempiere un dovere morale o sociale oppure da spirito di liberalità, intervengano per fornirle spontaneamente quanto necessario.

Può darsi che a intervenire sia un coobbligato di pari livello (ad esempio, uno solo dei figli), che adempie per intero, oppure un obbligato di categoria o di grado successivo a quello dell'inadempiente (ad esempio un fratello, pur in presenza di figli), o ancora una persona non obbligata, estranea all'elenco dell'art. 433 c.c. In questi casi chi interviene ha diritto al rimborso, in base al principio dell'arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.).

Se invece a intervenire è un ente pubblico, nell'adempimento del suo obbligo istituzionale di soccorso, ha diritto di ottenere il rimborso delle spese sostenute da parte dei familiari obbligati agli alimenti, secondo le diverse leggi regionali in materia<sup>9</sup>.

#### *4. La priorità dell'interesse del minore*

Sembra utile, in sede di introduzione generale al diritto di famiglia, fare un cenno a un principio che oggi lo pervade, e che si incontrerà ripetutamente trattando i vari istituti.

---

<sup>9</sup> Sul punto, cfr. Cass. n. 481/1998.

Alla base del diritto della famiglia, e non solo del settore minorile, si è ormai insediato il principio secondo il quale deve avere priorità l'interesse del minore, il suo bene, ovvero i *best interests of the child*, per usare la celebre locuzione inglese: deve cioè essere salvaguardato con prevalenza rispetto agli eventuali altri interessi confliggenti.

È un principio che ha ormai assunto un carattere generale: è richiamato in una pluralità di norme di legge, di origine sia nazionale sia internazionale; è continuamente menzionato dalla giurisprudenza.

Qualsiasi pronuncia o azione riguardante un minore, posta in essere da autorità pubbliche (magistratura, servizi sociali) o da autorità private (genitori, tutore, curatore speciale), dovrebbe avere il fine di proteggere l'interesse del minore stesso e di perseguirlo nel miglior modo possibile.

La base normativa più nota di tale principio è l'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti dei minori del 1989: «In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente».

Tale principio ha una duplice funzione. Per un verso è indicato come finalità prioritaria sul piano della politica del diritto: in questa veste detta l'orientamento cui deve attenersi non solo il legislatore, ma anche l'interprete. Così inteso, l'interesse del minore è il fondamento giustificativo della elaborazione (legislativa o giurisprudenziale) di norme quanto più possibili orientate a perseguirlo, ma pur sempre concepite come generali e astratte. La norma, e non la sua singola applicazione, dovrebbe sempre essere orientata a privilegiare gli interessi dei minori come categoria.

Per un altro verso il principio è indicato come strumento che permette al giudice di disapplicare singole regole di diritto, consentendo di decidere ogni singolo caso concreto in modo da realizzare il maggior benessere per quel determinato minore; e ciò travolgendo eventuali specifiche regole legislative o orientamenti interpretativi generali che porterebbero a risultati difformi.

Indubbiamente anche la seconda funzione è ampiamente riconosciuta dalla giurisprudenza, italiana ed europea; ne vedremo ampie testimonianze nel corso dei prossimi capitoli. Per fare un esempio che è sotto gli occhi di tutti: nel decidere se un rapporto di filiazione costituito all'estero possa trovare riconoscimento, oppure se un'adozione possa avere luogo, qualunque regola generale che l'ordinamento si dia (intorno ai limiti di età, alla situazione matrimoniale degli aspiranti genitori, alla liceità del ricorso a determinate tecniche di procreazione medicalmente assistita, etc.) sembra destinata inesorabilmente a cedere di fronte al perseguimento del miglior interesse del minore nel singolo caso concreto.

In queste pagine introduttive ci si limita a qualche considerazione.

L'idea della possibilità di misurare caso per caso quale decisione corrisponda al miglior interesse della persona minore sarebbe a mala pena credibile se ci si limitasse a considerarne gli interessi materiali. Allargando lo sguardo agli interessi morali, diventa chiaro che qualsiasi idea di calcolabilità è del tutto illusoria.

In concreto, sembra che la nozione di interesse del minore venga riempita di contenuti soprattutto in due modi.

Il primo è quello di ottenerne un'autovalutazione da parte dello stesso minore. Ciò corrisponde al diritto all'ascolto, sempre più ampiamente riconosciuto dalle fonti internazionali e dalla legge italiana. La stessa Convenzione ONU sui diritti dei minori, all'art. 12, stabilisce che si deve garantire «al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità». Dietro la valorizzazione dell'interesse del minore, quando è capace di discernimento, si può celare allora un prudente riconoscimento della sua autodeterminazione: un'autodeterminazione il cui esercizio richiede comunque un vaglio di maturità e consapevolezza da parte del decisore adulto, ma che dovrà di norma avere un peso rilevante nella decisione.

Il secondo modo principale in cui si dà contenuto all'interesse del minore ha in fondo poco a che vedere con una valutazione caso per caso, e sembra invece riflettere un atteggiamento generale, da più tempo sotteso alla giurisprudenza della Cedu, e più di recente diventato dominante anche in Italia. Si presume, in modo molto forte, che al minore convenga preservare l'esistente, come se i rapporti, anche se nati male e problematici, fossero un patrimonio da non disperdere: che convenga preservare un rapporto di qualche tipo con il genitore estremamente problematico, ma non evidentemente pericoloso; che convenga preservare il rapporto con chi ha perseguito un progetto di genitorialità per quanto in conflitto con tutte le regole stabilite dall'ordinamento.

Si deve notare che in molti casi l'interesse del minore assumerà rilevanza in quanto coincida con l'interesse (autovalutato) dell'adulto. Beninteso, che gli interessi delle diverse persone coinvolte in molti casi convergano è semplicemente naturale. Ma è un fatto che attualmente in molte situazioni alla base della decisione orientata al perseguimento del migliore interesse del minore vi è pur sempre l'iniziativa dell'adulto, che vuole mantenere (o instaurare secondo il diritto) il rapporto con il minore.

A prescindere da come sia accertato l'interesse del minore, il principio che ne sancisce la prevalenza rischia di sbarrare la strada, nelle decisioni che riguardano il minore, a ogni altra esigenza; in particolar modo, all'esigenza di deterrenza di comportamenti contrari alle regole stabilite dall'ordinamen-

to giuridico, spesso proprio per perseguire gli interessi generali dei minori. È del tutto realistico che il minore che abbia contratto, di fatto, una relazione familiare significativa con chi tale relazione ha instaurato in disprezzo di ogni regola dell'ordinamento giuridico abbia a patire dalla totale rescissione di questo legame un nocumento; occorre però essere consapevoli che tale rescissione potrebbe costituire l'unica misura di deterrenza efficace. Altrimenti, in ossequio al principio del superiore interesse del minore (di quel, particolare minore), bisogna prendere atto che nel nostro ordinamento, in certa misura, i rapporti con i minori si usucapiscono.