

COLLANA DEL CENTRO INTERUNIVERSITARIO
PER LE RICERCHE SULLA SOCIOLOGIA DEL DIRITTO,
DELL'INFORMAZIONE
E DELLE ISTITUZIONI GIURIDICHE
(CIRSDIG)

Comitato scientifico

PROF. LARRY BARNETT, Widener University (USA)

PROF. ROQUE CARRIÒN-WAM, Università di Carabobo (Venezuela)

PROF. DOMENICO CARZO, Università di Messina

PROF. ALBERTO FEBBRAJO, Università di Macerata

PROF. VINCENZO FERRARI, Instituto Internacional de Sociología
Jurídica de Oñati

PROF. MAURICIO GARCIA-VILLEGAS, Università Nazionale di Bogotà
(Colombia)

PROF. ROLANDO MARINI, Università per stranieri di Perugia

PROF. MARIO MORCELLINI, Università di Roma “Sapienza”

PROF. EDGAR MORIN, École des Hautes Études en Sciences Sociale
(France)

PROF. VALERIO POCAR, Università di Milano “Bicocca”

PROF. MARCELLO STRAZZERI, Università di Lecce

Tutti i volumi pubblicati nella Collana del CIRSDIG vengono sottoposti a un processo di *peer-reviewing*.

CIRSDIG – COLLANA DEL CENTRO INTERUNIVERSITARIO PER
LE RICERCHE SULLA SOCIOLOGIA DEL DIRITTO, DELL'INFOR-
MAZIONE E DELLE ISTITUZIONI GIURIDICHE

La collana ospita interventi, teorici o empirici, che trattino i processi normativi e/o comunicativi riguardanti le trasformazioni in atto nel mondo contemporaneo e, in generale, gli aspetti di potere connessi a genere, razza e disuguaglianze presenti in tali processi. Più specificamente i testi pubblicati riguardano ad esempio: dinamiche e mutamenti sociali e giuridici; la cultura, gli immaginari collettivi e le trasformazioni sociali; i nuovi diritti civili, politici e sociali; la comunicazione e le Nuove Tecnologie.

Gaia Vannoni

Dalla parte del bambino

L'interesse del minore secondo i giudici





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXX
Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it
info@gioacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-3385-9

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: giugno 2020

9 *Introduzione*

13 **Capitolo I**

L'interesse del minore: un tentativo di definizione

1.1 Introduzione, 13 – 1.2 L'interesse del minore come nozione magica, 14 – 1.3 Cenni storici, 17 – 1.4 L'interesse del minore nella normativa vigente, 20 – 1.4.1 *Le fonti normative internazionali ed europee*, 20 – 1.4.2 *Le fonti normative italiane*, 24 – 1.5 Protezione o autonomia: il dibattito dottrinale, 25 – 1.6 La minore età: una categoria giuridica eterogenea, 31 – 1.7 Interesse del minore e responsabilità genitoriale, 41 – 1.8 Superiorità dell'interesse del minore o giudizio di bilanciamento?, 46 – 1.9 Interesse del minore e certezza del diritto, 51

59 **Capitolo II**

Come si pronuncia la giurisprudenza italiana?

2.1 Le ipotesi di ricerca, 59 – 2.2 La famiglia omogenitoriale, 62 – 2.2.1 *Le famiglie omogenitoriali: inquadramento dell'ambito in cui operano i best interests*, 62 – 2.2.2 *La stepchild adoption*, 68 – 2.2.3 *I best interests of the child come valutazione del caso concreto*, 91 – 2.2.4 *Il bilanciamento fra il principio dell'ordine pubblico e il principio dell'interesse del minore*, 95 – 2.2.5 *Conclusioni*, 117 – 2.3 L'interesse del minore nell'accertamento della filiazione, 120 – 2.3.1 *L'ambito dell'accertamento della filiazione*, 120 – 2.3.2 *Modelli interpretativi dei best interests of the child nei casi di riconoscimento di paternità e azione giudiziale di dichiarazione di paternità/maternità*, 124 – 2.3.3 *Modelli interpretativi dei best interests of the child nei casi di disconoscimento ed impugnazione del riconoscimento*, 141 – 2.3.4 *Modelli interpretativi di best interests of the child nei casi di attribuzione o perdita del cognome*, 159 – 2.3.5 *Conclusioni*, 166 – 2.4 L'interesse del minore straniero presente sul territorio italiano, 169 – 2.4.1 *L'ambito di applicazione*, 169 – 2.4.2 *L'interesse del minore e l'indagine del caso concreto*, 172 – 2.4.3 *Casi di richiesta di autorizzazione ex art. 31 c.3 del testo unico immigrazione*, 183 – 2.4.4 *Cenni sugli effetti giuridici nell'ordinamento italiano dell'istituto della kafalah alla luce dell'interesse del minore*, 208 – 2.4.5 *Cenni in riferimento alla condizione giuridica dei minori stranieri non accompagnati*, 212 – 2.4.6 *Conclusioni*, 216 – 2.5 L'interesse del minore in altri ambiti rilevanti, 220 – 2.5.1 *I best interests of the child e la sottrazione internazionale di minori*, 220 – 2.5.1.1 *L'ambito di applicazione*, 220 – 2.5.1.2 *L'interesse del minore come standard giudiziario per la risoluzione del caso concreto*, 228 – 2.5.2 *L'interesse del minore e la gestazione per altri: alcune questioni aperte*, 236 – 2.5.3 *Il principio dell'interesse del minore nei provvedimenti riguardanti i figli*, 243 – 2.6 L'interpretazione dell'interesse del minore in tema di affidamento dei minori, di stato di adottabilità e di provvedimenti di limitazione della responsabilità genitoriale, 258 – 2.6.1 *Affidamento dei minori in seguito a separazione e divorzio*, 258 – 2.6.2 *Lo stato di adottabilità*, 262 – 2.6.3 *Limitazione della responsabilità genitoriale*, 265

267 Capitolo III

Interesse del minore e Corti sovranazionali

3.1 Il principio dei best interests of the child nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 267 – 3.2 Conclusioni, 282 – 3.3 Brevi cenni sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 285

287 Capitolo IV

I tribunali per i minorenni: un'indagine sui giudici in servizio

4.1 Il questionario online: alcune questioni sul metodo, 288 – 4.2 I risultati dell'indagine, 292

303 *Conclusioni*

317 *Bibliografia*

335 *Indice dei provvedimenti*

341 *Ringraziamenti*

Introduzione

L'interesse del minore o *best interests of the child* è un argomento molto noto e assai indagato dalla letteratura in tema di diritti dell'infanzia in quanto il suo contenuto è da sempre caratterizzato da un elevato grado di indeterminazione che ne rende controversa l'applicazione.

Il volume si propone di affrontare il tema dalla prospettiva dell'interpretazione giurisprudenziale, partendo, dunque, dalle aule di giustizia.

Alla luce della ricostruzione del quadro teorico del principio in esame compiuta nella prima parte del volume emergono alcune questioni principali.

Un *primo aspetto problematico* riguarda la sovrapposizione di significati in riferimento alla nozione di interesse del minore¹. Il principio viene richiamato spesso sia nella normativa sia nella giurisprudenza accordandogli un significato che potremmo ricondurre all'interesse dell'intera categoria dei soggetti minorenni. In questi termini l'interesse del minore sembrerebbe sovrapporsi alla nozione di diritto dei minori, discostandosi così dalla funzione per cui è nato, cioè come standard giudiziario del caso concreto adatto a temperare la rigidità della norma.

Se ad una prima impressione tale questione può sembrare meramente teorica, in realtà presenta non poche difficoltà legate all'applicazione del principio nei casi giudiziari, che per loro natura pongono al centro dell'attenzione le circostanze del caso concreto, e all'individuazione del contenuto da dare volta per volta alla clausola generale. Potrebbe verificarsi il caso in cui l'interesse del minore come gruppo sociale non corrisponda a quello di un minore particolare in riferimento alla peculiare condizione in cui egli si trova².

¹ L. LENTI, Note critiche in tema di interesse del minore, *Rivista di diritto civile*, 2016, 1, p. 93; L. GIACOMELLI, (Re)interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, p. 481.

² P. RONFANI, L'interesse del minore nella cultura giuridica e nella pratica, in G. MAGGIONI, C. BARALDI (a cura di), *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell'infanzia*, QuattroVenti, Urbino 1997, p. 268.

Un *secondo aspetto problematico* emerso dall'analisi del quadro teorico riguarda gli aggettivi che qualificano l'enunciazione dell'interesse del minore, in quanto non è chiaro se agli aggettivi "esclusivo", "superiore" o "prioritario" corrisponda un diverso modo di bilanciare i diritti rispetto al caso in cui il legislatore preveda la sola locuzione "interesse del minore" senza ulteriori precisazioni³. Nel caso in cui gli interessi del minore della fattispecie concreta si pongano in conflitto con quelli di altri soggetti o con quelli dello Stato, oppure confliggano due diritti del minore stesso, come si dovrà comportare il giudice? Dovrà operare un giudizio di bilanciamento degli interessi/diritti coinvolti o dovrà invece, come sembra indicare la normativa, considerare l'interesse del minore "superiore" o "preminente"?

Alla luce del quadro teorico approfondito, questo studio si fonda su due ipotesi di ricerca: la *prima* vuole verificare se il principio dell'interesse del minore sia uno standard giudiziario da interpretarsi secondo il caso concreto distinguendosi dal concetto di diritti dei minori, oppure se invece sia, nell'interpretazione della giurisprudenza, una mera e retorica clausola di stile. La *seconda ipotesi* vuole verificare se lo strumento utilizzato dalla giurisprudenza per la determinazione dell'interesse del minore, nonostante le frequenti statuizioni del legislatore che ne afferma la "superiorità" o "preminenza", sia quello del bilanciamento di diritti o interessi, in quanto nessun diritto da solo può essere assoluto o "tiranno".

Come già detto, il volume si propone di rispondere alle domande di ricerca attraverso l'analisi delle interpretazioni della giurisprudenza in materia di *best interests of the child*. L'analisi dei provvedimenti procede per aree tematiche individuando i seguenti gruppi: le famiglie omogenitoriali, le richieste di riconoscimento o disconoscimento di paternità, i minori stranieri, provvedimenti in materia di *kafalah*⁴, la sottrazione internazionale di minore, la gestazione per altri, il rapporto con gli ascendenti, i provvedimenti riguardanti i figli in materia di istruzione, educazione, specialmente religiosa, e salute.

³ L. LENTI, Note critiche *ibidem*, p. 101–103.

⁴ La *kafalah* è un istituto di diritto islamico che permette ad un individuo di prendersi cura di un minore fino alla maggiore età garantendogli il mantenimento e l'istruzione. In modo difforme rispetto all'istituto dell'adozione occidentale, attraverso questo istituto, che è un atto revocabile, il minore non assume lo *status* di figlio del suo affidatario, né il cognome, né i diritti ereditari.

Ulteriore obiettivo della presente ricerca è quello di tracciare un quadro generale delle interpretazioni della Corte di Strasburgo e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in relazione ai tratti salienti emersi dalla giurisprudenza italiana.

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

L'interesse del minore: un tentativo di definizione

1.1 Introduzione

In questo capitolo si cercherà, senza pretesa di completezza, di tracciare alcune coordinate utili ad orientarsi nell'estesa letteratura in materia di interesse del minore. L'elevato grado di indeterminatezza che caratterizza questo concetto rischia di alimentare rispetto ad esso confusione, ambiguità e sovrapposizione di significati, rendendone controversa l'applicazione.

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

In *secondo* luogo, affronterà il dibattito che negli anni si è sviluppato intorno ai diritti dei bambini¹ con particolare attenzione ai due maggiori orientamenti in materia: le teorie della protezione da un lato e le teorie liberazioniste dall'altro.

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

In *quarto* luogo, metterà poi in relazione il concetto di interesse del minore con l'istituto della responsabilità genitoriale, funzione attribuita ai genitori al fine di adempiere i loro doveri nei confronti della prole ed orientata alla realizzazione dell'interesse del minore.

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

¹ Nel parlare di bambino o bambini si userà il maschile in un'accezione neutra rispetto al genere secondo le regole della lingua italiana, ma si precisa che ci si riferisce sia ai bambini che alle bambine.

1.2 L'interesse del minore come nozione magica

Il concetto di preminente o superiore interesse del minore è considerato uno dei principi cardine del diritto di famiglia sia a livello internazionale² sia a livello nazionale. La locuzione “superiore interesse del minore” traduce l'espressione inglese *best interests of the child*³ utilizzata dalle carte internazionali dei diritti.

Nonostante gli sforzi della dottrina, la nozione di interesse del minore è tuttora rimasta piuttosto vaga. Per una parte della dottrina «la preminenza dell'interesse del minore su qualsiasi altro interesse è stata tanto ripetutamente affermata, che può ritenersi ormai un dato assiomatico, che non abbisogna di particolare dimostrazione»⁴, per altra parte «l'interesse del minore è la nozione magica. Per quanto sia contemplata dalla legge, ciò che non viene previsto è l'abuso che se ne fa oggi. Al limite, essa finirebbe col rendere superflui tutti gli istituti del diritto di famiglia»⁵. La nozione di interesse del minore è stata definita assiomatica poiché ogni legislazione che riguarda i minori la richiama e la descrive come oggetto di primaria considerazione, e “magica” poiché vaga e soggetta alle più differenti interpretazioni⁶.

L'interesse del minore è stato considerato da alcuni come un criterio interpretativo⁷, da altri come una di quelle «formule chiuse che non riescono mai a comprendere — e quindi utilmente disciplinare — tutti gli

² A. DI FRANCIA, F. DALLAGIACOMA, *I diritti dei minorenni nella giurisprudenza*, Giuffrè Editore, Milano 2008, p. 19.

³ Uso anche l'espressione inglese in quanto essa è ormai entrata nel linguaggio giuridico sia della dottrina sia della giurisprudenza, per questo motivo utilizzerò indistintamente la locuzione italiana o quella inglese.

⁴ G. MANERA, Il minore come soggetto di diritti, ossia rilevanza della sua volontà nell'affidamento ad uno dei genitori, *Giurisprudenza di merito*, 1983, 15, fascicolo 2, p. 363.

⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil 2, La famille, les incapacités*, P.U.F., Paris 1969, p. 370; si veda anche J. RUBELLIN-DEVICHI, Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises, *Revue française des Affaires sociales*, 1994, 4, p. 157.

⁶ P. RONFANI, L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?, *Sociologia del diritto*, 1997, 1, p. 47; ma si veda anche V. POCAR, P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Editori Laterza, Roma-Bari 2008, p. 172. Altri autori hanno definito il principio una “pozione magica” (I. THÉRY, Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique?, *Esprit*, 1992, marzo, aprile, pp. 5–30; M. KING, I diritti del bambino, ovvero la magia del diritto, *Sociologia del diritto*, 1993, 3, p. 25–44).

⁷ G. SERGIO, La giustizia minorile. Funzione, competenze, struttura, prospettive di riforma, in LENTI L. (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, Giuffrè Editore, Milano 2002, p. 34.

imprevedibili casi della vita e le peculiarità delle diverse situazioni esistenziali»⁸. Ancora è stato descritto come «vuota tautologia, mero abbellimento esteriore dell'argomento» che ha contribuito «ad ampliare notevolmente (e talora assai pericolosamente) la sfera di discrezionalità dell'ordinamento giudiziario minorile»⁹. Alcuni autori ne parlano come di un «*passpartout* discrezionale, in nome del quale da un capo all'altro della Penisola vengono prese quotidianamente, attingendole al soggettivismo e alla discrezionalità, decisioni una diversa dall'altra»¹⁰; altri come lo strumento grazie a cui potranno essere abbandonate le antiche gerarchie all'interno della famiglia per passare ad una famiglia fondata su base egualitaria e democratica¹¹. Per altri la discrezionalità del terzo nella determinazione del migliore interesse è uno strumento sottratto a qualsiasi onere di verifica dialettica¹². È certamente complesso riuscire ad elaborare una definizione astratta che possa risultare valida in tutti i campi del diritto minorile e adatta ad ogni caso, ma è comunque urgente individuarne i parametri poiché il principio si è ormai consolidato come criterio determinante di ogni atto che riguardi i minori¹³.

Oltre alla vaghezza del concetto segnalata dalla dottrina, bisogna porre l'attenzione su un'ulteriore questione: la sovrapposizione di almeno due significati del principio in esame. Le locuzioni “interesse del minore”, “superiore interesse del minore”, oppure in inglese “*best interests of the child*” poste al singolare (“minore”, “*child*”), fanno riferimento all'interesse di un singolo minore concreto da considerare rispetto al caso analizzato dall'operatore del diritto. L'espressione però da tempo è utilizzata, specialmente dal legislatore, come se si riferisse a tutta la categoria dei minori in generale, facendo riferimento in astratto ai diritti riconosciuti a tutta la categoria nel suo complesso¹⁴. Tale sovrapposizione non si risolve meramente in una questione lingu-

⁸ A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, Zanichelli, Bologna 2002, p. 40 e ss.

⁹ T. MONTECCHIARI, *La potestà dei genitori*, Giuffrè Editore, Milano 2006, p. 17.

¹⁰ T. MONTECCHIARI, *ibidem*, p. 18.

¹¹ Si veda A. DI FRANZIA, F. DALLAGIACOMA, *ibidem*, p. 19.

¹² G. DOSI, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, G. Giappichelli Editore, Torino 2005, p. 189.

¹³ A. DI FRANZIA, F. DALLAGIACOMA, *ibidem*, p. 19. Riguardo l'indeterminatezza del concetto si veda anche S. PARKER, *The best interests of the child. Principles and problems*, in P. ALSTON (a cura di), *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*, Clarendon Press, Oxford 1994, p. 26.

¹⁴ L. LENTI, «Best interests of the child» o «best interests of children»? *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, 3, p. 157.

stica, ma effettivamente al concetto di interesse del minore sono ricondotte diverse funzioni. Da un lato, la realizzazione dei *best interests* è considerata — spesso con una “buona dose di retorica”¹⁵ — un obiettivo sul piano della politica del diritto. Su questo livello il principio dovrebbe guidare sia il legislatore durante la redazione delle norme, sia l'interprete nella formulazione di una lettura della norma orientata all'interesse del minore. Dall'altro lato, funziona come strumento tramite cui è possibile disapplicare singole regole di diritto. Questo accade quando il giudice, per applicare la norma al singolo caso concreto e realizzare il miglior interesse del minore, deroga alla legge generale «in nome dell'esigenza di prendere una decisione “giusta” in un singolo determinato caso concreto [...] una decisione alla quale sarebbe però impossibile pervenire, in quel caso, applicando le regole stabilite dal diritto in via generale e astratta»¹⁶.

Per quanto riguarda questa seconda funzione, occorre fare una precisazione riguardo l'utilizzo nel diritto delle c.d. clausole generali, tra cui può essere ricompreso il principio oggetto del presente lavoro. Le clausole generali ampliano il margine di apprezzamento del giudice presentandosi come “scatole vuote” che, se da un lato permettono un buon adattamento delle norme al caso concreto, dall'altro lato si prestano ad interpretazioni arbitrarie ed ideologiche¹⁷. La *ratio* di una clausola generale non consiste, dunque, nel disciplinare analiticamente una situazione, ma piuttosto nel lasciare che il giudice determini in concreto delle «nozioni modellate sulla realtà delle relazioni sociali»¹⁸, destinate a recepire i cambiamenti culturali intervenuti e quelli in corso, il sentire comune e le spinte che vengono dalla società civile¹⁹.

L'eliminazione dello strumento della clausola generale non può essere presa in considerazione in quanto, in questo modo, il giudice si troverebbe ad utilizzare, nel suo lavoro di interpretazione, norme rigide,

¹⁵ L. LENTI, Note critiche in tema di interesse del minore, *Rivista di diritto civile*, 2016, 1, p. 87.

¹⁶ L. LENTI, Note critiche *ibidem*, p. 87.

¹⁷ G. ALPA, I principi generali del diritto nel settore familiare, in F. MAZZA GALANTI, *Tutela della famiglia o famiglia sotto tutela?*, Edizioni Unicopli, Milano 1993, p. 43.

¹⁸ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, il Mulino, Bologna 1995, p. 140.

¹⁹ Per un approfondimento sul tema si rimanda a Lenti (L. LENTI, Note critiche *ibidem*, p. 108) il quale spiega che negli ultimi due-tre decenni il contenuto dell'interesse del minore è cambiato in quanto l'approccio generale e astratto alle situazioni conflittuali è stato progressivamente sostituito da un approccio specifico, caso per caso, derivante da indagini psicologiche individuali condotte sia sui minori sia sui loro genitori.

incapaci di ricomprendere le eterogenee situazioni che si presentano nella realtà e, dunque, il caso concreto²⁰.

Un'altra peculiarità del principio in esame, che ne complica la formulazione, è la necessità di operare, al momento dell'interpretazione, una valutazione prognostica. Le situazioni in cui il giudice deve determinare quale sia l'interesse del minore infatti chiedono a questi di proiettare la decisione nel futuro cercando di individuare la soluzione che si riveli la migliore per la vita futura di quel particolare minore senza tuttavia trascurare la situazione e il benessere presente dello stesso. Questi giudizi sono indubbiamente caratterizzati da un elevatissimo grado di incertezza e di opinabilità.

Alla luce di quanto detto fin qui si può affermare come sia necessario evitare “impieghi taumaturgici” del principio tali da rendere il semplice richiamo all'interesse del minore un'implicita giustificazione della bontà della decisione²¹ in assenza di espliciti elementi su cui basare l'interpretazione del caso concreto.

Inoltre, non deve essere trascurato il ruolo giocato nell'interpretazione del diritto dai saperi altri quali la sociologia, la psicologia e la pedagogia. Queste contribuiscono all'interpretazione del caso concreto quando, per esempio, il giudice si avvale della collaborazione dei servizi sociali o dei consulenti d'ufficio. Nel tribunale per i minorenni, inoltre, la metà dei componenti del collegio giudicante è formata da benemeriti dell'assistenza sociale, scelti tra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia e di psicologia²².

1.3 Cenni storici

Per molto tempo la minore età non è stata considerata un periodo peculiare rispetto alla condizione di adulto né dal punto di vista sociale né da quello psicologico. Bambini e ragazzi erano trattati dalla società e

²⁰ A.C. MORO, I diritti del minore e la nozione di interesse in M.T. AMBROSINI, I. CORRADO, V. LOJACONO, D. ZIINO (a cura di), *Scritti sul minore in memoria di Francesca Laura Morvillo*, Giuffrè Editore, Milano 2001, p. 308.

²¹ L. LENTI, Note critiche *ibidem*, p. 88.

²² Art. 2, Regio Decreto–Legge 20 luglio 1934, n. 1404 in Gazzetta Ufficiale, 5 settembre, n. 208, Decreto convertito in Legge 27 maggio 1935, n. 835 in Gazzetta Ufficiale, 12 giugno 1935, n. 137, *Istituzione e funzionamento del Tribunale per i minorenni*.

dalla famiglia semplicemente come “futuri adulti”. L'espressione “interesse del minore” comparve per la prima volta nell'applicazione del diritto all'inizio dell'Ottocento negli Stati Uniti. Esso era utilizzato come criterio operativo e permetteva di aggirare la rigidità del principio del *common law* di quel tempo, secondo cui i diritti relativi alla potestà genitoriale appartenevano esclusivamente al padre²³. Nel diritto nordamericano si cominciò ad utilizzare la *best interest of the child doctrine* sia per quanto riguarda i casi di adozione, sia per quanto riguarda l'affidamento dei figli in seguito a divorzio. Grazie a questo strumento diventò possibile differenziare le decisioni dei giudici, i quali iniziarono a valutare le singole circostanze del caso concreto, in deroga ai principi consolidati²⁴.

La categoria dell'interesse del minore è presente anche nel diritto europeo continentale dell'inizio Ottocento in tema di affidamento di figli in caso di separazione dei genitori. Il *code Napoléon* prevedeva che i figli, in seguito alla separazione o al divorzio, fossero affidati di regola al coniuge non colpevole. Era prevista però un'eccezione alla regola generale e astratta «*pour le plus grand avantage des enfants*» (art. 302). A differenza del codice civile francese, quello italiano del 1865 non conteneva alcun riferimento all'interesse del minore e i riferimenti della giurisprudenza alla priorità dei *best interests*, quale strumento di disapplicazione di regole consolidate così come utilizzato negli Stati Uniti e in Francia, comparirono in maniera consistente solo dopo la metà del XX secolo²⁵. I codici liberali del XIX secolo si occupavano di minori solo in riferimento alla loro limitata capacità negoziale. La concezione di patria potestà era molto diversa dall'odierna responsabilità genitoriale e il minore era, più che soggetto di diritto, un oggetto. La dottrina giuridica più tradizionale riteneva che l'individuazione dell'interesse del minore fosse un compito riservato ai genitori. Tale interesse coincideva con quello dello Stato poiché esso, attraverso una corretta educazione dei giovani, partecipava al progredire della società²⁶. Il controllo pubblico verteva solamente sulle questioni patrimoniali, mentre non si

²³ L. GIACOMELLI, (Re)interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, p. 468.

²⁴ Per alcuni esempi di giurisprudenza americana di metà Ottocento si veda L. GIACOMELLI, *ibidem*, p. 472.

²⁵ L. LENTI, Note critiche *ibidem*, p. 91.

²⁶ P. RONFANI, Dal bambino protetto al bambino partecipante. Alcune riflessioni sull'attuazione dei “nuovi” diritti, *Sociologia del diritto*, 2001, 1, p. 70.

occupava dei bisogni affettivi e di cura del minore. Di conseguenza non si configuravano conflitti tra i diritti dei genitori e quelli dei figli non essendovi ancora attenzione ai bisogni materiali e psicologici dei bambini.

Una trasformazione radicale avvenne negli anni Sessanta e Settanta del Novecento, grazie ai nuovi movimenti culturali che interessarono anche la cultura dell'infanzia ponendo una particolare attenzione sul bambino in quanto individuo con specifici bisogni differenti rispetto a quelli dell'adulto e meritevoli di particolare cura. Con essi cambiò anche la determinazione dell'interesse del minore, non più riservata ai soli genitori ma anche al giudice tramite l'interpretazione. Fecero il loro ingresso nel mondo giuridico i saperi esperti come sociologia, psicologia e pedagogia tramite operatori sociali, giudici onorari e consulenti²⁷. Il secondo dopoguerra vide rifiorire nel diritto quei concetti che già facevano parte del patrimonio illuminista. Ciò contribuì all'elaborazione, sia a livello costituzionale sia a livello internazionale, di un sistema di protezione dei diritti fondamentali «modellato su un archetipo generale e astratto di essere umano, dotato di un grado sufficiente di maturità e di consapevolezza»²⁸. Tali protezioni furono estese anche alle categorie che fino a quel momento non erano state considerate titolari di diritti. Sia la normativa internazionale sia la normativa italiana inaugurarono una nuova stagione per i diritti dei bambini, che cominciarono ad essere enunciati e presi in considerazione nell'interpretazione delle corti.

²⁷ V. POCAR, P. RONFANI, *Il giudice e i diritti dei minori*, Editori Laterza, Roma-Bari 2004, p. 15; P. RONFANI, *Dal bambino ibidem*, p. 71.

²⁸ L. LENTI, Note critiche *ibidem*, p. 92.