

ROBERTO AMAGLIANI*

UNICITÀ DELLO STATO DI FIGLIO E RAPPORTI DI FILIAZIONE TRA PRINCIPI E REGOLE**

La declinazione plurale di istituti e categorie centrali per l'ordinamento e per il discorso dei giuristi ha indubbiamente costituito il segno della loro evoluzione¹.

La filiazione, in tale processo di avanzamento, mostra di avere seguito un percorso per certi versi opposto.

È invero scontato ed intuitivo il rilievo che la norma “simbolo” della riforma introdotta dalla L. 219 del 2012 (ed attuata con i decreti delegati che sono seguiti), e cioè l'art. 315 c.c.,

* Professore ordinario di Diritto privato, Università degli Studi di Messina.

** Scritto destinato agli studi in onore di Massimo Paradiso.

¹ Come è noto la tendenza in esame ha avuto modo di esprimersi (e di affermarsi) innanzitutto nella materia della proprietà (categoria originariamente monolitica in quanto ritenuta archetipo del diritto soggettivo) grazie alle intuizioni ed agli svolgimenti del pensiero di S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà con riguardo alla proprietà terriera*, in *La proprietà del nuovo diritto*, Milano 1954, p. 145 ss., ora in S. PUGLIATTI, *Scritti giuridici*, Milano, 2012, vol. III, p. 835 ss. (della influenza della tesi pugliattiana sulla dottrina successiva e della perdurante attualità dell'insegnamento del Maestro si occupa A. GAMBARO, *Salvatore Pugliatti e la proprietà moderna*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 633 ss.). L'esigenza di «rinunciare a modelli interpretativi monistici cercando di cogliere l'istituto della proprietà nella viva storicità del nostro momento» è segnalata più di recente anche da U. MATTEI, *Proprietà (nuove forme di)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. V, Milano, 2012, p. 1118.

Analoghe indicazioni possono essere rintracciate avuto riguardo all'istituto del contratto. Smarritasi, da un lato, la tradizionale e tralaticia (ma per certi versi mistificante: v. sul punto F. GALGANO, voce *Negozio giuridico (dottrina gen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano 1977, p. 932 ss.) capacità unificante della categoria del negozio giuridico e venuta meno, dall'altro, la stessa unitarietà della disciplina codicistica dedicata ai contratti in generale (si intende fare riferimento, come ovvio, alla introduzione, attraverso il D. Lgs. 6.9.2005 n. 206 e s. m. e i., di una disciplina tendenzialmente esaustiva dei contratti del consumatore), non è rimasto che prendere atto, anche in questa materia, della opportunità del riferimento alla figura del contratto (categoria ormai priva della originaria valenza aggregante) in rapporto dialettico con il medesimo vocabolo utilizzato al plurale (non a caso già la voce dell'*Enciclopedia Italiana, Eredità del Novecento*, Roma 2001, di G. STELLA, è intitolata *Il contratto e i contratti*, ivi, p. 743) e di ipotizzare l'esistenza di una pluralità di modelli generali (quello disciplinato dagli artt. 1321 ss. c.c., il contratto tra professionista e consumatore, caratterizzato da asimmetria informativa, ed il contratto asimmetrico tra imprese, cd. terzo contratto secondo la suggestiva definizione di R. PARDOLESI, utilizzata nella prefazione al volume di G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, p. XI ss.

laddove stabilisce che «tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico», appaia escludere in tesi appunto la possibilità di configurare oggi (diversamente da ieri) una pluralità di rapporti di filiazione².

Epperò è altrettanto noto il vivace dibattito che ha accompagnato la riforma proprio sulla reale portata del principio affermato dalla disposizione appena citata che, secondo un'autorevole tesi, costituirebbe addirittura «nella sostanza una formula mentitoria o quanto meno riduttiva»³.

Ed anche ove non si voglia aderire a tale prospettazione estrema, è comunque opinione diffusa che - nell'ambito del rapporto di filiazione - vi sia ancora luogo a distinguere⁴.

Ciò naturalmente non solo in virtù della terminologia utilizzata dal riformatore secondo il quale - tuttora - accanto ai figli nati nel matrimonio si collocano, così riproducendosi la semantica costituzionale, i figli nati al di fuori di esso.

È piuttosto il diritto positivo a legittimare la permanente differenziazione: in questo senso, ad esempio, depone, tra l'altro, la regolamentazione vigente delle azioni di stato, la disciplina dettata in tema di effetti, parzialmente diversi in relazione alle due categorie di figli, del diritto all'anonimato attribuito alla partoriente e la tutela, ancora una volta non coincidente, del diritto all'identità del nato. A non dire infine della insussistenza, pur dopo la riforma, di una pretesa insindacabile all'inserimento del figlio nato fuori dal matrimonio nell'ambito della famiglia legittima del genitore⁵.

Sicché appare ancora del tutto condivisibile l'opinione secondo la quale «l'inventario delle ipotesi di filiazione ci consegna una moltitudine di fattispecie; del resto l'ammirevole varietà della natura, combinata ai progressi della tecnica e alla fantasiosa ricchezza distintiva del giurista, non può che portare a registrare la molteplicità delle condizioni in cui avviene la

La medesima sorte è toccata alla famiglia che ormai da tempo ha subito «una profonda crisi di identità» (così già V. SCALISI, *La "famiglia" e le "famiglie"*, in *La Riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo*, Atti del Convegno di Verona 14/15 giugno 1985, Padova 1986, p. 270 ss.; ma nello stesso senso più di recente, per tutti, cfr. P. ZATTI nella *Introduzione* al primo volume del *Trattato di diritto di famiglia*, Milano 2002, spec. p. 37 ss.). È appena il caso di osservare che la L. 76 del 2016, disciplinando le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze, «segna la definitiva presa d'atto della rilevanza assunta, anche sul piano del diritto vigente, da taluni vincoli affettivi (eterosessuali e omosessuali) non fondati sul matrimonio»; così F. ROMEO, *Formazione del vincolo*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme*, vol. I, Milano, 2019, p. 20. Non diverso, d'altronde, è il punto di vista del sociologo che ammonisce non potersi discutere di scomparsa della famiglia, ma di un «processo di estrema differenziazione sociale cui essa va incontro. Tale processo comporta una frammentazione delle strutture familiari, una soggettivazione delle aspettative e dei comportamenti familiari e al tempo stesso una ridefinizione, estremamente articolata, dei ruoli familiari, vale a dire del complesso dei diritti-doveri privati e pubblici, che sono legati allo status delle persone in quanto familiari di altre persone»; P. DONATI, voce *Famiglia*, in *Enciclopedia italiana, App. 2000*, Roma, 2000, p. 637.

² Il «punto qualificante della riforma» lo definisce C. M. BIANCA, *Note introduttive*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 437.

³ F. D. BUSNELLI, *Il diritto di famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1472.

⁴ Secondo L. LENTI, *La filiazione: novità, questioni aperte, principi*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme*, cit., vol. II, p. 6, «La riforma iniziata nel 2012 (l. n. 219) e completata nel 2013 (d. lgs. n. 154), nonostante i proclami gridati a voce altissima, non ha affatto cancellato tutte le differenze tra le due categorie di figli: si è mossa in direzione dell'eguaglianza, ma limitandosi a qualche passo ulteriore rispetto alla disciplina del 1975».

⁵ Al riguardo sia consentito il rinvio a R. AMAGLIANI, *L'unicità dello stato giuridico di figlio*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, spec. p. 564 ss.

nascita d'un figlio, e la sua considerazione da parte del diritto»⁶. Sin qui il discorso si muove su binari consueti.

E tuttavia la dialettica unico/molteplice⁷, sempre riferita all'ambito della filiazione, può seguire direzioni diverse ed ulteriori.

Intanto deve registrarsi nel più generale ambito del diritto di famiglia, ma con riflessi che sono particolarmente evidenti nello specifico settore che qui interessa, un fenomeno definito da più parti come "tensione tra le fonti".

Con questa espressione si è inteso sottolineare che «al livello delle fonti legislative del diritto di famiglia» si registra «una tendenziale antinomia dei relativi principi»⁸.

Nella dimensione segnalata si colloca certamente la concorrenza tra i diversi modelli di disciplina⁹ che si contendono il campo in Europa proprio in materia di filiazione e che hanno modo di manifestarsi non solo a livello di Carte Costituzionali - per esemplificare Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo e Carta di Nizza *versus* Costituzione italiana -, ma pure tra le discipline dei singoli Paesi dell'Unione.

Solo per esemplificare: la disciplina francese in tema di PMA pare indirizzata, seppure ancora solo *de jure condendo*, a consentire (anche) al singolo il ricorso a tale metodica¹⁰ ed ha acquisito una notevole rilevanza mediatica la situazione ordinamentale greca che consente (ed in qualche misura agevola) le pratiche di maternità surrogata seppure in una prospettiva non meramente solidaristica¹¹.

E tuttavia, la predicata "tensione tra le fonti" ha modo di essere rilevata anche ove si aderisca all'idea - per vero ormai assai diffusa ed autorevolmente sostenuta - che la giurisprudenza si pone, anche nei Paesi di *civil law*, come fonte del diritto¹² e si constati la dialettica, talvolta addirittura antinomica, tra le decisioni delle Alte Corti Europee¹³.

⁶ G. BONILINI, *Lo status o gli status di filiazione*, in S. MAZZARESE e A. SASSI (a cura di), *Studi in onore di A. Palazzo*, Milano, 2009, p. 99. Per la rilevazione di forme giuridiche differenziate di filiazione si veda anche, dopo la riforma, R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 963.

⁷ Il rilievo giuridico della complessità è oggetto della riflessione di A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir.*, Annali vol. I, Milano, 2007, p. 201 ss. La dialettica uno/molteplice nel diritto costituisce il filo conduttore dei contributi ricompresi in *Complessità ed integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, Atti del Convegno in onore del prof. Vincenzo Scalisi, Milano, 2017.

⁸ F. D. BUSNELLI, *Il diritto di famiglia*, cit., p. 1454.

⁹ Il fenomeno viene discusso nel volume collettaneo, A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma, 2004, *passim*, e più di recente da A. PLAIA, *La competizione tra ordinamenti giuridici: mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, Milano, 2007, *passim*.

¹⁰ In questo senso appare orientato il disegno di legge approvato, tra non poche polemiche, in Assemblea nazionale tra il 31.7 e l'1.8 di quest'anno che estende la P.M.A., riservata alle coppie eterosessuali con problemi di infertilità, anche alle coppie femminili ed alle donne *single*.

¹¹ Si veda a questo proposito il reportage *Un figlio sotto il Partenone: così Atene è diventata il paradiso del turismo procreativo* nella rivista *L'Espresso* n. 42 del 13.10.2019.

¹² L'affermazione contenuta nel testo pecca ovviamente di notevole indeterminatezza e non è certamente in grado di dare conto di un fenomeno assai articolato e complesso e, nel contempo, di orientamenti di pensiero che, seppure accomunati dalla idea di fondo che il sistema delle fonti debba essere ripensato e ricomposto, presentano poi sfumature e talvolta anche esiti diversificati. La bibliografia sul tema è sterminata: per un primo approccio al problema si può consultare N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, *passim*, ove viene fondata la nota tesi della giurisdizionalizzazione del diritto civile, G. VETTORI, *La giurisprudenza fonte del diritto privato?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 869 ss. e, tra i numerosi e fondamentali contributi di P. GROSSI sull'argomento, da ultimo *A proposito de «il diritto giurisprudenziale»* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, p. 1 ss.

¹³ Un esempio eclatante della situazione descritta nel testo è costituito dagli svolgimenti recenti della vicenda della maternità surrogata che, seppure in sintesi, vale qui ricordare. I termini della questione sono noti. Le S. U. della Cassazione, con la discussa sentenza n. 12193 del 2019 ha escluso la trascrivibilità nei registri dello stato

D'altro canto - ed il rilievo appare pienamente suffragato proprio dalle vicende che hanno dato luogo alle pronunce appena ricordate - il fenomeno dello *shopping law* costituisce deriva non desiderabile ed effetto per certi versi non virtuoso proprio della accennata concorrenza tra gli ordinamenti¹⁴.

E, però, di “tensione delle fonti” può discorrersi anche a livello nazionale nella misura in cui, soprattutto dopo la riforma del 2012, da più parti si segnala l'introduzione, a livello di legislazione ordinaria, di principi che appaiono, almeno in una prima approssimazione, in competizione con quelli contenuti nella Costituzione.

In questa dimensione “osservati speciali” sotto la lente del giurista sono ovviamente gli artt. 29 e 30 della Costituzione.

La prima disposizione, si dice, «sembra divenuta un fossile, cioè il resto di un organismo un tempo vivente»¹⁵.

Ma non mancano gli AA. che dubitano anche dello stato di salute dell'art. 30 Cost.

civile dell'atto che accerta lo *status filiationis* costituito all'estero con il genitore d'intenzione non legato al minore da alcun vincolo biologico qualora la nascita sia avvenuta all'estero, in virtù di maternità surrogata. A questo esito si perviene assumendo prevalente sugli altri interessi in gioco, quello alla repressione della condotta penalmente sanzionata dall'art. 12 comma 6 della L. 40 del 2004 in materia di P. M. A. Questa pronuncia si pone in consapevole soluzione di continuità con due precedenti della S. C. (le sentenze “delle due madri”, Cass. n. 15999 del 2016 e n. 14878 del 2017) che avevano attinto, sulla base di premesse diverse, il risultato opposto (*id est* favorevole alla trascrivibilità). È quindi sopraggiunta l'ordinanza interlocutoria della prima Sezione della S. C. che, ponendosi in aperto contrasto con l'arresto delle Sezioni Unite, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 12 comma 6 L. 40 del 2004, 18 d. p. r. n. 396/2000 e 64 comma 1 lett. g) della L. 218/95 «nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”) del cd. genitore d'intenzione non biologico, per contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31 Cost., art. 117 Cost., comma 1, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione Europea per la Protezione dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali, artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione 20 novembre 1989 delle Nazioni Unite sui diritti dei minori, ratificata in Italia con L. 27 maggio 1991, n. 176 e dell'art. 24 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea». Il quadro è completato dal primo *avis consultativ* (*advisory opinion*) emesso in data 10.4.2019 dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo nella procedura disciplinata dal Protocollo n. 16 del 2 ottobre 2013 al quale la prima sezione della Cassazione opera ampi riferimenti. Il parere reso dalla Corte sulla base della richiesta della Cassazione francese ha ritenuto che il diniego del riconoscimento dell'atto di nascita formato all'estero, nell'ipotesi considerata, lede il diritto alla vita privata del minore sotto una pluralità di profili (acquisto della nazionalità, diritti ereditari, mantenimento della relazione familiare in caso di crisi e tutela nei confronti del genitore d'intenzione). Emerge da questo breve *excursus* - al di là dei rilievi tecnico giuridici che in gran copia sono stati avanzati dalla dottrina - una obiettiva situazione di contrasto tra le espressioni della giurisprudenza nazionale e sovranazionale che finisce paradossalmente per nuocere, innanzitutto, alla posizione che più dovrebbe essere protetta, e cioè quella del minore titolare, in tesi, di un interesse alla tutela superiore e preminente. Lo stato dell'arte aggiornato e prospettato in chiave critica si trova ora in A. FEDERICO, *Forme giuridiche della filiazione e regole determinative della genitorialità: la maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in U. SALANITRO (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo*, in corso di pubblicazione, che si è potuto consultare in bozze per la cortesia dell'A.

¹⁴ F. MEZZANOTTE, *Concorrenza tra ordinamenti e ricodificazione*, in *Pers. merc.*, 2019/1, p. 34, osserva che «la «competizione tra ordinamenti» si pone effettivamente come l'esito di una dinamica rivolta verso una «domanda» rappresentata dai destinatari ultimi del precetto, nei confronti dei quali gli Stati opererebbero al fine di attrarre, a scapito di altri, la scelta della legge applicabile (necessariamente entro i margini concessi ai privati per l'esercizio di un'opzione di *forum shopping*)», e riconduce proprio il caso della maternità surrogata alle ipotesi emblematiche ove si offre la possibilità di scelta della norma applicabile “nell'arena pubblica europea”, *ivi*, p. 35.

¹⁵ M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 576.

Invero a chi, difendendo l'assetto delle fonti secondo cui i principi costituzionali sono ineluttabilmente sovraordinati alla legge ordinaria, osserva che «il medesimo trattamento riservato ai figli... urta il disposto costituzionale che subordina la tutela dei figli nati fuori dal matrimonio alla sua compatibilità con quella dei diritti dei membri della famiglia legittima»¹⁶, si contrappone la tesi che, a proposito dell'art. 315 c.c., ritiene «la fonte primaria (almeno in questa occasione)» abbia «superato la fonte costituzionale»¹⁷.

Non è questa la sede per prendere posizione sugli assunti appena riferiti che, comunque, testimoniano una evidente sensazione di disagio, di fronte ad un ordinamento che, occorre riconoscerlo, sempre meno si presta ad essere ricondotto a sistema¹⁸.

Una siffatta constatazione, però, non giova, e non può ovviamente soddisfare, alla prova dei fatti della vita materiale che, soprattutto nell'ambito che ci occupa, si presentano in così rapido mutamento e caratterizzati da così multiformi sfaccettature da rendere problematica la stessa loro ricomposizione anche da parte del diritto vivente al quale, tuttavia, non è, come si sa, consentito il *non liquet*.

L'indirizzo ermeneutico al quale da ultimo si affida il superamento dell'*empasse* segnalata è stato individuato, secondo una opinione ormai diffusa, nel percorso che conduce «dalle fonti ai principi»¹⁹.

La via così tracciata però, come è stato autorevolmente segnalato, non si presenta del tutto lineare e certamente non è priva di insidie²⁰.

Sotto il primo profilo, l'applicazione dei principi impone (se non in ogni ipotesi, almeno) frequentemente il loro previo bilanciamento ed esige pur sempre, a nostro avviso, la mediazione delle regole²¹; sotto il secondo aspetto, l'accentuata discrezionalità che l'uso dei principi comporta può condurre all'abuso e comunque incidere (negativamente) sulla prevedibilità delle decisioni che è valore insito nella giurisdizione²².

¹⁶ A. RUGGERI, *Unioni civili e convivenza di fatto: famiglie mascherate (nota minima su una questione controversa e sulla sua discutibile risoluzione da parte della L. 76 del 2016)* in *Consultaonline*, 2016, p. 254 nota 12, che aggiunge «non è consentito riservare lo stesso termine per designare «cose» comunque diverse, né, ovviamente, chiamare con parole diverse la stessa «cosa»», *ivi*.

¹⁷ G. BUFFONE, *Le novità del «decreto filiazione»*, in *Il Civilista*, 2014, p. 7.

¹⁸ Situazione, quella descritta nel testo, che non necessariamente conduce ad esiti negativi, ma che, al contrario, può essere foriera di un rinnovamento ritenuto ormai indispensabile; così P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, *passim*.

¹⁹ Questa la nota tesi sostenuta da N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 5 ss., spec. p. 28 ss., e ID., *Ragionare di diritto, oggi, ivi*, 2019, p. 489 ss.; per la medesima impostazione cfr. G. VETTORI, *La forza dei principi. Ancora un inizio*, in *Persona e mercato*, 2019, p. 3 ss. e ID., *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 939 ss.

²⁰ Per una prospettiva critica si vedano A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 747 ss. e V. SCALISI, *Ritorno al diritto (dialogo con Paolo Grossi)*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 128, il quale osserva come «un diritto che si affida a principi e clausole generali a contenuto altamente flessibile ed espansivo e come tali a necessaria determinazione giudiziale potrebbe dar luogo, oltre che a veri e propri abusi, anche e soprattutto a pericolose, per quanto involontarie, discriminazioni e così compromettere un principio cardine di civiltà giuridica quale quello della uniforme applicazione del diritto» (il corsivo e nel testo).

²¹ Per l'approfondimento di questi profili cfr. G. D'AMICO, *Appunti per una dogmatica dei principi*, ora in G. D'AMICO e S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti europei tra principi e regole*, Torino, 2018, p. 1 ss., spec. 10 ss. e 22 ss.

²² Così G. CANZIO, *Nomofilachia, dialogo tra le corti e diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2017, IV, p. 72. È però indispensabile osservare, sul punto, con G. DORIA, *La dissolvenza del codice civile e il ruolo della legge tra giustizia giuridica e incertezza applicativa*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 50 ss., che «la sussistenza degli ordinari spazi di incertezza applicativa, coesistente ad ogni sistema di diritto positivo si è (*omissis*) progressivamente moltiplicata anche a causa delle oscillazioni delle decisioni giurisprudenziali» tanto «da non permettere più all'operatore giuridico

La disciplina della filiazione vanta comunque una indubbia situazione “privilegiata”: la positivizzazione del principio²³ dell’interesse superiore del minore, che, occorre rammentarlo, si deve non solo alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989²⁴ e quella di Strasburgo del 25 gennaio 1996²⁵, ma, con notevole anticipo rispetto a queste, nel diritto nostro, all’art. 6 terzo comma della L. 898 del 1970, che nella sua formulazione originaria statuiva «L’affidamento ed i provvedimenti riguardanti i figli avranno come esclusivo riferimento l’interesse morale e materiale degli stessi».

Il dibattito sull’interesse del minore impegna ormai da tempo tutta la dottrina sensibile alle dinamiche familiari²⁶ ed il diritto vivente, ovviamente non solo quello di matrice municipale, costituisce un terreno di indagine assai fertile sulle concrete modalità di utilizzazione della categoria²⁷.

A questo riguardo, tuttavia, occorre intendersi e fissare specifiche regole d’uso della categoria in mancanza delle quali si rischia, come è stato da più parti denunciato, di fare dell’interesse superiore del minore una vuota icona linguistica²⁸, un concetto se non ambiguo certamente ibrido e, in definitiva, un abito buono per tutte le stagioni²⁹.

Gli aspetti appena segnalati non possono ovviamente essere in questa sede convenientemente approfonditi.

Ci pare però che almeno due indirizzi metodologici, ma nel contempo assai rilevanti dal punto di vista ermeneutico, debbano essere necessariamente evidenziati.

Per un verso la ricostruzione del concetto in esame ha sollecitato il rilievo che il superiore interesse del minore «quale principio di primaria rilevanza sia costituzionale sia europea sia internazionale e come tale universale, entra a pieno titolo nel sistema delle regole di una comunità, al fine non solo di colmare con immediata efficacia precettiva riscontrate

di apprezzare *ex ante* il valore normativo d’una o più disposizioni, costringendolo ad un peculiare «gioco di equilibrio» laddove chiamato ad indicare il contenuto di regole di condotta conformi a legge», *ivi*, p. 62 ss.

²³ Pur se non è pacifica l’assimilazione dell’interesse superiore del minore ad un principio generale; per una rassegna delle tesi avanzate sul punto sia permesso il rinvio a R. AMAGLIANI, *La nuova disciplina della filiazione (etichette, formule magiche e principi nel diritto di famiglia)*, in *Giust. Civ.*, 2018, spec. p. 1032 ss.

²⁴ Ratificata in Italia con la L. 27 maggio 1991 n. 176.

²⁵ Ratificata in Italia con la L. 20.3.2003 n. 77.

²⁶ Sul punto i contributi sono assai numerosi; per tutti cfr. E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, *passim*, V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 405 ss. e U. SALANITRO, *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 552.

²⁷ Ampi riferimenti alla giurisprudenza della Cedu e della Corte di Giustizia si trovano in E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., pp. 87 ss. ed in L. LENTI, *L’interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: espansione e trasformismo*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, II, p. 148 ss.

²⁸ Secondo la nota definizione di P. ZATTI, *Le icone linguistiche: discrezionalità interpretative e garanzia procedimentale*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, suppl., *Giustizia minore? La tutela giurisdizionale dei minori e dei “giovani adulti”*, p. 1.

²⁹ Constata «una moltiplicazione indiscriminata dei possibili contenuti della nozione (*di interesse del minore n. d. r.*) fino a renderla una sterile clausola di stile, puramente retorica, quasi una sorta di contenitore neutro, che per ciò stesso potrebbe diventare vuoto, ossia puro e semplice artificio linguistico»; P. STANZIONE, *Minori (condizione giuridica)*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, p. 728. In termini non diversi L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 105, rileva che la “caratteristica fondamentale” della categoria in discorso è quella di essere sostanzialmente indeterminata. Lo stesso A., ID., *La filiazione: novità, questioni aperte, principi*, cit., p. 20, ammette però che «la priorità del miglior interesse del minore è ormai un principio di base del sistema costituzionale e internazionale dei diritti fondamentali dell’uomo, che presiede all’intero diritto minorile».

lacune, ma anche per consentire il superamento di eventuali confliggenti prescrizioni legali non più al passo con i tempi»³⁰.

Insomma, per dirla ancora con il Maestro messinese, l'interesse superiore del minore da fatto diventa diritto.

Sotto altro punto di vista la constatazione che l'interesse del minore sia insuscettibile di essere individuato *a priori* e richieda invece una determinazione caso per caso ed *a posteriori* appare acquisizione sicura e generalmente condivisa³¹.

Queste premesse hanno condotto ad esiti noti.

Varrà per tutti il riferimento a due vicende che riteniamo esemplari.

La prima riguarda l'art. 31 comma 3 t. u. immigrazione che, secondo l'esegesi proposta dalle S.U. della Cassazione, deve intendersi nel senso che «La temporanea autorizzazione alla permanenza in Italia del familiare del minore, prevista dall'art. 31 del d.lg. n. 286 del 1998 in presenza di gravi motivi connessi al suo sviluppo psico-fisico, non richiede necessariamente l'esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali strettamente collegate alla sua salute, potendo comprendere qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile ed obiettivamente grave che in considerazione dell'età o delle condizioni di salute ricollegabili al complessivo equilibrio psico-fisico, deriva o deriverà certamente al minore dall'allontanamento del familiare o dal suo definitivo sradicamento dall'ambiente in cui è cresciuto»³².

Qui emerge, come è stato osservato, «una intrinseca giuridicità della fattualità, portatrice di proprie esigenze regolative»³³.

La seconda attiene l'applicazione della regola dell'affidamento condiviso che, secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, impone «In presenza di una situazione di conflitto fra i due genitori che intendano entrambi trasmettere la propria educazione religiosa e non siano in grado di rendere compatibile il diverso apporto educativo derivante dall'adesione a un diverso credo, la possibilità da parte del giudice di adottare provvedimenti contenitivi o restrittivi dei genitori è strettamente connessa e può dipendere esclusivamente dall'accertamento in concreto di conseguenze pregiudizievoli per il figlio, che ne compromettano la salute psico-fisica e lo sviluppo»³⁴.

In questo caso trova conferma la premessa posta che vuole l'interesse superiore del minore determinabile solo in funzione del caso singolo.

Soluzioni, entrambe quelle prospettate, sicuramente apprezzabili, che tuttavia finiscono per condurre ad una riflessione di segno più generale, forse meno rassicurante, ma necessaria.

Il primato della fattualità³⁵ e l'attenzione privilegiata verso il caso singolo non devono fare smarrire alla dottrina il suo compito precipuo che non può esaurirsi nella critica tanto continua quanto sterile nei confronti di un legislatore sciatto, distratto o addirittura latitante, o nella calligrafia delle sentenze.

Non si deve infatti rinunciare a fare ordine, a costruire categorie e concetti non fini a sé stessi ovviamente, ma funzionali all'adozione di modelli di decisione che possano veicolare la

³⁰ V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore*, cit., p. 429.

³¹ *Ibidem*, p. 413 ss.

³² Cass. S. U. 25.20.2010 n. 21799 e, nel medesimo senso, più di recente, Cass. 19.7.2017 n. 17861.

³³ G. CARAPEZZA FIGLIA, *Condizione giuridica dello straniero e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 975.

³⁴ Cass. 30.8.2019 n. 21916 edita in *Il familiarista*, fasc. 16.10.2019, con nota di A. SCALERA, *Padre cattolico e madre testimone di Geova: chi decide l'educazione religiosa del figlio?*

³⁵ Per il significato da attribuire oggi all'espressione utilizzata nel testo v. P. GROSSI, *Sull'odierna fattualità del diritto*, in *Giust. Civ.*, 2014, p. 11 ss.

formazione di un diritto vivente frequentemente chiamato, soprattutto nella materia che ci occupa, a vere e proprie scelte tragiche³⁶.

³⁶ Si tratta di auspicio che proviene da più parti e che è ribadito di recente da G. DORIA, *La dissolvenza del codice civile*, cit., p. 78, secondo il quale alla letteratura giuridica spetta «oggi più che mai, il compito di riappropriarsi, responsabilmente, di metodi e sistemi di effettiva e concreta interazione con l'azione dei diversi organi del sistema, tra cui, in particolare, degli organi giurisdizionali».