Fabio Ferrari

Interesse del minore e tecniche procreative

Principi costituzionali e ordine pubblico

FrancoAngeli

STUDI DI DIRITTO PUBBLICO

Collana diretta da **Roberto Bin**, **Fulvio Cortese** e **Aldo Sandulli**
coordinata da **Simone Penasa** e **Andrea Sandri**

REDAZIONE
Chiara Bergonzini, Fabio Di Cristina, Angela Ferrari Zumbini, Stefano Rossi

COMITATO SCIENTIFICO
Jean-Bernard Auby, Stefano Battini, Daniela Bifulco, Roberto Caranta, Marta Cartabia, Omar Chessa, Mario P. Chiti, Pasquale Costanzo, Antonio D'Andrea, Giacinto della Cananea, Luca De Lucia, Gianmario Demuro, Daria de Pretis, Marco Dugato, Claudio Franchini, Tomàs Font i Llovet, Giulia Maria Labriola, Peter Leyland, Massimo Luciani, Michela Manetti, Alessandro Mangia, Barbara Marchetti, Giuseppe Piperata, Aristide Police, Margherita Ramajoli, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Sandro Stajano, Bruno Tonoletti, Aldo Travi, Michel Troper, Nicolò Zanon

La Collana promuove la rivisitazione dei paradigmi disciplinari delle materie pubblicistiche e l'approfondimento critico delle nozioni teoriche che ne sono il fondamento, anche per verificarne la persistente adeguatezza.
A tal fine la Collana intende favorire la dialettica interdisciplinare, la contaminazione stilistica, lo scambio di approcci e di vedute: poiché il diritto costituzionale non può estraniarsi dall'approfondimento delle questioni delle amministrazioni pubbliche, né l'organizzazione e il funzionamento di queste ultime possono ancora essere adeguatamente indagati senza considerare l'espansione e i modi di interpretazione e di garanzia dell'effettività dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali. In entrambe le materie, poi, il punto di vista interno deve integrarsi nel contesto europeo e internazionale.
La Collana, oltre a pubblicare monografie scientifiche di giovani o affermati studiosi (**STUDI E RICERCHE**), presenta una sezione (**MINIMA GIURIDICA**) di saggi brevi destinata ad approfondimenti agili e trasversali, di carattere propriamente teorico o storico-culturale con l'obiettivo di sollecitare anche gli interpreti più maturi ad illustrare le specificità che il ragionamento giuridico manifesta nello studio del diritto pubblico e le sue più recenti evoluzioni.
La Collana, inoltre, ospita volumi collettanei (sezione **SCRITTI DI DIRITTO PUBBLICO**) volti a soddisfare l'esigenza, sempre più avvertita, di confronto tra differenti saperi e di orientamento alla lettura critica di problemi attuali e cruciali delle discipline pubblicistiche.
La Collana, inoltre, si propone di assecondare l'innovazione su cui si è ormai incamminata la valutazione della ricerca universitaria. La comunità scientifica, infatti, sente oggi l'esigenza che la valutazione non sia più soltanto un compito riservato al sistema dei concorsi universitari, ma si diffonda come responsabilità dell'intero corpo accademico.
Tutti i volumi pubblicati nella collana sono stati pertanto sottoposti a un processo di *double blind peer review* che ne attesta la qualità scientifica.

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati
possono consultare il nostro sito Internet: *www.francoangeli.it* e iscriversi nella home page
al servizio “Informatemi” per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità.

Fabio Ferrari

Interesse del minore e tecniche procreative

Principi costituzionali e ordine pubblico

FrancoAngeli

Il volume è stato pubblicato con un contributo del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Verona.

Copyright © 2023 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

INDICE

Introduzione pag. 7

I. Il complesso bilanciamento del 'preminente' interesse del minore » 11
1. L'interesse del minore tra limiti e tutele » 11
2. Fisionomia dei bilanciamenti e loro giudizio costituzionale: premessa » 19
3. L'adozione » 22
4. La responsabilità penale del genitore » 34
5. Lo stato civile ed il *favor minoris* » 43
5.1. In particolare: la storica sentenza sui 'figli incestuosi' e l'origine di un possibile equivoco » 50

II. L'ordine pubblico internazionale e la discrezionalità legislativa » 57
1. L'ordine pubblico come clausola generale. L'evoluzione verso il concetto di dignità della persona » 57
2. L'ordine pubblico internazionale e la sua 'costituzionalizzazione': Cass. civ., I sez., n. 19599 del 2016 » 71
3. Critica: l'ordine pubblico internazionale e i principi supremi » 77
4. *Segue*: l'ordine pubblico internazionale e la soggezione del giudice comune alla legge » 82
5. Assestamenti giurisprudenziali: discrezionalità legislativa e sanzione penale » 91

III. La tutela del minore concepito all'estero con tecniche procreative non consentite in Italia » 99
1. La legge n. 40 del 2004 tra persistente vigenza e interventi demolitori della Corte costituzionale » 99
2. L'incidenza del turismo procreativo sull'assetto normativo interno: premessa » 106

3. L'adozione in casi particolari da parte del partner omoaffettivo: clausola generale o interpretazione *contra legem*? pag. 108
3.1. Limiti strutturali e correzioni giurisprudenziali dell'istituto » 115
4. In particolare: la gestazione per altri » 120
5. Turismo procreativo o frode alla legge? Uno spunto finale dal diritto dell'Unione europea » 136

Conclusioni » 141

Postilla » 151

Bibliografia » 153

INTRODUZIONE

La scelta di recarsi all'estero per fruire di tecniche procreative non consentite in Italia, a cui segue la richiesta di formalizzare i relativi rapporti di genitorialità-filiazione, è solitamente descritta con il neologismo 'turismo procreativo'[1].

Si tratta di un fenomeno ormai noto[2], espressivo di uno dei numerosi profili di crisi della territorialità[3], innanzi alla quale lo Stato è chiamato a preservare l'apertura verso l'esterno del proprio sistema normativo[4], senza però vanificare l'«assioma della coerenza interna»[5]: la necessità, cioè, che il riconoscimento degli effetti di atti e provvedimenti formatisi all'estero non divenga strumento surrettizio per aggirare i divieti posti dall'ordinamento[6].

[1] Da ultimo, Cass. civ., I sez., n. 1842 del 2022.

[2] Come testimoniato anche dal linguaggio non specializzato: cfr. *treccani.it*; di recente, si v. per esempio l'articolo apparso su *ansa.it* il 22 luglio 2022, dal titolo *Eterologa, dopo 5 anni 3000 coppie all'estero ogni anno.*

[3] G. BERTI, *Sovranità*, in *Enc. dir.*, Ann., I, Giuffrè, Milano 2007, p. 1072.

[4] Tratto caratterizzante della Costituzione del 1948, come già sottolineato da C. MORTATI, *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano 1962, p. 229 e, più di recente, da V. ONIDA, *I sessanta anni della Costituzione repubblicana (1948-2008)*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, n. 1, 2022, p. 3 ss. Quanto allo specifico rapporto tra apertura internazionale dell'ordinamento e rispetto del principio di esclusività, C. PINELLI, *Costituzione e principio di esclusività.* I. *Percorsi scientifici*, Giuffrè, Milano 1990, in particolare pp. 1-10.

[5] L. FUMAGALLI, *Diritto straniero (applicazione e limiti)*, in *Enc. dir.*, Ann., IV, Giuffrè, Milano 2011, p. 478.

[6] *Ibidem.* Non pare casuale, a questo proposito, che la legge di riforma del diritto internazionale privato, n. 218 del 1995, sia stata approvata in anni cruciali per l'incremento dell'internazionalizzazione dei rapporti e degli scambi: nella relazione accompagnatoria al d.d.l. – 472-A – a firma del Sen. Riz, si legge a p. 3: «Vi è poi la realtà politico-economica e politico-sociale che spinge verso la riforma. La notevole migrazione, favorita dalla facilità di trasporto e di trasferimento che stiamo vivendo in questi ultimi anni, ha portato nella seconda metà di questo secolo milioni di persone a passare da un paese ad un altro, creando automaticamente una miriade di problemi connessi alla conflittualità di norme, a questioni di giurisdizione e ad altre questioni che vanno regolamentate attraverso il diritto internazionale privato».

Benché il processo di internazionalizzazione dei servizi abbia dapprima interessato gli scambi economici e commerciali[7], nel corso del tempo sono stati altresì coinvolti ambiti materiali ben più delicati dal punto di vista etico: su tutti, la famiglia. La circolazione delle persone nel contesto globale, oltre al naturale evolversi della coscienza sociale, ha contaminato i tradizionali modelli di riferimento, producendo nuove formazioni sociali nelle quali i singoli 'svolgono la propria personalità' e rivendicano, come naturale conseguenza, protezione giuridica[8].

Non si tratta in sé di dinamiche nuove, essendo risaputo come le questioni eticamente sensibili, e per certi aspetti i diritti civili in generale, nascano da rivendicazioni sociali solo nel tempo raccolte e formalizzate dalle istituzioni di riferimento, spesso a seguito di un travagliato processo di gestazione[9]. Rispetto al passato, vi sono però alcune peculiarità che complicano lo scenario attuale: anzitutto, la questione della tecnica, ossia la possibilità di fruire di strumenti artificiali in grado di incidere, radicalmente, su momenti costitutivi della persona e della sua dignità, come la nascita e la morte[10]; ancora, il sempre più frequente ricorso all'autorità giurisdizionale, la quale risponde in luogo di una rappresentanza politica in conclamata crisi, ma con gli strumenti tipici del giudizio, e dunque nei limiti fissati da quella stessa legge ordinaria di cui si denuncia l'arretratezza[11]; da ultimo, la crescente richiesta di riconoscimento di situazioni giuridiche famigliari legittimamente costituite fuori dai confini nazionali, a prescindere da come esse siano disciplinate nel nostro ordinamento[12].

All'insieme di questi elementi, il turismo procreativo ne aggiunge un ulteriore di estrema delicatezza: l'interesse del minore.

È in effetti evidente come non possa esservi responsabilità altrui meritevole di ripercuotersi sul soggetto più debole della famiglia, il fanciullo, i cui diritti di figlio vanno preservati e tutelati a prescindere dalle pur discutibili

[7] G. AMATO, *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, il Mulino, Bologna 2015, in particolare p. 443 ss.

[8] Su questi aspetti, G.M. RUOTOLO, *Il diritto internazionale privato italiano delle "nuove" famiglie nel contesto europeo*, in *Quest. giust.*, n. 2, 2019, p. 53 ss.

[9] Basti citare le tensioni che accompagnarono l'approvazione della l. n. 194 del 1978; più di recente, il caso 'Englaro' e la successiva legislazione in tema di testamento biologico: rispettivamente, Cass. civ., I sez., n. 21748 del 2007 e l. n. 219 del 2017.

[10] S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 250 ss.

[11] R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2018, p. 633 ss.

[12] Si pensi, per esempio, ai matrimoni poligamici, su cui G. PERLINGIERI, *Rapporti familiari poligamici e ordine pubblico*, in C. Camardi (a cura di), *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano*. Atti del convegno, Venezia, 11/12/13 novembre 2021, Cedam, Padova 2022, p. 329 ss.

scelte di chi ne rivendica la genitorialità; le fonti del diritto internazionale, e la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, chiariscono come qualunque decisione attinente al minore debba necessariamente considerare il suo interesse *preminente*[13]. Al contempo, non può però essere irrilevante per l'ordinamento l'elusione della legislazione interna[14], a maggiore ragione ove ciò avvenga, tramite varco dei confini nazionali, nella materia tradizionalmente più legata ai costumi e alla sensibilità della comunità sociale: la famiglia[15].

Le implicazioni costituzionali di questo scenario appaiono evidenti: si pensi ai limiti interpretativi del giudice comune innanzi a richieste di 'nuovi' diritti che, se accolte, rischiano talvolta di sconfinare in una sostanziale produzione di fonti del diritto[16]; al possibile ruolo di supplenza legislativa esercitabile dalla Corte costituzionale, stimolato dai mutamenti della coscienza sociale e, per certi aspetti, dalle stesse aperture del giudice delle leggi ad un più incisivo uso delle sentenze manipolative[17]; al significato attribuibile alle numerose clausole generali coinvolte, tra le quali spiccano non solo l'ordine pubblico e l'interesse del minore, ma anche la 'dignità umana' intesa in senso soggettivo e oggettivo[18]; alla controversa legge n. 40 del 2004, il cui contenuto è stato più volte inciso dalla Corte costituzionale, facendone però salve le «idee di base»[19].

Obiettivo del lavoro è analizzare i temi descritti, concentrandosi sugli effetti che le richieste di riconoscimento di filiazione concepita all'estero hanno sull'ordinamento interno.

Al fine di scongiurare, per quanto possibile, l'indeterminatezza che di norma caratterizza il contenuto del preminente interesse del minore, il primo capitolo sarà dedicato ad una sua analisi in concreto, e cioè alla specifica disciplina nei diversi contesti normativi che lo coinvolgono: in particolare, si presterà attenzione agli istituti che maggiormente condizionano il tema del

[13] *Ex pluribus*, cfr. art. 3, par. 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1989 e C. cost. n. 33 del 2021, punto 5.3 cons. dir.

[14] Sul rischio di una sostanziale perdita di effettività delle scelte normative compiute dal Parlamento, cfr. C. cost. n. 221 del 2019, punto 14 cons. dir.; da una diversa prospettiva, lo stesso giudice delle leggi nella sent. n. 162 del 2014, punto 13 cons. dir.

[15] N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2017, p. 11.

[16] Cass. civ., I sez., n. 12962 del 2016.

[17] A partire da C. cost. n. 207 del 2018.

[18] C. cost. n. 272 del 2017, punto 4.2 cons. dir.

[19] C. cost. n. 221 del 2019, punto 10 cons. dir.

turismo procreativo, ossia l'adozione, la responsabilità penale del genitore, le azioni di stato.

Il secondo capitolo tratterà invece dell'ordine pubblico internazionale: il riconoscimento degli effetti di atti o provvedimenti stranieri presuppone, *ex lege*, il rispetto di tale clausola, posta in origine a protezione degli aspetti identitari dell'ordinamento; giurisprudenza e dottrina ne sposano tuttavia una lettura promozionale, che sembra mettere in forte tensione il principio di soggezione del giudice alla legge e forzare, così, l'uso dei tipici strumenti concepiti per risolvere i conflitti tra norme: su tutti, l'interpretazione conforme.

I risultati delle prime due parti di lavoro saranno poi 'incrociati' nel terzo capitolo, e valutati dalla particolare prospettiva delle tecniche procreative. Si concentrerà l'attenzione sulle conseguenze interne del ricorso a P.M.A. all'estero (e delle relative richieste di riconoscimento), analizzando i termini della relazione tra la tutela giuridica del fanciullo e altri beni di fondamentale rilevanza costituzionale, quali la dignità della donna e il principio di legalità.

Si è soliti affermare che la rivendicazione di tali forme di genitorialità comporti la sola – e senz'altro doverosa – protezione del preminente interesse del minore, senza provocare alcun mutamento della normativa vigente; a legislazione invariata, negli anni più recenti si è però assistito ad una giurisprudenza assai incisiva in materia, e forse non del tutto in linea con le scelte di fondo del Parlamento.

Da queste premesse pare dunque opportuno muovere l'analisi.

I.
Il complesso bilanciamento del 'preminente' interesse del minore

Sommario: 1. L'interesse del minore tra limiti e tutele – 2. Fisionomia dei bilanciamenti e loro giudizio costituzionale: premessa – 3. L'adozione – 4. La responsabilità penale del genitore – 5. Lo stato civile ed il *favor minoris* – 5.1 In particolare: la storica sentenza sui 'figli incestuosi' e l'origine di un possibile equivoco

1. L'interesse del minore tra limiti e tutele

Se, come affermato dalla Corte costituzionale fin dalla sua prima sentenza, il concetto di limite è insito in quello di diritto, anche l'interesse del minore risulta strutturalmente suscettibile di bilanciamento[1]. Lo ha di

[1] C. cost. n. 1 del 1956: «[…] bisognerebbe ricordare che il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e che nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile». Più di recente, si veda per esempio C. cost. n. 85 del 2013, punto 9 cons. dir. Il principio va precisato sottolineando che «[…] le restrizioni del contenuto di un diritto inviolabile sono ammissibili solo nei limiti indispensabili alla tutela di altri interessi di rango costituzionale, e ciò in base alla regola della necessarietà e della ragionevole proporzionalità di tale limitazione»: C. cost. n. 141 del 1996, punto 3 cons. dir.

La relazione necessaria tra diritto e limite è stata ampiamente indagata in sede di teoria generale: si è sottolineato come il bilanciamento sia un *proprium* dell'atto normativo, distinguendolo così dal concetto di libertà, il quale è invece calato in una dimensione 'pre-giuridica', in quanto tale immune da limiti; ancora, è stato fatto notare come l'avvento di una Costituzione rigida e pluralista precluda qualunque gerarchia astratta tra diritti, imponendo il bilanciamento come naturale trama di composizione delle diverse istanze meritevoli di protezione. Per la prima prospettiva, si veda G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano 1967, p. 9 ss.; quanto alla seconda, tra gli altri, G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Utet, Torino 1992, p. 11 ss.; S. Bartole, *La costituzione è di tutti*, il Mulino, Bologna 2012, p. 115 ss.; R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, p. 40 ss.; M. Luciani, *La rete, i*

recente ribadito lo stesso giudice delle leggi, confermando la necessità che la protezione giuridica del fanciullo non assuma veste «tirann[ica]», prevaricando così a priori qualunque altra istanza meritevole di tutela costituzionale[2].

diritti, i doveri, relazione al convegno «Uso responsabile della rete e tutela dei diritti», Roma, Palazzo di Montecitorio, 19 ottobre 2018, in *agcom.it*, p. 1 ss. In merito al ruolo giocato dai 'limiti', e dunque dal bilanciamento, nel definire la differenza tra libertà e diritti, un episodio collocato agli albori della moderna storia costituzionale sembra meritevole di attenzione: i *framers* statunitensi, inizialmente, bocciarono all'unanimità la proposta di inserire il *Bill of Rights* in Costituzione, poiché positivizzare i diritti fondamentali avrebbe significato definirne limiti e confini. Non andava dunque corso il rischio di scalfire le tradizionali libertà che accomunavano i costituenti americani, essendovi un consenso pressoché unanime sul loro contenuto pre-positivo. Si vedano i dibattiti riportati in M. FARRAND, *The Records of the Federal Convention of 1787*, New Haven, London-Oxford 1911, seduta del 12 settembre 1787, in particolare gli interventi di Mason, German e soprattutto quello risolutivo di Sherry.

In dottrina si segnalano altresì punti di vista difformi nei quali, pur da angolazioni non sempre coincidenti, si sottolinea l'esistenza di gerarchie tra diritti e, dunque, di interessi non comprimibili: quanto alla «*supremitas*» della 'dignità umana' si veda G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*, 14 marzo 2008, in particolare § 2 ss.; analogamente, A. RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *dirittocomparati.it*, 18 novembre 2014, p. 10 (dello stesso A., di recente, si veda *La pace come bene assoluto, indisponibile e non bilanciabile, il diritto fondamentale a goderne e il dovere di preservarla ad ogni costo*, in *Consulta OnLine*, 27 febbraio 2022, *passim*) e A. APOSTOLI, *La gestazione per altri e il Giudice delle leggi*, in *Rag. prat.*, n. 1, 2021, p. 217. La natura non bilanciabile dei «limiti imposti dal rispetto della persona umana» (art. 32, c. 2, Cost.) è sottolineata da A. MANGIA, Si caelum digito tetigeris. *Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2021, p. 450, il quale porta ad esempio l'impossibilità di bilanciare il precetto dell'art. 139 Cost. L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma-Bari 2013, p. 123, evidenzia invece che «I diritti fondamentali consistenti in mere immunità […] poiché non comportano nessun atto quale loro esercizio, sono tendenzialmente al vertice della gerarchia». Ancora, A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma 1989, p. 29 ss., afferma come i diritti inviolabili siano «[…] assolutamente primari e perciò intangibili nel loro nucleo assiologico».

[2] Cfr., per il tema che qui interessa, C. cost. n. 33 del 2021, punto 5.5 cons. dir., sulla quale si avrà modo di tornare abbondantemente nello sviluppo dello scritto, ove la Corte costituzionale richiama un passaggio (cfr., *supra*, nt. 1) di C. cost. n. 85 del 2013. Da diverse prospettive, ancora, si vedano per esempio C. cost. n. 173 del 2021, punto 3.4.3 cons. dir., nonché C. cost. n. 17 del 2017 e, pur all'interno di una sentenza di annullamento dell'art. 47-quinquies, c. 1-bis, della l. n. 354 del 1975 proprio per lesione del preminente interesse del minore, C. cost. n. 76 del 2017, punto 2.2 cons. dir., ove quest'ultimo è comunque giudicato astrattamente bilanciabile.

La particolare condizione di fragilità del minore[3], assieme alla sua naturale irresponsabilità rispetto a eventuali colpe degli adulti[4], sembra tuttavia mettere in discussione l'assunto di partenza: è sufficiente volgere lo sguardo ai numerosi trattati internazionali ratificati in tema dal nostro Paese, e subito appare evidente come nei confronti di tale bene la tutela prescritta sia sempre 'preminente'[5], chiarendone così già a livello di atto normativo, prima

[3] All'interesse del minore, in quanto soggetto «debole», è riconosciuto il ruolo di «vero protagonista» della disciplina sulla famiglia nel suo complesso: così M. LUCIANI, *Artt. 29-34*, in G. Neppi Modena (a cura di), *Stato della Costituzione*, Il Saggiatore, Milano 1998, p. 154. Ancora, quanto alla relazione tra debolezza del soggetto e sua protezione costituzionale, A. D'ALOIA, A. ROMANO, *I figli e la responsabilità genitoriale nella Costituzione (art. 30 Cost.)*, in G.F. Basini, G. Bonilini, P. Cendon, M. Confortini (a cura di), *Codice commentato dei minori e dei soggetti deboli*, Utet, Torino 2011, p. 8 ss. Da una prospettiva più ampia, M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, n. 1, 1999, p. 25 ss., nonché L. CASSETTI, S. VANNUCCINI, *Il diritto al rispetto dell'integrità psichica e fisica dei minori di età in condizioni di "particolare vulnerabilità" (artt. 3 e 8 CEDU)*, in A. Di Stasi (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)*, Cedam, Padova 2020, in particolare p. 142 ss.

[4] Ricorda P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna 1984, p. 363, come il «brocardo romantico» 'non ricadano le colpe dei padri sulla testa dei figli' abbia condotto una buona parte della riflessione dei Costituenti sulla posizione costituzionale dei figli naturali, sebbene la disciplina finale risulti in parte stemperata rispetto alle premesse. Già T. PAINE, peraltro, pur apprezzando il significato 'laico' di alcuni precetti biblici, giudicava «[…] contrario a tutti i principi della morale […] la dichiarazione secondo cui Dio fa ricadere i peccati dei padri sui figli»: ID., *L'era della ragione* (*The Age of Reason*, 1807), trad. it. E.J. Mannucci, Ibis, Como-Pavia 2000, p. 52, nt. 3.

[5] Il quadro normativo è significativamente ampio. A compendio, si vedano: art. 3, par. 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1989, ratificata e resa esecutiva con la l. n. 176 del 1991: «[i]n 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». Art. 1, par. 2, della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli di Strasburgo del 1996, ratificata e resa esecutiva con l. n. 77 del 2003: «L'oggetto della presente Convenzione mira a promuovere, nell'interesse superiore dei fanciulli, i diritti degli stessi, a concedere loro diritti procedurali ed agevolarne l'esercizio». Art. 24, c. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adottata a Strasburgo il 12 dicembre 2007: «[i]n 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». Quanto alla C.E.D.U., sebbene il principio non compaia esplicitamente nel testo, esso è parte integrante della giurisprudenza della Corte E.D.U., ed è solitamente ricondotto all'art. 8 sia in relazione alla vita familiare (*Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, n. 41615/07, § 135), sia sotto il profilo della vita privata (per esempio, *Mikulić c. Croazia*, n. 53176/99, § 64 e *Mennesson c. Francia*, n. 65192/11, § 96); meno frequentemente, esso è invece tratto dall'art. 3 sul divieto di trattamenti inumani e degradanti (per esempio, *Z e altri c. Regno Unito*, n. 29392/95, § 74).

ancora che sul piano interpretativo, il peso dirimente nell'opera di bilanciamento[6].

Il ruolo svolto dalle fonti 'esterne' è a questo proposito senz'altro centrale[7], a testimonianza di un'esigenza giuridica e di una sensibilità sociale che trascendono i confini nazionali; ma è anzitutto il testo della Costituzione a conferire ampia protezione all'interesse *de qua*, poiché il principio personalista[8], che informa di sé l'intera trama costituzionale, pone al centro la persona

Per un'ampia analisi sul punto, M. SORMUNEN, *Understanding the Best Interests of the Child as a Procedural Obligation: The Example of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, n. 20, 2020, p. 745 ss.; J. LONG, *Il principio dei* best interests *e la tutela dei minori*, in F. Buffa, M.G. Civinini (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, in *Ques. giust.*, spec. aprile 2019, p. 413 ss., nonché E. FRONTONI, *Minore (superiore interesse del)*, in *Dig. pub.*, Agg., VIII, Utet, Torino 2021, § 4; da una prospettiva più generale, sul rapporto tra tutela del minore e fonti del diritto internazionale, M. TOMASI, *Verso la definizione di uno statuto giuridico dei minori stranieri non accompagnati in Europa? Modelli astratti e concreti di tutela della vulnerabilità*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2020, in particolare p. 523 ss.

[6] Sulle traduzioni in italiano del concetto di 'preminenza' (spesso erroneamente inteso come superlativo assoluto), tratto da documenti giuridici redatti in inglese e in francese, e sulle possibili conseguenze quanto alla corretta comprensione del punto di bilanciamento fissato dell'atto normativo, L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1, 2016, pp. 86-88 ed E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2016, p. 77 ss. Quanto all'origine del concetto nella cultura giuridica statunitense, e alla sua iniziale concezione al plurale – *best interests of the child* – si v., altresì, P. STANZIONE, *Minori (condizione giuridica dei)*, in *Enc. dir.*, Ann., IV, Giuffrè, Milano 2011, pp. 726-728, nonché 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.* Atti del Convegno dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Editoriale Scientifica, Napoli 2014, p. 467 ss. Sul punto, ancora, le osservazioni di L.A. SCARANO, The best interest of the child *nella giurisprudenza della Corte suprema di cassazione*, in M. Bianca (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, Roma 2021, p. 107 ss., il quale, proprio partendo dalle riflessioni della letteratura in tema di scorretta traduzione della formula del *best interest*, sottolinea come nel Codice civile italiano l'interesse del minore sia accompagnato da diversi aggettivi: «esclusivo» (per esempio, art. 337, c. 3, *ter* c.c., e art. 317 *bis* c.c.), «superiore» (artt. 32, c. 1, 33, c. 3, e 35, c. 3 e c. 4, l. n. 184 del 1983), «preminente» (art. 57, c. 2, l. n. 184 del 1983).

[7] Anche di recente si è autorevolmente sottolineato come il «[…] testo fondamentale di riferimento nella materia […]» del *best interest of the child* sia la già citata Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo (*supra*, n. 5), G. RAIMONDI*, Presentazione dell'opera,* in M. Bianca (a cura di), *op. cit.,* p. XIX. Ivi, altresì, U. SALANITRO*, Azioni di stato, interesse del minore e ricerca della verità*, pp. 761-763.

[8] Sul principio personalista la bibliografia è notoriamente copiosa; senza alcuna pretesa di completezza, si veda A. BARBERA, sub *art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma 1975, p. 50 ss.; A. BALDASSARRE, *op. cit.*, in particolare p. 10 ss.; R. D'ALESSIO, sub *art. 2*, in V. Crisafulli, L. Paladin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione italiana*, Cedam, Padova 1990, pp. 9-10; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova 1990, pp. 1-4; A. PIZZORUSSO, *Il*

e la sua dignità, a maggior ragione quando essa risulta più bisognosa di protezione[9]. Per questo, prima di poter utilizzare i trattati internazionali come formali parametri interposti[10], la Corte costituzionale non ha esitato a

patrimonio costituzionale europeo, il Mulino, Bologna 2002, p. 33 ss.; E. ROSSI, sub *art. 2*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino 2006, p. 42 ss.; G.P. DOLSO, sub *art. 2*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione italiana*, Cedam, Padova 2008, p. 10; A. SAITTA, *150 anni di interpretazione costituzionale in Italia e teorie della Costituzione*, in *Giur. cost.*, n. 5, 2013, in particolare p. 4026 ss.; A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *federalismi.it*, 28 agosto 2013, *passim*; P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino 2017, pp. 180-181; D. TEGA, sub *art. 2*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo,* I, il Mulino, Bologna 2021, p. 27 ss.; R. BIFULCO, *I diritti e i doveri costituzionali*, in M. Benvenuti, R. Bifulco (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale*, Giapicchelli, Torino 2022, p. 25 ss.

[9] Per una chiara affermazione sul punto della giurisprudenza costituzionale cfr., di recente, la sent. n. 18 del 2020, punto 6 cons. dir.

Sull'art. 2 Cost. quale «[…] autentica norma di principio dell'intero ordinamento giuridico della famiglia» si veda M. BESSONE, *Art. 29*, in G. Branca (a cura di), *op. cit.*, p. 7. Ancora, E. CHELI, *Principio generale di eguaglianza e gradazione degli interessi nell'ambito familiare*, in *Giur. cost.*, 1966, p. 807 e G. SALMÈ, *Adozione speciale, forza maggiore e Costituzione*, in *Giur. cost.*, n. 1, 1976, *passim*. Quanto all'influenza esercitata dal principio di eguaglianza sostanziale nel garantire pari dignità sociale a tutti i componenti della famiglia, tra i molti, E. LAMARQUE, *Famiglia (dir. cost.)*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Giuffrè, Milano 2006, p. 2422 ss.; L. CASSETTI, sub *art. 31*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *op. cit.*, p. 641; G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *op. cit.*, p. 120; ancora, G. DALLA TORRE, *Famiglia e Costituzione. Riflessioni su una rivoluzione promessa*, in *Iustitia*, n. 3, 1999, p. 223. È interessante notare che proprio in una delle più celebri sentenze della Corte costituzionale in tema di famiglia, gli artt. 2 e 3, c. 2 Cost. rappresentano i parametri fondamentali su cui si regge la dichiarazione di illegittimità costituzionale: cfr. C. cost. n. 494 del 2002 in tema di esperibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità da parte di 'figli incestuosi', punto 5 cons. dir. Sulla pronuncia, si v., *infra*, § 5.1.

[10] Cfr. art. 3, l. cost. n. 3 del 2001, che ha novellato l'art. 117, c. 1, Cost. secondo la formulazione attuale. Per il tema che qui interessa, il principio del 'supremo' interesse del fanciullo, prescritto (anche) da trattato internazionale debitamente recepito, è stato utilizzato per esempio in C. cost. n. 31 del 2012, n. 7 del 2013, n. 239 del 2014 e, pur all'interno di una pronuncia di rigetto, n. 92 del 2018. Come si vedrà in seguito (cfr., *infra*, nt. 66), nella prima di queste pronunce la Corte costituzionale ha giudicato fondamentali le convenzioni internazionali poste a parametro della q.l.c., tramite l'art. 117, c. 1, Cost., al fine di mutare la propria posizione rispetto a C. cost. n. 723 del 1988.

L'effettiva prescrittività delle sentenze 'gemelle' della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007 è stata negli ultimi anni ampiamente trattata in diverse sedi; si veda, *amplius*, AA.VV., *I Trattati nel sistema delle fonti a 10 anni dalle sentenze 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale*, in *Oss. fonti*, spec. n. 1, 2018, *passim*. È bene inoltre ricordare che a disconoscere il rango meramente legislativo delle norme ordinarie di esecuzione dei trattati internazionali era in precedenza intervenuta, con un *obiter* rimasto tale, C. cost. n. 10 del 1993, punto 2 cons. dir., su cui si veda, da ultimo, N. CANZIAN, E. LAMARQUE, *Due pesi e due misure. I trattati internazionali sui*

puntualizzare la primazia dell'interesse del fanciullo, ancorandola a fondamentali precetti costituzionali[11].

È stata però la stessa legge ordinaria a svolgere una funzione cruciale nell'inveramento del testo costituzionale: come autorevolmente sottolineato, note riforme legislative hanno fornito all'interprete la base normativa per sganciarsi dall'ottica patriarcale-codicistica entro la quale, per molti anni anche a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, il diritto di famiglia fu concepito[12], dando così finalmente vitalità ai principi costituzionali[13]; ciò,

diritti umani e gli "altri" obblighi internazionali secondo i giudici italiani, in *Rivista AIC*, n. 3, 2020, p. 382.

[11] Di «preminente interesse del minore», ancorato al primo e secondo comma dell'art. 30 Cost., si parla esplicitamente già in C. cost. n. 11 del 1981, punto 6 cons. dir., per un approfondimento della quale cfr., *infra*, il § 3; sotto lo stesso profilo, quanto al rilievo assunto dagli artt. 30 e 31 Cost. si veda, tra le molte, C. cost. n. 197 del 1986, punto 4 cons. dir. In una più recente sentenza, lo stesso giudice delle leggi ha rammentato la centralità del proprio ruolo nella valorizzazione della migliore tutela del minore, anche a prescindere dalle norme internazionali recepite a tal fine ed utilizzate come parametro nel nostro ordinamento: C. cost. n. 272 del 2017, punto 4.2 cons. dir. Da ultimo, tuttavia, la Corte costituzionale ha precisato come proprio le fonti del diritto «sovranazionale» abbiano «arricchit[o]» l'interesse del minore in termini di «preminenza»: C. cost. n. 30 del 2022, punto 5.2 cons. dir.

A questo proposito, P. BARILE, *Le caratteristiche costituzionali dei diritti fondamentali dell'uomo e del cittadino*, in Aa.Vv., *I diritti dell'uomo e la partecipazione politica*, Giappichelli, Torino 1988, p. 19, sottolinea come grazie all'interpretazione data dalla Corte costituzionale agli artt. 29, 30 e 31 Cost. si sia giunti «[…] a un'autentica rivoluzione, una delle poche rivoluzioni, che abbiamo avuto in questo Paese in senso democratico, cioè alla creazione del nuovo diritto di famiglia».

[12] Sul travaglio della giurisprudenza di merito nell'attuazione dei principi fondamentali della Costituzione in tema di famiglia, prima e dopo le riforme di metà anni Settanta, M. DOGLIOTTI, *La nuova giurisprudenza in materia familiare: prime valutazioni*, in *Foro It.*, n. 10, 1979, *passim*. Da un punto di vista più generale, A. D'ALOIA, A. ROMANO, *op. cit.*, p. 6. Sulle difficoltà della stessa Corte costituzionale a dare attuazione al dettato costituzionale in tema di famiglia *prima* delle riforme legislative citate, F. MODUGNO, *La giurisdizione costituzionale*, in Aa.Vv., *La Costituzione italiana. Il disegno originario e la realtà attuale*, Giuffrè, Milano 1980, pp. 211-212.

[13] L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, il Mulino, Bologna 2004, pp. 295-296: «(…) la Costituzione è riuscita finalmente a permeare una parte del Codice civile. Ma la novellazione della disciplina civilistica ha concorso, *reciprocamente*, nel fissare il significato delle disposizioni costituzionali riguardanti la famiglia ed i *figli*, così realizzando quella sorta di '*circolarità*' del diritto, per cui le fonti normative di rango superiore modellano le fonti inferiori, ma ne sono a loro volta modellate o integrate», corsivi aggiunti; dello stesso A., *Costituzione, preleggi e Codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1, 1993, pp. 38-39. Quanto alle riforme legislative, l'A. cita la l. n. 808 del 1970 (con il successivo referendum abrogativo del 1974) e le leggi nn. 39 e 151 del 1975. Ancora, P. CARETTI, *L'attuazione legislativa della Costituzione*, in F. Modugno (a cura di), *Attuazione e integrazione della Costituzione*, Jovene, Napoli 2008, p. 46 ss. Non soltanto in Italia, in quegli anni, si lavorò ad una

per inciso, ha inoltre consentito di svelare un ulteriore profilo di complicazione, ossia l'influenza della c.d. 'coscienza sociale': clausola poco significante dal punto di vista strettamente giuridico[14], ma difficilmente trascurabile[15], posto il peso che la fisiologica evoluzione dei costumi esercita su ogni

radicale riforma legislativa del diritto di famiglia, trattandosi di un'evoluzione comune a numerosi paesi europei; sul punto, A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano 2013, pp. 530-531. Da una prospettiva più generale, la reciproca integrazione normativa tra fonti di rango diverso è evidenziata da A. PIZZORUSSO, *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi*, in Aa.Vv., *Scienza e tecnica della legislazione*, Univ. Trieste ed., Trieste 1992, pp. 51-53. Dubbi, al contrario, sulla capacità della legislazione di realizzare appieno il progetto costituzionale sulla famiglia sono espressi da G. DALLA TORRE, *op. cit.*, p. 222.

[14] Per un approccio critico alla coscienza sociale, la quale appare «equivoca» ed «interminata» nel contenuto, soprattutto innanzi all'opposta «concretezza dell'esperienza», si veda A. MORRONE, *La Corte costituzionale come giudice dell'esperienza giuridica*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2021, pp. 124-126; ancora, A. SPADARO, *Matrimonio "fra gay": mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte,* re melius perpensa – *o serve una legge di revisione costituzionale*?, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *op. cit.*, p. 363 e, con particolare riferimento ai numerosi richiami ad essa nella giurisprudenza costituzionale, M. MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010, pp. 5-7. Da una prospettiva più generale, per le difficoltà di comprendere in termini giuridici – ma anche 'meramente' sociali – il preciso contenuto delle «valutazioni della collettività», si v. R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica* (*Theorie der juristischen Argumentation.*, 1978), trad. it. M. La Torre, Giuffrè, Milano 1998, p. 12 s., R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano 2011, pp. 57-59, nonché G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Rag. prat.*, n. 1, 2015, p. 173.

[15] Ciò vale non solo per le analisi della dottrina (sulle quali cfr., qui, le nt. 14 e 17), ma anzitutto per la Corte costituzionale; sono numerose le pronunce, anche di accoglimento, nelle quali compare il concetto a sostegno della motivazione: di recente, si veda per esempio C. cost. n. 79 del 2022, punto 7.1.1 cons. dir., in tema di legami familiari tra il destinatario dell'adozione in casi particolari e i parenti dell'adottante. Esplicito, inoltre, il richiamo alla «coscienza» e ai «costumi sociali», cui la Corte afferma di essere «non indifferente», in C. cost. n. 8 del 1996, punto 2 cons. dir., pur all'interno di una pronuncia di non accoglimento. Vi sono poi sentenze 'storiche', come per esempio l'*overruling* in tema di illegittimità costituzionale del reato di adulterio femminile (C. cost. n. 64 del 1961, punto 4 cons. dir. e n. 126 del 1968, punto 3 cons. dir.), ove si utilizzano lemmi analoghi (rispettivamente, «coscienza del popolo» e «coscienza collettiva»); ancora, cfr. la vicenda dell'obbligatorietà dell'assegnazione al figlio del cognome del padre, in cui si parla esplicitamente di evoluzione della «coscienza sociale» (C. cost. nn. 176 e 586 del 1988, n. 61 del 2006, punto 2.1 cons. dir., n. 286 del 2016, punto 3.2 cons. dir.). Numerose analisi di tali pronunce si possono trovare nella letteratura qui citata nelle nt. 14 e 17. Vale solo la pena precisare che talvolta è lo stesso legislatore a positivizzare concetti analoghi: si pensi per esempio all'art. 529, c. 1, c.p., il quale prevede che «Agli effetti della legge penale, si considerano osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il *comune sentimento*, offendono il pudore»: corsivi aggiunti.

ramo dell'ordinamento giuridico[16], con ricadute vieppiù evidenti proprio in temi eticamente sensibili[17].

Quale che sia il livello di fonte preso in esame, emerge dunque la preminenza accordata alla protezione giuridica del fanciullo, da cui sembra seguire la non semplice ammissibilità di bilanciamenti nei quali tale bene risulti soccombente. Se ciò è vero, si rende necessario analizzare talune delle più significative scelte legislative in materia, al fine di comprendere ove si collochi il punto di equilibrio tra i diversi interessi fissato dal legislatore e, soprattutto,

[16] Sul rapporto tra evoluzione del linguaggio comune, della cultura sociale e dell'interpretazione giuridica, con fondamentali riflessi sul metodo costituzionale, G. SILVESTRI, *Intervento*, in Aa.Vv., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Cedam, Padova 1997, p. 128. In sede di commento all'art. 2 Cost., peraltro, si segnalava come proprio al mutamento nel tempo della 'coscienza sociale' si ancorassero parte delle dottrine inclini a vedere nell'art. 2 Cost. la base per l'evolversi dei diritti fondamentali: A. BARBERA, sub *art. 2*, cit., p. 66. A questo proposito, altresì interessante la riflessione di R.M. COVER, *Nomos e narrazione: una concezione ebraica del diritto* (*The Supreme Court 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative, Harvard LR 1983-1984*), trad. it. M. Goldoni, Giappichelli, Torino 2008, *passim*: l'A. afferma che il significato delle norme dipende non solo dal lavorio degli operatori del diritto, ma anche dal contributo quotidiano dato dall'intera comunità dei consociati: questa, 'dal basso', pone le proprie interpretazioni in dialettica con quelle proposte dai tecnici, influenzandone l'attività e i responsi. Nella letteratura italiana, questo approccio è stato più volte richiamato da R. BIN, per esempio in *Il fatto nel diritto costituzionale*, *Rivista AIC*, n. 4, 2014, pp. 3-4.

[17] Quanto al peso della coscienza sociale, da prospettive sia di teoria generale, sia di giurisprudenza costituzionale, N. ZANON, *Corte costituzionale*, cit., in particolare p. 4 ss., e ID., *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, n. 3, 2021, in particolare p. 94 ss. Ancora, V. MARCENÒ, *Il giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2021, soprattutto p. 385 ss. Sottolineano la permeabilità della famiglia all'evoluzione della coscienza sociale, altresì, F. RIMOLI, *Diritto all'omogenitorialità,* best interests of the child *e famiglia "naturale": un problema ancora irrisolto*, in *Giur. cost.*, n. 1, 2021, p. 342 ss.; E. ROSSI, *Un fossile vivente (e necessario): la famiglia tra disciplina costituzionale e mutamenti sociali*, in *Oss. AIC*, n. 2, 2022, p. 53 ss.; A. CIERVO, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Pol. dir.*, n. 4, 2019, pp. 531-532. Da quest'ultima prospettiva, il tema è stato ampiamente indagato in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *op. cit.*: per i profili che più qui interessano, cfr. ivi, tra gli altri, I. NICOTRA, *La famiglia in "divenire" dinanzi ad un legislatore "fuori tempo massimo"*, pp. XVIII-XXI; F. BIONDI, *Quale modello costituzionale?*, pp. 33-42; S. TROILO, *La nozione di famiglia tra regole costituzionali e status personali*, pp. 373-377 e T. AULETTA, *Dai principi costituzionali al "diritto vivente". Riflessioni sullo sviluppo del diritto di famiglia e sulle prospettive future*, p. 625 ss. Quanto al peso esercitabile dalla 'tradizione' nell'interpretazione, si veda M. CAVINO, *Struttura delle disposizioni normative e senso della tradizione*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino 2010, p. 53 ss. e, ivi, dalla specifica prospettiva del significato attribuibile all'art. 29 Cost., A. SAITTA, *Il matrimonio delle coppie dello stesso sesso alla Consulta o dei limiti dell'interpretazione costituzionale evolutiva*, in particolare p. 328 ss.

come esso sia stato di volta in volta giudicato quanto a conformità alla Costituzione[18].

2. Fisionomia dei bilanciamenti e loro giudizio costituzionale: premessa

La protezione del 'preminente' interesse del minore permea di sé innumerevoli settori dell'ordinamento giuridico, irradiandosi in fattispecie tra loro anche assai eterogenee; ciò dipende dalla salutare pervasività del bene in gioco, la cui importanza, in termini costituzionali, impone che esso sia tenuto in massima considerazione ogni qual volta si tratti di garantire il fanciullo e i suoi diritti: per usare il lessico di Alexy, il principio del(i) *best interest(s) of the child* sembra incarnare un «precetto di ottimizzazione» che ambisce alla massima applicazione[19].

È tuttavia evidente come ciascun àmbito legislativo disciplini il tema in modo difforme, a seconda delle istanze che di volta in volta entrano in conflitto: si pensi all'evoluzione dell'istituto del congedo parentale[20], al ruolo del

[18] Questo approccio si basa sulla necessità, più volte segnalata in dottrina, di tenere distinto il bilanciamento degli interessi dal suo – conseguente – giudizio di legittimità costituzionale: in linea di principio, il primo spetta al legislatore, il secondo alla Corte costituzionale. Sul punto, R. BIN, *Critica*, cit., p. 27 e M. LUCIANI, *Avviso ai naviganti del mar pandemico*, in *Quest. giust.*, n. 2., 2020, p. 8. Sempre dalla prospettiva metodologica, la centralità dell'applicazione concreta della norma, e quindi della sua valutazione in giudizio (oltreché, va da sé, nella pratica amministrativa), è sottolineata da V. ONIDA, *Chi è oggi un costituzionalista*, in G. Ferri (a cura di), *La democrazia costituzionale tra nuovi diritti e deriva mediale*, Esi, Napoli 2016, p. 3: «la scienza del diritto è dunque una scienza pratica (…) il giurista di tutti i giorni, per così dire, è prima di tutto un pratico del diritto»; egli, cioè, «(…) 'usa' le norme, le applica o cerca di ottenere l'applicazione in vista di certi risultati o di certi assetti concreti di interessi». Ancora, sul diritto quale scienza pratica, G. ZAGREBELSKY, *Validità, efficacia ed effettività*, in *Dir. soc.*, n. 1, 2018, pp. 4-6.

[19] «*Optimierungsgebote*»: R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali* (*Theorie der Grundrechte*, 1994), trad. it. L. Di Carlo, il Mulino, Bologna 2012, p. 106: i principi «sono norme che prescrivono che qualcosa è da realizzare nella misura più alta possibile relativamente alle possibilità giuridiche fattuali». Come segnalato in precedenza (cfr. nt. 6), sebbene il principio del(i) *best interest(s)* nasca declinato al plurale, esso è oggi spesso tradotto al singolare sia in letteratura, sia in giurisprudenza; ciò non implica, tuttavia, che l'interesse del minore possa sempre essere descritto come unitario. Su questi aspetti si tornerà nel proseguo della trattazione.

[20] Sulla capacità dell'interesse del minore di mutare la *ratio* stessa dell'istituto, e sul celebre filone di giurisprudenza in materia, si v. C. COLAPIETRO, *Dalla tutela della lavoratrice madre alla tutela della maternità e dell'infanzia: l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, n. 6, 2000, p. 1320 ss.; di recente, C. TRIPODINA, *I gradini di pietra della parità di genere*, in *costituzionalismo.it*, n. 2, 2021, pp. 100-101, nt. 32 e 33.