

## DIRITTO DEI FIGLI AD ESSERE AMATI?

Di Marina Pezzola

| 27

**SOMMARIO:** 1. Il caso ed il problema: sono compatibili ‘diritto’ e ‘amore’? – 2. La rilevanza giuridica dei “fatti di sentimento”. – 3. Il diritto all’assistenza morale dei figli come “diritto all’amore”: il definitivo ingresso della dimensione affettiva nell’ordinamento. – 4. La prospettiva delle fonti extracodicistiche: diritto dei figli ad essere amati e diritto di crescere in famiglia

**ABSTRACT.** Muovendo da Cass., 14 febbraio 2018, n. 3594 laddove si afferma che la stabilità affettiva è un’esigenza imprescindibile per il minore, lo scritto si interroga se nell’ordinamento attuale sia configurabile un diritto soggettivo all’affetto dei genitori.

Cass., February 14th 2018, n. 3594 affirms that the affective stability is an essential requirement for the child, the paper investigate if it could be configured a subjective right to the affection of the parents.



## 1. Il caso ed il problema: sono compatibili ‘diritto’ e ‘amore’?

La sentenza in esame costituisce l’ultima tappa di una complessa vicenda giudiziaria che ha riguardato una minore, sin dai suoi primi mesi di vita.

28 La Corte d’Appello di Torino<sup>1</sup>, confermando la decisione del Tribunale per i minorenni<sup>2</sup>, ne ha dichiarato lo stato di adottabilità.

Nonostante il rigetto da parte della Cassazione<sup>3</sup> del ricorso proposto contro la decisione della Corte d’Appello, essa è passata in giudicato, ma è stata impugnata per revocazione. All’esito del giudizio così instaurato, la Suprema Corte<sup>4</sup> ha revocato la sentenza n. 25213/2013 e cassato, con rinvio, la decisione della Corte d’Appello di Torino: e ciò nel convincimento che non fossero emersi elementi concreti, idonei ad integrare la fattispecie dello stato di abbandono materiale e morale della minore che – com’è noto – costituisce il presupposto fondamentale della dichiarazione di adottabilità ai sensi dell’art. 8 della Legge 4 maggio 1983, n. 184, “Disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori”. Secondo la Corte di legittimità, inoltre, il giudice di secondo grado aveva erroneamente considerato determinanti l’età avanzata dei genitori e l’episodio (poi peraltro escluso dalla sentenza della Cassazione penale del 12 giugno 2013) dell’abbandono in stato di pericolo della bambina.

Ancorché fosse nel frattempo intervenuta e passata in giudicato la sentenza di adozione della minore, la Corte d’Appello di Torino, in diversa composizione, è stata dunque nuovamente chiamata a pronunciarsi sullo stato di abbandono. In questa occasione la Corte<sup>5</sup> ha affermato di condividere la precedente valutazione circa lo stato di abbandono della bambina in ragione di gravi carenze genitoriali e non emendabili in tempi adeguati alla crescita; giungendo ad affermare che “il lungo periodo in cui i genitori hanno continuato a incontrare la bambina, con l’aiuto degli operatori, non [ha] consentito la strutturazione di alcun legame “nutritivo” e funzionale per il benessere di R. (ma, anzi, [è] stato per la bambina fonte di sofferenza), e, nonostante la compliance, indubbia, dei signori D. rispetto ai tempi e alle modalità degli incontri previsti, e nonostante il sostegno ricevuto dai professionisti interpellati, non è stata neppure prospettata l’ipotesi dell’esistenza di un concreto margine di cambiamento”.

La Cassazione, con la pronuncia in commento, ha dunque respinto il ricorso proposto avverso la decisione della Corte territoriale, confermando lo stato di adottabilità. In particolare, ha escluso la

censurabilità in sede di legittimità dell’accertamento svolto ed ha precisato che la sentenza impugnata non ha violato i principi ai quali era tenuta ad attenersi in sede di rinvio. La decisione non è infatti fondata esclusivamente sui due elementi dell’episodio di abbandono e dell’età dei genitori, ma su una pluralità di fattori che, valutati nel complesso, sono risultati decisivi in quanto caratterizzanti il profilo personale e l’(in)idoneità genitoriale dei ricorrenti.

In particolare la Cassazione ha affermato che, benché i genitori non si trovino in una situazione di emarginazione sociale, culturale ed economica, e abbiano sempre tenuto un comportamento collaborativo, permane la valutazione tecnica negativa circa la loro idoneità, specie con riferimento ad “una complessiva incapacità non emendabile di comprendere quali siano i bisogni emotivo-affettivi e pratici della minore, risultando il padre totalmente dipendente dalle aspettative e desideri della moglie e quest’ultima chiusa in un processo narcisistico che le impedisce di percepire la minore come un investimento affettivo”. È in relazione a tali carenze che la Corte d’Appello aveva condiviso la valutazione, compiuta in primo grado, circa lo stato di abbandono della minore; considerando giustificata e proporzionata, al fine della sua tutela, l’iniziale decisione di allontanarla dal nucleo familiare d’origine “tenendo a mente l’interesse della minore non già ad avere una famiglia “migliore”, ma a vedersi assicurata una crescita sana, adeguata assistenza e stabilità affettiva”.

La linea argomentativa seguita dalla Corte d’Appello di Torino, e condivisa dalla Suprema Corte, lascia agevolmente intendere come, tra gli elementi valorizzati ai fini della valutazione del ‘best interest’ della minore, rientrino i bisogni affettivi: che assumono rilevanza in quanto strumentali rispetto ad un sano sviluppo.

Inoltre, l’esigenza di stabilità affettiva è annoverata tra quelle imprescindibili per la minore e risulta, per tale ragione, apprezzabile dal giudice ai fini della dichiarazione di adottabilità.

La sentenza offre quindi lo spunto per qualche riflessione su un tema non del tutto nuovo, ma al quale anche i recenti interventi del legislatore<sup>6</sup> hanno restituito attualità. Viene da chiedersi in particolare se nell’ordinamento attuale sia configurabile un diritto soggettivo all’affetto dei genitori; o, in altre parole, se esista un vero e proprio diritto dei figli ad essere amati.

<sup>1</sup> App. Torino, 22.10.2012, n. 150, *inedita*.

<sup>2</sup> Trib. Minorenni Torino, 16.08.2011, n. 4, *inedita*.

<sup>3</sup> Cass., 08.11.2013, n. 25213, in *Foro it.*, 2014, I, 59.

<sup>4</sup> Cass., 30.06.2016, n. 13435, in *Foro it.*, 2016, I, 2319.

<sup>5</sup> App. Torino, 11.03.2017, n. 21, in *Foro it.*, 2017, I, 1184.

<sup>6</sup> L. 10.12.2012, n. 219 “Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali”; d. lgs. 28.12.2013, n.154 “Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell’articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219”; l. 20.5.2016, n. 76 “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”.



La nostra dottrina ha già coniato, proprio per i figli, l'espressione 'diritto all'amore', inteso quale diritto fondamentale della prole, diretto a tutelare l'interesse essenziale a ricevere quella carica affettiva di cui l'essere umano non può fare a meno, al tempo della propria formazione<sup>7</sup>. Ma a tale ricostruzione si può contrapporre l'interrogativo di chi si è chiesto: "Sono compatibili, sono pronunciabili insieme, le parole diritto e amore? O appartengono a logiche conflittuali, tanto che l'una o l'altra cercano reciprocamente di sopraffarsi?"<sup>8</sup>.

La contrapposizione può essere resa in modo ancora più concreto. Da un lato, si può sostenere che la recente riforma della filiazione, riconoscendo ai figli il diritto all'assistenza morale, abbia con ciò garantito loro il diritto di ricevere dai genitori l'apporto affettivo necessario alla crescita e alla maturazione della persona: quindi, senza che ciò suoni come metafora, il diritto ad essere amati.

Tuttavia, la tradizionale obiezione che si può muovere a tale assunto è che la legge non può imporre sentimenti<sup>9</sup>. La configurabilità di un diritto soggettivo ad essere amati, quindi, esige che sia positivamente risolta la questione della rilevanza giuridica dei sentimenti<sup>10</sup>. La difficoltà che si incontra è evidente, dal momento che tradizionalmente si tende a ricondurre la materia dei sentimenti a fenomeni connotati da libertà e spontaneità: caratteristiche antitetice rispetto alla categoria dell'obbligo e alla coercibilità della condotta dei privati.

## 2. La rilevanza giuridica dei "fatti di sentimento".

Com'è noto, va ascritta al merito di Angelo Falzea l'elaborazione di una teoria giuridica dei fatti di

sentimento.<sup>11</sup> Sebbene tra le figure in cui si distinguono i fatti di coscienza – volontà, conoscenza e sentimento – quelli di sentimento siano i meno studiati nella prospettiva giuridica, le difficoltà di regolamentare tale materia non impediscono di affermarne la rilevanza giuridica purché il sentimento raggiunga una manifestazione sociale sufficiente. I sentimenti rispetto ai quali il diritto prende posizione si distinguono per la loro 'polarizzazione', positiva o negativa, quali "sentimenti-valori" e "sentimenti-disvalori"<sup>12</sup>. Alla opposta polarizzazione corrispondono diverse situazioni giuridiche, tramite le quali il diritto garantisce i primi e combatte i secondi.

Ancorché la rilevanza dei sentimenti non sia stata indagata all'interno degli ordinamenti positivi, e di riflesso la teoria generale del diritto non abbia avvertito l'esigenza di dotarsi di categorie dogmatiche per i fenomeni di sentimento quali fenomeni giuridici propriamente detti, Falzea ammette che ai sentimenti possa essere riconosciuto un posto importante tra essi. Osserva, infatti, che i sentimenti riflettono situazioni di interesse e che la nozione giuridica di interesse conduce alla categoria generale del valore e al problema dei suoi rapporti con il diritto. Il sentimento, allora, assume un ruolo nel quadro dei fenomeni giuridici in quanto è definito quale "organo attraverso cui la coscienza individuale si mette in rapporto con i valori. Se quindi le situazioni giuridiche sono essenzialmente legate a certi valori chiamati interessi, è da supporre che al fondo di ogni interesse e perciò di ogni situazione giuridica ci siano e si possano scoprire fenomeni di sentimento i quali, perciò, dovrebbero figurare ampiamente e con spiccato rilievo tra gli altri fenomeni del diritto"<sup>13</sup>.

Il sentimento come fatto giuridico è dunque configurabile allorché la fattispecie definita dalla norma contempli stati o eventi emozionali. Sicché l'interrogativo cui è chiamata a rispondere una teoria giuridica del sentimento riguarda la possibilità della sua rilevanza positiva.

La risposta offerta da Falzea è affermativa: al pari che nelle norme etiche e sociali, anche in quelle giuridiche il sentimento può essere contemplato sia nella fattispecie effettuale sia in quella causale.

<sup>7</sup> C. M. BIANCA, *La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla Riforma del diritto di famiglia*, in *Dir. famiglia*, 2006, fasc.1, I, p. 208.

<sup>8</sup> S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Laterza, Roma; Bari, 2015, p. 3: "Sono compatibili, sono pronunciabili insieme, le parole diritto e amore? O appartengono a logiche conflittuali, tanto che l'una o l'altra cercano reciprocamente di sopraffarsi? [...] Siamo di fronte ad un conflitto, combattuto però non ad armi pari, con il potere concentrato sostanzialmente dalla parte del diritto, che lo esercita come strumento di disciplinamento dell'amore, fino a negare alla persona la libertà di innamorarsi."

<sup>9</sup> M. PARADISO, *La comunità familiare*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 32 ss., il quale rileva la pericolosità di quelle tendenze dottrinarie che attribuiscono rilevanza giuridica ai sentimenti "che vengono assunti non quale "dato grezzo", quale "ratio" delle norme o mero criterio concorrente di valutazione dei comportamenti".

<sup>10</sup> P. SPAZIANI, *Il diritto all'assistenza morale (Art. 315 bis c.c. come inserito dall'Art. 1 comma 8, L. n. 219/2012)*, in C. M. BIANCA, *La riforma della filiazione*, Cedam, Padova, 2015, p. 73 e ss.

<sup>11</sup> A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 437 ss..

<sup>12</sup> A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 455: "la conformità o difformità tra i valori racchiusi in certi sentimenti e i valori giuridici deve raggiungere un grado di intensità apprezzabile per ottenere l'approvazione o la riprovazione del diritto e quindi per dare luogo a una qualificazione giuridica nettamente positiva o nettamente negativa."

<sup>13</sup> A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 441.

Sempre che, come anticipato, esso raggiunga una adeguata manifestazione sociale, ancor più necessaria perché nelle norme giuridiche si accentuano i caratteri dell'oggettività e dell'esteriorità. Il sentimento può dunque acquisire rilevanza se assume la forma del fatto giuridico, e così comparire nella fattispecie ovvero negli effetti della norma; senza, tuttavia, che possa da solo esaurirne gli elementi.

Di qui una notazione decisiva anche per le riflessioni sulla sentenza in esame e sull'interrogativo posto in apertura: il sentimento non rileva se non in ragione di una sua esteriorizzazione, che deve necessariamente avvenire attraverso altri fatti. Gli eventi e gli stati emozionali necessitano, cioè, di fatti manifestativi, attraverso i quali acquistano forma giuridica e divengono oggettivamente osservabili: perché "i fatti sono in grado di varcare la soglia del diritto solo se riescono a esteriorizzarsi e la loro esteriorizzazione è affidata ad altri fatti: appunto a fatti di vita o a comportamenti."

Si pone così il problema dei rapporti tra sentimento e comportamento. Per acquisire rilevanza, il sentimento deve entrare in una fattispecie complessa, composta sia dal fatto interiore affettivo sia dal fatto esteriore, appunto il comportamento. Ed il nesso tra i due fatti, interiore ed esteriore, può essere di mera manifestazione ovvero di condizionalità: nel senso che sentimento e comportamento possono condizionarsi l'un l'altro. Ma in tal modo si spiega la problematica rilevanza giuridica dei sentimenti: perché le norme, già soltanto per le caratteristiche di generalità ed astrattezza, tendono a cogliere il momento oggettivo e comportamentale, svalutando quello soggettivo ed emozionale. Di qui l'eccezionalità (per così dire statistica) della rilevanza del sentimento quale fatto soggettivo: appunto perché tale rilevanza esige uno specifico riferimento da parte della legge. Ciò che si verifica – si potrebbe dire in una prima approssimazione – unicamente quando il legislatore intenda disciplinare situazioni non completamente definite sul piano oggettivo, che necessitano dell'integrazione di momenti soggettivi di natura emozionale.

È in questa prospettiva, allora, che meglio si colgono spunti e suggerimenti di altri autori che hanno riflettuto sulla possibilità di conciliare le materie del diritto e dei sentimenti<sup>14</sup>.

Alcuni, pur occupandosene soltanto indirettamente, non hanno potuto prescindere dall'affrontare il tema dell' "amore". Così chi – trattando il rapporto omosessuale e l'(allora) auspicato riconoscimento

<sup>14</sup> F. GAZZONI, *Amore e diritto ovvero sia i diritti dell'amore*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1994, p. 3, per il quale: "il diritto ha difficoltà a regolamentare i c.d. fatti di sentimento, non solo per motivi di lessico giuridico, ma anche perché le vicende che coinvolgono sentimenti (e non patrimoni) sono per loro natura ambigue ed oscure, in particolare per quel che riguarda i fatti d'amore".

legislativo, con le significative conseguenze in tema di convivenza, matrimonio e filiazione – ha attribuito un ruolo decisivo alla "capacità di amare", propria e tipica di ogni essere umano.<sup>15</sup>

Altri, espressamente riflettendo sul conflitto tra sfera dell'amore e diritto, ha rilevato come nell'esperienza storica il secondo sia stato utilizzato per *neutralizzare* il primo, pericoloso per l'ordine sociale, confinandolo attraverso l'istituto del matrimonio. Con la progressiva legittimazione di unioni diverse da quella matrimoniale, tuttavia, si assisterebbe ad un'inevitabile inversione di rotta. È stata così prospettata la tesi che il diritto costituisca lo strumento per *liberare* l'amore, consentendo alle persone di autodeterminarsi: "La negazione del diritto d'amore e la sua sottoposizione a vincoli obbliganti ci mostrano una persona alla quale vengono negate, insieme, libertà e dignità. Il diritto d'amore si iscrive così in un orizzonte giuridico che non entra in contraddizione con esso, e trova il suo fondamento nel rispetto pieno dovuto alla persona. La negazione di quel diritto diviene così pure negazione di un ordine giuridico finalmente liberato dall'obbligo di impadronirsi della vita delle persone"<sup>16</sup>.

### 3. Il diritto all'assistenza morale dei figli come "diritto all'amore": il definitivo ingresso della dimensione affettiva nell'ordinamento.

La c.d. riforma della filiazione - ossia il complesso normativo costituito dalla Legge delega 10 dicembre 2012, n. 219, recante "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali", e dal Decreto legislativo 12 luglio 2013, n. 154, recante revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, volta alla parificazione di figli naturali e figli legittimi - dando attuazione al principio di uguaglianza previsto agli artt. 3 e 30 Cost., ha definitivamente eliminato la distinzione tra figli nati all'interno e al di fuori del matrimonio.

Essa, però, si è anche spinta oltre, introducendo per la prima volta nel nostro ordinamento, con il

<sup>15</sup> A. PALAZZO, *Eros e jus*, Mimesis, Milano; Udine, 2015, p. 49: "L'idea guida che abbiamo posto al centro della nostra indagine è stata quella della capacità di amare. Se una coppia non l'ha raggiunta si decide per forme di unione precaria che si adattano alla temporaneità del rapporto. La durata nel tempo dell'unione è viceversa la prima prova della sussistenza della capacità di amare e può coesistere con altro fatto di prova, che è la decisione comune di avere figli da allevare".

<sup>16</sup> S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, cit., p. 48: "La norma giuridica non ha il fine, esplicito o non dichiarato, di impadronirsi dell'amore, ma lo specifico, e limitato, ruolo, di apprestare le strutture necessarie per l'autodeterminazione, grazie alle quali le persone possano effettuare liberamente le proprie scelte e costruire liberamente la propria personalità".



nuovo art. 315-*bis* c.c., ciò che è stato definito un vero e proprio “statuto dei diritti del figlio”.

Di grande significato, anche etico-sociale, è la solenne proclamazione del novellato art. 315 c.c. per la quale “Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico”: una definitiva conquista di civiltà giuridica, attesa da tempo, che costituisce il tratto fondamentale dell'intera riforma.<sup>17</sup>

La dottrina<sup>18</sup> è ben riuscita ad esprimere il significato della norma contenuta nell'art. 315 c.c. e il conseguente mutamento di prospettiva realizzatosi con la formula “la legge conosce solo figli”.

Ciò che si è voluto eliminare è l'ingiusta concezione dell'esistenza di una distinzione tra i figli in ragione della nascita. In tal senso la felice espressione “famiglia dei figli”<sup>19</sup>: per indicare la assoluta centralità assunta dalla figura del figlio, intorno al quale ruota la responsabilità dei genitori.

Lo stato giuridico della filiazione è ora sancito come unitario, perché è indipendente dallo *status familiae*. Esso risulta, in sé, meritevole di tutela e, di conseguenza, tutelato indipendentemente dal vincolo fattuale o di diritto esistente tra i genitori.<sup>20</sup>

La riforma del 2012 ha dunque impresso allo *status filiationis* un rilievo primaria, autonomo dal rapporto che lega gli autori del concepimento,<sup>21</sup> efficacemente sintetizzata nella formula “dallo *status familiae* allo *status personae*”.

Si comprende allora lo stretto legame tra il rinnovato art. 315 c.c., che stabilisce l'unicità dello *status* di figlio, e l'art. 315-*bis* c.c., altro pilastro della novella e al tempo stesso necessario corollario della norma precedente, il quale afferma i diritti e i doveri dei figli, enucleando quello che viene considerato un vero e proprio “statuto” di diritti. Ossia un complesso di disposizioni volte a sancire e tutelare, direttamente ed espressamente, i diritti nella titolarità del figlio, in forza del rapporto di filiazione, assicurandone sistemazione unitaria e portata generale.

In questa prospettiva, lo *status filiationis* costituisce il presupposto, la fonte del ‘fascio di situa-

zioni’ giuridiche attive e passive facenti capo al figlio<sup>22</sup>.

In particolare, così inteso, lo *status* di figlio rappresenta un elemento costitutivo dell'identità personale del nato ed integra un diritto inviolabile della persona umana.<sup>23</sup> Come tale, risulta intimamente connesso al solo fatto della procreazione<sup>24</sup> e prescinde da qualsiasi condizione di nascita e dall'eventuale domanda o accertamento dello *status medesimo*<sup>25</sup>.

Sotto l'indicativa rubrica “Diritti e doveri del figlio”, l'art. 315-*bis* c.c. è scandito in quattro commi, tre dei quali contengono l'enunciazione dei diritti, mentre soltanto il quarto (identico nel testo al previgente art. 315, sui “Doveri del figlio verso i genitori”) riguarda i doveri verso i genitori.

Oltre ai tradizionali diritti al mantenimento, all'educazione e all'istruzione, la norma fissa i diritti all'assistenza morale, a crescere nella propria famiglia e a mantenere rapporti significativi con i parenti: nonché, per il figlio che abbia compiuto dodici anni o sia anche di età inferiore, qualora dotato della

<sup>22</sup> N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Cedam, Padova, 1990, p. 29 e ss., ha osservato che il concetto di “status” ha incontrato distinti momenti. In una prima fase essa è stata utilizzata per descrivere in maniera sintetica un gruppo di diritti e di obblighi, che sembravano trovare unità nel comune riferimento ad un determinato fenomeno sociale, quale ad esempio la famiglia. In un'ulteriore fase di elaborazione, invece, tale categoria è stata ritenuta come il presupposto o la fonte di una serie aperta di diritti ed obblighi. Alla luce di tale evoluzione, la nozione di status si è spostata dalla dimensione degli effetti giuridici a quella delle fattispecie, ossia degli eventi che la norma contempla in ipotesi e al cui accadere collega determinate conseguenze. I diversi stati, che possono essere quello di cittadino, di coniuge o di figlio, costituirebbero la fonte di determinati effetti giuridici, che, appunto, individuano la propria causa negli stati medesimi.

<sup>23</sup> In tal senso, Corte cost., 28.11.2002, n. 494, in *Giur. It.*, 2003, 130: “La Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti: nella specie, il diritto del figlio, ove non ricorrano costringenti ragioni contrarie nel suo stesso interesse, al riconoscimento formale di un proprio status filiationis, un diritto che, come affermato da questa Corte (sentenza n. 120 del 2001), è elemento costitutivo dell'identità personale, protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della citata Convenzione sui diritti del fanciullo, dall'art. 2 della Costituzione.”

<sup>24</sup> Cass., 22.11.2013, n. 26205, in *Giur. It.*, 2014, 1593: “Alla formula costituita dall'endiadi “diritto ad essere educato e mantenuto” non può attribuirsi un valore soltanto descrittivo. Essa contiene e presuppone il più ampio ed immanente diritto, desumibile dalla lettura coordinata degli artt. 2 e 30 Cost., di condividere fin dalla nascita con il proprio genitore la relazione filiale, sia nella sfera intima ed affettiva, di primario rilievo nella costituzione e sviluppo dell'equilibrio psicofisico di ogni persona, sia nella sfera sociale, mediante la condivisione ed il riconoscimento esterno dello status conseguente alla procreazione. Entrambi i profili integrano il nucleo costitutivo originario dell'identità personale e relazionale dell'individuo e la comunità familiare costituisce la prima formazione sociale che un minore riconosce come proprio riferimento affettivo e protettivo.”

<sup>25</sup> G. CHIAPPETTA, *La posizione del figlio nato nel matrimonio*, in C. M. BIANCA, *La riforma della filiazione*, cit., p. 328.

<sup>17</sup> A. FIGONE, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale: testo aggiornato al D. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, Giappichelli, Torino, 2014, p.1; C. M. BIANCA, *Verso un più giusto diritto di famiglia*, in *Iustitia*, 2012, fasc. 2, p. 237.

<sup>18</sup> C. M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, fasc. 1, p. 1 e ss.

<sup>19</sup> L'espressione è stata introdotta da A. NICOLUSSI, *Diritto di famiglia e nuove letture della Costituzione*, in *Valori costituzionali*, atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I., Milano, 2010, 190, prima della Riforma della filiazione ma in tale contesto è stata riproposta da L. ROSSI CARLEO, *La famiglia dei figli*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1262.

<sup>20</sup> S. STEFANELLI, *Caratteri e funzione dello status*, in A. SASSI, *La filiazione e i minori*, vol.4, in *Le persone e la famiglia*, UTET, Assago, 2015, p. 67.

<sup>21</sup> L. ROSSI CARLEO, *Status e contratto nel mosaico della famiglia*, in *Dir. Famiglia*, fasc.1, 2016, p. 221.



capacità di discernimento, ad essere ascoltato in tutte le procedure che lo riguardano.

È stato ampiamente sottolineato il radicale ribaltamento di prospettiva rispetto al passato, e non soltanto perché il legislatore ha enunciato, positivamente e in maniera esplicita, i diritti dei figli, mostrando come essi non siano più solamente desumibili, in via indiretta, dai corrispondenti doveri sussistenti in capo ai genitori.

Ed è stato altresì segnalato come l'inequivoca enunciazione dei diritti dei figli, anteposti ai doveri previsti dall'ultimo comma dell'art. 315 c.c., esprima la necessità che la formula "interesse del minore" ceda il passo all'espressione "diritti del minore": enfatizzando l'idea che l'ordinamento non tuteli soltanto un mero e generico interesse del minore, ma veri e propri diritti soggettivi della persona, ai quali l'attuale art. 315-bis c.c. ha conferito innegabile sostanza concreta.

Il più vago concetto di "interesse del minore", cui numerose norme del diritto di famiglia si richiamano, deve essere allora abbandonato perché espressione della superata concezione che vedeva nel figlio, e nel minore, più un oggetto di poteri altrui e di soli propri doveri, che non un soggetto titolare di diritti inviolabili. Una concezione considerata ormai superata.<sup>26</sup>

In questo quadro, l'art. 315-bis c.c. non si limita a riproporre i noti diritti dei figli e i corrispondenti doveri dei genitori (di mantenimento, istruzione ed educazione), già previsti dal previgente art. 147 c.c.. Ne enuncia, bensì, in maniera innovativa, di ulteriori, sconosciuti alla tradizione codicistica, tra cui quali il diritto all'assistenza morale. Senso e contenuto di essi sono ribaditi dall'art. 337-ter, comma 1 c.c. ("Provvedimenti riguardo ai figli"): il quale, disciplinando i diritti della prole nei procedimenti riguardanti il rapporto matrimoniale e in quelli relativi ai figli nati al di fuori di esso, riconosce al minore, oltre al diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, quello di ricevere da entrambi l'istruzione, l'educazione, la cura nonché, appunto, l'assistenza morale.

Di qui l'interrogativo, in dottrina e già in giurisprudenza, sul significato che il legislatore della riforma ha voluto imprimere alla formula "assistenza morale"<sup>27</sup>.

Essa è stata ricondotta, ma in senso opposto, all'espressione utilizzata dalla Legge sull'adozione per la situazione suscettibile di originare la dichiarazione di adottabilità: il diritto in questione, quindi, integrerebbe la condizione minima accettabile richiesta ai genitori.<sup>28</sup>

In tale direzione alcune pronunce – affermando che sussiste "stato di bisogno" quando alla prole venga a mancare la componente fondamentale per la formazione migliore della personalità – sono giunte a delineare un concetto di assistenza morale modellato non tanto sulla base del relativo contenuto, comunque ricondotto alla nozione di "amore"<sup>29</sup>, quanto sulla sua finalità.<sup>30</sup> L'assistenza morale, intesa quale immancabile apporto di cure ed affetto, viene ad assumere rilevanza perché la sua assenza giustifica il rimedio, pur residuale, dell'adozione: che pertanto si pone in chiave strumentale rispetto alla sana crescita del minore.

Si può dire, allora, che proprio nella riforma della filiazione il legislatore abbia definitivamente considerato meritevole di tutela la componente affettiva, imprescindibile per una sana e serena crescita

---

noscendo nella cura affettiva dei genitori il bene di cui il minore ha un bisogno primario per la sua crescita armoniosa".

<sup>28</sup> C. LOSANA, *Il diritto del figlio di ricevere cura e di essere assistito moralmente*, in *Minorigiustizia*, 2014 fasc. 2, p. 37; sempre con riferimento alla Legge sull'adozione, C.M. BIANCA, *Adozione nazionale (l. 28 marzo 2001, n. 149 - "Modifiche alla l. 4 maggio 1983, n. 184, recante "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori", nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile)*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2002 fasc. 4-5, p. 909, ha rilevato lo stretto legame esistente tra il diritto del minore alla propria famiglia e quello all'assistenza morale: "il minore ha diritto di crescere nella sua famiglia in quanto riceva da questa l'assistenza morale necessaria per la serena ed equilibrata formazione".

<sup>29</sup> Cass., 28.3.1987, n. 3038, in *Mass. Giur. It.*, 1987, voce *Adozione*: "Lo stato di abbandono è ravvisabile qualora i genitori abbiano fatto mancare al figlio un'assidua e amorevole assistenza nelle vicende quotidiane"; Cass., 02.10.2015, n. 19735, in *Famiglia e dir.*, 2016, 1068: "In tema di adozione di minori, il diritto del minore a crescere ed essere educato nell'ambito della famiglia di origine incontra i suoi limiti in presenza di uno stato di abbandono, cosicché la rescissione del legame familiare costituisce l'unico strumento idoneo ad evitare al minore un più grave pregiudizio ed a garantirgli assistenza e stabilità affettiva".

<sup>30</sup> Trib. Minorenni Roma, 6.2.1984, in *Dir. Famiglia*, 1984, p. 637: "Il minore ha diritto non ad un'assistenza qualsiasi da parte dei suoi genitori, ma alla prestazione di cure idonee a garantirgli uno sviluppo armonico ed equilibrato; ha diritto a vivere non in una famiglia qualsiasi, ma in un ambiente familiare moralmente sano, che lo sottragga ad influenze che possano incidere negativamente sul suo armonico processo di maturazione"; Cass., 20.1.1998, n. 482, in *Famiglia e dir.*, 1998, p. 273: "la nozione di "assistenza" prevista dal legislatore non deve essere intesa in termini meramente quantitativi, implicando, al contrario, una valutazione anche qualitativa delle funzioni genitoriali, in termini di adeguatezza al fine educativo, intese come corretto (e giammai distorto) esercizio del ruolo parentale. Integra, pertanto, gli estremi della "situazione di abbandono" ogni irreparabile difetto di quella assistenza morale e materiale, intesa come idoneo apporto di cure ed affetto, necessario al normale e corretto sviluppo della personalità del minore.

<sup>26</sup> E' l'opinione di A. GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i figli hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario*, in *Famiglia e dir.*, 2013, fasc. 3, p. 264.

<sup>27</sup> Tale formula è stata consacrata con la riforma della filiazione, come osservato da C. M. BIANCA, *Verso un più giusto diritto di famiglia*, in *Iustitia*, II, p. 239-240: "Che il figlio debba essere assistito moralmente si può desumere solo dalla legge sull'adozione. Neppure la legge sull'adozione, tuttavia, menziona il diritto all'assistenza morale, limitandosi essa ad indicare la mancanza di tale assistenza come circostanza qualificante la situazione di abbandono. Il disegno di legge proclama invece espressamente l'assistenza morale come diritto del figlio, rico-



del minore e per un equilibrato sviluppo della sua personalità; facendo emergere, con chiarezza, il valore centrale e fondante che l'elemento affettivo assume nella famiglia.<sup>31</sup> Tale interesse finisce anzi per oggettivarsi, divenendo un valore per l'ordinamento e giustificandone la tutela: tanto più che la carenza dell'apporto affettivo rischia di ingenerare danni e squilibri psichici che, manifestandosi in età adulta, causerebbero problemi ancor più gravi per la società.<sup>32</sup>

Risulta pertanto evidente come l'esplicita menzione, nell'art. 315-*bis* c.c., del diritto del figlio alla "assistenza morale" conferisca rilievo giuridico generalizzato alla modalità naturalmente tipica della relazione genitore-figlio: la quale, prima ancora che giuridica, è una relazione affettiva<sup>33</sup> antropologica. La dimensione affettiva della filiazione, infatti, è un dato senz'altro pregiuridico: che il legislatore coglie e rende giuridicamente rilevante, non potendosene prescindere ai fini di una compiuta e moderna disciplina del peculiare rapporto tra genitori e figli.<sup>34</sup>

Non è un caso, quindi, che il riconoscimento normativo del diritto all'amore riguardi esclusivamente i minori. Una medesima ragione di tutela non si rinviene, invece, nei rapporti tra adulti<sup>35</sup>, nei quali l'amore non assurge a diritto ma rimane una mera possibilità. E la differenza sussiste nonostante l'identità della locuzione ("assistenza morale") uti-

lizzata dal legislatore per indicare da un lato, nell'art. 315-*bis* c.c., il diritto dei figli nei confronti dei genitori, e dall'altro, nell'art. 143 c.c., l'obbligo reciproco dei coniugi. Si è persuasi, tuttavia, che il nucleo essenziale dell'obbligo di assistenza morale non vada individuato nell'interesse ad essere amati, bensì nell'aiuto e nel conforto spirituale che essi sono tenuti a prestarsi reciprocamente. Nell'ambito del rapporto coniugale, infatti, il venir meno dell'assistenza morale, qualora renda intollerabile la prosecuzione della convivenza, giustifica il sorgere del diritto alla separazione personale<sup>36</sup>; mentre la carenza di amore non assume, di per sé, rilevanza autonoma né per un eventuale addebito della separazione, né ai fini di un giudizio di responsabilità dei coniugi<sup>37</sup>. Coerentemente, la sua mancanza costituisce autonomo titolo di risarcimento del danno non patrimoniale soltanto quando si traduce in un comportamento lesivo di altri diritti della personalità.<sup>38</sup>

Nella prospettiva qui delineata, dunque, si può senz'altro affermare che il diritto dei figli ad essere assistiti moralmente altro non è se non un diritto a ricevere amore, e dunque diritto all'amore: cioè a quell'interessamento sollecito e premuroso che spinge a provvedere direttamente alle esigenze di una persona e ad averne cura. Dopo che dottrina e giurisprudenza ne avevano colto l'importanza, ad esso l'attuale quadro normativo ha dato riconoscimento.<sup>39</sup> La dimensione affettiva del rapporto di filiazione ha così finalmente fatto definitivo ingresso nell'ordinamento positivo.

<sup>31</sup> C. MAZZÙ, *La famiglia degli affetti*, in S. Mazzaresse-A. Sassi (a cura di), *Persona, famiglia e successioni*, in *Diritto privato: studi in onore di Antonio Palazzo*, 2, 2, Torino, UTET giuridica, 2009, p. 541 e ss., il quale, nell'affrontare i problemi aperti dalle nuove famiglie, non fondate sul matrimonio, si è espresso nei seguenti termini: "la costruzione della nuova famiglia in chiave egualitaria e solidaristica, per un verso, ha agevolato l'attenzione verso i profili sostanziali del rapporto, aprendo la strada alla protezione dei figli naturali e dei conviventi; per altro verso, ha attribuito valore fondante all'affettività, quale datore di stabilità dell'assetto interpersonale, idoneo a giustificare il riconoscimento e tutela, seppure episodici e parziali. L'istituto della famiglia [...] trae la propria legittimazione sostanziale dal fattore affettivo: ne è riprova il fatto che la cessazione della comunione materiale e spirituale tra i coniugi è sufficiente all'accoglimento della domanda di divorzio [...]".

<sup>32</sup> M. BIANCA, *Filiazione: commento al decreto attuativo: le novità introdotte dal D. Lgs. 28 dicembre 2013, n.154*, Giuffrè, Milano, 2014, p.153.

<sup>33</sup> M. SESTA, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, cit., p. 1013.

<sup>34</sup> F. SCAGLIONE, *Situazioni giuridiche soggettive e capacità*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, 4, in *Le persone e la famiglia*, Utet giuridica, Assago, 2015, p. 419.

<sup>35</sup> M. BIANCA, *Il diritto del minore all'amore dei nonni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 10155: "Con riferimento ad un soggetto minore, si è recepita l'idea che l'amore, al pari della salute, della vita, costituisca un autonomo diritto della personalità, di rilevante importanza per la crescita e la cui violazione può determinare danni irreversibili nella personalità dell'adulto. Si è pertanto recepito anche a livello normativo il monito che attenta dottrina predicava da tempo, ovvero l'affermazione " dell'idea che occorra aver riguardo al bisogno del minore di ricevere quella carica affettiva di cui l'essere umano non può fare a meno nel tempo della sua formazione".

<sup>36</sup> Cass. 7 giugno 1982, n. 3437, in *Mass. Giur. it.*, 1982, c. .... "Il reciproco obbligo di assistenza e collaborazione, posto a carico dei coniugi dall'art. 143, 2° comma c.c., comporta che la condotta dell'uno, consistente nell'ingiustificato rifiuto di aiuto e conforto spirituale, con la volontaria aggressione della personalità dell'altro, per annientarla, deprimerla, o comunque ostacolarla, integra violazione dei doveri che derivano dal matrimonio, e giustifica una pronuncia di separazione personale con addebito".

<sup>37</sup> SPAZIANI, *Il diritto all'assistenza morale (Art. 315 bis c.c. come inserito dall'Art. 1 comma 8, L. n. 219/2012)*, in C. M. Bianca, *La riforma della filiazione*, cit., p. 82.

<sup>38</sup> Cfr. Cass., 1 dicembre 2004, n. 22593, in *Danno e Resp.*, 2005, 324: "Circa, infine, il danno da serenità familiare, la sentenza impugnata ne ha giustamente escluso la risarcibilità. [...]D'altra parte, altrettanto recentemente questa Corte ha offerto tutela all'interesse all'intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia e alla inviolabilità della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito di quella peculiare formazione sociale (tutela ricollegabile agli artt. 2, 29 e 30 Cost.), limitatamente, però, alla risarcibilità del danno subito in conseguenza della uccisione di un congiunto per la definitiva perdita del rapporto "parentale" (Cass. 31 maggio 2003, n. 8828)".

<sup>39</sup> V. SANTARSIERE, *Le nuove norme sui figli nati fuori dal matrimonio. Superamento di alcuni aspetti discriminatori*, in *Giur. di Merito*, 2013 fasc. 3, p. 530; M. SESTA, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in *Famiglia e dir.*, 2015, fasc. 11, p. 1013; C. M. BIANCA, *Diritto civile, 2.1, La famiglia*, cit., p. 335.



Lo conferma la circostanza che, nel progetto iniziale di “statuto dei diritti del figlio”, ora compendiato nel menzionato art. 315-*bis* c.c., è stato testualmente previsto proprio il diritto del figlio “di essere amato” dai genitori. Sebbene l’espressione letterale sia stata soppressa in sede di approvazione della legge delega, e sia stata sostituita da quella sull’assistenza morale, si è ugualmente persuasi che “con tale espressione sia comunque stato introdotto nell’ordinamento giuridico familiare un diritto del figlio, particolarmente quando in età minore, alla tenerezza e piena solidarietà dei genitori, quindi, in definitiva, ad essere amato dagli stessi”.<sup>40</sup>

E si è altresì persuasi che questa conclusione rappresenti l’esito di un percorso normativo al quale anche il legislatore italiano è giunto progressivamente.

#### 4. La prospettiva delle fonti extracodicistiche: diritto dei figli ad essere amati e diritto di crescere in famiglia.

Benché l’esplicita codificazione del diritto (d’amore) all’assistenza morale sia avvenuta ad opera della L. 219/2012, va sottolineato come, già in precedenza, il diritto in questione fosse ricavabile da fonti extracodicistiche.

Nel diritto sovranazionale si può cogliere come, sebbene, con riferimento all’assistenza morale, l’espressione “diritto” non comparisse, il concetto ad essa sotteso – per il quale la prole, fin dalla prima infanzia, deve ricevere dai genitori tutte le cure necessarie allo sviluppo – emergeva con evidenza già da alcune previsioni. Le quali esprimevano, e tuttora esprimono, i fondamentali bisogni di relazione dei minori. Tra tali norme si collocano, sicuramente, la Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959<sup>41</sup> e la Convenzione internazionale sui diritti

del fanciullo del 1989.<sup>42</sup> E con forza ancora maggiore l’esigenza primaria di cura del fanciullo è manifestata nella Carta di Nizza del 2000<sup>43</sup>, che per prima discorre di un vero e proprio diritto.

Nella legislazione italiana si può notare come, sebbene già la Costituzione menzioni (art. 30) non il diritto dei minori alla cura e all’assistenza, ma il corrispondente dovere dei genitori, un primo e importante passo verso il riconoscimento della rilevanza della dimensione affettiva è stato compiuto dalla L. 184/1983 sull’adozione, in specie da alcune sue specifiche disposizioni.<sup>44</sup>

L’art. 1, comma 1 sancisce il diritto del minore a crescere nella propria famiglia: un diritto evidentemente strumentale e legato alla necessità di garanti-

---

non deve essere separato dalla madre. La società e i poteri pubblici hanno il dovere di aver cura particolare dei fanciulli senza famiglia o di quelli che non hanno sufficienti mezzi di sussistenza. E’ desiderabile che alle famiglie numerose siano concessi sussidi statali o altre provvidenze per il mantenimento dei figli”.

<sup>42</sup> Articolo 18:

“Gli Stati parti si devono adoperare al massimo per garantire il riconoscimento del principio secondo cui entrambi i genitori hanno comuni responsabilità in ordine all’allevamento ed allo sviluppo del bambino. La responsabilità di allevare il fanciullo e di garantire il suo sviluppo incombe in primo luogo ai genitori o, all’occorrenza ai tutori. Nell’assolvimento del loro compito essi debbono venire innanzitutto guidati dall’interesse superiore del fanciullo”.

Articolo 20:

“Un fanciullo che venga privato, permanentemente o temporaneamente del suo ambiente familiare o che nel suo proprio interesse non possa essere lasciato in tale ambiente. avrà diritto a speciale protezione e assistenza da parte dello Stato.

Gli Stati parti debbono garantire a tale fanciullo una forma di cura ed assistenza alternativa in conformità alla loro legislazione nazionale”.

Articolo 27:

“Gli Stati parti riconoscono il diritto di ogni fanciullo ad un livello di vita sufficiente atto a garantire il suo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale e sociale.

I genitori o le altre persone aventi cura del fanciullo hanno primariamente la responsabilità di assicurare, nei limiti delle loro possibilità e delle loro disponibilità finanziarie, le condizioni di vita necessarie allo sviluppo del fanciullo”.

<sup>43</sup> Articolo 24, Diritti del bambino:

“I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere”.

<sup>44</sup> Art. 1: “Il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell’ambito della propria famiglia”.

Art. 2: “Il minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo, nonostante gli interventi di sostegno e aiuto disposti ai sensi dell’articolo 1, è affidato ad una famiglia, preferibilmente con figli minori, o ad una persona singola, in grado di assicurarli il mantenimento, l’educazione, l’istruzione e le relazioni affettive di cui egli ha bisogno”.

Art. 6: “I coniugi devono essere affettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendano adottare”.

Art. 8: “Sono dichiarati in stato di adottabilità dal tribunale per i minorenni del distretto nel quale si trovano, i minori di cui sia accertata la situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a causa di forza maggiore di carattere transitorio”.

<sup>40</sup> A. DEL GIUDICE, *La filiazione prima e dopo la Riforma*, in *Dir. Fam. Pers.* (II), fasc.1, 2014, p. 337: “Non che l’affettività non sia già entrata tra le regole giuridiche familiari: infatti, in ordine all’adozione, gli adottandi debbono dimostrare di essere affettivamente idonei (art. 6 2 l. n. 149 del 2001) e gli affidatari familiari debbono poter assicurare al minore relazioni affettive (art. 2 1 l. n. 149 del 2001); ma permane quel malinteso senso di concettuale impedimento (più che di contrarietà al dato tecnico giuridico) che resiste all’ingresso dei fatti di sentimento sia nella legge che nelle elaborazioni civilistiche. Come è noto, non vi è posto nel codice civile, creatura dell’illuminismo giuridico, per termini che facciano diretto ed esplicito riferimento ai comuni sentimenti quali l’amore, l’amicizia, la gratitudine, limitandosi, al più, al rinvio a criteri di comportamento della “correttezza”, “buona fede”, “buon costume”, non dando spazio normativo e riferimento diretto ai fatti di sentimento.”

<sup>41</sup> Principio sesto:

“Il fanciullo, per lo sviluppo armonioso della sua personalità ha bisogno di amore e di comprensione. Egli deve, per quanto è possibile, crescere sotto le cure e la responsabilità dei genitori e, in ogni caso, in atmosfera d’affetto e di sicurezza materiale e morale. Salvo circostanze eccezionali, il bambino in tenera età





re alla prole l'apporto affettivo indispensabile. In maniera più esplicita, l'art. 2, comma 1 sull'affidamento, tra i requisiti soggettivi degli affidatari introduce la capacità di assicurare al minore le relazioni affettive di cui ha bisogno. Ed ancora, l'art. 6, comma 2 prevede tra i requisiti degli adottanti l'essere "affettivamente idonei". Mentre l'art. 8 individua, quale unico presupposto sufficiente per giustificare lo stato di adottabilità, la carenza di assistenza morale e materiale e con ciò, implicitamente, l'incapacità e l'inidoneità affettiva della famiglia d'origine.<sup>45</sup>

Allo stesso modo, la nozione di cura del figlio era stata enunciata dalla disciplina in tema di affidamento condiviso, tra l'altro imponendo il relativo obbligo anche a carico dei genitori separati, con l'art. 155, comma 1 c.c..

In un panorama normativo che da tempo si muoveva in questa direzione, d'altra parte, la giurisprudenza aveva da tempo rilevato come dal ruolo genitoriale non discendano soltanto i doveri economici correlati al mantenimento, ma anche quelli di educazione, istruzione e assistenza morale nei confronti dei figli, sottolineando la decisiva rilevanza di questi ultimi. Su tale linea, è giunta ad enucleare il c.d. danno da privazione del rapporto genitoriale, con la conseguente risarcibilità e, correlativamente, quello che si potrebbe definire un "diritto alla relazione affettiva" della prole. Configurato quale diritto fondamentale caratterizzato dalla già accennata strumentalità rispetto alle esigenze di sana crescita e di sviluppo del minore.

Ripetutamente, poi, è stata riconosciuta<sup>46</sup> la responsabilità del genitore per essere venuto meno

agli obblighi di cura e di affetto, sul presupposto che l'attuazione del pieno rapporto affettivo con il genitore integri un diritto soggettivo del figlio, quindi una situazione giuridica azionabile per ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale. In particolare, i casi in questione hanno riguardato sia vicende in cui il genitore, riconosciuto il figlio, lo ha in seguito trascurato; sia casi nei quali il disinteresse è iniziato con il mancato riconoscimento.<sup>47</sup>

Come opportunamente rilevato<sup>48</sup>, si può allora dire che il diritto all'assistenza morale esprima la sintesi dei diritti fondamentali del figlio: una sorta di *fil rouge* che li unisce tutti, per assicurare la cura più completa della persona nell'età della fanciullezza.

Nel contesto di tali diritti, in particolare, pare evidente lo stretto legame tra il diritto dei figli all'assistenza morale ed il diritto del figlio a crescere in famiglia<sup>49</sup>, previsto, dopo la Legge 219/2012, dall'art. 315-*bis*, comma 2 c.c.. Esso integra, infatti, il diritto a compiere il percorso affettivo, formativo ed educativo, tracciato dalla legge, all'interno del proprio nucleo familiare, ossia nel contesto che l'ordinamento mostra di ritenere assolutamente prioritario per il pieno sviluppo della personalità del figlio.<sup>50</sup>

A tal proposito, è stato osservato che nell'ambito del rapporto di filiazione, il quale orbita tra responsabilità genitoriale e responsabilità filiale, ciò che riveste una posizione di preminenza è l'interesse del figlio a non essere pregiudicato nel suo sviluppo ed equilibrio psicofisico. In tal senso, quindi, le relazioni affettive, con i genitori e i parenti, assumono un'autonoma rilevanza che permette di considerarle come espressione di un interesse meritevole di tutela<sup>51</sup>.

La correlazione tra i due diritti emerge, probabilmente, in maniera più chiara se si considera che anche l'introduzione nel nostro ordinamento del diritto di crescere in famiglia non costituisce una novità assoluta. Esso aveva, infatti, trovato riconosci-

<sup>45</sup> C. LOSANA, *Il diritto del figlio di ricevere cura e di essere assistito moralmente*, cit., p. 35 e ss.; M. BIANCA, *Filiazione: commento al decreto attuativo: le novità introdotte dal D. Lgs. 28 dicembre 2013, n.154*, cit., p.154.

<sup>46</sup> Tra le diverse pronunce di merito: Trib. Venezia, 30.6.2004, in *Giur. It.*, 2005, 1630: "Il genitore che si disinteressa completamente dei figli, violando l'obbligo di assistenza materiale, morale ed educativa, è responsabile ex art. 2043 c.c. ed è obbligato a risarcire i pregiudizi subiti dalla prole nel percorso di maturazione e crescita e nello sviluppo della personalità"; Trib. Roma, 11.1.2012, in *Resp. civ.*, 2012, 314: "Sussiste la responsabilità del padre che - pur avendo provveduto a versare somme di denaro per il mantenimento del figlio - abbia, con pervicacia, completamente omesso di occuparsi della cura morale del figlio e di mantenere con lui una costante relazione affettiva, con ciò violando i diritti fondamentali dello stesso minore"; Trib. Torino, 10.2.2014, in *Giur. It.*, 2014, 1890: "Si rileva, in merito, come il disinteresse dimostrato da un genitore nei confronti di un figlio, manifestatosi per lunghi anni e connotato, quindi, dalla violazione degli obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione, determini un *vulnus*, dalle conseguenze di entità rimarchevole ed anche ineliminabili, a quei diritti che, scaturendo dal rapporto di filiazione, trovano nella carta costituzionale (in part., artt. 2 e 30), e nelle norme di natura internazionale recepite nel nostro ordinamento un elevato grado di riconoscimento e di tutela. "; Trib. Milano, (ord.) 23.7.2014, in *Dir. Famiglia*, 2015, 43: "In ambito familiare, costituisce per il minore situazione soggettiva di rango primario, tutelata a livello

costituzionale, lo svolgimento del rapporto con entrambi i genitori. Ne deriva che qualora uno dei genitori, venendo meno ai propri doveri di mantenimento, istruzione ed educazione, privi di tale rapporto il minore, quest'ultimo ha diritto al risarcimento del relativo danno, anche di natura non patrimoniale".

<sup>47</sup> F. GALLETI, *Il danno c.d. da privazione del rapporto genitoriale e le tabelle di Milano come possibile risposta al problema della relativa quantificazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, fasc. 2, p. 562.

<sup>48</sup> F. SCAGLIONE, *Situazioni giuridiche soggettive e capacità*, in A. Sassi-F. Scaglione-S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, 4, in *Le persone e la famiglia*, cit., p. 419.

<sup>49</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile, 2.1, La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 337: "il diritto del figlio a crescere nella propria famiglia è un diritto assoluto esperibile nei confronti di tutti i terzi, pubblici e privati".

<sup>50</sup> M. SESTA, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, cit., p. 1014.

<sup>51</sup> R. CARRANO, *Lo stato giuridico di figlio e il nuovo statuto dei diritti e doveri*, in *Giust. civ.*, 2011, fasc. 4, II, p. 185.

mento in numerosi accordi internazionali, grazie ai quali ha assunto rilievo costituzionale<sup>52</sup>.

Ci si riferisce alla Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo del 1989, nella quale il diritto alla conservazione delle relazioni familiari è associato al diritto del minore alla propria identità, al proprio nome e alla propria nazionalità, dunque agli elementi identificativi della persona<sup>53</sup>.

Nella legislazione italiana, il diritto del minore a crescere in famiglia è sancito nella L. 184/1983 sull'adozione, significativamente intitolata proprio "Diritto del minore ad una famiglia".

Per l'art. 1, comma 1 della legge sull'adozione, come modificato dalla Legge del 2001, "Il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia".

Secondo l'attuale quadro normativo, i figli hanno diritto ad una famiglia, possibilmente la propria originaria, ovvero una sostitutiva nella quale siano accolti come figli<sup>54</sup>. È questo il senso profondo del riferimento alla espressione "ad una famiglia" contenuta già nel titolo della legge sull'adozione.

Ed invero, posto che l'art. 1, comma 1 della legge sull'adozione sancisce il preminente diritto del minore a crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia e l'art. 8 fa discendere la dichiarazione di adottabilità del minore dall'assenza di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, si arriva a sostenere che l'art. 1, comma 5 della legge sull'adozione si riferisca al diritto del minore a vivere, crescere ed essere educato nell'ambito di una famiglia. Emerge, così, come il diritto di crescere nella propria famiglia, ove questa risulti inadeguata, ceda - legittimando i rimedi, seppure residuali, dell'affidamento e dell'adozione - rispetto al diritto del minore a crescere comunque in una famiglia, purché in grado di far fronte ad eventuali carenze assistenziali.<sup>55</sup> Ed è

in questo senso che è stato osservato come la legge sull'adozione riveli il ruolo prioritario che il diritto all'amore dei genitori svolge nella vita dei figli.<sup>56</sup> Sembra, così, possibile affermare che il diritto del minore a ricevere le cure e l'affetto necessari per il suo migliore sviluppo possa estendersi sino ad essere esercitabile anche nei confronti della nuova famiglia.

La famiglia d'origine rimane dunque il luogo privilegiato per la crescita del minore, salvo che risulti inadeguata; ma, nel contesto della disciplina dell'adozione, il riconoscimento del diritto ad una famiglia comporta necessariamente un bilanciamento tra contrapposte esigenze.

Se infatti, come si è avuto modo di osservare, la carenza, o addirittura la totale assenza di assistenza morale e materiale da parte dei genitori costituisce il presupposto dello stato di abbandono e, di conseguenza, per la dichiarazione di adottabilità del minore, e quindi integra un elemento necessario e non trascurabile per lo sviluppo dei figli, per altro verso è fondamentale tutelare anche la loro primaria esigenza di crescere nella propria famiglia.

Allora la privazione, disposta nei confronti del figlio, del rapporto con la propria famiglia può avvenire soltanto nei casi in cui i relativi limiti siano tanto gravi da compromettere seriamente lo sviluppo, né possano essere altrimenti superati mediante l'impegno delle strutture sociali.

Dottrina e giurisprudenza hanno sostenuto tale opinione<sup>57</sup> e anche il legislatore è intervenuto in questa direzione. Diverse sono, infatti, le leggi regionali e statali che dispongono azioni di sostegno a beneficio delle famiglie<sup>58</sup> e in tal senso è anche la riforma della filiazione.

minori di poter conseguire una equilibrata crescita psicofisica."

<sup>56</sup> A. MORACE PINELLI, *I provvedimenti concernenti i figli in caso di crisi del matrimonio o dell'unione di fatto*, in C.M. Bianca, *La riforma della filiazione*, cit., p. 701.

<sup>57</sup> Cfr. Cass., 29.11.1988, n. 6452, in *Giust. Civ.*, 1988, I, 2814: "Nella nuova disciplina della dichiarazione dello stato di adottabilità, di cui agli art. 8 ss. l. n. 184 del 1983, mentre resta fermo il principio della prevalenza da accordare all'interesse del minore, viene confermata l'esigenza di assicurarne, in difetto di specifiche ragioni ostative, la crescita e lo sviluppo nella famiglia di origine considerata come ambiente naturale e, a tal fine, vengono introdotte particolari cautele da osservarsi prima della suddetta declaratoria." In dottrina C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., p. 420; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 387, il quale espressamente afferma: "la mancanza di mezzi economici sufficienti da parte della famiglia di sangue non può costituire ragione giustificatrice per avviare il minore all'adozione", peraltro evidenziando, come visto nella precedente trattazione che, al contrario, l'assistenza materiale, qualora non accompagnata da quella morale, non risulta sufficiente ad escludere lo stato di abbandono.

<sup>58</sup> Tra queste si richiamano: Legge 28.8.1997, n. 285 "Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza", il cui art. 1, comma 1: "È istituito, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, il Fondo nazionale per l'infanzia e l'adolescenza finalizzato alla realizzazione di inter-

<sup>52</sup> A. ANCESCHI, *Rapporti tra genitori e figli*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 38.

<sup>53</sup> Art. 8: "Gli Stati parti si impegnano a rispettare il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali.

Se un fanciullo è illegalmente privato degli elementi costitutivi della sua identità o di alcuni di essi, gli Stati parti devono concedergli adeguata assistenza e protezione affinché la sua identità sia ristabilita il più rapidamente possibile".

<sup>54</sup> A. SCALISI, *Il diritto del minore ad una famiglia*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2008, fasc. 11, p. 872.

<sup>55</sup> Cfr. G.E. NAPOLI, *Il diritto di crescere nella propria famiglia*, in C.M. Bianca, *La riforma della filiazione*, cit., p. 1126; è quanto emerge anche da Cass., 21 giugno 2018, n. 16357, in *Giust. civ., Mass.*, 2018, voce *Adozione*: "Il prioritario diritto dei minori a crescere nell'ambito della loro famiglia di origine non esclude la pronuncia della dichiarazione di adottabilità quando, nonostante l'impegno profuso dal genitore per superare le proprie difficoltà personali e genitoriali, permanga tuttavia la sua incapacità di elaborare un progetto di vita credibile per i figli, e non risulti possibile prevedere con certezza l'adeguato recupero delle capacità genitoriali in tempi compatibili con l'esigenza dei



Il D. Lgs. 154/2013, infatti, nel dare esecuzione alla legge delega, ha introdotto nella legge sull'adozione l'art. 79-*bis*, che obbliga il giudice a segnalare ai comuni le situazioni di indigenza delle famiglie al fine di attivare gli opportuni interventi di sostegno.

L'inclusione del diritto ad una famiglia nel novero dei diritti sanciti dall'art. 315-*bis* c.c. gli ha, senza dubbio, conferito quella centralità di cui era anteriormente privo, configurandolo quale diritto fondamentale: esso è essenziale per la vita affettiva della prole e per la sua armoniosa formazione<sup>59</sup>.

L'enunciazione nel codice civile, del resto, permette a tale diritto di spiegare i propri effetti ben oltre l'ambito dell'adozione, investendo l'intero sistema dei rapporti di diritto di famiglia e proponendosi quale espressione generale del diritto del minore alle relazioni familiari. Diritto ora sancito anche dall'art. 337-*ter* c.c., nel quale è stato trasposto, da parte della Legge 219/2012, il principio, introdotto dalla Legge sull'affidamento condiviso del 2006, per cui "il figlio minore ha diritto di mantenere un rapporto continuativo con entrambi i genitori".

La portata generale di tale diritto, grazie all'art. 315-*bis* c.c., fa sì che ogni istituto che preveda, con un obiettivo rimediabile, il distacco o l'allontanamento, temporaneo o permanente, del minore dalla propria famiglia, debba essere riconsiderato alla luce del superiore interesse del minore a crescere in famiglia.

In particolare, il nuovo quadro consente di limitare a casi residuali i rimedi dell'affidamento esclusivo ed extrafamiliare ai sensi degli articoli 337-*bis* e 337-*octies* e, nello stesso modo, opera con riguardo agli strumenti di tutela previsti dagli articoli 330 e 333 c.c., nella misura in cui accordano al giudice la facoltà di disporre l'allontanamento del minore o del genitore.

---

venti a livello nazionale, regionale e locale per favorire la promozione dei diritti, la qualità della vita, lo sviluppo, la realizzazione individuale e la socializzazione dell'infanzia e dell'adolescenza, privilegiando l'ambiente ad esse più confacente ovvero la famiglia naturale, adottiva o affidataria, in attuazione dei principi della Convenzione sui diritti del fanciullo resa esecutiva ai sensi della legge 27 maggio 1991, n. 176, e degli articoli 1 e 5 della legge 5 febbraio 1992, n. 104."; Legge 8.11.2000, n. 328, "Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali", il cui Art.1 comma 1: "La Repubblica assicura alle persone e alle famiglie un sistema integrato di interventi e servizi sociali, promuove interventi per garantire la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione e diritti di cittadinanza, previene, elimina o riduce le condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio individuale e familiare, derivanti da inadeguatezza di reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia, in coerenza con gli articoli 2, 3 e 38 della Costituzione."; Legge 8.3.2000, n. 53 "Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città", il cui Art. 1: "La presente legge promuove un equilibrio tra tempi di lavoro, di cura, di formazione e di relazione".

<sup>59</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., p. 337.

A maggior ragione, il diritto di crescere in famiglia rileva ai fini della valutazione in ordine alla dichiarabilità dello stato di abbandono morale e materiale. Invero, alla luce dell'art. 315-*bis* c.c., è riaffermato il diritto dei figli a non subire provvedimenti di adozione, affidamento o allontanamento dalla propria famiglia se non nei casi tassativamente previsti dalla legge; ed i presupposti per la relativa emanazione devono essere interpretati in senso restrittivo, dovendosi dare precedenza, nel dubbio, al diritto del figlio di crescere in famiglia<sup>60</sup>.

La L. 219/2012 è intervenuta anche in materia di affidamento e adozione, delegando il Governo a specificare la nozione di abbandono materiale e morale, che costituisce uno dei nodi centrali e più complessi della disciplina. Ne è stato imposto il ripensamento alla luce della provata irrecuperabilità delle capacità genitoriali, considerata imprescindibile per la dichiarazione di adottabilità che, pertanto, deve considerarsi l'*extrema ratio*<sup>61</sup>.

Nello stesso senso si è espressa la giurisprudenza, chiarendo come l'adozione costituisca non una misura diretta a risolvere minime carenze genitoriali o semplicemente fornire condizioni migliori al minore, ma soluzione estrema a fronte di situazioni di irreparabile abbandono.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> M. BIANCA, *Filiazione: commento al decreto attuativo: le novità introdotte dal D. Lgs. 28 dicembre 2013, n.154*, cit., p. 147; P. SIRENA, *Il diritto del figlio minore di crescere in famiglia*, in C.M. Bianca, *La riforma della filiazione*, cit., p. 120.

<sup>61</sup> M. MORETTI, *Il diritto del minore ad una famiglia: interventi sulla L. 4 maggio 1983, n. 184*, in M. Dossetti-M. Moretti-C. Moretti, Zanichelli, Bologna, 2013, p. 132 e ss.; contrariamente G. RECINTO, *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minore età? in Il Dir. di famiglia*, 2013 fasc. 4, p. 1479, segnala il timore che, proprio a causa delle predette disposizioni introdotte dalla riforma della filiazione e di quelle contenute nella disciplina dell'adozione, si faccia strada nel nostro ordinamento il convincimento che l'assoluto valore da salvaguardare sia costituito dal legame del minore con la famiglia biologica, relegando l'adozione ad un provvedimento totalmente residuale, che interviene quando ormai non è più in grado di assicurare al minore stesso un'effettiva salvaguardia delle sue personalità.

<sup>62</sup> *Ex plurimis*: Cass., 12.5.2006, n. 11019, in *Mass. Giur. It.*, 2006, voce *Adozione*: "[...] si rende necessario un particolare rigore, da parte del giudice del merito, nella valutazione della situazione di abbandono del minore quale presupposto per la dichiarazione dello stato di adottabilità, ad essa potendosi ricorrere solo in presenza di una situazione di carenza di cure materiali e morali, da parte dei genitori e degli stretti congiunti (ed a prescindere dalla imputabilità a costoro di detta situazione), tale da pregiudicare, in modo grave e non transeunte, lo sviluppo e l'equilibrio psico-fisico del minore stesso"; Cass., 26.5.2014, n. 11758, in *Giust. civ. mass.*, 2014: "la prioritaria esigenza per il figlio di vivere, nei limiti del possibile, con i genitori biologici e di essere da loro allevato, alla stregua del legame naturale oggetto di tutela L. n. 184 del 1983, ex art. 1, impone particolare rigore nella valutazione dello stato di adottabilità, che non può fondarsi di per sé su anomalie non gravi del carattere e della personalità dei genitori, comprese eventuali condizioni patologiche di natura mentale (nella specie, escluse in relazione ai nonni), che non compromettano la capacità di allevare ed edu-



Ma anche questi peculiari tratti patologici del rapporto di filiazione, allora, confermano che la dimensione affettiva è destinata ad assumere oggi un rilievo diverso, ben più pronunciato che in passato. È stato opportunamente rilevato che “proprio perché oggi si può e si deve parlare di diritto soggettivo, il minore deve essere considerato come portatore di una ‘pretesa’, cui la collettività deve assolutamente rispondere”: e ciò sebbene il diritto del bambino alla cura da parte dei genitori non sembri, a prima vista, coercibile<sup>63</sup>. Tenuto conto della difficoltà di delineare contorni di obbligatorietà alla situazione passiva corrispondente al diritto ad essere amati, viene allora da chiedersi se si possa ammettere la configurabilità di un diritto all'amore, negando tuttavia l'esistenza del corrispondente obbligo di amare.

| 38

---

care i figli senza danni irreversibili per il relativo sviluppo ed equilibrio psichico”.

<sup>63</sup> In questi termini C. LOSANA, *Il diritto del figlio di ricevere cura e di essere assistito moralmente*, in *Minori giustizia*, 2014, 2, p. 40, pur riconoscendo che, “affinché un diritto sia tale in senso tecnico (e la parola “diritto” non sia invece una semplice declamazione retorica e vuota) occorre che sia esigibile, azionabile, specifico nel suo contenuto, individuato nel tempo e nello spazio, chiaro nei suoi connotati, nell’individuazione del soggetto obbligato”.

