ORDINES
Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730
NUMERO 1 – GIUGNO 2017

JESSICA MAZZUCA

Il diritto di ascolto del minore. Aspetti teorici e profili giuridici

ABSTRACT- The right to listen (the child) is something of a cross right to the other: the premise to the promotion and realization of all areas of well-being, because listening enhances relationships and promotes social growth. The child should be informed, heard, and "must" participate in his social and family context, and the adult should be able to help the child to express a free consent in specific psycho-emotional conditions. The listening of the child right to work as a genuine "respiratory organ" of the legal system, because it can restore the vitality that is physiologically own and to adapt to the natural becoming of social phenomena. Therefore, think about the right to be heard of the child is definitely a way to understand the reasons behind the real phenomenology, with respect to which the right, first saggy and folded in formalistic drift, now seems destined, moved by the need to keep in step with the evolution.

KEYWORDS - Child, Listening, Self-determination

ORDINES
Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee
n. 1/2017

JESSICA MAZZUCA*

Il diritto di ascolto del minore. Aspetti teorici e profili giuridici**

SOMMARIO: 1. *L'ascolto del minore: l'incontro di sé stessi nell'altro*; 2. *Cosa impedisce di "ascoltare"? L'erosione del tradizionale dogma dell'incapacità del minore*; 3. *La "positivizzazione" del diritto all'ascolto del minore: una tentazione contemporanea;* 4. *Per una conclusione.*

«Cosa vuol dire addomesticare.
È una cosa da molti dimenticata.
Vuol dire creare dei legami [....]
Tu sarai per me unico al mondo,
e io sarò per te unica al mondo»
A. DE SAINT-EXUPÉRY, *Il Piccolo Principe*

1. L'ascolto del minore: l'incontro di sé stessi nell'altro

Viviamo in tempi in cui ci affranchiamo dai bisogni naturali, migliorano le condizioni materiali e sociali, e il benessere e la felicità appaiono sempre più alla portata di mano. Così pensiamo in tanti oggi, abbagliati da progressi tecnici che sembrano rendere l'uomo padrone assoluto del suo destino. Tuttavia, progresso scientifico non vuol dire sempre progresso morale. Non è compito del sapere scientifico

* Dottoranda di ricerca in "Teoria del diritto ed ordine giuridico ed economico europeo", Università Magna Graecia di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima. Il presente contributo è stato oggetto di relazione nell'ambito del corso multidisciplinare "Diritti del minore e Cooperazione Decentrata" organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche, Storiche Economiche e Sociali dell'Università "Magna Graecia" di Catanzaro di concerto con l'UNICEF nell'a.a. 2015/2016.

insegnarci come bisogna vivere. Abbiamo i mezzi, ma non ci è chiaro per quali fini utilizzarli.

La nostra è l'epoca in cui appare difficile comprendere le strutture della politica e dell'economia, che pure intrecciano quotidianamente le nostre esistenze. Il tempo in cui viviamo esige un profondo rinnovamento culturale, necessario se vogliamo capire le dinamiche dell'incontro-scontro dei diversi modelli di vita, le caratteristiche peculiari delle complesse dinamiche sociali.

È necessario ridefinire dinamicamente le identità sociali attualmente in gioco, spingendo lo sguardo oltre il passato relativamente recente della storia contemporanea, che è giusto che resti centrale, ma riletto nell'incrocio con la storia culturale, sociale e giuridica attuale. Questo favorirebbe la consapevolezza della dimensione morale dell'esistenza, la coscienza della responsabilità che si ha non solo verso i propri cari, ma anche verso coloro che, in quanto soggetti particolarmente vulnerabili, tra questi i minori, hanno bisogno di maggiore attenzione e di ascolto. In questo modo è possibile praticare una solidarietà virtuosa e costruttiva. Certo occorrerebbero, in generale, politiche di più ampio respiro, una regolamentazione che semplifichi gli iter normativi. Tuttavia, da buone intenzioni, accompagnate da sufficiente conoscenza e competenza, possono derivare meccanismi di redistribuzione delle risorse idonei a saldare un forte e stabile legame fra società e Stato.

Proprio in questa prospettiva va colta la possibilità di gettare uno sguardo sul mondo dei minori, che da parte nostra è urgente riconoscere e tutelare, se si vuol tentare di capire come funziona. Tocca a noi scegliere e agire per stabilire una rotta concreta, producendo miglioramenti tangibili, non vuote promesse, difendendo il minore, fragile costruzione umana, dall'indifferenza, dalle prevaricazioni, dagli abusi.

Queste riflessioni si manifestano, oggi, in una dimensione che va ben oltre i confini nazionali e comprende scenari così eterogenei da non poter più essere considerati avulsi rispetto alle "vicende di casa". In questo panorama la diversità va rispettata e valorizzata mediante un continuo e progressivo confronto con altre e diverse tradizioni culturali. Uno sforzo che spesso non trova nello strumento normativo il giusto alleato, risultando la regola a tratti insufficiente e/o contraddittoria. Pertanto, di fronte a tali esigenze di protezione e di tutela, appare chiaro che la via per l'armonizzazione è da individuarsi nel confronto tra la sfera etica e la sfera giuridica[1], dove , spesso, il linguaggio analitico e pieno tecnicismi sembra arrancare e ci viene utile parlare attraverso la creatività, la visione prospettica, le metafore delle favole che ci aprono gli occhi su una realtà dove, in molti casi, la tradizionale famiglia si frantuma perché a dominare è l'etica dell'utile sfrenato.

Il pensiero corre a Antoine de Saint-Exupéry e al *Piccolo Principe*, una favola poetica, una grandiosa metafora dei nostri tempi, capace di

[1] Lo studio delle relazioni tra sfera etica e dimensione giuridica suggerirebbe una ricerca a parte, che esula dall'economia di questo intervento. Da segnalare lo sforzo di illustri pensatori che hanno offerto un contributo importantissimo sul tema, su tutti J. BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, (1789), trad. a cura di S. di Pietro, UTET, Torino, 1998; più di recente, nel panorama italiano, M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Laterza,Bari, 2006; G. ZAGRELBESKY, *La virtù del dubbio: intervista su etica e diritto*, Laterza, Roma-Bari 2007; correlata appare la tematica della contrapposizione tra regole e principi la quale chiama direttamente in causa i rapporti tra diritto e giustizia, in argomento, per l'affermazione del ruolo apicale dei principi si segnala il celebre contributo di R. DWORKIN, *I diritti presi sul* serio, (1977), Il Mulino, Bologna 2010; su questi temi, con respiro allargato ad altri ambiti tematici, AA. VV., *Questioni di vita o di morte. Etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, a cura di M.L. TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, A. SCERBO, Giappichelli, Torino 2007.

mostrare gli aspetti più profondi ed intimi dei rapporti umani e al contempo di suggerire possibili alternative. L'episodio della volpe è, fra i tanti spunti di riflessione offerti, quello che credo ci aiuti meglio a comprendere e a costruire un rapporto migliore con la realtà. Al centro del racconto c'è la riscoperta dei legami sociali, la consapevolezza e l'accettazione dell'altro, quindi l'esaltazione del dialogo, quale mezzo per abbattere le diseguaglianze e per agire attivamente sulla realtà, rimettendo al centro dei nostri rapporti sociali l'incontro con l'altro. Un dialogo aperto, destinato a diversi e molteplici risultati, ma anche chiaro e strettamente collegato al contesto e ai soggetti che ne costituiscono l'oggetto. E altrettanto ruolo fondamentale è da attribuirsi all'ascolto, quale attitudine al riconoscimento e alla comprensione dell'altro, necessario per agire sulla realtà e per uscire dalla non-società viscosa ed esigente, dove l'individuo è "connesso", non già in relazione con l'altro. In questa prospettiva, l'Autore ci insegna come non possa omettersi di considerare che l'ascolto introduca nella vita di relazione una finalità aggiuntiva, con la quale deve misurarsi la "naturale" finalità di ogni relazione personale. Anche quando l'Altro appare "diverso" da noi, forse anche un po' buffo e bizzarro, come il *Piccolo principe*, che prova e riprova a instaurare un dialogo con gli adulti facendo appello ad un linguaggio che, in fondo, ogni adulto ha fatto proprio, ma molto spesso dimentica.

Quanto detto rende il diritto all'ascolto (del minore) una sorta di diritto trasversale a tutti gli altri: la premessa alla promozione e alla realizzazione di ogni ambito di benessere, perché l'ascolto esalta le relazioni e promuove la crescita sociale. Strettamente correlata all'approfondimento di tali riflessioni si mostra, altresì, la tematica della capacità di discernimento del minore, che appare tanto più marcata nell'attuale congiuntura dominata dalla globalizzazione. La contrapposizione tra capacità e incapacità dei soggetti *ex lege* deflagra,

oggi, nelle contingenze storiche in cui la giurisprudenza prima, e la legislazione positiva dopo, contravvengono ai principi etici che costituiscono il patrimonio comune della coscienza dei popoli. Le regole giuridiche adottate in questo contesto, prima a livello internazionale. poi sul piano del diritto interno, rappresentano, invero, una realtà mutevole nel tempo e nella varietà dei casi cui vengono riferite, ma mai acquisite definitivamente. Questo spiega perché i traguardi normativi gradualmente raggiunti negli ultimi anni lasciano un senso di incompletezza e di frustrazione, mentre in realtà operano in una cornice garantistica, in cui il legislatore si muove seguendo l'evoluzione del minore, che, divenuto soggetto di diritto, da semplice spettatore si è trasformato in protagonista di relazioni sociali. Sono queste le premesse etiche e giuridiche da cui è derivata la recente regolamentazione delle modalità dell'esercizio del diritto di ascolto del minore[2], che ha delineato la figura di un fanciullo, e soprattutto di un adolescente, in grado di comprendere il significato delle proprie scelte, arbitro del proprio destino. L'audizione nei procedimenti giurisdizionali in cui sono coinvolti si prospetta, pertanto, come un adempimento necessario, ma sempre in ragione delle circostanze e tenuto conto della serenità e dell'equilibrio del minore[3].

---

[2] Nel dare attuazione alla l. n. 219/2012 (recante "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali"), l'art. 53 del D.Lgs. n. 154/2013 ha introdotto la disciplina sulle modalità di esercizio del diritto all'ascolto del minore di cui all'art. 336*bis* c.c. di nuova creazione.

[3] Sottolinea la rilevanza del superiore interesse del minore la Suprema Corte affermando che: «*l'audizione del minore, nei procedimenti giurisdizionali che lo riguardano, è un adempimento doveroso e necessario salvo che il mancato ascolto non sia giustificato dl loro superiore interesse*», così Corte di Cassazione, sent. n. 21662/12.

Lungo la linea teorica così tracciata, un accenno merita la tematica inerente al valore giuridico da attribuire alla manifestazione di volontà del minore in ambito sanitario: chi decide quando i genitori e/o il minore-paziente non accettano la proposta del medico? Il minore paziente? Il genitore esercente la potestà? Il medico? Il giudice? In questo ambito, attesa la peculiare sensibilità e complessità degli interessi in gioco, può accadere che la disciplina di stretta matrice statale e legislativa, improntata ad una visione "adultocentrica", ceda in favore di una compartecipazione condivisa, per realizzare un'alleanza terapeutica quale perfetta sintesi del principio di autodeterminazione del minore e della tutela del suo superiore interesse.

È oramai in atto da tempo una silente ma profonda rivoluzione, che vede depotenziarsi la concezione della legge come atto imposto dall'alto da chi è al di là delle dinamiche sociali e perciò insensibile alle trasformazioni umane, e riprendere vigore l'idea del diritto come originato dalla conoscenza dei rapporti reali[4]. Ebbene, riflettere sul diritto all'ascolto del minore è sicuramente un modo per comprendere le ragioni che stanno dietro alla fenomenologia del reale ed al suo naturale divenire, rispetto alla quale il diritto, dapprima cedevole e ripiegato nelle derive formalistiche, sembra oggi destinato, mosso dall'esigenza di stare al passo con il percorso evolutivo.

2. Cosa impedisce di "ascoltare"? L'erosione del tradizionale dogma dell'incapacità del minore

[4] Le relazioni tra diritto-vita sono state oggetto di approfondimento dei recenti studi di P. GROSSI, *La vita nel diritto*, Edizione Scientifica, Napoli 2012, e *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari 2015.

Si dice che l'avvenimento che segna la formazione della famiglia sia la nascita di un figlio. La sensazione più immediata che se ne trae è quella di un clima di pienezza che carica di significato i giorni a seguire che appaiono interminabili: tutto appare profondamente ispirato dalle prime esperienze di vita che il "neo arrivato" intrattiene con il mondo degli adulti, che non lo abbandonano mai e che sanno sempre ciò che gli accade, o almeno lo credono. Ma chi è questo bambino che "crea" la famiglia, provocando profondi mutamenti e perduranti risonanze già dal momento in cui è atteso, desiderato, prefigurato dai genitori e dalla famiglia estesa? Il tema è complesso e sfaccettato, e coinvolge svariati profili, giuridici, sociali, etici.

Il minore è, prima di ogni cosa, una persona. Un autonomo soggetto portatore di propri diritti, al pari di ogni altra persona umana. I diritti più autentici, quelli che appartengono all'uomo in quanto tale, lo qualificano e lo pongono quale valore primario dell'ordinamento. Si tratta, fra i tanti, del diritto alla vita, alla salute, del diritto all'onore e alla reputazione. Il minore è, quindi, soggetto di diritti e di libertà personali. Il riconoscimento del minore come soggetto di diritto evidenzia il rapporto dinamico tra autorità-potestà dei genitori, intesa come diritto-dovere degli stessi, e libertà dei figli. Diritti che trovano riconoscimento a livello della normativa europea ed internazionale, dove si è affermata la figura del minorenne come soggetto portatore di diritti e non solo come destinatario di tutela[5]. Richiami normativi che

[5] È pacifico che le norme di diritto interno (artt. 2, 3, 13, 32 della Costituzione) e le Convenzioni internazionali – specificamente la Convenzione di New York del 1989 (artt. 12, 13), la Convenzione europea di Strasburgo per l'esercizio dei Diritti dei minori del 1996 (artt. 3, 6, 19), la Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 con riguardo all'applicazione della biologia e della medicina (art. 6), la Carta fondamentale dei Diritti dell'Unione Europea proclamata a Nizza il 7 dicembre

dimostrano che il diritto ha in sé piena capacità di plasmarsi sulla realtà umana, persino nei suoi risvolti più sensibili, vulnerabili e meno oggettivabili, propri del mondo dei minori.

Il diritto della famiglia, e il diritto del minore in particolare, è forse oggi la realtà sociale che maggiormente risente dei cambiamenti sociali, delle ineluttabili variazioni delle categorie spazio-temporali, sintetizzabili in un continuo e dinamico rapporto dialettico con il fenomeno giuridico[6]. Una realtà dove i ruoli sociali appaiono sempre meno consolidati e dagli incerti contorni. Nel contempo la configurazione della famiglia come un'entità sociale, prima ancora che giuridica[7], che affonda le proprie radici nei canoni naturalistici del vivere in comunione, ci induce a scrutinare a fondo il contenuto stesso del diritto ed il rapporto tra questo e le dinamiche familiari. L'affetto, la solidarietà, il prendersi cura dell'altro, il condividere lo stesso

---

2000 (art. 24); la *UN Resolution on the rights of the child* (detta anche *Omnibus Resolution*) adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite – sanciscano il diritto del minore di essere ascoltato, di esprimere la propria opinione e di essere coinvolto in tutte le situazioni che lo riguardano, e sottolineino che gli Stati devono promuovere, favorire e sostenere la partecipazione del minori a qualsiasi livello.

[6] In particolare, il riconoscimento che l'infanzia e l'adolescenza sono da considerarsi come una vera e propria classe sociale emergente è di acquisizione recente, sebbene ancora oggi l'importanza di questo concetto sia ancora sottovalutata. Nell'medioevo l'idea che l'infanzia fosse una componente strutturale della società non era concepibile: tale consapevolezza si affaccia solo nel XVI secolo. Anche se di vera e propria nascita dell'idea di infanzia si inizia a parlare per la prima volta durante l'età illuministica, che ne afferma alcuni diritti, in verità più teorici che pratici.

[7] Cfr. in argomento, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, Cap. XXI; diversamente, P. Perlingeri che, sulla premessa della sua natura presociale, riconosce una sfera di autonomia insopprimibile all'istituto della famiglia, senza, tuttavia, accogliere l'idea che essa sia assoggettata a regole naturali: P. PERLINGERI e AA. VV., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2014, 1127 ss.

spazio, il crescere i figli, sono regole di diritto naturale, prima che di diritto positivo[8]. Pertanto, in queste situazioni è chiaro che il discorso sui rapporti genitori- figli deve riconoscere logiche diverse da quella classica. Qui, il linguaggio scientifico-analitico rivela i suoi limiti, arranca e segna il passo, e lascia il campo a scelte più ragionevoli: il tempo del "noi", quale alternativa tra l'individualismo sfrenato e l'ossequio a valori ancestrali, granitici e lontani.

Muovendo da queste riflessioni ci accorgiamo che qui la particolarità risiede nel fatto che l'ordinamento non attribuisce i diritti alla famiglia, ma si limita a riconoscerli come un fatto preesistente al sistema giuridico e, perciò, nel tutelarli, si limita al massimo a regolarne taluni aspetti di natura patrimoniale[9]. Allo stesso tempo, pone le basi per la qualificazione formale dell'istituto, assolvendo un ruolo decisivo in sede di concreta disciplina. Specularmente, una corretta e coerente attuazione dei principi cardine, volti a disciplinare il delicato territorio dei rapporti familiari, si salda con le novità, a volte troppo dirompenti, che spingono l'interprete a volgere lo sguardo oltre gli stretti confini territoriali, ove la ricerca si confronta con nuovi parametri, con nuove frontiere e con nuove sfide[10].

---

[8] Arturo Carlo Jemolo definiva la famiglia "*come un'isola che il mare del diritto può solo lambire, ma non sommergere*", A. C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in Ann. Sem. Giur. Università di Catania, 1948, III.

[9] Si pensi all'obbligo alimentare, al diritto successorio, ai regimi patrimoniali, all'impresa familiare.

[10] I modelli tradizionali della famiglia subiscono inevitabilmente il confronto con la rivoluzione dei costumi, con le nuove frontiere della scienza e della tecnica e con quella globalizzazione che fa convergere e scontrare culture e tradizioni affatto diverse. Queste riflessioni, tuttavia, risentono oggi del *novum* normativo frutto del progressivo intervento del legislatore in settori di specifica rilevanza della convivenza, anche al di là della filiazione, dove ogni residua discriminazione è stata abolita dalla legge 10 dicembre 2012, n. 219. Rilevano, in questo senso, l'art. 199

È, dunque, all'interno della famiglia che il minore inizia a strutturare il suo universo relazionale significativo, un universo che gli consentirà di apprendere i significati che sostanzieranno il suo orientamento nella realtà "altra da sé". La famiglia, il primo spazio dove si fa sentire con toni accesi l'esigenza di protezione del minore: il luogo dove il bambino trova la sua più intima identità, ma dove per certi versi l'adulto è portato ancora a considerare i bambini come esseri incompiuti, che conseguiranno una loro pienezza solo con la maturità, con il raggiungimento dell'età adulta.

Ad ogni modo, in seno alla dottrina più sensibile, nel recepire le istanze assiologiche (articoli 2, 3 e 30, comma 3, Cost.) della dottrina e i moniti da più tempo lanciati dalla Corte di Strasburgo, si è inteso accogliere una figura del fanciullo, e soprattutto dell'adolescente, quale protagonista della propria vita, sicuramente in grado di far valere le proprie scelte esistenziali e di vedere garantito il proprio interesse nei confronti di qualsiasi altro soggetto. Così, messe da parte le aspirazioni sfrenate che creano disuguaglianze[11], e adottando una diversa

c.p.p., per la facoltà di astenersi dal deporre, riconosciuta al convivente dell'imputato; ancora, all'art. 6 della L. n. 184/1983, per gli effetti della convivenza precedente al matrimonio sulla stabilità del vincoli ai fini dell'adozioni. Un lavoro di "ammodernamento" che deve alla giurisprudenza costituzionale il merito di aver ricondotto la mera convivenza alle formazioni sociali meritevoli di protezione giuridica, in virtù dell'art. 2 Cost. In questo stato dell'arte si registra, da ultimo, il recente intervento legislativo, siglato con legge n. 76/2016, entrata in vigore il 5 giugno 2016, al quale si deve la prima regolamentazione nazionale delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e una disciplina delle unioni civili (commi 36-65 della legge).

[11] Ne costituisce riprova l'avvertita necessità di riconoscere pienezza allo *status* di figlio, al di là delle distinzioni legate al contesto di nascita, soddisfatta di recente dalla l. n. 219/2012, recante "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali", mediante la piena parificazione ai figli legittimi (cioè, nati nel matrimonio) dei figli

prospettiva sul mondo dei minori, non più oggetto di tutela, bensì soggetto titolare di autonomi di diritti, ecco che "essere ascoltato" acquista un valore maggiore rispetto al semplice "ricevere attenzione": significa essere accettato come partner attivo in uno scambio comunicativo.

È vero, non vi sono indicazioni codificate in letteratura in ordine all'età per il coinvolgimento attivo del minore. Tuttavia, in questa direzione ci si è mossi, in dottrina e in giurisprudenza, specie a livello sovranazionale, per promuovere una rivalutazione del concetto di capacità di discernimento del minore. In questi termini la Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo delle Nazioni Unite di New York del 1989 all'art 12 recita: «*gli Stati garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere la propria opinione su questioni che lo riguardano e la sua opinione va tenuta in debito conto in considerazione dell'età e della maturità*». Ed ancora, la carta europea sull'esercizio dei diritti dei bambini del 1996, ratificata e resa esecutiva in Italia nel 2003, riconosce il diritto del minore capace, in base al diritto interno, di discernere ad esprimere la sua opinione all'Autorità Giudiziaria e ad essere consultato.

Nel dare attuazione a questi spunti normativi, tesi a promuovere un concetto di minore come soggetto capace di comprendere e di esprimere la propria opinione, si è arrivati, oggi, ad accogliere una nozione di capacità di discernimento del minore diversa rispetto a quella classica. Sicuramente più ampia di quella tradizionale, agganciata, invece, a parametri meramente formali[12]. Coerentemente

nati fuori matrimonio, anche se incestuosi. Parificazione che opera anche rispetto ai figli adottivi (il riferimento contenuto all'art. 2 l. cit. deve essere inteso in relazione alla c.d. adozione piena, ovvero dei minori di età).

[12] Negli ordinamenti di tradizione romanistica, fortemente legati ai concetti di capacita di giuridica e di agire, il diritto ha sempre attribuito rilevanza all'età. Il ogni

al principio della preminente tutela dell'interesse del minore[13], la nozione di capacità di discernimento non coincide perfettamente con il dato statico e formale dell'età, ma è plasmata da altri fattori che incidono sulla sua consistenza, quali il contesto familiare e sociale in cui il minore cresce, le sue esperienze di vita, l'educazione ricevuta. Tale concetto non è più, quindi, definibile a priori sulla scorta di un astratto ed implicito rinvio al dato anagrafico, coincidente con il raggiungimento della maggiore età del minore, che tale non è più. Ad ogni modo, ciò non significa che al minore "maturo" vada riconosciuta la piena e completa capacità d'agire, ma, al contrario, tenuto conto del naturale relativismo dei concetti giuridici, convenire che in determinate circostanze il minore risulti dotato di un certo grado di autonomia (speciale, specifica, attenuata, provvisoria o parziale che dir si voglia) che si riflette anche sulle conseguenze degli atti

tempo e luogo non vi è esperienza giuridica che non abbia stabilito specifiche soglie di età nella quale o oltre la quale si possono svolgere determinate attività e esercitare i diritti riconosciuti. Dinnanzi al minore ci si chiede sempre se può esercitare il proprio diritto o si deve individuare chi lo esercita in nome e per conto. Serve porre attenzione sul nuovo concetto di capacita di discernimento adottato nelle convenzioni internazionali, non solo come criterio per il minore di valutare il suo grado di sviluppo in relazione al diritto di esprimere la sua opinione, ma anche come criterio utile a valutare suo grado sviluppo nel compimento di atti in ambito di diritti personali e patrimoniali. Dall'art 2 del nostro codice civile emerge il collegamento tra età e capacità di compiere atti (agire).

[13] Questo principio si pone alla base del filone giurisprudenziale, nazionale e sovranazionale, che individua nell' «interesse superiore del minore» il fondamento delle regole giuridiche, prospettando la ridefinizione dello *status* di figlio e il superamento delle sue derive formalistiche: evidenziano i pregi del suddetto filone, dando risalto al tema dell'ascolto del minore la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata con l. n. 176/1991 e la CEDU, nonché il Regolamento 03/2201/CE contenente espressi richiami al diritto all'ascolto del minore.

compiuti[14]. Questo perché il minore è titolare, sul piano sostanziale, di alcuni interessi personali in via diretta (il diritto alla vita, il diritto alla salute o integrità psico-fisica, il diritto all'onore o alla reputazione, il diritto all'identità personale), diritti garantiti sia a livello sovranazionale che sul piano della legislazione ordinaria. Il riconoscimento della capacità di discernimento del minore muove, quindi, dalla prospettiva dell'interesse del minore, che appare così affrancato dalle scelte degli adulti, allo scopo di restituirgli la dovuta centralità, perché universalmente riconosciuto e tutelato, sia in quanto soggetto non pienamente formato, ma con una personalità in fieri, che come soggetto portatore di autonomi diritti[15].

Entro questa nuova cornice vengono così rivoluzionati i tradizionali modelli improntati ad una visione unilaterale della famiglia, quella degli adulti, per approdare ad un'inquadratura bilaterale che coinvolge tutti i protagonisti della vita familiare.

Ebbene, fermo il principio di autodeterminazione del minore, si discute sul valore giuridico da attribuire alla manifestazione di volontà del medesimo. Si discute cioè se il minore, dotato di capacità naturale, con capacità di discernimento, sia in grado di esprimere una volontà accettabilmente libera e autonoma e, in caso positivo, a quale età, e se

---

[14] La capacità di discernimento si differenzia dalla capacità giuridica e da quella di agire perche non è vincolata a un parametro formale, ma va associata a situazioni di fatto che non sono riconducibili a un momento preciso della vita di un individuo, in quanto variano al mutare delle circostanze concrete che coinvolgono il minore. Sicuramente, l'esercizio dei diritti costituzionali da parte del minore, così come la relativa capacità di discernimento, quale concetto ormai invalso nel linguaggio giuridico, non possono che indurre ad una interpretazione evolutiva della disciplina normativa sulla capacità del minore, tenuto conto dei diversi sentimenti di giustizia e degli interessi pratici contrastanti, sempre nel rispetto della *ratio legis*.

[15] Per l'approfondimento delle accennate problematiche: M.C. CAMPAGNOLI, *L'ascolto del minore*, Giuffrè, Milano 2013.

sia legittimo gravarlo di scelte spesso drammatiche. La casistica è ampia e una delle maggiori difficoltà di questo incontro è la molteplicità dei "luoghi" attraversati dalle problematiche di ascolto e comprensione del minore. Si tratta di una "ondata" che sta attraversando da tempo gli studi sociologici, antropologici e filosofici e alla quale non è potuto rimanere estraneo il diritto.

Ad ogni modo, se dal punto di vista sociale e antropologico occorre fare molta attenzione alle modalità con le quali si procede e alle conseguenze che si determinano nei vissuti del minore, dal punto di vista giuridico occorre anche tenere ferma la finalità dell'ascolto, che è quella di consentire al minore di esercitare il diritto di esprimere le proprie opinioni e i propri desideri in relazione alle decisioni che possono essere adottate in quello specifico procedimento. Se oggi si parla di diritto di ascolto del minore è perché questa nuova sensibilità ha incontrato menti pronte ad assimilarla anche nelle logiche asfittiche delle riflessioni giuridiche.

Interessante diviene, quindi, l'esame delle diverse soluzioni e dei criteri di bilanciamento che il vigente ordinamento giuridico offre e che l'interprete è chiamato ad applicare. Sul punto, ci viene naturale pensare ai termini della contrapposizione tra adulto e minore sul piano giudiziario, specie sulla scorta dei recenti interventi normativi di riforma del precedente quadro legislativo nazionale.

3. La "positivizzazione" del diritto all'ascolto del minore: una tentazione contemporanea

Ponendo mente ai termini della relazione minore-ascolto la sensazione più immediata che se ne trae è, per molti aspetti, quella del disallineamento. Diverse e crescenti sono le difficoltà che

caratterizzano l'attuale situazione in tema di diritto di ascolto del minore. Esempi di questa rincorsa, cui il fenomeno giuridico sembrerebbe destinato rispetto al costante ed incessante fluire della vita umana, si traggono dai settori più disparati. Rilevano in questo senso le peculiarità dell'istituto, tanto sul piano processuale che sotto il profilo sostanziale, la cui natura è difficilmente assimilabile ad altri; la crescente complessità delle dinamiche familiari operanti nell'attuale realtà sociale dalle quali scaturiscono doveri di natura sociale e morale; l'originalità dell'"oggetto" della tutela giudiziale, ovvero il minore, che dà motivo di tenere conto della preminenza del criterio del suo superiore interesse; ed ancora, le significative difficoltà di conciliare le modalità di ascolto del minore, in ragione della sua vulnerabilità, e della tutela rafforzata che ciò deve comportare con i principi del contraddittorio e i diritti della difesa; nonché, sul piano puramente tecnico, l'inadeguatezza di mere competenze giuridiche in chi ascolta il minore di età. Una cosa è certa: in materia il percorso normativo, giurisprudenziale e dottrinario è ancora in itinere.

Sicuramente l'approfondimento "positivo" del diritto di ascolto del minore è stato nel corso di questi anni oggetto di plurimi interventi normativi, a partire dal piano internazionale, dove fa da apri pista la già ricordata Convenzione dei diritti del fanciullo di New York del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991 n.176 (art.12)[16], seguita, in campo europeo, dalla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo, siglata a Strasburgo il 25

[16] Ne costituisce riprova l'art. 3 che sancisce la "superiorità dell'interesse del fanciullo", ed ancora l'art. 12, primo comma riconoscendogli, se capace di discernere, il "diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa" e garantendogli "la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentate o un organo appropriato" (art. 12, secondo comma).

gennaio 1996 e ratificata in Italia con legge del 20 marzo 2003 n. 77 (art.6), che regolamenta un vero e proprio "diritto all'ascolto informato" del minore, purché dotato, per la legge nazionale, di capacità di discernimento. Più in particolare, con quest'ultimo intervento si è inteso chiarire che l'ascolto è un diritto del minore, la cui realizzazione passa attraverso il riconoscimento di altri diritti, quali il diritto di informazione e il diritto di rappresentanza[17], laddove, invece, un ascolto superfluo contrasterebbe con l'interesse del minore, in quanto cedevole rispetto all'asimmetria di "potere" in cui si trova l'adulto nei suoi confronti.

Dalla lettura di questi testi normativi emerge che la riflessione sul diritto all'ascolto del minore implica il riconoscimento a questo soggetto di una pluralità variegata di esigenze e bisogni collegati al suo sviluppo evolutivo, che presuppone, però, la loro conoscenza e la loro comprensione, per poter, quindi, essere ascoltati e di seguito adeguatamente soddisfatti. La libertà di opinione del fanciullo trova cittadinanza anche nella nota Carta di Nizza del 7 dicembre 2000, che, all'art. 24, comma 1, sancisce: " *I bambini hanno diritto alla protezione e alla cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione che viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità*"[18].

---

[17]La disciplina convenzionale prevede che il diritto all'ascolto informato consista: nel ricevere informazioni, essere consultato ed esprimere la propria opinione nel corso della causa che lo riguarda, nonché il diritto a conoscere le possibili conseguenze derivanti dalle sue manifestazioni di volontà (art.3); nel diritto di richiedere la nomina di un rappresentante speciale nei procedimenti che lo riguardino che lo aiuto, tra l'altro, ad esprimere la sua opinione (art.4).

[18] Questi principi sono stati consacrati a livello del diritto europeo con la "comunitarizzazione" della Carta di Nizza, avvenuta con l'entrata in vigore il 1°

L'impatto di tali strumenti nell'ordinamento interno non ha tardato a farsi avvertire. È presente in molte disposizioni della legge sull'adozione (legge 4 maggio 1983, n. 184) come obbligo per il giudice, prima di assumere provvedimenti, di sentire "il minore che ha compiuto 12 anni e anche il minore di età inferiore in considerazione della sua capacità di discernimento"[19]. Sul versante processuale sono sicuramente rilevanti gli interventi del Giudice delle Leggi adottati nei procedimenti *de potestate*[20] e della giurisprudenza di legittimità in materia di opposizioni allo stato di adottabilità[21]. Il legislatore nazionale ha progressivamente accresciuto il proprio intervento in settori di specifica rilevanza della filiazione, pervenendo all'adozione della legge n.54/2006 (recante "Disposizioni in materia di separazione dei genitori ed affidamento condiviso dei figli") che all'art. 155*sexies* c.c (oggi abrogato dall'art. 106, D. Lgs. n. 154/2013 che, però, ha aggiunto l'art. 336*bis* "Ascolto del minore") ha riconosciuto il potere del giudice di procedere all'ascolto del minore, nei giudizi che lo riguardano, ove capace di discernimento.

---

dicembre 2009 del Trattato di Lisbona e che all'art. 24 prevede "*in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente*".

[19] In particolare l'art. 4 con riguardo ai fini dell'affidamento familiare; l'art. 10, comma 5, in sede di provvedimenti provvisori da parte del tribunale nel corso del procedimento per la dichiarazione di adottabilità; l'art. 15, comma 2, prima della dichiarazione di adottabilità; l'art. 22, comma 6, prima dell'affidamento pre-adottivo; l'art. 23 prima della eventuale revoca dell'affidamento pre-adottivo; l'art. 25 prima della decisione sull'adozione per la quale, peraltro, il minore che abbia compiuto 14 anni deve esprimere il proprio espresso consenso; gli artt. 45 e 52 per l'adozione in casi particolari.

[20] Corte cost. 30/1/2002 n.1.

[21] Così, Cass. 9/6/2005 n.12168, 26/11/2004 n.22235, 21/3/2003 n. 4124, da ultimo, 27/03/2017 n. 7762.

Nel solco già tracciato dalla mano del legislatore si è mossa anche la giurisprudenza[22] con l'intento di spostare la centralità del sistema sul minore, anche in sede di giudizi di separazione e divorzio e di quelli correlati alla rottura di convivenze more uxorio. Degna di nota è anche la recente istituzione dell'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, con la legge n. 112 del 12 luglio 2011, che, deputata ad

[22] Determinanti sono stati gli interventi resi dalla Cassazione, Cfr.: Cass., sez. un. 21 ottobre 2009, n. 22238, (in materia di separazione e sottrazione minori) "*sussiste violazione dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo, ratificata dalla legge n. 77 del 2003 e dell'art. 155 sexies c.c., introdotto dalla L. 8 febbraio 2006, n. 54, dovendosi ritenere necessaria l'audizione del minore del cui affidamento deve disporsi, salvo che tale ascolto possa essere in contrasto con i suoi interessi fondamentali e dovendosi motivare l'eventuale assenza di discernimento dei minori che possa giustificarne l'omesso ascolto [...] costituisce quindi violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo il mancato ascolto dei minori oggetto di causa, censurato in questa sede, nella quale emergono chiari gli interessi rilevanti dei minori che sono in gioco nella vertenza e avrebbero resa necessaria la loro audizione*"; Cass., 26 marzo 2010, n. 7281 che analizza il tema dell'audizione del minore all'interno della procedura sull'affidamento condiviso affermando che " *[...] proprio questo percorso è stato intrapreso di recente dalla legge 54 del 2006 sull'affidamento condiviso in relazione ai poteri di autodeterminazione o di partecipazione alla vita familiare, anche qui recependo le disposizioni della Convenzione di Strasburgo, in quanto introducendo il nuovo art. 155-sexies cod. civ., ha previsto che il giudice dispone, inoltre, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento*". Come acutamente osservato dalla dottrina più accorta, queste pronunce evidenziano per la prima volta l'apprezzabile sforzo di considerare l'ascolto del minore come dato indefettibile, pena la nullità del procedimento, rilevabile d'ufficio per violazione dei principi del contradditorio e del giusto processo nel quale l'audizione non sia stata disposta senza la valutazione della capacità di discernimento del figlio e dell'eventuale pregiudizio che dall'audizione potrebbe scaturire al preminente interesse del minore.

assicurare la piena attuazione e la tutela dei diritti e degli interessi dei minori, va ad incidere direttamente sui temi della giustizia minorile e familiare.

In questo contesto si inserisce la l. n. 219/2012, in cui viene sancita l'eliminazione di ogni residua discriminazione tra i figli (art. 1, e art. 315 c.c. come sostituito dalla l. cit.) e coniato il concetto di responsabilità genitoriale (art. 316), introducendo altresì nel codice civile l'art. 315*bis*, che riconosce una maggiore "centralità" al ruolo del minore, sia all'interno del processo, con l'estensione delle possibilità di ascolto in tutti i procedimenti che lo riguardano, sia nella relazione con i genitori. A completare il quadro normativo è l'intervento del Governo che, dando attuazione alla legge delega n. 219/2012, ha adottato il Decreto legislativo n. 154/2013 che prevede, tra l'altro, le modalità di esercizio del diritto di ascolto del minore previsto nell'art. 336*bis* di nuova creazione. La disposizione, la cui portata deflagra inevitabilmente anche sul piano processuale, chiarisce che l'ascolto è un diritto del minore, dal quale non deriva un obbligo per il giudice, poiché in ogni caso occorrerà valutare, oltre all'età e alla capacità di discernimento, che l'audizione non possa nuocere al suo superiore interesse.

L'ascolto del minore in seno ai giudizi è quindi finalizzato all'esercizio del diritto del minore di esprimere la propria opinione al fine di garantire la giusta rilevanza al suo interesse all'interno dei congegni processuali e al contempo di evitare che la macchina di rappresentanza dei propri interessi sia inibita nel suo funzionamento. Formulati in questi termini di cornice generale, tali principi paiono in grado di elevarsi rispetto alle formulazioni di dettaglio, così rispondendo al paradigma della tutela e rispetto dell'interesse del minore. Seguendo questi insegnamenti, sul piano delle fattispecie civilistiche, diverse e diffuse sono dunque le previsioni normative inerenti il tema

dell'ascolto del minore. E, pur nella diversità che contraddistingue gli approcci ermeneutici, le impostazioni metodologiche e le finalità dei riti processuali, non vi è dubbio che tali fattispecie siano accomunate – nell'intenzione di ritrovare e saldare il nesso tra sfera etica e dimensione giuridica – da una forte attenzione per l'interesse del minore nel tessuto giuridico e sociale. Emblematica in tal senso è la circostanza che la partecipazione "attiva" del minore ai riti civilistici diversamente declinati (giudizi in materia di adozione, *de potestate*, di separazione e divorzio e così via) non assume mai il carattere della testimonianza, in quanto non è un mezzo di ricerca della verità, ma uno strumento per assumere le opinioni del minore, da prendere debitamente in considerazione nel momento della decisione e da in sede di motivazione. L'audizione del minore nel rito civile non è dunque un mezzo istruttorio, ma il suo esatto contrario, in quanto non è diretto alla ricerca della verità processuale[23], ma ad attuare una giustizia a misura di bambino, capace di garantire e attuare i suoi desideri in tutte le circostanze in cui la decisione da adottare incide sulla sua vita.

La realtà penale postula invece il ricorso all'audizione del minore in termini di "fonte di prova". Accade qui che il legislatore predisponga i mezzi per proteggere il minore vittima dello "strapotere degli adulti" o testimone di un reato. Lo scarto che si crea fra i due paradigmi processuali, ritagliato sulle peculiarità dei fatti concreti, appare, d'altra parte, pienamente giustificato dalla necessità di garantire al minore una tutela pienamente corrispondente agli interessi oggetto di

[23] Sul tema del confronto dialettico tra verità e processo, per il complesso respiro storico, critico e ricostruttivo, nonché per la problematica individuazione dei diversi ruoli che di volta in volta il concetto di verità assume nelle molteplici e variegate categorie processuali, si segnala il contributo di A. INCAMPO, *Verità e processo penale*, Giuffré, Milano, 2012

composizione. E, a ben vedere, i criteri elaborati per l'audizione del minore in sede penale non sono affatto estranei a tali finalità, in quanto concepiti non quali meri canoni formali connotanti l'iter procedurale, bensì come regole che appaiono affrancarsi dai limiti e le rigidità del precetto regolamentare[24]. Alla base di questi parametri elaborati per promuovere un ascolto in piena rispondenza agli interessi oggetto di tutela c'è la Carta di Noto, che detta le principali modalità di audizione del minore vittima di abusi[25].

L'impiego di questi molteplici e diversi strumenti giuridici sottolinea la necessità di una riflessione "a tutto tondo" sui meccanismi dell'ascolto, che tenga conto della sua rilevanza in diverse realtà processuali – civile, penale, minorile, tutelare – con variegate

[24] Il pericolo sovente evidenziato dagli studi di settore è quello di un surrettizio affiorare di suggestioni esterne che finirebbero per attribuire valore ad eventi o a sensazioni esistenti solo nelle mente del fanciullo. A tale preoccupazione si replica rilevando l'attività dell'ascolto come correttamente assimilata a quella dell'interprete, stante la necessità di decodificare il linguaggio dei bambini così da portare realmente la loro voce all'interno del processo. Questo impegno si concretizza in un indagine di tipo peritale volta ad approfondire la relazione tra genitori e figli, previa separata audizione dei genitori, al fine di comprendere la sua condizione ed il suo vissuto. L'autorità giudiziaria valuterà la modalità e i luoghi dell'ascolto più adeguati alle esigenze del caso concreto: da qui la rilevanza della videoregistrazione, dell'incidente probatorio, la prassi del "vetro specchio", quali strumenti che consentono di bilanciare gli interessi del minore con quelli dell'imputato.

[25] La Carta di Noto, redatta nel 1996 e implementata dal Protocollo di Venezia del 2007, ha portata meramente programmatica, non precettiva, in quanto volta a dettare delle linee guida da seguire nelle audizioni dei minori, la cui inosservanza non è motivo di nullità processuale. In questo ambito, coerentemente ai principi espressi, l'Italia ha inteso ratificare la Convenzione di Lanzarote del 2007, con legge n. 172/2012, continuando in tal modo a migliorare le tutele e le garanzie poste a presidio dell'interesse del minore nel giudizio penale.

sfaccettature: ascolto della persona offesa nel processo penale come testimone, ascolto nei procedimenti in cui si discute della crisi matrimoniale, ascolto nei procedimenti incidenti sulla sfera personale e patrimoniale del minore e sulla potestà dei genitori.

È, però, singolare notare come in tutti questi casi sia proprio il ricorso a manifestazioni di opinioni e di emozioni, piuttosto che a norme di tipo regolamentare, a garantire meglio al diritto la sua capacità di essere adeguato rispetto agli interessi oggetto di composizione e di bilanciamento. Anche nei settori più tradizionali, come quello penale, la rigida forma giuridica si rivela cedevole rispetto alla cifra del reale: inadeguata, nella sua staticità, rispetto alle dinamiche delle vita. Ciò in quanto il solo richiamo alle regole priva l'istituto dell'ascolto della flessibilità, per tramutarlo in prodotto normativo tendenzialmente rigido e pesante e, pertanto, arretrato rispetto alla realtà. I complessi profili di rilevanza interna ed esterna che l'istituto del diritto all'ascolto investe postulano il ricorso ad una teoria delle fonti articolata e composita e ad un sistema giuridico che di tale concorso risulti fecondo precipitato[26].

Sintetizzando suggestioni e proposte che vengono negli ultimi tempi diffondendosi negli studi giuridici sul tema, non sembra azzardato pensare che il diritto di ascolto del minore opera quale vero e proprio

[26] G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992, 183 rimarca che «*le esigenze dei casi valgono di più della volontà del legislatore*». L'Autore per un verso esalta l'opera dei giudici, riducendo l'interpretazione giuridica a quella giudiziale; per altro, svaluta l'interpretazione in astratto, ossia l'interpretazione per antonomasia, in termini di attribuzione di significato ai testi giuridici. Dal canto suo l'obiettivo è quello di dare priorità al "caso concreto rispetto alla regola", sicché l'interprete deve procedere dal caso alla norma, non viceversa, perché «*i fatti sono muti, non hanno pretese*», G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1992, 84.

"organo respiratorio" del sistema giuridico, perché in grado di restituire quella vitalità che gli è fisiologicamente propria e di adeguarsi al naturale divenire dei fenomeni sociali.

4. Per una conclusione

Diversi e molteplici sono ancora i punti che suscitano perplessità allorquando ci si sofferma sul tema dell'ascolto del minore. Sebbene si debba riconoscere che sono stati fatti grandi passi nella direzione di una maggiore tutela per il minore, tuttavia non si può sottacere che in molti casi permane ancora il più alto ossequio alla rigida formalità della legge. Se ci soffermiamo su alcune questioni poste dall'attualità, ci si accorge facilmente che sono state affrontate e risolte su un terreno affrancato dal dialogo con il minore.

Emblematica, ad esempio, la regolamentazione dell'ambito sanitario. In questo ambito ci si avvede immediatamente come continua a persistere una visione "adultocentrica", nel senso che l'esperienza di malattia e i problemi del minore di fronte alla sofferenza sono campi riservati agli adulti. Rilevano, in questi termini, una tendenza alla rimozione, al diniego della soggettività del bambino di fronte alla malattia, per la paura che attanaglia l'adulto o per il desiderio di protezione di cui l'adulto si sente portatore assoluto. Tali riflessioni danno il senso dell'affanno in cui ancora versa il diritto (all'ascolto del minore) in questa rincorsa (perdente) rispetto all'evoluzione della vita umana.

Non vi è dubbio che il pregiudizio alla base di tali disarmonie relazionali ed educative è quello secondo il quale il mondo degli adulti è portato a considerare i bambini come esseri incompiuti. Tuttavia, non si può dimenticare che nella legislazione italiana, come in quella

di altri Paesi europei, il ruolo del figlio è cambiato ed ha acquisito il rango di soggetto portatore autonomo di diritti. Anche in un contesto sociale così delicato, come quello sanitario, dove è difficile apprezzare la maturità e la capacità di manifestare un libero consenso da parte del minore, si registrano significativi cambiamenti di rotta, tesi a promuovere un processo di decisione condivisa tra "volontà concorrenti" (medico-paziente, minore-genitore) per realizzare "l'alleanza terapeutica"[27].

[27] La volontà del minore è valorizzata in diversi interventi del nostro Legislatore: l'art. 2 della Legge 27 maggio 1874, n. 194 sull'interruzione volontaria della gravidanza, prevede la possibilità per i minori di richiedere la somministrazione su prescrizione medica, nelle strutture sanitarie e nei consultori, dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte in ordine alla procreazione responsabile, escludendo ogni ingerenza dei genitori in una sfera che, pur involgendo il diritto all'integrità fisica, è ritenuta esclusivamente di pertinenza della ragazza; in caso di contrasto con la volontà del genitore, prevale la volontà della minore; inoltre, L'art. 12 stabilisce, quale criterio generale per l'interruzione della gravidanza da parte di donna avente età inferiore ai 18 anni, l'assenso di chi esercita la potestà o tutela; tuttavia nei primi 90 giorni, quando vi siano seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione delle persone esercenti la potestà, oppure qualora queste, interpellate, rifiutino il loro assenso o esprimano pareri difformi, il giudice tutelare, sulla base della relazione medica trasmessagli dagli organi sanitari, "sentita la donna e tenuto conto della sua volontà" può autorizzarla, con atto non soggetto a reclamo, a decidere l'interruzione della gravidanza. La Corte costituzionale con sentenza 19 luglio 2012 n. 196 ha sottolineato/esplicitato che il provvedimento di autorizzazione a decidere" del giudice tutelare ha contenuto "unicamente d'integrazione della volontà della minorenne per i vincoli gravanti sulla sua capacità di agire" e rimane quindi "esterno alla procedura di riscontro, nel concreto, dei parametri previsti dal legislatore per poter procedere all'interruzione gravidica"; sicché, "una volta che i disposti accertamenti siano identificati quale antefatto specifico e presupposto di carattere tecnico, al magistrato non sarebbe possibile discostarsene"; "il compito del giudice tutelare di autorizzazione a decidere non può

Il riconoscimento del minore come soggetto di diritto evidenzia il rapporto dinamico tra autorità-potestà dei genitori, intesa come diritto-dovere degli stessi, e libertà dei figli, con il corollario che il genitore non è il garante esclusivo della salute del figlio, diritto personalissimo stabilito dalla Costituzione con riferimento agli artt. 13 ("La libertà personale è inviolabile") e 32 ("La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività"). Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge [...]. Quindi, il minore *deve* essere informato, *deve* essere coinvolto nel processo di "codecisione" con il medico e l'esercente la potestà, *deve* esprimere il proprio consenso. Il consenso informato traduce e sintetizza i principi costituzionali di libertà e autodeterminazione (artt. 13 e 32 della Costituzione) e deve essere considerato uno strumento all'interno della relazione terapeutica.

Il concetto di "alleanza" è la sintesi del principio di autodeterminazione del minore e di benessere per il suo superiore esclusivo interesse; in questo modo le decisioni non sono il prodotto di una prospettiva unilaterale, quella dell'adulto, ma il frutto di una rinnovata dialettica. Ciò permetterà di escludere che quanto da lui

---

configurarsi come potestà co-decisionale, la decisione essendo rimessa soltanto alla responsabilità della donna".

Ed ancora, l'art. 95 della legge 22 dicembre 1975 n. 685 (sulla disciplina delle sostanze stupefacenti e psicotrope e sulla prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), oggi confluita nel Testo unico della legge in materia di stupefacenti approvato con D.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, riconosce la possibilità di chiunque faccia uso personale non terapeutico di sostanze stupefacenti o psicotrope di chiedere ai presidi sanitari locali di essere sottoposto ad accertamenti diagnostici e a interventi terapeutici e riabilitativi (comma 1 prima parte); al comma 2 precisa che, qualora si tratti di persona di minore età o incapace di intendere e di volere, la richiesta d'intervento può essere fatta personalmente dall'interessato.

dichiarato non sia da ritenere valido, o in certi casi inattendibile, solo per via della sua minore età, come affermato dall' art. 73 delle "Linee guida del Consiglio d'Europa" (2010)[28].

All'interno di questa cornice generale, seguendo le linee tracciate dalla Convenzione Internazionale dei diritti del fanciullo e analizzando i risvolti pratici avuti sul piano nazionale, emerge come la definizione di fanciullo, e dunque anche la costruzione del suo paradigma identitario, stia progressivamente andando di pari passo con la direzione dello sguardo sull'uomo, rendendo il minore padrone degli stessi poteri su di sé. Appare dunque chiaro come sul piano "positivo" si stia col tempo abbandonando definitivamente una visione paternalistica dei rapporti familiari, in cui al perseguimento dell'interesse del bambino concorrono solo le opinioni dei "grandi", per approdare ad una diversa visione in cui vale finalmente il principio secondo cui l'interesse del minore, la sua felicità ed il suo benessere non possono essere utilmente perseguiti senza che l'opinione del bambino abbia uno spazio espressivo.

Alla luce di queste indicazioni, ritornano di attualità le verità poetiche contenute nel *Piccolo Principe*. Come quella che proviene dalla volpe, ormai "addomesticata", che, al momento del distacco, decide di rivelare al piccolo amico il segreto dell'esistenza umana, che consiste nel fatto che «*l'essenziale è invisibile agli occhi*[29]». Ebbene, se questa

[28] Nel 2010 il Consiglio d'Europa, sulla scia delle convenzioni internazionali aventi ad oggetto la tutela della infanzia, quali la Convenzione ONU sulla protezione dei diritti del fanciullo, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, la Convenzione de L'Aja 1993 in materia di adozione e la Convenzione di Strasburgo 1996 sull'ascolto informato, ha dettato a livello europeo le *Linee Guida per una giustizia a misura di bambino*, le cui specifiche finalità sono quelle di rafforzare e migliorare l'accesso del bambino alla giustizia e il trattamento che lui viene riservato.

[29] A. DE SAINT-EXUPERY, *op. cit.*, 101

riflessione disvela un paradosso, essa è anche un segno di quanto sovente le convinzioni degli adulti, saggiate rispetto alla loro capacità di conformare la realtà, si mostrino inadatte. Nella dimensione del minore, lo sguardo sui fatti della realtà diviene più acuto e perspicace, proprio perché non è compromesso dalla visione troppo ravvicinata al caos della vita quotidiana, che alimenta, invece, le passioni degli adulti e ne turba l'esercizio della ragione e dell'intelligenza critica. Come ci insegna anche Calvino, che sceglie il giovane Pin come protagonista del *Sentiero dei nidi di ragno*[30], per narrare, attraverso l'innocenza di un bambino, il tema della guerra partigiana.

Ascoltare (il minore) consente, quindi, di promuovere quella dialettica degli estremi, scevra da alcuna veste formale, azzerando ogni sovrastruttura, per riportare al primato della realtà il dialogo, perché solo sforzandosi di capire il pensiero degli altri, per quanto bizzarro e lontano dal nostro, si possono creare le condizioni per creare legami. È questo l'incontro che non si può eludere, non per un generico altruismo, ma all'opposto, per una più compiuta affermazione dell'interiorità.

[30] In quest'opera, *Il sentiero dei nidi di ragno*, Einaudi, Torino, 2002, Calvino procede all'analisi di alcune vicende umane guardandole da una certa "distanza", per poter giudicare meglio e riuscire a rimanere sempre a contatto con la realtà. Uno sguardo che vive in tutte le sue novelle (come nel *Barone rampante*, dove il barone Cosimo Piovasco per protesta contro un piatto di lumache servitogli a tavola, sale sugli alberi e non ne discende più, seguendo con occhio divertito tutte le vicende umane) come segno di denuncia e del rifiuto di compromesso con l'attualità.