



## DA HADRIAN'S WALL AL PARTHENONE. LO "STATO DELL'ARTE" NELLA TUTELA DEL MINORE

*Virginia Zambrano*

Sommario: 1. *Arte, pittura e minori. Appunti di un itinerario* – 2. *Il problema degli illeciti endofamiliari in danno dei figli* – 3. *Il diritto del minore a conoscere le proprie origini* – 4. *Il minore e il diritto ad essere ascoltato* – 5. *Minore e diritto all'ascolto: una storia tutta ancora da scrivere* – 6. *L'anomalia del caso italiano: il minore e la capacità d'agire* – 7. *Segue: il problema del minore parte processuale e la legge 28 marzo 2001, n. 149* – 8. *Dall'interesse del minore ai diritti del minore* – 9. *Conclusioni.*

1. Minori, e il pensiero vola ai Monelli del proletariato nel dipinto "Il vecchio musicista", di Manet (1862) che disvelano la condizione di un mondo fatto di bambini lavoratori, senza famiglia, nel cui volto indelebile è il segno della sofferenza e dell'indifferenza degli adulti. I bambini di Manet non hanno più la forza di divertirsi, non sono più quei piccoli "monelli di strada" dei grandi pittori del Seicento; quei bambini che si poveri sono, tuttavia, dipinti cogliendo la natura gioiosa dell'infanzia che si distacca da quell'universo di diseredati e poveri che pure Velasquez e Murillo non mancano di denunciare. Invece i bambini di Manet, non hanno voglia di giocare, è scomparso loro anche il sorriso: il vecchio musicista smette di suonare il suo strumento e non rimane che il silenzio e quegli strani sguardi malinconici. Iconografia borghese dell'infanzia *felix* è la propaganda vittoriana; una propaganda che però annega nella realtà dell'Oliver Twist. Nulla dunque a che spartire con Renoir, per il quale la dimensione onirica dell'infanzia si riflette nelle due "Ragazze al pianoforte" che sembrano non preoccuparsi dei problemi della vita, non conoscere il mondo in cui i bambini sono costretti a lavorare. Ecco, allora, emergere una duplice realtà: da un lato, il bambino forte, quello per intenderci, della famiglia che vuole garantire al minore un ambiente di vita sereno, tranquillo, che vive nell'ombra la sua infanzia, quello – per dirla con Carbonnier - di cui il diritto si disinteressa perché la rete di relazioni che intreccia non assume risvolti patologici; dall'altro il bambino debole perché



abusato, maltrattato, abbandonato, senza voce e senza diritti che nella vicenda di Rosso Malpelo si incarna<sup>1</sup>.

Poi, nei quadri di Anker, pittore dell'infanzia per eccellenza, comincia ad affiorare un primo importante diritto del minore (verso la famiglia e lo Stato), quello ad essere "istruito ed educato" un diritto cui invero sono sensibili i legislatori europei.

In seguito - prima che di tanto si accorga il diritto - dalla medicina, dalla sociologia, dalla psicologia viene l'insegnamento che il minore/bambino va capito, rispettato e curato nella sua specificità. Il fanciullo, dunque, non è un adulto in miniatura: ecco il mutamento di mentalità. È una svolta rispetto all'idea d'infanzia durata per secoli. E tuttavia manca una definizione – *recte* una visione – di cosa sia l'infanzia. Non è una definizione naturale, ma sociale e varia molto in società e culture diverse e, nella stessa società, a seconda della classe sociale. A quale età si smette di essere fanciulli? Secondo la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia, del 1989, ogni essere umano al di sotto del 18° anno è fanciullo.

Nonostante la difficoltà di tradurre sul piano normativo questo diverso modo di guardare al minore, la svolta che si realizza è significativa; ed è una svolta che si apprezza nell'arte, in pittura, con bambini non più rappresentati, come un tempo, quali adulti in piccolo, vestiti e acconciati alla loro stessa maniera, e tanto meno dipinti – come accade nei due disegni preparatori del "*Quarto Stato*" di Giuseppe Pellizza da Volpedo – quali figure all'interno della massa umana che avanza simbolicamente per conquistare una società più giusta. Nella pittura moderna di Picasso (*Maia con la bambola*) o ne "*gli scolari*" di Casorati l'infanzia è definitivamente recuperata ad una dimensione di cura, attenzione, educazione, profili cui non mancano di essere sensibili le stesse legislazioni europee.

La metamorfosi è emblematica e restituisce il senso ed il significato della nozione di "interesse del minore", di difficile ma non impossibile declinazione, la cui complessità concettuale riposa nell'essere nozione legata al contingente ed alla innegabile singolarità dell'esistere di ognuno, che conduce alla conseguente inopportunità (*recte*, impraticabilità) di

---

<sup>1</sup> Il pensiero postmoderno reca con sé affermazione che anche arte e diritto sono strettamente connessi fra loro. La pittura come la musica, l'architettura come il teatro sono fattori di mediazione del significato giuridico. L'argomento più importante a sostegno di questa tesi è che "knowledge and understanding are holistic", ELINA N. MOUSTAIRA, *Law and Music as directly depended on the social context aspects of art [in Greek]*, in: *Art and Law* (eds. A.Papachristou-A. Bredimas), Athens – Komotini 2007, p. 27-42. In proposito, cfr., tra i tanti contributi, R. SACCO, *Diversity and Uniformity in the Law*, 49 *A.J.C.L.* 171, 172 (2001); F. Jameson, *Postmodernism or, the Cultural Logic of Late Capitalism*, Duke University Press, 2003, 72; C. DOUZINAS, *Prosopon and Antiprosopon. Prolegomena for a Legal Iconology*, in *Law and the Image*, 36, 37; M. VAN HOECKE/M. WARRINGTON, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law*, in *I.C.L.Q.* 47 (1998) 495, 496.



ogni determinazione astratta e generalizzata<sup>2</sup>. Quasi che il diritto, per recuperare la metafora dell'arte, subisca tutto il fascino dell'approccio "cubista"; di una tendenza – vale a dire – il cui elemento caratterizzante è l'abbandono dell'unico punto di vista assolutizzante e della collocazione statica delle "cose" nello spazio, a tutto favore della scomposizione e della fusione di ogni punto di vista e ogni piano del reale. Poliedricità di una situazione esistenziale che immancabilmente si riflette in una panoplia di meccanismi di tutela che si distinguono per intensità ed efficacia.

Con la conseguenza, da parte del giurista, di dover "accettare", suo malgrado, l'impossibilità di offrire un quadro esaustivo e completo del livello di protezione offerto al minore, piuttosto dovendo ripiegare verso limitati e tratteggiati profili, da cui poter inferire – seguendo l'insegnamento galileiano – una ben più ampia conclusione. Il richiamo allo "stato dell'arte" (nel titolo di queste riflessioni) è allora aspirazione ad una visione d'insieme che non può raggiungersi se non scomponendo l'indagine sulla tutela del minore, appunto, nei molteplici segmenti che la compongono, salvo poi a saper individuare in quel paradigma epistemologico della complessità della persona umana di cui discorre E. Morin, il filo conduttore che tutto ricompone.

Quando, allora, ci si incammina sul sentiero degli strumenti di tutela del minore è agevole rendersi conto di come quello della tutela del minore – appunto – si presenti come un paradigma assorbente. L'indagine comparatistica, in tal senso, conferma della crescente attenzione riservata a questo tema, un'attenzione tale da far ritenere che attorno a questo profilo decisamente agevole si presenti il discorso sulla armonizzazione. E non v'è dubbio che almeno su un piano generale si registri effettivamente un diffuso consenso. Quando tuttavia dal piano delle astratte valutazioni si passa a verificare in concreto le scelte operate da ciascun ordinamento, ci si avvede del fatto che il livello di tutela – a dispetto delle declamazioni – presenta delle incoerenze al proprio interno, incoerenze che conferiscono instabilità al dibattito sulla "convergenza" e sulla portata della protezione.

Ed allora, abbandonate le meno controverse sponde dell'arte, proviamo a procedere per ordine.

---

<sup>2</sup> Per una attenta e completa definizione dell'interesse del minore si rinvia a P. STANZIONE, *Interessi del minore e <<statuto>> dei suoi diritti fondamentali*, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 351 ss.; G. AUTORINO, *Diritto di famiglia*, Torino, 2003, p. 195. In proposito, altresì, G. CASABURI, *Nota a Cass. civ. 20 gennaio 2006, n. 1202*, in *Foro it.*, 2006, 5, c. 1410 ss. nonché F. RUSCELLO, *La tutela dei figli nel nuovo <<affidamento condiviso>>*, in *Famiglia*, 2006, *passim*, *amplius* A. SCALISI, *Famiglia e diritti del minore*, in *Fam. pers. e succ.*, 2006, 10, p. 817 ss.; C. M. BIANCA, *La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni*, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, XXXV, 2, p. 678; G. SALITO, *L'affidamento condiviso dei figli nella crisi della famiglia*, in *Diritto di Famiglia, Trattato teorico-pratico*, dir. da G. Autorino Stanzone, Torino, 2007, p. 231 ss. Sul punto sia consentito, altresì, il rinvio a V. ZAMBRANO, *Interesse del minore ed affidamento coningato. Esperienze europee a confronto*, in *Dir. fam. e pers.*, 2000, 3-4, 1385.



2. Non v'è dubbio che l'uso della forza annienti non solo la comunione spirituale e materiale tra i coniugi ma incida altresì negativamente sui figli, pregiudicandone la formazione. Numerosi i provvedimenti e le normative nazionali cautelari sovrapposti, nel panorama comparativo, nel tentativo di approdare ad una decisa compressione del fenomeno *de qua*.

Il riferimento è ai “*protection orders*” - propri dell'esperienza nordamericana e nati dalla diffusa prassi di esercizio giudiziale di “poteri ingiunzionali”, di cui è sanzionata penalmente l'inosservanza<sup>3</sup> e di cui è per lo più garantita l'esecutorietà di diritto («*full faith and credit*», ai sensi dell'art. 4, sez. I, della Costituzione degli U.S.A.). L'obiettivo è chiaro: entrare nella dimensione domestica per reprimere abusi perpetrati in danno di minori e/o donne. Ma le modalità di intervento divergono, passando da una dimensione punitiva ad una che si occupa anche del recupero della vittima.

In questa direzione decisamente si orienta la legislazione austriaca. La *Gewaltschutzgesetz* (GeShG), entrata in vigore con la legge 30.12.1997 n. 759 (cui segue Legge Federale per il contrasto e la prevenzione delle violenze in genere del 2004) instaura un sistema “a due fasi” per una migliore tutela della vittima. Intendendosi per questa – a seguito dell'*Executionsordnung* del 2003 – qualunque soggetto convivente in una comunione familiare o di tipo familiare con il destinatario del provvedimento. L'attenzione riconosciuta dalla normativa austriaca all'incolumità della vittima supera in intensità quella italiana, specie laddove si consideri che l'allontanamento su iniziativa della polizia prescinde del tutto da una eventuale volontà della vittima stessa (par. 38, 1, SPG) (diritto di espulsione)<sup>4</sup>. Né sfugge come anche il mero timore di una condotta violenta sia qui sufficiente a fondare provvedimenti di allontanamento della persona, sia pure per una durata massima di 10

---

<sup>3</sup> Essi si presentano distinti in quattro tipologie: a) il «*protection order*» *strictu sensu*, a favore di soggetti vittime di violenze o minacce, pervasi dal fondato timore di reiterazione delle condotte lesive da parte di altro componente il nucleo convivente, al quale mediante tal misura civilistica viene intimato di astenersi da nuovi comportamenti lesivi; b) il «*no contact order*», suscettibile di emissione, di norma, a seguito di formulazione di una imputazione penale per atti violenti, pur senza richiesta della vittima, con cui si prescrive all'«*abuser*» di astenersi dall'entrare in contatto con la vittima stessa per telefono, corrispondenza o messaggi fatti pervenire verbalmente a mezzo di terze persone; c) il «*restraining order*», ingiunzione civile proibente, nell'ambito di un contenzioso di regola per separazione, divorzio, azioni di *status* o per l'affidamento della prole, contatti interpersonali o atti di violenza; d) l'«*anti harassment order*», con cui il giudice civile prescrive ad un soggetto di non avvicinarsi o di non contattare, nel domicilio personale o professionale, un soggetto altro che si dolga di molestie.

<sup>4</sup> “Tra le novità normative introdotte dalla legge austriaca una rilevanza particolare assume il potere riconosciuto alle forze di polizia di ‘espellere’ il soggetto violento dall'abitazione familiare per una durata di tempo limitata. La legge austriaca infatti prevede che nei casi in cui, sulla base di certi fatti, specialmente se ricollegati a precedenti atti di violenza, è ragionevole aspettarsi che saranno commessi nuovi atti di violenza contro la vita, la salute, la libertà di una persona, anche in assenza di una denuncia, la polizia può espellere la persona che è causa del pericolo dall'abitazione familiare per una durata massima di dieci giorni”: E. AMATI, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. Sesta, Milano, 2008, 710.



giorni. Le stesse modalità attuative della misura sono minuziosamente regolate da un legislatore che guarda con sospetto all'autore della violenza, al punto da assicurarsi – in ipotesi in cui debba rientrare in casa – che egli sia sempre accompagnato dalla polizia.

Tanto meno la legge assume una dimensione esclusivamente “punitiva”. L'esigenza di non perdere di vista la vittima (specie se minore) è qui avvertita al punto tale da affiancare, a norme penali o civili di repressione del fenomeno, un più articolato programma di aiuto e sostegno alle vittime di abusi domestici, anche mediante assistenza legale individuale, a partire dal momento in cui si manifesta la crisi fino a quando la persona riacquista la propria serenità psicologica<sup>5</sup>. La chiarezza di approccio del legislatore austriaco sorprende, specie se confrontata con la fumosità dell'intervento del legislatore italiano che, a mala a pena, apre alla mediazione (artt. 155 *sexies* c.c. e 342 bis c.c.)<sup>6</sup> e che, comunque, non definisce con chiarezza i rapporti fra una serie di norme tutte potenzialmente in grado di fare funzionare

---

<sup>5</sup> Secondo il disposto del § 146c ABGB il minore che risulti capace d'intendere e di volere decide personalmente se prestare o meno il suo consenso ad un determinato trattamento sanitario. La sola volontà dei genitori che potrebbero – per ragioni ideologiche – anche rifiutare determinati trattamenti sanitari risulta pertanto assolutamente irrilevante qualora il minore debba considerarsi, a prescindere da una determinata età, capace d'intendere e di volere. A tali fini il minore deve essere capace di comprendere il motivo e il significato della terapia (elemento cognitivo) ed avere inoltre la capacità di esprimere conseguentemente la propria volontà (elemento voloniaristico) (*Hopf* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, *Kurzkommentar zum ABGB* [2005] § 146c Rz 3; Stormann in Schwimann, *ABGB Praxiskommentar* VI3 [2006] § 146c Rz 5). Il legislatore presume la capacità d'intendere e di volere rispetto ai minorenni tra i 14 e 18 anni di età. Qualora, tuttavia, manchi la capacità d'intendere e di volere, il consenso ai trattamenti medici deve essere prestato da chi provvede alla cura e all'educazione del bambino e cioè dalla persona esercente la potestà genitoriale. Tale principio generale secondo il quale il consenso al trattamento sanitario viene accordato o rifiutato dal minore personalmente, non è tuttavia applicabile qualora entrino in discussione beni fondamentali della persona. In tutti i casi, infatti, in cui l'intervento medico sia oggettivamente idoneo a cagionare gravi danni all'integrità fisica o alla personalità del minore, è richiesto oltre al consenso del minore anche il consenso dei genitori ossia degli esercenti la potestà genitoriale (§ 146c Abs 2 ABGB). Comunque, però, il minore non può in nessun caso sottoporsi a trattamenti sanitari, né con il consenso proprio né con il consenso del genitore esercente la potestà, che siano destinati ad ottenere una permanente incapacità di procreazione (§ 146 d ABGB). Per un quadro sulla giurisprudenza relativa alle terapie che il minore può consentire senza l'autorizzazione dei genitori si veda Stormann in Schwimann, *ABGB Praxiskommentar* VI3 [2006] § 146c Rz 8.

<sup>6</sup> Si ricorda, altresì, la legge 18.06.2009, n. 69 (disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività nonché in materia di processo civile) all'art. 60 contiene in proposito una delega al Governo in materia di mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali, attuata con d.lgs. 4.03.2010, n. 28 sul punto GIAMMARCO, *Mediazione e conciliazione? Note a margine della legge 69/2009*, in *Avvocati di famiglia*, 2009, 5, 12; sull'incidenza del nuovo art. 155 *sexies* c.c. nei giudizi di divorzio v. BONILINI, TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Commentario al codice civile*, fondato da Schlesinger, Milano 2010, 397 ss.; FRASSINETTI, *Commento all'art. 155 *sexies**, in *Commentario breve al diritto di famiglia*, Padova, 2011, 486 ss.



un proporzionato livello di tutela<sup>7</sup> (si pensi agli artt. 330 e 333 c.c.)<sup>8</sup>. Vero è, infatti, che le funzioni fondamentali alle quali deve assolvere un sistema adeguato di protezione dei minori nei confronti degli abusi e dei reati di cui possono essere vittime, si rinvengono, quantomeno, nell'individuazione degli abusi; nell'interruzione delle situazioni di abuso; nel ripristino sollecito delle condizioni di salute psicofisica dei minori; nella sanzione, anche in funzione di prevenzione generale, degli autori dei reati contro i minorenni. Del pari indubbia è l'esigenza di un corretto funzionamento dei meccanismi e delle regole previste per l'accertamento dei reati, poste a carico e dell'autorità giudiziaria e di tutto l'apparato amministrativo e pubblico, a contatto con i minorenni. In Italia al tribunale per i minorenni e ai servizi sociali che cooperano con l'autorità giudiziaria minorile è attribuito il compito di protezione dei minorenni rispetto agli abusi che hanno subito. Tale compito istituzionale viene esercitato proprio mediante le procedure di controllo della potestà genitoriale, di cui ai richiamati artt. 330 e 333 c.c. (nel corso delle quali il minore viene ad essere di fatto preso in carico dal tribunale per i necessari interventi di recupero o riabilitativi in collaborazione con gli operatori del comparto socio-assistenziale). E, tuttavia, riconoscere l'essenzialità di questa funzione istituzionale attribuita all'autorità giudiziaria minorile non significa affermare che questa funzione sia oggi adeguatamente esercitata. Laddove non v'è chi non veda come sarebbe semplicistico ricondurre tutte le disfunzioni ad endemiche ragioni di debolezza del *welfare* italiano<sup>9</sup>.

Il nostro sistema penale, però, seppur carente di una sua sistematicità in tema di reati contro i minorenni nonché di una norma che aggrava il reato quando questo è commesso

---

<sup>7</sup> In tal senso DOSI, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, 2008; TURRI, *L'ascolto del minore*, 2004; MARTINELLI-MAZZA GALANTI, *L'ascolto del minore*, 2008. Sul piano normativo il rinvio è Legge 6 febbraio 2006, n. 38, "Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet"; Legge 3 agosto 1998, n. 269, "Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù".

<sup>8</sup> Tra i tanti contributi in tema, AULETTA, *L'azione civile contro la violenza nelle relazioni familiari*, (art. 736-bis c.p.c.), in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1046-1048; TOMMASEO, *Abuso della potestà e allontanamento coattivo dalla casa familiare*, in *Fam. e dir.*, 2002, 638; SCARANO, *L'ordine di allontanamento dalla casa familiare*, in *Famiglia*, 2003, 333; CIANCI, *Gli ordini di protezione familiare*, Milano, 2003, 211; e PACIA DEPINGUENTE, *Presupposti soggettivi degli ordini di protezione e problemi di coordinamento con gli artt. 300 ss. c.c.*, in *Famiglia*, 2004, 760. D'ALESSANDRO, *Gli ordini civili di protezione contro gli abusi familiari: profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 1, 225;

<sup>9</sup> In tal senso DOSI, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, Torino, 2010, p. 440, il quale precisa altresì che in questo contesto generale può assumere un ruolo importante l'avvocato chiamato ad assistere il minore vittima di reati, da qui il rinvio, in particolar modo, alle disposizioni che si riferiscono al curatore speciale della persona offesa minorenni.



consapevolmente contro minorenni mira, comunque, a realizzare una tutela forte rispetto alle forme più nocive di violenza contro i minori<sup>10</sup>.

Più ampia, nei presupposti soggettivi applicativi rispetto alla normativa austriaca, ed al Family Act inglese del 1996, si presenta l'esperienza tedesca che invece si indirizza a colpire tutti gli atti di violenza, anche quelli non necessariamente perpetrati all'interno di realtà domestiche in danno dei figli (*Dieter Henrich*). Sì che, mentre normalmente è l'istanza di parte ad attivare il procedimento, nel caso in cui siano coinvolti i minori, il legislatore – riformulando il § 1666 BGB (dal febbraio 2002) – prevede la misura dell'allontanamento temporaneo, o a tempo indeterminato, dell'agente dalla casa di abitazione, pur in mancanza di relativa domanda da parte di entrambi i genitori. Ed è sempre l'interesse della prole, obiettivo primario di un legislatore che pone particolare attenzione alla tutela del minore, ad indurre alla predisposizione – in una disciplina di applicazione generale – di una regola speciale per i coniugi e *partners* omosessuali della convivenza registrata<sup>11</sup>.

Così se originariamente il § 1361b BGB fondava l'assegnazione della casa coniugale sul presupposto del grave pregiudizio arrecato, per la nuova disciplina è il pericolo cagionato al benessere dei figli coabitanti, indipendentemente dalla titolarità proprietaria, ad influire sullo stesso provvedimento di attribuzione della casa. Né può tacersi, sempre in relazione a quest'ultimo profilo, dello scetticismo con cui il legislatore tedesco sembra considerare il livello di tutela offerto al minore dagli altri ordinamenti, non esitando a ritenere applicabile – in ipotesi di conflitto di leggi – quella tedesca, in forza del rinvio operato ex art. 17° EGBGB.

A fronte dell'elevato livello di tutela offerto dall'ordinamento tedesco sorprende allora l'approccio del legislatore inglese che – sebbene si collochi tra i più avanzati nella lotta avverso la “*domestic violence*” – *the Domestic Violence and Matrimonial Proceedings* del 1976, *the Domestic Proceedings and Magistrates Courts Act* del 1978; “*Family Law Act*”<sup>12</sup> del 01.10.1996, che

---

<sup>10</sup> Il riferimento è, da ultimo, alla legge 23.04.2009 n. 38 che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 23 febbraio 2009 n. 11, introducendo il delitto di atti persecutori (*stalking*), delitto non procedibile a querela quando il fatto è commesso nei confronti di un minore, si rinvia a A. PULVIRENTI, *Note problematiche su alcuni profili procedurali del delitto di atti persecutori (Stalking)*, in *Dir. famiglia*, 2011, 02, p. 939 ss. A precisare, invece, che costituiscono due degli obiettivi più significativi del sistema vigente sia la procedibilità d'ufficio per tutti i reati di violenza sessuale commessi in danno di minori di anni diciotto sia le nuove regole per l'audizione e la testimonianza del minore nel processo, è DOSI, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, 2010, p. 454.

<sup>11</sup> Il § 1666 BGB discorre di “*missbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge*”, senza distinguere fra tipi di convivenza.

<sup>12</sup> “Deve infine evidenziarsi che nel sistema anglosassone rimangono esdusi dalla possibilità di ricevere la protezione prevista dalla legge contro la violenza familiare tutti coloro che, pur legati da una relazione intima, non hanno instaurato un rapporto di convivenza con l'aggressore oppure non hanno avuto figli. In tal caso la tutela è comunque apprestata da un'altra legge la «*Protection from Harassment Act*» del 1997, nonché dalla possibilità di applicare misure accessorie ad altre azioni civili o penali previste dal *common law*, come le *action in tort*, ossia misure accessorie applicabili nei casi di violenza commessi da una normale aggressore non legato da



ha previsto due nuove misure, di natura civilistica, adottabili da tutti i tribunali - *High Court, Country court, Family Proceedings Magistrates Courts* – non si occupa della vittima dell'illecito. Gli *occupation orders* ed i *non molestations orders* (dal contenuto analogo agli ordini di protezione previsti dalla disciplina italiana) piuttosto variano in contenuto e portata, mostrando una flessibilità “di sostanza” che è connaturata alla impossibilità di definirne i contenuti<sup>13</sup>. Anche qui, tuttavia, lo scopo è quello di un'anticipazione di tutela, che conduce ad un correlato uso del diritto quale strumento di prevenzione, al fine di evitare non solo la lesione, ma persino la messa in pericolo dei beni giuridici tutelati. Questa esigenza si trasfonde poi nel “*power to arrest*”, *id est* nell'arresto e condanna, entro breve termine, in ipotesi di inosservanza di un ordine giudiziale (*Sect. 47 FLA*).

In vero, proprio sotto il profilo penale le esigenze di tutela del minore non sembrano trovare adeguata risposta negli strumenti apprestati dall'ordinamento. Tanto, sia perché lo strumento giuridico-penale (in tutti i sistemi considerati) sconta in proposito seri limiti funzionali, sia per la difficoltà di cogliere l'ampiezza qualitativa e quantitativa del fenomeno dell'abuso del minore<sup>14</sup>.

Per far valere i propri diritti, il minore dovrebbe godere di un trattamento particolare nell'ambito del procedimento penale. Anche se quasi tutti gli ordinamenti considerati hanno riconosciuto questa necessità, differenze notevoli si avvertono in relazione alle modalità con cui si applica questa speciale protezione. Il problema, superato che sia il profilo relativo alla definizione della tipologia “abuso” (al cui interno in vero convergono una serie di figure eterogenee tra loro: maltrattamenti diretti e indiretti, fisici e/o psichici, abusi sessuali, incesto, *etc.*), attiene alla individuazione di opportuni strumenti di intervento.

Problemi comuni rilevati sono la lentezza delle indagini e i tempi troppo lunghi dei processi, la mancanza di coordinamento e collaborazione tra gli operatori, l'assenza di un adeguato sostegno terapeutico e legale, la carenza di specializzazione negli operatori, il mancato confronto diretto con il presunto abusante a cui spesso è sottoposto il minore<sup>15</sup>.

---

un particolare rapporto con la vittima”: AMATI, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di SESTA, Milano, 2008, p. 717.

<sup>13</sup> In tal senso, cfr. *Sect. 40-44 Family Law Act 1996*.

<sup>14</sup> Per l'esperienza italiana, cfr., SILVANI, *Il minore vittima di abusi in famiglia tra tutela penale e protezione cautelare*, in *Cass. pen.*, 2005, 2, 626.

<sup>15</sup> Il 20 giugno 2007, il Parlamento europeo e il Consiglio hanno adottato la Decisione n. 779/2007/EC che lancia per il periodo 2007-2013, un programma specifico “*To prevent and combat violence against children, young people and women*”. Il rapporto che sintetizza i risultati del progetto Dafne, verifica fino a che punto la prassi e le norme in vigore rispondono alle esigenze, ai diritti e alle capacità del minore. L'attenzione posta sul problema dell'ascolto del minore ha mostrato come in Europa, nonostante le diverse legislazioni europee muovano nella direzione di un sempre più ampio riconoscimento della capacità di discernimento del minore, sia estremamente difficile, per un minore vittima di abuso, ottenere giustizia. I tempi, i luoghi ed i modi del percorso giudiziario proiettano il minore in un mondo che è pur sempre organizzato a misura di adulto e non riesce ad intercettare realmente le esigenze del minore.



Per sviluppare la collaborazione multidisciplinare in alcuni paesi sono stati creati centri specializzati in cui i minori vittima di abuso possono ricevere un'assistenza integrata che si estende agli aspetti medici, psicologici e legali. In questo senso, di estremo interesse è l'esperienza dell'Islanda, dove le "Barnabus", costituite proprio allo scopo di ottenere il massimo livello di cooperazione e coordinamento tra servizi sociali, sanitari e autorità giudiziarie e inquirenti, assicurano che il minore sia ascoltato sempre dalla medesima persona<sup>16</sup>. La necessità di ridurre il numero di ascolti, per un verso, e di limitare il numero di soggetti con cui interagisce il minore, per l'altro, è, infatti, fondamentale proprio per evitare che il minore si trasformi in una sorta di "oggetto" del procedimento.

In questa direzione si muovono chiaramente le legislazioni dei Paesi scandinavi, ove la legge stabilisce che il minore debba essere soggetto al minor numero di ascolti possibili. Ma v'è più.

Se, infatti, per quanto attiene all'esperienza giuridica dell'Islanda o, più in generale, dei Paesi Nordici (Norvegia fra tutti), la tendenza è quella di assicurare che l'ascolto del minore da parte del giudice avvenga fuori dell'udienza (in Norvegia è sufficiente che la difesa abbia la possibilità di comunicare le proprie domande al giudice che ascolterà il minore affinché l'esigenza del contraddittorio sia soddisfatta) non altrettanto accade in altri ordinamenti europei dove pure, a livello declamatorio, la formula della tutela del minore è ribadita con analoga vitalità<sup>17</sup>.

L'idea che viene fuori dall'esame dell'esperienza comparatistica è, dunque, che la disciplina riservata alla tutela del minore offra sorprendenti fughe in avanti, ma anche inattese regressioni. Ed infatti basta considerare altri due importanti profili – quello del diritto del minore a conoscere le proprie origini e quello del minore ad essere ascoltato – per rendersi conto di quanto sconcertante e disomogeneo possa essere il risultato.

**3.** La tensione fra diritto dell'adottato a conoscere le origini e diritto all'intimità dei genitori mostra profili di particolare interesse ove si guardi all'esperienza comparatistica. Almeno in Europa, i due modelli, o regimi, che fissano le regole per la determinazione della maternità, fanno emergere un dato interessante, a seconda si privilegi il mero fatto della procreazione, ovvero si attribuisca rilievo alla formazione dell'atto di stato civile. In quei sistemi, infatti, in cui si è scelto di proteggere l'anonimato della madre che desidera non essere nominata nell'atto di stato civile (come è accaduto in Francia o in Italia) il dibattito sul diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini è stato condizionato dall'esigenza di

---

<sup>16</sup> Cfr., *Icelandic Child Protection Bill 2001*, sorta di Statuto del minore che regola anche la funzione di apposite commissioni (*Child Protection Committee*) chiamate a vigilare sull'operato delle famiglie relativamente alla tutela del minore e che operano in costante contatto con il tribunale (*District Court*).

<sup>17</sup> Cfr., per la Svezia, il *Parenthood and Guardian Code (as amended 1979)*; Norvegia, 1981 "*Lov om barn og foreldre*" - "*The Child and Parents' Act*" e La Convenzione di New York ratificata nel 1991, e incorporate nell'attuale legislazione "*Lov om menneskerettigheter*" - "*The Human Rights Act*" in 2003.



far salve le ragioni della donna che desiderava non essere nominata. Quanto questo principio – pur importante perché intendeva in qualche modo limitare la pratica dell’aborto, affermare il diritto della donna a rifiutare la maternità, facilitare le adozioni – sia tuttavia rimasto “prigioniero” del suo tempo appare evidente ove ad esso si guardi nella prospettiva dell’adottato. L’esigenza di salvaguardare la posizione della donna, così equiparata di fatto al padre, sembra infatti espressione di un certo clima sociale e culturale che ancora vedeva nella maternità un ostacolo alla realizzazione della donna.

Senza ripercorrere le vicende che hanno condotto dapprima la Francia, e poi l’Italia (art. 30, DPR, 200/396), ad introdurre la figura del parto anonimo, non v’è chi non veda come la negazione del diritto alla conoscenza delle origini, inteso quale corollario del diritto della madre a non essere nominata, per un verso, non considera l’importanza (al pari di tutta la relazione prenatale che si instaura tra madre e figlio durante la fase della gestazione) che può assumere la conoscenza dei dati genetici che contribuiscono a definire l’identità della persona e, per l’altro, lascia arbitro un terzo – in questo caso la madre – di decidere anche in ordine alla paternità, in considerazione dell’operatività del meccanismo della presunzione di paternità<sup>18</sup>. Tanto senza considerare che una tale regola impedisce, di fatto, al figlio l’esercizio di un diritto fondamentale.

Che questo diritto sia da ascrivere al rango di quelli della personalità riceve conferma dal confronto con le soluzioni accolte negli altri ordinamenti. Emerge qui, con l’esclusione di taluni ordinamenti – segnatamente quelli in cui è stato accolto il principio del rispetto all’anonimato della madre (Lussemburgo, Svizzera, Francia, Italia) – l’esigenza di assicurare il rispetto del principio della tutela integrale del minore, plasmato nella definizione della regola giuridica che assicuri a ciascuno il riconoscimento della filiazione biologica che gli corrisponde. In questa direzione si colloca l’esperienza tedesca, dove gli artt. 1. I e 2. I della Carta Costituzionale tedesca (GG), nonché una giurisprudenza del BVerfG che decisamente discorre di “diritto generale della personalità” non lasciano dubbi sul tipo di scelta effettuata. In consonanza con tale impostazione, l’art. 61 del *PersonenstandGesetz* non solo attribuisce al minore degli anni 16 la possibilità di consultare in forma diretta il registro per avere conoscenza delle proprie origini, ma concede altresì ai genitori adottivi di assumere notizia dei genitori biologici e viceversa. Ma v’è più. Anche in quei sistemi come la Spagna dove pure manca – nel diritto civile comune – un aperto riconoscimento, il diritto dell’adottato alle origini biologiche si è incamminato su un percorso che chiaramente lascia intravedere un mutamento di tendenza. In vero qui la giurisprudenza non ha talvolta esitato a riconoscere che la restrizione all’accesso delle informazioni relative alle proprie origini

---

<sup>18</sup> Per l’esperienza francese il riferimento è alla loi 93-22. Di recente, l’Ordonnance n° 2005-759 del 4 luglio 2005, pur introducendo talune importanti innovazioni nel regime della filiazione, lascia sopravvivere la regola, cfr., art. 341.1 *Code Civil*. Sul punto, in dottrina, F. GRANET-LAMBRECHTS, *L’établissement de la filiation*, in AA.VV., *Filiation et adoption: les réformes opérées par l’ordonnance n° 2005-759 et la loi 2005-744 du 4 juillet 2005*, Presse Universitaires d’Aix-Marseille, 2006, 40-41.



viola l'art. 39.2 CE in tema di diritto all'accertamento della paternità (AP Barcelona 22/2/1996; TSJ Pais Vasco 27/04/2004).

Tanto, senza considerare che la complessità del sistema spagnolo fa emergere aperture singolari che si realizzano a livello di legislazioni autonome. Queste, talvolta, recepiscono in maniera espressa il diritto alla conoscenza delle origini. Così è per l'esperienza Catalana (Codigo de Familia ley 9/98 del 15 luglio, art. 129, comma 2), ovvero per quella di *Castilla Y Leon* (la norma è contenuta nella legge di protezione del minore *Ley* 14/02, art. 14) ovvero per quei *Derechos Forales* che hanno scelto di inserire il principio in epigrafe nelle leggi che si occupano di mediazione familiare, prevedendosi qui un procedimento speciale il quale consente di soddisfare, in maniera pacifica e consensuale, il diritto di ogni adottato alle proprie origini biologiche.

Ne consegue che la prevalenza del diritto all'anonimato appare ingiustificata a fronte dell'importanza attribuita ai diritti dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini, nonché della propria salute (ben potendo la non conoscenza delle origini impedire di risalire ad eventuali problemi genetici). Tanto meno assume pregio il mantenimento di tale preclusione in ottemperanza ad un processo di bilanciamento degli interessi che attribuisca rilievo a quelli della madre. Ed infatti, le ragioni sulle quali si fonda tale diritto: evitare interruzioni di gravidanze, abbandoni selvaggi o infanticidi, assicurare alla donna partorienti la protezione da ricordi dolorosi o dal disonore sociale, con il trascorrere del tempo e il mutare dei costumi e della sensibilità sociale ben possono essere venire meno.

In tal senso – anche cioè a ritenere rilevante l'esigenza di anonimato della madre – è singolare osservare come l'ordinamento italiano non preveda alcuna verifica circa l'attualità della sua volontà all'anonimato. Ciò non appare coerente neppure con il rilievo attribuito ai diritti dell'adottato dalla Corte Europea Diritti dell'Uomo nel caso *Odièvre v. Francia* (13.02.2003). In questo ordinamento, un soddisfacente equilibrio fra le opposte esigenze può dirsi raggiunto con la istituzione di un organismo, il Consiglio Nazionale dell'Accesso alle Origini Personali (CNAOP) che conserva le informazioni sulle origini dell'adottato, nonché sulla richiesta di anonimato della madre, e riceve la eventuale dichiarazione di questa alla rimozione del segreto. Laddove il figlio inoltri istanza di conoscenza delle origini, il CNAOP verifica la persistente volontà di anonimato della madre, ovvero ne comunica i dati laddove essa abbia prestato il suo consenso. La soluzione adottata si regge, in altri termini, sulla verifica della perdurante volontà della madre di rimanere anonima, ed offre una soluzione equilibrata che tiene conto della costruzione di un diritto fondamentale dell'adottato, in aderenza alla mutevolezza dei sentimenti umani e al possibile venir meno delle ragioni che avevano fondato la manifestazione di volontà della donna.



4. Il prefisso negativo “in” seguito dal participio “fari” sintetizza forse nella maniera più completa la posizione assunta dagli ordinamenti nei confronti del minore. Un soggetto privo di voce, e dunque di diritti, poiché incapace di parlare. L’espressione latina “*infans*” ben sintetizza, dunque, quella che per decenni è stata la posizione riconosciuta al minore. La Convenzione internazionale sui dei diritti del minore (1989) in questo senso, nel riconoscerne espressamente i diritti fondamentali civili, politici, economici, sociali e culturali ne determina decisamente e definitivamente l’emancipazione dando accesso ad un concetto quello di interesse superiore del minore (art. 3-1) attorno a cui si raccolgono il diritto alla vita e allo sviluppo (art. 6) nonché la necessità di considerarne le opinioni su tutte le questioni che lo coinvolgono<sup>19</sup>. La vera rivoluzione copernicana è, dunque, il riconoscimento al minore di una capacità di discernimento che, evidentemente, impone di considerarne le idee. Il diffuso convincimento della opportunità di affrancare il minore da quella dimensione “silente” in cui era stato collocato è la sottile linea rossa che collega Convenzione di New York (art. 12), Carta di Nizza, (art. 24)<sup>20</sup>, Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei minori (Strasburgo, 1996, artt. 3, 4 e 5 in tema di diritti azionabili da parte del minore); Convenzione Aja 25 ottobre 1980 relativa alla sottrazione internazionale di minori (art. 13, 2° comma 9). A tacere dell’art. 23, Regolamento CE n. 2201/2003 del 27.11.2003 (c.d. Bruxelles II bis), relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale.

Mai l’ascolto del minore è mezzo istruttorio, in nessuna occasione egli è parte in senso formale o sostanziale del procedimento<sup>21</sup>, sebbene diversamente sembrano si siano espressi i

---

<sup>19</sup> Sulla percezione, finalmente acquisita, della dimensione costituzionale dei diritti del minore il quale deve essere considerato, al pari degli altri cittadini, come titolare di diritti “sia pure con caratteristiche proprie” e con specifiche modalità d’esercizio e di tutela, FERRANDO, *I diritti del minore nella famiglia in difficoltà*, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 1174 ss.

<sup>20</sup> Il 1 dicembre 2009 è entrato in vigore il Trattato di Lisbona, firmato in data 13 dicembre 2007 e ratificato con la l. 2 agosto 2008 n. 139, che all’art. 6.1 ha riconosciuto alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, già firmata a Nizza nel dicembre 2000, lo stesso valore giuridico dei Trattati. Le norme di tutela dei minori in questo testo sono essenzialmente due, l’art. 24, già richiamato (Diritti del bambino) e l’art. 32, inerente il lavoro minorile e la protezione dei giovani sul luogo del lavoro. In dottrina sul punto si rinvia a P. DI MARZIO, *L’audizione del minore nei procedimenti civili*, in *Dir. fam.*, 2011, 01, p. 365, secondo cui l’art. 24 non sembra assumere portata innovativa in materia di diritto di audizione del bambino nelle procedure giudiziarie che lo riguardano, e del resto la norma non opera neppure un espresso riferimento alle procedure giudiziarie che coinvolgono gli interessi del minore. In giurisprudenza si veda Cass. sez. III, 2.02.2010 n. 2352, in *Giur. it.*, 2010, c1045, con nota di G. RISPOLI, *Riflessioni in tema di mobbing*, con cui i giudici di legittimità hanno già avuto modo di affermare che la Carta di Nizza, recepita dal Trattato di Lisbona, è oggi “diritto vigente anche per l’Italia”.

<sup>21</sup> TOMMASEO, *Processo civile e tutela globale del minore*, in *Famiglia e dir.* N. 6/1999, p. 583. L’attuazione della tutela globale del minore deve avvenire, almeno nei processi in materia familiare, attribuendo al minore la titolarità di convenienti poteri processuali che avrà la possibilità di esercitare anche personalmente e



giudici di legittimità recentemente<sup>22</sup>. La funzione è piuttosto quella di mettere il giudice in condizione di conoscere il diretto destinatario delle sue decisioni e modulare quindi le decisioni medesime o anche solo la terminologia usata nei provvedimenti, nel rispetto delle emozioni espresse dal minore, tenendo conto delle sue opinioni, dando così corpo e spessore concreto al preminente interesse del minore cui deve orientare ogni decisione che lo riguarda, nel rispetto dell'art. 3 della convenzione di New York, dell'art. 1 della convenzione di Strasburgo, dell'art. 24 della Carta di Nizza.<sup>23</sup>

Ma se questo è l'obiettivo diverso è il modo in cui ciascun ordinamento lo rende compatibile con il proprio sistema. In Francia, l'ascolto del minore pur entrando nel codice civile (art. 388-1) con la loi N° 93-22 du 8 janvier 1993, e pur conducendo ad un adeguamento degli artt. 338-1 à 338-9 du NCPC è eventualità rimessa alla valutazione discrezionale del giudice.

Il minore continua ad essere senza voce se non è ritenuto capace di discernimento. Certo la riforma di cui alla loi N° 93-22 du 8 janvier 1993 è significativa di una mutata attitudine verso il minore, ma sarebbe illusorio pensare che con la legge del '93 si determini un'apertura del processo al minore. Il fatto che questi "*peut être entendu par le juge*" era piuttosto espressiva di una prassi ipocrita che si rifiutava di ascoltare il minore sul

---

direttamente. Nello stesso senso, DOSI, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, 2008. I giudici di legittimità in svariate occasioni, recentemente e per lo più in tema di adozione, si sono espressi nel senso di escludere valenza istruttoria all'audizione del minore. Non rappresentando la stessa una testimonianza o un altro mezzo istruttorio bensì un momento formale del procedimento deputato a raccogliere le opinioni ed i bisogni rappresentati dal minore, deve svolgersi in modo da garantire l'effettivo esercizio del diritto del minore di esprimere liberamente la propria opinione e questo anche ascoltandolo da solo, vietando l'interlocazione con i genitori e i loro difensori, così Cass. civ., sez. I, 26.03.2010, n. 7282, in *Fam. dir.*, 2011, p. 268 ss.; Cass. civ., sez. I, 26.01.2011, n. 1838; Cass. civ., sez. I, 10.06.2011, n. 12739 in *Fam. dir.*, 1/2012, con nota di F. TOMMASEO, *Per una giustizia "a misura del Minore": la Cassazione ancora sull'ascolto del minore*. Anche in questa ipotesi, tuttavia, appare necessaria in un'ottica di bilanciamento degli interessi l'adozione di modalità procedurali che salvaguardino comunque il contraddittorio (in senso tecnico) e il diritto di difesa delle parti, anche perché il compimento di qualunque atto processuale non può essere sottratto ai principi del giusto processo, come enunciati dall'art. 111 Cost., in tal senso G. CAMPESE, *L'ascolto del minore nei giudizi di separazione e divorzi, tra interesse del minore e principi del giusto processo*, in *Fam. e dir.*, 10/2011, p. 966 ss.

<sup>22</sup> Il riferimento è a Cass. civ., Sez. unite., 21.10.2009, n. 22238 in *Dir. fam.* 2010, p. 106, con nota di M.G. RUO, "*The long, long way*" del processo minorile verso il giusto processo; in *Guida dir.*, 48/2009, 36, con nota di M. FINOCCHIARO, *Separazione: viola il principio del contraddittorio la mancata audizione del minore in giudizio*, su cui si ritornerà.

<sup>23</sup> F. TOMMASEO, *Processo civile e tutela globale del minore*, op.cit., la tutela giurisdizionale del minore non è soltanto una tutela dei diritti soggettivi di cui egli è titolare alla stregua di ogni altra persona fisica ma è anche tutela del suo interesse esistenziale alla formazione della personalità, un interesse che il legislatore italiano e le convenzioni internazionali qualificano come interesse superiore; si configura così una tutela globale del minore che comprende sia la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi di cui è titolare, sia l'attuazione dell'interesse del minore allo sviluppo della propria personalità.



presupposto che fosse privo di discernimento. Ma come poteva il giudice valutare *une absence de discernement* se la conoscenza del minore si realizzava solo quando avrebbe dovuto ascoltarlo?

Con la modifica dell'art. 388-1 du code civil issu de la Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 art. 53 Journal Officiel du 9 janvier 1993, Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 art. 9 Journal Officiel du 6 mars 2007, Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 art. 2 Journal Officiel du 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009), « *Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande* » e il giudice in caso di rifiuto ne valuta il fondamento.

Il punto, in altri termini, è mantenere il necessario equilibrio tra il diritto del minore ad intervenire e il suo diritto ad essere protetto. Ben pochi articoli, in realtà, il codice civile francese dedica all'audizione del minore: l'art. 388-1, 373-2-11 c.c. e l'art. 338-1 all'art. 338-12 del codice di proc. civ.: il dato di fatto non è privo di conseguenze.

Laddove l'audizione del minore deve avvenire davanti ad un collegio di giudici, è lo stesso collegio che decide in che modo l'audizione debba aver luogo (eventualmente anche delegando alla stessa solo taluni membri del collegio). Ma v'è più. Il legislatore francese è attento nell'escludere che per il mero fatto di essere ascoltato il minore diventi « parte » del procedimento, così come non esaspera questo profilo partecipativo. La rivalutazione del profilo dell'informazione è, in questo contesto, la chiave per cogliere in tutta la sua portata l'importanza del più recente *décret n° 2009-572 du 20 mai 2009* che ancora modifica gli artt. 338-1 à 338-12 C.p.c.) per prevedere definitivamente che il minore capace di discernimento debba essere informato dal soggetto titolare della potestà, dal tutore ovvero dalla persona o dal servizio cui è affidato, oltre che essere assistito da un avvocato in tutti i procedimenti che lo riguardano.

E, tuttavia, che la rivalutazione della posizione del minore non sia una operazione facile è confermato per un verso dai dubbi che solleva il modo in cui è raccolta e trascritta la deposizione del minore. Vero è che l'art. 388-9 dispone che laddove l'interesse del minore lo imponga, il giudice per procedere all'ascolto, designi una persona che non abbia con il minore stesso né alcun legame parentale né alcun interesse e che esercita o abbia esercitato una attività nel campo sociale o psicologico. Altrettanto vero che, nella maggior parte dei casi, è lo stesso JAF a procedere all'audizione.

Ne consegue, dunque, che tutti i minori debbano essere ascoltati « *sauf ceux dont l'âge ou l'état ne permettent pas une telle audition* », sebbene la legge attribuisca poi al giudice il potere di scegliere se debbano essere ascoltati da soli o in presenza dei genitori. Non sfugge, ex art. 375-1 Code civil, come il giudice investito della protezione del minore si sforzi, nell'interesse del minore « *de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure envisagée* ». La centralità riconosciuta alla posizione del minore è evidente e viepiù emerge ove si consideri il dovere di ascoltarlo « *en matière d'assistance éducative* (art 1183 du NCPC) ».

Giammai tuttavia il procedimento si apre interamente al minore. Questi rimane ad esso estraneo, sorta di testimone vitale in una vicenda che lo riguarda. Si comprende così del pari come il procedimento civile si liberi dalle strettoie di un formalismo che mal si concilia con la situazione coinvolta. Così, non solo la domanda può presentarsi in qualunque fase e



grado del procedimento, e anche in appello, ma non è neppure ricorribile. E, sempre in questo senso, non è un caso che il giudice qualora abbia ascoltato il minore debba precisare nel corpo del provvedimento che *comunque* “*qu'il a tenu compte des sentiments exprimés par l'enfant mineur*”. Laddove, attesa la delicatezza della situazione egli è comunque, tenuto a spiegare, a pena di nullità, le ragioni che lo hanno indotto ad accettare l'audizione e/o a discostarsi dalla stessa<sup>24</sup>.

Ma la strada su cui si incammina il legislatore francese è chiara. Egli raggiunge certo un compromesso, ma se di tanto si tratta, lo fa rivalutando la figura di un minore che va trattato con rispetto e serietà, quello stesso rispetto e quella stessa serietà che trapela dall'occhio della macchina fotografica di Robert Doisneau ne “*Les Jardins du Champs de Mars*” dove la corsa all'ombra della Tour Eiffel non è, o non è soltanto, un gioco.

5. Ed allora, se tanto è, nulla a che vedere con l'esperienza inglese, preda di un approccio che rimane paternalistico a dispetto dell'attenzione tributata dal sistema al minore. La legislazione inglese, ligia alle direttive europee e alle convenzioni internazionali, ha promulgato nel 1989 il *Children Act*, che è senza dubbio il miglior sistema legale del mondo per la protezione dei minori.

Sorprende tuttavia che non trovi spazio adeguato nel sistema inglese l'audizione del minore. Vero è che La Sec. 1(3)(a) of the Children Act 1989, impone al giudice di cogliere sempre ‘the ascertainable wishes and feelings of the child concerned (considered in the light of his age and understanding)’. Altrettanto vero che la tendenza delle Corti, ex Sec. 7 of the 1989 Act, è quella di rivolgersi sia alla CAFCASS (*Children and Family Court and Advisory Service*) sia all'autorità locale chiamata ad informare il giudice “*on such matters relating to the welfare of that child as are required to be dealt with in the report*”<sup>25</sup>. Il sistema inglese finisce così con il negare al minore il diritto di essere presente in corte e, dunque, *tout court* l'audizione<sup>26</sup>.

Certo il legislatore sembra animato dal desiderio di evitare al minore il disadattamento conseguente al contatto con le aule giudiziarie. Lo confermano le cautele di cui è circondata la possibilità per il minore di dare inizio ad un procedimento, soggetto ad un “*leave*”, concesso dalla corte sul presupposto della sufficiente capacità del minore di intendere le conseguenze dell'azione<sup>27</sup>. Lo attestano gli sforzi per mantenere estraneo il minore al procedimento.

---

<sup>24</sup> LE DALLOZ, *L'audition de l'enfant*, n. 09/2009.

<sup>25</sup> *I.e.* the Children and Family Court and Advisory Service which, as from April 2001, has been responsible for providing what were formerly known as welfare officers and who are now known as children and family reporters.

<sup>26</sup> See *Re R (A Minor)(Residence: Religion)* [1993] 2 FLR 163, CA. *Parental Responsibilities – ENGLAND & WALES*.

<sup>27</sup> See *e.g.* *Re S (A Minor)(Representation)* [1993] 2 FLR 437, CA.



Non a caso, infatti, il sistema attribuisce all'avvocato ovvero ad uno speciale *Guardian ad litem* (con qualifica di assistente sociale e nominato quando il minore non abbia *sufficient understanding*) il compito di accertare la volontà del minore e di dare inizio al procedimento. Ma è del pari singolare che interlocutore pressoché esclusivo del giudice sia solo il *Guardian ad litem*<sup>28</sup>, al cui rapporto egli tende ad attribuire rilevanza. Ragioni di tutela certo, militano per questa opzione, cui tuttavia non sembra essere estranea una buona dose di scetticismo del giudice inglese che non manca di precisare come l'affidabilità della risposta offerta dal minore (nelle aule giudiziarie) sia direttamente proporzionale alla sua età.

Ma è alla corte che è rimessa la scelta se ascoltare o meno il minore, sebbene in questo caso, ciò che ha espresso il minore "*must be considered and may, but not necessarily must, carry more weight as the children grow older*"<sup>29</sup>. Nei rari casi, poi, in cui è disposta l'audizione si presenta circondata da particolari cautele.

La *Sec. 7, Children Act 1989*, garantisce al minore la testimonianza tramite video da una stanza separata, alla presenza del suo avvocato o in aula protetto da un paravento, salva sempre la possibilità di farsi assistere da un supporto psicologico che, comunque, non impedisce al giudice di vagliare egli stesso le domande onde evitare attacchi diretti. Nonostante queste cautele che pur sono pensate a tutela del minore, il sistema inglese finisce per caratterizzarsi come un sistema di non audizione.

Un sistema in cui il minore a) comunica la sua posizione tramite terzi, l'avvocato e il *Guardian*; b) a cui gli atti processuali sono trasmessi solo dall'avvocato e dal *Guardian*; c) che rimette alla discrezionalità del giudice l'apprezzamento del *sufficient understanding*. Un sistema che mostra, in ultima analisi, una sorta di incapacità congenita a colloquiare con il minore, tanto da arrivare al paradosso di escludere la pubblicità delle udienze per un proteggere la privacy di un soggetto che, però, non è presente. E la cosa non può che sorprendere l'interprete che si trova dinanzi ad una disomogeneità di tutele che non può essere razionalizzata, che si sottrae a qualunque valutazione tassonomica, mostrando, come si è detto, progressivi sviluppi ma anche inattese regressioni. Come appunto qui è il caso.

Non così l'esperienza tedesca. Il fatto che i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli siano atti di volontaria giurisdizione ex, § 50b *Act on Voluntary Jurisdiction* facilita, *sine dubio*, l'audizione del minore, il cui ascolto è di fondamentale importanza ai fini della decisione. Non solo il minore che ha raggiunto i 14 anni va senz'altro ascoltato (§ 50b para. 2 sent. 1 *German Act on Voluntary Jurisdiction*). Nella pratica la tendenza muove nel senso di ammettere all'audizione anche soggetti di età inferiore del minore<sup>30</sup>. E qui la casistica restituisce un interessante spaccato di come le corti diano spazio a questo principio dell'ascolto del

---

<sup>28</sup> The power to do this is conferred by Rule 9.2, Family Proceedings Rules 1991 and see *Re A (Contact: Separate Representation)* [2001] 1 FLR 715.

<sup>29</sup> In questo senso l'opinione di BUTLER-SLOSS LJ in *Re P (minors) (wardship: care and control)*.

<sup>30</sup> R. PROKSCH, *Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kindesrechts*, Köln: *Bundesanzeiger Verlag*, 2002, 269.



minore, ritenendo che già a partire da tre anni il bambino possa essere sentito, da 4, ovvero da 5.

Ma sempre l'informazione (esistenza del procedimento nonché del suo presumibile esito) è parte della procedura, giacché il minore deve essere informato al fine di poter essere messo in condizione di esprimere la propria opinione. In questo senso solo il timore di gravi pregiudizi all'equilibrio psichico del minore può sconsigliarne l'audizione<sup>31</sup>. Al minore è in altri termini riconosciuto un diritto costituzionalmente garantito ad essere ascoltato. Qui è però il giudice di famiglia che vi provvede personalmente, parlando con un minore che, comunque, non diventa mai parte del procedimento<sup>32</sup>.

Tanto meno il timore che permea la legislazione inglese sembra trovare spazio nella *KinderRGesetz* 1997 che, proprio per evitare di mettere in pericolo gli interessi del minore delinea la figura di un *Verfahrenspfleger* chiamato ad operare quale *Anwalt des Kindes*. Ma v'è di più. L'attenzione agli interessi del minore è sì avvertita da condurre alla nomina addirittura di un curatore ogni qual volta si profili una situazione di conflitto di interessi<sup>33</sup>.

Il quadro si arricchisce così di protagonisti che ne complicano la lettura. E di tanto ben si avvede la dottrina che non manca di sottolineare come in questo moltiplicarsi degli attori coinvolti nella tutela del minore si finisca con il non riuscire più a comprendere quali siano le funzioni e di chi siano. Così nel caso del curatore, figura rispetto alla quale non è chiaro se debba agire a tutela dell'interesse attuale del minore ovvero debba collocarsi in una dimensione più ampia, finendo in tal caso con il sovrapporsi con i compiti che la legge riconosce allo *Jugend Amt*<sup>34</sup>. Incertezza questa che, nell'investire anche il tipo di qualificazione richiesta, spiega la riluttanza delle Corti ad avvalersi di questa figura.

---

<sup>31</sup> R. PROKSCH, *Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kindesrechts*, Köln: Bundesanzeiger Verlag, 2002, p. 270 *et seq.* See also K. KOSTKA, 'Die Begleitforschung zur Kindschaftsrechtsreform - eine kritische Betrachtung', *FamRZ* 2004, 1924, 1932 *et seq.* - Former research showed that less than half of the children in child protection proceedings were heard personally. A quarter of those aged 14 to 17 were not heard. J. MÜNDER, B. MUTKE and R. SCHONE, *Kindwohl zwischen Jugendhilfe und Justiz - v Professionelles Handeln in Kindeswohlfahren*, Münster: Votum 2000, p. 130 *et seq.*

<sup>32</sup> Cfr., H.-U. MAURER, 'Das Verfahren der Familiengerichte', in: D. SCHWAB, *Handbuch des Scheidungsrechts*, 5th Edition, München: Vahlen, 2004, Part. I No. 452 *et seq.* Nonchè in giurisprudenza BVerfG, 14.08.2001, *FamRZ* 2002, 229, BVerfG, 20.08.2004, *FamRZ* 2004, 86 e in *NJW* 2003, 3544.

<sup>33</sup> Ad esempio: 1. conflitto fra il rappresentante e il minore; 2. allontanamento dalla famiglia o perdita della potestà parentale ex § 1666 BGB); 3. rimozione del provvedimento di affidamento del minore ex §§ 1632, 4, BGB; 1682 BGB.

<sup>34</sup> Per un approccio decisamente orientate verso il minore e la garanzia di un massimo livello di tutela, cfr., A. HANNEMANN and P.C. KUNKEL, 'Der Verfahrenspfleger - das ,unbekannte Wesen', *FamRZ* 2004, 1833, 1835. - See also L. M. PESCHEL-GUTZEIT, in: STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13th Edition, Berlin: Gruyter, 2002, vor §§ 1626 *et seq.* German CC No. 78. A. HANNEMANN and P.-C. KUNKEL, 'Der Verfahrenspfleger - das ,unbekannte Wesen', *FamRZ* 2004, 1833 *et seq.*, nonché R. PROKSCH, *Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kindesrechts*, Köln: Bundesanzeiger Verlag, 2002, p. 247 *et seq.*



Nonostante indecisioni e forse eccessi di tutela che finiscono con il trasformarsi in non-tutela, il robusto impianto normativo tedesco sembra comunque offrire una immagine sostanzialmente rassicurante.

L'obbligo di sentire il minore ex art. 1511, para. 3 CC greco si inserisce in un ordito normativo che impone al giudice di prenderne in considerazione l'opinione (art. 681c para. 3 *Greek CCP*). La parola chiave della capacità di discernimento non manca, invero, di influenzare il legislatore greco il quale tuttavia non appare condizionato dagli esiti che ben conosciamo. Così la giurisprudenza mostra di fare un uso "moderato" della capacità di discernimento e, nel ritenere che compete pur sempre al giudice valutare i fatti, non stima doveroso giustificare le ragioni per cui egli abbia ritenuto di non ascoltare il minore<sup>35</sup>. Anzi, il fatto che il minore non sia stato ascoltato fa presumere una valutazione negativa della sua capacità di discernimento. Il giudice, dunque, arbitro incontestato del procedimento anche per quanto attiene alla valutazione dell'interesse del minore. E questo atteggiamento paternalistico, evidentemente, non può che ridurre l'importanza del profilo relativo all'ascolto del minore<sup>36</sup>.

Peraltro la genericità con cui si disciplina il profilo della investigazione della volontà del minore (681c para. 2 *Greek CCP*) – da parte dei servizi sociali o anche del giudice – è indicativo del tipo di approccio al problema. Il minore, insomma, è ancora un soggetto prevalentemente "affidato" alla cura dei genitori o del giudice e il rilievo da attribuire alla sua volontà è ancora tutto da definire<sup>37</sup>.

La metafora dell'arte disvela qui la propria forza descrittiva in rapporto ad un ordinamento, quello greco, il cui significativo patrimonio culturale rende viepiù palese il goffo rapporto con la "modernità". Ritenendosi eccentrica rispetto al sistema giuridico dell'area balcanica la Grecia finisce così con il guardare con attenzione al resto dell'Europa per venire alle prese con la sua ibrida identità moderna, e non solo nell'arte. In questo senso, fuori dagli sconvolgimenti politici dell'Europa dell'Est e anche dal richiamo all'esotismo balcanico, l'approccio greco segnala così al tempo stesso la sua natura periferica e le sue sicure potenzialità.

---

<sup>35</sup> P. ARVANITAKIS, in: K. Kerameus, D. Kondulis And N. Nikas (eds.), *Commentary on the Code of Civil Procedure, Vol. II (Arts. 591-1054)*, ATHENS-KOMOTINI: Ant. N. Sakkoulas, Art. 681c Greek CCP, 1311, No. 4 [in Greek]. This opinion is followed by the courts. See Supreme Court Decisions: 15/1997, *Elliniki Dikaosini* Vol. 38 (1997), p. 1538, 180/1986, *Elliniki Dikaosini* Vol. 27 (1986), 496, 577/1989, *Elliniki Dikaosini* Vol. 31 (1990), 1271.

<sup>36</sup> Relevant decision of the Supreme Court: 15/ 1997, *Elliniki Dikaosini* Vol. 38 (1997), p. 1538, 283/1986, *Elliniki Dikaosini* 27 (1986), p. 1288, 577/1989, *Elliniki Dikaosini* Vol. 31 (1990), 1271, 180/1986, *Elliniki Dikaosini* Vol. 27 (1986), 496.

<sup>37</sup> In dottrina, per una generale critica verso tale impostazione tradizionale, S. KOUKOULI-SPILIOTOPOULOU, in: A. Georgiadis and m. Stathopoulos (Eds.), *Civil Code commentary, Vol. VIII, Family Law (Arts. 1505-1694)*, 2nd Edition, Athens: Law & Economy, P. N. SAKKOULAS, 2003, p. 126-127 No. 268-271.



6. Il tramonto della concezione romanistica di patria potestà (convertita in potestà genitoriale con la riforma n. 151/75), e la riformulazione della stessa in chiave di responsabilità nella cura e nell'educazione del medesimo<sup>38</sup>, apre la strada ad un ripensamento della condizione minorile nel suo complesso. Il rapporto tra "capacità" (dell'adulto) e "incapacità" (del minore), diviene ora più fluido e sfumato: si assiste, cioè, ad un rovesciamento di prospettiva, consistente nel ritenere l'incapacità ipotesi eccezionale. Ripensamento questo elaborato alla luce dell' "interesse del minore" e della "capacità di discernimento" dello stesso - categoria dogmatica secondo la quale il minore a partire dal dodicesimo anno di età (limite cronologico indicativo individuato sulla scia delle elaborazioni psicologiche del Piaget<sup>39</sup>, del Kolberg<sup>40</sup> e del Selman<sup>41</sup>) -, acquisisce abilità relazionali e cogni-tive mediante le quali comprendere e decidere autonomamente nei confronti di terzi<sup>42</sup>.

Analogo superamento della impostazione tradizionale capacità/incapacità ha ispirato, invero, la recente legge n. 6/2004 sulla "amministrazione di sostegno" e suggerita dalla volontà di approntare uno strumento flessibile in grado di far fronte alla varietà delle situazioni di debolezza e fragilità, con una minima compressione dei diritti del beneficiario. Il richiamo qui è alla previsione di un rito snello attivabile personalmente dall'infermo (406 c.c.) e circoscritto ai soli atti specificamente menzionati nel decreto giudiziale (405 c.c.) (mantenendo, per tutto il resto, il beneficiario intatta la propria sovranità ed i suoi pieni diritti).

Il minore, inteso quale soggetto titolare di diritti e capacità, financo interessato alla promozione degli stessi, vede, dunque, da parte dell'ordinamento italiano una progressiva tutela e promozione. Non può non tacersi, in vero, come ad un primo fallimentare tentativo da parte della giurisprudenza di interpretare le norme di cui agli artt. 330 e 333 c.c. nella prospettiva dell'interesse del minore, abbia fatto seguito la necessità di un intervento organico di riforma del legislatore.

Su questi profili hanno lavorato i giudici in ipotesi di richieste di decadenza dalla potestà per scelte religiose del minore, relazioni affettive non condivise ovvero decisioni riguardanti la salute del minore, non allontanandosi, tuttavia dalla posizione sanzionatoria della incapacità, per il genitore, di svolgere le sue funzioni.

---

<sup>38</sup> In linea con il Regolamento Ce n. 2001/2003 del 27.11.2003, il quale ha adottato il termine "responsabilità genitoriale".

<sup>39</sup> Secondo il quale: "è al compimento dei 12 anni che si verifica il passaggio dello sviluppo cognitivo dalla fase del pensiero operatorio concreto alla fase del pensiero operatorio formale"

<sup>40</sup> Egli teorizza al dodicesimo anno di età il passaggio dello sviluppo morale dalla morale eteronoma alla morale autonoma.

<sup>41</sup> Elabora tre livelli di sviluppo morale e discorre di processo di *role-taking*.

<sup>42</sup> LOMBARDI-TAFÀ, *Ascoltare il minore ovvero entrare in relazione*, in *Minori Giustizia*, n. 4, 1998, 78-92.



Ben diverse sono tuttavia le suggestioni che si ricavano dal quadro normativo generale. Basti pensare all'introduzione del diritto del minore di anni 12 ad essere sentito nel procedimento che conduce all'adozione in ragione della sua capacità di discernimento (art. 7, punto 3, l. 1984/184). Ed ancora, alle leggi speciali in tema di salute e corpo del minore stesso: dalla legge sull'aborto, sulle tossicodipendenze, sui consultori, che consentono al medesimo l'accesso personale ai servizi socio-sanitari, senza la mediazione, altrimenti necessaria, dell'esercente la potestà. Vale da ultimo segnalare il disegno di legge recante disposizioni in materia di filiazione (volto a eliminare le residue distinzioni tra status di figlio legittimo e status di figlio naturale), ora all'esame del Senato dopo l'approvazione ricevuta lo scorso giugno in prima lettura dalla Camera, che vuole introdurre nel codice civile il nuovo art. 315 bis, per cui "il figlio minore che abbia compiuto dodici anni, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano"<sup>43</sup>.

Né il quadro normativo, così succintamente delineato, può ritenersi esaustivo laddove non si consideri, sul piano internazionale, la vera e propria "spinta" che la legislazione nazionale ha ricevuto a seguito dell'incontro con le fonti internazionali prima e comunitarie poi. In tal senso, sul piano della rivalutazione della capacità di discernimento del minore sicuramente si colloca la Convenzione europea sui diritti dell'uomo nei confronti della biologia e della medicina Oviedo 1997, (l. 145/2001); così come il d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211, relativo alla sperimentazione clinica e all'informazione del minore ed al suo personale consenso al trattamento medico (di recepimento della direttiva 2001/20/CE).

Di tal che è agevole accorgersi come la dimensione "personalistica" nel riconoscere capacità al minore si affranchi da quella dimensione incapacitante cui ex art. 2 c.c. il minore era confinato. Il recupero della dimensione partecipativa è, del resto, testimoniato dalla capacità riconosciuta al minore di esprimere liberamente la sua opinione (art. 12, Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989) la quale così fissa un

---

<sup>43</sup> Il disegno di legge, approvato dalla Camera il 30 giugno 2011 in un testo risultante dall'unificazione di numerosi progetti di iniziativa parlamentare e governativa, è ora all'esame della Commissione giustizia del Senato (S. 2805). Si noti come il disegno di legge attribuisca al minore un potere processuale che viene qualificato come un "diritto", un diritto processuale ad essere ascoltato a cui corrisponde il dovere del giudice di consentirne l'esercizio con il disporre l'audizione del minore. Si precisa che la delineazione del suo ambito di applicazione è però ben definita e valutata dalla collocazione della norma nell'ambito della disciplina dei rapporti familiari, così F. TOMMASEO, *Per una giustizia "a misura del Minore": la Cassazione ancora sull'ascolto del minore*, op. cit., p. 40. Lo stesso A. rileva, altresì, ed è interessante precisarlo, che il testo vigente nel regolare la potestà dei genitori, fa ancora esclusivo riferimento ai "doveri" dei figli, una formula che solo oggi il citato disegno di legge vuol sostituire con l'espressione "diritti e doveri dei figli", un'endiadi che è segnale della compiuta recezione dei principi costituzionali sull'esercizio della potestà parentale, nonché manifestazione di un progressivo ampliamento degli spazi di autonomia riconosciuti dal nostro ordinamento al minore capace di discernimento.



principio che poi la Convenzione dell'Aja del 1993 (art. 4)<sup>44</sup> riprende; un principio che trova definitivo riconoscimento in quella Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo<sup>45</sup>, ove la riaffermazione del diritto ad una piena ed attiva partecipazione dei minori ai procedimenti che li riguardano - in quanto titolari di diritti - (e l'inciso è per più versi significativo) assistiti da un difensore, da un assistente sociale o da altra "persona di loro scelta che li aiuti ad esprimere le loro opinioni", si sostanzia nel diritto a 1) ricevere ogni informazione pertinente; 2) ad essere consultato ed esprimere la propria opinione; 3) a essere informato delle eventuali conseguenze che tale opinione comporterebbe nella pratica e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione<sup>46</sup>.

In tal senso, deve leggersi lo stesso sistema della audizioni di cui alla l. 149/01, secondo cui il minore infraquattordicenne, in tutti i casi in cui nella legge è prevista la audizione dell'adottando, deve essere sentito - non più se opportuno, come disponeva il vecchio testo dell'art. 15 della l. 184/83 - ma "in considerazione della sua capacità di discernimento".

L'audizione, infatti, lungi dal rappresentare un momento "meramente" formale del procedimento, lascia intendere un nuovo modo di considerare il minore<sup>47</sup>. Quale soggetto,

---

<sup>44</sup> Norma (sulla adozione internazionale) sostanzialmente equivalente a quella prevista nell'art. 12 (comma primo e secondo) della Convenzione O.N.U. 20 novembre 1989, secondo Veneziano (VENEZIANO, *L'ascolto del bambino nell'adozione internazionale*, in *Minori Giustizia*, n. 1, 2001, 42-49).

<sup>45</sup> Il patto internazionale - ha osservato il Tribunale di Bari (poi la Corte di Appello e la Suprema Cassazione), nello stabilire, nella cessazione degli effetti civili del matrimonio, il padre non affidatario aveva facoltà di visita al figlio, "subordinatamente al consenso reso, volta per volta, dal minore" (Cass. 15.1.98, n. 317, GC, 1998, I, 337) - "attribuisce all'opinione, ai sentimenti e agli interessi del minore capace di discernimento un rilievo del tutto nuovo rispetto al quadro della nostra precedente legislazione, mirando ad attribuire all'infanzia ed alle componenti affettive e sentimentali di cui essa si nutre, la priorità che le spetta nell'ambito della società. Di qui la necessità che il giudice della famiglia prioritariamente ed attentamente indaghi, anche a mezzo di servizi sociali e delle strutture psicologicamente, sulla maturità e la capacità di discernimento del minore, accerti i suoi reali sentimenti, le tendenze caratteriali, le opinioni, gli interessi intimi e sociali, dopo di che emetta i provvedimenti necessari a rendere piena soddisfazione ed espressione di quel coacervo di pulsioni che si dibattono nell'età adolescenziale e che, se rettamente ed equilibratamente realizzate, pur sempre nel rispetto dei valori fondamentali umani, contribuiscono alla realizzazione dell'individuo maturo per il suo ingresso in società".

<sup>46</sup> La stessa, per perseguire l'importante finalità di consentire al minore una effettiva partecipazione al processo, ogni qual volta in esso siano in discussione interessi, personali o patrimoniali, che direttamente lo coinvolgono, individua tre soluzioni, con consistenti nella: "concessione al fanciullo di uno spazio di intervento diretto nelle procedure che toccano i loro interessi; assistenza specializzata per metterli in grado di esprimere una opinione e di conoscere le conseguenze degli atti che si compiono; rappresentanza indipendente. La via consigliata è, in ogni caso, di operare in modo da promuovere e garantire un giusto equilibrio tra fra il ruolo dei genitori, intervento delle pubbliche autorità e predisposizione di strumenti di mediazione familiare atti ad evitare, per quanto possibile, che ogni questione emergente si traduca in un conflitto insanabile e che, come tale, debba poi formare oggetto di una decisione giudiziaria" (Fadiga, 1999, I, 18).

<sup>47</sup> Le già richiamate sentenze Cass. civ., sez. I, 26.03.2010, n. 7282, cit.; Cass. civ., sez. I, 26.01.2011, n. 1838, cit., Cass. civ., sez. I, 10.06.2011, n. 12739, cit., pur discorrendo di "momento formale del



vale a dire, sì debole da proteggere, ma anche “membro a tutti gli effetti della comunità sociale”, “titolare di diritti soggettivi perfetti, autonomi ed azionabili” che non possono essere ignorati dal giudice, giacché la mancata considerazione del minore, come parte del giudizio, inciderebbe sulla tutela de suoi diritti ed in particolare di quello ad uno sviluppo compiuto ed armonico della personalità implicitamente garantito dalle disposizioni costituzionali”<sup>48</sup>.

Oggi le premesse per dare ulteriore impulso ad una giustizia a misura di minore sembrano affidate ad un nuovo importante documento, le Linee guida sulla giustizia minorile adottate il 17 novembre 2010 dal Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa. Esse hanno la funzione di dare agli Stati membri precisi obiettivi da raggiungere riesaminando la propria legislazione, le politiche e le pratiche interne; nella specie, si tratta di un testo molto elaborato costruito alla scopo di realizzare una giustizia (penale e civile) a misura del minore in sistemi giudiziari che garantiscano il rispetto e l’attuazione dei diritti dei minori “al più alto livello possibile”<sup>49</sup>.

7. *Segue* – Si colloca in tale affresco normativo, nel suo pieno tentativo di costante valorizzazione delle capacità e dei diritti del minore d’età, in piena sintonia con esso, la legge 28 marzo 2001, n. 149 (recante “Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, «Disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori», nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile”) <sup>50</sup>. Essa ha previsto l’obbligo di nominare un avvocato al minore e ai genitori nelle procedure di limitazione e decadenza dalla potestà genitoriale e di dichiarazione della adottabilità, rivelandosi così un evento di straordinaria importanza ed innovazione per il nostrano sistema processualistico.

Evento importante, dunque, la cui significazione lampante non risulta affatto sminuita dalla tendenza, ormai consueta nella prassi giudiziaria, di attribuzione agli avvocati delle

---

procedimento” precisano che esso è “deputato a raccogliere le opinioni ed i bisogni rappresentati dal minore”, e, lo si ripete, “deve svolgersi in modo da garantire l’effettivo esercizio del diritto del minore di esprimere liberamente la propria opinione”.

<sup>48</sup> Corte Cost., 15.11.2000 n. 528, in GCM, 2001, p. 1094.

<sup>49</sup> Le linee guida a differenza delle convenzioni internazionali e degli atti normativi dell’Unione Europea non hanno efficacia direttamente vincolante, ma svolgono una funzione sia ricognitiva che promozionale. Sul punto ancora una volta F. TOMMASEO, *Per una giustizia “a misura del Minore”: la Cassazione ancora sull’ascolto del minore*, op. cit., p. 43. Si veda altresì G. CAMPESE, *L’ascolto del minore nei giudizi di separazione e divorzi, tra interesse del minore e principi del giusto processo*, op. cit., p. 960, che ravvisa nella partecipazione, nell’interesse superiore del minore, nella dignità, nella non discriminazione e nella tutela giurisdizionale, i principi fondamentali del documento.

<sup>50</sup> Sino ad oggi ciò che è rimasto alle soglie o fuori della porta della civiltà giuridica nel processo civile minorile non è stata la posizione processuale di “sua Maestà” il minore - titolare dell’interesse sovrastante quello degli altri soggetti del processo, beneficiario della regola di giudizio, per la quale deve sempre prevalere il suo migliore interesse -, ma la dignità umana e processuale dei genitori o dei parenti.



funzioni di curatori speciali dei minori. Se, infatti, la nomina di questi ultimi al fine di ovviare a situazioni di conflitto di interessi tra il genitore e il relativo minore, è frutto di una valutazione tipica e pur discrezionale dell'autorità giudiziaria, l'assistenza legale (talora anche d'ufficio) del minore e dei genitori, prevista quale obbligatoria dalla legge de qua, è il chiaro risultato, invece, di una valorizzazione piena e necessaria del contraddittorio nei procedimenti civili minorili, alla luce della previsione generale dell'art. 111 Cost. sul giusto processo, della formulazione di cui alla l. 1999/2 nonché dei principi discesi, secondo elaborazione della Corte<sup>51</sup>, in sede minorile dalla stessa riforma costituzionale. Sul piano sostanziale, in vero, la legge attua i dettami delle principali Convenzioni internazionali. Ancora una volta il riferimento è alla Convenzione di New York del 28 novembre 1989 ovvero con riguardo alla Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del minore, del 25 gennaio 1996, ratificata dall'Italia con la legge n. 77/2003, che prevede l'audizione del minore che abbia sufficiente discernimento, sempre all'interno delle procedure che lo riguardano<sup>52</sup>. Si indicano qui le modalità attraverso cui realizzare compiutamente il diritto del minore ad esprimere la propria opinione nei procedimenti inerenti lo stesso e ad essere affiancato da un proprio autonomo rappresentante ove i genitori non siano idonei e per la

---

<sup>51</sup> Corte Cost., 30 gennaio 2002, n. 1, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3302, con nota di PROTO PISANI; in *Fam. e dir.*, 2002, p. 229, con nota di TOMMASEO e ODINO, PASCHETTI. Si rinvia altresì al già richiamato incisivo intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che, in sede di affidamento e diritto di visita, si sono espresse similmente precisando che “costituiscæ violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo il mancato ascolto del minore che non sia sorretto da espressa motivazione sull'assenza di discernimento che ne può giustificare l'omissione, in quanto il minore è portatore di interessi contrapposti e diversi da quelli dei genitori, (...) e, per tale profilo, è qualificabile come parte in senso sostanziale”, giungendo in tal modo a ritenere affetta da nullità la decisione adottata dal tribunale per difetto di contraddittorio (Cass. civ., Sez. unite., 21.10.2009, n. 22238, *cit.*). Trattasi, è stato precisato, di una nullità assoluta, integrando l'omessa e non motivata audizione del minore un vizio procedurale insanabile, in ragione degli interessi protetti, e dunque rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, così G. BALLARANI, *Il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Dir. fam.*, 2010, 4, p. 1807. Sulla circostanza che per i procedimenti di separazione e di divorzio il minore non è considerato parte processuale, con la conseguenza che non è ipotizzabile la nomina di un avvocato che lo assista, si rinvia a DOSI, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, 2010, p. 10, il quale altresì precisa che nella cause di separazione il contraddittorio è solo tra i genitori mentre la mancata audizione dei figli potrebbe al più comportare un difetto nella motivazione.

<sup>52</sup> Dispone l'art. 3 della Convenzione di Strasburgo che (“Al minore devono essere assicurati, in un procedimento che lo riguardi, i seguenti diritti): a) ricevere tutte le informazioni pertinenti; b) essere consultato ed esprimere la propria opinione; c) essere informato delle possibili conseguenze delle aspirazioni da lui manifestate e delle possibili conseguenze di ogni decisione”. Si precisa che la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione non hanno esitato ad attribuire alla Convenzione di Strasburgo “efficacia imperativa nell'ordinamento interno”, così e recentemente Corte Cost., 12 giugno 2009, n. 179, in *Fam. e dir.*, 209, p. 869 ss., con nota di ARCERI, *Il minore e i processi che lo riguardano: una normativa ancora disapplicata*; Corte Cass., 20 aprile 2009, n. 14609, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 25 ss., con nota di MONDELLO, *Revoca dello stato di adottabilità e ascolto del minore*.



sussistenza di un conflitto di interessi e per la presenza di una limitazione della potestà genitoriale<sup>53</sup>.

Diverse disposizioni di diritto interno, peraltro, già contemplano simili diritti per la prole, sol che si ponga mente alla ricordata disciplina sulle adozioni che, come si diceva, impone al giudice minorile di ascoltare il minore che abbia superato i dodici anni, ovvero alla richiamata legge sul divorzio ovvero, ancora, ad altre disposizioni sparse qua e là all'interno della normativa ordinaria, come ad esempio, l'art. 248 c.p.c. che, in ambito processuale e precisamente in merito all'assunzione della prova testimoniale nei procedimenti dinanzi al tribunale, prevede la possibilità di sentire i minori degli anni quattordici solo, tuttavia, quando "resa necessaria da particolari circostanze". L'ordinamento giuridico attribuisce, dunque, ai genitori esercenti la potestà le funzioni di rappresentanza giuridica del minore (art. 320 c.c.) e prevede in talune ipotesi (quali il conflitto di interesse fra minore e genitori o il disinteresse di questi ultimi), la nomina, ad opera dell'autorità giudiziaria, di un curatore speciale al minore, affinché lo stesso possa provvedere alla rappresentanza in sostituzione dei genitori (artt. 320, 321 e artt. 78, 79, 80 c.p.c. in sede civile; artt. 120, 121 e 90, comma II, c.p.p. in sede penale).

E, tuttavia, non sfugge come la collocazione sistematica della norma disponente, in sede processuale civile, nonché la nomina del curatore speciale - posta tra le disposizioni riferite alle parti (artt. 75 ss. c.p.c.) e non ai difensori (artt. 82 ss. c.p.c.) - confermi le intenzioni del legislatore, secondo il quale, essendo quella del curatore speciale pur sempre rappresentanza sostanziale, le relative funzioni non siano né dovrebbero essere necessariamente attribuite ad un avvocato. La prassi, qui, sembra aver determinato una significativa variazione applicativa in considerazione del fatto che, poiché le funzioni di curatore speciale finiscono per doversi esercitare anche processualmente, nella prassi giudiziaria le funzioni di curatore

---

<sup>53</sup> Vale sul punto evidenziare quanto espresso dai giudici di legittimità con la sentenza 4.05.2009, n. 10228, in *Guida al diritto*, 2009, 21, 64, in un caso in cui era stata eccepita la nullità della sentenza di primo grado essendo mancata la nomina di un difensore nel grado di appello (svoltosi successivamente all'entrata in vigore, avvenuta il 1° luglio 2007, delle norme processuali della l. 149/2011) e di un curatore speciale in primo grado (svoltosi nel vigore della precedente disciplina). La Corte accoglie il ricorso (dichiarando la nullità dell'intero giudizio di merito, ivi comprese le pronunce che lo hanno definito nei due gradi) con la motivazione che in materia di adozione la legge 149/2001 reca disposizioni "intese ad assicurare indefettibili forme di garanzia" che nel vigore delle norme processuali della legge 149/2001 avrebbero imposto il pieno contraddittorio tra le parti e l'assistenza legale pure del minore e dei genitori o degli altri parenti, tramite eventualmente la prevista nomina di un difensore di ufficio. Afferma la Corte, inoltre, che già il previgente quadro normativo (il riferimento è agli artt. 75 e 78 c.p.c.), imponeva che fosse nominato un curatore speciale al minore, affinché fosse autonomamente rappresentato in giudizio e tutelato nei suoi preminenti interessi e diritti che si ponevano in posizione potenzialmente configgente con quelli dei suoi genitori e rappresentanti legali, si tratta di "nullità conseguente al vizio di costituzione del rapporto processuale e alla violazione del principio del contraddittorio".



speciale risultano, in genere, attribuite soprattutto ad avvocati, al fine di evitare al curatore speciale di dover nominare egli, a sua volta, un avvocato per agire e resistere in giudizio.

La legge 2001 n. 149, prevedendo l'obbligo di nomina di un difensore, nella prospettiva di un processo civile più giusto di fronte ad un tribunale per minorenni più terzo, sposta, in altri termini, l'attenzione dalla rappresentanza sostanziale alla difesa processuale<sup>54</sup>. E, il profilo, si badi, non è di poco momento.

Esso, infatti, fa emergere come obiettivo della riforma sia quello di riconoscere inequivocabilmente al minore la qualità di parte processuale, collocando la difesa dei suoi diritti nel contesto della giurisdizione. Proprio all'interno delle regole del processo.

Ma ciò posto, la mente ritorna all'universo di relazioni familiari non pacifiche, contrastate, a situazioni di conflitto fra genitori e figli. Da cui la necessità giuridica di verificare se la nomina di un difensore, cui sono attribuiti comunque funzioni di rappresentanza ed assistenza - possa considerarsi sostitutiva di una rappresentanza legale speciale ovvero sia egualmente necessaria, con sovrapposizione di figure, la nomina di un curatore speciale.

Orbene se, secondo angolazione strettamente normativa (art. 320, u.c., c.c.; art. 78 cpv. c.p.c.), appare residuare un onere a carico del giudice di nomina del rappresentante legale sostitutivo dei genitori ragionevole, in concreto, appare ipotizzare che la funzione di rappresentanza sostanziale possa venire assorbita dalla nomina di un curatore speciale-difensore, recte avvocato del minore, all'insegna di una semplificazione processuale e di un valido accorpamento dei mezzi posti a tutela del soggetto minore.

La riforma, in questa prospettiva, apre ad inedite visioni di tutela del minore valorizzando le funzioni di sostituzione nella rappresentanza da parte di quel curatore speciale che ha le caratteristiche per assolvere anche in sede processuale (art. 82 c.p.c.) le funzioni di tutela del minore. Il che val quanto dire che laddove sia nominato, quale curatore speciale, un soggetto diverso dall'avvocato questi, se richiesto dalla legge, dovrà nominare a sua volta un avvocato; allorchè viceversa il giudice dovesse nominare direttamente un avvocato alle funzioni di curatore speciale, è evidente che non servirà la nomina di un curatore speciale per la rappresentanza sostanziale del minore<sup>55</sup>. La necessità di evitare il duplicarsi – o anche il triplicarsi – di soggetti che siano chiamati a rappresentare gli interessi del minore trova un ulteriore conferma, in ipotesi ve ne fosse bisogno, nella

---

<sup>54</sup> M. F. PRICOCO, *Il procedimento civile minorile: criteri applicativi della disciplina vigente*, in C. PALADINO, M.F. PRICOCO, L. SPINA, *La tutela sommaria e camerale nel diritto di famiglia e nel diritto minorile*, coordinato da C. PALADINO, Torino, 2007, p. 247 ss.

<sup>55</sup> In vero la prassi dei tribunali per i minorenni si è finora mossa in una prospettiva oggettivamente abrogatrice della riforma, continuando i giudici minorili a prevedere la nomina di un curatore speciale (funzione attribuita, comunque, sempre ad avvocati) anziché di un difensore. E nel dibattito sulla riforma si distinguono per ora soprattutto i sostenitori della tesi della coesistenza nel processo civile minorile della figura del curatore speciale e del difensore, si veda MICELA, *Rappresentanza e assistenza del minore. L'impatto della legge 149/2001*, in *Incontro di studio del CSM sul tema "Il processo minorile civile e penale"*, 30 marzo-2 aprile 2009, p. 5



possibilità di nomina al minore di un Amministratore di sostegno al compimento del 17 anno di età. E' noto, infatti, come, per i profili più specifici, il legislatore rinvii alle disposizioni di cui agli artt. 349-353 c.c. e 374-388 c.c., ovvero alle norme relative alla tutela dei minori ed alla curatela degli emancipati (secondo che, rispettivamente, la misura di protezione espliciti una funzione di sostituzione o di assistenza del beneficiario), riproponendosi lo schema già operante per l'interdizione e l'inabilitazione. Le riserve investono qui la perplessità che suscita il parallelismo tra la condizione del minore e quella del soggetto infermo.

Ciò non solo in considerazione dell'incongruenza dell'accostamento alla condizione del minore di quella dell'infermo, ma anche in ragione della diversità delle esigenze di tutela che, dunque, dovrebbero essere, in forza di ciò, ragionevolmente differenziate. Ragioni di economia dei mezzi giuridici e di semplificazione sembrano, invece, aver avuto la prevalenza, inducendo il legislatore ad unificare il sistema di protezione attraverso il richiamo al modello della tutela e della curatela. La conseguenza, nel caso del minore che abbia compiuto il 17 anno di età, è che questi possa vedere la rappresentanza dei propri interessi già distribuita fra genitore, amministratore di sostegno e, in ipotesi di conflitto, la figura del curatore speciale di cui all'art. 321 c.c. Il che, oltre a disorientare l'interprete, fa sorgere il convincimento che con la legge 6/2004 si sia persa l'occasione di una rivisitazione globale ed organica degli istituti civilistici di salvaguardia.

Ad ogni modo, che obiettivo del legislatore sia quello di riconoscere al minore la qualità di parte processuale è convinzione alimentata altresì dalla disciplina in tema di adozione. Qui, il legislatore ha optato, rifiutando il tradizionale modello camerale a contraddittorio posticipato (prediletto nel testo originale della legge 4 maggio 1983, n. 184, ove si prevedeva una prima fase camerale e un eventuale giudizio di opposizione di tipo contenzioso innanzi allo stesso tribunale per i minorenni), per un modello procedimentale (ai fini della dichiarazione di adottabilità) più vicino a quello di cognizione piena, sia pur garantito dal principio della iniziativa, anche pubblica dell'azione.

Tutto questo, nel tentativo di una maggiore valorizzazione del contraddittorio e di conseguenti più efficaci garanzie per tutte le parti coinvolte nel processo. In tal senso è significativo che l'art. 8 della legge 1983/184, ultimo comma, precisi come tutto il procedimento debba svolgersi "con l'assistenza legale del minore e dei genitori o degli altri parenti", salvo poi l'art. 10 a chiarire l'essenzialità della nomina di un difensore che traspare ora dall'invito rivolto alle parti dal Presidente del Tribunale, ora dall'eventuale nomina di un difensore d'ufficio. Con tale norma entra così nel processo civile anche la figura del difensore d'ufficio.

E non è senza significato il fatto che l'art. 37 della legge, aggiungendo all'art. 336 c.c., un ultimo comma reiteri la previsione del difensore, anche d'ufficio. La nuova legge, in questo modo, prevedendo la difesa dei genitori e minori anche nei procedimenti di controllo della potestà genitoriale, ha finito con l'abbracciare la quasi totalità degli affari civili attribuiti alle competenze del tribunale dei minori. La giustizia minorile è così collocata all'interno dei principi generali della giurisdizione, sollevandosi il tribunale per i minorenni



dall'imbarazzante e spesso contestato ruolo di protagonista unico della tutela dei diritti del minore, e assegnandogli la funzione di giudice terzo garante del contraddittorio tra il pubblico ministero, i genitori ed il minore stesso.

Dunque, considerata la natura primaria del diritto di difesa e l'importanza della funzione processuale assoluta dal difensore, difensore d'ufficio per i genitori ed i parenti del minore privi del difensore di fiducia; difensore sempre<sup>56</sup> d'ufficio (la cui nomina non risulta condizionata alla mancata designazione di un difensore di fiducia) per il minore, nelle procedure de potestate e di adottabilità<sup>57</sup>.

Né si può tacere come nel nostro ordinamento giuridico - ove la nomina del difensore d'ufficio si rivela sostanzialmente un istituto sconosciuto nel processo civile - non vi sia alcuna norma, né una disciplina processuale soddisfacente. Ciò a differenza di quanto avviene nel processo penale, vero battistrada negli ultimi anni in tema di garanzie difensive, ove con l'art. 11 d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448 e l'art. 15 del d.lgs. 28 luglio 1989, n. 272 si è provveduto alla predisposizione di regole specifiche di nomina e di qualificazione nonché alla (l. 2001, n. 60) statuizione di peculiari modalità di retribuzione dell'avvocato. Giacché proprio questo profilo rischia di vanificare le esigenze di tutela del minore, specie ove si tenga conto da un lato della necessità di affidare l'incarico a professionisti in possesso di competenze qualificate in considerazione della delicatezza della funzione da assolvere (..), e dall'altro, della sostanziale inadeguatezza dell'attuale legge sul gratuito patrocinio nei giudizi civili, avuto riguardo alle condizioni di povertà necessarie per l'ammissione. Con l'effetto perverso che uno strumento di maggiore tutela, come la difesa d'ufficio, viene a tradursi in un maggiore onere a carico dei soggetti i quali, pur appartenendo di norma alle fasce

---

<sup>56</sup> Trib. Minori Trento, 25 settembre 2007, in [www.famigliaejustizia.it](http://www.famigliaejustizia.it); cfr. DOSI, *Una svolta nei giudizi de potestate e di adottabilità: in vigore, dopo anni di proroghe, l'obbligo di un difensore per genitori e minori*, in *Fam. e dir.*, 10, 2007, 951 ss. "Non è, infatti, ipotizzabile che il minore nomini un proprio difensore di fiducia. D'altra parte il conflitto di interesse tra i minori e suoi genitori, rende del tutto immaginabile - come avviene invece nel processo penale minorile - che in tali circostanze i genitori possano nominare essi stessi al figlio minore un difensore di fiducia".

<sup>57</sup> Ritiene invece che il legislatore ha distinto nettamente le norme sulla difesa d'ufficio riferite alla sola procedura di adottabilità da quelle relative al procedimento *de potestate*, per cui per tale ultima procedura "la norma non prevede che il tribunale debba procedere alla nomina di un difensore d'ufficio né ai genitori, né al minore" MICELA, *Rappresentanza e assistenza del minore*, op. cit., p. 5, cosìché il minore è sì parte del procedimento (in ossequio alla sentenza n. 1/2002 Corte Cost., che lo afferma esplicitamente), ma parte non necessaria bensì eventuale, ovvero lo diventa nel momento in cui interviene nel procedimento. Critica fermamente questa posizione DOSI, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, 2010, op. cit., p. 250 ss., definendola come interpretazione sostanzialmente abrogatrice, per la semplice constatazione che per il minore non poteva che essere pensato un meccanismo di nomina d'ufficio. La nomina d'ufficio di un difensore al minore è nella stessa natura del conflitto di interesse (tra genitori e minore) insito nel procedimento. D'altronde, precisa l'A., chi altro potrebbe nominarlo?



economicamente più deboli, non potranno accedere al beneficio del patrocinio a spese dello Stato”<sup>58</sup>.

Di là da questi profili più squisitamente economici – che pure muovono nel senso di assicurare la effettività della difesa sia nei confronti genitori che dei minori per i quali sia stato aperto un procedimento per la dichiarazione dello stato di adattabilità – rimane centrale l’acquisizione (l.2001/149) dell’obbligo di assistenza del difensore per ogni parte processuale, ivi compreso il minore, nei procedimenti di dichiarazione di adottabilità e de protestate; principio che può considerarsi ormai assorbito a pieno titolo nel novero dei principi generali dell’ordinamento processuale, in vista di una valorizzazione piena del diritto di difesa, garantito dagli artt. 24, 111 della Costituzione, nonché dall’art. 82, comma II, c.p.c., secondo il quale «le parti non possono stare in giudizio se non con il ministero o con l’assistenza di un difensore». Perciò, afferma taluno autore, “sotto l’angolo visuale del diritto alla difesa, il processo civile minorile è ora equiparato al processo a cognizione piena a prescindere dalla conservazione della forma camerale nei procedimenti previsti dall’art. 336 c.c.”<sup>59</sup>.

La legge 2001 n. 149, invero può considerarsi un punto incisivo (“punto di arrivo”) nel solco di una riflessione elaborata negli ultimi anni, sul tema dei diritto del minore e sul relativo processo al fine di reclamare la fuoriuscita del sistema di giustizia minorile dal terreno della discrezionalità dell’amministrazione degli interessi e la riallocazione dello stesso su quello delle garanzie giurisdizionali del giusto processo, alla luce della nuova formulazione dell’art. 111 Cost, quale introdotta, appunto, dalla legge costituzionale 1999/2<sup>60</sup>.

8. All’espressione “interesse del minore” possono attribuirsi due significazioni. La prima si riferisce alla necessità che ogni decisione riguardante una persona minore di età debba essere adottata in considerazione del suo esclusivo benessere - questo il senso assunto dalla espressione nell’art. 3 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del minore («In tutte le decisioni relative al minore l’interesse superiore del minore deve avere una considerazione prevalente»); onde risulta dotata di pregnanza e rilevanza tali da eludere ogni possibile tentativo di posta in discussione. Ivi “l’interesse del minore”

---

<sup>58</sup> Relazione al primo decreto di proroga, in Guida al diritto, 05.05.2002, n. 17, 35. Sulla responsabilità dell’avvocato del minore si sofferma il documento su “le responsabilità dell’avvocato nel diritto di famiglia” approvato dall’Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia il 20 novembre 2009.

<sup>59</sup> DOSI, *L’avvocato del minore dopo la legge 28 marzo 2001, n. 149*, in *L’avvocato dei minori nei procedimenti civili e penali*, Torino, 2005. Cfr. altresì ANGELI, *La tutela dell’interesse del minore: deontologie a confronto*, 2007. Contra MOROZZO DELLA ROCCA, *Diritti e interessi nei procedimenti minorili di adottabilità e di limitazione della potestà dei genitori*, in *Minorigiustizia*, 2007, n. 4; Cfr. IANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2002, 16.

<sup>60</sup> Cfr. DANOVI, *Per l’avvocato del minore occorre rafforzare il codice deontologico*, in *Guida al dir., Famiglia e minori*, n. 10, 2008, 10; PRICOCO, *Giustizia minorile: il patrocinio obbligatorio lascia inalterate le finalità del procedimento*, in *Guida al dir.*, n. 19, 2008, 116 ss.



conserva la dignità di una categoria giuridica. La seconda, riduttiva e talora ambigua, invece tende (può tendere) ad evidenziare la duplice circostanza che “la valutazione di ciò che è bene o male per un minore appartenga all’area della pura discrezionalità” e che la stessa risulti sottratta a qualsiasi onere di verifica dialettica o di confronto. Onde “in questo secondo significato l’espressione interresse del minore non ha alcuna connotazione giuridica ma è una espressione paternalistica ad alto rischio di approssimazione e di falsificazione (..) Una categoria insufficiente ed inadeguata - rispetto alla stessa necessaria funzione di orientamento assegnatale dalla giurisprudenza - che ha subito una ormai definitiva erosione dei suoi primitivi significati di tutela”.

E’ convinzione di molti la plausibilità giuridica e la coerenza sistematica della categoria “interesse del minore” siano ormai ridotte al minimo e sussistano numerosi indizi che rendano necessario assumere il diritto soggettivo come categoria centrale per una diversa e nuova strategia di tutela e di protezione del minore di età. Convinzione questa tratta da una riflessione sistematica intorno ai principali settori nei quali il giudice (ordinario o minorile) è chiamato ad adottare decisioni nell’interesse del minore: 1) la separazione ed il divorzio (artt. 155, 158 c.c. e art. 6 l. div.); 2) gli interventi di controllo sulla potestà genitoriale (artt. 330 ss. c.c.); 3) l’accertamento della situazione di abbandono e la dichiarazione di adottabilità (art. 1 e 8 della legge 1983, n. 184); 4) il riconoscimento della filiazione naturale e la dichiarazione giudiziale di paternità (artt. 250, 269- 279 c.c.)<sup>61</sup>.

Nonché dalla analisi della differente terminologia adoperata dallo stesso legislatore il quale, in riferimento alla protezione della minore età, talora usa la parola “diritti” (a titolo esemplificativo, si pensi all’art. 30 Cost.; all’art. 147 c.c.; o alla Convenzione sui diritti del minore, ratificata con legge 22 maggio 1991, n. 176); talaltra l’espressione “interesse del minore” (es. l’art. 155 c.c.; l’art. 6 della legge sul divorzio; gli artt. 11,15,19 34,46 della legge 1983, n. 184 sull’affidamento ed adozione dei minori). Diversa terminologia, invero, motivabile solo alla luce della sussistenza di una differenza strutturale e normativa tra l’area dell’interesse e l’area del diritto.

L’interesse fornisce, infatti, una precisa indicazione del criterio attraverso cui tutelare il diritto del minore, *prius* logico dell’interesse, non identificabile con esso. Esso, dunque, non sostituisce la categoria dei diritti soggettivi del minore, né si confonde o sovrappone con

---

<sup>61</sup> La Corte Costituzionale con sentenza 11.03.2011 n. 83 ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 250, comma 4, cc, sollevata sul presupposto che la partecipazione del minore ai giudizi di opposizione al suo riconoscimento, essendo limitata alla sua necessaria audizione se capace di discernimento, non fosse idonea a dargli adeguata tutela dei suoi fondamentali diritti. Secondo la Corte, infatti, la norma deve essere interpretata nel contesto del quadro normativo della tutela giurisdizionale del minore, un quadro largamente formato anche dalle convenzioni sui diritti dei minori. In quest’ottica, il minore è parte del procedimento ed esercita tutti i poteri che spettano a una parte in persona del suo legale rappresentante ed eventualmente, in caso di conflitto d’interesse, di un curatore speciale nominato anche d’ufficio dal giudice, così F. TOMMASEO, *La Corte Costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*, in *Fam. e dir.*, 6, 2011, p. 547.



essa, come taluni in passato sosteneva, cagionando il sacrificio di talune significative conseguenze di una corretta impostazione giuridica, quali, in primis, quella secondo cui il diritto soggettivo (a differenza dell'interesse) risulta tutelato solo dalla giurisdizione. Del resto la distinzione è ben nota anche nel diritto amministrativo: «se una situazione giuridica soggettiva è definita di diritto soggettivo essa troverà di fronte la giurisdizione, con le sue regole, i suoi principi, le sue garanzie. L'interesse, invece, quando assume la qualifica di legittimo, può configurarsi unicamente come pretesa al corretto esercizio del potere, sia pure a pena di risarcibilità delle lesioni eventualmente cagionate per comportamento illegittimo» (Cass. Sez. Un., 22 luglio 1999, 500).

Ciò detto, evidente risulta la questione centrale che la giustizia minorile è chiamata a risolvere: il passaggio da una giustizia intesa come amministrazione dell'interesse del minore, dipendente solo dalla sensibilità dei singoli giudici, delle loro esperienze personali, dei valori condivisi (l'interesse del minore svolge ivi una "funzione di cuscinetto, di passepartout discrezionale in nome del quale da un capo all'altro della penisola sono prese quotidianamente, attingendo al soggettivismo e alla discrezionalità, decisioni una diversa dall'altra"), ad una giustizia che si configuri come giurisdizione sui diritti del minore<sup>62</sup>. Il che può realizzarsi solo attraverso una allocazione della giurisdizione minorile e familiare all'interno delle regole principali processuali della giurisdizione ordinaria. Indizi significativi del siffatto passaggio (dall'interesse del minore ai diritti soggettivi) sono, del resto, rinvenibili altresì nella Convenzione sui diritti della infanzia del 1989 (l. 1991, n. 176) e nella Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del minore del 1996 (l. 2003, n. 77), la quale, in specie, prevede il riconoscimento al minore dotato di sufficiente capacità di discernimento di specifiche capacità processuali.

Attribuzione significativa, legittima alla luce di una rilevante osservazione, secondo cui il riconoscimento al minore di un diritto, inteso quale facoltà di agire per il con-seguimento di un interesse, si intreccia inevitabilmente con l'attribuzione al medesimo soggetto della

---

<sup>62</sup> Sul punto si vuole richiamare quanto precisato dalla giurisprudenza di merito, si veda Trib. Termini Imerese, 9 giugno 2011, in *Fam. per. e succ.*, 12/2011, p. 862, che in armonia con la richiamata sentenza Cass., S.U., 21.10.2009 n. 22238, evidenzia che se la capacità di discernimento, presunta nel dodicenne (o accertabile caso per caso se il minore ha un'età inferiore), è un presupposto dell'audizione, l'interesse del minore costituisce, ad un tempo, fondamento e limite del diritto ad essere ascoltato. Diritto che rileva un lato, per così dire, negativo, e si presenta quale diritto di non essere ascoltato, qualora si prospetti un possibile pregiudizio. Nella fattispecie concreta occorre, sempre, verificare se abbia un valore preminente la tutela del minore a "non" essere ascoltato nel procedimento che lo riguarda, al fine di salvaguardare il suo fondamentale interesse ad un corretto ed equilibrato sviluppo psico fisico. Ed ancora in dottrina G. BALLARANI, *Il diritto del minore a non essere ascoltato*, op. cit., il quale precisa che il superiore interesse del minore si compone di una pluralità di diritti anche tra loro contrapposti: il diritto alla bigenitorialità, che può cedere il passo al diritto alla monogenitorialità o alla extragenitorialità; il diritto al mantenimento diretto, che può tradursi nel mantenimento indiretto; e, del pari, il diritto all'ascolto, che può (*rectius*: deve poter) cedere innanzi al diritto a non essere ascoltato, qualora l'audizione possa trasformarsi in un *minus* per l'equilibrio del minore.



capacità, nelle procedure in cui il relativo interesse risulta in conflitto necessario con quello proprio dei genitori, di stare autonomamente in giudizio con un proprio rappresentante legale. Contrariamente il riconoscimento del diritto non avrebbe senso alcuno. In tal solco si collocano le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 330, 336 c.c. e 738, 739 c.p.c., nella parte in cui nel procedimento limitativo della potestà genitoriale - espressione tipica del conflitto di interessi tra genitori e figlio minore - non si prevede la nomina di un curatore speciale in rappresentanza del minore, sollevate dalla Corte di Appello di Genova<sup>63</sup>, alla luce della ormai consolidata “considerazione della posizione del minore quale soggetto titolare di diritti soggettivi perfetti, autonomi e azionabili”, e, peraltro, della consapevolezza che “queste enunciazioni rischiano di tramutarsi in vuote clausole di stile, prive di contenuto concreto ove non trovino precisi riscontri in sede processuale”. Questione di legittimità dichiarata inammissibile dalla Corte Costituzionale, non avendo il giudice remittente adeguatamente motivato sulla rilevanza, dunque ancora aperta, ma, in concreto, in parte superata con la introduzione della l. 2001, n. 149 e del relativo obbligo di assistenza del minore in tali procedure.

Alla figura dell'avvocato del minore sembra così guadagnarsi uno spazio di intervento molto ampio, dovendo l'azionabilità dei diritti del minore transitare attraverso il suo intervento. Tanto, a patto che il sistema riesca a trovare un giusto equilibrio fra le competenze del curatore speciale (art. 320-321 c.c.), del difensore d'ufficio del minore imputato nel processo penale (art. 90; 120-121 c.p.), del difensore previsto nella legge sul gratuito patrocinio a spese dello Stato (artt. dal 74-141 del Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia - D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115).

Quali, in simile scenario le possibili conclusioni? L'elogio, per certo, alla legge n. 149/2001 per avere colmato quello che, sotto molti aspetti, poteva dirsi un vuoto nel sistema delle tutele. La figura dell'avvocato del minore fa, così, il suo ingresso nel panorama giuridico italiano “dopo tanti lunghi giorni di non diritto” per riprendere un'espressione cara a J. Carbonnier. Ma fa il suo ingresso in punta di piedi, giacché silenziosamente si arresta sulla soglia dei giudizi *de potestate* e di adozione.

---

<sup>63</sup> Con sentenza n. 528/2000, dichiarò inammissibile la questione di illegittimità costituzionale delle norme processuali relative al procedimento di potestà che la Corte d'appello di Genova - sezione specializzata per i minorenni - aveva sollevato in relazione agli artt. 24, secondo comma, 2, 3, secondo comma, 30 e 31 della Costituzione, in quanto non prevedevano la nomina di un curatore speciale che rappresentasse in giudizio il minore. In precedenza, analoga questione e per gli stessi motivi era stata sollevata dal Tribunale di Genova con riguardo agli artt. 5, primo comma (in relazione all'art. 6 secondo comma) della legge 1 dicembre 1970 n. 898 ("Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio") e 708 codice procedura civile (in relazione all'art. 155 codice civile), ossia con riferimento alla pronuncia sull'affidamento e ad ogni altro provvedimento relativo al minore coinvolto. Con sentenza n. 185/1986, la Corte affermò che la scelta tra la nomina d'un curatore in giudizio dei figli minori e gli strumenti già previsti dal sistema, per la difesa degli interessi dei predetti, spettava al legislatore. Aggiunse che l'opzione operata da questi nei procedimenti di cui si discuteva non era da ritenersi irrazionale, in relazione alle certamente diverse ipotesi in cui era prevista la nomina del predetto curatore.



Ma, tanto il complesso sistema delle audizioni, quanto il silenzio serbato sulle modalità di ascolto del minore fondano inevitabili critiche, mostrando l'incapacità del diritto di elaborare soluzioni soddisfacenti laddove in gioco siano affetti, sentimenti, emozioni. In questi casi la vera partita, sebbene tutta da giocare, rimane affidata alla sensibilità di un interprete chiamato a dare concretezza all'altrimenti evanescente concetto di interesse del minore<sup>64</sup>.

9. In questo quadro trarre delle conclusioni sembra oltremodo complesso. Lo "stato dell'arte" mostra arretramenti, fughe in avanti e penso al dibattito spagnolo sul "tema del *cachete o de la guantada*", battute d'arresto. Come è accaduto con l'arte contemporanea, dinanzi alla quale è difficile tentare una sua definizione critica, così il giurista si trova nell'impossibilità di indicare con chiarezza le prospettive.

Certo come nell'arte, molte barriere e distinzioni sono cadute e la modifica circa il modo di intendere la potestà genitoriale è sicuramente emblematica. Ma come le scatole di *Andy Warhol "Brillo"* hanno segnato la scomparsa fra oggetti di arte e oggetti che tali non sono, così nel diritto la molteplicità degli approcci rende complicato tracciare una linea sicura che consenta di distinguere gli ordinamenti più attenti alle esigenze del minore e quelli che lo sono meno.

Di qui l'attenzione semmai verso la singola regola di dettaglio che certo mostra l'anelito la tensione verso la ricerca di soluzioni nuove in grado di dare più completa attuazione all'interesse del minore. E qui, ancora, il parallelismo con l'arte, dove le ricerche artistiche basate su quella continua sperimentazione ed utilizzo di materiali nuovi e delle installazioni che caratterizza l'arte contemporanea testimoniano appunto dello spinoso cammino. Un cammino non sempre e necessariamente fatto di conquiste. *E come con "i classicisti, il problema è che quando guardano un albero non vedono altro e disegnano un albero..."* così nel percorso di attuazione della tutela del minore è l'emancipazione dalla prospettiva della tutela sembra che la prospettiva da privilegiare sia quella che si apra definitivamente alla considerazione del "cittadino di età minore", legandosi definitivamente ed inscindibilmente il quadro del riconoscimento dei diritti al profilo partecipativo. Solo in questo modo è possibile assicurare al minore le condizioni affinché egli sia messo in grado di svolgere il suo itinerario nella società e divenire soggetto di storia individuale e collettiva.

Obiettivo al cui perseguimento non è certo funzionale una maggiore efficienza dell'apparato giudiziario, o la costruzione di una soddisfacente rete di servizi e risorse. Tanto, specie se le relazioni tra adulti e minori saranno, nel loro complesso, insoddisfacenti o lente nella loro costruzione, perché il ritardo è la forma più pericolosa di rifiuto.

---

<sup>64</sup> Si precisa che il tema delle modalità di ascolto del minore è alquanto sentito anche e soprattutto in magistratura, tra le relazioni presentate in occasione dell'incontro studio organizzato a Roma dal C.S.M. il 23-27 maggio 2011 sul tema "L'ascolto del minore", si vedano A. MAGARAGGIA, *Sinossi delle "norme" protocollari sull'ascolto del minore*, in <http://astra.csm.it/incontri/relaz/21890.pdf>; P. PAZÈ, *L'ascolto del bambino*, in <http://astra.csm.it/incontri/relaz/21883.pdf>.