

INTRODUZIONE

La potente affermazione “*l'umanità deve al bambino il meglio che ha da dare*”¹, contenuta nel Preambolo della Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1919, è stata l'*input* del percorso di ricerca che, partendo dall'evoluzione socioculturale del ruolo del minore, si propone di analizzare le coordinate giuridiche e gli approdi giurisprudenziali attraverso cui la generica enunciazione del principio noto come *the best interest of the child* diviene diritto sostanziale, principio giuridico interpretativo fondamentale e regola procedurale, e il diritto di autodeterminazione si trasforma in effettivo diritto del minore, dotato di capacità di discernimento, ad autodeterminarsi nelle scelte che lo coinvolgono direttamente, *sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*².

La trattazione ruoterà attorno ad un interrogativo: alla luce delle tutele che lo Stato italiano mette a disposizione, il minore è personaggio o interprete protagonista rispetto alla formazione della sua identità personale?

L'obiettivo della ricerca è argomentarne la risposta attraverso l'analisi della legislazione vigente e della *communis opinio* maturata nella giurisprudenza e nella dottrina in ordine al significato da attribuire al diritto di autodeterminazione del minore.

Nel primo capitolo si ripercorre l'evoluzione dei diritti del minore, che affonda le sue radici nel contesto del diritto internazionale, allorquando Capi di Stato e di Governo, in un momento di proficua sintonia, si sono impegnati storicamente con i bambini del mondo a proteggere e rispettare i loro diritti,

¹ Traduzione libera “[...] *mankind owes to the child the best it has to give*” - ultimo cpv Preambolo Dichiarazione del fanciullo – 23 febbraio 1924.

² Art. 2 Cost.

sottoscrivendo nel 1989 la Convenzione sui Diritti del Fanciullo e dell'Adolescente, in base alla quale sono derivati imprescindibili doveri, da parte degli Stati sottoscrittori, di adottare tutti i provvedimenti necessari per l'attuazione dei diritti in essa sanciti e nel rispetto del principio "*the best interest of the child*", che oggi permea l'intero complesso del diritto minorile nei Paesi europei. A seguire sarà analizzato il concetto di interesse del minore, imprescindibile per la comprensione dei contenuti, delle finalità e dell'estensione della tutela costituzionale a lui rivolta, soprattutto alla luce del principio di cui all'art. 2 Cost. Nella trattazione del percorso lungo e difficile di pieno riconoscimento dei diritti sostanziali e processuali dei minori, si evidenzia come si sia progressivamente attribuita più importanza alla partecipazione del minore nei procedimenti che lo riguardano, specie attraverso la Riforma della giustizia civile, attuata con la Legge n. 206 del 26 novembre 2021, c.d. Riforma Cartabia, con la tipizzazione delle ipotesi in cui l'autorità giudiziaria deve o può nominare il curatore speciale del minore, il cui ufficio sarà ampiamente trattato nel secondo capitolo.

Nel secondo capitolo si svolge un'ampia dissertazione sulla capacità di discernimento del minore e sui criteri minimi per determinarne la presenza e le abilità che si collegano a detta capacità. Un nodo da sciogliere dal momento che la normativa italiana, specie quella civile, non ha ancora elaborato una vera e propria definizione di tale capacità in riferimento ai minori, limitandosi semplicemente a confermarne l'imprescindibile valutazione ai fini dell'ascolto. L'ascolto del minore assume centralità e diviene fattore determinante in tutte le procedure che lo riguardano, perché funzionale all'esercizio di tutti gli altri suoi diritti, soprattutto nel caso di conflitto tra genitori ed in tutti i casi in cui possa essere prevedibile il

potenziale conflitto di interessi tra genitori e figlio. Un prezioso contributo alla prospettiva di valorizzazione della partecipazione del minore nei procedimenti che lo riguardano è stato offerto dalla c.d. Riforma Cartabia, allo studio della quale, limitatamente alle questioni di rappresentanza e ascolto del minore, è stato dedicato un doveroso approfondimento, in quanto costituisce un punto di arrivo normativo che, in armonia con gli approdi giurisprudenziali, si ispira al principio secondo cui il minore, titolare di diritti, deve essere abilitato a rappresentarli in prima persona, nella misura in cui lo consente la sua capacità di discernimento, anche in sede processuale.

Affrontati i temi generali e di principio che ruotano intorno alla questione della volontà del minore, quale titolare di diritti essenziali, tutelati da normative internazionali e dalla Costituzione, il terzo capitolo è stato dedicato alla ricerca dei contributi giurisprudenziali delle Corti, attraverso cui dedurre una soluzione di merito riguardo al diritto del minore di autodeterminarsi nel rispetto della sua identità personale, da cui la dottrina ha ricavato massa critica per le successive speculazioni. La ricerca è stata fruttuosa perché la giurisprudenza ha operato una mediazione interpretativa, attuale e concreta, tra esigenza di protezione del minore, esperienza e realtà vitale, enucleando, attraverso i principi delle convenzioni internazionali, della Costituzione e delle norme che hanno riguardato le persone, la famiglia e i minori, le clausole generali che possono essere applicate alle fattispecie concrete. È stato scelto di indagare vicende di vita e processuali in cui maggiormente, senza volerne graduare l'importanza rispetto ad altre parimenti meritevoli di attenzione, l'autonomia decisionale del minore esprime l'idea che il minore ha di sé, con il suo mondo di valori, con il suo concetto di dignità e identità personale ovvero il diritto del minore a ricevere

tutela quando si tratti di affermare scelte che riguardino la sua salute, la riservatezza, l'identità sessuale, il suo diritto alla libertà informativa e alla *privacy* in era digitale. La ricerca ha evidenziato che ci sono ambiti delicatissimi in cui la condizione giuridica del minore esprime tutta la sua complessità, come nella relazione di cura e nell'adozione delle scelte terapeutiche che lo riguardano, quale persona legalmente incapace di agire, ma progressivamente capace di discernimento. Ci si è impegnati quindi ad argomentare come, in concreto, la giurisprudenza abbia risolto la dicotomia tra titolarità ed esercizio dei fondamentali diritti per le persone minori di età riguardo all'autodeterminazione dei trattamenti sanitari, che sul punto sembrava arrestarsi di fronte alla necessaria rappresentanza legale per esprimere il consenso informato, atto che legittima l'attività medica e garantisce la partecipazione di tutti gli attori coinvolti nella relazione di cura e che, insieme al minore, devono realizzare una alleanza terapeutica.

Un ulteriore approfondimento è stato condotto relativamente allo spazio di autodeterminazione del minore riguardo al diritto di informazione a cui è connesso il diritto di utilizzo delle piattaforme *social*, il diritto alla riservatezza ed all'identità personale, in un difficile bilanciamento tra tutela dell'identità personale del minore e la responsabilità genitoriale nell'era digitale.

Infine, si è voluto affrontare un aspetto costitutivo e caratterizzante l'identità personale del minore, qual è l'identità sessuale, al fine di individuare quale sia l'autonomia, in un ambito così delicato ed intimo, per anni trattato come un tabù, riconosciuta al minore, allorquando non si riconosca nel genere sessuale assegnato e rispetto al quale vive il disagio della disarmonia biologica e/o psichica. L'evoluzione di una *policy* in materia

di sessualità, legata ai diritti fondamentali, ha subito per molti anni battute di arresto dovute all'assenza di categorie giuridiche chiare e all'influenza di fattori sociali, culturali e religiosi. In questo ambito sia la Corte costituzionale che la Corte di cassazione hanno contribuito a dare centralità alla persona, ai suoi bisogni e alla tutela contro ogni discriminazione, offrendo un approccio estensivo di tutte le tutele contro le discriminazioni sessuali, senza speculazione sul ricorrere di determinati elementi piuttosto che di altri. Dall'analisi condotta si evince che l'autodeterminazione terapeutica, l'autodeterminazione informativa della persona minore di età e il diritto all'identità sessuale si svolgono lungo un processo complesso, che non si esaurisce nel riconoscere alla persona minore la libertà di "decidere" in merito alla sua sfera privata, ma nel metterla nelle condizioni, soggettive e oggettive, di assumere decisioni consapevoli.

CAPITOLO I

IL SOGGETTO MINORE DI ETÀ: DA PORTATORE DI INTERESSI A TITOLARE DI DIRITTI

SOMMARIO: 1. Evoluzione socioculturale del ruolo del minore - 2. Evoluzione normativa della posizione del minore nella prospettiva internazionale, costituzionale e civilistica - 3. Il minore nella Riforma del processo civile – 3. *The best interest of the child*: il *trade-off* tra autodeterminazione del minore ed esigenza di tutela dello stesso

1.1 Evoluzione socioculturale del ruolo del minore

La questione riguardante la portata dei diritti dei soggetti minorenni può essere indagata solo dal momento in cui si dà avvio ad un pieno riconoscimento dei diritti del soggetto in età evolutiva. Storicamente la vita dell'infanzia è stata sottovalutata dagli ordinamenti giuridici, in conseguenza di una visione essenzialmente patrimonialistica del diritto privato, tendente a relegare nell'irrilevanza l'attuazione dei diritti fondamentali della personalità, destinando a stessa sorte il “minore”, nel cui appellativo si riconosce quella che al tempo era la considerazione della dipendenza da altri, evidentemente, “maggiori”.

La considerazione dell'ordinamento giuridico per le persone minori di età ha subito una profonda e radicale evoluzione dal secolo scorso ed una accelerazione negli ultimi decenni. I giudici dell'Ottocento, che esercitavano in uno Stato di diritto, consideravano il ragazzino alla stessa stregua dell'adulto. *“Quella società di stampo borghese ignorava totalmente il bambino, salvo nel momento repressivo, in cui interveniva facendolo però*

adulto a tutti gli effetti, nel momento in cui - senza considerare l'età - giungeva fino a mandarlo a morte [...]. C'è voluto un secolo [...] perché la società giungesse alla presa di coscienza del ragazzo, come portatore di una situazione giuridica diversa da quella dell'adulto e, in quanto tale, da guardarsi in una certa maniera. Il ragazzo, dunque, è emerso, a livello della tutela dei suoi diritti, solo attraverso la nequizia della repressione: il suo diritto e la sua autonoma tutela non sono stati enucleati attraverso la presa di coscienza del suo esistere, del suo vissuto; bensì per il fatto che a un certo momento la società si è accorta, con stupore, del controllo repressivo che (da sempre) veniva svolto contro i ragazzi”³. È significativo, al riguardo, che nel 1833 la Corte Centrale Criminale di Londra avesse condannato un ragazzo di 9 anni all'impiccagione per aver sfondato con un bastone una vetrina; che nel 1899, la stessa Corte si fosse mostrata più evoluta e comprensiva, condannando due ragazzi che avevano danneggiato una porta alla pena dei lavori forzati⁴.

Emblematico che, ancora, nel 1874 negli Stati Uniti non esistessero strumenti legali per proteggere una bambina di sette anni, Mary Ellen, dai ripetuti e violenti maltrattamenti dei genitori adottivi, se non attraverso l'applicazione, per analogia, dei principi ordinamentali di prevenzione della crudeltà verso gli animali. Grazie all'intuizione di Henry Bergh, avvocato dell'*American Society for the Prevention of Cruelty to Animals*, si ottenne di portare a processo la madre adottiva che fu dichiarata colpevole di

³ G. P. MEUCCI, *Repressione e comunità: esperienze di un giudice dei minori*, in AA. VV., *Minori in tutto. Un'indagine sul carcere minorile in Italia*, Atti del Convegno giovanile Pro Civitate Christiana, Assisi 27-31 dicembre 1973, Milano 1974, p. 58-59.

⁴ M. BOTTARO, *L'evoluzione del diritto a tutela del bambino. Spunti e riflessioni* in *La Rivista di Servizio sociale* n. 3/2007, Roma, in www.istisss.it.

aggressione criminale e condannata ad un anno di lavori forzati in prigione⁵. Senza soffermarsi in questa sede sull'adeguatezza della pena, tale condanna porta con sé il merito di aver riconosciuto la responsabilità penale di un comportamento posto in essere da genitori ai danni di un bambino.

Sull'onda emotiva che il caso di Mary Ellen suscitò, fu fondata nel 1874 *La New York Society for the Prevention of Cruelty to Children*⁶, che si ritiene sia stata la prima organizzazione creata nel mondo per la tutela dei diritti dei bambini, primo segnale di una mutata sensibilità nei confronti della tutela dell'infanzia quale categoria sociale gradualmente riconosciuta.

1.2 Evoluzione normativa della posizione del minore nella prospettiva internazionale, costituzionale e civilistica

Il primo strumento internazionale che prende in considerazione i diritti dell'infanzia è la Convenzione n. 5 sull'età minima nell'industria, adottata dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO) nel 1919. Tale Convenzione, sia pur limitatamente impattante sulle successive azioni di tutela dell'infanzia, ebbe il merito di focalizzare per la prima volta l'attenzione sul bambino, quale componente di una società di diritto, aprendo il dibattito nei consessi internazionali.

Un primo tentativo di creare un documento di indirizzo organico sui diritti del bambino si è avuto quando la Società delle Nazioni Unite⁷, riunitasi nella Sessione del 1924 a Ginevra, approvò la Dichiarazione dei diritti del fanciullo⁸, un documento redatto in seguito alle devastanti conseguenze che

⁵ Notizie tratte da P. S. FASS (a cura di), *Encyclopedia of Children and Childhood. In History and Society*, Macmillan Reference, USA 2004, vol. 3, p. 770-771.

⁶ Per approfondimenti consultare il link www.encyclopedia.com.

⁷ Riunione della Quinta Assemblea Generale della Lega delle Nazioni, 1924.

⁸ Nota anche come Dichiarazione di Ginevra dei diritti del fanciullo, 23 febbraio 1924.

la Prima guerra mondiale produsse in particolare sui bambini. Per redigerlo, la Società delle Nazioni fece riferimento alla Carta dei Diritti del Bambino scritta nel 1923 da Eglantyne Jebb, dama della Croce Rossa, già fondatrice dell'Organizzazione umanitaria *Save the Children* nel 1919, che enunciava i fondamentali diritti la cui attuazione era condizione per un adeguato sviluppo umano del bambino⁹.

La Dichiarazione dei diritti del fanciullo è un testo molto breve, costituito da un preambolo e da un elenco di cinque principi. In particolare, il preambolo fissa quello che, per gli anni a venire, sarà il riferimento di coloro che sosterranno la causa dei diritti dei minori: “*l'umanità deve al bambino il meglio che ha da dare*”¹⁰, principio culturalmente e socialmente dinamico. Nel testo della Dichiarazione dei diritti del fanciullo si affermano principi umanitari, quali l'assistenza del minore nello sviluppo materiale e spirituale, il soccorso del minore nelle cure ed il suo recupero sociale, l'aiuto per una crescita professionale e la lotta allo sfruttamento minorile. Fa riflettere che cent'anni fa lo spirito collegato alla considerazione dei diritti del fanciullo sia stato guidato dall'osservazione delle conseguenze prodotte sui minori dall'esperienza tragica della I Guerra Mondiale. In particolare, il terzo Principio chiaramente riconosce che *il bambino deve essere il primo a ricevere sollievo nei momenti di angoscia*¹¹. Una sorta di misura di salvaguardia: mancato l'impegno dell'umanità a dare al bambino il meglio

⁹ Save the Children International Union (STCIU), *The Declaration of Geneva and the Child*, in *Bulletin de l'Union Internationale de secours aux enfants*, 4, 1923, p. 106.

¹⁰ Traduzione libera “[...] *mankind owes to the child the best it has to give*” - ultimo cpv Preambolo Dichiarazione del fanciullo – 1924.

¹¹ Traduzione libera “*The child must be the first to receive relief in times of distress*” - III Principio Dichiarazione del fanciullo – 1924.

che ha dare, si deve immediatamente riparare, riconoscendolo quale primo destinatario di cure materiali e morali.

La Dichiarazione dei diritti del fanciullo non costituisce uno strumento giuridico vincolante né per gli Stati né per i cittadini, tuttavia, i principi affermati contribuirono a orientare le Nazioni e gli interpreti ad ogni livello, impegnando i Paesi sottoscrittori da un punto di vista morale.

Nel 1950 la Social Commission delle Nazioni Unite chiese al Segretario Generale di avviare i lavori per una nuova Dichiarazione sui diritti dei bambini¹², anche alla luce dei principi stabiliti nella Dichiarazione Universale dei Diritti umani, adottata e proclamata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948. Nel 1959, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite approvò la Dichiarazione sui Diritti del Bambino¹³. Il documento si compone di un preambolo e di dieci principi che proclamano il diritto del bambino a crescere e a svilupparsi in modo sano, non subire discriminazioni di alcun tipo, vivere in un'atmosfera d'affetto e di sicurezza materiale e morale, ricevere assistenza e protezione dallo Stato di appartenenza, aver diritto a cure speciali in caso di handicap fisico o mentale¹⁴.

La lettura del testo suggerisce che il passo di una nuova sensibilità verso la vita dei fanciulli stia avanzando spedito nella direzione di volerne

¹² Alto commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani (UNHCR), *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child*, 1, New York e Ginevra, 2007, p. 4.

¹³ Documento redatto a Ginevra il 23 febbraio 1924.

¹⁴ Per il testo v. Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Declaration of the Rights of the Child, UN General Assembly Resolution 1386 (XIV)*, 1959.

assicurare il rispetto anche per mezzo di provvedimenti legislativi vincolanti che saranno approvati solo successivamente¹⁵.

Grazie alla Convenzione sui Diritti del Fanciullo e dell'Adolescente¹⁶, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989¹⁷, si è avuto il compimento del progetto di tutela dei diritti dei minori di età iniziato nei primissimi anni del '900¹⁸. La Convenzione di New York rappresenta il primo strumento giuridico fondamentale volto a tutelare tutti i bambini e le bambine e impone agli Stati obblighi di promozione e protezione, inducendoli a rafforzare i mezzi di tutela esistenti e sollecitandoli a lavorare per un cambiamento culturale che veda tutti i minori di 18 anni come i veri soggetti dei diritti sanciti. Nel preambolo della Convenzione è ribadito che i diritti devono spettare ad ogni individuo senza distinzioni di razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica, ricchezza, nascita o altra condizione. Si sottolinea che la comunità familiare è fondamentale per lo sviluppo del fanciullo e che pertanto deve essere assistita e protetta. Parimenti il riconoscimento del superiore interesse, specificamente riconosciuto nell'art. 3, detta una linea guida per l'attività degli Stati, ricordando loro che in qualsiasi decisione che concerna il minore, il suo interesse deve essere prioritario e correttamente tenuto in considerazione nei casi in cui si renda necessario un bilanciamento tra interessi confliggenti. A

¹⁵ Un'ampia raccolta delle Convenzioni internazionali a protezione dei minori può trovarsi in M.R. SAULLE, Codice internazionale dei diritti del minore, Napoli, 1992.

¹⁶ La traduzione italiana qui riprodotta è quella pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'11 giugno 1991.

¹⁷ Risoluzione 44/25 Assemblea Generale ONU, Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, 20/11/1989 New York – entrata in vigore il 2 settembre 1990.

¹⁸ I contenuti della Convenzione sono stati successivamente completati con l'approvazione di tre protocolli opzionali relativi alla vendita di bambini, alla prostituzione e pornografia minorile, e al coinvolgimento di minori nei conflitti armati, sono stati firmati a New York il 6 settembre 2000, e ratificati dall'Italia con legge 11 marzo 2002, n.46.