

Osservatorio sulle fonti
Collana di studi

Diretta da P. Caretti, U. De Siervo, M.C. Grisolia

Caterina Di Costanzo

La tutela costituzionale del minore: identità, salute e relazioni



Giappichelli

INTRODUZIONE

Sommario: 1. Premessa. – 2. Minori e Costituzione. – 2.1. Alcuni fattori di contesto: la crisi delle relazioni sociali e familiari.

1. *Premessa*

Negli studi costituzionalistici l'attenzione per i diritti dei minori è risalente e significativa. Il minore, in quanto persona in via di formazione, rappresenta un soggetto la cui protezione richiede la considerazione di alcuni aspetti specifici, quali l'evolutiveità della sua personalità, la vulnerabilità della sua posizione, la necessità di promuoverne autonomia e capacità.

La prospettiva che assumo in questa monografia è quella della dimensione relazionale che pare attagliarsi in maniera peculiare all'ambito della tutela costituzionale della persona minore di età.

Questa prospettiva presenta una dimensione sostanziale, ossia la relazionalità assume un significato di concretizzazione contenutistica rispetto alle situazioni soggettive che fanno capo al minore, e una dimensione procedurale, ossia la relazionalità rappresenta, essa stessa, una modalità di tutela della persona minore di età.

La 'metrica' delle relazioni, familiari e sociali, entro cui si sviluppa l'esperienza del minore, consente di approcciarsi in maniera realistica al fenomeno giuridico dei diritti del minore.

Tale fenomeno giuridico non è che uno degli aspetti ordinatori della magmatica realtà sociale in continua evoluzione storica e la funzione istituzionale del diritto continua ad essere quella di attribuire una configurazione formale alle relazioni sociali al fine di permettere una composizione fra interessi e bisogni degli individui. All'interno di questo contesto, l'oggetto dei diritti dei minori si sovrappone all'oggetto delle relazioni sociali e familiari, considerando la deputata finalità di queste ultime a soddisfare specifici bisogni del minore.

Il fatto della relazione rappresenta, pertanto, una mediazione fra una posizione 'pretensiva', enunciata e dichiarata in molte Carte dei diritti, e una posizione maggiormente 'passiva' di riconoscimento dei bisogni della persona in via di

formazione che quelle relazioni sono chiamate a soddisfare. La ‘partenza’ dalla relazione non esclude, da un lato, il ruolo dell’ordinamento giuridico, perché le norme vivono nella realtà sociale, e non esclude, dall’altro, la funzione delle istituzioni che sono chiamate a ordinare l’esperienza sociale e a supplire a eventuali deficienze che le relazioni sociali e familiari possono presentare.

La prospettiva relazionale è stata scelta proprio nella convinzione che possa rappresentare una dimensione adeguata di analisi del tema scelto e di individuazione di modalità di tutela effettiva del minore nell’ambito del diritto costituzionale.

La tutela del minore, come persona e ‘soggetto di relazioni’ nelle formazioni sociali in cui di volta in volta è inserito, passa in maniera evidente da quelle che sono le relazioni che intrattiene con i soggetti di riferimento, siano essi familiari o soggetti istituzionali che intervengono allorché le relazioni con i familiari di riferimento siano disfunzionali o non esista un contesto familiare in cui il minore può essere collocato.

Fatta questa premessa, che indica il tipo di prospettiva che verrà impiegata nella monografia, è necessaria anche una premessa che definisca alcune indicazioni metodologiche riguardanti questa analisi. Innanzitutto, questa monografia è stata elaborata a partire da un periodo di ricerca molto intenso in materia di tutela dei diritti dei minori che ha avuto origine nel 2018. In questi anni, l’osservazione della esperienza di operatori che, a stretto contatto con famiglie e bambini, si pongono il problema della tutela concreta dei minori e dei loro contesti familiari ha costituito un punto di vista privilegiato per approcciare e analizzare temi che, diversamente, risulterebbero sfuggenti all’interno di una esclusiva prospettiva teorica ma che considerati, prima, da un punto di vista della prassi e, poi, da un punto di vista teorico, rivelano tutta la ricchezza che l’esperienza umana può raccogliere e sprigionare. Al fine di sistematizzare giuridicamente i diversi aspetti che concernono la tutela del minore, un’indagine sull’esperienza giuridica a cui questi diritti si riferiscono è stata molto utile e proficua. Il contenuto di tale esperienza, cioè la dinamica delle relazioni a tutela del minore nell’ambito di selezionati temi, mi ha consentito di analizzare possibilità reali di funzionamento delle garanzie giuridiche per determinate relazioni sociali e familiari in cui il minore, di volta in volta, è inserito.

Il metodo utilizzato, pertanto, ha preso le mosse dall’individuazione e inquadramento di questa prospettiva da cui sono scaturite ipotesi e tesi di ricerca che mi hanno consentito di studiare il tema dei diritti dei minori in maniera concreta e disciplinarmente ‘situata’ dal punto di vista scientifico.

Questa prospettiva relazionale è stata verificata e “messa alla prova” sul terreno di selezionati macro temi che intercettano fondamentali problematiche in materia di diritto costituzionale, quali l’identità e la salute, che include la cura, incentrata su consenso/assenso informato e fine vita in pediatria.

Si tratta di grandi tematiche strettamente interconnesse che presentano aspetti che si sovrappongono ma la cui specificità è stata individuata a partire dalla peculiarità dei tipi di relazione sui cui si basano e dalla diversa modalità di bilanciamento di interessi che presuppongono.

Nello studio del tema di ricerca scelto spesso mi sono trovata a fare ricorso a modalità di analisi più ampie di quella giuridica e implicanti un approccio definibile anche come culturale alla singola questione, di volta in volta, affrontata. Così, per studiare alcune grandi problematiche, il cui contenuto rivela una forte drammaticità, ho sentito anche la necessità di ricorrere alle interpretazioni che il cinema e la letteratura hanno dato di specifici frangenti di esperienza di vita umana in cui i minori e la loro famiglia ricoprivano un ruolo fondamentale.

Ciò che ho potuto comprendere è la grande e immediata comunicatività di problemi molto complessi che il medium artistico possiede e di cui può beneficiare anche il giurista, soprattutto rispetto a questioni drammaticamente difficili da recepire per la ragione umana e che possono richiedere un surplus di analisi e contributi. All'esito di questa ricerca 'parallela', che ha consentito di mettere a fuoco passaggi cruciali dell'esperienza minorile, ho inserito nella trattazione alcuni approfondimenti che contengono citazioni e analisi di libri che mi sono parsi particolarmente rilevanti per il tema trattato e che credo possano contribuire a una maggiore focalizzazione della questione, di volta in volta, affrontata.

2. *Minori e Costituzione*

Il minore di età, che sia neonato, bambino o adolescente, può essere genericamente rappresentato, con le necessarie differenze dovute all'età e alla qualità delle condizioni di vita, impiegando uno schema sintetico binario, come 'soggetto di diritti' o 'soggetto di bisogni'.

Le due rappresentazioni talvolta coesistono, allorquando si verificano situazioni che richiedono una graduazione e diversificazione degli interventi di tutela, o si succedono nelle varie fasi/fasce di età e nelle diverse condizioni che vanno a comporre la minore età, in corrispondenza di determinati accadimenti e avvenimenti che incidono sulla esperienza di vita della persona¹.

La valorizzazione della dimensione della protezione – artt. 30, comma 1, e 31, comma 2, Cost. – e di quella dell'autonomia del minore – artt. 2, 3, comma 2, 13 Cost. – può presentare una successione diacronica, lungo le varie fasce di età che compongono la minore età in cui assistiamo a un progressivo affievolimento della

¹ Sull'opportunità di distinguere la minore età non solo sulla base delle fasce di età, cfr. B. ONGARI, E. CECCARELLI, *Minori ... di chi?*, in *Minori e giustizia*, 2019, n. 3, p. 5 ss.; L. FADIGA, *Una nuova cultura dell'infanzia e dell'adolescenza. Scritti di Alfredo Carlo Moro*, FrancoAngeli, Milano, 2006, *passim*; A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, Zanichelli, Bologna, 2019, p. 50 ss.

responsabilità dei genitori e a un corrispondente incremento dell'autonomia dei minori, e una valenza sincronica, nel senso che in specifiche situazioni una serie di meccanismi di protezione possono porsi come necessari, mentre in altri contesti emergono come più appropriate dinamiche di promozione dell'autonomia e della partecipazione ai processi decisionali da parte del minore².

La rimodulazione continua della modalità di esercizio della responsabilità genitoriale, su cui si veda *infra* il par. 3.1 del Capitolo II, e del ruolo dell'autonomia del minore viene determinata dalla natura dell'atto da compiere (patrimoniale o personale, importanza dell'atto per la vita del minore, ecc.), dalla maturità e dall'età del minore e può comportare la previsione di dinamiche di azione e partecipazione di volta in volta differenti che possono richiamare le figure della rappresentanza – con la possibilità di sostituzione del rappresentante al rappresentato –, dell'assistenza, della supervisione, del supporto e sostegno, della promozione dell'autonomia del minore.

In materia, il principio costituzionale che assumiamo come fondamentale è quello del personalismo relazionale che costituzionalmente affonda le sue radici nelle dimensioni della libertà e della solidarietà che contribuiscono a forgiare lo sviluppo della persona intesa sia come singolo, adulto e minore di età, che come parte di una comunità³.

² È naturale che nei primi anni di vita il bambino necessiti di tutta quella serie di interventi diretti alla sua protezione e che sono emanazione delle azioni degli adulti finalizzate alla garanzia della sua crescita. A partire dai 7 anni, anche sulla base delle rilevazioni delle scienze pedagogiche e psicologiche, viene riconosciuta una sfera di autonomia e autoespressione da preservare e promuovere anche nelle relazioni con gli adulti che sono chiamati a essere responsabili della crescita e dello sviluppo del minore.

Cfr. P. CAPRI, A. LANOTTE, P. ROCCO, *La personalità del minore: il concetto e la diagnosi di immaturità psicologica*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *Nel segno del minore*, Cedam, Padova, 1990; A. QUADRIO, *Categorie psicologiche e categorie giuridiche*, *ivi*; T. BANDINI, U. GATTI, *La minore età*, in G. GULOTTA (a cura di), *Trattato di psicologia giudiziaria*, Giuffrè, Milano, 1987.

Cfr. anche il parere del Comitato nazionale per la bioetica (CNB), *Bioetica con l'infanzia*, 1994, dove vengono indicate alcune esigenze particolari quali quella di distinguere l'area della incompetenza da quella della minore età, individuare le diverse fasce di età sulla base di criteri che definiscano i principali passaggi di crescita mentale, fisica ed emotiva, e garantire spazi di autonomia espressiva adeguati.

³ Cfr. A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in L. VENTURA, A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 168 e 195 ss.; cfr. A. VEDASCHI, *Il principio personalista*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 222; E. ROSSI, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2019, p. 54; M. CARTABIA, *I titolari dei diritti fondamentali: a) i singoli e le formazioni sociali. Il principio personalista*, in V. ONIDA, M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Compendio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2014; G. D'AMICO, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immagina la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea costituente*, FrancoAngeli, Milano, 2018, p. 105 ss.

Il tema della persona, in relazione alla libertà e alla solidarietà, costituisce un tema fondante anche nel contesto di una trattazione della tematica dei diritti del minore. Si fa necessariamente ricorso, infatti, in materia all'impiego di principi costituzionali eminentemente 'relazionali' che si attagliano in maniera consona al tipo di argomentazione che si vuole sostenere. La libertà e l'autonomia, sviluppatesi nel tempo come autodeterminazione⁴, costituiscono principi che non escludono ma includono il confronto con il contesto relazionale nel quale la persona è collocata, che, nel caso del minore, è rappresentato dalla comunità familiare e dagli adulti di riferimento, genitori e tutori in primis.

La solidarietà, enunciata, come ben noto, nell'art. 2, quale fondamento dei doveri imposti dalla Costituzione⁵, a sua volta richiama i doveri di protezione e tutela che la famiglia e le altre istituzioni deputate hanno nei confronti dei minori, quali soggetti più fragili, vulnerabili e bisognosi di tutela e le cui condizioni di specificità devono essere riconosciute al fine di realizzare il principio di eguaglianza sostanziale che non può prescindere dalla considerazione della sua stretta embricazione con la tutela della dignità – art. 2 Cost. – e la promozione del pieno sviluppo della personalità del minore di età – art. 3, comma 2, Cost. –.

È indubbio che i documenti internazionali inquadrino il minore come un 'soggetto di diritti' la cui personalità è caratterizzata da una dimensione dinamica dell'essere in via di formazione: si tratta, dunque, nel diffuso fraseggio delle Convenzioni in materia, di un soggetto di diritti, dotato in via astratta di una serie di

⁴ Alla tutela dell'autodeterminazione viene fatto riferimento nella giurisprudenza costituzionale a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 307 del 1990, in materia di vaccinazioni obbligatorie, ma occorre ricordare che il suo riconoscimento più immediato avviene nella sentenza n. 438 del 2008, in materia di consenso informato, ove si legge che il consenso informato costituisce la "sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute".

Sul diritto all'autodeterminazione in senso critico, come espressione di un individualismo estraneo al personalismo della Costituzione italiana, si veda S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2009, n. 2-3, p. 158 ss.; L. ANTONINI, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 30 ss.

⁵ D. BORGONOVO RE, *I doveri inderogabili di solidarietà*, in D. FLORENZANO, D. BORGONOVO RE, F. CORTESE, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà, principio d'eguaglianza. Un'introduzione*, Giappichelli, Torino, 2015; G. TARLI BARBIERI, *Doveri inderogabili*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006; F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bononia University Press, Bologna, 2016; L. VIOLINI, *I doveri inderogabili di solidarietà: alla ricerca di un nuovo linguaggio per la Corte costituzionale*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del Giudice delle leggi*, Giappichelli, Torino, 2017; G. VECCHIO, *Le istituzioni della solidarietà*, ESI, Napoli, 1998; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002; A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 20 aprile 2015.

capacità e titolarità, che si trasforma dinamicamente nel tempo anche in funzione del soddisfacimento dei suoi bisogni fondamentali⁶.

Il principio dell'universalità dei diritti umani, che concerne anche l'inquadramento dei diritti dei minori, spinge chiaramente verso questa posizione orientativa. Se guardiamo al tenore e al contenuto delle varie Carte dei diritti in materia, sino dalla Dichiarazione dei diritti civili del bambino, detta anche Convenzione di Ginevra (1924), alla Dichiarazione dei diritti del fanciullo promulgata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite (1959), seguita dalla Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (Onu) sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (1989), e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (prima proclamata a Nizza nel dicembre del 2000 e poi equiparata ai trattati ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea come modificato dal Trattato di Lisbona), è possibile notare che l'universalità dichiarata, tendente alla affermazione di diritti veri e propri in capo ai minori, rappresenta una novità peculiare che in questo settore indubbiamente introduce una innovazione nella cultura giuridica globale e sovranazionale⁷.

All'interno delle Carte dei diritti menzionate si vede come i diritti del minore si modulino in maniera sfaccettata configurando diritti di volta in volta dal contenuto più o meno ampio che prevedono una 'tutela diretta o mediata': si trovano così il diritto a "una speciale protezione" nella Dichiarazione dei diritti civili del bambino, detta anche Convenzione di Ginevra, Società della Nazioni, 1924; il diritto a "speciali cure e assistenza" nell'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo adottata il 10 dicembre 1948; il diritto a "particolare protezione e cure speciali" nella Dichiarazione Onu dei diritti del fanciullo del 1959⁸; l'impegno per gli Stati di assicurare "la protezione e le cure necessarie al suo benessere, in considerazione dei diritti e dei doveri dei suoi genitori, dei suoi tutori o di altre persone che hanno la sua responsabilità legale" nella Convenzione Onu sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza⁹.

⁶ Per i documenti internazionali qui si fa riferimento alla Dichiarazione dei diritti civili del bambino, detta anche Convenzione di Ginevra, Società della Nazioni, del 1924; alla Dichiarazione sui diritti del fanciullo promulgata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1959; alla Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza firmata a New York il 20 novembre del 1989 e alla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori firmata a Strasburgo il 25 gennaio 1996.

⁷ Questo aspetto ha condotto alcuni autori a parlare di "giusnaturalismo dei diritti dei minori", si veda A. CORDIANO, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, n. 9, p. 1300. L'A. parla, infatti, di "una sorta di giusnaturalismo dei diritti dei minori, proclamanti diritti e libertà fondamentali non sempre dotati di effettività".

⁸ Sul diritto del fanciullo a "una protezione speciale" si vedano anche il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici – in particolare negli artt. 23 e 24 – e il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali – in particolare all'art. 10.

⁹ Cfr. art. 3, par. 2, della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza dell'Onu del 1989 che costituisce la fonte normativa internazionale più rilevante in materia di promozione e tutela dei

In Costituzione il minore di età viene menzionato solo nell'art. 37, ultimo comma, in materia di lavoro, mentre al contrario rileva la maggiore età in tema di esercizio del diritto di voto¹⁰. In altre disposizioni – art. 31, comma 2, Cost. – emergono la “gioventù” e l’”infanzia” quali condizioni meritevoli di protezione.

Il minore in Costituzione non viene in rilievo quale ‘soggetto di diritti’ ma come parte di una comunità specifica – la famiglia, la scuola, ecc. – all’interno della quale è collocato in funzione dello sviluppo della sua personalità. In questo senso, i fini che la formazione sociale, in genere la famiglia, cui è demandata la responsabilità del minore in funzione del pieno sviluppo della sua persona, può perseguire devono essere compatibili con l’esercizio di quei diritti costituzionalmente previsti attraverso i quali si svolge la personalità stessa del minore¹¹.

L’età, infatti, non incide sulla titolarità dei diritti del minore – fatta eccezione del diritto di voto – e in materia di diritti fondamentali di carattere personale non è possibile operare una netta distinzione fra titolarità ed esercizio¹². Il godimento

diritti dell’infanzia e che obbliga gli Stati che l’hanno ratificata a integrare le norme di diritto interno con quelle della Convenzione e ad adottare tutti i provvedimenti necessari a sostenere i genitori e le istituzioni nell’adempimento dei loro obblighi nei confronti dei minori. La Convenzione è stata approvata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre del 1989 a New York ed è entrata in vigore il 2 settembre 1990. L’Italia ha ratificato il documento il 27 maggio 1991 con la legge n.176 e a tutt’oggi 193 Stati ne fanno parte. Alla Convenzione sui diritti dell’infanzia si accompagnano due protocolli opzionali che l’Italia ha ratificato l’11 marzo 2002 con la legge n. 46. Sulla Convenzione, in particolare, cfr. C.A. MORO, *Il bambino è un cittadino: conquista di libertà e itinerari formativi la Convenzione dell’ONU e la sua attuazione*, Mursia, Milano, 1991; M.R. SAULLE (a cura di), *La Convenzione dei diritti del minore e l’ordinamento italiano*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1994.

¹⁰ Il diritto al voto, previsto dall’art. 48 Cost., esclude i minori perché riservato a “tutti i cittadini, uomini e donne, che hanno raggiunto la maggiore età” mentre altre disposizioni riguardano la soglia anagrafica per l’elettorato attivo (art. 58, comma 1) e per l’elettorato passivo per Camera, Senato e Presidenza della Repubblica (art. 56, comma 3; art. 58, comma 2; art. 84, comma 1).

La legge costituzionale 18 ottobre 2021, n. 1, “*Modifica all’articolo 58 della Costituzione, in materia di elettorato per l’elezione del Senato della Repubblica*”, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 251 del 20 ottobre 2021, ha ampliato la soglia per elettorato attivo per il Senato includendo coloro che hanno compiuto i 18 anni.

¹¹ Cfr. P. CAVALIERI M. PEDRAZZA GORLERO G. SCIULLO, *Libertà politiche del minore e potestà educativa dei genitori nella dialettica del rapporto educativo familiare*, in M. DE CRISTOFARO, A. BELVEDERE (a cura di), *L’autonomia dei minori fra famiglia e società*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 67 ss.

¹² Tra i primi a affermare la ‘non scissione’ tra soggettività e capacità giuridica, Paolo Barile ha argomentato in maniera efficace sull’irrelevanza dell’età nell’esercizio dei diritti di libertà, cfr. P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, Cedam, Padova 1966, p. 31, dove si legge che: “il principio della capacità delle persone senza limiti di età è la regola generale del diritto pubblico; restando per altro salva l’effettiva capacità naturale: per grandi linee può dirsi infatti che sui diritti di libertà l’età non spiega, di regola, alcuna influenza”. Cfr. anche A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova, 2003, p. 311; P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 105 ss.

dei diritti presuppone la capacità naturale del soggetto¹³ che, declinata come capacità di intendere e volere o come maturità del minore valutata in funzione delle attività da svolgere e della esperienza dello stesso, costituisce il presupposto essenziale dell'esercizio dei diritti che hanno un contenuto personale¹⁴.

Occorre dire che, nonostante lo spazio ristretto dedicato al minore nel testo costituzionale, gran parte della dottrina ha argomentato che la tutela costituzionale del minore non viene diminuita da questa esiguità di attenzione ma anzi è caratterizzata da una ampiezza derivante dal fatto che il minore partecipa di tutti i diritti fondamentali che compongono i diritti di cittadinanza, nozione declinata nel riconoscimento dei diritti fondamentali della persona sia come singolo sia nelle formazioni sociali in cui si trova a operare¹⁵.

Una parte della dottrina ha affermato che i minori godono nel testo costituzionale di una protezione speciale derivante dall'aggiungersi alla tutela dei diritti fondamentali, riconosciuta alla persona, la protezione dell'infanzia e della gioventù, prevista dall'art. 31, comma 2, Cost., che attribuirebbe un rafforzamento della tutela in funzione della condizione di fragilità e vulnerabilità in cui versano i minori¹⁶.

Fra la prospettiva costituzionale che conferisce al minore uno statuto "speciale" di protezione dell'infanzia e della gioventù¹⁷ e la prospettiva costituzionale che valorizza la titolarità dei diritti fondamentali che non necessitano della precondizione della maggiore età per essere esercitati¹⁸, la giurisprudenza costituzio-

¹³ Per l'esercizio dei diritti fondamentali costituisce un requisito necessario la capacità naturale di porre in essere le attività materiali che costituiscono una estrinsecazione delle libertà o la capacità di agire se è necessario compiere atti giuridici specifici. Cfr. A. PIZZORUSSO, *Sull'attuale utilizzabilità delle nozioni di capacità giuridica e di capacità di agire*, in AA.VV., *Studi in onore di Paolo Barile*, Cedam, Padova 1990, p. 126 ss.

¹⁴ Sul punto, si vedano P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2017; P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, Cedam, Padova 1966; G. ABBAMONTE, voce *Età, d) Diritto pubblico*, in *Enciclopedia giuridica*, XVI, Treccani, Roma, 1967; C. LAVAGNA, voce *Capacità di diritto pubblico*, in *Enciclopedia giuridica*, VI, Treccani, Roma, 1960.

¹⁵ Si veda L. CARLASSARE, *Posizione costituzionale dei minori e sovranità popolare*, in M. DE CRISTOFARO, A. BELVEDERE (a cura di), *L'autonomia dei minori fra famiglia e società*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 39 ss.; M. DOGLIOTTI, *Intervento pubblico e diritti del minore. Assistenza, giustizia, emarginazione*, in M. DE CRISTOFARO, A. BELVEDERE (a cura di), *L'autonomia dei minori fra famiglia e società*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 138.; A.C. MORO, *I diritti di cittadinanza delle persone di minore età*, in *Minori e giustizia*, 2005, n. 1. Cfr. P. PASSAGLIA, *I minori nel diritto costituzionale*, in F. GIARDINA, E. PELLECCIA (a cura di), *Una voce per i minori. Il progetto SCREAM contro lo sfruttamento del lavoro minorile*, Titivillus, Corazzano, 2008.

¹⁶ Si veda M. BESSONE, *Art. 30-Art. 31*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1976.

¹⁷ Si veda M. BESSONE, *op. ult. cit.*, p. 86 ss.

¹⁸ Si veda L. CARLASSARE, *Posizione costituzionale dei minori e sovranità popolare*, in M. DE

nale ha, in questa direzione, inquadrato il minore come un ‘soggetto di relazioni’, connotato da specifica peculiarità, e, valorizzando, in alcuni casi, anche le Carte dei diritti menzionate, ha messo in evidenza, sino dalla sentenza ‘capostipite’ del 1981, che le relazioni familiari, anche adottive, costituiscono il luogo costituzionale deputato al soddisfacimento del “bisogno di famiglia avvertito con forza dal minore, che richiede per la sua crescita normale affetti individualizzati e continui, ambienti non precari, situazioni non conflittuali”¹⁹.

Procedendo da queste impostazioni, che, da una parte, riconoscono la titolarità e l’esercizio dei diritti di libertà anche ai minori, in quanto in possesso della capacità naturale necessaria a tali fini, e dall’altra, una tutela rafforzata in funzione della condizione di bisogno del minore, occorre specificare che la prospettiva che viene assunta in questa monografia costituisce una posizione mediana di sintesi fra la ‘polarità’ della protezione del minore, come soggetto di bisogni, e la ‘polarità’ del minore come soggetto di diritti, la cui posizione non deve subire discriminazioni in base a condizioni personali, quali l’età nell’esercizio dei suoi diritti – art. 3, comma 1, Cost. –, e le cui condizioni specifiche devono essere riconosciute al fine di garantirgli una tutela personalizzata e costituzionalmente orientata – art. 3, comma 2, Cost. –.

Un funzione di sintesi fra le due polarità si ritiene sia approfondita dall’inquadramento del minore, anche valorizzata più recentemente dalla giurisprudenza della Corte costituzionale nella sentenza n. 79 del 2022²⁰, come ‘soggetto di rela-

CRISTOFARO, A. BELVEDERE (a cura di), *L’autonomia dei minori fra famiglia e società*, Giuffrè, Milano, 1980; P. PASSAGLIA, *I minori nel diritto costituzionale, Relazione presentata alla tavola rotonda su «I minori e il diritto: dialogo con i giuristi»*, organizzata, nell’ambito del Progetto SCREAM (Supporting Children’s Rights through Education, the Arts and the Media), svoltasi a Pisa, il 6 aprile 2006.

¹⁹ Si veda il par. n. 5 del considerato in diritto della sentenza n. 11 del 1981 dove si legge che le norme costituzionali – artt. 2 e 30 Cost. – “riconoscendo come fine preminente lo svolgimento della personalità in tutte le sedi proprie, assumono a valore primario la promozione della personalità del soggetto umano in formazione e la sua educazione nel luogo a ciò più idoneo: da ravvisare in primissima istanza nella famiglia di origine, e, soltanto in caso di incapacità di questa, in una famiglia sostitutiva. L’art. 30, secondo comma, della Costituzione, prevede infatti il dovere del legislatore e dell’autorità pubblica in generale di predisporre quegli interventi che pongano rimedio nel modo più efficace al mancato svolgimento dei loro compiti da parte dei genitori di sangue: e cioè alle funzioni connesse al dovere – diritto di mantenere, istruire ed educare i figli”.

²⁰ La dimensione relazionale della tutela del minore viene valorizzata in questa sentenza in numerosi punti. Si veda il par. n. 7.1.1 del considerato in diritto della sentenza dove si legge: “A questo nucleo di previsioni riformate, che accentuano il rilievo personalistico delle relazioni familiari, si aggiungono, poi, gli ulteriori effetti che, a partire dalle relazioni parentali, si diramano nell’intero sistema giuridico e concorrono alla tutela del figlio e alla costruzione dell’identità del minore”; il par. n. 8.2 del considerato in diritto: “La norma censurata priva, in tal modo, il minore della rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali, che il legislatore della riforma della filiazione, in attuazione degli artt. 3, 30 e 31 Cost., ha voluto garantire

zioni' all'interno delle formazioni sociali come la famiglia, la scuola, la struttura sanitaria, se il minore assume lo status di paziente, o di formazioni istituzionali, quali le comunità familiari, che si fanno carico, ove la famiglia non ci sia o sia stata ritenuta disfunzionale dall'autorità giudiziaria, dei bisogni del minore.

Il minore, in quanto centro autonomo di imputazione di diritti soggettivi/doveri e bisogni specifici, viene rappresentato peculiarmente da una ottica che lo prende in considerazione come 'soggetto di relazioni' inserito in specifiche formazioni comunitarie e contesti caratterizzati da una dimensione fortemente relazionale che tende a modellare la sua protezione in funzione della garanzia dei suoi interessi nello specifico quadro sociale e familiare esistente.

In questo senso, i diritti del minore rappresentano, infatti, per lo più "diritti relazionali" per il cui esercizio è necessaria una forma di mediazione agita dalle comunità intermedie che forniscono supporto e sostegno al minore e garantiscono la promozione della sua autonomia e delle sue capacità²¹.

In materia di tutela del minore, viene operato un significativo ricorso a importanti istituti che sono fortemente caratterizzati dalla dimensione della relazionalità.

Innanzitutto, il cosiddetto diritto del minore di essere ascoltato, ossia il diritto di essere udito in ogni procedura/procedimento e contesto nel quale possono essere incisi i suoi interessi. Il riconoscimento di tale diritto presuppone la capacità naturale di espressione del sé e la recente riforma del processo civile, sui cui *infra*²², si può dire impatti in maniera significativa anche su alcuni aspetti di diritto sostanziale e, in particolare, sul significato e la rilevanza generale del diritto di ascolto del minore.

Attraverso l'obbligatorietà della previsione l'ordinamento punta a valorizzare l'autonomia del minore nell'espressione dei suoi punti di vista e valutazioni. Inoltre, tale istituto costituisce una 'cerniera' fra la promozione dell'autonomia del

a tutti i figli a parità di condizioni, perché tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni. Al contempo, la disciplina censurata lede il minore nell'identità che gli deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo e, dunque, dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni, che di fatto vanno a costruire stabilmente la sua identità"; il par. n. 8.3 del considerato in diritto dove si legge: "Si tratta, in sostanza, di bambini o ragazzi per i quali la nuova rete di rapporti familiari non è certo un privilegio, quanto piuttosto costituisce, oltre che un consolidamento della tutela rispetto a situazioni peculiari e delicate, il doveroso riconoscimento giuridico di relazioni, che hanno una notevole incidenza sulla crescita e sulla formazione di tali minori e che non possono essere negate, se non a costo di incidere sulla loro identità".

²¹ Cfr. J. TOBIN, *Understanding children's rights: a vision beyond vulnerability*, in *Nordic journal of international law*, n. 84, 2015. Sia consentito rinviare anche a C. DI COSTANZO, *La tutela del diritto alla salute del minore. Riflessioni a margine della legge n. 219/2017*, in *Rivista di biodiritto*, 2019, n. 1, p. 303 ss.

²² Si veda il par. 3.1 del Capitolo I.

minore e l'esigenza di garanzia della protezione del minore da parte degli adulti nelle formazioni comunitarie di riferimento²³.

In secondo luogo, emerge, in questo senso, il concetto di interesse del minore che ha la funzione di contemperare le plurali esigenze di protezione dei suoi bisogni. Si tratta di una categoria ampia che è stata destinataria di una molteplicità di definizioni e interpretazioni. Qui vogliamo mettere in rilievo come la nozione di interesse del minore abbia svolto, a vari livelli, la funzione di un 'metadiritto' capace di catalizzare e evidenziare l'esigenza di preservare le relazioni fondamentali del minore, ove possibile, o di trovarne di nuove e adeguate ai bisogni concreti del minore in sostituzione di quelle presenti, ove queste si siano dimostrate non funzionali all'obiettivo di garantire uno sviluppo armonico della sua personalità.

Questa prospettiva relazionale adottata nell'analisi della tutela costituzionale del minore costituisce una lente concettuale particolarmente adatta al fine di individuare e correttamente collocare le situazioni soggettive che concernono il minore di età. Innanzitutto, occorre iniziare dal considerare che l'art. 30, comma 1, Cost. stabilisce il riconoscimento del diritto del figlio al mantenimento, all'istruzione, all'educazione e all'assistenza morale e che tale previsione costituzionale è stata considerata contenere in maniera sintetica l'"essenza del rapporto di filiazione"²⁴.

Tali situazioni soggettive sono state trasfuse, con la riforma del diritto di famiglia introdotta con la legge n. 219 del 2012, nell'art. 315-*bis* c.c., rubricato "Diritti e doveri del figlio", che include i primi tre commi dedicati all'elencazione dei diritti del figlio²⁵, ed il successivo comma 4²⁶ al dovere dello stesso di rispettare i genitori, di cooperare al mantenimento della famiglia, in relazione alle proprie capacità e alle proprie sostanze, per il tempo in cui coabita con essa.

²³ Previsto dalla Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989 – art. 12.2 – e dall'art. 3 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del minore del 1996, è stato introdotto nel nostro ordinamento con la legge n. 54 del 2006 e valorizzato con le riforme in materia di filiazione degli anni 2012/2013. Centrale soprattutto in riferimento ai procedimenti di separazione e divorzio che si svolgono a seguito di crisi familiare – art. 337-*octies* c.c. –, il diritto è stato poi esteso per tutti i procedimenti dalla disposizione contenuta nel comma 3 dell'art. 315-*bis* c.c. Il diritto all'ascolto e all'assistenza affettiva e psicologica del minore viene riconosciuto anche nell'ambito del codice penale in caso di abusi sui minori e dal codice di procedura penale a seguito delle modifiche introdotte con la legge n. 172 del 2012.

²⁴ Si vedano, *ex multis*, sentenza della Corte cost. n. 394 del 2005; sentenza n. 332 del 2000; sentenza n. 125 del 1999; sentenza n. 166 del 1998.

²⁵ I primi tre commi dell'art. 315-*bis* c.c. stabiliscono che: "Il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni.

Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti.

Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano".

²⁶ L'ultimo comma dell'art. 315 *bis* c.c. stabilisce che: "Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa".

In questa disposizione viene indubbiamente riconosciuta la necessaria interrelazione dei diritti dei figli, non solo con i doveri dei genitori, ma anche, all'ultimo comma, con i conseguenti doveri dei figli nei confronti dei genitori che sostanziano in maniera maggiormente completa il rapporto di filiazione.

Le disposizioni costituzionali e codicistiche indicate presentano importanti punti di sovrapposizione e connessione. In primo luogo, il mantenimento del figlio possiede indubbiamente una dimensione patrimoniale e materiale, di soddisfacimento delle esigenze primarie relative all'abitazione, al cibo, al vestiario, ma ancora più rilevante è la dimensione immateriale e, si può dire, 'spirituale', che si sostanzia nella educazione e nella istruzione che consistono nella trasmissione al figlio di valori, principi, regole, strumenti necessari alla crescita e allo sviluppo della personalità del figlio²⁷.

Il diritto all'istruzione del minore costituisce, in questo senso, un diritto complesso, dal punto di vista soggettivo, perché all'istruzione impartita dalle istituzioni scolastiche, a ciò deputate, contribuiscono, inevitabilmente e necessariamente, i genitori che hanno la responsabilità ultima di fornire quelle conoscenze e quelle indicazioni di base che vanno a comporre l'educazione del figlio e che sono necessarie allo sviluppo della sua persona sul piano cognitivo, psico-sociale e relazionale²⁸.

L'educazione costituisce, invero, non soltanto l'oggetto di un dovere ma anche l'espressione di un diritto di cui sono titolari i genitori che hanno la responsabilità della scelta del modello educativo da impartire al figlio sulla base delle inclinazioni, aspirazioni e personalità del minore di cui i genitori si devono, in qualche modo, 'porre in ascolto'²⁹.

L'educazione del minore, peraltro, non si riduce alla mera trasmissione di informazioni e istruzioni ma ha una forte connotazione relazionale, in quanto deve

²⁷ Su questo punto, si veda G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Cedam, Padova, 2015, p. 58 ss.

²⁸ Sul diritto all'istruzione si veda G. DEMURO, *Art. 14 (Diritto all'istruzione)*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti*, il Mulino, Bologna, 2001, p. 120; A. POGGI, *Art. 34*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006.

²⁹ Su questo si vedano gli artt. 12 e 29 della Convenzione Onu sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e la previsione, nel nostro ordinamento costituzionale, della garanzia di diritti inviolabili di cui sono titolari tutte le persone e, quindi, anche i minori, facendo riferimento all'art. 2 Cost. Cfr. T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 359 ss. e 367 ss., dove si sottolinea come ai genitori sia attribuita "ampia discrezionalità nelle scelte volte a tutelare i diritti fondamentali del figlio e ad indirizzarne la formazione personale secondo il modello e gli obiettivi che essi intendono privilegiare, nonché riguardo alle modalità per realizzarla: ad es., gli studi da coltivare, il credo religioso al quale avviarlo, le persone da frequentare. Nel compiere tali scelte, i genitori devono tenere conto non solo delle proprie convinzioni ma anche delle capacità, inclinazioni naturali ed aspirazioni del minore, rispettandone la personalità".

consentire la costruzione della personalità del minore e la sua crescita in senso socio-relazionale³⁰.

In questo senso, gli artt. 33 e 34 Cost. sono da leggersi, in relazione al diritto all'istruzione del minore, insieme agli artt. 2, 3 e 30 Cost. che prevedono un esercizio della responsabilità genitoriale, che tenga in considerazione le specifiche esigenze esistenti, in materia di educazione e istruzione dei figli.

In particolare, per quanto concerne il diritto all'istruzione del minore con disabilità fisiche e cognitive, il nostro ordinamento, al fine di garantire il diritto all'istruzione e alla salute del minore in condizioni di uguaglianza sostanziale, ha previsto percorsi di individualizzazione dell'istruzione e della formazione in modo da rendere effettiva l'integrazione e inclusione delle persone con disabilità³¹.

In questo senso, è stata prevista una didattica individualizzata consistente nelle attività di recupero individuale che possono coinvolgere l'alunno per potenziare determinate abilità o per acquisire specifiche competenze, anche nell'ambito delle strategie compensative e del metodo di studio³².

2.1. *Alcuni fattori di contesto: la crisi delle relazioni sociali e familiari*

In questo discorso introduttivo non può mancare un accenno ragionato a quello che rappresenta un importante fattore di contesto all'interno di una riflessione che collochi la tutela costituzionale del minore in una prospettiva relazionale. È indubbio, infatti, che, a livello generale, stiamo assistendo sempre più a una crisi delle relazioni sociali, in generale, e delle relazioni familiari, in particolare³³.

L'incremento dell'intensità della conflittualità sociale, generata, di volta in volta, non necessariamente da posizioni ideologiche differenti, inizia sempre più a in-

³⁰ Cfr. A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, cit., pp. 411-412.

³¹ Si veda l'art. 110, comma 2, del d.lgs. n. 297 del 1994 che prevede che: "Agli alunni handicappati è consentito il completamento della scuola dell'obbligo anche fino al compimento del diciottesimo anno di età".

³² Si pensi alla normativa in materia di disturbi specifici dell'apprendimento (DSA) e bisogni educativi speciali (BSE).

Oltre alla legge n. 104 del 1992, i disturbi specifici dell'apprendimento e i bisogni educativi speciali sono disciplinati da diverse fonti dell'ordinamento. La prima normativa a parlare di personalizzazione dei piani educativi è la legge n. 53 del 28 marzo 2003. La legge n. 170 del 2010, d'altra parte, definisce le DSA e sancisce le modalità di integrazione per gli studenti con questo tipo di problematiche. La Direttiva Ministeriale del 27 dicembre 2012 copre, inoltre, le lacune della legge n. 104 e definisce le categorie che, pur non rientrando nelle certificazioni per la disabilità, necessitano di interventi mirati. Infine, la Circolare Ministeriale n. 8 del MIUR, risalente al 2013, evidenzia la necessità di diversificare gli apprendimenti e la molteplicità dei bisogni educativi speciali.

³³ Cfr. A. COSTABILE, *Crisi, scelta e agire sociale nella società contemporanea*, in *Società mutamento politica*, 2010, vol. 1, n. 2, pp. 97-108; E. CHELI, *L'epoca delle relazioni in crisi (e come uscirne)*. *Coppia, famiglia, scuola, sanità, lavoro*, FrancoAngeli, Milano, 2012.

cidere sulle possibilità di relazione e ha inevitabilmente trasformato le relazioni sociali. Indubbiamente queste evoluzioni impattano sulla qualità e l'effettività dei diritti relazionali dei minori che possono essere condizionati dalle trasformazioni in atto e dalla diminuita possibilità di relazioni che la vita sociale offre. Ritengo che non si tratti di una crisi irrimediabile ma credo che queste trasformazioni richiedano di essere considerate e analizzate anche al fine, ove necessario, di potere procedere a un possibile ripensamento delle tradizionali categorie di tutela, in generale, e della categoria dei 'diritti relazionali' che sono collocati nell'ambito di uno 'statuto costituzionale' della persona minore di età, in particolare. Si diceva, il conflitto, non di matrice ideologica ma derivante da una difficoltà di mediazione fra gli interessi concreti di natura personale e sociale, si è trasformato sempre più da elemento esogeno della relazione a elemento endogeno e necessario completamento di essa. In questo contesto, nel quale la relazione è divenuta più complessa e meno lineare, si ritiene che continuare a parlare di 'diritti relazionali' non sia un errore storico ma contribuisca al corretto inquadramento dei principali nodi tematici, che nel caso di una trattazione sui diritti dei minori rimangono quelli del 'pieno sviluppo' e dell'armonico 'svolgimento della sua personalità'. Ossia la persistente ricerca di fattori di rafforzamento dell'umano nella relazione mi pare essere una strada che si debba continuare a coltivare. Anche in un frangente storico, nel quale i bisogni primari sembrano essere non più soddisfatti tramite il ricorso alla relazione ma attraverso altre modalità, mi pare che debba essere riconosciuto che le possibilità di 'pieno sviluppo della persona' e di 'svolgimento della personalità' trovano reale riconoscimento solo nelle relazioni che possono essere approfondite nelle formazioni sociali. Credo, pertanto, che nell'affrontare la natura e la garanzia dei diritti della persona, in generale, e del minore, in particolare, quale essere in dinamica formazione, non si possa prescindere dalla prospettiva relazionale che pare rimanere uno strumento fondamentale per inquadrare e sviluppare questa tematica.

Il riferimento fatto dall'art. 2 Cost. all'inderogabilità dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale assume un significato ancora più denso in questo momento storico, caratterizzato da ampia e diffusa conflittualità e frammentazione sociale, attraverso la valorizzazione della specifica interrelazione costituzionale fra diritti e doveri intesi nella prospettiva relazionale³⁴, ancora di più se riferiti

³⁴ Nella Relazione al Progetto di Costituzione, stilata dall'on. Ruini, si affermava in proposito che "Col giusto risalto dato alla personalità dell'uomo non vengono meno i compiti dello Stato. Se le prime enunciazioni dei diritti dell'uomo erano avvolte da un'aureola d'individualismo, si è poi sviluppato, attraverso le stesse lotte sociali, il senso della solidarietà umana. Le dichiarazioni dei doveri si accompagnano mazzinianamente a quelle dei diritti". Il testo mazziniano di riferimento è, ovviamente, G. MAZZINI, *I doveri dell'uomo*, Vallecchi, Firenze, 1860. Sui doveri come strumento di 'socializzazione' dei diritti e di valorizzazione della dimensione relazionale delle tutele, cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 160-161; ID., *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 115. Cfr. anche F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002; R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cu-

a soggetti minori di età. In questo senso, il primario riferimento ai doveri e la successiva menzione dei diritti dei genitori, nell'ordine previsto dall'art. 30 Cost., consente di individuare, in combinato con l'art. 2 Cost., l'esatto contenuto delle espressioni che sostanzialmente collocano la finalità delle relazioni sociali e familiari nella prospettiva della ricerca del 'pieno sviluppo' della persona minore di età quale, eminentemente, 'persona in via di formazione', all'interno della dinamica dei rapporti familiari e sociali.

In riferimento alle relazioni familiari, la riforma prevista dalla legge n. 219 del 2012 ha disciplinato in maniera unitaria le questioni connesse alla crisi familiare³⁵. Così, l'art. 337-ter c.c., introdotto dal d.lgs. n. 154 del 2013, continua a ispirarsi al principio della "bigenitorialità" quando dispone che: "il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale". Anche in caso di crisi delle relazioni familiari, il modello prioritario di gestione dei rapporti familiari rimane quello dell'affidamento condiviso e della gestione congiunta della responsabilità genitoriale cui può essere apportata una deroga, attraverso l'affidamento esclusivo ex art. 337-quater c.c., da parte del giudice solo ove l'interesse del minore lo richieda.

Sulla base del comma 2 dell'art. 337-ter c.c., il giudice "adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori, in particolare qualora rag-

ra di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006, Giappichelli, Torino, 2007; F. RETUS, *Il principio di solidarietà*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2011, 819 ss.; F. POLLACCHINI, *Il principio di solidarietà*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 227 ss.; ID., *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bononia University Press, Bologna 2016; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari 2014, spec. p. 11 ss.; A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in www.costituzionalismo.it, 2016, n. 1, p. 1 ss.; P. CHIARELLA, *Solidarietà e diritti sociali. Aspetti di filosofia del diritto e prassi normative*, Cedam, Padova, 2017; A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 2; ID., *Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2019, n. 2.

³⁵ Già la legge n. 54 del 2006, laddove modificava l'art. 155, comma 3, c.c., stabilendo che "la potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori", obbligava il giudice a considerare l'affidamento condiviso come soluzione prioritaria, relegando l'affidamento cosiddetto monogenitoriale ad ipotesi eccezionale.

giunti all'esito di un percorso di mediazione familiare. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, ivi compreso, in caso di temporanea impossibilità di affidare il minore ad uno dei genitori, l'affidamento familiare”.

A norma dell'art. 337-ter, comma 3, c.c. l'esercizio della responsabilità genitoriale spetta ad entrambi i genitori e le decisioni di maggior interesse in materia di istruzione, educazione, salute devono essere prese di comune accordo.

Come visto, l'affidamento esclusivo rimane una eccezione alla regola generale dell'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale e può essere disposto esclusivamente nell'interesse del minore³⁶.

Nell'ottica della condivisione progettuale della gestione familiare, sono stati recentemente potenziati e introdotti alcuni istituti, quali rispettivamente la mediazione familiare e il piano genitoriale, che si inseriscono nell'ambito della crisi familiare al fine di gestire la crisi e prevenire possibili danni a discapito dei figli.

Il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, modificato poi dalla legge del 29 dicembre 2022, n. 197, ha potenziato la specializzazione del giudice competente (si veda l'introduzione del Tribunale per la famiglia, i minori e le persone), delle figure professionali incaricate di prendersi cura della famiglia nel momento della crisi (tra queste si ricordano, in particolare, il mediatore familiare, riconosciuto adesso professionalmente e processualmente, e il coordinatore familiare, figura professionale assai diffusa negli Stati Uniti e in Canada e impiegata quando si verificano situazioni di alta conflittualità tali da rendere non mediabili e non altrimenti gestibili i contrasti genitoriali) e ha valorizzato e introdotto alcuni istituti fondamentali nella gestione delle crisi (si pensi alla valorizzazione della mediazione familiare, del diritto del minore di essere ascoltato e all'introduzione del c.d. piano genitoriale, previsto dall'art. 473-bis.12, ult. comma, c.p.c.).

³⁶ Si veda, *ex multis*, Cass. civ., sez. I, 18 giugno del 2008, n. 16593 dove viene affermato che: “In tema di separazione personale dei coniugi, alla regola dell'affidamento condiviso dei figli può derogarsi solo ove la sua applicazione risulti pregiudizievole per l'interesse del minore, con la duplice conseguenza che l'eventuale pronuncia di affidamento esclusivo dovrà essere sorretta da una motivazione non solo più in positivo sulla idoneità del genitore affidatario, ma anche in negativo sull'inidoneità educativa ovvero manifesta carenza dell'altro genitore”. La giurisprudenza della Suprema Corte ha poi ribadito che i provvedimenti che dispongono l'affidamento esclusivo devono essere specificamente motivati sul punto relativo al “pregiudizio potenzialmente arrecato ai figli da un affidamento condiviso” sia anche “all'idoneità educativa o alla manifesta carenza dell'altro genitore” (cfr. Cass. civ. n. 27 del 2017).

Occorre qui specificare che corre una distinzione specifica fra 'affidamento esclusivo' e 'affidamento c.d. superesclusivo' che consente una assunzione disgiunta delle decisioni nelle materie di maggiore interesse del figlio da parte del genitore cui il giudice ha affidato il minore. In materia di 'affidamento c.d. superesclusivo', nell'applicazione dell'art. 337-quater c.c., il Tribunale di Milano, con l'ordinanza del 20 marzo 2014, *ex art. 708 c.p.c.*, ha disposto che al genitore affidatario competessero in esclusiva anche le decisioni di maggiore importanza inerenti il figlio minore, tenendo, ovviamente, in conto le sue capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni.

Capitolo I

LA TUTELA COSTITUZIONALE DEL MINORE

Sommario: 1. Uno ‘statuto costituzionale’ del minore d’età. – 1.1. Il dibattito in Assemblea costituente. – 1.2. La giurisprudenza costituzionale sul *favor minoris*. – 2. Le fonti normative sovranazionali in materia di tutela dei diritti dei minori. – 2.1. La Convenzione Onu sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza. – 3. I due strumenti principali della tutela costituzionale del minore nella prospettiva relazionale. – 3.1. Il diritto del minore di essere ascoltato. – 3.1.1. *Segue*: nella giurisprudenza costituzionale. – 3.2. Il principio del preminente interesse del minore. – 3.2.1. *Segue*: nella giurisprudenza costituzionale. – 4. La tutela del minore nella giurisprudenza sovranazionale. – 4.1. La tutela del minore nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. – 4.2. La tutela del minore nella giurisprudenza della Corte Edu.

1. Uno ‘statuto costituzionale’ del minore d’età

La tutela costituzionale del minore viene delineata nelle disposizioni degli artt. 30 e 31 Cost., letti in combinato con gli artt. 2 e 3 Cost., che possiedono un contenuto eminentemente relazionale consentendo la collocazione di tale tutela primariamente all’interno delle formazioni sociali più rilevanti e, in particolare, nella famiglia.

Il principio personalista¹ implica che le garanzie previste siano attribuite con-

¹ Il personalismo costituzionale trova fondamento negli artt. 2 e 3 Cost. dove si chiarisce la centralità della persona considerata come titolare di diritti anteriori a qualsiasi riconoscimento statale, si vedano V. ONIDA, *Costituzione italiana*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1990, pp. 29-30; V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione. Art. 2. Principio personalista*, Cedam, Padova, 2008, p. 10, dove si fa riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 167 del 1999 che ribadisce che si tratta di un principio che “pone come fine ultimo dell’organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana”; cfr. anche A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in L. VENTURA, A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 168 e 195 ss.; cfr. A. VEDASCHI, *Il principio personalista*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 222; E. ROSSI, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2019, p. 54; M. CARTABIA, *I titolari dei diritti fondamentali: a) i singoli e le formazioni sociali. Il principio personalista*, in V. ONIDA, M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Compendio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2014; G. D’AMICO, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità poli-*

siderando la centralità della persona nell'ordinamento, la cui soggettività è ritenuta trascendere il criterio dell'età, e include una tutela maggiormente incisiva e ricorrenza al fatto che le garanzie costituzionali previste sono funzionali al 'pieno sviluppo della persona umana' e, quindi, nello specifico che ci occupa, alla crescita del minore, in una misura che possiamo ritenere più ampia e distinta, sia qualitativamente che quantitativamente, rispetto a quanto si può richiedere per un adulto².

Come affermato in una già menzionata sentenza degli inizi degli anni Ottanta del Novecento, redatta da Leopoldo Elia, 'il pieno sviluppo della persona umana' assume il significato dell'obiettivo ultimo delle norme poste a tutela del minore che devono essere, dunque, lette, interpretate e applicate secondo quella specifica cifra³.

Tutti i diritti stabiliti in Costituzione devono essere ricondotti al minore attraverso quella peculiare lente del 'personalismo relazionale' che ci viene fornita dal dettato costituzionale e dalla lettura chiarificatrice della Corte costituzionale⁴.

La Costituzione repubblicana ha registrato trasformazioni rilevanti nella coscienza sociale anche nell'individuazione di una specifica soggettività del minore.

La tutela costituzionale del minore scaturisce, infatti, dagli artt. 2, 3, 30, 31 Cost., sulla cui base si sono sviluppate norme specifiche nei rispettivi settori⁵.

Il minore viene tutelato, quindi, non quanto soggetto astratto di diritto ma in qualità di figlio – art. 30 –, lavoratore – art. 37 commi 2 e 3 –, studente – art. 34 –, ecc., ossia in quanto appartenente alle varie comunità di persone cui può contribuire e che possono contribuire al suo sviluppo.

In particolare, nell'art. 30, comma 1, art. 31, comma 2, letti in combinato con

tica, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immagina la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea costituente*, FrancoAngeli, Milano, 2018, p. 105 ss.

² Cfr. G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Cedam, Padova, 2015; G. DE MINICO, *Il favor constitutionis e il minore: realtà o fantasia?*, in A. CIANCIO, G. DE MINICO, G. DEMURO, F. DONATI, M. VILLONE (a cura di), *Nuovi mezzi di comunicazione e identità. Omologazione o diversità?*, Aracne, Roma, 2012, p. 162. Sul tema, cfr. anche F. MODUGNO, *Breve discorso intorno all'uguaglianza. Studio di una casistica: i minori e i nuovi media*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014, n. 1.

³ Si veda la sentenza n. 11 del 1981 della Corte costituzionale, par. n. 6 del considerato in diritto.

⁴ Si veda, in particolare, la sentenza della Corte costituzionale n. 79 del 2022, su cui si rinvia *infra*.

⁵ Si pensi alla tutela del lavoro minorile contenuta in specifiche normative di settore. La normativa giuslavoristica, ad es., è molto ampia, ma qui basti fare riferimento alla legge n. 977 del 1967 a tutela del lavoro minorile, poi modificata dal d.lgs. 4 agosto 1999, n. 345, in seguito integrato e modificato dal d.lgs. n. 262 del 2000, che, nel recepimento della direttiva 94/33/CE, relativa alla "protezione dei giovani sul lavoro", ha fissato i requisiti necessari affinché si possa instaurare un rapporto di lavoro con un minore, ossia il compimento del quindicesimo anno d'età e l'assolvimento dell'obbligo di istruzione e formazione (prevalente sul primo). Inoltre, la normativa, in materia di prevenzione dei rischi derivanti dal lavoro dei minori, trova il suo fondamento nella legge n. 977 del 1967, che elenca, all'allegato I, una serie di attività vietate ai minori di 18 anni. L'elenco di questi processi e lavori è stato novellato poi dal d.lgs. n. 345 del 1999 e dal d.lgs. n. 39 del 2016.

gli artt. 2 e 3 Cost., rintracciamo una sorta di “statuto dei diritti costituzionali del minore”, il cui fine ultimo è quello di garantire il soddisfacimento di tutte le esigenze di cura della sua persona in aggiunta al semplice mantenimento di tipo materiale.

L’art. 30, comma 1, Cost. collega l’insorgere di diritti e doveri dei genitori al fatto della nascita e quindi, consequenzialmente, conferisce un rilievo normativo al fatto della procreazione e alla connessione genetica esistente fra genitori e figli⁶. Il comma 2 dell’art. 30 Cost. prevede, poi, che “nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti”.

In tali casi, l’ordinamento prevede l’attivazione di istituti a tutela del minore, quali, a titolo di esempio, l’adozione, l’affidamento, la nomina di un tutore, l’intervento attivo dei servizi sociali.

La Costituzione, quindi, delinea uno ‘statuto dei minori’ che, per la prima volta nel nostro ordinamento, ha inteso proteggere gli interessi e i diritti dei minori⁷, che si può affermare abbia tratto origine, secondo alcuni, dal combinato disposto degli artt. 2 e 30 Cost.⁸, mentre, secondo altri, il portato di innovazione nella concezione del minore a cui ha contribuito la Costituzione, determinato dall’affermazione dei diritti inviolabili, dell’uguaglianza sostanziale e della speciale protezione di cui necessitano bambini e adolescenti, ha consentito di mettere “in chiara luce i limiti di una legislazione minorile ispirata a una logica alienante e discriminatoria”⁹.

Per effetto della interpretazione degli artt. 2, 3, 13, 30 e 31 Cost., emerge la generale soggettività giuridica del minore, intesa quale attitudine ad essere titolare

⁶ Sull’art. 30 Cost., si vedano E. LAMARQUE, *Art. 30*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006; L. CALIFANO, *La famiglia e i figli nella Costituzione italiana*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, III, Giappichelli, Torino, 2006; G. MATUCCI, *Articolo 30*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. I, il Mulino, Bologna, 2018; V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione. Art. 30*, Cedam, Padova, 2008; A. D’ALOIA, A. ROMANO, *I figli e la responsabilità genitoriale nella Costituzione (art. 30)*, in G.F. BASIN, G. BONILINI, P. CENDON, M. CONFORTINI, *Codice commentato dei minori e dei soggetti deboli*, Utet, Torino, 2011.

⁷ Cfr. M. BESSONE, *Art. 30-Art. 31*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1976, p. 76; S. SILEONI, *L’autodeterminazione del minore tra tutela della famiglia e tutela dalla famiglia*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, n. 3, p. 607 ss.

⁸ È un orientamento che si ricava dalla lettura di P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, Cedam, Padova, 1966, pp. 25 ss. e 201 ss.; P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna, 1984, p. 369 ss.

⁹ Cfr. L. CASSETTI, *Art. 31*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet, Torino, 2006, p. 648; A. D’ALOIA, A. ROMANO, *I figli e la responsabilità genitoriale nella Costituzione (art. 30)*, in G.F. BASIN, G. BONILINI, P. CENDON, M. CONFORTINI, *Codice commentato dei minori e dei soggetti deboli*, Utet, Torino, 2011.