

# L'interesse del minore nella cultura giuridica e nella pratica

di Paola Ronfani

## 1. *Una nozione magica*

Le legislazioni familiari e minorili dei paesi occidentali, così come le legislazioni sociali, hanno accolto quale loro principio cardine l'interesse del minore: questo interesse, nei confronti degli interessi degli adulti, ed in primo luogo dei genitori, è considerato, seguendo le differenti specificazioni richiamate nelle varie disposizioni di legge, 'superiore', 'esclusivo', 'preminente', 'oggetto di primaria considerazione'. L'interesse del minore ha anche avuto un riconoscimento internazionale nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia del 1989, in particolare all'articolo 3 dove si afferma che: «In tutte le azioni riguardanti bambini/e, se avviate da istituzioni di assistenza sociale, private o pubbliche, tribunali, autorità amministrative o corpi legislativi, i maggiori interessi del bambino/a devono costituire oggetto di primaria considerazione».

Va peraltro ricordato che anche nelle legislazioni precedenti le grandi riforme degli anni sessanta e settanta, che hanno ridisegnato la regolazione giuridica della famiglia nella quasi generalità dei paesi occidentali, era possibile ritrovare riferimenti all'interesse del minore. Così, nella cultura giuridica, sin dal secolo scorso, l'incapacità di agire trovava la sua giustificazione proprio in tale interesse e la decadenza della patria potestà era considerata «non tanto una sanzione nei confronti del genitore quanto piuttosto una misura di protezione del minore». <sup>1</sup> Vero è

\* *Presentato dall'Istituto di Sociologia.*

<sup>1</sup> Rubellin-Devichi, *Il principio dell'interesse del minore nel diritto e nella*

che, in origine, si trattava assai più che dell'interesse del minore in quanto individuo singolo, di un interesse di portata generale, riferito all'infanzia nel suo complesso, ispiratore delle varie leggi di tutela sul lavoro minorile, sul baliatico, sull'istruzione obbligatoria, come pure dei provvedimenti nei confronti delle famiglie indigenti. Sul piano del diritto internazionale, va anche ricordato che un richiamo all'interesse del minore era presente già nella Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959 laddove si affermava che «il superiore interesse del fanciullo deve essere la guida di coloro che hanno la responsabilità della sua educazione e del suo orientamento», precisando altresì che «tale responsabilità incombe in primo luogo sui suoi genitori» (principio settimo).

Nel linguaggio giuridico, l'interesse del minore può essere definito una clausola o un principio generale; altri principi generali reggono la legislazione familiare, quali l'uguaglianza, la parità e l'autonomia decisionale dei coniugi, la solidarietà, la parità di trattamento fra i figli, ma il riferimento all'interesse del minore è di gran lunga il più frequente. Caratteristica di tali clausole o principi è di presentarsi all'interprete, il giudice o l'operatore sociale, come delle «scatole vuote», che «non disciplinano analiticamente una situazione, ma si riferiscono a nozioni modellate sulla realtà delle relazioni sociali e destinate a variare col tempo»<sup>2</sup>. In definitiva, poiché, da un lato, il «loro significato non è determinabile in astratto, ma solo in concreto e solo in concreto se ne può intendere la portata»<sup>3</sup> e, dall'altro lato, il loro contenuto è, per definizione, variabile, prestandosi, quindi, anche alla possibilità di interpretazioni contraddittorie, l'attuazione dei principi generali, e segnatamente dell'interesse del minore di cui ora ci occupiamo, risulta essere del tutto dipendente dal contesto socio-culturale di riferimento e dal modello di valori dell'interprete. È quindi evidente il rischio che dell'interesse del minore si possa fare un uso valutativo e arbitrario. Altrimenti detto vi è il pericolo che l'interesse del minore, proprio

*giurisprudenza francesi*, in *L'interesse del minore nella legge e nella pratica. Esperienze nazionali a confronto*, a cura di V. Pocar, P. Ronfani, Milano, Guerini scientifica 1996, p. 71-72.

<sup>2</sup> S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino 1995, p. 140.

<sup>3</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi 1992, p. 149.

per il suo carattere di principio dal contenuto vago ed indeterminato, oltre che variabile, si presti a divenire un tramite per l'affermazione di orientamenti ideologici sulle relazioni familiari e genitoriali e sui modelli educativi e pedagogici.

Jean Carbonnier, eminente civilista e sociologo del diritto, ha efficacemente sintetizzato nei seguenti termini le caratteristiche pregnanti dell'interesse del minore, e i possibili effetti dell'attuale tendenza, rinvenibile nella pratica giudiziaria, di richiamarsi con abituale e assidua frequenza a tale principio: «L'interesse del minore è la nozione magica. Per quanto sia contemplato dalla legge, ciò che non viene previsto è l'abuso che se ne fa oggi. Al limite, essa finirebbe col rendere superflui tutti gli istituti del diritto della famiglia. Eppure, nulla è più sfuggente, più adatto a favorire l'arbitrio giudiziario»<sup>4</sup>.

Invero, quando si riflette sugli orientamenti e le opinioni che la cultura giuridica ha espresso attorno all'interesse del minore e si analizzano i modi in cui tale principio è stato usato nella pratica dai vari operatori ed in primo luogo dal giudice, la suggestiva definizione di 'nozione magica' assume una duplice valenza: non solo ci mostra che, come dice Carbonnier, l'interesse del minore consente all'interprete che se ne avvale, da un lato, di affermare posizioni dal chiaro segno ideologico e, dall'altro lato, su un piano più generale, persino di rimodellare l'intero edificio della legislazione familiare, ma indica altresì che tale medesimo interesse può anche essere visto come un grande contenitore nel quale si mescolano problemi di diversa natura e portata, quali, fra gli altri: il rapporto fra sfera pubblica e sfera privata per ciò che concerne la cura e l'educazione dei minori, la visione della minore età e dello statuto del soggetto minorenne, il ruolo e le funzioni del giudice nel conflitto fra gli interessi di adulti e bambini (in particolare fra i genitori ed i loro figli), i rapporti fra gli operatori di diversa professionalità chiamati ad individuare in concreto l'interesse del minore. Sotto questo aspetto, quindi, ben sembrerebbe attagliarsi l'altra definizione che alcuni studiosi, con un opportuno adattamento di quella

<sup>4</sup> J. Carbonnier, *Droit civil, I, 2, La famille, les incapacités*, Parigi, PUF 1969, p. 370.

ideata da Carbonnier, hanno dato dell'interesse del minore come «pozione magica»<sup>5</sup>.

Nelle pagine che seguono cercheremo di vedere come il significato dell'interesse del minore possa essere compreso con riferimento ad alcuni di questi problemi. Prima di ciò è però opportuno esporre alcune considerazioni in ordine alla controversa questione dello statuto giuridico del soggetto minore, e più in particolare dei diritti del minore, questione alla quale il problema dell'interesse del minore è strettamente connesso, non foss'altro perché tale interesse, come meglio preciseremo, può essere richiamato proprio per «offuscare e nascondere i suoi diritti»<sup>6</sup>.

## 2. La minore età

La concezione tradizionale della minore età era modellata sulla proprietà ed era, di conseguenza, soprattutto rilevante ai fini di «limitare la capacità negoziale del soggetto», cioè la sua capacità di partecipare agli scambi ed alle contrattazioni nel mercato<sup>7</sup>. Correlate a questa visione erano, appunto, l'idea del minore come oggetto di proprietà dei genitori e l'irrilevanza dell'attenzione prestata ai suoi bisogni materiali e psicologici. Peraltro, come si sa, tale idea aveva trovato illustri smentite già nel pensiero degli illuministi: basti ricordare come Locke, negando che in alcun modo i figli potessero appartenere ai padri, sostenesse che i genitori hanno l'obbligo di proteggere e curare amorevolmente i propri figli.

La visione che si andò in seguito affermando e che ispirò la giustizia minorile sin dal suo sorgere ed è ancora, nei suoi tratti portanti, rinvenibile nelle attuali legislazioni sulla famiglia è quella ben nota del minore come soggetto da proteggere, in primo luogo nei confronti di se stesso, dalle possibili conse-

<sup>5</sup> I. Théry, *Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique?*, «Esprit» 1992, pp. 5-30; M. King, *I diritti del bambino, ovvero la magia del diritto*, «Sociologia del diritto» 3, 1993, pp. 25-44.

<sup>6</sup> J. Rubellin-Devichi, *op. cit.*, p. 70.

<sup>7</sup> M.R. Ferrarese, *Giuridificazione e diritto minorile*, «Politica del diritto» 1, 1990, p. 65.

guenze negative delle sue scelte, perché debole, immaturo, non ancora capace di autonomia decisionale. In questa visione, il genitore ha innanzitutto dei doveri e non già dei poteri nei confronti dei figli. E se di diritto dei genitori si può parlare è solo intendendolo come un diritto 'funzionale', rivolto all'assolvimento, appunto, dei doveri di mantenimento, cura ed educazione.

Le legislazioni minorili e familiari contemporanee hanno pertanto recepito un orientamento di tipo puerocentrico, reso ancora più manifesto dalla prescrizione, che nella nostra riforma del diritto di famiglia è stata enunciata in una norma di legge, in base alla quale l'educazione deve essere impartita seguendo le inclinazioni naturali e le aspirazioni del minore medesimo. In altre parole, in queste legislazioni è accolta l'idea che la potestà dei genitori lungi dall'essere un diritto assoluto deve essere esercitata nell'interesse dei figli. Strettamente correlata alla prescrizione che sia necessario tenere conto, nell'esercizio della funzione genitoriale, delle preferenze e delle attitudini dei figli, è il convincimento che essi debbono essere messi in grado di esprimere tali preferenze ed attitudini, le quali debbono essere prese in seria considerazione da chi è chiamato a compiere delle scelte 'in funzione' del minore.

Si delinea, in tal modo, l'immagine di un soggetto minorenne dipendente ed autonomo al tempo stesso. Questa immagine che non è, come ovvio, scevra di problemi, è stata sostanzialmente recepita anche nella Convenzione ONU. Il documento internazionale, peraltro, ha anche affermato che il minore è soggetto di diritti, e la sua evidente finalità è quella di estendere al bambino i medesimi diritti civili, in particolare i diritti di libertà, e i medesimi diritti sociali proclamati nelle Dichiarazioni sui diritti umani. Accanto a tale enunciazione di diritti soggettivi sono poi contemplate nella Convenzione misure di tutela, riferibili entrambe a due principi cardine: il ruolo primario riconosciuto alla famiglia nella cura e nell'educazione dei minori e, appunto, l'interesse del minore che, come si è detto, deve costituire 'oggetto di primaria considerazione' in tutte le azioni riguardanti i bambini.

L'idea del minore come soggetto al quale attribuire la titolarità di situazioni giuridiche soggettive è ormai ampiamente diffusa nella cultura giuridica ed è stata espressa con particolare

incisività in alcuni orientamenti critici in base ai quali lo statuto giuridico del soggetto minorene enunciato nelle attuali legislazioni recepisce ancora, in buona sostanza, una visione del minore «non già quale soggetto di diritti, bensì quale destinatario incidentale di una serie di decisioni altrui», giacché la gestione dei suoi interessi è affidata ad altri e le sue manifestazioni di volontà, nella grande maggioranza, non producono alcun effetto giuridico<sup>8</sup>.

Anche l'idea del bambino titolare di diritti sociali e civili (del bambino cittadino, come anche oggi si dice, dimenticando peraltro che, ancora, non gli sono stati riconosciuti i diritti politici) si presta ad alcune considerazioni. In primo luogo, va sottolineato che nell'ordinamento giuridico al minore non è riconosciuta la capacità di agire, cioè di azionare direttamente i propri diritti. Il principio dell'incapacità non è tuttavia assoluto ed, in particolare, va ricordato che, nella maggioranza degli ordinamenti giuridici, a partire dal raggiungimento di specifiche età, l'adolescente è legittimato a compiere determinati atti: nella nostra legislazione, ad esempio, può riconoscere un figlio naturale, acconsentire al riconoscimento tardivo del genitore, prestare il proprio consenso all'adozione ed altri atti ancora, comunque, nell'insieme, in numero alquanto limitato. Sotto questo aspetto, sono da menzionare alcuni orientamenti attuali della cultura giuridica, recepiti in alcuni ordinamenti stranieri, i quali propongono di intendere la minore età non in modo uniforme, bensì come suddivisa in fasce di età, contraddistinte da livelli crescenti di capacità giuridica. Tuttavia, non vi è concordanza di opinioni sui criteri che dovrebbero essere utilizzati per stabilire tali fasce attorno alle quali rifondare lo statuto della minore età: criteri rigidi, o al contrario, elastici sulla base della discrezionalità dell'interprete, come la bipartizione in minori 'piccoli' e minori 'grandi', questi ultimi caratterizzandosi, rispetto ai primi, dall'acquisizione di un sufficiente grado di maturazione e di capacità di autodeterminazione?

Una posizione radicale, sostenuta nell'ambito del cosiddetto

<sup>8</sup> P. Cendon, L. Gaudino, *I problemi generali*, in *I bambini e i loro diritti*, a cura di P. Cendon, Bologna, Il Mulino 1991, p. 58.

orientamento 'liberazionista' ritiene poi che la regola stessa della minore età, e quella correlata dell'incapacità di agire, vadano abolite. Questa posizione, per la quale è chiaro che l'incapacità di agire non è affatto uno strumento di tutela, bensì di discriminazione, di diseguaglianza e di subordinazione<sup>9</sup>, sostiene l'estensione di tutti i diritti degli adulti ai minori, compresi i diritti politici, allo scopo di consentire ai bambini di far valere la loro voce, le loro rivendicazioni, nei confronti dei governanti.

La visione della minore età oggi più diffusa fa comunque riferimento ancora al paradigma della differenza (fra soggetti di minore e di maggiore età) e della tutela pur nell'accentuazione dell'importanza di accordare ai minori crescenti ambiti dove manifestare, sotto la vigilanza degli adulti, la propria autonomia decisionale, e dell'importanza che gli adulti si facciano vieppiù portavoci degli interessi dei bambini più piccoli quando ancora non riescono ad esprimerli in modo compiuto. Una visione siffatta, ad esempio, sembra essere stata recepita nel progetto di legge presentata nel 1994 dal Dipartimento per gli Affari sociali della Presidenza del Consiglio dell'allora governo Ciampi, col titolo «Principi di tutela dei diritti dei minori», laddove si afferma che: «Al minore deve essere assicurato, in quanto compatibile con la minore età, il godimento effettivo dei diritti e delle libertà costituzionali» senza alcuna discriminazione di carattere razziale, sociale, religioso, morale o di altra natura (principio II).

La convinzione prevalente nella cultura giuridica minorile sembra dunque essere che, come è stato efficacemente detto, i bambini non debbano essere abbandonati ai loro diritti<sup>10</sup>. L'interesse del minore è appunto, in questo contesto, lo strumento che dovrebbe consentire ciò, ma, come già è ricordato, non va dimenticato che il ricorso a questo medesimo strumento, soprattutto quando è affidato ad una eccessiva discrezionalità dell'interprete, o avviene in un contesto di 'paternalismo giudiziario', comporta anche un rischio: quello di offuscare o nascondere i diritti del minore.

<sup>9</sup> *The Rights of Children*, a cura di B. Franklin, Oxford, Basil Blackwell 1986.

<sup>10</sup> M. Freeman, *Taking Children's Rights More Seriously*, «International Journal of Law and the Family» 1, 1992, p. 66.

### 3. *L'interesse del minore fra sfera pubblica e sfera privata*

Vediamo ora di chiarire come l'interesse del minore, con le sue diverse interpretazioni, possa rappresentare una chiave di lettura del rapporto fra pubblico e privato nelle relazioni familiari e genitoriali.

Come già si è ricordato, l'interesse del minore ha un ruolo centrale nelle legislazioni contemporanee familiari e minorili, come pure nei sistemi assistenziali dei paesi occidentali, rappresentando il principio cardine dei modelli di regolazione giuridica e degli interventi di politica sociale nei confronti della famiglia e dei minori. A grandi linee, si può affermare che le attuali legislazioni familiari, da un lato, hanno rinunciato a proporre un modello istituzionale di famiglia come anche, più in generale, un qualche altro ben definito modello, dando ampio riconoscimento all'autonomia ed alla libertà dei suoi singoli componenti, per ciò che concerne in particolare i rapporti fra i coniugi, dall'altro lato, per ciò che concerne più specificamente i rapporti fra i genitori e i figli, hanno abbandonato il modello patriarcale ed autoritario a favore di un modello partecipativo e democratico. Va inoltre detto che tali legislazioni, se pur riconoscono gli autonomi interessi dei singoli componenti della famiglia, attribuiscono però una indubbia posizione di privilegio a quella dei minori. In particolare, l'interesse dei figli è posto come un limite alla libertà dei genitori nella gestione della vita familiare e nella decisione di porre fine al matrimonio e la potestà genitoriale, intesa come un diritto funzionale, viene regolata sottolineando il complesso di doveri attribuiti ai genitori medesimi per crescere ed educare i figli nel rispetto dei loro bisogni, dei loro interessi e delle loro inclinazioni.

In queste medesime legislazioni la famiglia è considerata come l'ambiente ottimale per la realizzazione dell'interesse del minore e pertanto ai genitori è riconosciuto il diritto-dovere di individuare ed attuare il progetto educativo nei confronti dei figli. Lo Stato si riserva, dunque, un ruolo sussidiario nei confronti nell'educazione dei minori, nel rispetto, come si dice, dei diritti della famiglia, ma il suo intervento si impone in ogni caso, a tutela dei componenti più deboli, qualora il progetto educativo, affidato ai genitori, non fosse ritenuto rispondente all'interesse dei figli. Talché si può dire che questo medesimo inte-



resse si configura, nell'ambito di una relazione afferente alla sfera privata, quale è, appunto, la relazione fra genitori e figli, come un elemento rilevante per la sfera pubblica. È stato anche osservato che il diritto, o meglio ancora l'interesse legittimo, dei genitori a svolgere le funzioni educative può essere garantito solo in tanto in quanto coincida con l'interesse pubblico, rappresentato dall'interesse del minore<sup>11</sup>.

A questo proposito, si deve sottolineare che se, come si è ora ricordato, la regolazione giuridica dei rapporti fra i coniugi si è oggi fortemente ridotta in un contesto di sostanziale rispetto dell'autonomia dei privati e del pluralismo delle scelte nelle relazioni familiari, la regolazione dei rapporti di filiazione ha invece ampliato la sua sfera di azione. In tal modo, l'interesse del minore si presta ad essere interpretato come il momento fondamentale del controllo sulla sfera privata da parte di quella pubblica, come il mezzo privilegiato di cui, nell'attuale dinamica caratterizzata, come si è detto, da una crescente privatizzazione e degiuridicizzazione delle relazioni familiari, lo Stato può avvalersi per controllare e regolare non solo le funzioni genitoriali, ma anche tali medesime relazioni. Non sarebbe, quindi, oggi venuta meno, bensì avrebbe solo cambiato forme e modi di attuazione, senza peraltro diventare per questo meno incisiva, la tradizionale funzione di controllo dello Stato sulla famiglia, funzione che si realizzava nelle legislazioni tradizionali con la configurazione di un ordine interno della famiglia basato su rapporti gerarchici di status, che stabilivano precise e ferme identità giuridiche con riferimento al genere e all'età.

Sempre nell'ambito di questo schema interpretativo, l'interesse del minore è stato visto come «uno strumento di potere» di cui avvalersi per legittimare ideologicamente provvedimenti, decisioni, interventi anche arbitrari o strumentali<sup>12</sup>, che mirano a finalità diverse da quella della protezione del benessere dei bambini. Ad esempio, è stato detto che la regolazione giuridica della riproduzione assistita quando propone divieti e limiti nei con-

<sup>11</sup> P. Vercellone, *Relazione introduttiva*, in *Le procedure giudiziarie civili a tutela dell'interesse del minore*, a cura di P. Dusi, Milano, Giuffrè 1990, p. 89.

<sup>12</sup> A. Devillé, *L'interesse del minore. Diritto e prassi in Belgio*, in *L'interesse del minore nella legge e nella pratica*, cit., p. 38.

fronti degli adulti suoi potenziali fruitori, in particolare delle donne, asserendo il diritto dei bambini di venire al mondo in una famiglia 'normale' composta da entrambi i genitori, in realtà mira ad imporre regole per la procreazione agli individui discriminandoli altresì sulla base del genere<sup>13</sup>.

Ancora l'interesse del minore è stato visto come uno strumento che, proprio a ragione del suo contenuto indeterminato e aperto, da un lato, consente nel dibattito politico e nelle scelte legislative la realizzazione di «una convergenza superficiale fra i sostenitori di concezioni alquanto divergenti in materia familiare», e dall'altro lato, legittima la scelta del legislatore di proporre modelli di regolazione delle relazioni familiari e minorili di portata generale, delegando all'interprete l'individuazione di tali modelli, con riferimento alle specifiche situazioni sociali e culturali, in un contesto, quindi di sostanziale pluralismo. Sotto questo aspetto, l'interesse del minore rappresenterebbe, pertanto, una sorta di «rifugio normativo», per il legislatore<sup>14</sup>, che si è orientato, come già si è detto, a proporre regole elastiche, adattabili alle esigenze dell'autonomia dei componenti della famiglia, ma potrebbe anche rappresentare, secondo un'altra interpretazione, il tentativo di ricercare «nuovi compromessi fra la soddisfazione degli interessi individuali e la tutela del bene collettivo<sup>15</sup>.

In questo contesto, è quindi inevitabile che il richiamo all'interesse del minore comporti un'espansione della discrezionalità dell'interprete, discrezionalità che è circoscritta da ben pochi criteri-guida, come meglio specificheremo più avanti, atti a far sì che il principio dell'interesse del minore, il quale, è opportuno ricordarlo ancora, è in definitiva uno dei pilastri portanti, se non l'unico, della legislazione familiare e minorile, non si presti ad una gamma eccessiva di interpretazioni, che, come più volte si è sottolineato, possono anche sconfinare nell'arbitrio e co-

<sup>13</sup> G. Zuffa, *L'offuscamento della laicità*, «Critica Liberale» aprile 1995, pp. 52-54.

<sup>14</sup> A. Devillé, *op. cit.*, p. 44.

<sup>15</sup> J. Commaille, *La regolazione della famiglia francese: definizioni complesse dei rapporti pubblico-privato*, in *Forme delle famiglie, forme del diritto. Mutamenti della famiglia e delle istituzioni nell'Europa occidentale*, a cura di V. Pocar, P. Ronfani, Milano, Angeli 1991, p. 83.

munque aprire lo spazio a valutazioni di natura meramente soggettiva. A questo proposito, è interessante chiedersi se è possibile individuare qualche definizione, in senso oggettivo, dell'interesse del minore, e qualche criterio atto a limitare la portata, di per sé generalissima, del principio con riferimento alla cultura giuridica, in particolare a quella italiana, e a disposizioni normative, in primo luogo la stessa Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia.

#### 4. *Le diverse interpretazioni*

Le varie definizioni di interesse del minore recate dalla cultura giuridica si caratterizzano per il rinvio, nel tentativo di circoscrivere in qualche modo e di riempire di contenuti più precisi, il 'contenitore vuoto' del principio in questione, ad altri contenitori, quasi altrettanto vaghi ed indeterminati, quali, la maturità, l'autonomia, l'ambiente familiare idoneo, la responsabilità, il progetto educativo. Così, ad esempio, è corrente l'affermazione secondo cui l'interesse del minore coincide con quello di essere educato per poter essere posto in grado di sviluppare una personalità libera e creativa. Ora, rimane aperto il problema di definire le linee di tale progetto educativo, qualora si ritenga che esso non possa essere assolto o venga assolto in modo inadeguato dai genitori, perché si tratta di un progetto variabile, a seconda non solo dei diversi contesti sociali e culturali di riferimento, ma anche più semplicemente delle «ricette della pedagogia dominante»<sup>16</sup>, o comunque della pedagogia più gradita all'operatore che è chiamato ad individuarlo. E si tratta di un problema molto delicato se si considera che tale progetto riguarda l'interesse in divenire di un soggetto in formazione in un futuro incerto. Anche definizioni più scarse e sintetiche, come, ad esempio, quella proposta dalla Cassazione che ha identificato l'interesse del minore nella sua 'salute psicofisica' non fanno avanzare di molto nell'impresa di circoscrivere in senso oggettivo il principio, e in ogni caso, non delimitano i margini di discrezionalità dell'interprete.

<sup>16</sup> J. Rubellin-Devichi, *op. cit.*, p. 79.

Alcune legislazioni straniere, come il *Children Act* inglese del 1989, proprio nell'intento di evitare un eccessivo ampliamento di valutazione di carattere soggettivo ed anche un'eccessiva variabilità ed imprevedibilità nei provvedimenti adottati dai giudici, hanno individuato una serie di fattori che costoro sono tenuti a prendere in considerazione prima di adottare decisioni riferite all'interesse del minore: l'età, il sesso, le condizioni socio-ambientali, le capacità affettive ed educative della famiglia, i desideri, le aspirazioni manifestate dal minore medesimo, ed altri fattori ancora. È peraltro evidente che anche in questi parametri guida sono presenti, con riferimento all'operatore che ha l'obbligo di verificarli, non pochi elementi di soggettività o comunque di indeterminatezza.

Del resto, i tentativi di fornire qualche interpretazione in senso oggettivo dell'interesse del minore sono stati anche sottoposti a critiche da parte di alcuni studiosi per i quali non approdrebbero ad altro che a rozze generalizzazioni attorno al benessere del minore sulla base della visione di quello che è ritenuto essere un 'normale' processo di socializzazione<sup>17</sup>. Se dunque, tentativi in tal senso sarebbero senz'altro da respingersi, andrebbe invece accolta, sempre secondo tali studiosi, la determinazione di alcuni criteri in negativo, di pregiudizi, che non dovrebbero essere tenuti in conto nella valutazione dell'interesse, quali le opinioni religiose o politiche dei genitori ed anche la preferenza alla madre. Peraltro, vedremo più avanti, come secondo altri studiosi, quest'ultimo criterio, lungi dal rappresentare un pregiudizio, costituisca invece un valido criterio-guida per il giudice, che dovrebbe addirittura sostituire quello dell'interesse del minore nei processi decisionali vertenti sull'affidamento dei figli di separati o divorziati.

• Secondo un orientamento diffuso nella cultura giuridica, constatata l'impossibilità di giungere a definire in modo oggettivo l'interesse del minore, ad esso può essere attribuito unicamente un significato soggettivo, ma nel senso che l'interesse deve essere individuato e precisato caso per caso con riferimento allo

<sup>17</sup> J. Eekelaar, *The Interest of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism*, «International Journal of Law and the Family» 8, 1994, pp. 42-43.

specifico minore nelle sue specifiche condizioni di vita. In questa concezione, l'interesse del minore varia beninteso a seconda del variare delle fattispecie concrete, delle situazioni ambientali, delle esperienze e delle personalità dei singoli minori e il giudice, nell'intento di precisarlo, deve necessariamente riferirsi a tutti questi fattori<sup>18</sup>. A tal scopo è inevitabile che le conoscenze ed i metodi investigativi di carattere tecnico-giuridico si allarghino a comprendere altre conoscenze ed altri metodi propri dei saperi e degli approcci culturali di operatori diversi dal giudice ed in particolare, con riferimento soprattutto alla giustizia minorile, dal giudice togato: operatori quali il giudice laico, i consulenti di parte, i periti, gli assistenti sociali, che secondo la legge, sono chiamati attraverso le loro diverse competenze e professionalità a decidere insieme dell'interesse del minore.

Sotto quest'ultimo aspetto, il contenitore dell'interesse del minore viene a comprendere un problema, di carattere più generale e di fondamentale importanza per la giustizia familiare e minorile, quello dei rapporti fra il giudice ed i servizi, e più specificamente del ruolo dei servizi nell'ambito dei procedimenti giudiziari che concernono i minori. Nel contesto specifico del nostro ordinamento giuridico, è noto che vi è carenza di precisazioni attorno a questa delicata questione. La legge sull'adozione del 1983, in particolare, ha previsto ampi interventi da parte dei servizi sociali, attribuendo loro funzioni sia di sostegno sia di controllo, senza però definirli esattamente, così come non ha precisato le modalità della collaborazione fra i giudici ed i servizi. Ne sono risultate incomprensioni e difficoltà di collaborazione fra i due operatori talché, da un lato, i servizi, percependo i compiti di controllo come uno snaturamento del loro ruolo, identificato solo nel sostegno, e come penalizzanti nei confronti delle famiglie, opporrebbero resistenze al loro svolgimento, mentre i giudici, dall'altro lato, tenderebbero a svolgere ruoli vuoi di supplenza vuoi più semplicemente di sostituzione

<sup>18</sup> M. Dogliotti, *L'interesse dei minori nella separazione dei coniugi*, in *Il bambino, l'adolescente e la legge*, a cura di A. Dell'Antonio, G. De Leo, Milano, Giuffrè 1986, pp. 82-83.

dei servizi sociali, sottovalutando altresì nelle loro decisioni i risultati delle inchieste compiute dai servizi medesimi<sup>19</sup>.

Su un piano più generale, il problema della compresenza, nei procedimenti giudiziari concernenti l'interesse del minore, del giudice e dell'operatore dei servizi è stato visto da alcuni studiosi come un'emblematica esemplificazione del processo di colonizzazione del sapere degli esperti da parte del sapere giuridico. Per la precisione, secondo questa interpretazione, l'interesse del minore, individuato sulla base delle conoscenze e delle tecniche di indagini, psicologiche e sociologiche specifiche degli esperti, verrebbe poi ricostruito dal giudice con le categorie che sono specifiche del suo sapere, in particolare sulla base della codificazione binaria, lecito ed illecito, e ricondotto nell'ambito della prospettiva giuridica<sup>20</sup>. A questo orientamento se ne può però accostare un altro che vede in termini rovesciati il problema in questione. Per gli studiosi che sostengono questo secondo orientamento sarebbe piuttosto la prospettiva dei servizi ad avere la meglio, a risultare dominate nel difficile rapporto fra il giudice e gli altri operatori chiamati a definire l'interesse del minore. Sarebbe, pertanto, il linguaggio dei servizi, degli esperti psicologici ed altri, ad essere diventato 'retorica dominante', essendosi verificato uno slittamento del potere decisionale dai giudici o dagli altri professionisti del diritto, come gli avvocati, ai professionisti dell'aiuto.

Una prova del fondamento di queste ultime asserzioni, può essere rinvenuta nella diffusione che hanno trovato presso la cultura dei giudici (per la verità presso i giudici di altri paesi assai più che del nostro) alcuni convincimenti attorno all'interesse del minore sostenuti dagli operatori dei servizi e dagli esperti, quale, ad esempio, nel caso del divorzio, la necessità che i figli, per il loro benessere psicologico ed affettivo, mantengano stabili e continuativi rapporti con entrambi i genitori<sup>21</sup>. Anche con specifico riguardo alla situazione italiana, vi sono alcune valide ragioni per ritenere non priva di fondamento quest'ultima

<sup>19</sup> L. Fadiga, *Quale interazione?*, «Minorigiustizia» 2, 1994, pp. 12-23.

<sup>20</sup> M. King, J. Trowell, *Children's Welfare and the Law. The Limits of Legal Intervention*, Londra, Sage 1992.

<sup>21</sup> A.L. James, *Social Work in Divorce: Welfare Mediation and Justice*, «International Journal of Law and the Family» 3, 1995, pp. 256-273.

ipotesi in base alla quale sarebbe piuttosto il giudice a rimodellare o ad adattare le sue conoscenze tecnico-giuridiche a quelle degli esperti magari anche impadronendosi di qualche 'ricetta' della pedagogia dominante, per accertare e compiere valutazioni in merito, come è stato scritto, «più che ai fatti, al sistema relazionale in cui è inserito il bambino e al suo bisogno evolutivo globale»<sup>22</sup>, allo scopo di giungere ad una decisione che delinea programmi educativi proiettati nel futuro nei confronti di un soggetto in evoluzione inserito in una situazione ambientale e personale anch'essa in evoluzione.

Non va, inoltre, trascurato il fatto che non di rado, e qui il riferimento è specificamente alla situazione italiana, i servizi sociali si rivolgono al giudice per ottenere un provvedimento contenente alcune prescrizioni alla famiglia del minore da loro sollecitate ed auspiccate per poter attuare uno specifico programma di intervento predisposto nell'interesse del minore, che autonomamente, poiché difettano di un potere di coazione, essi non riuscirebbero a realizzare. In questo caso, si potrebbe addirittura sostenere che il giudice svolge una funzione strumentale a quella dei servizi<sup>23</sup>.

In ogni caso, quale che sia l'orientamento con cui si vuole guardare al problema dei rapporti fra giudici, operatori dei servizi ed esperti nell'ambito dei processi decisionali concernenti l'interesse del minore, resta il fatto che in tali rapporti, i quali, è importante ricordarlo, sono voluti dallo stesso legislatore essendo, infatti, previsto che nella giustizia minorile i collegi giudicanti siano composti da giudici togati e da giudici laici, le professionalità dei diversi operatori non solo seguono logiche e metodi diversi, ma possono anche porsi in competizione in modo che ciascun operatore finisce per avocare a sé il ruolo di unico interprete legittimato a dire quale sia l'interesse del minore<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> L. Sacchetti, *Diritti del bambino e diritti degli altri*, «Il diritto di famiglia e delle persone» 1994, p. 1347.

<sup>23</sup> S. Cirillo, M.V. Cipolloni, *L'assistente sociale ruba i bambini?*, Milano, Cortina 1994, cap. IV.

<sup>24</sup> F. Scaparro, *Successo e fallimento della comunicazione nei confronti interdisciplinari*, in *Bambini divisi: i figli dei genitori separati*, a cura di E. Caffo, Milano, Unicopoli 1984, pp. 363-371.

## 5. *L'interesse del minore o dei minori?*

Come si era in precedenza ricordato, anche la Convenzione ONU ha riconosciuto la centralità del principio dell'interesse del minore nel diritto internazionale minorile; non ha però recato chiarimenti circa l'interpretazione del principio, mostrando, anzi, di non intenderlo in un'accezione univoca giacché lo considera «oggetto di primaria considerazione», all'articolo 3 già menzionato, e lo definisce come «la principale preoccupazione» all'articolo 21, in materia di adozione. La prima espressione (*a primary consideration*, nel testo inglese) potrebbe lasciare spazio all'interpretazione per cui, di fronte a situazioni conflittuali, anche altri interessi debbono essere tenuti in conto, in particolare gli interessi di attori i cui diritti pure sono riconosciuti dalla Convenzione, i genitori, le famiglie, le comunità locali. L'articolo 3 della Convenzione apre, però, soprattutto un altro ordine di problemi: l'interesse che deve costituire oggetto di primaria considerazione per il legislatore, le istituzioni socio-assistenziali, gli organi amministrativi e giurisdizionali, va identificato con l'interesse di un singolo specifico minore o dei minori, nel loro insieme, come categoria sociale nel suo complesso? In quest'ultima accezione, l'interesse del minore andrebbe poi interpretato alla luce dei principi della giustizia distributiva, principi, come ben si sa, contrastati ed anche contrastanti, sicché, anche in questo caso, esso potrebbe essere richiamato per giustificare soluzioni divergenti. E, soprattutto, potrebbe accadere che l'interesse dei minori, come gruppo sociale, non corrisponda ed anzi sia addirittura confliggente con quello di un minore particolare con riguardo alla particolare condizione in cui egli si trova.

Si ha un esempio emblematico del conflitto fra le due concezioni di interesse di cui stiamo ora parlando, se si ricorda il 'caso' di Serena Cruz, che tante polemiche e tanti clamori suscitò nel nostro paese qualche anno addietro, dividendo «il pubblico – dall'uomo della strada al presidente della Repubblica – in due 'partiti', nettamente identificati da opposte prese di posizione di senso e di valore»<sup>25</sup>. I giudici del caso Serena si erano trovati, come è noto, di fronte ad una manifesta e palese situa-

<sup>25</sup> G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 192.



zione di illegalità: una bambina filippina era stata introdotta in Italia ed accolta presso una coppia di coniugi in seguito ad un falso riconoscimento di paternità da parte del marito che aveva poi inoltrato domanda di adozione. È anche noto che i giudici decisero di allontanare la bambina dalla famiglia presso la quale era inserita e, dichiarandone lo stato di abbandano, iniziarono le procedure per l'adozione nei confronti di un'altra coppia di coniugi. Essi, invero, nei margini della discrezionalità interpretativa che legge sull'adozione concedeva loro, avrebbero potuto cercare di 'sanare' l'illegalità e quindi lasciare la bambina presso la coppia che l'aveva accolta ed aveva assolto nei suoi confronti le funzioni genitoriali, prendendosi cura di lei e manifestandole affetto. Questa era proprio la decisione che reclamava a gran voce una parte dell'opinione pubblica, identificandola con la 'vera giustizia' e percependo, invece, come sommamente ingiusta la decisione dei giudici<sup>26</sup>.

È chiaro che, secondo quest'ultima posizione, i giudici avrebbero dovuto valutare come preminente su ogni altro l'interesse specifico della singola bambina, che era già stata inserita presso una famiglia e non strapparla di forza, causandole grave sofferenza, da adulti, ormai diventati suoi genitori, che pure avevano commesso un'azione vietata dalla legge (il falso riconoscimento) e, forse, avevano anche posto in essere un atto rientrante nel traffico e commercio illegali di bambini.

Ma vi è un'altra visione dell'interesse del minore, al quale i giudici manifestamente e dichiaratamente avevano fatto riferimento nella loro decisione: l'interesse di tutti i bambini, a non essere ridotti, come si legge nel provvedimento giudiziario, «a merce di scambio, a oggetti di mercato». Ora, come appunto si sottolineò nella decisione, in Italia vi è una legge, quella sull'adozione, che è «una legge provvida e avanzata che difende i bambini contro frodi, sfruttamenti, mercificazioni da parte degli adulti» ed ogni «sconfitta di questa legge è una sconfitta dei bambini e della loro difesa». Nel decidere il caso Serena, i giudici mostrarono quindi di considerare come «oggetto di primaria considerazione», l'interesse, secondo le loro stesse parole, «dei molti bambini che questa legge è destinata a difendere», af-

<sup>26</sup> N. Ginzburg, *Serena Cruz o la vera giustizia*, Torino, Einaudi 1990.

fermando altresì che Serena è «sorella» di questi bambini, «il cui destino non può essere messo in questione proprio dalla soluzione del caso».

Gustavo Zagrebelsky, nel suo libro *Il diritto mite*, dedica ampio spazio all'esame del caso Serena sottolineando, invero, non tanto la contrapposizione fra i due diversi modi di intendere l'interesse del minore ai quali stiamo ora riferendoci, quanto piuttosto la contrapposizione e, per i giudici, l'inconciliabilità dei due 'sensi' della vicenda: il senso individuato nel comportamento illegale degli adulti che andava sanzionato così come prevede la legge, ed il senso dato dalla situazione concreta della bambina, la quale, benché illegalmente, era purtuttavia inserita presso una famiglia che sembrava accudirla con premura ed affetto. Egli conclude affermando che per il dovere di solidarietà (di Serena verso gli altri bambini, che avrebbero potuto, e potrebbero, trovarsi ad essere oggetti di traffici illegali), «si è accollato a qualcuno un peso in vista del bene di un altro (...) per la protezione di tanti bimbi si è ammesso un pericolo per il bene di una bambina»<sup>27</sup>.

Sempre con riferimento all'adozione, sono meritevoli di attenzione e di riflessione gli orientamenti estremamente critici nei confronti dell'adozione 'transrazziale' che negli Stati Uniti ed in Inghilterra hanno recentemente elaborato alcuni gruppi di operatori dei servizi sociali sulla base dell'assunto che il benessere morale e psicologico di bambini appartenenti a minoranze etniche sia strettamente dipendente dalla possibilità di sviluppare un forte senso di appartenenza a tali medesime minoranze e che, pertanto, l'adozione da parte di genitori appartenenti ad etnie diverse da quelle dei minori vada combattuta ed ostacolata sino al punto da preferirvi la collocazione in un istituto. Alcuni giudici hanno fatto proprio questo orientamento, i cui presupposti ideologici di natura anti-universalistica e separazionistica sono evidenti, ed hanno sottratto dei bambini di colore ai genitori bianchi che li avevano in affidamento, per inserirli in famiglie, anch'esse di colore, che apparivano loro maggiormente idonee a garantire l'interesse di questi bambini, interesse che,

<sup>27</sup> G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 198.

visto in prospettiva, avrebbe richiesto, a loro avviso, l'acquisizione di un solido sentimento di identità etnica e culturale<sup>28</sup>.

Queste decisioni sono chiaramente rivelatrici non solo del modo di anteporre all'interesse del singolo specifico minore quello dei minori come gruppo o collettività (nella fattispecie i bambini di determinate etnie), ma anche di un uso strumentale del principio per sostenere un proprio orientamento ideologico: nel caso in questione, un orientamento volto alla difesa ed alla rivendicazione delle differenze etniche e culturali. Naturalmente si potrebbe benissimo trattare anche dell'orientamento opposto, volto, invece, alla rivendicazione dell'eguaglianza e dell'integrazione fra etnie e culture diverse, prescindendo comunque dal ritenere prioritaria la verifica in concreto della situazione specifica del singolo minore.

#### 6. *L'interesse del minore fra autoregolazione e autodeterminazione*

L'indeterminatezza del concetto di interesse del minore, le difficoltà nelle quali si imbattono i tentativi di individuare delle regole atte a circoscrivere l'ambito di discrezionalità che tale principio giocoforza concede all'interprete ed all'operatore chiamati a realizzarlo nella pratica, hanno, in particolare, indotto alcuni studiosi a ritenere che l'interesse del minore non possa essere considerato un valido criterio-guida nelle decisioni sui conflitti che coinvolgono adulti e bambini. In questo contesto, le critiche più radicali sono venute, come è noto, da Jon Elster, il quale nel suo saggio *Solomonic Judgements. Against the Best Interest of the Child*<sup>29</sup> analizza proprio l'uso che di tale principio viene fatto dai giudici nordamericani nei procedimenti di divorzio in materia di affidamento dei figli. Elster ritorna sull'argomento anche nel suo più recente *Local Justice*, in cui l'affidamento è visto come un esempio di «processi allocativi riguar-

<sup>28</sup> P. Hayes, *The Ideological Attack on Transracial Adoption in the USA and Britain*, «International Journal of Law and the Family» 9, 1995, pp. 1-22.

<sup>29</sup> J. Elster, *Solomonic Judgements. Studies in the limitation of rationality*, cap. 3, Cambridge, Cambridge University Press 1989.

danti bambini»<sup>30</sup>, al pari dell'allocazione di sperma per l'inseminazione artificiale, dell'abbinamento dei bambini adottabili con i futuri genitori e dell'ammissione agli asili nido: problemi, tutti, di «giustizia locale», così come vengono intesi dall'autore, che hanno stretta attinenza con la questione più generale dell'interesse del minore.

Secondo Elster, il ricorso a questo principio non consente di giungere a soluzioni razionali, maschera considerazioni di carattere ideologico e politico e, quel che più conta, lungi dal realizzare il benessere dei minori coinvolti, può finire col danneggiarli: i «professionisti in cerca di una soluzione che rappresenti il miglior interesse del bambino possono lavorare contro l'interesse del bambino»<sup>31</sup>. Egli sottolinea soprattutto come i giudici, avvalendosi di tale concetto, contribuiscano ad inasprire il conflitto fra i genitori, i quali si rivolgono ad avvocati, psicologici od altri esperti per dare sostegno alla propria rivendicazione di essere il genitore più idoneo a realizzare l'interesse del figlio. Quest'ultimo poi viene coinvolto, e sovente anche manipolato dai vari soggetti implicati nel processo di divorzio, in lunghe ed estenuanti procedure che possono costargli molte sofferenze e recargli pochi vantaggi.

Elster conclude, pertanto, affermando la convinzione che all'interesse del minore dovrebbero essere preferiti altri criteri: quello, retrospettivo, del genitore che, prima del divorzio, ha dato prova di occuparsi con maggiore frequenza ed assiduità del figlio, quello dell'affidamento congiunto, che conferma la continuazione della pari responsabilità dei genitori anche dopo il divorzio, ma sul cui esito favorevole il giudice non può fare sicure previsioni, e all'estremo, addirittura, lasciare decidere la sorte, con il lancio della moneta, ad eccezione, naturalmente, dei casi in cui vi siano fondate ragioni per ritenere che uno dei genitori non possa degnamente adempiere il proprio ruolo. Su un piano più generale, Elster ritiene comunque che l'individuazione dell'interesse del minore rientri in primo luogo fra le responsabilità dei genitori e che i giudici dovrebbero rispettare eventuali accordi raggiunti autonomamente dai medesimi sulle modalità del-

<sup>30</sup> J. Elster, *Giustizia locale*, Milano, Feltrinelli 1995, p. 52.

<sup>31</sup> *Ivi*, p. 54.

l'affidamento e ciò nella convinzione che, essendo spesso difficile tracciare una distinzione tra interesse, bisogni e diritti dei genitori e quelli dei bambini, le «decisioni sull'affidamento coinvolgono il benessere dei genitori non meno di quello dei bambini e sono prese in una tensione costante tra queste due considerazioni»<sup>32</sup>.

In tal modo, egli si situa su una posizione, già in precedenza sostenuta, fra l'altro, dal sociologo del diritto Robert Mnookin, i cui lavori sugli effetti 'perversi' della recezione del criterio del prevalente interesse del minore nella legislazione sul divorzio e nella prassi dei tribunali<sup>33</sup>, sono ampiamente richiamati nel saggio *Solomonic Judgements*, Mnookin ritiene che le controversie sull'affidamento dei figli nel divorzio andrebbero preferibilmente composte, in un contesto di sostanziale autoregolazione, da parte dei genitori medesimi. Sembrerebbe pertanto che da entrambi gli autori, i diritti dei minori, e i loro interessi, siano visti nella peculiare natura di diritti, ed interessi, relazionali, fondati, cioè sulla «interdipendenza e sulla reciprocità», fra i minori medesimi e gli adulti allevanti, i loro genitori in primo luogo<sup>34</sup>.

A questo proposito, è interessante osservare che i giudici italiani della separazione e del divorzio, secondo quanto risulta da alcune ricerche empiriche realizzate analizzando campioni di sentenze e fascicoli processuali<sup>35</sup>, paiono alquanto restii a fare ampio uso del proprio potere discrezionale nel determinare il genitore affidatario e nel regolare le modalità dell'affidamento. In linea di massima, essi individuano soluzioni sostanzialmente uniformi che prescindono, quindi, dalle particolarità dei singoli casi. Inoltre, tendono piuttosto ad omologare le decisioni prese

<sup>32</sup> *Ivi*, p. 55.

<sup>33</sup> Fra i lavori di Mnookin vedi, in collaborazione con R. Kornhauser, *Bargaining in the shadow of the law*, «Yale Law Journal» 88, 1979, pp. 950-997.

<sup>34</sup> C. Saraceno, *Diritti relazionali e conflitti etici. Riflessioni su famiglie, adozioni, affidi*, «Memoria» 26, 1990, p. 59.

<sup>35</sup> *L'affidamento dei minori nelle separazioni giudiziali. Ricerca interdisciplinare sui criteri di affido in alcuni tribunali italiani*, a cura di A. Dell'Antonio, D. Vicenzi Amato, Milano, Giuffrè 1992; V. Pocar, *Il conflitto coniugale e la risposta istituzionale. Un'indagine sui procedimenti di revisione della separazione personale presso il tribunale di Milano*, «Sociologia del diritto» 3, 1987, pp. 103-133.

dai genitori medesimi, evitando di imporre soluzioni adottate nell'esercizio del proprio potere discrezionale sulla base di personali valutazioni sulle capacità dei genitori a soddisfare l'interesse del minore, ed altresì di regolare dettagliatamente le modalità del diritto di visita. Ne risulta, da parte dei giudici, un diffuso atteggiamento di ridotta ingerenza nelle scelte, privatamente ed autonomamente compiute dai genitori. Inoltre, nell'assenza di un accordo, vengono preferite soluzioni di tipo retrospettivo, per cui si decide di affidare il figlio al genitore col quale aveva fino ad allora vissuto, quasi sempre la madre. Ed è, a questo proposito, interessante ricordare che dalla Corte di Cassazione sono invece venuti ripetuti moniti a che il giudice della separazione o del divorzio, chiamato, per legge, a decidere con riguardo all'esclusivo interesse del minore, non sia non solo vincolato, ma neppure influenzato, da eventuali accordi intercorsi fra i genitori sull'affidamento dei figli.

In definitiva, i giudici italiani, anche se è difficile dire quanto siano mossi dall'effettiva consapevolezza di non poter giungere attraverso le loro valutazioni sull'interesse del minore a decisioni razionali o, comunque, soddisfacenti per i bambini coinvolti nella separazione o nel divorzio, sembrano per lo meno consapevoli del fatto che imporre ai genitori soluzioni che non tengano conto di loro eventuali accordi potrebbe rivelarsi lesivo per i figli, i cui interessi si vogliono realizzare, giacché la messa in atto di tali soluzioni resta pur sempre affidata ai genitori medesimi. Sembrerebbero anche consapevoli del fatto che la decisione di porre fine alla vita in comune o al matrimonio, non incide di per se stessa sulla capacità di assolvere le funzioni di genitore e di garantire l'interesse dei figli.

Negli orientamenti più recenti, accanto all'idea che l'interesse del minore nelle situazioni di separazione e di divorzio possa essere meglio garantito in un contesto di autoregolazione, che dovrebbe sostituirsi al tradizionale trattamento istituzionale con l'intervento del giudice, oppure ad esso affiancarsi (in questo senso è orientata, ad esempio, la mediazione familiare), si è affermata la convinzione che al soggetto di minore età debba essere offerta la possibilità di esprimersi in merito al proprio interesse ed anche, in larga misura, di poterlo determinare e di partecipare come attore attivo alla realizzazione dei provvedimenti

disposti dal giudice o dai servizi<sup>36</sup>. In quest'ottica, si sono poste le legislazioni di alcuni paesi stranieri, allargando l'ambito di obbligatorietà dell'ascolto del minore nei provvedimenti che toccano il suo interesse, in ottemperanza, del resto, con una disposizione della Convenzione ONU, ed anche prevedendo che al minore medesimo debba essere consentito di far autonomamente valere le proprie pretese e di essere legalmente rappresentato davanti al giudice o nei confronti dei servizi sociali. Ad esempio, in Spagna, il minore può adire direttamente l'autorità giudiziaria, in Germania può rivolgersi ad organismi appositi (gli Uffici per la Gioventù), in Danimarca chiedere ai servizi sociali misure di sostegno, in Gran Bretagna, in caso di conflitto fra i genitori, può costituirsi parte nel procedimento giudiziario, in Francia, una legge del 1993 ha stabilito che il minore capace di discernimento, ha facoltà di essere sentito in tutti i procedimenti che lo concernono, precisando altresì che le sue richieste possono essere respinte dal giudice solo con decisione motivata.

Queste innovazioni normative, beninteso, rinviano al difficile problema di come, attraverso quali criteri e con riferimento a quali saperi, valutare la capacità di discernimento, di autonomia, in altre parole la maturità del minore. Per inciso, vale la pena di osservare che l'orientamento volto ad affermare l'autodeterminazione del minore non incontra ampi favori nella cultura giuridica italiana, la quale mostra infatti, scarsa propensione a praticare l'ascolto del minore nei casi in cui la legge lo consente (separazione, divorzio, adozione), non di rado ritenendolo nocivo al suo equilibrio psicologico, in ultima analisi, quindi, al suo interesse. Per i sostenitori di tale orientamento, al contrario, solo consentendo al minore di avere parte attiva alla determinazione del proprio interesse, si potrà evitare che questo principio rappresenti «una minaccia nei confronti dei diritti dei minori» e, invece, far sì che esso divenga «un mezzo per rafforzarli»<sup>37</sup>.

Infine, l'orientamento favorevole ad un rafforzamento dell'autodeterminazione del minore si esprime anche nella posizione di chi ritiene che nelle decisioni giudiziarie si debba limi-

<sup>36</sup> J. Eekelaar, *op. cit.*, p. 58.

<sup>37</sup> *Ibidem.*

tare il ricorso al principio dell'interesse ai soli casi in cui non risulti possibile applicare una regola di diritto e che, di conseguenza, l'interesse del minore consista innanzitutto nell'applicazione di tale regola: «Interesse e tutela del minore si prestano alla medesima riflessione: una loro sovravalutazione conduce a non considerare più il minore in quanto persona titolare di diritti e ad introdurre fatalmente forti elementi di arbitrio nelle decisioni che lo concernono»<sup>38</sup>. Secondo questa posizione, pertanto, l'interesse del minore si potrà realizzare solo quando, superando il modello del paternalismo giudiziario, che vede il giudice decidere in nome dell'interesse del minore, si positivizzeranno nell'ambito dei singoli ordinamenti giudici dei diversi paesi, i diritti riconosciuti al bambino dalla Convenzione ONU. Senza dubbio quest'ultimo orientamento sembra coerente con la cultura dei 'nuovi diritti minorili', che la Convenzione ha fatto propria attribuendo al minore gli stessi diritti di libertà degli adulti. Beninteso, a questo medesimo orientamento si può muovere l'obiezione, di peso non trascurabile, così come, del resto, è stato fatto, che col riconoscere ai minori tali diritti di libertà si debbono anche attribuire loro i doveri e le responsabilità correlati, correndo perciò il rischio di privarli del loro fondamentale «diritto all'infanzia»<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> J. Rubellin-Devichi, *op. cit.*, p. 83.

<sup>39</sup> I. Théry, *La Convenzione ONU sui diritti del bambino: nascita di una nuova ideologia*, in *Politiche sociali per l'infanzia e l'adolescenza*, a cura del Ministero dell'Interno, Direzione Generale dei Servizi Civili, Milano, Unicopoli 1991, pp. 87-105.