



**COMPARAZIONE E CULTURA GIURIDICA**

*Collana fondata da*

A. DE VITA, A. PIZZORUSSO, N. TROCKER, V. VARANO, V. VIGORITI

*diretta da*

V. BARSOTTI, A. DE LUCA, A. SIMONI, S. SONELLI

**SILVIA SONELLI**

# **I MINORI E I LORO DIRITTI: UNA TUTELA A PIÙ DIMENSIONI**

*Presentazione di Maria Rosaria Marella*



**G. Giappichelli Editore**

## PRESENTAZIONE

“*From Partners to Parents*” è l’icastica formula proposta da June Carbone oltre un ventennio fa per raffigurare quella che l’autrice stessa definisce la seconda rivoluzione del diritto di famiglia<sup>1</sup>. La sua suggestività è nella capacità di mettere a fuoco, in sole quattro parole, l’impatto della nuova rilevanza acquisita dal minore e dai suoi diritti su un intero settore del diritto. Poiché è indubbio che il riconoscimento dei diritti del minore, se da una parte ha segnalato l’ascesa sulla scena del diritto globale dell’identità del minore come ‘nuovo’ soggetto giuridico, dall’altra ha inciso profondamente nelle dinamiche di trasformazione della famiglia contemporanea e del suo regime giuridico, tanto da indurre una sorta di processo di reistituzionalizzazione della famiglia stessa, colmando i ‘vuoti’ lasciati dal superamento dell’indissolubilità del matrimonio.

Il lavoro monografico di Silvia Sonelli ha il merito di indagare a fondo un tema tanto complesso e sfaccettato muovendo da una solida e originale ricostruzione dei ‘nuovi’ diritti dei minori nella loro effettiva consistenza. Poiché l’angolo visuale prescelto dall’Autrice per esplorare il mutamento epocale che investe questo settore del diritto è tale da connotare di una particolare valenza il progressivo superamento della visione comunitaria ancora presente nell’art. 29 della Costituzione italiana.

L’ascesa della soggettività del minore è espressione, infatti, di un nuovo individualismo, quello dei diritti umani, che è parte della grammatica comune ai giuristi di questa fase di globalizzazione del diritto in ogni ambito, incluso quello del diritto di famiglia odierno. Ciò corrisponde del resto alla frammentazione della soggettività giuridica in molteplici identità individuali – dal diritto riconosciute e tutelate – che, insieme al ruolo egemonico conquistato dal *rights discourse*, caratterizza il diritto globale in questa era.

Lo studio di Sonelli si inserisce pertanto in un contesto nel quale al moltiplicarsi delle identità individuali corrisponde il riconoscimento di nuovi *bill of rights*, articolati intorno al riconoscimento delle singole identità. E, nella compe-

---

<sup>1</sup>J. CARBONE, *From partners to parents. The second revolution in family law*, New York, Columbia University Press, 2000.

tizione fra soggettività, l'identità del minore, già a suo tempo individuata da Pietro Rescigno come oggetto di "un processo di "rivalutazione [...] nella sua qualità di 'persona'"<sup>2</sup>, tende ad assumere un ruolo predominante nella struttura del diritto di famiglia odierno.

Attraverso il poderoso apparato retorico dei diritti umani, un importante capitolo dei quali è riservato appunto ai minori, il lavoro di Sonelli ci conduce in un viaggio che, partendo dalla dimensione internazionale, tocca la cultura giuridica europea come evolutasi soprattutto sotto la spinta della giurisprudenza EDU, per poi approdare negli Stati Uniti, non senza essersi soffermati sul sistema italiano. Lungo questo itinerario emerge l'inedita centralità acquisita nel discorso giuridico multilivello dai minori, ora soggettività autonoma e distinta rispetto alle famiglie d'origine e agli stessi genitori. Come ci illustra l'Autrice sin dalle prime pagine, convenzioni internazionali e carte dei diritti sovranazionali e nazionali riconoscono oggi diritti precipuamente modellati su bambini e bambine, volti a garantire loro tutela a prescindere dalla protezione accordata alle loro famiglie e talora esplicitamente contro le famiglie stesse. Parallelamente, una folta giurisprudenza intitolata al *best interest of the child* si è diffusa in ogni giurisdizione di quella area che fino a qualche tempo fa è stata chiamata *Western Legal Tradition*. La primazia assicurata all'interesse del minore non conosce frontiere: essa è infatti in grado di vincere quelle barriere che gli ordinamenti nazionali tradizionalmente oppongono alla penetrazione di regole e istituti stranieri con il richiamo alla clausola dell'ordine pubblico internazionale.

Tanto è testimoniato in primo luogo dalla complessità 'multilivello' del sistema delle fonti che interessa i diritti del minore. L'Autrice ne ricostruisce la trama a partire dalla *Convention on the Rights of the Child* adottata dall'Assemblea generale a New York il 20 novembre del 1989, cui è dedicato il primo capitolo; convenzione che direttamente ha inciso sugli assetti dei diritti nazionali.

Già la dimensione internazionale ci restituisce un *bill of rights* di nuovo conio, che dà corpo al *best interest of the child*, quale asse portante della Convenzione e architrave dell'intero sistema multilivello che interessa la tutela del minore, ma contempla altresì una serie di diritti nominati, specificamente ideati per rispondere alle esigenze dei bambini: il diritto all'ascolto e il diritto a non essere discriminati in primo luogo.

E a proposito del principio di non discriminazione Silvia Sonelli ci ricorda opportunamente che a partire dalla Convenzione dei diritti del fanciullo la discriminazione si concreta in un trattamento sfavorevole basato su criteri proibiti, e privo di giustificazione. La Convenzione all'art. 2 protegge non solo da condotte discriminatorie "dirette" e cioè fondate su basi vietate, bensì anche da condotte di discriminazione "indiretta" e cioè fondate su basi apparentemente

---

<sup>2</sup>P. RESCIGNO, *I minori tra famiglia e società*, in *Dir. fam.*, 1982, p. 271 ss., ora in ID., *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 303.

legittime, ammissibili o innocue, che però in concreto risultano in un trattamento sfavorevole per determinati soggetti.

L'art. 2 della Convenzione, ci ricorda ancora l'autrice, è singolare soprattutto nella misura in cui vieta *non solo ogni forma di discriminazione perpetrata direttamente nei confronti dei minori*, ma anche *ogni discriminazione o punizione che sia motivata «dalla condizione sociale, dalle attività, opinioni professate o convinzioni dei suoi genitori, dei suoi rappresentanti legali o dei suoi familiari»*.

La portata di tale norma è del tutto originale anche rispetto alla Cedu, dato che se il primo paragrafo dell'art. 2 prevede un divieto di discriminazione con riguardo ai diritti enunciati dalla stessa CRC, similmente all'art. 14 della Cedu, il secondo paragrafo, al contrario, ci restituisce una clausola "autonoma" di non discriminazione che si applica con riferimento a qualsiasi posizione giuridica soggettiva, anche non prevista e garantita dalla Convenzione, assicurando così una portata ampia e centrifuga di tutela.

La centralità del minore a livello sovranazionale è poi garantita dal diritto ad essere ascoltati, previsto già dall'art. 12 della Convenzione del 1989, e oggi recepito nel nostro ordinamento con la riforma della filiazione del 2012-2013, che si sostanzia nell'obbligo di assicurare che le opinioni dei minori capaci di discernimento siano ascoltate in tutte le questioni che li riguardano, e l'obbligo di prendere tali opinioni debitamente in considerazione, avendo riguardo all'età e al grado di maturità dei minori stessi.

La valorizzazione della capacità di discernimento dei minori, anche all'interno dei rapporti familiari, è d'altra parte chiaro indice della portata rivoluzionaria che tale soggettività hanno assunto in questa fase della globalizzazione del pensiero giuridico.

Nella cultura giuridica europea il percorso "dal soggetto alla persona"<sup>3</sup> – l'abbandono della soggettività astratta in favore del riconoscimento della persona umana nella sua concretezza – è sostenuto dalla centralità assunta dalla dignità umana, che dalle costituzioni democratiche nazionali approda alla Carta di Nizza quale suo valore fondamentale, preordinato a tutti gli altri. Anche questo passaggio è decisivo nell'affermarsi dell'identità del minore come persona. Invero, ancora Rescigno metteva in luce già alcuni decenni orsono quanto la rivalutazione del minore come persona fosse conseguente alla più generale 'scoperta' della dignità umana, sebbene nella sua ricostruzione la nuova fortuna della figura del minore vada apprezzata nel contesto di uno spostamento d'asse, proprio anche del diritto di famiglia, che coincide con il superamento di quella fase del capitalismo che aveva fatto riferimento al *disegno, compiuto e organico*, degli *status*: un disegno costruito con 'rigorosa coerenza' a tutela degli interessi del traffico negoziale, rispetto al quale il diritto di famiglia svolge un ruolo complementare, ma ugualmente essenziale. Ed è così che il progressivo abbandono del si-

---

<sup>3</sup> S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, ESI, 2007.

stema organico degli *status* porta con sé l'affollarsi, se non il sovrapporsi intorno alla struttura delle relazioni familiari di meccanismi e istanze di 'riconoscimento' che fanno dell'istituzione famiglia una porta d'accesso universale alla cittadinanza. Il riconoscimento dell'omoparentalità ne è forse, insieme all'ascesa del minore, il frutto più maturo.

Ed è proprio a quest'ultimo riguardo che gli intrecci fra dignità umana, famiglia e minori danno corpo a un modello destinato a circolare oltre i confini della cultura giuridica europea. Sonelli lo mette in evidenza allorché nell'ultimo capitolo ci ricorda il ruolo giocato dal principio della dignità nel diritto statunitense, come nel celebre caso *Obergefell v. Hodges*, ove la Corte Suprema federale riconosce anche alle coppie dello stesso sesso il diritto di unirsi in matrimonio e l'obbligo degli Stati di riconoscere lo *status filiationis* rispetto ai figli nati in seno alla coppia coniugata omosessuale, alla stregua di quanto avviene nelle coppie coniugate eterosessuali, al fine di riconoscerne la pari dignità.

L'affermazione dell'*omoparentalità* quale modello emergente di genitorialità nel diritto globale (o quanto meno nel Global North) non si dà peraltro senza tensioni e *backlash*. Contro l'ondata di cambiamento che così profondamente investe la famiglia a partire dal riconoscimento dei diritti LGBT, prende corpo una significativa tendenza contrapposta, data dalle resistenze offerte dalla c.d. eteronormatività, cioè dalla difesa di un ordine sociale fondato sulla eterosessualità. Ed è in questa cornice complessa che si inquadrano alcuni caratteri esibiti dall'attuale diritto di famiglia italiano soprattutto a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 76 del 2016 c.d. Cirinnà, e segnatamente il tema controverso dei diritti dei figli delle coppie dello stesso sesso e lo scontro in atto fra legislatore e corti sulla *stepchild adoption* e la bigenitorialità omosessuale. Scontro in cui un ruolo di protagonista è come noto affidato al principio del prevalente interesse del minore.

Un capitolo importante di questa storia, in larga misura legata al maturare delle implicazioni proprie del principio del *best interest of the child*, si deve alla giurisprudenza di Strasburgo e al sistema Cedu. Ed è soprattutto intorno all'elaborazione di questo principio che tendono a rimodellarsi i rapporti fra genitori e figli tanto a livello sovranazionale, quanto nei diritti nazionali; emergono nuovi diritti, come il diritto alla bigenitorialità; assumono contorni più definiti concetti altrimenti nebulosi, come quello di responsabilità genitoriale.

Nelle maglie dell'art. 8 Cedu, come sottolinea Sonelli, l'interpretazione del *best interest* del minore si viene a configurare come vero e proprio "limite" alle prerogative genitoriali e, di conseguenza, la tutela di tale interesse finisce per essere la base giuridica di provvedimenti restrittivi adottati dalle pubbliche autorità (come l'allontanamento del minore dal nucleo familiare, la sospensione della responsabilità genitoriale, l'affidamento extrafamiliare, la dichiarazione dello stato di adottabilità). Allo stesso tempo, il principio diventa il criterio che deve orientare l'intervento delle autorità nazionali. L'esito di tale orientamento ha finito per condizionare altresì il diritto della filiazione italiano, dove i diritti dei fi-

gli, che nella riforma del diritto di famiglia del 1975 acquisivano una nuova fisionomia, segnando il superamento del modello patriarcale fondato sulla patria potestà, tendono sempre più oggi a tradursi in uno strumento penetrante di valutazione e controllo dello stile di vita dei genitori e, perlopiù – come dimostrano i casi giurisprudenziali in tema di sindrome d’alienazione parentale – delle madri. Da ciò deriva pure che l’autonomia privata dei genitori in tema di rapporti coi figli è imbrigliata entro margini ristretti segnati da ampi poteri dell’autorità giudiziaria e da norme inderogabili, a cominciare dalla prevalenza, stabilita per legge (a partire già dalla legge n. 54 del 2006 e oggi consacrata nell’art. 337 *ter* c.c. come riformato), dell’affidamento condiviso in caso di separazione e divorzio. Il diritto alla bigenitorialità, in questo contesto normativo sovranazionale, è stato allora costruito come diritto del minore e non già come diritto dei genitori. Il portato non è di poco momento, nella misura in cui la cifra della responsabilità genitoriale rimane l’interesse del minore, a cui tutti gli altri interessi debbono per quanto possibile conformarsi e adeguarsi.

Il percorso compiuto da Silvia Sonelli si chiude con un approfondimento sul diritto statunitense, sistema del quale l’Autrice sottolinea le disomogeneità rispetto al quadro, tutto sommato lineare e coerente, tracciato nei capitoli che precedono.

La retorica dei diritti dei minori pare infatti non avere la stessa forza performante negli Stati Uniti d’America, ove, ci ricorda l’Autrice, vale anche per la *Convention on the Rights of the Child* il c.d. *American exceptionalism*, atteggiamento che si concretizza nella latitanza degli USA dalla ratifica di importanti strumenti di tutela dei diritti umani. A differenza della Costituzione italiana, che pure tutela direttamente i diritti delle persone minori di età (artt. 2, 30 e 31), né la Costituzione federale statunitense del 1789, né il *Bill of Rights*, contengono alcun esplicito riferimento ai diritti dei minori o alle prerogative dei genitori, ed anzi il diritto di famiglia finisce per essere appannaggio esclusivo dei singoli Stati.

Fra i motivi di attrito, anche ideologico, degli Stati Uniti alla ratifica della Convenzione di New York del 1989 vi è poi il principio dell’interdipendenza dei diritti accolta in essa, da cui deriva una convergenza fra diritti civili, diritti sociali, economici e culturali non congeniale al diritto statunitense.

Dalle maglie dell’interpretazione giurisprudenziale del *Bill of Rights*, difatti, rimangono formalmente esclusi non solo i diritti sociali, ma anche gli obblighi positivi in capo alle autorità pubbliche, che invece tanto fortuna hanno avuto nella giurisprudenza della Cedu. Sarà l’evoluzione giurisprudenziale intorno alla *due process clause* (XIV e V emendamento specialmente), intesa non più solo in senso procedurale bensì sostanziale, a garantire la copertura costituzionale della *privacy* familiare e in modo particolare dei *parental rights*, vale a dire dei diritti dei genitori, che nella giurisprudenza statunitense sono considerati diritti naturali, “sacri”, al pari del diritto alla vita e alla libertà. Tale presunzione ne contiene però un’altra fondamentale: sono i genitori, e loro solo, ad agire conforme-

mente al *best interest* dei propri figli. Per superare tale presunzione, occorre che sia a rischio l'integrità psico-fisica del minore stesso o un rilevante interesse pubblico. Parimente Sonelli non trascura la giurisprudenza che si è formata intorno ai diritti dei minori (ad esempio in ambito scolastico o penale, o in tema di libertà di espressione), giurisprudenza che però tende a riconoscere ed estendere diritti degli adulti ai minori, e tendenzialmente mai in contrapposizione ai genitori. D'altra parte sappiamo che molti degli sviluppi del diritto di famiglia statunitense in senso liberal si devono all'*enforcement* della clausola del *best interest*, dalla *surrogacy* al riconoscimento della filiazione omoparentale.

Rimane fermo, pertanto, e lo sviluppo anche della più recente giurisprudenza statunitense che l'Autrice ci riporta alla fine del suo lavoro lo conferma, che non c'è oggi principio – per quanto basilare possa essere il diritto di famiglia di un dato Paese – che sia in grado di competere con la forza persuasiva del *best interest of the child*.

MARIA ROSARIA MARELLA

## INTRODUZIONE

Nella costellazione sociale e giuridica dell'ultimo secolo, il bambino, e il minore di età in genere, sono venuti ad occupare un ruolo diverso e inedito: non più mero satellite del “pianeta famiglia”, bensì centro di molteplici sfere, dalla famiglia, alla scuola, al diritto nelle sue diverse declinazioni e livelli.

Il suo emergere dal “contingente”, è un percorso che scorre insieme alla crescente attenzione per l'infanzia che caratterizza la psicologia moderna, e in particolare l'opera di Freud, una delle più grandi “rivoluzioni” culturali all'esordio del Novecento. Freud ha illuminato la realtà dell'infanzia nelle sue pieghe più nascoste, evidenziandone il ruolo cruciale in uno sviluppo equilibrato della personalità adulta<sup>1</sup>. Questa fondamentale intuizione che è alla base della costruzione della sua metodologia di indagine dell'inconscio, ha poi avuto ulteriori e articolati sviluppi nell'opera di diversi esponenti della comunità psicoanalitica che hanno diretto la loro attenzione al mondo dell'infanzia, con esiti rilevanti anche per il diritto, a partire dall'opera della figlia Anna<sup>2</sup>.

Sul piano giuridico, lo statuto internazionale del fanciullo è profondamente mutato nell'ultimo secolo e aspira ad influenzare, e difatti in diverso grado permea, i diversi ambiti che interessano la vita e lo sviluppo dei soggetti in età evolutiva. Tale statuto ha dunque una vocazione “pervasiva” nella misura in cui si rivolge ai vari soggetti che interagiscono con i minori: genitori, insegnanti, amministratori, giudici, legislatori, anche se non sempre vi è tra questi una piena

---

<sup>1</sup>Vedi S. VEGETTI FINZI, *Storia della psicoanalisi. Autori opere teorie 1895-1990*, Milano, Mondadori, 2020 (I edizione 1986). Vedi specificamente in tema la breve intervista con Silvia Vegetti Finzi ed Eva Pattis Zoja presso: <https://www.rsi.ch/rete-due/programmi/cultura/laser/Freud-la-psicoanalisi-e-l-80%99infanzia-3969676.html>.

<sup>2</sup>Ivi, p. 309 ss. L'opera di Anna Freud, in particolare, ha influenzato la concezione dell'infanzia, e la comprensione dello stesso standard dei “best interests” come applicato nel diritto di famiglia negli Stati Uniti d'America (vedi J. GOLDSTEIN, A. FREUD, A.J. SOLNIT, *Beyond the Best Interests of the Child*, New York, The Free Press, 1973), non senza suscitare posizioni critiche da parte di eminenti studiosi dei *Children's Rights*: vedi M. FREEMAN, *The Best Interests of the Child? Is the Best Interests of the Child in the Best Interests of Children?*, in 11 *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1997, p. 360 ss. Vedi anche C. BREEN, *The Standard of the Best Interests of the Child. A Western Tradition in International and Comparative Law*, The Hague, Nijhoff, 2002, specie p. 45 ss.

consapevolezza di quanto sia cambiato il paradigma dell'infanzia e dell'adolescenza. In sostanza, è oggi in genere riconosciuto che i minori hanno diritti, ma questo riconoscimento non trova un'applicazione concreta e capillare nella società, nel quotidiano, oltre che nel diritto. Quanti tra genitori, insegnanti, adulti in generale, si avvicinano ai loro più giovani interlocutori avendo presenti i loro "diritti", e tra questi il diritto "principe", quello di essere ascoltati in tutte le decisioni che li riguardano? Il più delle volte, gli adulti si atteggiavano, piuttosto, a competenti "alfieri" delle loro esigenze e bisogni. Tendono cioè a introiettare una dimensione di "protezione" dell'infanzia e della adolescenza, a lungo consolidata e trasmessa nella nostra cultura, esitando a confrontarsi con la dimensione, forse più impegnativa ma altrettanto necessaria, dell'"autonomia".

In questi ultimi due anni tormentati dall'emergenza sanitaria, si è amplificata la consapevolezza di taluni diritti che spettano ai soggetti minori di età, tra i quali il diritto all'istruzione. Ma talora si ha l'impressione che tale diritto, indubbiamente fondamentale, metta in ombra altri diritti e interessi giuridicamente riconosciuti e protetti, finalizzati a promuovere un'espansione piena della personalità di ciascuno nel suo divenire: il diritto alle relazioni, al gioco, al movimento, alla creatività, ad esperienze, a conoscenze, a competenze che scorrono anche e massicciamente lungo canali diversi da quelli della scuola; insomma, altri diritti che esigono di essere riconosciuti e considerati.

Il complesso di norme che interessano i minori fa capo a molteplici sfere, e cioè a molteplici ambiti istituzionali che si configurano come centri di produzione di norme, qualitativamente diverse anche in termini di vincolatività.

Dal secondo dopoguerra, si sono costituiti importanti centri di produzione di norme sia a livello generale che a livello "regionale". All'Organizzazione delle Nazioni Unite si riconduce l'adozione di diversi strumenti sulla salvaguardia dei diritti umani quali il Patto internazionale sui diritti civili e politici e il Patto internazionale sui diritti sociali, economici e culturali, entrambi adottati dall'Assemblea generale dell'ONU nel 1966. Occorre inoltre ricordare il lavoro svolto dalla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, cui si deve la produzione di numerosi accordi di diritto internazionale privato e processuale nell'ambito del diritto di famiglia<sup>3</sup>. A livello "regionale", per quanto concerne l'area europea, il Consiglio d'Europa e le Comunità europee, poi Unione europea, hanno dato origine a processi di cooperazione e integrazione economica e giuridica senza precedenti e senza eguali nel panorama internazionale.

Alle fonti di diritto nazionale si aggiunge dunque oggi quella che è stata definita in dottrina come «una galassia composita» di fonti di origine extranazionale<sup>4</sup>, costituita da atti di diversa natura: atti di natura vincolante per gli Stati che

---

<sup>3</sup> Vedi il sito della Conferenza dell'Aja e i diversi strumenti adottati, presso: <https://www.hcch.net/>.

<sup>4</sup> Cfr. J. LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 7.

li hanno ratificati, quali sono i trattati, le convenzioni, i patti, che possono, o meno, richiedere ulteriori interventi dello Stato al fine di produrre effetti anche sul piano del diritto interno, e atti non vincolanti che hanno efficacia persuasiva, quali sono le dichiarazioni, le raccomandazioni, le risoluzioni. Diversi di questi atti interessano in modo indiretto o diretto lo statuto dei minori, e tra questi spicca per la sua rilevanza e per la sua vocazione universale, la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, adottata dall'Assemblea generale a New York il 20 novembre 1989, Convenzione che consacra sul piano del diritto una nuova concezione dell'età evolutiva.

Il presente lavoro si occupa di alcune di queste molteplici sfere, o dimensioni, particolarmente significative ai fini di un'indagine sullo statuto dei minori, pur senza un intento esaustivo. Il nostro percorso prende avvio dalla Convenzione ONU del 1989, di cui tratteremo quei principi generali e trasversali – il principio dei *best interests of the child*, il diritto all'ascolto, il divieto di discriminazione, che in misura diversa sono stati oggetto di circolazione e recezione a livello sovranazionale e a livello dei singoli ordinamenti statali.

Nel secondo capitolo, ricostruiremo il modo in cui la tutela dei minori si è affermata e sviluppata con riferimento alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu) adottata nel 1950 in seno al Consiglio d'Europa, e ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 848 del 4 agosto 1955. Per la sua fisionomia, la Cedu è generalmente riconosciuta tra i più efficaci strumenti per la protezione dei diritti umani a livello sovranazionale<sup>5</sup>, e tra le fonti internazionali più rilevanti in materia di diritto di famiglia<sup>6</sup>. Fondamentale, per il suo successo, è il ruolo di garanzia affidato ai suoi organi e principalmente alla Corte di Strasburgo, la quale ha recepito le dinamiche evolutive dei diritti che hanno attraversato gli Stati europei nel corso del tempo, “dispensandone” gli esiti negli ordinamenti rimasti “indietro”. La giurisprudenza di Strasburgo si pone al centro di una “catena di trasmissione” di norme, tra il livello internazionale rappresentato eminentemente (ma non esclusivamente) dalla Convenzione di New York – e talora dalle indicazioni che promanano dal suo organo di vigilanza, e il livello degli ordinamenti nazionali.

È opportuno inoltre ricordare che la giurisprudenza di Strasburgo si configura come “interlocutrice” necessitante non solo degli ordinamenti nazionali bensì anche delle istituzioni eurolunitarie, nella misura in cui la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede che laddove la Carta «contenga di-

---

<sup>5</sup> Cfr. L.R. HELFER, *Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights*, in 26 *Cornell Int. Law Journal*, 1993, p. 133 ss. Per un quadro comparativo dei diversi sistemi sovranazionali di tutela dei diritti umani, vedi i contributi raccolti in F. POCAR (ed.), *International Human Rights Institutions and Enforcement*, Northampton, Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2019. Vedi anche V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, III ed., Bologna, Il Mulino, 2022.

<sup>6</sup> J. LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, cit., p. 21.

ritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione», salva la possibilità di un livello di protezione più elevato (art. 52, par. 3).

L'incidenza della Convenzione di New York e della Cedu nel nostro ordinamento sarà oggetto del terzo capitolo che si occupa delle principali direttrici che hanno interessato l'evoluzione dello statuto dei minori nel nostro diritto, focalizzandosi su alcune problematiche di particolare attualità. L'analisi talora si intreccia con alcuni profili inerenti al diritto dell'Unione europea che presenta, anche in ordine alla protezione dei diritti umani, importanti peculiarità rispetto al sistema della Cedu, e che non sarà oggetto diretto del presente lavoro<sup>7</sup>. Dalle origini delle Comunità negli anni '50 dello scorso secolo, le posizioni giuridiche soggettive dei minori si sono fatte spazio tra le pieghe delle materie di competenza delle Comunità europee (e poi dell'Unione) che si sono via via estese attraverso le diverse trasformazioni ordinamentali segnate dalla successione dei trattati; così, tra l'altro, negli ambiti di disciplina relativi alla libera circolazione delle persone, all'immigrazione, alla cooperazione giudiziaria in materia civile e penale<sup>8</sup>. Una svolta importante è rappresentata dalla Carta dei diritti fondamen-

---

<sup>7</sup>Vedi in generale sui modelli di tutela transnazionale dei diritti rappresentati rispettivamente dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla Cedu, e sulle loro caratteristiche differenziali, E. CANNIZZARO, *La cornice europea, in Diritti della persona e nuove sfide del processo penale: atti del 32° Convegno nazionale, Salerno, 25-27 ottobre 2018*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 35 ss. Se è vero che il diritto dell'Unione europea regola vari ambiti e profili inerenti ai diritti dei minori come sarà dato rilevare nel corso del lavoro, la complessità e peculiarità dell'ordinamento comunitario, delle sue diverse fasi evolutive, del sistema delle fonti e del loro rapporto con il diritto interno degli Stati, nonché degli strumenti di controllo giudiziario sulla compatibilità degli ordinamenti nazionali rispetto al diritto dell'Unione, richiede un lavoro ricostruttivo articolato cui si addice una sede autonoma di trattazione.

<sup>8</sup>Su tale evoluzione, vedi tra i molteplici contributi: F. BRUNETTA D'USSEAU (a cura di), *Il diritto di famiglia nell'Unione europea: leggi e sentenze*, Padova, Cedam, 2005; C. MCGLYNN, *Families and the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; C. HONORATI, *Verso una competenza della Comunità europea in materia di diritto di famiglia?*, in S. BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 3 ss.; E. BERGAMINI, *La famiglia nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2012; E. BERGAMINI, C. RAGNI (eds), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Cambridge, Intersentia, 2019; L. CARPANETO, F. PESCE, I. QUEIROLO, *La «famiglia in movimento» nello spazio europeo di libertà e giustizia*, Torino, Giappichelli, 2019; L. CARPANETO, *Autonomia privata e relazioni familiari nel diritto dell'Unione europea*, Roma, Aracne, 2020. Con particolare riferimento allo statuto dei minori, vedi il lavoro monografico di H. STALFORD, *Children and the European Union: Rights, Welfare and Accountability*, Oxford, Hart Publishing, 2012. Per una ricognizione sulla rilevanza della CRC nel diritto dell'Unione europea: A. ADINOLFI, *La rilevanza della CRC nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, a cura dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, 2019, p. 63 ss., reperibile presso: [https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/agia\\_30\\_anni\\_convenzione.pdf](https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/agia_30_anni_convenzione.pdf).

tali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, cui il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre del 2009 ha attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6, par. 1 TUE)<sup>9</sup>. La Carta di Nizza contiene alcune disposizioni che si riferiscono specificamente ai minori, delle quali talune si ispirano direttamente alla Convenzione di New York<sup>10</sup>. Certamente, la “codificazione” di diritti dei minori nella Carta non comporta l'ampliamento delle competenze dell'Unione. In base all'art. 51 della Carta, questa si applica «alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione» e «agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione». Inoltre, l'art. 6, par. 1, comma 2, TUE, prevede espressamente che le disposizioni della Carta non estendono le competenze dell'Unione definite nei Trattati. Allo stesso tempo, a fronte di un ambito applicativo “più circoscritto” rispetto alla portata della Cedu, l'efficacia del diritto dell'Unione può risultare “rafforzata” negli ordinamenti interni, in virtù del principio del primato del diritto comunitario, rispetto a quella propria delle norme convenzionali<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup>Con il Trattato di Lisbona, la protezione dei diritti del minore figura tra gli obiettivi generali dell'Unione (vedi art. 3 (3) TUE) nonché come un aspetto delle politiche esterne (vedi art. 3, par. 5 TUE). Nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) troviamo riferimenti ai diritti dei minori negli articoli 79 (2) e 83 (1) che consentono all'Unione di adottare misure normative dirette a combattere lo sfruttamento sessuale e il traffico degli esseri umani. Tra gli interventi legislativi dell'Unione in materia, vedi la direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, la direttiva 2011/36/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, la direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

<sup>10</sup>Tra queste, l'art. 24, rubricato *Diritti dei minori*, prevede il diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere, il diritto di esprimere la propria opinione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità, (par. 1); il principio secondo cui «[i]n tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente» (par. 2); nonché il diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo che ciò sia contrario all'interesse del minore (par. 3). È chiaro che, aldilà delle disposizioni specificamente riferite ai minori, i diversi diritti che la Carta riconosce alla persona devono intendersi riferiti anche ai minori pur con le peculiarità che la loro condizione richiede: cfr. A. ADINOLFI, *La rilevanza della CRC nell'ordinamento dell'Unione europea*, cit., p. 69.

<sup>11</sup>Primato del diritto comunitario da cui deriva, a differenza di quanto avviene per il diritto della Cedu, l'obbligo per i giudici nazionali di disapplicare le norme di diritto interno che contrastino con le sue disposizioni direttamente applicabili o idonee a produrre effetti diretti. Com'è noto, l'interazione tra fonti nazionali e fonti sovranazionali di carattere pattizio nel nostro ordinamento è governata in generale dall'art. 117, comma 1, Cost. Nelle sentenze c.d. “gemelle” nn. 347 e 348 del 2007 e nella giurisprudenza successiva, la Corte costituzionale riconduce la Cedu alla copertura dell'art. 117, comma 1, Cost. Qualificando la Convenzione come fonte interposta che integra il parametro dell'art. 117, comma 1, Cost., la Corte riconduce la violazione di una sua

Nella parte conclusiva del nostro lavoro, abbiamo voluto rivolgere l'attenzione all'unico ordinamento che nel quadro della comunità internazionale, è rimasto ai margini della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo: l'ordinamento statunitense. Cercheremo, nel capitolo finale, di comprendere le ragioni di questa sorprendente latitanza, e di ricostruire i principali lineamenti che connotano il diritto dei minori, così come è evoluto in tale ordinamento senza la guida di uno strumento fondamentale alla cui genesi, eppure, gli Stati Uniti hanno a suo tempo ampiamente contribuito.

---

disposizione da parte di disposizioni di legge nazionali ad una violazione dello stesso art. 117. La Corte riconosce un primato interpretativo alla Corte di Strasburgo in virtù dell'art. 32, par. 1 Cedu, il quale attribuisce alla Corte la competenza su tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, e da esso ricava un vincolo per tutti i giudici nazionali, compresa la stessa Corte costituzionale, a conformarsi all'interpretazione della Convenzione resa dalla Corte di Strasburgo (questo obbligo trova un'eco nella stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo: vedi *Scordino c. Italia*, decisione di ricevibilità del 27 marzo 2003). A tale obbligo si aggiunge quello di interpretare per quanto possibile la legislazione nazionale in modo conforme alla Convenzione. Se un contrasto fra legislazione nazionale e Convenzione non può essere ricomposto tramite un'interpretazione adeguatrice, i giudici comuni non possono disapplicare la disposizione legislativa nazionale confliggente, come avviene per il diritto comunitario dotato di effetti diretti (con riferimento al quale la Corte ribadisce la copertura costituzionale dell'art. 11 Cost.), bensì devono sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. In questo modo la Corte ha voluto salvaguardare il carattere accentrato del controllo di convenzionalità della legge, e allo stesso tempo ha affermato la propria competenza a sindacare la conformità alla Costituzione italiana delle disposizioni della Convenzione, così come interpretate dalla Corte europea. L'impianto originariamente costruito con le sentenze gemelle è andato incontro ad un'evoluzione nella giurisprudenza costituzionale i cui punti d'arrivo consistono in una valorizzazione dei parametri costituzionali via via rilevanti ai fini del sindacato sulle leggi, e ad un "ridimensionamento" dell'obbligo incombente ai giudici di far riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo nell'interpretare la legge nazionale, obbligo che secondo la sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 si pone con riferimento alla giurisprudenza "consolidata". La letteratura sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di "dialogo" con le Corti europee è amplissima: si rinvia ai diversi contributi pubblicati su *Consulta Online*. Relativamente all'ambito di applicazione delle sentenze gemelle, rinviamo in particolare a G. GAJA, *Il limite costituzionale del rispetto degli 'obblighi internazionali': un parametro definito solo parzialmente*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 134 ss.; E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte Costituzionale*, *ivi*, p. 138 ss., e con riferimento alla giurisprudenza costituzionale recente, D. RUSSO, *I trattati sui diritti umani nell'ordinamento italiano alla luce delle sentenze n. 120 e 194 del 2018 della Corte Costituzionale*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2019, p. 155 ss.

# CAPITOLO I

## DIRITTI DEI MINORI E DIMENSIONE INTERNAZIONALE: LA CONVENZIONE ONU SUI DIRITTI DEL FANCIULLO

SOMMARIO: 1. Una nuova concezione dell'età evolutiva. – 2. La Convenzione di New York del 1989: lineamenti generali. – 3. Come intendere la Convenzione. Note minime in tema di interpretazione. – 4. Un asse portante della Convenzione: il principio dei *best interests of the child*. – 4.1. I *best interests of the child*: una nozione controversa. – 4.2. I *best interests of the child* secondo il Comitato dei diritti del fanciullo. – 5. Un altro caposaldo della Convenzione: il diritto a non essere discriminati. – 6. Il primo tra i diritti partecipativi: *the right to be heard*. – 7. La CRC e il suo Comitato: alcune note conclusive.

### 1. *Una nuova concezione dell'età evolutiva*

Il Novecento ha assistito ad una graduale espansione del riconoscimento dei diritti dei minori a livello internazionale. Tale processo è culminato nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo (*Convention on the Rights of the Child*, d'ora in avanti CRC), adottata dall'Assemblea generale a New York il 20 novembre del 1989 con la risoluzione n. 44/25, ed entrata in vigore il 2 settembre del 1990.

La Convenzione ha avuto una recezione quasi universale essendo attualmente ratificata da tutti gli Stati dell'ONU, ad eccezione degli Stati Uniti<sup>1</sup>. Il nostro paese ha proceduto alla ratifica il 5 settembre 1991 in forza della legge n. 176 del 27 maggio 1991<sup>2</sup>. Certamente, l'applicazione della Convenzione conosce geometrie assai variabili, sia per l'assetto di partenza dei singoli ordinamenti in termini di diritto, organizzazione socio-economica, dati culturali, risorse, sia anche a causa del considerevole numero di riserve che gli Stati hanno apposto in

---

<sup>1</sup> Vedi [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en).

<sup>2</sup> Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, in G.U. n. 135 dell'11-06-1991.

sede di ratifica<sup>3</sup>. E nondimeno il fatto che quasi la totalità degli Stati abbiano accettato di confrontarsi con un sistema di principi ed un meccanismo di monitoraggio esterni, costituisce un'acquisizione importante sul piano della tutela dei diritti dei minori.

La Convenzione di New York ha accolto e consegnato alla “comunità globale” fatta non solo degli Stati contraenti e dei loro organi (legislatore, giudici, amministratori) ma di tutti i soggetti che interagiscono con i minori (genitori, parenti, insegnanti, medici, psicologi, educatori, etc.), una nuova concezione dell'età evolutiva: un'età che attrae veri e propri “diritti” in capo ai suoi protagonisti, e non solo “obblighi di protezione” da parte degli adulti e delle pubbliche autorità. La Convenzione valorizza lo status dei minori quali “titolari di diritti” (*rights-holder*), soggetti attivi, dotati di una loro autonomia di giudizio e di decisione, seppure variabile a seconda dell'età e maturità. Allo stesso tempo, la Convenzione non manca di far proprie – specie attraverso l'affermazione del principio dei «best interests of the child» e cioè del miglior interesse del minore su cui ci soffermeremo, le istanze di protezione e particolare attenzione che l'età evolutiva implica<sup>4</sup>.

In realtà, tali bisogni di protezione erano stati oggetto delle politiche statali e del diritto internazionale nel corso del secolo passato. Erano stati anzitutto al centro della *Dichiarazione di Ginevra sui diritti del fanciullo*, adottata all'indomani della prima guerra mondiale, nel 1924, in seno alla Società delle Nazioni, su determinante impulso della fondatrice di *Save the Children UK*, Eglantyne Jebb<sup>5</sup>. La Dichiarazione di Ginevra, strumento non vincolante bensì solo enun-

---

<sup>3</sup> L'art. 51 CRC consente agli Stati di formulare riserve, salvo precisare al comma 2 che «[n]on sono autorizzate riserve incompatibili con l'oggetto e le finalità della [...] Convenzione». Come la dottrina ha evidenziato, alcune riserve alla CRC presentano un tenore così vago da rendere difficile una delimitazione del loro oggetto, così le riserve di carattere generale apposte con riferimento al diritto e ai valori religiosi. La riserva formulata dalla Somalia all'atto della ratifica avvenuta nel 2015 la quale afferma: «The Federal Republic of Somalia does not consider itself bound by Articles 14, 20, 21 of the above stated Convention and any other provisions of the Convention contrary to the General Principles of Islamic Sharia» è stata oggetto di numerose obiezioni per il suo carattere generale e indeterminato. Vedi W. VANDENHOLE, G.E. TÜRKELLI, S. LEMBRECHTS, *Children's Rights. A Commentary on the Convention on the Rights of the Child and its Protocols*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 420 ss. Le riserve per singolo Stato e le obiezioni (*objections*) sono consultabili presso: <https://treaties.un.org/doc/>.

<sup>4</sup> Il modo in cui la CRC coniuga istanze di protezione con istanze di «empowerment» dei soggetti in età evolutiva, è sottolineato da E.E. SUTHERLAND, *Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child: The Challenges of Vagueness and Priority*, in E.E. SUTHERLAND, L.A. BARNES MACFARLANE (eds), *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child. Best Interests, Welfare and Well-being*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 1 ss.

<sup>5</sup> Sull'evoluzione a cui è andata incontro la concezione del minore nei diversi strumenti dedicati alla sua tutela adottati in seno alla Società delle Nazioni e successivamente all'ONU, vedi P. RONFANI, *I diritti fondamentali dei minori*, in R. BOSISIO, L. LEONINI, P. RONFANI (a cura di),

ciativo, “aspirazionale”, prevede doveri di protezione e cura che spettano agli «uomini e donne di tutte le nazioni» nei confronti dei fanciulli, in condizioni di eguaglianza e cioè a prescindere da «ogni considerazione di razza, nazionalità e credo», dal dovere di assicurare i mezzi necessari al normale sviluppo sia materiale che spirituale, al dovere di fornire sostentamento, cure mediche, supporto per quanti siano indietro nel loro sviluppo, riabilitazione per i minori che abbiano commesso reati, aiuto per gli orfani e per i minori abbandonati, priorità di tutela nelle situazioni di crisi, protezione contro lo sfruttamento. E ancora, il dovere di assicurare le condizioni necessarie per potersi guadagnare da vivere, nonché un’educazione tesa ad acquisire la consapevolezza che i propri talenti vadano messi a servizio dell’umanità.

Alla Dichiarazione di Ginevra seguirà la *Dichiarazione dei diritti del fanciullo*, adottata a New York dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre del 1959, che da una parte riprende la concezione del fanciullo come soggetto destinatario della protezione e delle cure degli adulti, dall’altra introduce alcune novità non irrilevanti rispetto alla Dichiarazione del 1924. Essa contempla infatti nuovi diritti – quali il diritto all’istruzione<sup>6</sup>, e nuove tutele, come il divieto di inserire i minori nell’attività produttiva prima che abbiano raggiunto un’età minima adatta, nonché il divieto di occupazioni che nuocciano alla loro salute o che ostacolano il loro sviluppo fisico, mentale o morale.

Nella Dichiarazione del 1959 compare inoltre quel principio dei «best interests of the child» che informerà ampiamente la successiva Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, e che sarà oggetto di grande circolazione nei diversi strumenti convenzionali a livello regionale e negli ordinamenti nazionali, aspirando a plasmare i diversi ambiti di relazione che intercorrono tra adulti e soggetti minori di età.

---

*Quello che ci spetta. I diritti fondamentali nelle rappresentazioni degli adolescenti*, Roma, Donzelli Editore, 2003, p. 7 ss. Sul contesto storico in cui si colloca la Dichiarazione di Ginevra, vedi R. JIMENO, *The birth of children's rights between the First and Second World Wars: The historical events leading up to the Convention*, in P. FIEDORCZYK, M.D. PANFORTI (a cura di), *Miscellanea Historico-Iuridica*, XIX, 1, “Children’s rights after the 30th anniversary of the Convention on the Rights of the Child”, 2021, p. 143 ss.

<sup>6</sup>Vedi il Principio 7 che riprende l’art. 26 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948. Altri diritti contemplati sono: il diritto a un nome e a una nazionalità (Principio 3), il diritto alla sicurezza sociale, il diritto a cure mediche, il diritto ad una alimentazione adeguata, ad un alloggio, all’assistenza medica (Principio 4); il diritto dei bambini disabili al trattamento, istruzione e cura richiesti dalla loro particolare condizione (Principio 5), il diritto al gioco e ad attività ricreative (Principio 7). I Principi 8-10 prevedono obblighi specifici di protezione, mentre il Principio 5 richiama il diritto ad una sicurezza affettiva, morale e materiale e la responsabilità primaria dei genitori.

## 2. La Convenzione di New York del 1989: lineamenti generali

La Convenzione di New York è composta da un Preambolo e da 54 articoli ricompresi in tre parti<sup>7</sup>. Nella prima parte (i primi 41 articoli) sono enunciati i diritti dei «fanciulli» – intendendosi per fanciullo «ogni essere umano avente un'età inferiore a diciott'anni, salvo se abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile»<sup>8</sup>. In forza dell'art. 2 CRC, gli Stati contraenti si impegnano a garantire tali diritti a tutti i minori soggetti alla loro giurisdizione su una base egualitaria, e cioè «senza distinzione di sorta e a prescindere da ogni considerazione di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o altra del fanciullo o dei suoi genitori o rappresentanti legali, dalla loro origine nazionale, etnica o sociale, dalla loro situazione finanziaria, dalla loro incapacità, dalla loro nascita o da ogni altra circostanza»<sup>9</sup>.

Per quanto riguarda i diritti enunciati dalla Convenzione, la dottrina suggerisce come il suo disposto sia “informato” da tre principi fondamentali, cui si usa riferirsi con l'espressione “tre P”: “provision”, “protection” e “participation”<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Per un approfondito commentario della Convenzione, vedi J. TOBIN (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child. A Commentary*, New York, Oxford University Press, 2019. Vedi anche W. VANDENHOLE, G.E. TÜRKELLI, S. LEMBRECHTS, *Children's Rights. A Commentary on the Convention on the Rights of the Child and its Protocols*, cit.; J. TODRES, S.M. KING, *The Oxford Handbook of Children's Rights Law*, New York, Oxford University Press, 2020. Sull'influenza esercitata dalla Convenzione sugli ordinamenti nazionali e sul dibattito relativo alla “costituzionalizzazione” dei diritti dei minori, vedi in generale J. TOBIN, *Increasingly Seen and Heard. The Constitutional Recognition of Children's Rights*, in *South Afr. J. Hum. Rights*, 2005, p. 86 ss.; C. O'MAHONY, *Constitutional Protection of Children's Rights. Visibility, Agency and Enforceability*, in *Hum. Rights Law Rev.*, 2019, p. 401 ss., reperibile presso: <https://academic.oup.com/hrlr/article/19/3/401/5584325>; con particolare riferimento, nell'ambito europeo, all'ordinamento tedesco, austriaco e svizzero: D. ROSANI, *I diritti dei minori in Costituzione: una prospettiva europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2022, p. 19 ss.; con riferimento agli ordinamenti dei paesi nordici: T. HAUGLI, A. NYLUND, R. SIGURDSEN, L.R.L. BENDIKSEN (eds), *Children's Constitutional Rights in the Nordic Countries*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2019, in *open access*. Vedi anche con riferimento all'ordinamento italiano, la ricognizione svolta da D. RUSSO, M. PARODI, *The Implementation of the Convention on the Rights of the Child in the Italian Legal Order: A Provisional Balance*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 141 ss. Sull'orientamento recente della Corte suprema del Regno Unito, vedi C.C. MURPHY, *Human Rights Advocacy after AB and the Supreme Court's “Conservative Approach”*, in *European Human Rights Law Review*, 2021, p. 465 ss.

<sup>8</sup> L'art. 1 della Convenzione individua la nozione di fanciullo quale titolare dei diritti in essa enunciati. Possiamo notare che la Convenzione non affronta la questione se tali diritti si applichino anche al soggetto non ancora nato, questione che viene lasciata alla determinazione degli Stati: vedi in tema J. TOBIN (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child. A Commentary*, cit., p. 39.

<sup>9</sup> Cfr. art. 2, par. 1 della Convenzione.

<sup>10</sup> A partire dalla distinzione operata da Hammarberg: T. HAMMARBERG, *The UN Convention on the Rights of the Child – and How to Make It Work*, in *12 Human Rights Quarterly*, 1990, p. 97 ss. Su tale costruzione ampiamente recepita in dottrina vedi W. VANDENHOLE, G.E. TÜRKELLI, S.

La Convenzione prevede infatti, in un'ottica di indivisibilità e interdipendenza dei diritti umani<sup>11</sup>, dei "provision rights", diritti di carattere prestazionale, cui si riconducono i diritti all'assistenza, sicurezza e previdenza sociale (vedi art. 26), il diritto alla salute (art. 24), nonché il diritto all'istruzione (artt. 28 e 29), con particolare attenzione alle condizioni di disabilità (art. 23). Prevede altresì misure di protezione dell'integrità psico-fisica, morale e sociale dei minori. Così in particolare l'art. 19, par. 2, e gli artt. 32 e 34 che prevedono rispettivamente misure di protezione contro lo sfruttamento economico e contro lo sfruttamento e la violenza sessuale.

Contempla, inoltre, diritti partecipativi ("participation rights") i quali rappresentano la novità più rilevante della CRC. Tra questi spicca il diritto di essere ascoltati, sancito dall'art. 12 della Convenzione che il Comitato dei diritti del fanciullo ha "elevato" a principio generale e trasversale della Convenzione stessa<sup>12</sup>. Nell'ambito dei diritti di partecipazione si riconducono la libertà di espressione (art. 13), la libertà di pensiero, di coscienza, di religione (art. 14), la libertà di associazione e di riunione (art. 15), così come il diritto alla vita privata sancito dall'art. 16.

È opportuno ricordare che l'art. 41 della Convenzione incorpora il principio della tutela più favorevole, laddove prevede che se esiste uno standard di protezione dei diritti più elevato nella legislazione di uno Stato parte o nel diritto internazionale in vigore per quello Stato, esso deve trovare applicazione, prevalendo sullo standard eventualmente meno elevato previsto nella Convenzione<sup>13</sup>.

---

LEMBRECHTS, *Children's Rights. A Commentary on the Convention on the Rights of the Child and its Protocols*, cit., pp. 7-8.

<sup>11</sup> Cfr. F. POCAR, *La CRC nel sistema delle Nazioni Unite*, in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, cit., p. 12 ss., a p. 14. L'Autore osserva come nella Convenzione «[...] si trova tutto l'arco dei diritti umani secondo la classificazione seguita nel sistema delle Nazioni Unite, comprendente diritti civili, politici, economici, sociali e culturali, ricomponendosi in tal modo in materia di protezione dell'infanzia l'unità del Sistema normativo che era stata interrotta con l'adozione dei due Patti del 1966». Sull'attuazione dei diritti economici, sociali e culturali, vedi l'art. 4 della Convenzione: «Gli Stati parti si impegnano ad adottare tutti i provvedimenti legislativi, amministrativi e altri, necessari per attuare i diritti riconosciuti dalla presente Convenzione. Trattandosi di diritti economici, sociali e culturali essi adottano tali provvedimenti entro i limiti delle risorse di cui dispongono e, se del caso, nell'ambito della cooperazione internazionale». Sulla portata di tale principio, vedi il *General Comment* del Comitato dei diritti del fanciullo n. 5 del 2003: *General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6)*. Sul contesto politico in cui si sono svolti i lavori preparatori della Convenzione, caratterizzato dalla contrapposizione tra i due blocchi sovietico e statunitense, vedi W. VANDENHOLE, G.E. TÜRKELLI, S. LEMBRECHTS, *Children's Rights*, cit., p. 2 ss.

<sup>12</sup> Vedi il *General Comment* n. 12 del 2009: *The right of the child to be heard*.

<sup>13</sup> L'art. 41 CRC recita: «Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione pregiudica disposizioni più propizie all'attuazione dei diritti del fanciullo che possono figurare:

- a) nella legislazione di uno Stato parte; oppure
- b) nel diritto internazionale in vigore per questo Stato».

La seconda parte della Convenzione prevede l'istituzione, il funzionamento e le competenze di un Comitato dei diritti del fanciullo (*Committee on the Rights of the Child*) che ha il compito di monitorare il rispetto della Convenzione da parte degli Stati contraenti attraverso l'esame di *reports* che gli Stati sono tenuti a sottoporgli periodicamente sui provvedimenti che essi hanno adottato per dare effetto ai diritti ivi sanciti, e sui progressi che hanno realizzato in ordine alla attuazione dei diritti stessi. Il Comitato esamina i rapporti e formula raccomandazioni sotto forma di *concluding observations*. Inoltre, il Comitato contribuisce all'interpretazione e all'applicazione evolutiva della Convenzione attraverso i *general comments*, commenti generali in cui il Comitato tratta e approfondisce la portata e le implicazioni di talune delle disposizioni della Convenzione<sup>14</sup>. Tali commenti non hanno valore interpretativo vincolante e nondimeno possono svolgere una funzione di guida e di orientamento.

Infine, la terza parte della Convenzione (artt. 46-54) contiene norme in materia di ratifica, adesione ed entrata in vigore della Convenzione stessa.

A completamento del quadro, occorre ricordare che l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha adottato dei Protocolli addizionali alla Convenzione. Nel 2002 sono entrati in vigore due Protocolli, uno sul traffico e prostituzione dei minori, nonché sulla pornografia rappresentante minori, l'altro sul coinvolgimento dei minori nei conflitti armati<sup>15</sup>.

Il 14 aprile 2014 è entrato in vigore un ulteriore Protocollo opzionale che stabilisce una procedura di presentazione di comunicazioni individuali. Il Protocollo è stato ratificato, ad oggi, da 48 Stati, tra cui l'Italia, in forza della legge n. 199 del 16 novembre 2015<sup>16</sup>. Tale Protocollo prevede una procedura di comunicazioni individuali (oltre che "inter-statali") che fa capo al Comitato dei diritti del fanciullo, in virtù della quale i minori, direttamente o mediante un rappresentante che agisca per loro conto, possono sottoporre al Comitato reclami in ordine a violazioni della Convenzione o dei suoi Protocolli opzionali, perpetrati dagli Stati parti sotto la cui giurisdizione si trovano. Se il Comitato ritiene la comunicazione ricevibile, porta all'attenzione dello Stato interessato le

---

<sup>14</sup>I commenti generali, come anche gli altri atti del Comitato CRC, sono reperibili presso: <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/crc>.

<sup>15</sup>Protocolli adottati il 25 maggio 2000 ed entrati in vigore rispettivamente il 18 gennaio 2002 e il 12 febbraio 2002, entrambi ratificati dall'Italia e resi esecutivi in forza della legge n. 469 del 11 marzo 2002.

<sup>16</sup>*Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure*, adottato dall'Assemblea generale il 19 dicembre 2011. Sul Protocollo vedi I. INGRAVALLO, *La tutela internazionale dei minori dopo l'entrata in vigore del Terzo Protocollo Opzionale alla Convenzione del 1989*, in *La Comunità internazionale*, 2014, p. 341 ss. Le comunicazioni possono essere presentate da, o per conto, di individui o gruppi di individui. Vedi art. 5 del Protocollo: «Communications may be submitted by or on behalf of an individual or group of individuals». Per il testo e lo stato delle ratifiche vedi: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-convention-rights-child-communications>.

comunicazioni ricevute affinché questo possa trasmettere spiegazioni o adottare provvedimenti rimediali, e qualora non sia possibile pervenire ad una composizione amichevole della questione, formula ad esito del suo esame, valutazioni (*views*) ed eventuali raccomandazioni<sup>17</sup>.

La “giurisprudenza” del Comitato in applicazione del Protocollo è ancora relativamente esigua per formulare delle considerazioni sul suo operato<sup>18</sup>. Si può osservare che un numero considerevole di casi si è concluso prima che il Comitato si esprimesse nel merito poiché lo Stato convenuto ha riveduto la propria posizione nei confronti del ricorrente nel corso della procedura. Un altro aspetto da segnalare è che la durata della procedura dal suo instaurarsi alla decisione del Comitato nel merito risulta (ancora) contenuta rispetto ai tempi delle procedure previste da altri strumenti sovranazionali. Anche il termine per ricorrere al Comitato, un anno dalla decisione interna definitiva a norma dell’art. 7, lett. h) del Protocollo, può contribuire ad attrarre presso tale sede istanze di tutela che sarebbero altrimenti “tardive” con riferimento ad altri sistemi di protezione sovranazionale.

### *3. Come intendere la Convenzione. Note minime in tema di interpretazione*

I giuristi, e i comparatisti in particolare, a cui è proprio e consueto il compito di individuare, esaminare e dissociare i diversi formanti del diritto per comprendere le regole che operano in un dato sistema giuridico<sup>19</sup>, ben sanno l’importanza che rivestono i criteri ermeneutici utilizzati dall’interprete nell’approcciarsi alle fonti. In presenza di un medesimo testo, gli esiti interpretativi possono

---

<sup>17</sup> Il “seguito” della procedura è disciplinato dall’art. 11 del Protocollo: «1. Lo Stato parte dà la dovuta considerazione alle valutazioni del Comitato e alle sue eventuali raccomandazioni e presenta al Comitato una risposta scritta contenente informazioni sulle misure adottate o previste alla luce delle valutazioni e raccomandazioni del Comitato. Lo Stato parte presenta la sua risposta il prima possibile e comunque entro sei mesi. 2. Il Comitato può invitare lo Stato parte a fornire ulteriori informazioni sulle misure che esso ha adottato in risposta alle sue valutazioni o raccomandazioni o in attuazione di un’eventuale composizione amichevole, anche, se il Comitato lo ritiene appropriato, nei rapporti successivi dello Stato parte presentati ai sensi dell’articolo 44 della Convenzione, dell’articolo 12 del Protocollo opzionale relativo alla vendita di minori, la prostituzione minorile e la pedopornografia o dell’articolo 8 del Protocollo opzionale relativo al coinvolgimento dei minori nei conflitti armati, a seconda del caso»: vedi il testo in traduzione non ufficiale riprodotto nella legge di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 199 del 2015, in G.U. n. 293 del 17-12-2015.

<sup>18</sup> Vedi il sito: <https://juris.ohchr.org/en/search/results?Bodies=5&sortOrder=Date>.

<sup>19</sup> In tema si rinvia ai fondamentali lavori di Rodolfo Sacco, tra cui *Introduzione al diritto comparato*, Torino, UTET, I ed., 1980; *Legal Formants. A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *39 American Journal of Comparative Law*, 1991, pp. 1 ss. e 343 ss., su cui vedi E. GRANDE, R. MÍGUEZ NÚÑEZ, P.G. MONATERI, *The Italian Theory of Comparative Law Goes Abroad*, in *Italian Review of International and Comparative Law*, 2021, p. 5 ss.

mutare considerevolmente a seconda dei criteri impiegati dall'interprete per indagarne e stabilirne il significato<sup>20</sup>.

Problematiche in tema di interpretazione si pongono anche con riferimento agli strumenti di diritto internazionale che prevedono obblighi in capo agli Stati contraenti. Trattasi di tematica articolata e complessa che non è nostro compito approfondire in questa sede. Piuttosto, è nostra intenzione richiamare alcuni concetti basilari in merito, e formulare qualche, altrettanto basilare, considerazione con riferimento alla Convenzione sui diritti del fanciullo.

Ogni riflessione in tema di interpretazione dei trattati, vede quale suo punto di partenza la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (VCLT) del 1969. L'art. 31(1) enuncia la regola generale secondo cui «[u]n trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo»<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Il che non significa sancire l'«equipollenza» delle possibili interpretazioni, dovendo esse corrispondere ad una pluralità di requisiti tra cui *in primis* la coerenza logica interna, come già argomentava Sacco nel suo saggio giovanile: *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2003 (ripr. edizione del 1947). Sul piano comparatistico, un terreno particolarmente fertile per cimentarsi in un simile studio è l'evoluzione della giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti in un'epoca, quella attuale, che vede una netta maggioranza dei giudici di nomina repubblicana i quali si dichiarano fedeli al criterio interpretativo originalista, e cioè al criterio che si incentra sul tenore testuale delle disposizioni costituzionali o sull'intento dei Padri fondatori, come intesi dalla collettività di un ormai lontano 1787, anno in cui è stata adottata la Costituzione americana. Com'è noto, figura eminente nel quadro dell'*originalism* è stato Antonin Scalia su cui vedi G.F. FERRARI, *Nino Scalia: analisi giurisprudenziale del pensiero di un Giudice conservatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, p. 1191 ss. Sulla varietà degli approcci che si riconducono all'*originalism*, vedi S.G. CALABRESI (ed.), *Originalism. A Quarter-Century Debate*, Washington D.C., Regnery Publishing, 2007. Sui diversi approcci interpretativi della Costituzione USA vedi in generale G. ROMEO, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, Giappichelli, 2016. Sull'interpretazione, e in particolare sulla rilevanza che riveste la *ratio* della norma con riferimento all'interpretazione di concetti giuridici che non sono determinati mediante specifici elementi oggettivi, la letteratura (comparata) è vasta e registra nuovi contributi e prospettive via via che si rende più complesso e articolato il sistema delle fonti con cui l'interprete deve confrontarsi (vedi P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, vol II, *Fonti e interpretazione*, Napoli, ESI, 2020, IV edizione riscritta e ampliata). Ci limitiamo qui ad indicare la solida base di indagine rappresentata dall'opera classica di G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu, F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, Giuffrè, 1980. Sulla tematica, e sulle relative fonti, ci siamo intrattenuti, nel libro *L'accesso alla Corte suprema e l'ambito del suo sindacato. Un contributo al dibattito sulla cassazione civile in un'ottica comparatistica*. Presentazione di Frédérique Ferland, Torino, Giappichelli, 2001.

<sup>21</sup> Sull'interpretazione dei trattati in generale vedi tra gli altri, D.L. SHELTON, *Advanced Introduction to International Human Rights Law*, II ed., Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020; R. GARDINER, *Treaty Interpretation*, II ed., Oxford-New York, Oxford University Press, 2015; D.L. SHELTON (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2013; A. ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

Il comma 2 dell'art. 31 precisa che il contesto ai fini dell'interpretazione di un trattato, comprende oltre al testo, inclusivo di preambolo e allegati, anche eventuali accordi conclusi dalle parti in relazione al trattato stesso. Oltre al contesto, rileva ogni ulteriore accordo tra le parti sulla interpretazione del trattato e l'applicazione delle sue disposizioni, ogni ulteriore pratica seguita nell'applicazione del trattato con la quale venga accertato l'accordo delle parti relativamente alla sua interpretazione, e ogni norma pertinente di diritto internazionale applicabile alle relazioni fra le parti. Un significato particolare deve essere attribuito ad un termine quando risulti che tale era l'intenzione delle parti (art. 31, comma 3). Nel disposto dell'art. 31 ritroviamo i canoni di un'interpretazione testuale, contestuale, teleologica e sistematica, quest'ultima tesa ad assicurare sia una coerenza interpretativa "interna" (tra le diverse disposizioni di un trattato) che una coerenza interpretativa "esterna" (rispetto al sistema del diritto internazionale nel suo insieme).

La Convenzione di Vienna consente inoltre il ricorso a mezzi complementari di interpretazione quali sono i lavori preparatori e le circostanze nelle quali il trattato è stato concluso – mezzi che rimandano ad un'interpretazione storica delle disposizioni del trattato, sia allo scopo di confermare il significato risultante dall'applicazione dell'art. 31, sia allo scopo di pervenire ad un esito interpretativo quando l'interpretazione resa in base all'art. 31 lasci il significato ambiguo<sup>22</sup>.

Questi criteri governano anche l'interpretazione delle disposizioni della CRC, e nondimeno talora si rivelano insufficienti per attribuire un significato a espressioni e termini contenuti nel disposto della CRC e dei suoi Protocolli. Il criterio letterale, per esempio, è di poco aiuto nel definire diversi concetti ed espressioni dal tenore indeterminato che sono presenti nella Convenzione; si pensi all'espressione «best interests of the child», di cui ci si occuperà nella trattazione che segue. Anche altri elementi richiamati dalla Convenzione di Vienna possono presentare dei limiti con riferimento alla CRC. Si prenda per esempio, il "preambolo", che nei trattati concernenti i diritti umani, quale è la CRC, presenta in genere un tenore astratto e quindi non sempre idoneo a orientare l'interpretazione di una disposizione dal contenuto ambiguo, o i lavori preparatori il ricorso ai quali potrebbe non essere risolutivo nel caso di dubbi interpretativi<sup>23</sup>.

Vi è un rilevante consenso in ambito dottrinale nel ritenere che i trattati concernenti i diritti umani richiedano, in virtù del loro carattere "speciale", criteri

---

<sup>22</sup> Cfr. l'art. 32 CRC. L'art. 33 si occupa invece della interpretazione di trattati autenticati in due o più lingue prevedendo in particolare al quarto paragrafo che «quando il confronto fra i testi autentici renda evidente una differenza di significato che l'applicazione degli articoli 31 e 32 non permette di eliminare, verrà adottato il significato che, tenuto conto dell'oggetto e dello scopo del trattato, concili nel migliore dei modi i testi in questione».

<sup>23</sup> Cfr. J. TOBIN (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child*, cit., p. 10 ss.

ermeneutici ulteriori rispetto a quelli individuati dalla Convenzione di Vienna. Questi trattati prevedono obblighi degli Stati a beneficio di terze parti piuttosto che obblighi tra gli Stati contraenti, e le loro disposizioni avrebbero una natura “suprapositive”, affine a quella di un “bill of rights”<sup>24</sup>. Tale orientamento è in effetti recepito in alcuni contesti di tutela dei diritti a livello sovranazionale. Nel contesto europeo, per esempio, con riferimento alla Convenzione europea dei diritti e delle libertà fondamentali, la Corte di Strasburgo oltre ad utilizzare i criteri individuati dalla Convenzione di Vienna ha sviluppato criteri ulteriori, sul presupposto che i trattati sui diritti umani richiedono una metodologia di interpretazione speciale<sup>25</sup>. Tale è il criterio della “effettività” sviluppato dagli organi di Strasburgo, secondo cui le disposizioni devono essere interpretate in modo da rendere la tutela dei diritti “concreta ed effettiva”<sup>26</sup>. Ancora, il criterio dell’interpretazione evolutiva che si fonda sulla concezione della Cedu come “living instrument”, uno strumento vivente che deve essere in grado di applicarsi ad esigenze di tutela mutevoli nel corso del tempo, e che deve pertanto essere oggetto di un’interpretazione “dinamica”. Invero, un approccio simile è stato adottato dalla Corte interamericana dei diritti umani e da taluni organi di controllo delle Nazioni Unite<sup>27</sup>.

È oggetto di dibattito se e in che misura questi canoni interpretativi dovrebbero applicarsi in generale agli strumenti di diritto internazionale sui diritti umani, e in particolare alla Convenzione sui diritti del fanciullo<sup>28</sup>.

Con riferimento alla Cedu, la dottrina del “living instrument” rivela la più suscettibile di critiche per il suo potenziale di “judge law-making”, non sarebbe da vedersi come una “deviazione” rispetto ai criteri della VCLT. Con riferimento al suo contesto, tale dottrina risulta infatti funzionale allo scopo della

<sup>24</sup> R. BERNHARDT, *Thought on the Interpretation of Human Rights Treaties*, in F. MATSCHER, H. PETZOLD (eds), *Protecting Human Rights: The European Dimension: Studies in Honour of Gérald J. Wiarda*, Köln, Heymanns, 1988, p. 65 ss. D. MCGROGAN, *On the Interpretation of Human Rights Treaties and Subsequent Practice*, in 32 *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2014, p. 347 ss.

<sup>25</sup> Vedi in tema, in generale e con riferimento all’art. 8 Cedu in particolare, C. DRAGHICI, *The Legitimacy of Family Rights in Strasbourg Case Law. ‘Living Instrument’ or Extinguished Sovereignty?*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2017.

<sup>26</sup> Vedi *infra* nel testo, p. 49. La dottrina rileva come tale approccio si configuri e si giustifichi quale «a logical ramification of the teleological approach in Article 31(1) VCLT: vedi C. DRAGHICI, *op. ult. cit.*, p. 16.

<sup>27</sup> Cfr. J. TOBIN (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child*, cit., p. 12, il quale cita nella nota n. 77, tra l’altro, il Comitato per i diritti umani in *Judge v. Canada*, Comm. N. 829/1998, CCPR, 78th sess (2202) UN Doc CCPR/C78/D829/1998, par. 10.3, laddove si accoglie un’interpretazione evolutiva delle disposizioni del Patto.

<sup>28</sup> Vedi J. TOBIN (ed.), *op. ult. cit.*, p. 12, il quale riconosce che tali criteri possono entrare in tensione con quelli individuati dalla CVDT; in particolare, il criterio di interpretazione evolutiva può talora entrare in tensione con il criterio del ricorso ai lavori preparatori.

Convenzione così come contemplato nel Preambolo della Cedu, scopo che non si concreta solo nella salvaguardia (*maintenance*) dei diritti ma anche in un loro sviluppo (*further realization*). Quindi, come osserva Mahoney, l'interpretazione "dinamica" sarebbe funzionale ad assicurare un sistema di tutela dei diritti e delle libertà che sia in grado di mantenersi attuale nel corso del tempo<sup>29</sup>. Inoltre, essa può intendersi come uno sviluppo della "subsequent practice rule" di cui alla Convenzione di Vienna, regola che ha l'effetto di consentire un "aggiornamento" della portata degli obblighi delle parti contraenti che prende forma via via alla luce della prassi degli Stati<sup>30</sup>, ricollegandosi in questo modo all'elemento del consenso quale fondamento dell'obbligatorietà delle norme di diritto internazionale<sup>31</sup>. Nondimeno, l'elemento del consenso assume connotati diversi quando sia riferito ad una dimensione "regionale" quale è quella europea, rispetto a quando sia riferito ad una dimensione "quasi globale" come quella che interessa la CRC; in tale ultima dimensione, potremmo dire, fatica ad operare, o corre il rischio di concretarsi in un apprezzamento parziale, legato ad una determinata area giuridico-culturale che si propone come dominante.

Certamente, la Convenzione di New York presenta problematiche peculiari nella misura in cui realizza una vocazione universale, calandosi però in contesti nazionali molto diversi tra loro. Se da una parte c'è il rischio di formulare e "spacciare" per universali principi che non lo sono<sup>32</sup>, dall'altra risulta controversa la misura in cui l'applicazione della Convenzione debba essere sensibile alla variabilità culturale che denota il panorama dei diversi ordinamenti degli Stati parti e delle loro comunità. La preoccupazione alla base del riconoscimento del ruolo svolto dalla "differenza culturale" nell'interpretazione delle disposizioni della CRC, è che questa venga utilizzata come pretesto per interpretare in modo restrittivo la portata dei diritti in essa contemplati.

Lo stesso Comitato CRC ha fatto talora propria questa preoccupazione, laddove pur riconoscendo che i valori religiosi e culturali e le tradizioni devono essere prese in considerazione come parte dell'identità del fanciullo, ha nondimeno ribadito che l'identità culturale (nei suoi vari profili) non può giustificare la perpetuazione di tradizioni o valori che negano ai bambini e alle bambine i diritti garantiti dalla Convenzione<sup>33</sup>. Inoltre, ricordiamo che secondo l'art. 24, par.

---

<sup>29</sup> P. MAHONEY, *Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights. Two Sides of the Same Coin*, 11 *Human Rights Law Journal*, 1990, p. 57 ss., a p. 65.

<sup>30</sup> Cfr. A. ORAKHELASHVILI, *op. ult. cit.*, pp. 355-356: «Subsequent practice does not illustrate the original intention of States-parties, but the parties subsequent shared understanding of the terms of their original agreement [...] Eventually, practice can lead to modification of the treaty regime».

<sup>31</sup> Su questi aspetti vedi C. DRAGHICI, *op. ult. cit.*, p. 15 ss.

<sup>32</sup> Cfr. C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 981 ss., a p. 993.

<sup>33</sup> Vedi il Commento generale n. 14 del 2013, par. 48 ss.

3 CRC, gli Stati «devono adottare tutte le misure efficaci e appropriate al fine di abolire le pratiche tradizionali che pregiudicano la salute delle persone di minore età». La diversità culturale, dunque, pur giustificando il riconoscimento di un margine di discrezionalità degli Stati, trova un suo limite nella garanzia effettiva dei diritti<sup>34</sup>.

Alla luce di quanto detto sopra, risultano rilevanti ai fini dell'interpretazione della CRC, le indicazioni che promanano dagli atti del Comitato CRC, sia quelli che originano dalla competenza di monitoraggio che la Convenzione gli attribuisce (quali sono le *concluding observations*, nonché le *views* formulate ad esito della procedura di comunicazioni), sia i *general comments*<sup>35</sup> che a tale competenza si ricollegano indirettamente, nella misura in cui intendono chiarire il significato delle disposizioni e quindi, di riflesso, la portata degli obblighi che fanno capo agli Stati, obblighi che gli Stati sono tenuti ad eseguire in buona fede, secondo il disposto dell'art. 26 del Trattato di Vienna<sup>36</sup>. Il Comitato si avvale del beneficio di un rapporto diretto con le peculiarità che connotano i diversi ordinamenti degli Stati. Inoltre, la sua composizione interdisciplinare è funzionale all'esigenza di integrare nel processo interpretativo della Convenzione anche altri "saperi" diversi dal diritto<sup>37</sup>.

#### 4. Un'asse portante della Convenzione: il principio dei best interests of the child

Una delle caratteristiche della Convenzione di New York, è stata quella di recepire ed imprimere grande rilevanza al principio dei *best interests of the child*, ovvero al principio dell'interesse superiore del minore.

---

<sup>34</sup> Vedi in tema, J. MBAKU, *International Law, African Customary Law, and the Protection of the Rights of Children*, in 28 *Michigan State International Law Review*, 2020, p. 535 ss.

<sup>35</sup> Sui *general comments* in generale, vedi D.L. SHELTON, *Advanced Introduction to International Human Rights Law*, cit., p. 56 ss.; I. BANTEKAS, L. OETTE, *International Law and Practice*, III ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 211 ss. Sui diversi orientamenti riscontrabili nella giurisprudenza delle Corti nazionali rispetto al valore degli atti dei *Monitoring Bodies* previsti dai trattati sui diritti umani, vedi M. KANETAKE, *UN Human Rights Treaty Monitoring Bodies before Domestic Courts*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2018, p. 201 ss.; ID., nota alla sentenza del *Tribunal supremo – Sala de lo Contencioso-Administrativo*, n. 1263/2018, in 113 *American Journal of International Law*, 2019, p. 586 ss. Vedi anche con riferimento alla giurisprudenza recente della nostra Corte costituzionale, D. RUSSO, *I trattati sui diritti umani nell'ordinamento italiano alla luce delle sentenze n. 120 e 194 del 2018 della Corte Costituzionale*, cit.

<sup>36</sup> L'art. 26 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati codifica il principio *pacta sunt servanda*: «Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi»: vedi il testo annesso alla legge n. 112 del 12 febbraio 1974 (Ratifica ed esecuzione della convenzione sul diritto dei trattati, con annesso, adottata a Vienna il 23 maggio 1969).

<sup>37</sup> Su questo aspetto vedi però *infra*, pp. 40-41.

Il principio dei *best interests* non è “nuovo”, non è una creatura della Convenzione di New York. Si è affermato nel corso dell'Ottocento negli ordinamenti nazionali nel contesto del diritto di famiglia, quale criterio guida per le decisioni giudiziali concernenti i minori, perlopiù con riguardo al contenzioso in ordine all'affidamento dei figli in seguito alla separazione dei genitori, e nella disciplina dell'adozione<sup>38</sup>. Nel corso del Novecento il principio emerge anche sul piano del diritto internazionale<sup>39</sup>, sino ad affermarsi come uno dei principi generali contemplati dalla Convenzione sui diritti del fanciullo. In particolare, l'art. 3, par. 1, della Convenzione incorpora il principio dell'interesse superiore del minore prevedendo che i suoi *best interests* costituiscano una considerazione preminente («a primary consideration») in tutte le decisioni che lo riguardano<sup>40</sup>.

Il riferimento ai «best interests of the child», formulato in termini generali nell'art. 3 CRC, ricorre anche in altre disposizioni della Convenzione e precisamente nell'art. 9, paragrafi 1 e 3 in tema di separazione dai genitori e diritto del minore a intrattenere regolarmente rapporti o contatti con entrambi, nell'art. 10 sul ricongiungimento familiare, nell'art. 18 sotto il profilo della responsabilità parentale, nell'art. 20 che prevede l'ipotesi di privazione dell'ambiente familiare e di una protezione sostitutiva, nell'art. 21 in tema di adozione rispetto a cui il principio risulta ulteriormente “rafforzato” nella misura in cui in questo ambito la Convenzione richiede che i *best interests of the child* costituiscano «paramount consideration» e cioè considerazioni non solo preminenti bensì decisive. Ancora, il principio si trova richiamato nell'art. 37, lett. c) della Convenzione, laddo-

---

<sup>38</sup> Vedi L. LENTI, *Interesse del minore e scissione della famiglia in diritto comparato*, in *Giur. it.*, 1991, IV, c. 38. Con particolare riferimento all'ordinamento francese e alla rilevanza del criterio nella giurisprudenza interna precedente l'adozione della CRC, J. RUBELLIN DEVICHI, *The Best Interests Principle in French Law and Practice*, in P. ALSTON (ed.), *The Best Interests of the Child. Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford-New York, Clarendon Press, 1994, p. 259 ss. Una dettagliata analisi di come il principio si è affermato negli ordinamenti inglese e statunitense si trova in L.M. KOHN, *Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence*, in 10 *Journal of Law and Family Studies*, 2008, p. 337 ss. Nel contesto anglo-americano lo standard ha avuto uno sviluppo precoce ed un'applicazione estesa e consolidata che è stata oggetto di ampia discussione dottrinale: vedi, tra gli altri, i due volumi curati da M.D.A. FREEMAN (ed.), *Children's Rights*, Aldershot-Burlington, Ashgate, 2004 e la monografia di C. BREEN, *The Standard of the Best Interests of the Child*, The Hague, Nijhoff, 2002. Sulla recezione del principio nei paesi che sono stati soggetti al dominio della corona britannica, vedi S. GOONESEKERE, *The Best Interests of the Child: South Asian Perspective*, in 8 *International Journal of Law and the Family*, 1994, p. 117 ss.

<sup>39</sup> Vedi per es. la Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna, adottata il 18 dicembre 1979 ed entrata in vigore il 3 settembre 1981, artt. 5(b) e 16(1)(d). Vedi anche il riferimento all'interesse del minore negli strumenti adottati in seno alla Conferenza dell'Aja, per es. la Convenzione sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori del 5 ottobre 1961, art. 4.

<sup>40</sup> L'art. 3, par. 1, recita: «[i]n tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente».

ve si richiede che i minori privati della libertà siano tenuti separati dagli adulti in stato di detenzione, salvo che ciò non sia in contrasto con i «best interests of the child», nonché nell'art. 40, par. 2 (b) (iii) in materia di garanzie processuali del minore.

Dal contesto della CRC, il principio si è poi irradiato in altri strumenti internazionali generali<sup>41</sup> e regionali<sup>42</sup>, in alcune costituzioni nazionali<sup>43</sup>, leggi costituzionali<sup>44</sup>, e in diversa misura nella prassi giurisprudenziale e nella politica legislativa dei singoli Stati<sup>45</sup>.

A livello europeo, contesto particolarmente rilevante di applicazione del principio è la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali (Cedu). Come vedremo<sup>46</sup>, sebbene la Cedu non preveda espressamente il principio dell'interesse superiore del minore – incorporato invece nell'art. 24, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea intitolato «Diritti del minore»<sup>47</sup>, oltre che in diversi provvedimenti di diritto comunitario derivato<sup>48</sup>, questo si è gradualmente affermato nella giurisprudenza di Strasburgo di

<sup>41</sup> Così nella Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, adottata il 13 dicembre 2006, ed entrata in vigore il 3 maggio 2008, artt. 12, 7 e 23.

<sup>42</sup> Vedi la Carta africana sui diritti e sul benessere del minore (art. 4), adottata l'11 luglio 1990 ed entrata in vigore il 29 novembre 1999. Sull'utilizzo del principio dei *best interests of the child* nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani, vedi V. LORUBBIO, *The best interests of the child tra Europa e America latina. Emersioni giurisprudenziali comparate*, Torino, Giappichelli, 2021, specie p. 101 ss.

<sup>43</sup> Vedi J. TOBIN, *Increasingly Seen and Heard: The Constitutional Recognition of Children's Rights*, cit. Con particolare riferimento alla Costituzione del Sud Africa, in cui la clausola dei *best interests* è prevista dalla s. 28(2), vedi: M. COUZENS, *The Best Interests of the Child and the Constitutional Court*, in 9 *Constitutional Court Review*, 2019, p. 363 ss.

<sup>44</sup> È il caso della legge federale costituzionale austriaca sui diritti dei minori (*Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern*) adottata il 20 gennaio 2011 e pubblicata in *Bundesgesetzblatt Teil I*, 2011-02-15, vol. 4, pp. 1-2, la quale prevede alcuni dei principi e dei diritti sanciti dalla CRC, tra i quali il principio dei *best interests*, su cui vedi V. TROFAIER-LESKOVAR, *Focus: The Best Interests of the Child. A General View of the legal Situation and the constitutional Case-Law in Austria*, in 9 *Vienna Journal on International Constitutional Law*, 2015, p. 272 ss.

<sup>45</sup> Cfr. L. LUNDY, U. KILKELLY, B. BYRNE, *Incorporation of the United Nations Convention on the Rights of the Child in Law: A Comparative Review*, in 21 *International Journal of Children's Rights*, 2013, p. 442 ss.

<sup>46</sup> Vedi *infra* cap. 2.

<sup>47</sup> «In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente».

<sup>48</sup> Vedi per es. il regolamento (UE) 2019/1111 che dal 1° agosto 2022 sostituirà il regolamento n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e alla esecuzione delle decisioni giudiziarie in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale. In tema: O. LOPES PEGNA, *L'interesse del minore nel regolamento n. 2201/2003*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2013, p. 357 ss. e *Tecniche internazionalprivatistiche a tutela del superiore interesse del minore: flessibilità alla ricerca del miglior risultato nel caso concreto*, in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, cit., p. 368 ss.; C. HONORATI, *Il*

pari passo ad una valorizzazione dei diritti dei minori. In tale processo, la Corte europea ha consistentemente fatto riferimento alla Convenzione di New York del 1989 quale strumento interpretativo.

Sul piano degli ordinamenti nazionali, l'operatore del diritto si trova ad interagire con un principio la cui costruzione risulta poliedrica, dovendosi tener conto di diverse fonti che concorrono nel definirne la portata. Ma non è solo questa necessaria attività di "ricostruzione" che rende la nozione dei "best interests" particolarmente complessa per l'interprete. È la stessa nozione che solleva non pochi interrogativi.

#### 4.1. *I best interests of the child: una nozione controversa*

Incertezze interpretative sull'espressione dei *best interests* sono emerse anzitutto con riferimento al diverso tenore semantico che l'art. 3, par. 1 CRC presenta nelle singole versioni linguistiche ufficiali<sup>49</sup>, con particolare riguardo alle versioni in lingua inglese e francese che non sono sovrapponibili<sup>50</sup>. Il testo francese infatti recita: «Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale». Da tale testo deriva la versione (non ufficiale) in lingua italiana che presenta l'espressione «interesse superiore del fanciullo». È stato osservato come non vi sia corrispondenza semantica tra i testi inglese e francese.

---

*superiore interesse del minore nella proposta di recast del regolamento Bruxelles II bis*, in G. CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, Cacucci, 2019, p. 210 ss.

<sup>49</sup>L'art. 54 della Convenzione indica quali autentici i testi in lingua araba, cinese, francese, inglese, russa e spagnola. Nel testo si riporta la traduzione in lingua italiana dell'art. 3, par. 1, che figura nella legge di ratifica ed esecuzione.

<sup>50</sup>Sui problemi interpretativi sollevati dall'art. 3, par. 1 CRC, vedi tra gli altri C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interest of the child»*, cit., p. 986 ss.; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2016; EAD., *Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, in *Minori giustizia*, 2017, p. 19 ss. e da ultimo *I best interests of the child*, in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, cit., p. 140 ss.; L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 148 ss.; ID., *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 86 ss., e *Diritto della famiglia*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, Milano, Giuffrè, 2021, specie p. 73 ss. Sotto il profilo della discrezionalità riconosciuta al giudice, vedi già M. DOGLIOTTI, *Che cosa è l'interesse del minore?*, in *Dir. fam. pers.*, 1992, p. 1094 ss.; con riferimento all'applicazione giurisprudenziale, G. CORAPI, *La tutela dell'interesse superiore del minore*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 777 ss., p. 793 ss. Vedi anche i contributi raccolti in E.E. SUTHERLAND-BARNES MACFARLANE (eds), *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child. Best Interests, Welfare and Well-being*, cit.; S. PARKER, *The Best Interests of the Child – Principles and Problems*, in *8 International Journal of Law, Policy and the Family*, 1994, p. 26 ss.

Il testo inglese prevede che «[i]n all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration». Utilizza, dunque, l'espressione «interests» al plurale lasciando intendere che il fanciullo abbia una pluralità di interessi che devono essere oggetto di valutazione complessiva, interessi che vanno quindi valutati e confrontati tra di loro, e rispetto a diritti e interessi di terzi. Inoltre, l'espressione «a primary consideration» (formulazione prevalsa in seno ai lavori preparatori rispetto all'espressione «the paramount consideration», proposta originariamente dalla Polonia) rende chiaro che *the best interests of the child*, per quanto considerazione preminente, costituisce una tra più considerazioni che il *decision-maker* è chiamato a valutare e a bilanciare. A differenza del testo inglese, quello francese sembra invece invitare l'interprete a far prevalere l'interesse del minore su eventuali considerazioni concorrenti.

In realtà a noi sembra che le due versioni linguistiche possano essere riconciliate laddove si intendano come riferite rispettivamente alla dimensione “dinamica” del principio e alla sua dimensione “statica”, ossia con riferimento al «processo» di comparazione tra interessi che esso comanda (versione inglese) e con riferimento all'«esito» finale di tale processo e cioè con riferimento all'interesse che è effettivamente emerso come preminente a seguito della stessa comparazione (versione francese); «interesse superiore del minore», dunque, e non «superiore interesse del minore».

Altri ancora sono gli interrogativi che l'espressione solleva.

Anzitutto, *secondo quale punto di vista* gli interessi del minore devono essere valutati: secondo il punto di vista del minore, dei suoi legali rappresentanti, o di altri?

Ancora, *secondo quale orizzonte temporale* occorre tener conto degli interessi del minore – quello immediato, quello di medio termine o quello di lungo termine? Ben si può comprendere come la preferenza di un determinato orizzonte temporale piuttosto che di un altro possa portare ad esiti valutativi diversi o addirittura tra loro divergenti.

Importante è inoltre la questione di come deve atteggiarsi il rapporto tra «interesse del minore in astratto», che richiama alle scelte di politica del diritto operate dal legislatore in via generale, e «interesse del minore in concreto», che riguarda la valutazione operata dall'interprete caso per caso al fine di realizzare il miglior interesse del minore in quel preciso momento in cui si deve assumere una decisione. Questi due profili possono talora entrare in conflitto, specie laddove l'esigenza di assicurare il rispetto della legge posta a tutela dell'interesse dei minori in generale possa comportare il sacrificio dell'interesse del minore concretamente interessato<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Paradigmatica è la vicenda di Serena Cruz, negli anni '80, su cui vedi G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, p. 192 ss.

Sempre con riferimento ai profili critici della nozione, seppure sia indubbio che la sua formulazione elastica e flessibile abbia il merito di consentirle di adattarsi a contesti di applicazione anche molto diversi tra loro, è anche vero che la sua indeterminatezza presenta dei rischi, in particolare il rischio che tale formulazione possa prestarsi a manipolazioni ideologiche in sede di applicazione.

Infine, ci si è chiesti se sia veramente ancora necessario un principio che evoca l'interesse superiore del minore in un'epoca in cui è riconosciuto che anche i minori sono titolari di diritti; l'obiettivo di salvaguardia dei minori non dovrebbe attuarsi attraverso la piena realizzazione dei diritti stessi invece che mediante il ricorso ad un principio suscettibile di "manipolazioni" applicative, nella misura in cui consente che dietro all'interesse del minore si celino piuttosto istanze e pretese degli adulti?<sup>52</sup>. Insomma: è possibile mettere da parte tale principio e realizzare una tutela dei minori che si fondi esclusivamente sui "loro diritti"?

Come è evidente, si tratta di non pochi interrogativi. Su questi ed altri, si è misurato il Comitato dei diritti del fanciullo, formulando un *corpus* di considerazioni e indicazioni in tema di *best interests of the child*, in un Commento generale appositamente dedicato all'art. 3, par. 1, della Convenzione, cui occorre rivolgere la nostra attenzione.

#### 4.2. *I best interests of the child secondo il Comitato dei diritti del fanciullo*

Nel suo Commento generale n. 14 del 2013, intitolato *General Comment no. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*<sup>53</sup>, il Comitato conferma il carattere fondamentale e trasversale del principio dei *best interests*. Questo, secondo il Comitato, si configura come uno dei principi generali della Convenzione al fine di interpretare e dare effetto ai diritti in essa previsti, insieme al principio di non discriminazione (art. 2), al diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo (art. 6), al diritto di essere ascoltato (art. 12, *right to be heard*), quest'ultimo ritenuto complementare rispetto al principio dei *best interests* nella

---

<sup>52</sup> Vedi in particolare E. LAMARQUE, *Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, cit., in cui l'Autrice riconosce che «la natura indeterminata e sfuggente dello *standard* dei *best interests* se è un male, è tuttavia un male necessario, perché la forza e la stessa ragion d'essere del nostro principio consiste proprio nella sua capacità ad adattarsi alla situazione concreta» (p. 23).

<sup>53</sup> Per il testo del Commento generale n. 14 vedi: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en) Diversi importanti elementi che troviamo nel Commento generale, sono anticipati in un contributo di Jean Zermatten, allora Direttore dell'*International Institute for the Rights of the Child* e Vice-Presidente del Comitato CRC: *The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function*, in *18 International Journal of Children's Rights*, 2010, p. 483 ss.

misura in cui costituisce proprio lo strumento mediante il quale può essere acquisito il punto di vista del fanciullo ai fini della determinazione dei suoi *best interests*<sup>54</sup>.

Il Comitato individua quale scopo proprio del principio dei *best interests*, quello di assicurare il pieno ed effettivo godimento di tutti i diritti sanciti dalla Convenzione in un'ottica "olistica" dello sviluppo del fanciullo<sup>55</sup>.

Tre sono le accezioni che il Comitato riconosce al principio<sup>56</sup>. In primo luogo esso si configura come il diritto («substantive right») del minore di avere i suoi interessi valutati quale oggetto di primaria considerazione quando occorre apprezzare diversi interessi al fine di raggiungere una decisione su una questione che lo riguardi. Così anche ogni volta che occorre adottare una decisione che riguardi un gruppo di minori, o i minori come categoria generale<sup>57</sup>.

In secondo luogo, costituisce un principio interpretativo fondamentale («a fundamental interpretative legal principle»): se una disposizione è aperta a più interpretazioni, deve essere scelta l'interpretazione che più efficacemente promuove i *best interests of the child*.

Infine, afferma il Comitato, il concetto costituisce una regola di procedura («a rule of procedure»): ogni volta che occorre adottare una decisione che interessi un determinato minore o gruppo di minori o i minori in genere, il processo decisionale deve includere una valutazione del possibile impatto (positivo o negativo) che la decisione può avere sul minore o sui minori interessati<sup>58</sup>.

Secondo il Comitato, dall'art. 3, par. 1, discendono tre ordini di obblighi in capo agli Stati: l'obbligo di assicurare che i *child's best interests* siano appropriatamente integrati e coerentemente applicati in ogni decisione e azione delle istituzioni pubbliche che abbiano un impatto diretto o indiretto sui minori; l'obbligo di assicurare che in tutte le decisioni giudiziarie e amministrative nonché nelle politiche e nella legislazione concernente i minori, l'interesse degli stessi costituisca considerazione primaria; l'obbligo di assicurare che l'interesse del minore costituisca considerazione primaria anche nelle decisioni e azioni che intervengono nel settore privato, per es. nell'ambito dei servizi rivolti ai minori<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> CRC G.C. n. 14, par. 43.

<sup>55</sup> CRC G.C. n. 14, parr. 4 e 82.

<sup>56</sup> CRC G.C. n. 14, par. 6.

<sup>57</sup> Secondo il Comitato, l'art. 3(1) fa sorgere un obbligo in capo agli Stati contraenti, è *self-executing* e direttamente invocabile dinanzi ai tribunali.

<sup>58</sup> L'accezione dei *best interests* come «procedural rule» si trova già nel Commento generale n. 12 del 20 giugno 2009 relativo al diritto del bambino e dell'adolescente ad essere ascoltato.

<sup>59</sup> CRC G.C. n. 14, parr. 14, 36. Il concetto di «all actions concerning children» viene assunto dal Comitato in un'accezione ampia. Il termine «action» si riferisce non solo alle decisioni, ma anche agli atti, condotte, proposte, servizi, procedure e altre *measures*. Così il termine «concerning» deve essere inteso «in a very broad sense»: vedi par. 19.

Il Comitato individua un complesso di misure di attuazione che gli Stati sono chiamati (il Comitato utilizza il termine «should») a porre in essere, e tra queste, la revisione e riforma della legislazione e delle altre fonti normative, così da incorporarvi il principio, e l'introduzione di meccanismi e procedure di reclamo, al fine di assicurare il diritto del minore ad avere i propri interessi adeguatamente integrati in tutte le misure adottate – a livello amministrativo e giudiziario, che abbiano un impatto sul minore<sup>60</sup>.

Il Comitato rileva come il concetto dei «best interests of the child» sia dinamico, complesso, flessibile e adattabile, e come debba essere declinato caso per caso alla luce della situazione specifica in cui il minore si trova. Il Comitato mostra di disapprovare regolamentazioni rigide quali per es. quelle che nelle ipotesi di disgregazione del nucleo familiare prevedono automaticamente l'affidamento ad entrambi i genitori o a uno solo di essi<sup>61</sup>.

Il Comitato chiarisce inoltre che l'espressione secondo cui i *best interests* devono («shall») costituire «primary consideration», significa che i *best interests* non possono essere considerati allo stesso livello di tutte le altre considerazioni; la situazione di vulnerabilità dei minori fa sì che se non viene riconosciuta priorità ai loro interessi, questi *tendono* ad essere posti sistematicamente in secondo piano<sup>62</sup>. Tale priorità si configura in particolar modo in materia di adozione, ambito rispetto a cui l'interesse del minore non costituisce semplicemente «a primary consideration», bensì «the paramount consideration» e cioè considerazione determinante<sup>63</sup>.

Il Comitato riconosce che in certe circostanze i *best interests of the child* possono entrare in conflitto con altri interessi o diritti. Possibili conflitti tra gli interessi di un determinato minore e gli interessi di un gruppo di minori o dei minori in genere, devono essere risolti caso per caso, mediante un attento bilanciamento degli interessi coinvolti e ricercando un adeguato compromesso («suitable compromise»). Se invece gli interessi del minore confliggono con i diritti di altri soggetti e non è possibile armonizzare le diverse posizioni, i *decision-makers* devono esaminare e bilanciare i diritti di tutte le parti coinvolte, tenendo presente che il diritto del minore ad avere i propri interessi assunti come considerazione primaria significa che gli interessi del minore hanno un'alta priorità rispetto alle altre considerazioni. Proprio in virtù di tale alta priorità, il Comita-

---

<sup>60</sup> CRC G.C. n. 14, par. 15.

<sup>61</sup> CRC G.C. n. 14, parr. 32, 67.

<sup>62</sup> CRC G.C. n. 14, par. 36 ss.

<sup>63</sup> CRC G.C. n. 14, par. 38. Il Commento suggerisce che tale carattere determinante si abbia anche con riferimento a «other issues» senza però specificare cosa si intenda, posto che la CRC attribuisce alla considerazione dei *best interests* il carattere *paramount* solo con riferimento all'adozione. Forse l'espressione intende evocare la possibilità ex art. 41 CRC che gli Stati o altro strumento internazionale estendano tale carattere *paramount* ad ambiti ulteriori rispetto a quello individuato dalla CRC.