

Ricerche di Diritto comparato

Collana a cura di Mario Serio

Nuova serie

VINCENZO LORUBBIO

THE BEST INTERESTS OF THE CHILD
TRA EUROPA E AMERICA LATINA
EMERSIONI GIURISPRUDENZIALI COMPARATE



G. Giappichelli Editore

Prefazione

La ricerca compiuta da questo libro percorre un tema difficilmente collocabile nella demarcazione tra diritto pubblico e privato. Essa, infatti, non ha per oggetto un istituto giuridico o un determinato fenomeno. Né consiste nella sola semantica comparata di una formula lessicale, elaborata dal formante normativo e sviluppata, come applicazione concreta, da quello giurisprudenziale.

Alla base del lavoro sussiste una consapevolezza ben precisa, che ne legittima la proiezione comparativa trasversale tra pubblico e privato. La si potrebbe riassumere, ricorrendo alle considerazioni di John Searle sui soggetti umani come “oggetto” di comparazione¹. Discutere di soggetti, infatti, non equivale a parlare di puri fatti o di mere fattispecie. Implica la considerazione ineludibile dei loro mondi soggettivi.

Nel nostro caso, abilita, più specificamente, alla considerazione del mondo soggettivo degli “adulti”, imposto al mondo soggettivo dei “non adulti”.

In questa singolare e unica “situazione” risiede l’oggetto dello studio.

Il minore vive obbligatoriamente dentro un mondo soggettivo che non ha creato. Nonostante il dato possa apparire ovvio, il mondo soggettivo degli adulti spesso trascura la fondamentale sfumatura, discettando del minore come se fosse un “oggetto” di esperienza, identico a qualsiasi altro tema giuridico. Si spiega in tal senso l’insistenza dottrinale sul sintagma *best interests of the child* nel solco degli studi dei “concetti valvola” e della “vaghezza” del diritto².

Il termine rifletterebbe una semplice strategia linguistica, da indagare ermeneuticamente.

La conclusione, tuttavia, non è confermata dalla rilevazione empirica. E le evidenze, offerte da questo libro, lo dimostrano.

La formula *best interests of the child* non funziona affatto da strumento ermeneutico *tout court*. Definisce, al contrario, il criterio di collegamento tra due

¹ J. Searle, *Dell'intenzionalità. Un saggio di filosofia della conoscenza*, trad. it., Milano, 1985.

² Persiste sul tema della “vaghezza” la recente voce di E. Frontoni, *Minore (superiore interesse del)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VIII aggiornamento, Torino, 2021, 271-283, con *ivi* ulteriore bibliografia nella medesima direzione.

mondi soggettivi intrecciati e non paritari, in cui uno, quello del minore, include e subisce l'altro, quello adulto, non viceversa.

Non è la stessa cosa.

Discutere di *best interests of the child* in tale proiezione richiede uno sforzo, non necessario nello studio dei “concetti valvola” e delle “formule vaghe”. Impone la necessità di liberare la ricerca da tutte le costruzioni formali, comprese quelle normative, prodotte dal solo mondo soggettivo adulto, per verificare come la formula linguistica faccia emergere, nella realtà dell'osservazione giuridica, il mondo soggettivo del minore come esperienza comparativa in sé verso altri “mondi”.

Il libro compie questo sforzo e in tale scelta risiede la sua originalità. Ecco perché non deve essere incasellato nella dicotomia “adulta” del diritto pubblico/privato. Del resto, nel panorama italiano, di *best interests of the child* si è già occupata settorialmente la dottrina sia di diritto privato che di diritto pubblico (italiano ed europeo). Il formante dottrinale, però, non si è mai interrogato sul sintagma come “criterio di collegamento” con il mondo soggettivo del minore.

Questo volume lo fa e, così operando, la sua osservazione sfugge alle categorizzazioni disciplinari classiche. Del resto, le esperienze giuridiche esistono al di là delle riduzioni disciplinari della conoscenza. Le esperienze giuridiche sono sempre e comunque olistiche. E “olistico” è il minore, non certo rubricabile come “attore” pubblico o privato. Il suo mondo è unitario al pari dei luoghi in cui vive la sua esperienza: famiglia, scuola, spazi ricreativi, luoghi dove il diritto “pubblico” esiste, solo nella misura in cui favorisce o tutela la realizzazione del mondo soggettivo del minore, mentre il diritto “privato” agisce come responsabilità altruista verso quel mondo, piuttosto che egoistica autonomia adulta. Ma non solo: il mondo soggettivo del minore contiene anche i contesti istituzionali e sociali della sua vita. Esso è già esperienza sociale. Insomma, è il mondo più complesso e completo in assoluto. Dietro e dentro quel sintagma, c'è tutto questo.

E l'Autore lo constata, attraverso una comparazione panoramica dall'alto: un'opzione apparentemente di metodo, ma in realtà epistemica.

Ma perché si è reso indispensabile comparare una “formula standard”, sorta in ambito onusiano per il tramite di una Convenzione – la CRC (*Convention on the Rights of the Child*) – che è risultata essere la maggiore espressione di convergenza e di approvazione da parte della quasi totalità degli Stati membri delle Nazioni Unite³?

Più in generale, varrebbe la pena interrogarsi proprio in merito all'op-

³ Tutti gli Stati membri dell'ONU hanno ratificato la CRC. Solo gli Stati Uniti, pur avendo firmato la stessa, non hanno proceduto ancora alla sua ratifica.

portunità di utilizzare il metodo della comparazione rispetto ad una regola di diritto internazionale: è stato, infatti, da sempre sottolineato che il diritto internazionale sia «l'unico ramo del diritto che contiene regole identiche applicate come tali dalle corti di tutti gli Stati»⁴ e che, pertanto, in questo ambito, il metodo comparativo «sembrerebbe a prima vista da escludere, dal momento che le regole di carattere dichiaratamente universale non si prestano al confronto»⁵.

L'impianto concettuale su cui si sviluppa questo lavoro, invece, dà ragione dell'esatto contrario, ovvero della necessità di dissimulare la presunta universalità di una formula, tramite la verifica del suo concreto utilizzo, in due ambiti internazionali (*rectius* regionali) molto differenti, come quello europeo e quello latino-americano.

Appare questa una possibile declinazione pratica di quello che è stato definito in dottrina come *Comparative International Law*: con tale formula si intende far riferimento ad una precisa opzione metodologica che «utilizes insights and methods from comparative law in order to identify, analyze, and explain similarities and differences in how international law is understood, interpreted, applied, and approached by different national and international actors»⁶.

Pertanto, confrontare giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e della omologa Corte interamericana non ha voluto significare il solito tracciamento di imitazioni, trapianti o prestiti nel “dialogo” tra giurisdizioni. Le due Corti sono state scelte, perché emblematiche proprio del panorama regionale di due contesti istituzionali, sociali e umani di esperienza, drammaticamente diversi, che entrano e si impongono nei mondi soggettivi dell'esperienza dei minori. Studiare le loro sentenze, pertanto, ha significato interrogare quei contesti nella verifica del criterio di collegamento, offerto dal sintagma *best interests of the child*.

Ecco allora che il libro dimostra come, di fronte all'esperienza giuridica *dei* e *verso* i minori, le due Corti non discettino di ordinamenti, norme, ermeneutiche, ma si cimentano nella comparazione della dinamica reale dei loro mondi soggettivi. Di fatto, effettuano entrambe una comparazione umanitaria, intersoggettiva “pluridimensionale” e quindi olistica: un dato tutt'altro che scontato, quando ci si misura solo con “concetti valvola” e “vaghezze” giuridiche di qualsivoglia contenuto.

⁴ H. Lauterpacht, *Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law* in 10 *British Yearbook of International Law* (65), 1929, p. 95.

⁵ H.C. Gutteridge, *Comparative Law and the Law of Nations* in W.R. Butler (ed), *International Law in Comparative Perspective*, 1980, p. 13.

⁶ A. Roberts-P. Stephan-P.H. Verdier-M. Versteeg, *Comparative International Law: Framing the Field*, in *The American Journal of International Law*, 3, 2015, 469. Il concetto è stato poi ulteriormente approfondito, cfr. A. Roberts-P. Stephan-P.H. Verdier-M. Versteeg, *Comparative International Law*, Oxford, 2018.

L'interesse del minore viene così setacciato all'interno di tutte le componenti del suo mondo soggettivo: da quelle biologiche e neurali a quelle cognitive, psicologiche, sociali, culturali, storiche, morali, spirituali, religiose, estetiche, persino politiche. Alla fine, la giurisprudenza umanitaria in tema di *best interests of the child* si presenta come una sorta di laboratori, o di *vulnerability research*⁷.

Del resto, proprio gli studi sulla complessa vulnerabilità del minore hanno imposto di analizzare l'utilizzo delle categorie ermeneutiche del pensiero adulto, isolandole da qualsiasi altro contesto che non coincida con lo stesso mondo soggettivo dell'esperienza del minore. Com'è stato dimostrato, il neonato umano, rispetto alle altre specie viventi, nasce estremamente immaturo di fronte alle esperienze di vita. Il suo cervello è ancora fetale nel momento in cui viene immerso, dopo la nascita, nell'ambiente; e l'ambiente di immersione è socialmente il più complesso che qualsiasi essere vivente possa vivere, perché pienamente linguistico e fortemente culturale. Questa specificità scaraventa inesorabilmente la dimensione del minore umano in un sistema pluridimensionale, includente il mondo soggettivo di tutti gli adulti che lo animano. Obbliga, di riflesso, a osservare le vicende di vita del minore in una modalità, incomparabile con qualsiasi altro stratagemma ermeneutico riferito alle esperienze giuridiche. Non a caso, questa modalità osservativa è denominata dalle scienze cognitive "*we-perspective*"⁸.

Dentro il minore c'è già tutto: dai suoi adulti alla società, alle istituzioni, persino all'economia (come drammaticamente testimonia proprio la difficile condizione latino-americana del mondo soggettivo minorile). Insomma, il minore è già un sistema complesso, non semplicemente un soggetto vivente in crescita, come un qualsiasi altro cucciolo. Ecco perché non ha senso sottoporre il suo mondo soggettivo in fattispecie inventate dal diritto.

Di conseguenza, il sintagma *best interests of the child* serve uno scopo ben preciso, che nessun altro enunciato normativo avrebbe potuto mai conseguire: disegnare la "scena interattiva" di quel sistema. La domanda definitiva che esso sollecita non è «che cosa significa?», bensì «quale scena apre allo sguardo adulto l'esperienza del minore?», «come definirla dal punto di vista del cucciolo sociale umano?». Si scopre, insomma, che, ad essere indefinito, non è il concetto in sé di *best interests of the child*, come erroneamente ritiene gran parte della dottrina, ma il "mondo di vita" del minore dentro quello degli adulti.

Il confronto giurisprudenziale tra le due Corti dei diritti sembra confermarlo,

⁷ Sul tema della vulnerabilità in Italia, si v. di recente B. Pastore, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Torino, 2021.

⁸ M. Gallotti-C.D. Frith, *Social Cognition in the we-Mode*, in *Trends in Cognitive Science*, 17, 2013, 1-6.

nella misura in cui il termine ricorre come lente di ingrandimento delle innumerevoli e variabili componenti del mondo soggettivo del minore: esperienza giuridica e sistema complesso di società e istituzioni, dove le differenze, subite dal minore come elementi costitutivi del suo mondo, richiedono comparazione tutt'altro che "disciplinare".

Lecce, 2021

Michele Carducci

Introduzione

La seconda metà del XX secolo ha visto l'attuarsi di una radicale trasformazione culturale relativa alla condizione del soggetto minorenne nel contesto familiare e, più in generale, in merito alla sua considerazione all'interno della società occidentale.

Il minore nei codici ottocenteschi si configurava, infatti, come l'«oggetto» di una tutela e di una protezione assicurata esclusivamente dall'esercizio della potestà dei genitori: a partire dal secondo dopoguerra, invece, abbiamo assistito ad una vera e propria «rivoluzione copernicana»¹ che ha finalmente riconosciuto al minore la piena dignità di persona, con diritti propri, da tutelare e promuovere sia a livello familiare che sociale.

L'inizio di un simile cambiamento radicale è sicuramente rappresentato dall'evento della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (approvata dall'Assemblea delle Nazioni Unite a Parigi il 10 dicembre 1948) nel Preambolo della quale viene sottolineato che il fondamento della libertà, della pace e della giustizia nel mondo è costituito dal riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti eguali e inalienabili².

Pur essendo specificato all'art. 2 che tutti i diritti e tutte le libertà enunciati nella Dichiarazione spettano ad ogni uomo, senza distinzione alcuna di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza e di nascita, tuttavia, il fattore relativo all'età non ha trovato esplicita menzione, come possibile causa di discriminazione, e le considerazioni sull'infanzia sono state limitate ad un breve e generico riferimento al diritto di cura e di assistenza, contenuto nell'art. 25.

Sebbene la Dichiarazione di Ginevra del 1924³ e la Dichiarazione ONU del

¹ G.P. Meucci-F. Scarcella, *La tutela dei diritti del minore*, Roma, 1984, 10.

² Dal Preambolo della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948.

³ Adottata dalla Società delle Nazioni, in questa Dichiarazione è previsto quanto segue: al fanciullo si devono dare i mezzi necessari al suo normale sviluppo, sia materiale che spirituale; il fanciullo che ha fame deve essere nutrito; il fanciullo malato deve essere curato; il fanciullo il cui sviluppo è arretrato deve essere aiutato; il minore delinquente deve essere recuperato; l'orfano ed il trovatello devono essere ospitati e soccorsi; il fanciullo deve essere il primo a ricevere assisten-

1959⁴ fossero specificamente sorte a tutela dei diritti dell'infanzia, queste non erano innanzitutto rivolte agli Stati, ma a determinati soggetti (genitori ed operatori sociali e giuridici) e, più in generale, non erano concepite come strumenti atti a valorizzare il bambino in quanto titolare, ma solo in quanto destinatario passivo di diritti: bisognerà attendere circa cinquant'anni per assistere al riconoscimento del minore come titolare di posizioni giuridiche soggettive e sarà la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (universalmente nota come CRC, acronimo di *Convention on the Rights of the Child*), firmata a New York nel 1989, a suggellare l'introduzione dell'idea del bambino come «soggetto» di diritti⁵.

Emblematica risulta la circostanza relativa al fatto che la CRC sia stata la Convenzione internazionale con il maggior numero di ratifiche: 196 su 197 Paesi aderenti alla Convenzione (ovvero tutti gli Stati riconosciuti sovrani a livello internazionale, ad eccezione degli USA) hanno approvato il contenuto della stessa, a riprova del fatto che la tutela della condizione esistenziale del soggetto minore di età fosse considerata come una priorità condivisa a livello planetario⁶.

Del resto, a ben vedere, l'importanza delle istanze poste alla base della condizione di bambino e di adolescente, a differenza di quelle relative ad altre condizioni esistenziali, parimenti meritevoli di tutela e protezione, può essere immediatamente compresa dalla quasi totalità dei consociati: è di palese evidenza, infatti, che un soggetto può non aver sperimentato la condizione di migrante, di

za in tempo di miseria; il fanciullo deve essere messo in condizioni di guadagnarsi da vivere e deve essere protetto contro ogni forma di sfruttamento; Il fanciullo deve essere allevato nella consapevolezza che i suoi talenti vanno messi al servizio degli altri uomini; testo completo in *I diritti del bambino nelle carte internazionali*, Brescia, 1976, 73 ss.

⁴ Questa Dichiarazione consta di un Preambolo in cui si richiamano la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e la Dichiarazione sui diritti del fanciullo del 1924, e dieci principi ed include una serie di diritti non previsti nella precedente Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, quali il divieto di ammissione al lavoro per i minori che non abbiano raggiunto un'età minima, il divieto di impiego dei bambini in attività produttive che possano nuocere alla sua salute o che ne ostacolino lo sviluppo fisico o mentale e il diritto del minore disabile a ricevere cure speciali.

⁵ Cfr. E. Verhellen, *Convention on the rights of the child*, Antwerp, 2006, 19; M. Marchegiani, *Convenzione sui diritti del fanciullo*, in M. Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, Milano, 2009, 161.

⁶ Per comprendere a pieno lo spirito dei lavori preparatori della Convenzione del 1989 e il contesto dentro il quale emergono e trovano sintesi le istanze poste alla base delle successive norme si rinvia al recente lavoro di J. Tobin (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child: a Commentary*, Oxford, 2019. Sempre sui lavori preparatori v. anche P. Alston, *Commentary on the Convention on the rights of the child of 1989*, Centre for Human Rights, Genève, 1992; S. Detrick (a cura di), *The United Nations Convention on the Rights of the Child: a guide to the "Travaux préparatoires"*, Dordrecht-Boston-London, 1992.

rifugiato, di disabile, di anziano, di carcerato, ma che di certo ha vissuto o vive la condizione di minore: la minore età, pertanto, si porrebbe come la più evidente tra le varie condizioni di vulnerabilità e, di conseguenza, i diritti e gli interessi connessi a tale *status* dovrebbero godere del più ampio consenso possibile⁷.

La Convenzione di New York, pertanto, esplicita in modo assai ampio quelli che sono i diritti fondamentali di un soggetto in formazione e, affinché questi diritti possano trovare una realizzazione adeguata, richiede in maniera solenne che tutti gli Stati parte adeguino, a tal fine, i propri ordinamenti interni.

Ma la vera innovazione dell’impianto normativo convenzionale è senz’altro costituita dall’introduzione del concetto di *best interests of the child*⁸.

L’art. 3 della CRC, infatti, sancisce espressamente che «In 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». Il principio del superiore interesse del minore viene elevato, pertanto, a criterio preponderante in tutte le controversie concernenti i minori: tale criterio può operare come dispositivo interpretativo nell’applicazione dei diritti dei minori e anche come *standard* residuale in aree non regolate espressamente dal diritto⁹.

Il¹⁰ *best interests of the child*, inizia così a costituire, nel tempo, il criterio di

⁷ In merito alla considerazione della minore età come condizione di particolare vulnerabilità si veda, su tutti, R. Dixon-M. Nussbaum, *Children’s rights and a capabilities approach: the question of special priority*, in *Cornell Law Review*, 97, 2012, 97-549 le quali parlano appunto di *special vulnerability of children* legata sia alla loro dipendenza giuridica ed economica dagli adulti e sia alla loro intrinseca fragilità fisica o emotiva. Di parere contrario, invece, J. Herring, *Vulnerability, Childhood and the Law*, Oxford, 2018, 44, che considera artificiosa la differenza tra la vulnerabilità propria dei minori e quella dei soggetti adulti, dal momento che «*both childhood and adulthood is marked as times of profound vulnerability, interdependence and incapacity. It is adult’s refusal to acknowledge their childish natures that creates the false impression that a sharp line needs to be drawn between the young and the old*».

⁸ La letteratura sviluppatasi intorno alla formula del *best interests of the child* è molto vasta, per un inquadramento generale v., *ex multis*, P. Alston (ed.), *The Best Interests of the Child*, Oxford, 1994; C. Breen, *The Standard of the Best Interests of the Child*, The Hague, 2002; M. Freeman, *Article 3 – The best interests of the child*, Leiden-Boston, 2007; E. Sutherland-L.A. Barnes Macfarlane, *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child, Best Interests, Welfare and Well-being*, Cambridge, 2016; N. Cantwell, *Are ‘Best Interests’ a Pillar or a Problem for Implementing the Human Rights of Children?*, in T. Liefgaard-J.S. Nielsen (a cura di), *The United Nations Convention on the Rights of the Child, Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead*, Leiden, 2017.

⁹ Cfr. J. Eekelaar, *Interests of the child and the child’s wishes*, in P. Alston (eds.), *The best interests of the child*, Oxford, 1994, 57.

¹⁰ Si rende subito necessaria una specificazione di tipo semantico. In riferimento alla formula “*best interests of the child*” si è scelto di mantenere l’uso dell’articolo determinativo singolare “il” e

riferimento prevalente in base al quale si orientano le decisioni adottate dalle autorità giudiziarie e amministrative¹¹.

Ma in cosa consiste realmente questo interesse superiore del minore? A chi spetta indicarne il contenuto? E soprattutto quali sono i parametri di riferimento da tenere in considerazione nel valutarlo?

Nell'arco di pochi anni dalla sua solenne introduzione, il principio del *best interests of the child* è stato recepito all'interno di numerose Convenzioni e documenti a tutela dell'infanzia, sia a livello internazionale che all'interno dei singoli Stati, anche sul piano costituzionale, ad ogni latitudine¹².

Il contesto nel quale il superiore interesse del minore ha trovato maggiore

della preposizione singolare “del”, pur essendo il sostantivo “interests” declinato al plurale. Tale opzione terminologica è giustificata dal fatto che la traduzione italiana di tale espressione riporta il sostantivo singolare “interesse” (opzione linguistica adottata anche dai Paesi di lingua francese – *intérêt*, spagnola – *interés*, portoghese – *interesse*, e tedesca – *wohl*) e si è inteso qui mantenere la stessa accezione singolare pur rimanendo formalmente utilizzata, e quindi citata, una locuzione plurale. Tuttavia, tale opzione appare oggi minoritaria dal momento che la maggiore dottrina italiana sul tema è ormai propensa a parlare di principio “dei” *best interests of the child*. Cfr. E. Lamarque, *Prima i Bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016; J. Long, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in *Questione Giustizia*, aprile 2019 (speciale). L. Lenti, «Best interests of the child» o «best interests of children»? in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 3, 2010, 157-165. Ciononostante, alcuni autori continuano ad utilizzare la locuzione al singolare. Cfr. M. Distefano, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori*, Padova, 2012; Cfr. M.C. Venuti, *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex»*. *La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2, 2015, 259-295; E. Falletti, *L'applicazione del criterio del best interest of the child nelle procedure di adozione in Quotidiano giuridico*, 25 giugno 2018, <http://www.quotidianogiuridico.it>; S. Angeletti, *The Children Act: alla ricerca del “superiore interesse del minore” tra famiglie, comunità religiose e giudici*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, 20, 201, www.statoechiese.it; B. Vimercati, *Oltre l'autodeterminazione. I confini del diritto nei casi Gard ed Evans*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 1-bis, <https://www.giurisprudenzapenale.com>.

¹¹ Cfr. G. Ferrando, *Il nuovo diritto di famiglia*, Bologna, 2007, 10.

¹² Il principio è stato introdotto a livello costituzionale in diverse giurisdizioni, sia tramite incorporazione all'interno del testo costituzionale (è il caso della Tunisia, che nella nuova Costituzione 2014 ha introdotto formalmente il principio all'art. 47, che prevede: «*La dignité, la santé, les soins, l'éducation et l'instruction constituent des droits garantis à l'enfant par son père et sa mère et par l'État. L'État doit assurer aux enfants toutes les formes de protection sans discrimination et conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant*»). Sempre nel 2014, anche la Norvegia tramite un emendamento, ha inserito il superiore interesse del minore in Costituzione. All'art. 104 ora si legge che: «*For actions and decisions that affect children, the best interests of the child shall be a fundamental consideration*». E ancora, l'art. 28, comma 2 della Costituzione del Sud Africa prevede che «*A child's best interests are of paramount importance in every matter concerning the child*».) sia tramite interpretazione adeguatrice da parte dei massimi organi di garanzia costituzionale (come nel caso della Francia, dove recentemente il *Conseil constitutionnel* ha stabilito che dai paragrafi 10 e 11 del Preambolo della Costituzione de 1946, discende «*une exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant*»). Cfr. *Conseil constitutionnel*, *Décision n. 2018-768 QPC* del 21 marzo 2019.

accoglimento ed ha iniziato ad assumere connotati sempre più specifici è, senz'altro, quello relativo alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: tuttavia, malgrado il ricorso sempre più frequente alla formula *best interests of the child*, si è assistito, nel corso degli anni, a decisioni giudiziarie dagli effetti notevolmente antitetici e la comunanza di vedute relativa alla preminenza del *best interests of the child*, nei singoli casi di specie, è apparsa come inversamente proporzionale rispetto alla differenza di opinioni sul contenuto da accordare di volta in volta allo stesso.

Proprio la perdurante indeterminatezza relativa al significato da attribuire al superiore interesse del minore nel caso concreto si è posto come spunto alla base del tentativo di approfondimento concettuale della presente ricerca.

Ciò nondimeno, al fine di rendere l'analisi quanto meno teorica possibile, si è appositamente tralasciato di ricostruire e paragonare le diverse definizioni semantiche relative al principio in questione¹³, tentando invece di privilegiare un determinato approccio di tipo empirico: rilevare in che modo e in quali contesti, i giudici delle Corti dei due maggiori sistemi regionali di tutela dei diritti umani (quello europeo e quello interamericano) si avvalgono del criterio del superiore interesse del minore, e comprendere se sia possibile rintracciare un nucleo di caratteristiche comuni al suo utilizzo, con l'obiettivo di rinvenire il contenuto sostanziale di tale concetto, malgrado i differenti ambiti tematici e i differenti luoghi geografici.

Scopo della presente ricerca è, pertanto, quello di indagare gli ambiti di applicazione all'interno dei quali emerge la necessità di tutelare il *best interests of the child*, comprendere il livello di rilevanza che assume il principio all'interno delle sentenze e verificare l'esistenza o meno di presupposti e connotati comuni nella sua applicazione pratica: l'approccio giurisprudenziale, infatti, seppur limitato ai due contesti di riferimento prescelti, appare il più idoneo al fine di verificare se e fino a che punto, l'utilizzo del *best interests of the child principle* risponda alle reali esigenze dei minori coinvolti nel caso concreto¹⁴.

Pur essendo l'epifania di tale formula riconducibile all'ambito onusiano, infatti, tale circostanza non ha impedito ai giudici delle due Corti regionali non solo di applicarla nei casi concreti, ma anche di specificarne, di volta in volta, portata e applicazioni pratiche.

¹³ Sul punto, invece, imprescindibile la preziosa analisi critica di E. Lamarque, *Prima i bambini*, cit., 21-86, che ricostruisce la storia del principio all'interno delle differenti tradizioni giuridiche occidentali, segnalando portata, limiti ed anche ambiguità concettuali e semantiche connesse a tale formula.

¹⁴ Sul ruolo svolto dalle Corti interne ed internazionali nell'implementazione del principio del *best interests of the child* e degli altri principi introdotti nella CRC si veda, su tutti, T. Liefaard-J.E. Doek (a cura di), *Litigating the Rights of the Child. The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Berlin, 2015.

In questa prospettiva, il metodo della comparazione si pone, senz'altro, come strumento privilegiato per la maggiore comprensione di tale formula giuridica, al fine di scorgere i tratti comuni e le divergenze contenutistiche ed applicative emergenti dalla casistica interna delle due Corti, stante l'inevitabile eterogeneità interpretativa: l'approccio comparativo, infatti, come suggerisce autorevole dottrina, consente al ricercatore di «allargare il proprio ambito di indagine per meglio comprendere il fenomeno giuridico e, quindi, assolvere alla sua missione di conoscere»¹⁵.

Di conseguenza, pur nella piena consapevolezza delle differenti caratteristiche che connotano l'attività delle due Corti, sia in relazione ai contesti socioculturali che in riferimento alle differenze procedurali esistenti, il presente tentativo riposa sulla solida certezza che la natura della comparazione sia quella di una scienza «empirica» basata «sull'osservazione dei modi concreti di funzionamento, nei vari sistemi, delle regole di dettaglio e delle categorie ordinanti»¹⁶, e non sulla pretesa di omogeneizzazione e di sistematizzazione delle stesse.

Tuttavia, prima di procedere all'analisi, nel primo capitolo, si è ritenuto opportuno effettuare, senza alcuna pretesa di esaustività, una rapida ma essenziale disamina dei principali strumenti normativi adottati a presidio dell'infanzia a livello internazionalistico, accordando maggiore attenzione alla Convenzione del 1989,

¹⁵ G. de Vergottini, *Comparazione e Diritto costituzionale*, in *Nomos: le attualità del Diritto*, 2, 2018, 2. Secondo l'autore l'attività comparativa svolta dal ricercatore si differenzia da quella posta in essere sia dal legislatore (normatore) che dal giudice, dal momento che le seconde avrebbero natura strumentale, avendo come obiettivo quello di rinvenire una migliore giustificazione alla creazione o all'interpretazione di una data norma, mentre la prima avrebbe carattere eminentemente scientifico, appunto di ricerca, «consentendo la individuazione di modelli e la formulazione di classificazioni». Il contenuto del metodo della comparazione ha costituito oggetto di numerosi e assai pregevoli studi e continua a rivestire un ruolo centrale all'interno degli ambiti di indagine della dottrina. Si menzionano, tra i tanti, senza alcuna pretesa di esaustività, R. Sacco-P. Rossi, *Introduzione al Diritto Comparato*, 7^a ed., Torino, 2019; G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2019; R. Scarciglia, *Métodos y comparación jurídica*, Madrid, 2018; M. Adams-J. Husa-M. Oderkerk (a cura di), *Comparative Law Methodology*, Cheltenham-Northampton, 2017; A. Somma, *Introducción al Derecho comparado*, Madrid, 2015; L. Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, 2014; R. Hirschl, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2014; P.G. Monateri (a cura di), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham, 2012; N. Lupo-L. Scaffardi, *Comparative Law in Legislative Drafting. The Increasing Importance of Dialogue amongst Parliaments*, The Hague, 2014; M. Siems, *Comparative Law*, Cambridge, 2014; A. Ruggeri, *Comparazione giuridica e certezza del diritto costituzionale*, in *Diritti comparati*, 28 luglio 2015; L. Pegoraro-A. Rinella, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Torino, 2007; B. Jaluzot, *Méthodologie du droit comparé: bilan et prospective*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1, 2005, 29-48; B. Markesinis, *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, Milano, 2004; M. Van Hoecke-F. Ost, *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford, 2004; L-J. Constantinesco, *Il metodo comparativo*, Torino, 2000.

¹⁶ R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, 51.

per meglio comprendere lo “spirito” costituente all’interno del quale è emerso il principio oggetto della presente ricerca. Un focus specifico, inoltre, è stato dedicato alle principali caratteristiche di funzionamento del Comitato ONU sui diritti dell’infanzia, grazie al quale il principio del *best interests* ha ricevuto organica interpretazione tramite uno specifico “commento generale” (cfr. cap. I, par. 5.1) e alle nuove possibilità offerte dall’introduzione dei reclami individuali.

Il secondo e il terzo capitolo, invece, costituiscono il nucleo del presente lavoro di ricerca: rispetto a ciò, è necessario sottolineare che, a livello metodologico, data la natura dei casi trattati, che riguardano la particolare condizione del soggetto vulnerabile per eccellenza, si è dato volutamente ampio spazio alla narrazione dei “fatti” di causa, al fine di enfatizzare come ogni singolo dato fattuale, costituisca, in casi del genere, il presupposto indefettibile per la corretta interpretazione normativa e per il conseguimento della più opportuna soluzione giurisprudenziale.

Più nello specifico, nel secondo capitolo relativo alla giurisprudenza europea, si è proceduto all’individuazione di quattro ambiti tematici differenti (il diritto a conoscere le proprie origini, il diritto al ricongiungimento familiare, il diritto all’adozione e/o all’affido, il diritto al mantenimento delle relazioni con entrambi i genitori) nei quali i giudici della Corte EDU si servono del principio del *best interests* all’interno delle proprie decisioni; l’ultimo paragrafo è, invece, dedicato alla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, in cui emerge chiaramente la diversità di approccio e di priorità esistente tra la Corte di Lussemburgo e la Corte di Strasburgo, in merito all’interpretazione e alla rilevanza del superiore interesse del minore.

Il capitolo relativo al contesto latinoamericano, invece, sebbene sia caratterizzato dal medesimo impianto metodologico, presenta differenze sostanziali, sia di tipo quantitativo che qualitativo: i casi analizzati dalla Corte interamericana, infatti, sono enormemente inferiori a livello numerico ma fortemente significativi in considerazione delle tematiche in cui il principio analizzato trova applicazione, dal momento che la quasi totalità dei casi è relativa a sparizioni forzate/omicidi di massa oppure a pratiche di violenza istituzionalizzate contro determinati gruppi, sociali o etnici, di minori.

Tali differenze, analizzate in astratto, avrebbero addirittura fatto propendere per una impossibilità di comparazione tra situazioni fattuali e giurisdizionali così dissimili: tuttavia, stante l’impossibilità (*rectius* inopportunità) di addivenire ad una univoca definizione di *best interests of the child*, sarà non meno interessante cogliere alcuni tra gli spunti derivanti dalla giurisprudenza delle Corti regionali e tematizzati nell’ultima sezione del presente lavoro, denominata appositamente “non conclusioni”: tramite una rilettura organica del materiale analizzato, infatti, quelli che *prima facie* appaiono come pezzi di *puzzle* indipendenti e non combinabili tra di loro, iniziano a trovare alcuni insperati punti di congiun-

tura, andando a delineare, in una forma ancora da decifrare pienamente nella sua interezza, la traccia di un “nucleo comune” dell’interesse superiore del minore.

La naturale diversità di contesti fattuali e giurisdizionali non ha infatti impedito ai giudici di entrambe le Corti di considerare il superiore interesse del minore come obiettivo *inter* ed *intra* ordinamentale da perseguire e, come tale, da tutelare e promuovere in concreto. Lo studio dei casi trattati mostrerà, inoltre, come anche le differenze interpretative emerse costituiscano in realtà un paradosso, almeno in parte, apparente: infatti, è la struttura fisiologica della formula stessa che, grazie alla sua estrema flessibilità, consente ai giudici di “scoprire”, *case by case*, a cosa corrisponda il “bene” del minore.

Infatti, a differenza dei grandi problemi etici (si pensi ai contrasti “storici” sulla pena di morte, l’aborto, la legalizzazione delle droghe, o a quelli di più recente emersione, come quello relativo all’eutanasia, al matrimonio tra persone dello stesso sesso o alle nuove pratiche eugenetiche) rispetto ai quali insistono veri e propri “disaccordi interpretativi profondi”¹⁷, il concetto di superiore interesse del minore non sembra dar luogo a posizioni ostili o contrarie all’affermazione di tale principio, quanto piuttosto a contrasti (anche radicali) circa i risvolti pragmatici legati all’utilizzo di una simile formula¹⁸. Infatti, la discussione sembra vertere non tanto intorno al suo teorico significato *in book*, quanto piuttosto sul suo funzionamento *in action*¹⁹: in altri termini, se non si discute (o si discute poco) l’assoluta rilevanza dell’interesse superiore del minore, ciò che divide sono i modi e i mezzi tramite cui raggiungere questa imprescindibile finalità.

Da ciò consegue che anche il perdurare del conflitto interpretativo, in merito al significato da attribuire a questo prezioso concetto, potrebbe essere giudicato non come il segnale del *tramonto* di ogni possibile costruzione comune in questo delicato ambito, quanto piuttosto come l’*alba* di un condiviso percorso euristico di conoscenza.

¹⁷ Riprendo qui l’espressione utilizzata per la prima volta da Vittorio Villa in un *pamphlet* dal titolo *Disaccordi interpretativi profondi* (Modena, 2016). Per Villa, tali DIP sarebbero caratterizzati da «*quelle divergenze particolarmente radicali che occorrono nell’attività interpretativa di giudici e giuristi nei casi in cui essi hanno a che fare con espressioni e locuzioni valutative contenute in disposizioni esplicite, ovvero in norme implicite ... che riconoscono e garantiscono diritti ... fondamentali*». Il tema è trattato in maniera approfondita in V. Villa, *Disaccordi interpretativi profondi*, Torino, 2017, 2-3.

¹⁸ Sempre Vittorio Villa considera questo tipo di contrasti come disaccordi interpretativi profondi “indiretti” i quali riguarderebbero «*non tanto il contenuto delle disposizioni, ma, piuttosto, il modo di accostarsi a esse, l’approccio interpretativo da adottare*». Cfr. V. Villa, *Disaccordi interpretativi profondi*, cit., 3.

¹⁹ Il riferimento è alla celebre ed antica distinzione tra «*law in book*» e «*law in action*» proposta da R. Pound, *Law in book and law in action*, in *American Law Review*, 44, 1910, 10 in cui l’autore opera un distinguo tra il diritto così come si pone nella sua astratta logicità e sistematicità normativa e il diritto nelle sue implicazioni pratiche così come emergono nell’interazione con la realtà fattuale.

Capitolo I

Il best interests of the child: genesi e sviluppo di un concetto controverso

SOMMARIO: 1. Introduzione: i minori negli strumenti normativi internazionali prima della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia del 1989. – 2. La Convenzione del 1989 sui diritti dell'infanzia: lavori preparatori, portata e limiti. – 3. Le norme della Convenzione. – 4. L'emersione del principio del *best interests of the child*. – 5. Il Comitato ONU sui diritti dell'infanzia. – 5.1. Il ruolo dei *General Comments*. – 5.2. L'istituzione delle procedure di reclamo individuale e interstatale e il problema dell'effettività delle decisioni del Comitato.

1. Introduzione: i minori negli strumenti normativi internazionali prima della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia del 1989

La storia moderna dei diritti dell'infanzia affonda le proprie radici nella seconda metà dell'Ottocento quando, in seguito allo sviluppo provocato dalla rivoluzione industriale, si iniziavano a palesare le prime gravi violazioni alla dignità dei soggetti più deboli, tra i quali i minori di età: già nel 1869 in Germania, all'interno del “programma di Eisenach”, manifesto del Partito socialdemocratico dei lavoratori, veniva affermata la necessità di porre in essere restrizioni al lavoro femminile e di vietare quello minorile¹.

Ma è solo con l'inizio del XX secolo che l'esigenza di tutelare i diritti del soggetto in formazione inizia ad assumere una portata internazionale; nel 1912 a L'Aja, in seno ad una Conferenza di diritto internazionale privato, viene approvata una specifica Convenzione sulla tutela del minore; nel 1913, invece, su iniziativa del governo belga, viene convocata a Bruxelles la prima Conferenza internazionale per la protezione dell'infanzia e, nello stesso contesto, viene parto-

¹ Cfr. G. Oestreich, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß*, Berlin, 1978, trad. it. *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, a cura di G. Gozzi, Roma-Bari, 2001. Nella terza parte del Programma, alla fine del punto 8 si legge: «*Einschränkung der Frauen und Verbot der Kinderarbeit*» (restrizioni del lavoro per le donne e proibizione del lavoro per i bambini).

rita l'idea di costituire un ufficio internazionale come sede permanente di cooperazione².

Il dramma della Prima guerra mondiale, tuttavia, mise un freno a questo slancio innovatore a livello transfrontaliero sul delicato tema dei diritti dei minori, che verrà recuperato alla fine del conflitto, grazie all'intervento dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL)³. Inoltre, l'opera di tutela nei confronti dei minori intrapresa dall'OIL continuerà nei successivi anni, andando a precisare quali mansioni possono essere ricoperte dagli stessi e quale sia il limite dell'orario di lavoro, spingendo in definitiva gli Stati ad assicurare politiche orientate all'abolizione del lavoro in età precoce⁴.

Il primo documento che adotta il linguaggio dei diritti al fine di tutelare il minore⁵ è la Dichiarazione dei diritti del fanciullo, approvata a Ginevra dalla Società delle Nazioni il 24 settembre del 1924⁶: questa, conosciuta anche come Dichiarazione di Ginevra, costituisce il primo vero tentativo di enucleare una

²Cfr. G. Conetti, *Le fonti internazionali*, in P. Cendon (a cura di), *I bambini e i loro diritti*, Bologna, 1991, 33.

³Nel 1919, infatti l'OIL apre alla ratifica della Convenzione n. 5 che limitava l'età minima per l'accesso dei minori al lavoro in industria a 14 anni; la Convenzione n. 59/1937 la eleverà a 15 anni; in seguito all'introduzione della Convenzione n. 6 viene, poi, vietato il lavoro notturno dei minori in industria; nel 1920, infine, viene aperta alla ratifica la Convenzione n. 7 relativa all'età minima per l'ammissione al lavoro marittimo dei minori, fissata sempre a 14 anni, fatta salva la possibilità di deroghe.

⁴Sul punto v. F. Pizzi, *Migrare da soli – Minori stranieri non accompagnati e istanze pedagogico-educative*, Milano, 2014, 43. In merito all'attività svolta dall'OIL a tutela dell'infanzia nei primi decenni del Novecento, c'è chi ha rilevato, tuttavia, che la tutela degli interessi del minore lavoratore sia avvenuta «tramite l'ottica del diritto e non quella del riconoscimento dei diritti». La considerazione è di A. Pisanò, *I diritti umani come fenomeno cosmopolita*, Milano, 2011, 193.

⁵*Ibidem*, 199.

⁶Il Testo della dichiarazione, contenuto in M.R. Saulle, *Codice internazionale dei diritti del minore*, Napoli, 1994, 20, è il seguente: «L'Assemblea approva la dichiarazione dei diritti del fanciullo, comunemente nota come la Dichiarazione di Ginevra, ed invita gli Stati membri della Lega a seguirne i principi nelle attività per il benessere del fanciullo. Secondo la presente Dichiarazione dei diritti del fanciullo, comunemente nota come la Dichiarazione di Ginevra, uomini e donne di tutte le nazioni, riconoscendo che l'umanità deve offrire al fanciullo quanto di meglio possiede, dichiarano ed accettano come loro dovere che, oltre e al di là di ogni considerazione di razza, nazionalità e credo: 1. Al fanciullo si devono dare i mezzi necessari al suo normale sviluppo, sia materiale che spirituale. 2. Il fanciullo che ha fame deve essere nutrito; il fanciullo malato deve essere curato; il fanciullo il cui sviluppo è arretrato deve essere aiutato; il minore delinquente deve essere recuperato; l'orfano ed il trovatello devono essere ospitati e soccorsi. 3. Il fanciullo deve essere il primo a ricevere assistenza in tempo di miseria. 4. Il fanciullo deve essere messo in condizioni di guadagnarsi da vivere e deve essere protetto contro ogni forma di sfruttamento. 5. Il fanciullo deve essere allevato nella consapevolezza che i suoi talenti messi al servizio degli altri uomini. Secondo la dichiarazione del Presidente, la Dichiarazione qui riprodotta, adottata all'umanità, rappresenta la Carta del fanciullo della Società delle Nazioni».