



*Autorità Garante
per l'Infanzia e l'Adolescenza*

LA CONVENZIONE DELLE NAZIONI UNITE SUI DIRITTI DELL'INFANZIA E DELL'ADOLESCENZA

CONQUISTE E PROSPETTIVE
A 30 ANNI DALL'ADOZIONE





*Autorità Garante
per l'Infanzia e l'Adolescenza*

**LA CONVENZIONE
DELLE NAZIONI UNITE
SUI DIRITTI DELL'INFANZIA
E DELL'ADOLESCENZA
CONQUISTE E PROSPETTIVE
A 30 ANNI DALL'ADOZIONE**

Finito di stampare a novembre 2019

Grafica e stampa: Tipografia Legatoria Rossini s.r.l.

ISBN 978-88-944476-2-0

*Now that you are thirty
You are old enough to know it better
But still young to go ahead and do it*



INDICE

Introduzione (F. Albano)	7
--------------------------	---

Parte I

La Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: il versante esterno

1. La CRC nel sistema delle Nazioni Unite (F. Pocar)	12
2. La CRC e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (A. Annoni)	20
3. La CRC e le convenzioni del Consiglio d'Europa a tutela dell'infanzia e dell'adolescenza (S. De Vido)	43
4. La rilevanza della CRC nell'ordinamento dell'Unione europea (A. Adinolfi)	63
5. La CRC e l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (European Asylum Support Office)	87
6. La CRC e i lavori della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato nel settore della protezione delle persone di minore età (C. Bernasconi e P. Lortie)	107

Parte II

La Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: il versante interno

7. La CRC in Italia: il quadro generale (F. Pocar)	132
8. <i>I best interests of the child</i> (E. Lamarque)	140
9. Il diritto all'inclusione (G. Biagioni)	162
10. Il diritto al nome e all'identità personale (C. Honorati)	181



11. Il diritto all'ascolto e i diritti di partecipazione (<i>R. Clerici</i>)	203
12. La libertà di espressione del minore e il diritto all'accesso ai mezzi di comunicazione e alla riservatezza (<i>F. Di Porto</i>)	224
13. Il diritto alla famiglia (<i>M. Bianca</i>)	241
14. La tutela da ogni forma di violenza (<i>A. Leandro e C. Zonile</i>)	258
15. Il diritto all'educazione (<i>A. Di Stefano</i>)	273
16. Persone di minore età e disabilità (<i>P. Franzina e I. Aquironi</i>)	292
17. Il diritto alla salute e al benessere dei minori (<i>V. Ivone e S. Negrì</i>)	309
18. Verso una giustizia "a misura di minore" nella giustizia civile: garanzie e giusto processo (<i>E. D'Alessandro</i>)	334
19. Verso una giustizia "a misura di minore" nella giustizia penale: garanzie, diversione e giustizia riparativa (<i>B. Bertolini</i>)	352
20. Tecniche internazionalprivatistiche a tutela del superiore interesse del minore: flessibilità alla ricerca del miglior risultato nel caso concreto (<i>D. Lopes Pegna</i>)	368
21. La protezione dello <i>status</i> del minore attraverso le frontiere (<i>O. Feraci</i>)	386
22. La sottrazione internazionale di minori (<i>L. Carpaneto</i>)	414
23. Sinergie tra diritto dell'immigrazione e diritto internazionale privato: il caso dei minori stranieri non accompagnati (<i>E. di Napoli</i>)	431
24. L'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza a trent'anni dall'adozione della CRC: bilanci e prospettive (<i>F. Albano</i>)	450

Allegato

Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza	464
--	-----

I BEST INTERESTS OF THE CHILD

ELISABETTA LAMARQUE ¹

Sommario: 1. Le ragioni di un successo. – 2. I *best interests of the child* nel testo della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e il principio del miglior interesse, o del massimo benessere possibile, della persona di minore età nell'ordinamento costituzionale italiano. – 3. Le applicazioni dell'art. 3 della Convenzione da parte dei giudici italiani.

1. Le ragioni di un successo

Tra le numerose previsioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza che hanno trovato terreno fertile nell'ordinamento italiano, quella relativa al principio dei *best interests of the child* (art. 3, par. 1) gode certamente del maggior successo presso gli operatori del settore – soprattutto giudici e servizi sociali – superando per numero di *like* anche la norma sul diritto all'ascolto (art. 12), che pure ha generato novità ordinamentali forse più importanti.² Le due previsioni, del resto, come ricordano gli stessi commenti generali sull'interpretazione della Convenzione predisposti dal Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza delle Nazioni Unite, sono strettamente legate e complementari,³ se non altro perché chi deve assumere una decisione che riguarda la vita di un bambino e ancor più di un adolescente non può essere in grado di individuare la soluzione migliore per lui se prima non lo ascolta e tiene adeguatamente in conto la sua opinione.

¹ Professore associato di istituzioni di diritto pubblico, Università Milano - Bicocca (elisabetta.lamarque@gmail.com).

² Si veda, in questo volume, il contributo di R. CLERICI.

³ *General comment No. 14 (2013), CRC/C/GC/14, The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)* e *General comment No. 12 (2009), The right of the child to be heard, CRC/C/GC/12*.



Quanto poi alla ricezione del principio dei *best interests* da parte del legislatore nazionale, anch'essa sembra essersi pienamente realizzata, come riconosce il recente rapporto reso dal medesimo Comitato nei confronti dell'Italia, che non esprime alcuna preoccupazione in proposito ma soltanto tre blande raccomandazioni.⁴

A un simile risultato si è pervenuti, nel corso di questi trenta anni, grazie al concorso di una pluralità di fattori eterogenei.

In primo luogo, il merito può essere attribuito sia all'efficacia della stessa sintetica espressione inglese, che peraltro quasi sempre i provvedimenti giurisdizionali italiani richiamano in una strana versione al singolare sconosciuta al mondo anglosassone (*best interest of the child*),⁵ sia e soprattutto alla forza retorica della locuzione 'superiore', o 'preminente', 'interesse del minore', che ne rappresenta la traduzione italiana più diffusa.

In questa traduzione italiana, che tuttavia come vedremo non rispecchia il significato che il nostro principio assume nel mondo anglo-americano, infatti, il principio dei *best interests of the child* autorizza l'autorità chiamata a intervenire in una situazione complessa, dove si intrecciano una pluralità di esigenze e di posizioni soggettive, a tagliar corto, e a ritenere che l'interesse della persona di minore età, presentandosi per definizione appunto come 'superiore' o 'preminente', si sottragga al bilanciamento con i diritti fondamentali delle altre persone e con i beni di rilievo costituzionale propri dell'intera società che in quella situazione verrebbero altrimenti in rilievo, e pertanto sfugga a qualsiasi limitazione. Inoltre, la sua asserita automatica prevalenza esenta chi decide dal rendere conto delle ragioni della scelta effettuata. Accade così che la formuletta del 'superiore interesse del minore' sia sì spesso richiamata dai giudici italiani, ma non sempre in senso pregnante. Anzi, a volte è utilizzata soltanto come un efficace espediente retorico, perché basta evocarla per mettere tutti a tacere. Chi oserebbe sostenere che il bene degli adulti viene prima di quello dei bambini? In questo modo, tuttavia, il principio dei *best interests* si svuota di contenuto e rischia di ridursi a un pretesto

4 Si veda il par. 16 delle *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Italy* adottate dal Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in data 1° febbraio 2019 (CRC/C/ITA/CO/5-6).

5 Oltre che nella stessa giurisprudenza di legittimità l'espressione al singolare compare a volte anche in articoli di commento, ma nemmeno in questi ultimi si dà conto dei motivi che inducono a preferire questa particolare versione inglese 'italianizzata' (*interest* come 'interesse' in italiano) dei *best interests of the child* (si veda, ad esempio, M. ACIERNO, "Il mantra del preminente interesse del minore", in *Questione giustizia*, 2/2019).



per assumere decisioni che realizzano anche o prevalentemente esigenze diverse, sulle quali tuttavia sarebbe molto più difficile raccogliere un consenso.

In secondo luogo, la fortuna di cui godono i *best interests of the child* nel nostro ordinamento dipende dalla circostanza che, grazie proprio alla Convenzione, essi sono stati in seguito richiamati da numerosi altri trattati internazionali ratificati dal nostro Paese⁶ e soprattutto sono progressivamente diventati parte anche del patrimonio europeo di garanzie della persona umana a cui l'Italia è vincolata.

La garanzia dei *best interests*, infatti, è dapprima transitata dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), il cui testo, risalente al 1950, nulla prevedeva, e nulla tuttora prevede, in ordine ai diritti delle persone di minore età.⁷ Ciò è potuto accadere perché fin dalla prima metà degli anni Novanta del secolo scorso la Corte di Strasburgo ha fatto leva sulla Convenzione per 'agganciare' i *best interests* all'art. 8 CEDU, in tema di diritto alla vita privata e familiare. Successivamente, e proprio tramite la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, i *best interests* assicurati dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e dalla CEDU sono entrati a far parte del testo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata nel 2000 e dotata di valore pari a quello dei trattati europei a partire dal 2009 (Carta UE), il cui art. 24, intitolato "Diritti del minore", al par. 2, dispone che: "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".⁸ In base a questa disposizione, dunque, da ben dieci anni i *best interests* vincolano, ai sensi dell'art. 51, par. 1, della stessa Carta UE, le istituzioni e gli organi dell'Unione, come pure gli Stati

6 Oltre che nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e nella Carta UE, il principio è sancito o perlomeno richiamato (almeno) anche dalla Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, fatta a L'Aja il 29 maggio 1993 e ratificata con la legge 31 dicembre 1998, n. 476; dalla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata dall'Italia con la legge 20 marzo 2003, n. 77; dalla Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, fatta all'Aja il 19 ottobre 1996 e ratificata con la legge 18 giugno 2015, n. 101; dalla Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007 e ratificata con la legge 1° ottobre 2012, n. 172.

7 Si veda, in questo volume, il contributo di A. ANNONI.

8 Si veda, in questo volume, il contributo di A. ADINOLFI.



membri quando agiscono in attuazione del diritto dell'Unione, e sono applicati, nell'ambito delle rispettive competenze e nei limiti dei loro poteri, sia dalla Corte di giustizia dell'Unione europea che dai giudici nazionali.

Ma non sono soltanto la quantità e la qualità degli atti internazionali e sovranazionali che hanno recepito il paradigma dei *best interests of the child* che ne hanno determinato l'ascesa nell'ordinamento italiano. L'affermazione dei *best interests* dipende anche, in terzo luogo, dalla circostanza che nel corso degli anni la nostra Corte costituzionale, in perfetta sintonia con i giudici comuni e in particolare con le corti supreme nazionali, ha manifestato la massima apertura ai cataloghi dei diritti fondamentali provenienti dall'esterno del nostro ordinamento, dando così ragione all'idea che sono soprattutto le corti che in ogni ordinamento tengono aperte e spalancate le finestre sul mondo.⁹

Innanzitutto bisogna ricordare che è dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso che la giurisprudenza costituzionale intende l'art. 2 Cost., secondo cui “[l]a Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”, come una formula aperta che obbliga l'interprete a estendere la tutela costituzionale almeno a quelle garanzie della persona umana già riconosciute in ambito sovranazionale e internazionale. I *best interests of the child* tutelati dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e, a cascata, dalla CEDU, dalla Carta UE e dagli altri trattati sui diritti umani, dunque, entrano nel nostro ordinamento anzitutto attraverso la finestra sempre aperta dell'art. 2 Cost. ponendosi così addirittura a livello costituzionale, con la conseguenza di obbligare gli interpreti a leggere le norme interne in senso ad essi conforme e, nel caso in cui il dato testuale si opponga all'interpretazione conforme, a sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione appunto dell'art. 2 Cost.

Inoltre, poiché la Convenzione, la CEDU e gli altri trattati che contengono il nostro principio sono obblighi internazionali assunti dal nostro Paese con leggi di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione, i *best interests of the child* irrompono nell'ordinamento italiano anche, e contemporaneamente, attraverso la finestra dell'art. 117, primo comma, Cost., secondo cui la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto, oltre che della

⁹ Questa bella immagine, riconducibile a Mauro Cappelletti, è richiamata da G. MORBIDELLI, “Introduzione”, in *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale. Dialogo di diritto comparato*, a cura di V. Barsotti e V. Varano, Napoli, 2012, p. 9.



Costituzione e dei vincoli derivanti dall'adesione all'Unione europea, anche dei vincoli discendenti “dagli obblighi internazionali”, con l'analogo effetto di imporre agli interpreti di tentare l'interpretazione conforme della legge, prima, e poi, nel caso di fallimento del tentativo, di sollevare questione di costituzionalità. E ai medesimi passaggi procedurali gli interpreti sono tenuti quando vengono in gioco i *best interests* garantiti dalla Carta UE, sulla base, in questo caso, oltre che dell'art. 117, primo comma, Cost., anche dell'art. 11 Cost.¹⁰

In quarto luogo, parrebbe che l'affermazione dei *best interests of the child* nel nostro ordinamento sia stata facilitata dalla circostanza che un principio analogo fosse già ritenuto presente nella trama della nostra Costituzione dalla giurisprudenza costituzionale anteriore al 1989. Su questo punto, tuttavia, si tornerà nel prossimo paragrafo.

Andiamo ora per ordine, muovendo dall'analisi del contenuto della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

2. I *best interests of the child* nel testo della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e il principio del miglior interesse, o del massimo benessere possibile, della persona di minore età nell'ordinamento costituzionale italiano

Nell'articolato della Convenzione, il paradigma dei *best interests* ricorre più volte e vi compare declinato sia in forma di principio (su cui si vedano *infra* le lett. *a* e *b*), sia come regola decisoria in relazione ad alcuni istituti (lett. *c*), sia, ancora, in relazione ad altri istituti, come eccezione alla regola ivi prevista (lett. *d*). Anche se, naturalmente, esso è noto soprattutto per essere uno dei quattro principi generali della Convenzione, insieme al principio di non discriminazione (art. 2), al diritto alla vita (art. 6) e al già richiamato diritto all'ascolto (art. 12).¹¹

a) Nella forma di principio generale i *best interests* compaiono all'art. 3, par. 1, che nella traduzione italiana non ufficiale allegata al testo della

¹⁰ Sul trattamento giurisdizionale delle norme della Carta UE si vedano le indicazioni recentemente rivolte ai giudici comuni dalla Corte costituzionale (Corte cost., sentenze 14 dicembre 2017, n. 269; 21 febbraio 2019, n. 20; 21 marzo 2019, n. 63).

¹¹ *General comment No. 5 (2003), General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, CRC/GC/2003/5.*



legge 27 maggio 1991, n. 176 di ratifica ed esecuzione della Convenzione recita così: “In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia 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”; mentre la versione ufficiale in inglese è la seguente: “*In 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*”.

Ma cosa si intende, esattamente, per *best interests of the child*, che la Convenzione chiede che siano sempre oggetto di “*a primary consideration*”?

Per dare una risposta a questa domanda sarebbe necessario inquadrare storicamente il principio all’interno dell’area culturale anglo-americana nella quale è nato e si è sviluppato ancor prima di approdare sulla scena internazionale, ma non è questa la sede per farlo.¹² Qui si può dire solo che nel dibattito di quell’area culturale riguardo ai *children’s rights* tradizionalmente si contrappongono due orientamenti: da una parte stanno coloro che ritengono che anche i bambini e gli adolescenti siano titolari di *rights*, intesi come diritti di autodeterminazione in tutte le sfere della propria vita (orientamento dell’*autonomy* o della *self-determination*, che respinge ogni ingerenza di altri soggetti, e in particolare del potere pubblico, nelle decisioni che riguardano la vita di una persona di minore età); dalla parte opposta si situano invece coloro che tremano al pensiero di abbandonare i bambini e gli adolescenti ai loro diritti, e cioè alle loro scelte, le quali possono sempre ritorcersi a loro danno, e sostengono che sia piuttosto necessario intervenire per compensare la loro debolezza e vulnerabilità (orientamento della *protection* o della *salvation*, a volte denominato anche *nurturance orientation*). È esattamente al cuore di questo secondo orientamento che nasce e si sviluppa il nostro principio. Secondo questa linea di pensiero, infatti, ai *children* non devono essere dati *rights*, intesi nel senso di poteri di autodeterminazione, ma al contrario *protection*, e a tale scopo altri soggetti (pubblici o privati, ma su questo punto le varie concezioni divergono) devono essere incaricati di decidere per loro e al posto loro in che cosa consistano i loro *best interests*, e cioè in quale modo si realizzi meglio il loro *welfare* o il loro *well-being*. In ambito anglo-ame-

12 Per una trattazione più ampia e per i necessari richiami di dottrina si rinvia a E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016, pp. 34 ss.



ricano, dunque, il paradigma dei *best interests* innanzitutto implica che a compiere le scelte che riguardano la persona di minore età non sia essa stessa, bensì un altro soggetto (pubblico o privato) e, in secondo luogo, richiede che questo diverso soggetto decida per il bene della persona di minore età e non per il proprio.

Se si dovesse spiegare il principio dei *best interests* a qualcuno che non ne ha mai sentito parlare, allora, si potrebbe dire così: in base a questo principio, chi si trova a dover prendere una decisione che riguarda la vita di una persona di minore età – che di solito da noi è un'autorità pubblica come un giudice o un assistente sociale – deve abbandonare ogni preconceito e ogni idea personale per mettersi nei panni del bambino (*in the child's skin*), e da questa prospettiva deve individuare ciò che conta di più per la vita del bambino e che gli garantisce il massimo benessere (*well-being* o *welfare*). La decisione che egli assume dovrà di conseguenza tendere a realizzare la soluzione migliore per il bambino in quella determinata situazione concreta, senza tuttavia trascurare o pretermettere i diritti degli adulti che sono in relazione con lui e le altre eventuali esigenze proprie della società, che continuano tutti a mantenere un peso e a richiedere di essere considerati ai fini della decisione.

Del resto, se ci si pensa bene, lo stesso tenore testuale dell'espressione inglese va inequivocabilmente in questa direzione. *Interests* è al plurale e dunque la parola vuole indicare i vari possibili interessi/esigenze/bisogni che ogni bambino nutre; *best* è, come noto, il superlativo relativo di *good*, buono. Essa richiede quindi semplicemente che “i migliori” – e cioè i più significativi, i più importanti – tra i numerosi interessi/esigenze/bisogni del bambino siano tenuti in conto e garantiti da chi deve decidere al posto suo. E il “pacchetto” di questi interessi/esigenze/bisogni primari della persona di minore età è ciò che le assicurerà appunto il benessere, e cioè il *welfare* e il *well-being*, termini che nella tradizione anglo-americana dei *children's rights* sono spesso utilizzati come sinonimi dei *best interests*.

L'espressione inglese *best interests of the child*, dunque, potrebbe essere più correttamente resa in italiano con locuzioni come “il migliore interesse” o “il massimo benessere possibile” della persona di minore età, oppure ancora “la soluzione migliore” (tra tutte quelle possibili) per il bambino o l'adolescente.¹³

¹³ Tra gli operatori nel mondo minorile, in dottrina e a tratti in giurisprudenza da qualche tempo si registra la consapevolezza della necessità di una traduzione dei *best interests of the child* più fedele allo spirito e al dettato stesso della Convenzione nei termini appunto di



Queste traduzioni, alternative a quella corrente, assicurano che il superlativo relativo resti tutto interno al novero degli interessi della stessa persona di minore età, interessi dei quali i più importanti devono essere considerati e protetti, mentre rimane correttamente assente l'elemento della comparazione con altre esigenze e diritti tutelati dall'ordinamento, sui quali il "pacchetto" di interessi/esigenze/bisogni, e anche diritti, del bambino e dell'adolescente non è detto che debba sempre prevalere, al contrario di ciò che suggerisce l'attuale traduzione italiana nei termini di "superiore interesse del minore".¹⁴

Come emerge dagli stessi lavori preparatori della Convenzione,¹⁵ infatti,

"miglior interesse", di "miglior soluzione possibile" o ancora di "massimo benessere possibile" (per la persona di minore età la cui posizione viene di volta in volta in rilievo). Così, ad esempio, il testo della CARTA DEI DIRITTI DEL BAMBINO MORENTE – CARTA DI TRIESTE, 2014, in http://www.fedcp.org/images/news/Carta_Trieste.pdf e, in dottrina, tra i contributi più recenti e significativi, M. BARTOLINO, "I diritti dei minori fra delicati bilanciamenti penali e garanzie costituzionali", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, pp. 21 ss.; F. MAZZUCHELLI, M. GALLINA, E. CECCARELLI, *La tutela sociale e legale dei minorenni. Interpretazione e applicazione del diritto minorile*, Franco Angeli, 2018, p. 30; S. MONDINO, *Diversità culturale e best interest of the child. I giudici italiani e i genitori marocchini tra enunciati di diritto e rappresentazioni normative*, Ledizioni, 2017, p. 49 e *passim*; V. MONTARULI, "La stepchild adoption approda alla nomofilachia", in *Minorigiustizia*, n. 1/2017, p. 160.

14 Criticano questa traduzione, tra i molti, V. BELOTTI e R. RUGGIERO, "Norme, abbreviazioni e avvertenze", in *Vent'anni d'infanzia. Retorica e diritti dei bambini dopo la Convenzione dell'Ottantanove*, a cura di V. Belotti e R. Ruggiero, Edizioni Angelo Guerini e Associati, 2008, p. 33; C. FOCARELLI, "La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di 'best interests of the child'", in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 987; L. GIACOMELLI, "Interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?", in *La famiglia davanti ai suoi giudici. Atti del Convegno di Catania 7-8 giugno 2013*, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 479-480; E. LAMARQUE, "Il principio dei best interests of the child nella prospettiva del diritto costituzionale", in *Minorigiustizia*, n. 2/2017, pp. 19 ss.; L. LENTI, "Note critiche in tema di interesse del minore", in *Rivista di diritto civile* 2016, pp. 88 ss. P. MARTINELLI, J. MOYER-SOEN, "L'interesse del minore: proviamo a ripensarlo davvero", in *Minorigiustizia*, n. 3/2011, pp. 7-9; R. RIVELLO, "L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità", in *Minorigiustizia*, n. 3/2011, pp. 15-16. M.L. PADELLETTI, "Salvaguardia dei minori e best interests of the child secondo la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo", in *La Comunità Internazionale*, 3/2018, pp. 420-421, invece, pur rilevando il problema della non coincidenza tra la versione ufficiale inglese e la versione ufficiale francese (*intérêt supérieur*), che la traduzione italiana più diffusa segue letteralmente, si chiede tuttavia se non si tratti di un falso problema, dato che la tutela del minore comprenderebbe necessariamente entrambi gli aspetti evidenziati dalle due traduzioni ufficiali.

15 I lavori preparatori, come molti autori mettono in luce, confermano che l'attenuazione – o forse sarebbe meglio dire l'eliminazione – della *paramountcy*, o prevalenza assoluta, dei *best interests of the child* sia stata espressamente voluta dai delegati, che hanno corretto la formula inizialmente proposta proprio perché intendevano sostenere che gli interessi del minore non avrebbero dovuto sempre e comunque prevalere. Tutti furono d'accordo, infatti, nel dire che



nell'art. 3, par. 1, gli estensori vollero proprio scrivere che l'organo incaricato della decisione deve assegnare ai *best interests* “una”, non “la”, *primary consideration*, in un bilanciamento aperto alla considerazione di tutti i diritti e le esigenze concorrenti. Soltanto in relazione all'istituto dell'adozione, nell'art. 21, come si vedrà più avanti, essi consapevolmente cambiarono registro, per affermare che i *best interests* degli adottandi e degli adottati di minore età debbano essere sempre “la” *paramount consideration*.

È inevitabile, allora, giunti a questo punto del nostro percorso, ammettere che in numerose occasioni i giudici italiani, e tra questi a volte anche le stesse supreme magistrature incaricate della funzione di nomofilachia, hanno purtroppo dato pieno credito al tenore testuale della traduzione non ufficiale della Convenzione e hanno acriticamente aderito all'idea della ‘superiorità’ dell'interesse del minore su ogni altro bene in gioco, esponendosi così al sospetto di servirsi di tale formula al solo scopo retorico di dare un fondamento più persuasivo alla loro decisione, o addirittura fraudolentemente, per non dover illustrare i reali interessi perseguiti.

Non si può dire lo stesso, invece, per la Corte costituzionale la quale, da sempre particolarmente incline a una valutazione sistemica dei diritti costituzionali e attenta a non configurare alcun principio o diritto come “tiranno” sugli altri, pur facendo propria solitamente la traduzione più diffusa,¹⁶ non ha mai ritenuto che dal principio dei *best interests* discendesse l'assoluta e invalicabile prevalenza della posizione della persona di minore età, dei suoi diritti e dei suoi bisogni, su ogni altro bene di rilievo costituzionale.

“in certe situazioni” “interessi concorrenti”, come quelli “della giustizia e della società in generale, devono ottenere per lo meno pari, se non maggiore, considerazione rispetto agli interessi del bambino”. Il testo si legge in *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the “Travaux Préparatoires”*, a cura di S. Detrick, Martinus Nijhoff, 1992, pp. 137-138. Ricorda questo passaggio della discussione all'interno del *Working group* nello stesso 1989, tra gli altri, P. ALSTON, “Il principio del ‘migliore interesse’: verso una riconciliazione tra cultura e diritti umani”, in *Vent'anni d'infanzia. Retorica e diritti dei bambini dopo la Convenzione dell'Ottantanove*, a cura di V. Belotti e R. Ruggiero, Edizioni Angelo Guerini e Associati, 2008, p. 110.

¹⁶ Per amor di precisione, va segnalato che in due occasioni la Corte costituzionale ha fatto ricorso anche al testo inglese del principio: in una utilizzando la strana versione al singolare *best interest of the child* (Corte cost., sentenza 21 marzo 2018, n. 93), e in un'altra la locuzione originale (Corte cost., sentenza 22 novembre 2017, n. 272, che corregge la formula al singolare utilizzata dal giudice rimettente).



Vale la pena richiamare, in proposito, una pronuncia costituzionale che è forse la più esplicita in questo senso.¹⁷ La questione presentava come parametri interposti gli artt. 3 (*best interests*) e 4 (impegno degli Stati all'attuazione dei diritti delle persone di minore età) della Convenzione, e aveva a oggetto due previsioni del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevedono che – quando la mancata comparizione del minore chiamato a rendere testimonianza in sede di incidente probatorio sia dovuta a situazioni di disagio che ne compromettono il benessere, alle quali sia possibile ovviare esaminandolo presso il tribunale del luogo della sua dimora – il giudice competente possa ritenere giustificata la mancata comparizione e delegare l'incidente probatorio al giudice per le indagini preliminari nel cui circondario il minore risiede. La Corte costituzionale ha dichiarato il dubbio non fondato ritenendo che nel processo penale esiste già un ventaglio di strumenti di salvaguardia della persona di minore età che soddisfano l'esigenza di tenerla al riparo dagli effetti negativi che la prestazione dell'ufficio di testimone può produrre in rapporto alla sua peculiare condizione. Ai nostri fini, tuttavia, conta il ragionamento svolto a proposito del principio dei *best interests*, che merita di essere richiamato con le medesime, chiarissime, parole della Corte: “le censure del giudice *a quo* poggiano su una visione eccessiva dell'obbligo dello Stato italiano – scaturente dalle evocate, generalissime previsioni degli artt. 3 e 4 della Convenzione – di accordare ‘una considerazione preminente’ all’‘interesse superiore del fanciullo’ in tutte le decisioni che lo riguardano e di assicurare il suo ‘benessere’. Nell’idea del rimettente, tali disposizioni impegnerebbero il legislatore nazionale a congegnare le norme processuali penali in modo da evitare al minore qualsiasi tipo di ‘disagio’ di ordine psicologico [...] Ragionando in questi termini, tuttavia, nessun minore, vittima di determinati reati, dovrebbe essere mai assunto come testimone. Per il minore vittima, ad esempio, di abusi sessuali – ma anche di maltrattamenti, come si ipotizza dalla pubblica accusa nel giudizio *a quo* – dover rievocare in ambito giudiziario le vicende che lo hanno coinvolto è sempre, e comunque sia, fonte di marcato ‘disagio’. Risulta evidente, in realtà, come in materia occorra necessariamente procedere al bilanciamento di valori contrapposti: da un lato, la tutela della personalità del minore, obiettivo di sicuro rilievo costituzionale (sentenza n. 262 del 1998); dall'altro, i valori coinvolti dal processo penale, quali quelli espressi dai principi, anch'essi di rilievo costituzionale,

¹⁷ Corte cost., sentenza 18 aprile 2018, n. 92.



del contraddittorio e del diritto di difesa [...] nonché, per quanto qui particolarmente interessa, dalle regole sulla competenza territoriale”.

Per quanto riguarda i giudici comuni, come analogo esempio virtuoso, nel quale la considerazione primaria dei *best interests* non cede il passo all'acritica accettazione di una loro assoluta superiorità o prevalenza su altri interessi, può essere richiamata, tra le molte, una pronuncia della Corte di cassazione relativa all'art. 31 del Testo unico dell'immigrazione, che prevede che il tribunale per i minorenni, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psico-fisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, possa autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni contenute nella stessa normativa.¹⁸ In quel caso, in cui entrambi i genitori stranieri avevano riportato condanne che comportavano la loro espulsione dal territorio dello Stato, la Cassazione ricorda che “il giudice è chiamato in primo luogo ad accertare, con riferimento esclusivo ai minori, la sussistenza di ‘gravi motivi’ [...] Esaurito positivamente tale accertamento, il Tribunale, a fronte del compimento da parte del familiare istante di attività ‘incompatibili con la sua permanenza in Italia’, potrà negare l'autorizzazione soltanto all'esito di un esame complessivo, svolto in concreto e non in astratto, della sua condotta, cui segua un attento giudizio di bilanciamento tra l'interesse statale alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale e il preminente interesse del minore”.¹⁹

Una seconda recente pronuncia nella quale le stesse Sezioni unite della Corte di cassazione affermano con forza che il principio di cui all'art. 3 della Convenzione, così come garantito anche da altri strumenti pattizi e dall'art. 24 della Carta UE, non si sottrae al bilanciamento con diritti e valori concorrenti e contrapposti, considerati essenziali ed irrinunciabili dall'ordinamento, è quella che nega la possibilità di trascrivere in Italia l'atto di nascita di bambini nati all'estero a seguito di un accordo di maternità surrogata e riconosciuti all'estero come figli di una coppia di uomini.²⁰

¹⁸ Art. 31, comma 3, primo periodo, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero.

¹⁹ Cass., sez. I civ., sentenza 4 giugno 2018, n. 14238.

²⁰ Cass., sez. un. civ., sentenza 8 maggio 2019, n. 12193. Sul tema, si veda in questo volume il contributo di O. FERACI.



b) Va poi ricordato che nella Convenzione, il principio dei *best interests* assume anche una seconda dimensione, che si affianca a quella di regola per il caso concreto ora esaminata. Come principio generale di diritto internazionale, infatti, i *best interests*, nel momento in cui si impongono (anche) ai legislatori, assurgono (anche) a obiettivo di politica del diritto volto alla difesa di tutte le persone di minore età complessivamente considerate.

Dunque, alla garanzia dei *best interests of the child*, inteso come persona singola destinataria di un provvedimento individuale di una pubblica autorità, si affianca quella dei *best interests of children*, intesi come categoria unitaria di destinatari di provvedimenti normativi generali.²¹ O, detto altrimenti, ai *best interests* ‘in concreto’, di una determinata persona di minore età, si aggiungono i *best interests* ‘in astratto’, di tutte le persone di minore età.

Qui conta rilevare come l’ordinamento italiano risulti perfettamente compatibile con questa natura bifronte dei *best interests*. Già il testo della Carta costituzionale, se ci si pensa bene, rivela una simile doppia anima, perché la Costituzione da una parte richiede alla Repubblica, e cioè all’insieme dei pubblici poteri, la massima promozione della persona in crescita (come si evince dall’art. 2 Cost., là dove estende la tutela costituzionale alle sole formazioni sociali ove “si svolge” la personalità umana) e, dall’altra parte, impone esplicitamente una particolare protezione dell’infanzia e della gioventù nel loro complesso (art. 31, secondo comma, Cost.).

Ma non basta. Va aggiunto che, proprio sulla base di una lettura sistematica ed evolutiva del testo della Costituzione, la Corte costituzionale era arrivata a delineare una nozione italiana del tutto autoctona del principio del miglior interesse, o del massimo benessere possibile, della persona di minore età ben prima che esso si affermasse, in un’accezione del tutto analoga, in ambito internazionale ed europeo.

Il passo fondamentale in questo senso è compiuto da una sentenza del lontano 1981, relativa alla legge sull’adozione speciale in favore dei bambini di età inferiore agli otto anni.²² In quella sentenza, la Corte costituzionale afferma che gli artt. 2 e 30, primo e secondo comma, Cost., se letti congiuntamente, riconoscono alla situazione soggettiva della persona di minore età

21 Questa efficace sintesi è formulata, sia pure ad altro proposito, da L. LENTI, “‘Best Interests of the child’ o ‘best interests of the children?’”, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2010, in particolare p. 161.

22 Legge 5 giugno 1967, n. 431, Modifiche al titolo VIII del libro I del Codice civile “Dell’adozione” ed inserimento del nuovo capo III con il titolo “Dell’adozione speciale”.



una “posizione preferenziale”, che esige di essere tutelata simultaneamente su due livelli diversi. Da un lato, ricorda la Corte, la Costituzione impone che la legge predisponga norme generali e astratte che impongano a eventuali istanze di altri soggetti di recedere di fronte alla necessità di assicurare a tutti coloro che si trovano in età infantile il pieno diritto a sviluppare la propria personalità. Da questo primo punto di vista, dunque, il legislatore è tenuto a predisporre appositi istituti di tutela dei minori di età, quale era appunto l'istituto dell'adozione speciale, che rappresentava storicamente la prima forma di adozione capace di tagliare ogni legame dei bambini con i genitori di sangue e di assicurare loro, una volta adottati, una posizione stabile nella famiglia di accoglienza, parificata a quella dei figli legittimi. Dall'altro lato, però, aggiunge la sentenza, la Costituzione vuole anche che ogni organo giudicante, nel momento in cui si occupa della situazione di una specifica persona di minore età, conservi la possibilità di scegliere la “soluzione ottimale in concreto”, “quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior cura della persona”. Sotto questo profilo, la sentenza riconosce che potevano presentarsi circostanze della vita in cui questa “soluzione ottimale in concreto” era offerta dal vecchio istituto dell'adozione ordinaria, che non rescindeva il legame con la famiglia di origine, piuttosto che dalla nuova e in linea di principio più garantista adozione speciale; e che, pertanto, fosse opportuno che il giudice conservasse il potere di decidere caso per caso quale delle due strade seguire.

Ecco così delineato, in epoca precedente alla stessa Convenzione, ad opera della Corte costituzionale e sulla base dei soli principi costituzionali, il principio dei *best interests of the child* all'italiana, ricavabile direttamente dal testo e dallo spirito della Costituzione. Esso si configura fin dall'inizio come un principio complesso, o meglio ancipite, perché da una parte esige rigidità, e cioè l'esistenza di istituti e di regole legislative inderogabili a tutela dei diritti fondamentali delle persone di minore età considerate astrattamente nel loro insieme, come gruppo sociale o come categoria; ma dall'altra parte, e contemporaneamente, pretende flessibilità, perché richiede che il giudice abbia la possibilità di scegliere di volta in volta, come afferma ancora la sentenza costituzionale del 1981, la “soluzione più idonea per lo sviluppo educativo del minore” e cioè la soluzione realmente migliore, più adeguata, per quella singola determinata persona di minore età di cui in quel momento egli si sta occupando.



La versione italiana originaria del principio e quella in seguito introdotta dalla Convenzione, allora, procedono nella medesima direzione,²³ imponendo entrambe una difficile ma necessaria sintesi tra le due opposte esigenze di rigidità e di flessibilità. Successivamente alla sentenza costituzionale del 1981 si hanno alcune pronunce di giudici comuni che appaiono ispirate a un'identica prudente ponderazione di istanze generali e individuali e alla medesima ricerca di un punto di equilibrio tra durezza delle regole astratte e duttilità delle soluzioni concrete. Ciò si verifica, in particolare, in occasione dei casi difficili, i veri e propri *hard cases* dell'ordinamento italiano, come quelli relativi alla condizione dei figli acquisiti in adozione in violazione delle regole sull'adozione internazionale o nati da pratiche di maternità surrogata compiuta all'estero.²⁴

c) Tornando ora al testo della Convenzione, si deve ricordare che esso richiama anche in altre parti il paradigma dei *best interests* declinandolo in tre regole specifiche, relative alla protezione della persona di minore età allontanata dall'ambiente familiare (art. 20, par. 1),²⁵ all'adozione (art. 21), e alla responsabilità per la crescita della persona di minore età dei genitori o se del caso dei rappresentanti legali (art. 18, par. 1).²⁶ In proposito è utile sottolineare soltanto che, come si è già ricordato, all'art. 21, con riferimento agli adottandi e agli adottati, la Convenzione richiede che i loro *best interests* prevalgano sempre su qualsiasi altra considerazione di segno diverso. L'*in-*

23 Nella giurisprudenza costituzionale e in quella di legittimità non è raro leggere che il vincolo internazionale assunto dall'Italia con la ratifica della Convenzione, e in particolare il suo art. 3, coincida con le garanzie del minore di età già approntate dal nostro ordinamento, a partire dagli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost., così come sviluppati nella legislazione successiva. In questo senso vanno alcune delle pronunce della Corte di cassazione richiamate nel paragrafo successivo e, nella giurisprudenza costituzionale, tra le altre e per tutte, Corte cost., sentenza 23 febbraio 2012, n. 31 (su cui, anche in relazione al punto che qui interessa, L. FERLA, "Status filiationis ed interesse del minore: tra antichi automatismi e nuove prospettive di tutela", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, pp. 1585 ss.).

24 Cass., sez. I civ., sentenza 11 novembre 2014, n. 24001 seguita, nei medesimi termini, pur nella diversità della fattispecie concreta, da Cass., sez. un. civ., sentenza 8 maggio 2019, n. 12193.

25 L'art. 20, par. 1, dispone che: "A child temporarily or permanently deprived of his or her family environment, or in whose own best interests cannot be allowed to remain in that environment, shall be entitled to special protection and assistance provided by the State".

26 "States Parties shall use their best efforts to ensure recognition of the principle that both parents have common responsibilities for the upbringing and development of the child. Parents or, as the case may be, legal guardians, have the primary responsibility for the upbringing and development of the child. The best interests of the child will be their basic concern".



cipit dell'articolo dispone infatti che: “*States Parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount consideration*”.

Va detto che anche sotto questo profilo l'ordinamento italiano si è venuto a trovare spontaneamente in linea con la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, avendola anticipata di molti anni dapprima con la pionieristica legge sull'adozione speciale del 1967, di cui si è detto più sopra, e in seguito con la legge 4 maggio 1983, n. 184, ancora oggi vigente, che nel corso del tempo è stata sottoposta ad alcune modifiche migliorative, a partire da quella del titolo, che originariamente era “Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori”, ma che nel 2001 è stato mutato in “Diritto del minore ad una famiglia”, proprio per attestare il fatto che anche dal punto di vista culturale il nostro ordinamento aveva già allora ormai abbandonato una considerazione dell'adozione in origine ancora per qualche aspetto adulto-centrica in favore di una prospettiva esclusivamente puerocentrica.²⁷ Non pare inutile ricordare, inoltre, che la richiamata sentenza della Corte costituzionale del 1981 aveva attribuito alla legge sull'adozione speciale del 1967 il merito di avere spostato “il centro di gravità dell'adozione dall'interesse dell'adottante a quello dell'adottato”, peraltro precisando, in un passaggio destinato a passare alla storia del diritto di famiglia italiano, che “lo spostamento del centro di gravità dell'istituto era imposto ancor prima sul piano superiore della normativa costituzionale”.²⁸

d) La Convenzione richiama infine i *best interests of the child* come motivo di deroga a regole ivi stabilite. Si tratta di circostanze eccezionali nelle quali si ammette che i *best interests* di un singolo bambino o adolescente non coincidano con quelli che in via generale e astratta sono riconosciuti come diritti di tutti i bambini. Le eccezioni riguardano il diritto del bambino di non essere separato dai genitori o, se separato, il suo diritto di intrattenere regolarmente rapporti personali e diretti con entrambi i genitori (art. 9, rispettivamente paragrafi 1 e 3); il diritto del bambino privato della libertà di essere detenuto in un luogo separato dagli adulti (art. 37, lett. c); il diritto del bambino sottoposto a procedimento penale di poter contare sulla presenza dei genitori o dei rappresentanti legali (art. 40, par. 2, lett. b). Su questi ultimi profili, e in

²⁷ Sia consentito il rinvio, per tutti, a E. LAMARQUE, G. LANEVE, “I profili giuridici dell'adozione dei minori di età”, in *La vulnerabilità unica in adozione. Paradigmi teorici, ricerche e riflessioni*, a cura di A. Fermani, M. Muzi, Aras Edizioni, 2019, pp. 199-200.

²⁸ Corte cost., sentenza 2 ottobre 1981, n. 11.



particolare sul diritto alla bi-genitorialità (nonché, in generale, alla continuità affettiva), che deve sempre essere garantito al figlio minore di età salvo qualora si riveli contrario al suo interesse, si deve ricordare che esso è diventato patrimonio europeo, come testimonia il testo dell'art. 24, par. 3, della Carta UE, e che, oltre a essere previsto dalla legge italiana già da diversi anni,²⁹ è costantemente e rigorosamente applicato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità³⁰ con oscillazioni solo sporadiche e del tutto fisiologiche.³¹

3. Le applicazioni dell'art. 3 della Convenzione da parte dei giudici italiani

In definitiva, si può concludere che, quando quasi trenta anni fa l'art. 3 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza è entrato nel nostro ordinamento, ha trovato il terreno già dissodato, e ha lanciato i semi per un ulteriore avanzamento del principio del massimo benessere possibile della persona di minore età, che tuttavia era già 'nelle corde' della nostra Costituzione. Il principio in esso contenuto ha agito, in altre parole, da amplificatore delle parole della nostra Costituzione, in modo che il legislatore e le corti potessero udirle meglio. Sotto questo aspetto, il suo apporto è stato fondamentale. Come fondamentale è stata la circostanza che la sua voce fosse ripetuta, in Europa, come un'eco insistente, anche da altre carte e da altre corti, e quindi pervenisse da più parti, forte e chiara, alle orecchie dei nostri giudici.

Quanto all'uso che i giudici italiani fanno dei *best interests of the child*, qui non si possono richiamare e commentare tutte le numerosissime occasioni in cui esso entra nel ragionamento giudiziale e nella motivazione delle loro pronunce. È tuttavia possibile indicare alcune linee di tendenza.

Si può dire, innanzitutto, che i *best interests*, benché siano presenti in

²⁹ Legge 8 febbraio 2006, n. 54, Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli.

³⁰ Da ultima, Cass., sez. I civ., ordinanza 8 aprile 2019, n. 9764. Come accade il più delle volte – si veda il par. 3 di questo lavoro – anche questa decisione si fonda sul "preminente", in un passaggio della motivazione, o "superiore", in altro passaggio, "interesse del minore", ma non invoca direttamente l'art. 3 della Convenzione, preferendo piuttosto appoggiarsi all'abbondante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che fa discendere il principio in via interpretativa, tramite proprio l'art. 3 della Convenzione, dall'art. 8 CEDU.

³¹ Come la condanna dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo, sentenza 29 gennaio 2013, Lombardo c. Italia.



diversi punti della Convenzione, sono (quasi) sempre richiamati dai nostri giudici nella loro veste di principio generale, mentre non sono (quasi) mai invocati gli articoli del testo convenzionale dove compaiono a titolo di regola o di eccezione. Nella giurisprudenza italiana, dunque, mentre l'art. 3 è spesso presente, qualche altro sporadico riferimento si trova soltanto all'art. 21, in tema di adozione, e all'art. 20, in tema di *kafala*, a proposito del quale è curioso notare che gli i giudici italiani fanno dire ciò che esso in realtà non dice, e cioè che anche questo istituto di protezione delle persone di minore età in stato di abbandono, previsto negli stati islamici che non ammettono l'adozione, sarebbe governato dal principio dei *best interests* del *kafil*.³²

In materia di adozione, inoltre, molte sentenze insistono, in perfetta aderenza al testo dell'art. 21 della Convenzione e all'intenzione dei suoi estensori, sulla circostanza che il benessere della persona di minore età deve davvero prevalere su tutti quelli astrattamente confliggenti con esso, mentre i diritti, oltre che naturalmente i meri desideri o aspirazioni, della famiglia di origine e dei genitori adottivi devono sempre intendersi come recessivi. Una delle pronunce più chiare in questo senso è, ad esempio, la sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione che, appositamente richieste, hanno enunciato un principio di diritto nell'interesse della legge stabilendo che il decreto di idoneità all'adozione internazionale “non può essere emesso sulla base di riferimenti alla etnia dei minori adottandi, né può contenere indicazioni relative a tale etnia”.³³ Ebbene, in quella occasione le Sezioni unite sottolineano che in materia di adozione deve essere assicurata una vera e propria “sovra-ordinazione” “sul piano logico e su quello giuridico” dei *best interests of the child*, ricavati dagli artt. 3 e 21 della Convenzione, oltre che dalla Carta UE, dalla Convenzione dell'Aja del 1993 in materia di adozione internazionale e dalla stessa normativa nazionale, su qualsiasi altro interesse in gioco.

In secondo luogo può essere interessante notare che mai, in nessuna pronuncia di un giudice italiano, è richiamato il Commento generale n. 14 che, essendo dedicato all'interpretazione del principio,³⁴ teoricamente avrebbe potuto rappresentare un imprescindibile ausilio a disposizione dei giudici per

³² Cass., sez. un. civ., sentenza 16 settembre 2013, n. 21108; Cass., sez. I civ., sentenza 22 maggio 2014, n. 11404; Cass., sez. I civ., sentenza 2 febbraio 2015, n. 1843; Cass., sez. I civ., sentenza 26 marzo 2015, n. 6134; Cass., sez. I civ., sentenza 24 novembre 2017, n. 28154.

³³ Cass., sez. un. civ., sentenza 1° giugno 2010, n. 13332.

³⁴ *General comment No. 14 (2013), CRC/C/GC/14, The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1).*



dare effettivo contenuto a una previsione molto ampia come quella dell'art. 3 della Convenzione. I giudici italiani, invece, manifestano la medesima scarsa propensione dei tribunali nazionali di altri Paesi a riferirsi agli atti del Comitato, e ciò forse accade perché questi atti, e più di altri forse il Commento generale n. 14, non presentano un'elaborazione articolata ed esauriente e un rigore concettuale sufficiente per risultare attendibili a un tecnico del diritto.³⁵ Agli occhi dei giudici italiani, ad esempio, potrebbe sembrare incomprendibile la qualifica, che il Commento generale attribuisce ai *best interests*, di “*substantive right*”, perché nel ragionamento giudiziale una cosa è un diritto individuale, e altra cosa è un principio, che deve permeare di sé l'applicazione di *tutti* i diritti (e, ricordiamolo, nell'impianto della Costituzione italiana la persona di minore età, appunto in quanto persona, è già comunque riconosciuta come titolare di *tutti* i diritti propri della persona umana).³⁶ Ancora, ai giudici italiani potrebbe apparire inutile l'insistenza del Commento generale sulla natura *self-executing* del principio: se intesa come semplice capacità del principio di essere invocato di fronte a un tribunale come norma giuridica, infatti, essa deve essere data sempre per scontata; se intesa invece come possibilità che il principio dei *best interests* si applichi in un rapporto giuridico *al posto*, in *sostituzione*, di una previsione della legge nazionale, essa invece è sempre certamente esclusa, perché il contrasto tra una legge nazionale e una previsione di un trattato internazionale non può mai essere risolto dal giudice in via interpretativa, ma richiede che sia portato davanti alla Corte costituzionale (art. 117, primo comma, Cost.). Insomma, si potrebbe concludere che per i giudici italiani, del tutto ragionevolmente, il principio dei *best interests* è “autoapplicativo” allo stesso modo e alle stesse condizioni in cui lo sono le stesse norme costituzionali che lo sostengono a livello interno: le previsioni della Convenzione sono pacificamente “norme di diritto vigenti nell'ordinamento interno”,³⁷ che obbligano i giudici, “di fronte alla possibilità di diverse interpretazioni” della legge, a intenderla nel senso

35 S. SONELLI, “L'interesse superiore del minore. Ulteriori ‘tessere’ per la ricostruzione di una nozione poliedrica”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2018, pp. 1373 ss.

36 In generale, sulla posizione della persona di minore età nell'ordinamento costituzionale, si veda G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Wolters Kluwer Cedam, 2015.

37 Cass., sez. III civ., sentenza 5 settembre 2006, n. 19069 (ma così, in generale, tutti i giudici di ogni ordine e grado, anche quelli amministrativi: si veda ad esempio, TAR Puglia – Bari, sez. I, sentenza 23 febbraio 2005, n. 742)



ad esse “maggiormente conforme”,³⁸ se addirittura non ritengano che, ove la legge ordinaria sia antecedente alla legge di ratifica della Convenzione, essa non debba ritenersi tacitamente abrogata.³⁹

In terzo luogo, la giurisprudenza comune e costituzionale riconosce certamente al principio dei *best interests* un rango normativo che si potrebbe definire “para-costituzionale”, con risultati concreti notevoli sia in sede interpretazione della legge in senso conforme a Costituzione sia, naturalmente, in sede di giudizio incidentale di legittimità costituzionale.

Per quanto riguarda la Corte costituzionale, l'art. 3 della Convenzione ha concorso, unitamente ai parametri costituzionali interni e all'art. 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 1996, a provocare la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione del codice penale nella parte in cui stabiliva che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di soppressione di stato, conseguisse automaticamente la perdita della responsabilità genitoriale, “così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto”.⁴⁰ Il fatto che si tratti, finora, di un'unica pronuncia in questo senso non deve essere interpretato come segno di una mancata attenzione al principio dei *best interests* in sede di giudizio di costituzionalità: anzi, come è stato notato, dopo diversi anni in cui l'unico vincolo internazionale ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost. utilizzato dalla Corte costituzionale per dichiarare incostituzionale la legge interna era stata la CEDU, è stato proprio il nostro principio ad aprire la strada all'accertamento della violazione di obblighi internazionali derivanti da altri trattati.⁴¹

Per quanto riguarda i giudici comuni, è vero, come si è detto, che si riscontra un diffuso uso esclusivamente retorico del principio,⁴² nel senso che esso è molto spesso richiamato nella motivazione dei provvedimenti dei giudici di ogni ordine e grado a semplice sostegno – o addirittura in sostituzione – di argomenti radicati altrove.

38 Cass., sez. I civ., sentenza 17 febbraio 2010, n. 3804.

39 Cass., sez. VI pen., sentenza 18 marzo 1996, n. 4904.

40 Corte cost., sentenza 23 gennaio 2013, n. 7.

41 V. MANES, “La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la “dottrina” del parametro interposto (art. 117, comma primo, Cost.)”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013.

42 Così anche J. LONG, “The Impact of the UNCRC on the Italian Legal System”, in *International Journal of Children's Rights* 17 (2009), p. 158.



Sono però molto numerose e importanti anche le occasioni in cui l'art. 3 della Convenzione è alla base di applicazioni della legge realmente innovative, anche se va detto che quando i giudici lo utilizzano in senso pregnante, spesso preferiscono evocarlo in “combinato disposto” con le corrispondenti previsioni della Costituzione, della Carta UE e di altri impegni internazionali, prima tra tutte la CEDU, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo. Ma a parte gli argomenti tratti dalla Costituzione, che come si è detto preesistevano alla Convenzione, tutti gli altri riferimenti internazionali a cui i giudici si appellano quando evocano il principio dei *best interests* non sono altro che una diretta derivazione, a loro volta, della stessa Convenzione, e hanno di conseguenza l'effetto di consolidarne l'effettività nell'ordinamento interno.⁴³

Qui, naturalmente, a chiusura del presente contributo, non è possibile offrire una rassegna ragionata, per temi, degli interventi in questo senso della giurisprudenza italiana nei quasi trenta anni dal recepimento della Convenzione, e neppure ricordare tutti i provvedimenti giurisdizionali più significativi, ma si può fare solo qualche esempio attingendo soprattutto dalle più recenti pronunce della Corte di cassazione che, in quanto provenienti dall'organo della nomofilachia, si deve presumere che fungano da guida anche per la giurisprudenza di merito.

Molto significativi sono, ad esempio, i filoni giurisprudenziali che riconoscono, nel perdurante silenzio della legge, le nuove forme di genitorialità alle coppie di persone del medesimo sesso, perché si appoggiano, oltre che al principio di non discriminazione per orientamento sessuale, a una concezione “forte” del principio dei *best interests*, inteso correttamente come necessità di assicurare il massimo benessere possibile alla persona del figlio. Ci si riferisce sia al filone che riconosce l'adozione in casi particolari da parte del figlio del *partner* (la cosiddetta *stepchild adoption*),⁴⁴ sia agli orientamenti, più discussi, che ammettono la trascrivibilità nei registri dello stato civile dell'atto di nascita, formato all'estero, con due genitori dello stesso sesso,⁴⁵

43 Tanto che sono innumerevoli le occasioni nelle quali i giudici che applicano il criterio del massimo benessere possibile della persona di minore età evocano soltanto gli atti normativi – nazionali o del diritto derivato dell'Unione europea – che lo recepiscono, senza più riferirsi al principio (come ormai accade sempre, ad esempio, per giustificare l'applicazione del criterio della prossimità nella scelta del giudice competente ai fini della responsabilità parentale, ai sensi del codice civile e della normativa europea: si veda, ad esempio, Cass., sez. un. civ., ordinanza 2 maggio 2019, n. 11583).

44 Cass., sez. I civ., sentenza 22 giugno 2016, n. 12962.

45 Cass., sez. I civ., sentenze 30 settembre 2016, n. 19599 e 15 giugno 2017, n. 14878, en-



salvi i casi di maternità surrogata,⁴⁶ oppure delle sentenze straniere di adozione a favore di coppie omosessuali.⁴⁷ In questi ultimi casi, come è stato notato, il principio dei *best interests* ha rappresentato la bussola che ha orientato i giudici verso una nuova lettura del filtro dell'ordine pubblico che, se inteso in modo tradizionale, avrebbe condotto al rifiuto di trascrizione.⁴⁸

Di grande interesse, poi, sono, tra le altre, quelle pronunce che, nei più diversi contesti, attribuiscono ai *best interests* una funzione integrativa dell'ordinamento interno. Ad esempio, in ambito penale, l'art. 3 della Convenzione è stato ritenuto capace di realizzare la causa di giustificazione dello stato di necessità perlomeno putativo in favore di una madre, una straniera regolarmente residente in Italia, che era imputata di diversi reati previsti dal testo unico sull'immigrazione per avere portato in Italia illegalmente, senza neanche avviare la procedura per il ricongiungimento familiare, il proprio figlio gravemente malato, allo scopo di accudirlo personalmente e sottoporlo a cure migliori.⁴⁹ Oppure, in ambito amministrativo, in materia di rilascio del permesso di soggiorno per minore età, l'art. 3 ha indotto il Consiglio di Stato a richiedere all'amministrazione, in presenza di dubbi sulla minore età del richiedente, di svolgere adeguati accertamenti istruttori e, in caso di persistente incertezza, di applicare il principio di presunzione della minore età.⁵⁰ Infine, in ambito civilistico, tra i numerosi esempi di uso pregnante del principio dei *best interests*, si può richiamare la sentenza del giudice di legittimità che ha

trambe relative a una coppia formata da due donne. Sul punto si veda anche l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del Tribunale Pisa del 15 marzo 2018 (la questione, non ancora decisa, è fissata per la trattazione all'udienza pubblica del 9 ottobre 2019).

46 Cass., sez. un. civ., sentenza 8 maggio 2019, n. 12193.

47 Cass., sez. I civ., 31 maggio 2018, n. 14007 (dove peraltro l'art. 3 della Convenzione non è espressamente citato, ma si fa riferimento, ai fini della delimitazione del concetto di "ordine pubblico", a "ai soli principi supremi o fondamentali e vincolanti della Carta costituzionale (e fra questi anche [...] quello relativo all'interesse superiore del minore, che [ha] trovato riconoscimento e tutela nell'ordinamento internazionale e in quello interno)"), ma si veda anche, tra le altre, la pronuncia "capofila" del Tribunale per i minorenni di Firenze, sez. adozioni, decreti 7 e 8 marzo 2017.

48 L. GIACOMELLI, "Tutela dei minori e pragmatismo dei giudici: verso il riconoscimento delle 'nuove' forme di filiazione e genitorialità", in *Osservatorio AIC*, n. 3/2018, *passim* e in particolare p. 585, al quale si rinvia anche per un esame più dettagliato della giurisprudenza.

49 Cass., sez. I pen., sentenza 24 novembre 2011, n. 5061.

50 Cons. St., sez. III, sentenza 29 dicembre 2017, n. 6191 (in una fattispecie anteriore all'entrata in vigore della legge 7 aprile 2017, n. 47, recante "Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati", cosiddetta legge Zampa, che all'art. 5, comma 8, ha introdotto il medesimo principio di favore).



inteso espressamente colmare una lacuna della legge processuale, affermando la necessità della nomina di un curatore speciale del minore legittimato passivo e litisconsorte necessario nell'azione relativa alla impugnazione del riconoscimento di figlio nato fuori dal matrimonio.⁵¹

⁵¹ Cass., sez. I civ., sentenza 2 febbraio 2016, n. 1957.