



*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
--	-----



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**

Acronimi

AGIA	Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza
CAHENF	<i>Ad hoc Committee for the Rights of the Child</i>
CEAS	<i>Common European Asylum System</i>
CEDU	Convenzione europea dei diritti dell'uomo
CRC	<i>Convention on the Rights of the Child</i>
EASO	<i>European Asylum Support Office</i>
ENAC	<i>Expert Network on Activities on Children</i>
ENOC	<i>European Network of Ombudspersons for Children</i>
ENYA	<i>European Network of Young Advisors</i>
FAMI	Fondo asilo migrazione e integrazione
FRA	<i>Fundamental Rights Agency</i>
GDPR	<i>General Data Protection Regulation</i>
GRETA	<i>Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings</i>
GREVIO	<i>Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence</i>
HCCH	Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato
IPM	Istituto penale per minorenni
MNA	Minori stranieri non accompagnati
OHCHR	Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani
ONU	Organizzazione delle Nazioni Unite
PIDCP	Patto sui diritti civili e politici
PIDESC	Patto sui diritti economici, sociali e culturali
PMA	Procreazione medicalmente assistita
SIM	Sistema informativo minori non accompagnati
SINBA	Sistema informativo sulla cura e la protezione dei bambini e delle loro famiglie
SIUSS	Sistema informativo unitario dei servizi sociali
TFUE	Trattato sul funzionamento dell'Unione europea
TUE	Trattato sull'Unione europea
UE	Unione europea

INTRODUZIONE

Nel 2019 si celebra il trentennale dall'adozione della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, approvata a New York il 20 novembre 1989 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite: la Convenzione più visionaria e universalmente accettata nella storia dei diritti umani.

Quando si compiono trent'anni, si raggiunge un grado di consapevolezza che consente la piena comprensione del contesto entro il quale ci si muove, delle azioni che si compiono, delle conseguenze che da queste derivano. La "gravità" dei trent'anni è bilanciata dalla leggerezza e dalla vitalità che caratterizza quest'età.

A trent'anni, inoltre, si ha l'impressione di aver vissuto abbastanza per guardarsi indietro, tirare le somme e fare bilanci: l'esperienza accumulata è significativa e permette di procedere in avanti evitando di commettere gli stessi errori e rimediando a quelli per cui si è ancora in tempo.

Si tratta del primo strumento internazionale vincolante sui diritti delle persone di minore età, che approfondisce il solco tracciato dalla Dichiarazione dei diritti del fanciullo di Ginevra nel 1924 e da quella approvata in seno alle Nazioni Unite nel 1959 (di cui il prossimo 20 novembre ricorrono i sessant'anni) e che già originava dalla Carta delle Nazioni Unite del 1945 e dalla Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948.

La Convenzione ha ricevuto un consenso senza precedenti: ne sono contraenti 196 Stati (Somalia e Sud Sudan gli ultimi a divenirne parte nel 2015), pressoché l'intera comunità internazionale giacché solo gli Stati Uniti, pur avendola firmata, non l'hanno ancora ratificata.

Dal 1989, la Convenzione ha avviato una vera e propria "rivoluzione culturale", elevando la persona di minore età da oggetto di protezione a soggetto titolare di diritti, determinando una rottura con il passato e gettando solide basi per costruire una "nuova" identità del minore, nuovo soggetto di diritto, attivo, partecipe, che va ascoltato, informato e rispettato. A partire dalla Convenzione, è dunque mutata la relazione che ha connotato la storia nel corso dei secoli tra minorenni e adulti. In Italia, ad esempio, ne costituisce riprova il settore del diritto di famiglia: la "responsabilità genitoriale" è subentrata alla originaria "potestà", apportando un cambiamento anche ter-



minologico che ha un valore culturale profondo, in termini di abbandono di qualsiasi logica di possesso sulle persone minorenni.

La Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza è entrata in vigore, a livello internazionale, il 2 settembre 1990: da allora, se molti sono stati i progressi raggiunti e molto è stato fatto sul piano della sua attuazione, altrettanto è cambiato e ancora resta da fare, soprattutto nei confronti delle persone di minore età in situazione di particolare vulnerabilità.

L'Italia ha dato esecuzione alla Convenzione con legge n. 176/1991: i trent'anni dall'adozione della Convenzione rappresentano dunque l'occasione, insieme, per riflettere sul cammino dei diritti, fare il punto sulla situazione della sua effettiva attuazione in Italia.

L'insieme dei contributi raccolti in questo volume costituisce al tempo un bilancio delle conquiste raggiunte ed una riflessione sulle prospettive future di attuazione dei diritti delle persone di minore età sanciti nella Convenzione.

Il lavoro, che si pone da una prospettiva italiana, è articolato in due parti.

La prima parte analizza la Convenzione nella sua dimensione esterna: la Convenzione nel sistema delle Nazioni Unite da cui origina, il suo rapporto con gli strumenti adottati in seno al Consiglio d'Europa (in particolare la CEDU e le convenzioni esistenti nel settore dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza), l'incidenza della Convenzione sul diritto dell'Unione europea. Il volume evidenzia, da ultimo, il rilievo assunto dalla Convenzione sul "diritto dell'Aja", ovvero le convenzioni (ma anche i progetti in corso di discussione) in materia di protezione delle persone di minore età, adottate in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, strumenti di attuazione della Convenzione.

La seconda parte guarda al versante interno. Al contributo che delinea il quadro attuativo nazionale entro cui la Convenzione si è prima innestata e poi sviluppata seguono riflessioni intorno ai diritti sanciti dalla Convenzione, in maniera circostanziata: i principi che permeano la Convenzione, i diritti sostanziali e procedurali nel settore della giustizia civile e penale.

L'ultima sezione è dedicata alla protezione dei diritti della persona di minore età in situazioni transfrontaliere, ossia all'incidenza della Convenzione sugli strumenti internazionalprivatistici che, nella prospettiva italiana, la attuano.



Gli autori che hanno contribuito alla realizzazione del volume provengono dal mondo accademico (vi sono anche il Segretario generale ed il primo segretario della Conferenza dell'Aja e il personale dello *European Asylum Support Office*), a testimonianza della sinergia funzionale intercorrente tra istituzione e accademia, con l'obiettivo comune di diffondere i diritti delle persone di minore età attraverso un'opera di divulgazione scientifica. I contributi, ciascuno dei quali riflette esclusivamente le opinioni dell'autore, sono il frutto di uno stretto coordinamento dell'Autorità garante, realizzato attraverso un'assidua attività di scambi e riflessioni condivise, precedute da un *workshop* tenutosi a Roma nel febbraio 2019, dove si sono discusse le proposte relative ai temi individuati e il taglio da adottare, scientifico-pratico ma non eccessivamente tecnico, in modo tale da raggiungere il numero più ampio di destinatari, soprattutto i non "addetti ai lavori". A tutti gli autori desideriamo rivolgere il più grande dei ringraziamenti per l'attenzione, l'entusiasmo e lo spirito di collaborazione con cui hanno partecipato a questo ambizioso progetto.

Il volume contiene da ultimo una riflessione conclusiva intorno all'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, istituzione terza e indipendente che monitora l'effettiva e corretta attuazione della Convenzione nel nostro Paese. Il contributo si sofferma sul suo ruolo nel sistema italiano di tutela delle persone di minore età, analizzandone le attuali competenze e i potenziali poteri, individuandone punti di forza e fragilità ed auspicandone un rafforzamento.

Si è inoltre ritenuto di includere in allegato la traduzione aggiornata della Convenzione, svolta dall'inglese e curata dall'Autorità garante. A quasi trent'anni di applicazione della Convenzione in Italia, infatti, la traduzione del 1991 contenuta nell'ordine di esecuzione conteneva termini arcaici, alcuni desueti, ascrivibili a una tradizione superata dalle evoluzioni della società (si pensi all'avvento di Internet) e della considerazione del minore come soggetto titolare di diritti e non più oggetto di protezione. Così, ad esempio, tanto nella traduzione quanto nei contributi, che impiegano un linguaggio comune, i termini "fanciullo" e "minore" sono stati sostituiti con quello di "persona di minore età". Si è "minore", infatti, rispetto a un "maggiore", mentre l'espressione "persona di minore età" non reca alcun confronto e attribuisce al minore lo *status* di persona indipendente, titolare autonomo di diritti, in linea con la tradizione internazionale ed europea, volta ad attribuire centralità



alla persona. Il termine “minore”, tuttavia, è impiegato in alcuni contributi per semplicità ed efficacia comunicativa.

Ancora in una prospettiva terminologica, si è scelto di riferirsi, in forma abbreviata, alla “Convenzione” o alla “CRC” (acronimo di *Convention on the Rights of the Child*) piuttosto che alla “Convenzione di New York” per evitare sovrapposizioni con altri strumenti internazionali (ad esempio la Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere) nonché per evidenziare il tema oggetto di disciplina piuttosto che il luogo di adozione della Convenzione.

Accanto all'alto scopo di divulgazione scientifica della cultura dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, il volume persegue l'obiettivo di individuare e fare proposte per colmare le lacune nell'attuazione della Convenzione nel sistema italiano, muovendo dal panorama internazionale e sovranazionale che detta il perimetro dell'azione degli Stati: il volume, così, traccia i binari per l'azione futura dell'Autorità garante e di tutte le istituzioni, gli enti e, in generale, i soggetti preposti alla protezione e promozione dei diritti delle persone di minore età in Italia.

Questo volume intende infine testimoniare il messaggio della Convenzione che si rinnova ogni anno e di cui celebriamo nel 2019 il trentesimo anniversario: quando si parla di persone di minore età non c'è spazio per relativizzare, distinguere, circostanziare, discriminare, escludere. Tutti i bambini e i ragazzi hanno eguali diritti e, in quanto tali, hanno il diritto di vederli efficacemente attuati.

Roma, 20 novembre 2019

FILOMENA ALBANO



PARTE I

LA CONVENZIONE SUI DIRITTI DELL'INFANZIA E DELL'ADOLESCENZA: IL VERSANTE ESTERNO

LA CRC NEL SISTEMA DELLE NAZIONI UNITE

FAUSTO POCAR¹

Sommario: 1. La Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e il suo successo. – 2. La protezione del minore: da destinatario passivo a titolare di diritti. – 3. I nuovi principi affermati nella Convenzione. – 4. La Convenzione come strumento di portata generale. – 5. Il ruolo dei Protocolli facoltativi. – 6. Il controllo sull'attuazione della Convenzione e il ruolo di altri organi delle Nazioni Unite.

1. La Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e il suo successo

Adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con la risoluzione 44/25 del 20 novembre 1989, la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (anche "Convenzione" o "CRC") è immediatamente divenuta uno dei principali strumenti di protezione dei diritti umani nel sistema onusiano, sia per il rapido susseguirsi delle firme e ratifiche da parte degli Stati membri dell'organizzazione, sia per il contenuto che non solo sviluppa ma anche completa in larga misura gli strumenti fino allora esistenti.

Sotto il primo profilo, la Convenzione ha suscitato un consenso senza precedenti, tanto che, aperta alla firma il 26 gennaio 1990, ha raggiunto in poco più di sei mesi il numero di ratifiche necessario per la sua entrata in vigore, avvenuta il 2 settembre 1990, e che il ritmo delle ratifiche e adesioni è continuato fino a farne lo strumento internazionale in tema di diritti umani con il più alto numero di Stati parte, attualmente 196, anche se non va sottaciuto che l'unica e peraltro significativa eccezione è rappresentata dagli Stati Uniti d'America. Né va dimenticato che molti Stati hanno espresso numerose riserve in relazione ad alcuni articoli della Convenzione, sia pure spesso contestate da altri Stati parte, di modo che il contenuto

¹ Professore emerito di diritto internazionale, Università di Milano (fausto.pocar@unimi.it).



degli obblighi assunti dagli Stati contraenti non risulta del tutto omogeneo.

Sotto il secondo profilo, la Convenzione non si limita a chiarire il contenuto e la portata di principi già espressi in convenzioni precedenti, in particolare nei due Patti internazionali del 16 dicembre 1966 rispettivamente sui diritti civili e politici (“PIDCP”) e sui diritti economici, sociali e culturali (“PIDESC”), che unitamente alla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 10 dicembre 1948 costituiscono il c.d. *Bill of Human Rights* delle Nazioni Unite. Essa contiene disposizioni che introducono anche diritti nuovi e in generale disciplina in modo autonomo e completo l’ambito della protezione dei diritti dei minori dalla nascita al raggiungimento della maggiore età, fissato in via di principio al diciottesimo anno.

2. La protezione del minore: da destinatario passivo a titolare di diritti

Ma soprattutto la Convenzione opera una radicale trasformazione della considerazione dei diritti dell’infanzia e dell’adolescenza, assumendo una diversa impostazione in merito alla loro definizione e alla loro titolarità. Gli strumenti internazionali precedenti – a cominciare dalla Dichiarazione di Ginevra sui diritti del bambino adottata dall’Assemblea Generale della Società delle Nazioni nel 1924 – si riferivano alla protezione del minore come destinatario passivo di diritti piuttosto che come titolare dei diritti stessi. La Dichiarazione Universale del 1948 si limita a sua volta a prevedere che “la maternità e l’infanzia hanno diritto a speciali cure ed assistenza” senza alcuna discriminazione (art. 25), e lo stesso PIDCP stabilisce che ogni bambino, senza discriminazione alcuna, “ha diritto a quelle misure protettive che richiede il suo stato minorile, da parte della famiglia, della società e dello Stato”, prevedendo poi in modo esplicito e specifico il diritto a un nome e ad una cittadinanza (art. 24). Vero è che quest’ultima disposizione è stata interpretata dal Comitato dei diritti umani – in particolare nell’osservazione generale 17(35) relativa all’art. 24 – come aggiuntiva di un diritto alla protezione rispetto a tutti gli altri diritti garantiti dal PIDCP di cui il minore è pure titolare, ma mancava una descrizione particolareggiata degli aspetti in cui tali diritti debbano essere caratterizzati da elementi diversi o ricevere un’interpretazione diversa quando il titolare ne sia un minore.

Riportandosi alla Dichiarazione dei diritti del fanciullo approvata dall’As-



semblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1959, che individuava dieci principi che avrebbero dovuto regolare diritti fondamentali dei minori, la Convenzione accoglie il concetto che il minore, come qualsiasi essere umano, è soggetto di diritti e non solo destinatario passivo degli stessi, e procede alla descrizione di tali diritti, in parte riprendendone semplicemente gli elementi già contenuti in convenzioni precedenti, in parte introducendo elementi aggiuntivi per tener conto delle peculiarità della condizione del minore, in parte ancora definendoli in modo autonomo soprattutto quando si tratta di diritti non disciplinati in precedenza.

Senza entrare qui in una descrizione particolareggiata dei diritti garantiti nella Convenzione, che saranno comunque richiamati nella seconda parte di questo volume, è importante rilevare che vi si trova tutto l'arco dei diritti umani secondo la classificazione seguita nel sistema delle Nazioni Unite, comprendente diritti civili, politici, economici, sociali e culturali, ricomponendosi in tal modo in materia di protezione dell'infanzia l'unità del sistema normativo che era stata interrotta con l'adozione dei due Patti del 1966. Inoltre, la Convenzione non si limita a prevedere i diritti fondamentali dei minori rientranti nella disciplina internazionale dei diritti umani, ma estende il suo campo anche ai diritti che derivano dal diritto internazionale umanitario. L'art. 38 infatti, ed è questa una novità nelle convenzioni sui diritti umani, obbliga gli Stati a rispettare e a far rispettare le norme del diritto internazionale umanitario applicabili ai minori in caso di conflitto armato, con una disposizione che trova poi ulteriore sviluppo in un apposito protocollo (v. *infra*).

3. I nuovi principi affermati nella Convenzione

Va anche rilevato che nell'interpretazione e nell'applicazione dei diritti garantiti dalla Convenzione devono tenersi presenti alcuni principi che, almeno in parte, non sono comuni alle altre convenzioni delle Nazioni Unite o assumono nella Convenzione una valenza particolare. Si tratta in particolare del principio di non discriminazione (art. 2), del principio dell'interesse superiore del minore (*best interests of the child*) (art. 3), del diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo (art. 6), e del principio di partecipazione secondo le capacità acquisite nello sviluppo individuale (art. 12).



Il principio di non discriminazione coglie la dimensione specifica delle discriminazioni nei confronti dei minori e fra gli stessi, aggiungendo fra i motivi di discriminazione proibiti le attività, opinioni professate o convinzioni dei genitori del minore, dei suoi rappresentanti legali o dei suoi familiari. In virtù del principio dell'interesse superiore del minore, gli Stati devono non solo investire le loro risorse in azioni intese alla realizzazione dei diritti dei minori, ma anche tenere conto delle loro aspettative in ogni azione che possa avere un'incidenza su di loro, applicando misure protettive o più inclusive, a seconda delle conseguenze che un'azione possa avere per loro. Questo principio è strettamente collegato con quello che riguarda il diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo. In particolare, il diritto alla vita assume qui una dimensione parzialmente diversa da quella che riveste negli altri trattati sui diritti umani, poiché richiede che gli Stati assicurino nella misura massima possibile la sopravvivenza e lo sviluppo del minore. Anche se la lettera della disposizione dà al principio carattere programmatico, ogni azione politica, economica e culturale dello Stato non deve accrescere lo sfruttamento e l'abuso dei minori e deve invece rappresentare una opportunità per favorire il loro sviluppo tanto come minori quanto in prospettiva come future persone adulte. Infine, il principio fondamentale di partecipazione del minore obbliga gli Stati parte a garantire al minore in grado di esprimere le sue opinioni il diritto di esprimerle effettivamente in ogni caso che lo riguardi, compresa la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria e amministrativa che lo concerne. Si tratta di un principio che riflette un distacco dalla mera individuazione delle decisioni che il minore ha o non ha il diritto di prendere verso la considerazione del modo in cui il minore invece può partecipare a tutte le decisioni. La partecipazione dovrebbe essere inclusiva, dovrebbe incoraggiare le opportunità per i minori esclusi di partecipare, tenendo conto della loro età e del loro grado di maturità.

4. La Convenzione come strumento di portata generale

Data l'ampiezza del suo contenuto, la Convenzione costituisce uno strumento di portata generale nel sistema di protezione dei diritti umani, e presenta interconnessioni con tutte le altre convenzioni sui diritti umani adottate nell'ambito delle Nazioni Unite. La considerazione che essa disciplina quasi



tutti i diritti previsti da altre convenzioni con l'ottica particolare che il titolare è un minore comporta che se ne debba tenere conto anche nell'interpretazione – da parte tanto degli organi degli Stati parte quanto delle istanze internazionali competenti - delle altre convenzioni che disciplinano i diritti con riguardo a tutte le persone, indipendentemente dal fatto che esse siano minori d'età o adulte. Né si può escludere che in un caso particolare la descrizione più generica e meno precisa di un diritto contenuto in una convenzione non specificamente rivolta ai diritti dei minori possa anche consentire un'interpretazione più favorevole al minore di quella che sarebbe consentita secondo la Convenzione. L'interprete dovrà fare particolare attenzione alla disposizione, comune a tutti i trattati sui diritti umani, che la Convenzione non pregiudica disposizioni più favorevoli ai diritti del fanciullo che possano figurare, oltre che nella legislazione interna, nel diritto internazionale in vigore per lo Stato interessato (art. 41).

Va inoltre tenuta ugualmente in considerazione, in sede interpretativa, la interconnessione che la Convenzione presenta con le convenzioni di diritto internazionale umanitario, in particolare con la quarta convenzione di Ginevra del 12 aprile 1949 sulla protezione delle persone civili in tempo di guerra. Ciò vale anche, in particolare, per il controllo generale della condotta degli Stati in materia di protezione dei diritti umani effettuato mediante la c.d. revisione universale periodica (*universal periodic review*) dal Consiglio dei diritti umani, che si basa tanto sulle norme internazionali sui diritti umani quanto su quelle espresse dal diritto internazionale umanitario.

5. Il ruolo dei Protocolli facoltativi

La Convenzione è completata da tre Protocolli facoltativi adottati dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, tutti ratificati e in vigore per l'Italia: il primo concernente la vendita di fanciulli, la prostituzione infantile e la pornografia rappresentante minori, adottato il 25 maggio 2000, ed entrato in vigore il 18 gennaio 2002; il secondo relativo al coinvolgimento dei minori nei conflitti armati, pure adottato il 25 maggio 2000, ed entrato in vigore il 12 febbraio 2002; il terzo che stabilisce una procedura di presentazione delle comunicazioni, adottato il 19 dicembre 2011, ed entrato in vigore il 14 aprile 2014.



Il primo di essi costituisce uno svolgimento degli art. 34 e 35 della Convenzione relativi rispettivamente alla protezione dei minori da ogni forma di sfruttamento e di violenza sessuale e alla vendita e a ogni forma di traffico di minori, ed è inteso ad attuare la disposizione che in tali articoli impone agli Stati di adottare misure per impedire lo sfruttamento dei minori, in particolare stabilendo obblighi di cooperazione internazionale a questo riguardo.

Il secondo protocollo rappresenta uno svolgimento dell'art. 38 della Convenzione ed obbliga gli Stati contraenti a vigilare che i minori di diciotto anni non siano oggetto di arruolamento obbligatorio, e se oggetto di arruolamento volontario, non partecipino direttamente alle ostilità, compreso quando essi facciano parte di gruppi armati distinti dalle forze armate di uno Stato, e stabilisce misure di cooperazione internazionale in materia.

Il terzo istituisce una procedura di comunicazioni individuali parallela a quella prevista dalle altre principali convenzioni delle Nazioni Unite in materia di diritti umani, affidando la competenza a riceverle e ad esaminarle al Comitato ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza istituito in base all'art. 43 della Convenzione ("Comitato"), e quindi inserisce quest'ultima anche nel sistema di controllo rappresentato da reclami individuali, oltre a quello obbligatorio mediante la presentazione di rapporti. L'interazione della Convenzione con le altre convenzioni onusiane sui diritti umani è pertanto divenuta anche a questo riguardo significativa per le ragioni esposte in precedenza.

6. Il controllo sull'attuazione della Convenzione e il ruolo di altri organi delle Nazioni Unite

Se il sistema di controllo previsto dalla Convenzione si affianca a quello esercitato dai comitati istituiti in base alle altre convenzioni sui diritti umani, e ricalca nel procedimento quello generale stabilito per queste ultime, basandosi sull'esame di rapporti periodici presentati dagli Stati parte al Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, in contraddittorio con delegazioni inviate per l'occasione dallo Stato di volta in volta interessato, va rilevato come questo dialogo, per essere davvero costruttivo, investe anche altri organi delle Nazioni Unite. In particolare, le istituzioni specializzate, il Fondo delle Nazioni Unite per l'infanzia e altri organi delle Nazioni Unite hanno il



diritto di farsi rappresentare nel corso dell'esame dell'attuazione delle disposizioni della Convenzione che rientrano nell'ambito del loro mandato, e a sua volta il Comitato può invitare tali organi a dare pareri specializzati o a sottoporli rapporti sull'attuazione della Convenzione in settori di competenza dei loro rispettivi mandati. La considerazione dei rapporti va quindi ben oltre un esame della rispondenza dell'attività degli Stati parte agli obblighi da questi assunti mediante la Convenzione, e investe la stessa politica delle Nazioni Unite in materia di protezione dell'infanzia e dell'adolescenza, come conferma anche la disposizione che abilita il Comitato a raccomandare all'Assemblea Generale di chiedere al Segretario generale di procedere, per conto del Comitato, a studi su questioni specifiche attinenti ai diritti del minore.

Si riscontra una simile impostazione intesa alla collaborazione con altre istanze delle Nazioni Unite anche nel controllo effettuato dal Comitato con l'esame di comunicazioni individuali ai sensi del menzionato terzo Protocollo facoltativo. Questa forma di controllo segue le caratteristiche procedurali già elaborate in protocolli alle altre convenzioni, con l'avvertenza che il Comitato deve essere guidato dall'interesse superiore del minore e deve tenerne conto al fine di garantire che le regole di procedura siano adatte ai minori, fino alla possibilità di rifiutare di esaminare comunicazioni che ritenga non essere nell'interesse superiore del minore.

È inoltre prevista una procedura di inchiesta se il Comitato riceve informazioni attendibili che indichino violazioni gravi o sistematiche dei diritti garantiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli (art. 13). In tal caso l'inchiesta è affidata ad uno o più membri del Comitato e si svolge con la cooperazione con lo Stato parte interessato.

In seguito tanto alla procedura di comunicazioni individuali quanto alla procedura di inchiesta il Comitato trasmette le proprie valutazioni in merito ai risultati della procedura, unitamente alle sue eventuali raccomandazioni. Ma valutazioni e raccomandazioni possono anche essere trasmesse, sia pure con il consenso dello Stato parte interessato, ai fondi e programmi delle Nazioni Unite o ad altri organismi competenti, ove si evinca la necessità di consulenza o assistenza tecnica, oppure nel caso in cui sia sollevata dalle comunicazioni esaminate una questione che possa aiutare tali organismi a pronunciarsi, nelle proprie sfere di competenza, sulla opportunità di misure internazionali suscettibili di aiutare gli Stati membri a progredire nell'attuazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli facoltativi.



Queste considerazioni confermano che anche le procedure di presentazione di comunicazioni individuali e di inchiesta non si limitano a verificare l'attuazione degli obblighi che derivano dalla Convenzione agli Stati parte, ma concorrono, come la procedura di esame di rapporti periodici, a promuovere la collaborazione fra gli Stati e le Nazioni Unite nel perseguimento dei suoi fini di protezione dei minori e più in generale dei diritti della persona umana.

In conclusione, la Convenzione si configura non solo come uno strumento internazionale dichiarativo di diritti e garante del loro rispetto mediante procedure di controllo dell'azione degli Stati parte, cui compete la loro attuazione, ma come uno strumento di ben più ampia portata, che costituisce un momento centrale di riferimento per tutte le azioni delle Nazioni Unite in materia di protezione dell'infanzia e dell'adolescenza.

LA CRC E LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

ALESSANDRA ANNONI ¹

Sommario: 1. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la tutela dei minori. – 2. La dottrina del *vacuum* e la rilevanza della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza nell'interpretazione delle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. – 3. Il ruolo del principio dell'interesse superiore del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 4. La rilevanza di altre disposizioni della CRC: a) le norme che tutelano diritti già previsti dalla CEDU. – 5. *Segue:* b) le norme che prevedono diritti non espressamente contemplati dalla CEDU. – 6. *Segue:* c) le norme che prevedono obblighi di condotta puntuali. – 7. Conclusioni.

1. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la tutela dei minori

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e i suoi Protocolli addizionali contemplano ben poche disposizioni specifiche sulla protezione delle persone di minore età. Vengono in rilievo, in particolare, l'art. 5, par. 1, lett. *d*) – che fa salva la detenzione regolare di un minore decisa allo scopo di sorvegliare la sua educazione o al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente – e l'art. 6, par. 1, che contempla un'eccezione al principio della pubblicità delle udienze laddove lo esigano gli interessi dei minori coinvolti. L'art. 2 del I Protocollo addizionale, inoltre, prevede il diritto all'istruzione (di adulti e minori), contemplando l'obbligo per lo Stato di rispettare il diritto dei genitori di provvedere all'educazione dei figli secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche.

Ai minori, d'altra parte, deve essere assicurato il godimento di tutti i diritti tutelati dalla CEDU e dai suoi Protocolli, senza discriminazione alcuna

¹ Professore associato di diritto internazionale, Università di Ferrara (nnlnsn@unife.it).



basata sulla loro età (art. 14 CEDU).² Nel dare attuazione agli obblighi che discendono da tali strumenti, però, gli Stati parte devono tenere conto della condizione di particolare vulnerabilità delle persone di minore età, se del caso assicurando loro un trattamento differenziato rispetto a quello riservato agli adulti, senza che questo possa essere considerato una violazione del divieto di discriminazione.³ Ciò vale, anzitutto, in riferimento agli obblighi negativi che discendono dalla Convenzione, ovvero rispetto a quegli obblighi che impongono allo Stato un dovere di astensione.⁴ Così, ad esempio, un maltrattamento che – se inflitto a un detenuto adulto – difficilmente integrerebbe la soglia di gravità minima richiesta per la sua qualificazione come trattamento disumano o degradante ben potrebbe determinare una violazione dell'art. 3 CEDU se perpetrato ai danni di un minore.⁵ Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, inoltre, l'età del soggetto costituisce un fattore da prendere in considerazione per valutare la ragionevole durata della detenzione cautelare, ai sensi dell'art. 5 CEDU.⁶ Allo stesso modo, l'ingerenza che un provvedimento di espulsione determina sul diritto al rispetto della vita privata e familiare dello straniero tutelato dall'art. 8 CEDU deve essere valutata diversamente, se nella vicenda sono coinvolti dei minori (siano essi o meno i destinatari diretti del provvedimento di espulsione).⁷

2 U. KILKELLY, *The Child and the European Convention on Human Rights*, Ashgate, 1999, p. 4 ss. L'art. 14 CEDU non contempla espressamente la minore età fra i possibili motivi di discriminazione; l'elenco contenuto nella norma, tuttavia, è da considerarsi meramente esemplificativo, e la Corte europea non ha esitato a valutare anche casi di discriminazioni fondate sull'età (v. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 10 giugno 2010, ric. n. 25762/07, *Schwizgebel v. Switzerland*, par. 85 e sentenza 24 gennaio 2017, ricorsi n. 60367/08 e n. 961/11, *Khamtokhu and Aksenchik v. Russia* (GC), par. 62).

3 Cfr. DOHRN, "Something's Happening Here: Children and Human Rights Jurisprudence in Two International Courts", in *Nevada Law Journal*, 2006, pp. 749-773.

4 A seconda del contenuto della norma prevista dalla CEDU, l'obbligo negativo può sostanziarsi nel divieto assoluto di interferire con il godimento di un diritto fondamentale o nel divieto di limitare in modo ingiustificato o sproporzionato l'esercizio di tale diritto.

5 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 18 gennaio 1978, ric. n. 5310/71, *Ireland v. the United Kingdom*, par. 162; sentenza 13 dicembre 2011, ric. n. 15297/09, *Kanagaratnam et autres c. Belgique*, par. 67. Cfr. anche sentenza 28 settembre 2015, ric. n. 23380/09, *Bouyid v. Belgium* (GC), par. 110, ove si legge: "Police behaviour towards minors may be incompatible with the requirements of Article 3 of the Convention simply because they are minors, whereas it might be deemed acceptable in the case of adults".

6 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 10 gennaio 2006, ric. n. 21768/02, *Selçuk v. Turkey*, par. 35 s.

7 V. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 18 ottobre 2006, ric. n. 46410/99, *Üner v. the Netherlands* (GC), par. 57; sentenza 16 aprile 2013, ric. n. 12020/09, *Udeh v. Switzerland*,



Ma la condizione di particolare vulnerabilità del minore incide anche sul contenuto degli obblighi positivi che discendono dalla CEDU, ovvero sulle misure che gli Stati parte devono adottare per assicurare il pieno godimento dei loro diritti alle persone di minore età sottoposte alla loro giurisdizione.⁸ Così, ad esempio, secondo la Corte, lo Stato è tenuto ad organizzare il processo penale a carico di un minore tenendo conto dell'età, del livello di maturità e del grado di sviluppo delle capacità intellettive ed emotive dell'accusato,⁹ in modo da consentirgli di comprendere e partecipare attivamente al procedimento, esercitando pienamente il diritto alla difesa garantito dall'art. 6 CEDU.¹⁰ Secondo la stessa logica, lo Stato deve valutare con particolare favore le domande di ricongiungimento familiare che riguardino figli minori, in quanto la possibilità di godere della reciproca compagnia costituisce un elemento fondamentale del diritto alla vita familiare tanto dei genitori che dei figli, tutelato dall'art. 8 CEDU.¹¹

par. 52. La Corte ha riconosciuto che, nel valutare la compatibilità della condotta statale con gli obblighi che discendono dall'art. 8 in materia di espulsione "it is necessary to take due account of the situation of all members of the family, as this provision guarantees protection to the whole family". Particolare riguardo deve essere prestato, in questo contesto, all'impatto che l'eventuale espulsione dei genitori potrebbe avere sulla vita dei figli minori (sentenza 3 ottobre 2014, ric. n. 12738/10, *Jeunesse v. the Netherlands* (GC), paragrafi 117 s.).

8 Cfr. V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, 2016, p. 115; D. SHELTON, A. GOULD, "Positive and Negative Obligations", in *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, a cura di D. Shelton, Oxford University Press, 2013, pp. 562-583; D. XENOS, *The positive obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Routledge, 2012; M. KLATT, "Positive Obligations under the European Convention on Human Rights", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2011, pp. 691-718.

9 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 16 dicembre 1999, ric. n. 24888/94, *V. v. The United Kingdom* (GC), par. 86; sentenza 2 marzo 2010, ric. n. 54729/00, *Adamkiewicz v. Poland*, par. 70.

10 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 11 dicembre 2008, ric. n. 4268/04, *Panovits v. Cyprus*, par. 67.

11 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 21 dicembre 2001, ric. n. 31465/96, *Sen v. the Netherlands*, par. 33 ss.; sentenza 1° dicembre 2005, ric. n. 60665/00, *Tuquabo-Tekle and Others v. the Netherlands*, par. 41 ss.



2. La dottrina del *vacuum* e la rilevanza della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza nell'interpretazione delle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo

Come più volte ribadito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la CEDU non può essere considerata isolatamente (“*in a vacuum*”),¹² ma va collocata nell'insieme dell'ordinamento giuridico internazionale ed interpretata in armonia con le altre norme internazionali pertinenti. La dottrina del *vacuum* trae ispirazione dall'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, secondo cui l'interprete deve tenere conto “di ogni norma di diritto internazionale pertinente, applicabile alle relazioni fra le parti”.¹³ Questa disposizione, tuttavia, consente di valorizzare a fini ermeneutici esclusivamente le norme internazionali che siano vincolanti per tutti gli Stati parti della convenzione oggetto di interpretazione, mentre la Corte non esita a richiamare a fini interpretativi anche convenzioni non vincolati per lo Stato convenuto e norme di *soft law*, se ritenute comunque espressione di principi largamente condivisi nelle società degli Stati europei.¹⁴ Più che ad un'applicazione puntuale del criterio ermeneutico di cui all'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna, il rinvio a fonti esterne al sistema CEDU, in questo caso, sembra rispondere all'esigenza di adattare il contenuto delle norme della Convenzione all'evoluzione del “sentire sociale”, evoluzione che può trovare espressione, appunto, nella elaborazione di nuovi strumenti normativi, e che finisce per incidere, limitandolo, sul margine di apprezzamento di cui gli Stati parte normalmente godono nell'attuazione delle disposizioni della CEDU.¹⁵

Nella giurisprudenza della Corte è frequente il richiamo a trattati internazionali che interessano – a vario titolo – i minori, come la Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale

12 V., fra le altre, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 18 dicembre 1996, ric. n. 15318/89, *Loizidou v. Turkey* (GC), par. 43; sentenza 21 novembre 2001, ric. n. 35763/97, *Al-Adsani v. the United Kingdom* (GC), par. 55; sentenza 6 luglio 2010, ric. n. 41615/07, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* (GC), par. 131.

13 Traduzione non ufficiale dall'originale “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”.

14 Cfr. E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*⁴, Giappichelli, 2018, p. 232 ss.; K. GAVRYSH, “Lo stato di emergenza e la dottrina del *vacuum* nella prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo”, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, pp. 79-107, p. 86 ss.

15 Sulla questione v. anche *infra*, nel testo.



di minori,¹⁶ la Convenzione europea del 15 ottobre 1975 sullo statuto giuridico dei figli nati fuori dal matrimonio e la Convenzione di Bruxelles del 12 settembre 1962 sull'istituzione della genitorialità materna dei figli naturali¹⁷ o, ancora, la Convenzione de L'Aja del 1993 sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozioni transfrontaliere e la Convenzione europea del 1967 sull'adozione dei minori.¹⁸ Ma è soprattutto alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (CRC) che la Corte guarda, quando è chiamata ad applicare le disposizioni della CEDU in contesti in cui vengono in gioco diritti di persone di minore età. Tale Convenzione, del resto, è stata ratificata da quasi tutti gli Stati del mondo – ivi inclusi tutti gli Stati parte della CEDU – e alcune delle regole in essa contenute sono ormai ritenute corrispondenti al diritto internazionale consuetudinario.¹⁹

La CRC può incidere sull'interpretazione della CEDU in modi diversi.

Anzitutto, singole disposizioni della Convenzione possono essere utilizzate per interpretare norme della CEDU dalla portata più ampia, “adattandone” il contenuto alle particolari esigenze delle persone di minore età. In quanto strumento specificatamente dedicato alla protezione dei fanciulli e degli adolescenti, infatti, la CRC contiene disposizioni molto puntuali, che ben si prestano ad illuminare il significato di norme, come quelle della CEDU, pensate per essere applicate a persone di ogni età.²⁰

Sotto un diverso profilo, la CRC può essere invocata per giustificare una limitazione della discrezionalità di cui normalmente gli Stati parte godono

16 I giudici di Strasburgo vi si ispirano per interpretare gli obblighi positivi che l'art. 8 CEDU impone agli Stati parte in questa materia (v. ad esempio sentenza 25 gennaio 2000, ric. n. 31679/96, *Ignaccolo-Zende v. Romania*, par. 95 e sentenza 26 giugno 2003, ric. n. 48206/99, *Maire v. Portugal*, par. 72). Per una compiuta ricostruzione del rapporto fra art. 8 CEDU, Convenzione de L'Aja del 1980 e principio dell'interesse superiore del minore si veda la sentenza 26 novembre 2013, ric. n. 27853/09, *X. v. Latvia* (GC), par. 93 ss. Sul tema si veda, in questo volume, il contributo di L. CARPANETO.

17 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 13 giugno 1979, ric. n. 6833/74, *Marckx v. Belgium*, par. 41. Cfr. J.S. DAVIDSON, “The European Convention on Human Rights and the ‘Illegitimate’ Child”, in *Children and the Law: Essays in Honour of Professor HK Bevan*, a cura di D. Freestone, University of Hull Press, 1990, pp. 75-106, p. 95 s.

18 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 22 giugno 2004, ricorsi n. 78028/01 e n. 78030/01, *Pini and others v. Romania*, par. 139.

19 Ciò vale, in particolare, per il principio dell'interesse superiore del minore, codificato dall'art. 3 CRC (*infra*, par. 3).

20 Cfr. U. KILKELLY, “The Best of Both Worlds for Children’s Rights? Interpreting the European Convention on Human Rights in the Light of the UN Convention on the Rights of the Child”, in *Human Rights Quarterly*, 2001, p. 308 ss.



nell'applicazione della CEDU. A riguardo, la Corte di Strasburgo ha più volte ribadito che le autorità nazionali, che sono a contatto diretto con la società del proprio Paese, sono tendenzialmente meglio attrezzate della Corte per compiere le valutazioni necessarie a scegliere le misure più appropriate per dare attuazione alla CEDU. Ma la stessa Corte ha anche riconosciuto che l'ampiezza del margine di apprezzamento nazionale varia a seconda delle circostanze e si restringe in presenza di un "denominatore comune" ai sistemi giuridici degli Stati europei.²¹ Proprio perché ratificata da tutti gli Stati parte della CEDU, la CRC può essere considerata la migliore espressione del "consenso europeo"²² circa il grado di tutela che deve essere assicurato ai diritti del minore.

Più in generale, la CRC incide sul modo stesso di concepire le persone di minore età nel sistema di protezione dei diritti fondamentali disegnato dalla CEDU. La Convenzione, infatti, segna il superamento della prospettiva "tradizionale", che vedeva il minore come mero oggetto di tutela, a favore di una concezione dello stesso come soggetto titolare di diritti, capace di esprimere scelte autonome di cui occorre tenere conto in ogni procedimento che lo riguarda.²³

L'impatto ermeneutico prorompente della CRC non è, tuttavia, sempre facilmente percepibile nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.²⁴ Se,

21 Cfr. R.St.J. MACDONALD, "The Margin of Appreciation", in *The European System for the Protection of Human Rights*, a cura di R.St.J. Macdonald *et al.*, Kluwer Law International, Deventer, 1993, pp. 83-124; N. LAVENDER, "The Problem of the Margin of Appreciation", in *European Human Rights Law Review*, 1997, pp. 380-390; R. SAPIENZA, "Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo", in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, pp. 571-614; F.J. PASCUAL VIVES, *Consensus-Based Interpretation of Regional Human Rights Treaties*, Brill Nijhoff, 2019, p. 207 ss.; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, 2002. Cfr. anche M. LUGATO, "Riflessioni sulla base giuridica del margine di apprezzamento statale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo", in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, pp. 359-374.

22 Sulla nozione di "consenso europeo" si veda, di recente, P. KAPOTAS, V.P. TZEVELEKOS, *Building Consensus on European Consensus: Judicial Interpretation of Human Rights in Europe and Beyond*, Cambridge University Press, 2019.

23 V. in questo senso Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 26 novembre 2013, *X v. Latvia*, cit., opinione concorrente del giudice Pinto de Albuquerque.

24 Cfr. U. KILKELLY, "The CRC in Litigation under the ECHR. The CRC and the ECHR: The Contribution of the European Court of Human Rights to the Implementation of Article 12 of the CRC", in *Litigating the Rights of the Child. The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, a cura di T. Liefaard, J.E. Doek, Springer, 2015, pp. 193-209, p. 206.



talvolta, le disposizioni pertinenti della Convenzione sono richiamate espressamente nella parte in diritto della sentenza,²⁵ in altri casi la Corte si limita a menzionarle nella sezione della decisione dove ricostruisce il quadro delle norme internazionali applicabili, senza chiarire fino a che punto esse rilevino nell'interpretazione della CEDU.²⁶ In alcuni casi, poi, il riferimento alla CRC appare ancora più sfumato, perché la Corte ne richiama i principi o ne utilizza il linguaggio, senza però menzionarla espressamente nella sentenza.²⁷

Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo è piuttosto frequente anche il riferimento alla prassi del Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.²⁸ Vengono in rilievo, anzitutto, i commenti generali che il Comitato adotta per chiarire il significato di singole disposizioni della CRC o la portata degli obblighi che da questa discendono in relazione a tematiche specifiche. Questi documenti forniscono un'interpretazione particolarmente qualificata delle norme della Convenzione, consentendo alla Corte europea dei diritti dell'uomo di apprezzarne pienamente la rilevanza ai fini dell'interpretazione sistemica delle norme della CEDU.²⁹ I commenti generali, inoltre, hanno il

25 V. ad esempio Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 26 maggio 1994, ric. n. 16969/90, *Keegan v. Ireland*, par. 50; sentenza 27 gennaio 2015, ric. n. 25358/12, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, par. 85; sentenza 25 marzo 1993, ric. n. 13134/87, *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, par. 27; sentenza 22 giugno 2004, *Pini and others v. Romania*, cit., par. 139.

26 V. ad esempio sentenza 19 febbraio 2013, ric. n. 19010/07, *X and others v. Austria* (GC).

27 Si veda, ad esempio, la sentenza 13 luglio 2000, ric. n. 25735/94, *Elsholz v. Germany* (GC), par. 50, ove la Corte interpreta l'art. 8 CEDU alla luce del principio dell'interesse superiore del minore, ma senza espressamente menzionare l'art. 3 CRC. Nella sentenza 8 aprile 2004, ric. n. 11057/02, *Haase v. Germany*, invece, la Corte conclude per l'incompatibilità con l'art. 8 della CEDU di un provvedimento urgente di allontanamento dei figli dai genitori assunto dalle autorità tedesche senza ascoltare le parti interessate e senza esplorare possibili alternative. Sebbene non vi sia espressa menzione dell'art. 9 CRC, è evidente l'influsso che tale disposizione ha avuto nella decisione assunta dai giudici di Strasburgo.

28 Sul ruolo del Comitato quale organo di controllo della CRC, si veda, in questo volume, il contributo di F. POCAR.

29 V. ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 3 settembre 2015, ric. n. 10161/13, *M. and M. v. Croatia*, par. 181 e decisione 12 giugno 2018, ricorsi n. 42825/17 e n. 66857/17, *Roche v. Malta*, par. 96. La Corte trae spunto dal *General Comment No. 12 (2009) on the right of the child to be heard* per affermare la centralità del diritto all'ascolto del minore in tutte le procedure che lo riguardano, incluse quelle che incidono sul godimento del diritto alla vita privata e familiare tutelato dall'art. 8 CEDU. Nella sentenza 22 marzo 2018, ricorsi n. 68125/14 e n. 72204/14, *Wetjen and others v. Germany*, par. 73, la Corte richiama il *General Comment No. 13 (2011) on the right of the child to freedom from all forms of violence* a sostegno della propria tesi secondo cui qualunque forma di violenza nei confronti di un minore, per quanto lieve, è inaccettabile, e può pertanto giustificare un allontanamento dal contesto



merito di catturare l'evoluzione del "sentire sociale" in rapporto alla attuazione delle norme della CRC e permettono alla Corte di Strasburgo che ad essi si richiami di attualizzare, di riflesso, anche l'interpretazione delle disposizioni della CEDU nella loro applicazione alle persone di minore età.

Particolarmente rilevanti sono anche le osservazioni conclusive adottate dal Comitato in relazione ai rapporti periodici presentati dallo Stato convenuto. Esse possono offrire alla Corte di Strasburgo spunti interessanti circa l'applicazione delle norme della CRC in contesti specifici, evidenziando violazioni dei diritti dei minori potenzialmente rilevanti anche nell'ambito della CEDU.³⁰ È significativo, in proposito, il caso *A. v. UK*. Il ricorrente, che all'epoca dei fatti aveva appena nove anni, era stato oggetto di punizioni corporali particolarmente severe da parte del proprio patrigno. Accusato di maltrattamenti ai danni di un minore, l'uomo era stato assolto, perché i giudici britannici avevano ritenuto di poter applicare la scriminante del "ragionevole castigo" (*reasonable chastisement*) – all'epoca prevista dalla legislazione inglese – secondo cui non poteva essere punito il genitore che avesse inflitto al figlio una punizione corporale ragionevole e moderata. Il minore si era a quel punto rivolto alla Commissione europea dei diritti dell'uomo, lamentando la violazione da parte del Regno Unito del proprio obbligo positivo di garantire il rispetto del diritto a non essere sottoposto a torture e trattamenti disumani o degradanti (art. 3 CEDU). La Commissione ha accolto il ricorso, ritenendo che la scriminante del "reasonable chastisement" fosse formulata in termini troppo vaghi, mancando nella norma inglese l'indicazione di qualunque parametro per valutare la "ragionevolezza" e la "moderatezza" del castigo inflitto dal genitore. A supporto della propria posizione, la Commissione ha sottolineato come il Comitato sui diritti dell'infanzia e l'adolescenza avesse già espresso analoghe perplessità nelle proprie osservazioni conclusive al rapporto iniziale del Regno Unito, evidenziando l'incompatibilità della normativa inglese con l'art. 19 CRC, che protegge i minori da ogni forma di violenza e maltrattamento da parte di genitori, tutori o affidatari.³¹

familiare violento.

³⁰ V. ad esempio Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 27 novembre 2008, ric. n. 36391/02, *Salduz v. Turkey* (GC).

³¹ Commissione europea dei diritti dell'uomo, rapporto 18 settembre 1997, ric. n. 25599/94, *A. v. the United Kingdom*, par. 52.



3. Il ruolo del principio dell'interesse superiore del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Nella soluzione dei casi che coinvolgono persone di minore età, la Corte europea dei diritti dell'uomo assegna un ruolo centrale al principio dell'interesse superiore del minore, quale codificato nell'art. 3 della CRC. Tipicamente, il principio entra in gioco nel contesto dell'art. 8 CEDU, quando la Corte è chiamata ad accertare la legittimità di provvedimenti giudiziari o amministrativi suscettibili di incidere sul diritto alla vita privata e familiare dei minori e delle loro famiglie, o la diligenza impiegata dalle autorità statali per assicurare il pieno godimento di tale diritto alle persone sottoposte alla loro giurisdizione.³² Il principio è sovente richiamato, ad esempio, nei ricorsi in cui si lamenta la legittimità di provvedimenti di allontanamento di minori dai genitori, di decisioni relative alla custodia dei figli a seguito di divorzio o separazione, di provvedimenti assunti dalle autorità giudiziarie nazionali in merito a casi di sottrazione internazionale di minori,³³ o di decisioni in materia di adozione o maternità surrogata.³⁴

Come più volte ribadito dalla Corte,³⁵ nell'adempiere agli obblighi (negativi e positivi) che discendono dall'art. 8 CEDU, lo Stato è tenuto ad effettuare un bilanciamento fra l'interesse del ricorrente al pieno godimento del diritto alla vita privata e familiare e gli altri interessi internazionalmente rilevanti previsti dal par. 2 dell'art. 8 stesso.³⁶ Nell'ambito di questo giudizio

32 Cfr. M.G. RUO, "The best interest of the child' nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", in *Minorigiustizia*, n.3/2011, p. 39 ss. Per esempi di applicazione del principio dell'interesse superiore del minore in contesti diversi dall'art. 8 CEDU si vedano però: Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 7 maggio 2015, ric. n. 13712/11, *S.L. and J.L. v. Croatia*; sentenza 19 gennaio 2012, ricorsi. n. 39472/07 e n. 39474/07, *Popov v. France*, e sentenza 13 giugno 2019, ric. n. 14165/16, *S.H.D. et autres c. Grèce, Autriche, Croatie, Hongrie, Macédoine du nord, Serbie et Slovénie*, par. 69.

33 Cfr. C. MOL, T. KRUGER, "International child abduction and the best interests of the child: an analysis of judicial reasoning in two jurisdictions", in *Journal of Private International Law*, 2018, pp. 421-454. Si veda ancora, in questo volume, il contributo di L. CARPANETO.

34 Si veda sul tema, in questo volume, il contributo di O. FERACI.

35 V., fra le altre, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 16 luglio 2015, ric. n. 39438/13, *Nazarenko v. Russia*, par. 63; sentenza 19 febbraio 1996, ric. n. 23218/94, *Gül v. Switzerland*, par. 7 ss.; sentenza 21 febbraio 1990, ric. n. 9310/81, *Powell and Rayner v. the United Kingdom*, par. 41.

36 Ai sensi di tale disposizione: "Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio [del diritto al rispetto della vita privata e familiare] a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla



di bilanciamento, l'interesse superiore dei minori coinvolti assume un'importanza primaria, in linea con quanto previsto dall'art. 3, par. 1, della CRC, secondo cui: “[i]n tutte le azioni riguardanti le persone di minore età, intraprese da istituzioni di assistenza sociale pubbliche o private, tribunali, autorità amministrative od organi legislativi, l'interesse superiore della persona di minore età (*best interests of the child*) deve essere considerato preminente”.

La rilevanza che il principio dell'interesse superiore del minore assume nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo è però fortemente condizionata dal ruolo sussidiario che la Corte stessa riveste nel sistema europeo di tutela dei diritti umani. In ossequio a tale ruolo, i giudici di Strasburgo sono propensi a riconoscere un ampio margine di apprezzamento agli Stati, anzitutto nel valutare quale sia – nel caso concreto – la soluzione che meglio tutela l'interesse superiore del minore. Come sottolineato anche dal Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, quello di “*best interests of the child*” è un concetto dinamico, che coinvolge diverse esigenze in continua evoluzione, talvolta in conflitto fra loro, e che può pertanto essere correttamente apprezzato solo in relazione alla singola situazione concreta.³⁷ Così, ad esempio, se – in linea di principio – è interesse del minore crescere all'interno dell'ambiente familiare (o, comunque, mantenere assidui contatti con entrambi i genitori), vi possono essere situazioni in cui l'allontanamento dalla casa familiare risulta essere l'unica soluzione in grado di assicurare il pieno ed effettivo godimento dei diritti garantiti dalla CRC (*in primis* quello alla sicurezza e all'integrità fisica e psicologica) e di favorire lo sviluppo olistico del minore. Valutazioni delicate come questa, tuttavia, difficilmente potrebbero essere compiute a Strasburgo. Come la stessa Corte europea riconosce, le autorità nazionali competenti sono in linea di principio in una posizione migliore rispetto a quella del giudice internazionale per accertare e soppesare tutti gli elementi che concorrono ad individuare la soluzione “migliore” per il minore nel caso concreto, perché possono beneficiare del contatto diretto con le persone coinvolte.³⁸ Esse hanno la possibilità di ascoltare il minore e

sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui” (traduzione non ufficiale).

³⁷ Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), 29 maggio 2013, par. 1 e 11.

³⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 6 luglio 2010, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, cit., par. 138.



i suoi adulti di riferimento, possono acquisire le testimonianze di parenti e conoscenti, hanno accesso alla documentazione scolastica e, se del caso, a quella medica e alle valutazioni degli assistenti sociali.

Per le medesime ragioni di “prossimità”, un certo margine di apprezzamento va riconosciuto allo Stato anche nella ponderazione fra l’interesse superiore del minore e gli altri interessi rilevanti ai sensi dell’art. 8, par. 2, CEDU. Spetta certamente alle autorità statali competenti valutare l’esistenza e “il peso” di eventuali interessi statali confliggenti con quello del minore; si pensi, ad esempio, all’interesse al mantenimento dell’ordine pubblico e della sicurezza e all’interesse al rispetto della normativa nazionale in materia di immigrazione, che – nei casi di espulsione di un genitore o di diniego di autorizzazione al ricongiungimento familiare – possono facilmente entrare in collisione con l’interesse superiore dei figli. Spetta altresì alle autorità nazionali competenti identificare e ponderare gli eventuali interessi di altri individui coinvolti: in *primis* i genitori e gli esercenti la responsabilità genitoriale, ma anche altri adulti con i quali il minore possa aver instaurato di fatto una relazione familiare.

Il ruolo della Corte europea dei diritti dell’uomo in questo contesto è, per l’appunto, sussidiario. Essa non può, in linea di principio, sostituirsi alle valutazioni di merito effettuate dalle autorità statali, ma deve limitarsi a verificare che esse si siano mosse all’interno del margine di apprezzamento ad esse riconosciuto dalla CEDU.

In quest’ottica, la Corte considera senz’altro incompatibili con l’art. 8 CEDU le ingerenze nella vita privata e familiare che siano il risultato dell’applicazione di norme nazionali “inflexibili”, che non lascino, cioè, alcuno spazio di discrezionalità alle autorità competenti, impedendo loro di valutare se, nel caso concreto, la soluzione imposta dal legislatore sia davvero nell’interesse dei minori coinvolti. Così, ad esempio, nel caso *Nazarenko v. Russia*, la Corte non ha esitato a censurare la normativa russa in materia di separazione dei coniugi, che prevedeva una lista esaustiva di soggetti con i quali i figli della coppia avevano diritto di conservare la continuità dei rapporti, contemplando – oltre ai genitori – i nonni, i fratelli e gli altri parenti. Proprio l’esistenza di una normativa così rigida aveva impedito alle autorità nazionali di valutare se, nel caso concreto, fosse nell’interesse superiore del minore continuare a mantenere rapporti con il ricorrente, il quale aveva cresciuto per cinque anni una bambina, nata in costanza di matrimonio, credendola figlia



propria, ma era stato successivamente privato della responsabilità genitoriale una volta appurato che egli non era il padre biologico.³⁹ Allo stesso modo, nel parere reso il 10 aprile 2019 su richiesta della Corte di cassazione francese, la Grande Camera ha affermato che sarebbe incompatibile con l'art. 8 CEDU una normativa nazionale che – impedendo in termini assoluti e generali la possibilità di ottenere qualunque forma di riconoscimento giuridico della relazione sorta fra la madre committente e un minore nato da maternità surrogata realizzata con gameti del padre committente – non lasciasse spazio alcuno per una valutazione caso per caso dell'interesse superiore del minore.⁴⁰

Lo scrutinio della Corte sulla condotta delle autorità statali può riguardare, poi, la procedura seguita per accertare l'interesse superiore del minore nel caso concreto e per valutare gli eventuali altri interessi con esso contrastanti. La Corte considera essenziale, in questo contesto, che tale procedura si sia svolta in modo trasparente, consentendo a tutte le persone coinvolte di far valere in modo compiuto le proprie ragioni,⁴¹ e analizzando con attenzione l'intera situazione familiare, prendendo in considerazione vari fattori, quali la condizione emotiva, psicologica, materiale e sanitaria di tutti gli interessati e in specie del minore.⁴²

Quanto al merito, la Corte deve invece limitarsi ad accertare che la decisione assunta dalle autorità statali sia espressione di un *ragionevole bilanciamento* fra i diversi interessi in gioco, che tenga conto del “peso specifico” particolare che deve essere riconosciuto ai *best interests* del minore.⁴³ A riguardo, va segnalata la tendenza della Corte di attribuire all'interesse

39 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 16 luglio 2015, *Nazarenko v. Russia*, cit., par. 64 ss. V. anche la sentenza 9 aprile 2019, ric. n. 72931/10, *V.D. and others v. Russia*, par. 125 ss.

40 Corte europea dei diritti dell'uomo, parere 10 aprile 2019, richiesta n. P16-2018-001, *The recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*, par. 42. Si veda in proposito L. POLI, “Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, pp. 428-426.

41 V. Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione 27 aprile 2000, ricorsi n. 47457/99 e n. 47458/99, *Tiemann v. France and Germany* (GC).

42 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 6 luglio 2010, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, cit., par. 139; sentenza 13 marzo 2012, ric. n. 4547/10, *Y.C. v. the United Kingdom*, par. 138.

43 *Ibidem*. Si veda inoltre Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 6 dicembre 2007, ric. n. 39388/05, *Maumousseau and Washington v. France*, par. 74.



superiore del minore una rilevanza addirittura maggiore rispetto a quella che ad esso viene riconosciuta nella Convenzione delle Nazioni Unite del 1989. L'art. 3 della CRC, infatti, impone di considerare l'interesse superiore del minore una considerazione preminente (“a primary consideration”), ma non necessariamente la considerazione preponderante in ogni decisione che riguardi persone di minore età. Non si può escludere cioè che – nel caso concreto – la somma di altri interessi confliggenti (facenti capo allo Stato e/o ad altri privati) possa legittimamente indurre le autorità ad adottare una soluzione diversa rispetto a quella che meglio servirebbe gli interessi del minore.⁴⁴ Se in astratto questa possibilità è sempre riconosciuta anche dalla Corte di Strasburgo,⁴⁵ di fatto, l'interesse superiore del minore finisce spesso per assumere una rilevanza prevalente nel giudizio di bilanciamento sotteso all'applicazione dell'art. 8 CEDU.⁴⁶ Ciò avviene, anzitutto, nei casi che riguardano la compatibilità con il diritto al rispetto della vita privata e familiare di provvedimenti di espulsione (o di mancata concessione del permesso di soggiorno) adottati nei confronti di stranieri, in presenza di figli minori.⁴⁷ La Corte tende a considerare simili provvedimenti compatibili con l'art. 8 CEDU solo nella misura in cui sia possibile immaginare che i figli seguano il genitore nel Paese di origine,⁴⁸ o possano comunque mantenere con il padre o la madre un legame affettivo attraverso visite frequenti.⁴⁹ Laddove questa prospettiva si riveli, nel caso concreto, impercorribile, l'interesse del minore al mantenimento di un rapporto effettivo con il genitore finisce per prevalere rispetto a qualunque esigenza pubblicistica che potrebbe altrimenti giustifi-

44 V. Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, *General comment No. 14 (2013)*, cit. par. 80 ss.

45 V. per tutti Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 3 ottobre 2014, *Jeunesse v. The Netherlands*, cit., par. 118.

46 Cfr. A.F. JACOBSEN, “Children's Rights in the European Court of Human Rights – An Emerging Power Structure”, in *International Journal of Children's Rights*, 2016, pp. 548-574. V.

47 Cfr. C. SMYTH, “The Best Interests of the Child in the Expulsion and First-entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights: How Principled is the Court's Use of the Principle?”, in *European Journal of Migration and Law*, 2015, pp. 70-103.

48 Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 17 aprile 2014, ric. n. 41738/10, *Pa-poshvili v. Belgium*, par. 154.

49 Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 1° marzo 2018, ric. n. 58681/12, *Ejimson v. Germany*. In quel caso, la Corte ha ritenuto che l'eventuale espulsione di un cittadino nigeriano non avrebbe compromesso l'interesse superiore della figlia a mantenere rapporti con il genitore, posto che quest'ultimo sarebbe stato comunque autorizzato a farle visita in Germania due volte all'anno, per un periodo complessivo di quattro settimane.



care l'adozione di un provvedimento di espulsione.⁵⁰

Valutazioni analoghe valgono in relazione ai casi di maternità surrogata.⁵¹ La Corte riconosce la rilevanza dell'interesse pubblicistico dello Stato a scoraggiare i propri cittadini dal recarsi all'estero per ricorrere a tecniche di fecondazione assistita vietate nel proprio territorio; al contempo, essa ribadisce la necessità di valutare, caso per caso, se sia nell'interesse superiore del minore assicurare comunque una qualche forma di riconoscimento giuridico alla relazione instauratasi con i genitori committenti.⁵² Anche laddove manchi qualunque legame genetico fra la coppia e il minore, al punto da legittimare il dubbio che essi abbiano fatto ricorso alla maternità surrogata per aggirare le norme in materia di adozione, il principio dell'interesse superiore del minore impone di valutare l'impatto che l'eventuale separazione potrebbe avere sullo sviluppo psico-fisico del bambino; secondo la Corte, l'allontanamento dai genitori committenti non potrà comunque essere disposto, senza aver prima accertato che la separazione non procurerà al minore alcun danno grave o irreparabile.⁵³

L'atteggiamento della Corte non è molto diverso, quando si tratta di bilanciare l'interesse del minore con quelli di altri individui coinvolti. Così,

50 V., fra le altre, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 28 giugno 2011, ric. n. 55597/09, *Nunez v. Norway*, par. 78 ss. e sentenza 3 ottobre 2014, *Jeunesse v. the Netherlands*, cit. In entrambi i casi, le decisioni sono state accompagnate dall'opinione dissenziente di alcuni giudici che lamentavano l'eccessivo peso attribuito dalla maggioranza della Corte all'interesse superiore dei minori coinvolti. Non mancano, peraltro, pronunce di segno opposto: nella sentenza 14 febbraio 2012, ric. n. 26940/10, *Antwi and others v. Norway*, la Corte ha ritenuto compatibile con l'art. 8 CEDU l'espulsione di un cittadino ghanese, pure riconosciuta contraria all'interesse superiore della figlia minore. La soluzione adottata sul punto dalla maggioranza è stata però aspramente criticata nell'opinione dissenziente dei giudici Siciliaños e Lazarova Trajkovska.

51 Cfr., fra gli altri, S. TONOLO, "Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, pp. 202-209; M. GERVASI, "The European Court of Human Rights and Technological Development: The Issue of the Continuity of the Family Status Established Abroad Through Recourse to Surrogate Motherhood", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, pp. 213-242.; R. BARATTA, "Diritti fondamentali e riconoscimento dello 'status filii' in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, pp. 309-334,

52 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11, *Menneson v. France*, par. 99; sentenza 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11, *Labassee v. France*, par. 78; parere 10 aprile 2019, cit., par. 35 ss.

53 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, *Paradiso and Campanelli v. Italy* (GC), par. 215.



ad esempio, nei casi di revoca della responsabilità genitoriale, di adozione⁵⁴ o di affidamento ed esercizio del diritto di visita a seguito di separazione o divorzio, la Corte ribadisce spesso in termini generali che l'interesse del minore *può* (ma non necessariamente deve) prevalere su quello dei genitori;⁵⁵ a ben guardare, però, anche quando il giudizio di bilanciamento effettuato dalla Corte sembra privilegiare gli interessi del genitore, ciò si verifica solo perché, nel caso concreto, tali interessi corrispondono a quelli del minore.⁵⁶ Significativo è il caso *Neutinen v. Finland*, in cui la Corte non ha escluso la compatibilità con l'art. 8 CEDU del ricorso a rimedi coercitivi nei confronti di un figlio che rifiuti le visite del genitore non affidatario, ma ha ammesso tale possibilità solamente ove sia appurato che, nel caso concreto, il mantenimento del rapporto con il genitore è nell'interesse del minore stesso.⁵⁷ Al contrario, secondo la Corte, le visite devono essere immediatamente sospese se si accerta che gli incontri con il genitore nuocciono alla stabilità emotiva del figlio, al punto da scatenare in lui atteggiamenti isterici.⁵⁸ Del resto, come riconosciuto dallo stesso Comitato per i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, si deve presumere che il mantenimento dei legami familiari corrisponda sempre all'interesse superiore del minore, a meno che il rapporto con i genitori non metta a repentaglio la salute e lo sviluppo del minore stesso.⁵⁹ Per la stessa ragione, la Corte ritiene che l'allontanamento di un figlio dalla famiglia si giustifichi – alla luce del principio dell'interesse superiore del minore – solo in casi estremi, quando i genitori si dimostrino particolarmente indegni, allo scopo di proteggere il minore da un pericolo imminente.⁶⁰

54 Si noti, peraltro, che nel caso dell'adozione è lo stesso art. 21 CRC a prevedere che i “best interests of the child” debbano essere “the paramount consideration” (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 28 giugno 2007, ric. n. 76240/01, *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*).

55 V., fra le altre, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 10 gennaio 2017, ric. n. 32407/13, *Kacper Nowakowski v. Poland*, par. 75.

56 Si veda in proposito, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 14 gennaio 2016, ric. n. 30955/12, *Mandet v. France*, par. 59.

57 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 27 giugno 2000, ric. n. 32842/96, *Nuutinen v. Finland*.

58 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 20 gennaio 2011, ric. n. 22266/04, *Rytchenko v. Russia*, par. 36 ss.

59 Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, *General comment No. 14 (2013)*, cit., par. 81. Cfr. anche Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 13 luglio 2000, *Elsholz v. Germany*, cit., par. 50; sentenza 25 gennaio 2000, *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, cit., par. 94.

60 Corte europea di diritti dell'uomo, sentenza 13 luglio 2000, ricorsi n. 39221/98 e n.



4. La rilevanza di altre disposizioni della CRC: a) le norme che tutelano diritti già previsti dalla CEDU

La CRC contiene molte altre disposizioni suscettibili di incidere sull'interpretazione delle norme della CEDU.

Vi sono, anzitutto, talune norme che tutelano diritti già previsti dalla CEDU. Così, ad esempio, l'art. 13 CRC garantisce la libertà di espressione, tutelata anche dall'art. 10 CEDU; la libertà di coscienza e religione, sancita dall'art. 14 CRC, è consacrata anche nell'art. 9 CEDU; la libertà di associazione e riunione, contemplata dall'art. 15 CRC, è garantita anche dall'art. 11 CEDU; il divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti e il divieto di privazione arbitraria della libertà, previsti dall'art. 37 CRC, sono tutelati, rispettivamente, dall'art. 3 e dall'art. 5 CEDU; il diritto a un equo processo, garantito dall'art. 40 CRC, è assicurato anche dall'art. 6 CEDU. Il diritto all'educazione, previsto dagli artt. 28 e 29 CRC, è tutelato invece dall'art. 2 del I Protocollo addizionale alla CEDU. Nella misura in cui la loro formulazione sia più puntuale rispetto a quella delle corrispondenti norme della CEDU, queste disposizioni della CRC forniscono un significativo ausilio interpretativo alla Corte di Strasburgo, consentendole di meglio “declinare” i diritti tutelati dalla CEDU rispetto alle specifiche esigenze delle persone di minore età.

Sono esempi di questa virtuosa interazione fra i due strumenti normativi la sentenza *Timishev v. Russia* e la sentenza *Ponomaryovi v. Bulgaria*. Interpretando l'art. 2 del I Protocollo addizionale alla CEDU alla luce dell'art. 28 CRC, nel primo caso la Corte ha ritenuto che il diritto all'educazione implicasse necessariamente l'obbligo per lo Stato di garantire a tutti i minori l'accesso gratuito all'istruzione elementare, considerata di importanza fondamentale per il loro sviluppo.⁶¹ Nel secondo caso, invece, la Corte ha fatto leva sulla distinzione fra istruzione primaria e istruzione secondaria tracciata dall'art. 28 CRC,⁶² per affermare l'esistenza di un certo margine

41963/98, *Scozzari and Giunta v. Italy* (GC), par. 148 ss.; sentenza 13 marzo 2012, *Y.C. v. the United Kingdom*, cit., par. 133 ss.; sentenza 10 aprile 2012, ric. n. 19554/09, *Pontes v. Portugal*, par. 79; sentenza 19 settembre 2000, ric. n. 40031/98, *Gnahore v. France*, par. 79.

⁶¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 13 dicembre 2005, ricorsi n. 55762/00 e n. 55974/00, *Timishev v. Russia*, par. 64. Ai sensi dell'art. 28, par. 1, lett. a), CRC: “[Gli Stati parte devono] rendere l'educazione primaria obbligatoria e gratuita per tutti”.

⁶² Ai sensi dell'art. 28, par. 1, lett. b), CRC: “[Gli Stati parte devono] incoraggiare lo sviluppo di diverse forme di educazione secondaria, compresa l'educazione generale e professionale, renderle disponibili e accessibili a tutte le persone di minore età e adottare misure



di apprezzamento per lo Stato nel valutare se escludere i cittadini stranieri irregolari dall'accesso gratuito alla scuola secondaria.⁶³ In un altro contesto, il riferimento all'art. 28 CRC è stato utile alla Corte per definire l'ambito di applicazione del diritto all'educazione tutelato dall'art. 2 del I Protocollo addizionale alla CEDU, facendovi rientrare, oltre ai programmi scolastici, il sistema disciplinare applicato dalla scuola.⁶⁴

Interpretando l'art. 6 CEDU alla luce dell'art. 40 CRC, oltre che del principio dell'interesse superiore del minore, la Corte ha invece ritenuto essenziale che, in caso di reati minorili, il procedimento penale si svolgesse tenendo conto dell'età, del livello di maturità e delle capacità intellettive ed emotive dell'accusato, adottando tutte le misure necessarie a favorire la sua capacità di comprendere e partecipare al processo; secondo la Corte, in particolare, le autorità hanno l'obbligo di adoperarsi per ridurre il senso di intimidazione e inibizione del minore.⁶⁵ L'esigenza di organizzare il procedimento penale in modo da permettere al minore di acquisire fiducia nell'autorità che esercita il potere giudiziario potrebbe giustificare anche un'attenuazione del diritto dell'imputato ad essere giudicato da un tribunale indipendente e imparziale. La Corte lo ha implicitamente riconosciuto del caso *Nortier v. The Netherlands*, laddove ha ritenuto compatibile con l'art. 6 CEDU il trattamento ricevuto da un minore il cui processo, in base alle norme olandesi, era stato assegnato allo stesso giudice che aveva seguito il caso nella fase delle indagini preliminari.⁶⁶ Ma il riferimento all'art. 40 CRC è anche servito, nel caso *V. v.*

adeguate come l'introduzione dell'educazione gratuita e l'offerta di assistenza finanziaria in caso di necessità".

⁶³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 21 giugno 2011, ric. n. 5335/05, *Ponomaryovi v. Bulgaria*, par. 57.

⁶⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 25 marzo 1993, *Costello-Roberts v. United Kingdom*, cit., par. 27, ove la Corte richiama l'art. 28, par. 2, CRC, che obbliga gli Stati parte ad adoperarsi affinché la disciplina nelle scuole sia amministrata rispettando la dignità e i diritti fondamentali del minore. Si veda anche Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 18 marzo 2011, ric. n. 30814/06, *Lautsi and others v. Italy* (GC), opinione dissenziente dei giudici Malinverni e Kalaydjieva, par. 3, ove si richiama il *General Comment No. 1 (2001) on the aims of education* del Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza per affermare che il diritto all'educazione non riguarda esclusivamente i programmi scolastici, ma comprende l'intero processo educativo, i metodi pedagogici utilizzati e l'ambiente all'interno del quale di svolgono le lezioni.

⁶⁵ *V.* per tutti Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 23 marzo 2016, ric. n. 47152/06, *Blokhin v. Russia* (GC), par. 195.

⁶⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 24 agosto 1993, ric. 13924/88, *Nortier v. the Netherlands*. Nel caso di specie, per la verità, la Corte ha escluso la violazione dell'art.



The United Kingdom, per affermare la compatibilità con l'art. 6 CEDU della legislazione all'epoca vigente in Inghilterra e Galles, che fissava a 10 anni l'età minima ai fini della responsabilità penale.⁶⁷ Questa soluzione, tuttavia, non sembra condivisibile. Se è vero – come ricorda la Corte – che il par. 2 dell'art. 40 CRC non stabilisce una soglia minima di età per la responsabilità penale, limitandosi ad obbligare gli Stati a prevederne una, è anche vero che il Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza aveva già considerato illegittima, perché troppo bassa, l'età minima fissata dal Regno Unito.⁶⁸

Nel caso *Güveç v. Turkey*, ancora, la Corte si è chiaramente ispirata all'art. 37 CRC per interpretare l'art. 5 CEDU, arrivando a censurare la condotta delle autorità statali che avevano disposto la detenzione del minore accusato di un crimine senza prima valutare la possibilità di adottare misure alternative.⁶⁹ Facendo leva sullo stesso art. 37 CRC, ma anche sull'art. 22 CRC, che obbliga gli Stati parte a prevedere misure appropriate di protezione e assistenza umanitaria per i minori richiedenti asilo, e citando le osservazioni conclusive del Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 13 giugno 2002 sul rapporto del Belgio, nel caso *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium* la Corte ha invece considerato non necessaria la detenzione amministrativa in un centro per adulti di un minore straniero non accompagnato che aveva fatto ingresso in modo irregolare in Belgio, ritenendo che le autorità non avessero seriamente preso in considerazione altre alternative, come l'accoglienza in un centro specializzato per minori o l'affidamento in famiglia.⁷⁰

6 CEDU facendo leva sul fatto che le questioni rispetto alle quali il giudice minorile si era pronunciato durante la fase delle indagini preliminari non erano state decisive ai fini dell'adozione della sentenza di merito (ivi, par. 35). Nella sua opinione concorrente, invece, il giudice Morenilla mette in evidenza come, nel sistema giudiziario olandese, la previsione di un unico giudice per tutto il procedimento sia funzionale a sviluppare una relazione di fiducia fra, da un lato, l'autorità giudiziaria – che è chiamata ad applicare misure penali o protettive finalizzate alla rieducazione del minore, piuttosto che alla sua punizione – e, dall'altro, il minore, i suoi genitori o il suo tutore (par. 3).

67 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 16 dicembre 1999, *V. v. the United Kingdom*, cit., par. 73 ss.

68 *Concluding observations of the Committee on the Rights of the Child: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, CRC/C/15/Add.34, 15 febbraio 1995, par. 17. Cfr. M. VERHEYDE, "The Protection of Children's Rights by the European Court on Human Rights", in *The UN Children's Rights Convention: theory meets practice*, a cura di A. Alen et al., Intersentia, 2007, pp. 107-119, p. 114.

69 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 20 gennaio 2009, ric. n. 70337/01, *Güveç v. Turkey*, par. 108.

70 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 12 ottobre 2006, ric. n. 13178/03, *Mubilanz-*



5. *Segue*: b) le norme che prevedono diritti non espressamente contemplati dalla CEDU

La CRC tutela anche alcuni diritti che non trovano immediata corrispondenza nelle norme della CEDU, quali ad esempio il diritto al nome, a conoscere i propri genitori ed essere affidati alle loro cure (art. 7), il diritto all'identità personale (art. 8), il diritto a non essere separati dai genitori (art. 9), il diritto al ricongiungimento familiare (art. 10), il diritto all'ascolto (art. 12), il diritto alla salute (art. 24).

Pur nella consapevolezza che l'interpretazione sistematica della CEDU alla luce degli altri strumenti internazionali pertinenti non può sfociare nel riconoscimento di nuovi diritti,⁷¹ la Corte EDU richiama spesso queste norme, riportandole “nell'alveo” di disposizioni della CEDU che tutelano altri diritti fondamentali.⁷² Così, fin dalla sentenza *Burghartz v. Switzerland*, la Corte ha sempre affermato l'esistenza di un diritto al nome, quale implicito corollario del diritto al rispetto della vita privata tutelato dall'art. 8 CEDU.⁷³ Interpretando l'art. 8 CEDU alla luce dell'art. 12 CRC, poi, la Corte ha ritenuto essenziale il coinvolgimento dei minori che siano sufficientemente maturi per esprimere la propria posizione in qualunque procedimento giudiziario o amministrativo capace di incidere sul godimento del loro diritto alla vita familiare.⁷⁴ È stata inoltre accertata una violazione dell'art. 8 CEDU in alcuni casi in cui lo Stato non aveva ottemperato all'obbligo, previsto dall'art. 10 CRC, di considerare con uno spirito positivo, con umanità e diligenza, la domanda

zila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium, par. 83.

⁷¹ Cfr. *mutatis mutandis*, sentenza 18 dicembre 1986, ric. n. 9697/82, *Johnston and others v. Ireland*, par. 53.

⁷² I. ZIEMELE, “Other Rules of International Law and the European Court of Human Rights: A Question of a Simple Collateral Benefit?”, in *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant: mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, a cura di D. Spielmann, M. Tsirlis, P. Voyatzis, Bruylant, 2011, pp. 741-758, p. 744 s.

⁷³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 22 febbraio 1994, ric. n. 16213/90, *Burghartz v. Switzerland*, par. 24. Cfr. A. GOUTTENNOIRE, “La Convention internationale des droits de l'enfant et la Cour européenne des droits de l'homme”, in *La Convention de New-York sur les droits de l'enfant: vingt ans d'incidences théoriques et pratiques*, a cura di A. Leborgne, E. Putman, V. Egéa, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012, pp. 28-33.

⁷⁴ V., ad esempio, sentenza 3 settembre 2015, *M. and M. v. Croatia*, cit., par. 181. Sulla rilevanza del diritto all'ascolto nella CRC e nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo v. U. KILKELLY, “The CRC in Litigation Under the ECHR”, cit.



presentata per ottenere il ricongiungimento familiare con figli minori.⁷⁵

Nel caso *Keegan v. Ireland*, la Corte ha fatto leva sull'art. 7 CRC per affermare l'esistenza di una violazione del diritto alla vita familiare del ricorrente, la cui figlia biologica era stata data in adozione poco tempo dopo la nascita senza che lui lo sapesse e prestasse il proprio consenso.⁷⁶ Non sempre, tuttavia, all'art. 7 CRC è stata riconosciuta la rilevanza interpretativa che avrebbe meritato. È significativo, in proposito, il caso *Odièvre v. France*. Con una decisione adottata a strettissima maggioranza, la Grande Camera ha rigettato il ricorso della ricorrente, che lamentava la violazione del proprio diritto al rispetto della vita privata a seguito del diniego opposto dalle autorità francesi alla sua richiesta di conoscere le generalità della madre, la quale si era avvalsa della facoltà di partorire in anonimato. Nella propria opinione dissidente i giudici di minoranza hanno contestato, fra l'altro, l'ampiezza del margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato, sottolineando come la Corte non avesse debitamente valorizzato alcune norme internazionali – fra cui l'art. 7 CRC – dalle quali si sarebbe invece potuta desumere l'esistenza di un “consenso europeo” nel senso dell'incompatibilità con la CEDU di una previsione normativa, come quella in vigore in Francia, che preclude in modo assoluto l'accesso alle informazioni sull'identità della madre in assenza del consenso della stessa.⁷⁷ La Corte ha ommesso qualsiasi riferimento all'art. 7 CRC anche nella successiva sentenza *Godelli v. Italy*, nonostante la disposizione fosse stata espressamente invocata dalla ricorrente a sostegno delle proprie argomentazioni. Ciò non ha però impedito alla Corte di accertare l'esistenza di una violazione dell'art. 8 CEDU nel caso di specie perché, a differenza di quanto previsto dalla normativa francese esaminata nel caso *Odièvre*, la legge vigente in Italia non consentiva al figlio partorito in anonimato di acquisire alcuna informazione sulle proprie origini, ivi comprese informazioni generiche che, seppur non in grado di identificare la madre, avrebbero potuto soddisfare – almeno in parte – la sua legittima curiosità

⁷⁵ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 10 luglio 2014, ric. n. 52701/09 *Mugenzi c. France*, par. 56; sentenza 10 luglio 2014, ric. n. 2260/10, *Tanda-Muzinga c. France*, par. 76; sentenza 10 luglio 2014, ric. n. 19113/09, *Senigo Longue et autres c. France*, par. 69.

⁷⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 26 maggio 1994, *Keegan v. Ireland*, cit.

⁷⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 13 febbraio 2003, ric. n. 42326/98, *Odièvre v. France* (GC), opinione dissidente dei giudici Wildhaber, Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens and Pellonpää, par. 15. Cfr. U. KILKELLY, “Protecting children's rights under the ECHR: the role of positive obligations”, in *Notern Ireland Legal Quarterly*, 2010, pp. 245-261, p. 254 s.



circa le proprie radici. Per questa ragione, secondo la Corte, le autorità italiane non sono state in grado di stabilire un giusto equilibrio fra le opposte esigenze in campo, ed hanno pertanto ecceduto il margine di apprezzamento ad esse riconosciuto.⁷⁸

6 Segue: c) le norme che prevedono obblighi di condotta puntuali

La CRC contiene anche diverse disposizioni che prevedono obblighi di condotta puntuali in capo agli Stati, il cui assolvimento è funzionale a garantire il pieno godimento da parte dei minori dei propri diritti. Il rispetto di questi obblighi può fungere da parametro per valutare la diligenza degli Stati parte della CEDU nel prevenire (ed eventualmente reprimere) le violazioni dei diritti fondamentali delle persone di minore età sottoposte alla propria giurisdizione.

Così, ad esempio, la Corte di Strasburgo non ha esitato a ricondurre ad una violazione degli obblighi positivi che discendono dagli articoli 3 e 8 CEDU la mancata adozione di norme penali efficaci per reprimere condotte gravi come stupri o abusi sessuali ai danni dei minori e la mancata predisposizione di un'inchiesta efficace per investigare su tali crimini, adducendo, a sostegno delle proprie conclusioni, la previsione di simili obblighi negli articoli 19 e 34 CRC.⁷⁹ Nel caso *Siliadin v. France*, inoltre, la Corte ha fatto leva sugli stessi due articoli della CRC (oltre che su una serie di altre norme di diritto internazionale) per ricavare dall'art. 4 CEDU – che tutela il diritto a non essere sottoposti a schiavitù, servitù e lavoro forzato – l'esistenza di alcuni obblighi positivi in capo allo Stato, fra cui quello di incriminare le condotte vietate dall'art. 4 stesso.⁸⁰

Più di recente, nel caso *Khan v. France*, l'obbligo per lo Stato di prendere in carico qualunque minore temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare, garantendogli una protezione sostitutiva, previsto

⁷⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 25 settembre 2012, ric. n. 33783/09, *Godelli v. Italy*, par. 55 ss.

⁷⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 12 novembre 2013, ric. n. 5786/08, *Söderman v. Sweden* (GC), par. 82; sentenza 15 marzo 2016, ric. n. 61495/11, *M.G.C. v. Romania*, par. 57. V. anche sentenza 20 marzo 2012, ric. n. 26692/05, *C.A.S. e C.S. v. Romania*, par. 72.

⁸⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 26 luglio 2005, ric. n. 73316/01, *Siliadin v. France*, par. 64 ss.



dall'art. 20 CRC, è stato invocato come parametro per valutare la diligenza della Francia nell'assicurare il rispetto del diritto a non essere sottoposti a tortura o trattamento disumano e degradante dei minori stranieri non accompagnati presenti nel campo informale di Calais.⁸¹

7. Conclusioni

Al pari di qualunque altro individuo, le persone di minore età sottoposte alla giurisdizione di uno Stato parte godono di tutti i diritti sanciti dalla CEDU. Quasi tutte le norme della Convenzione, tuttavia, sono formulate in termini generici, senza tenere conto delle specifiche vulnerabilità dei minori. È all'interprete, dunque, che spetta il compito di "adattarne", per quanto possibile, il contenuto alle particolari esigenze delle persone di minore età. A tale fine, è possibile trarre ispirazione dalla CRC, che contiene norme specificatamente disegnate per la protezione dei minori. Lo consente (o, meglio, lo impone) il principio dell'interpretazione sistemica dei trattati, codificato nell'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna del 1969, e ripreso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sua teoria del "vacuum".

L'impatto ermeneutico della CRC è ben evidente nell'uso che la Corte europea dei diritti dell'uomo fa del principio dell'interesse superiore del minore. Talvolta richiamando espressamente l'art. 3 CRC, la Corte assegna a tale principio un ruolo centrale nella valutazione della legittimità di qualunque provvedimento statale suscettibile di ripercussioni sulla vita di persone di minore età. La tendenza, anzi, è nel senso di attribuire agli interessi del minore un peso preponderante rispetto a qualunque altro interesse (o combinazione di interessi), facente capo allo Stato e/o ad altri individui.

Ma nella giurisprudenza della Corte v'è spazio anche per il riferimento ad altre norme della CRC. Seppure non in modo sistematico, queste vengono utilizzate – a seconda dei casi – per meglio declinare sulle esigenze dei minori il contenuto di diritti già previsti dalla CEDU, per ricondurre nell'alveo della CEDU diritti da essa non esplicitamente contemplati, o come parametro per valutare la diligenza dello Stato nell'adempiere agli obblighi positivi che discendono dalla Convenzione.

⁸¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 28 febbraio 2019, ric. n. 12267/16, *Khan v. France*.



L'attenzione che la Corte riserva alla CRC ha senz'altro contribuito ad aumentare il grado di effettività delle disposizioni di tale Convenzione. In assenza di un meccanismo di controllo che consentisse di presentare comunicazioni individuali davanti al Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, il ricorso alla Corte di Strasburgo ha per lungo tempo rappresentato il metodo più efficiente per ottenere soddisfazione nei casi di violazione dei diritti delle persone di minore età da parte di Stati europei. Ora che, con l'entrata in vigore del Terzo Protocollo opzionale alla CRC,⁸² il Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza ha acquisito anche questa competenza, gli arresti della Corte europea possono costituire una valida "fonte di ispirazione" per il suo operato, alimentando quel fenomeno di "cross-fertilization" che è tipico degli strumenti internazionali sulla tutela dei diritti umani. Perché il "dialogo a distanza" fra i due organismi di controllo funzioni, tuttavia, è necessario che anche la Corte europea prenda maggiore attenzione alla prassi del Comitato, interpretando sempre le disposizioni della CRC in armonia con la stessa.

⁸² *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure*, 19 dicembre 2011, UNGA Res. 66/138, in vigore, in Italia, dal 14 aprile 2014.

LA CRC E LE CONVENZIONI DEL CONSIGLIO D'EUROPA A TUTELA DELL'INFANZIA E DELL'ADOLESCENZA

SARA DE VIDO ¹

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Brevi cenni sulle Convenzioni di Lanzarote e Istanbul e sui loro meccanismi di monitoraggio nel quadro delle azioni del Consiglio d'Europa a favore dell'infanzia e dell'adolescenza. – 3. La relazione giuridica tra le Convenzioni del Consiglio d'Europa e la CRC. – 4. La violenza all'interno del contesto familiare (art. 19 CRC). – 4.1 La violenza assistita. – 4.2 L'abuso sessuale nel contesto della famiglia. – 5. Le pratiche tradizionali (art. 24, par. 3, CRC). – 6. Sfruttamento sessuale e abuso sessuale di minori (art. 34 CRC). – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Una vita libera dalla violenza è una delle cinque aree di priorità chiave della Strategia del Consiglio d'Europa sui diritti dei minori (2016-2021).² La tutela delle persone di minore età è ritenuta dal Consiglio d'Europa “a legal, ethical and economic imperative”.³

L'obiettivo del presente lavoro è di analizzare, con riguardo al contrasto alle forme di violenza perpetrate contro i minori, la relazione giuridica tra la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (anche “CRC”) da un lato (e, se pur per brevi cenni, con il Protocollo opzionale sulla vendita di bambini, la prostituzione minorile e la pornografia rappresentante minori),⁴ e due strumenti giuridici adottati in seno al Consiglio

1 Ricercatrice di diritto internazionale, Università di Venezia (sara.devido@unive.it).

2 Council of Europe, *Strategy for the Rights of the Child (2016-2021) Children's human rights*.

3 *Strategy for the Rights of the Child*, p. 4 e p. 7: “Right to life, survival and development (Article 6). Children have an inherent right to life and to protection from violence and suicide”.

4 Adottato nel 2000 ed entrato in vigore nel 2002.



d'Europa, dall'altro: la Convenzione di Lanzarote sulla protezione dei bambini contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale⁵ e la Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta alla violenza nei confronti delle donne e alla violenza domestica.⁶ Si farà riferimento altresì, per alcuni limitati profili, alla Convenzione contro la tratta di esseri umani ("Convenzione anti-tratta") e alla Convenzione contro la criminalità informatica.⁷

Benché la Convenzione di Lanzarote appaia, ad una prima lettura, l'unico strumento giuridico tra quelli citati nel quadro del Consiglio d'Europa ad essere volto specificatamente alla protezione di bambini, bambine e adolescenti, le altre tre convenzioni cui si farà riferimento in queste pagine contengono importanti disposizioni a tutela delle persone minori di età. La Convenzione di Istanbul è invero strettamente legata alla CRC: in primo luogo, perché la definizione di "donne" ai sensi dello strumento giuridico europeo include "le ragazze di meno di 18 anni".⁸ In secondo luogo, la definizione di violenza domestica non è limitata alla violenza di genere contro le donne nel contesto della famiglia, ma è aperta – se gli Stati parte decideranno in tal senso – ad altre forme di violenza domestica, quindi inclusa la violenza contro bambini e bambine, adolescenti.⁹ In terzo luogo, la Convenzione codifica per la prima volta in uno strumento giuridico a carattere regionale la c.d. "violenza assistita". Con riferimento alla Convenzione anti-tratta, essa individua nelle donne e nei minori i soggetti maggiormente vulnerabili.¹⁰ La Convenzione contro la criminalità informatica si occupa specificatamente del contrasto alla pornografia infantile che sfrutta i mezzi informatici.¹¹

In queste pagine si dimostrerà come gli strumenti giuridici adottati a livello regionale, in particolare la Convenzione di Istanbul e la Convenzione di

⁵ La Convenzione, adottata nel 2007 ed entrata in vigore nel 2010, conta ad oggi 44 Stati parte.

⁶ La Convenzione, adottata nel 2011 e in vigore dal 2014, ha 34 Stati parte; l'Unione europea l'ha firmata ma non ratificata.

⁷ La Convenzione contro la tratta, adottata nel 2005 ed entrata in vigore nel 2008, conta 47 Stati parte, ovvero tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa, mentre la Convenzione contro la criminalità informatica, adottata nel 2001 ed entrata in vigore nel 2004, ne conta 63, inclusi Paesi non membri del Consiglio d'Europa.

⁸ Art. 3(f).

⁹ Art. 3(b). Gli Stati parte hanno l'obbligo di attuare delle misure contro la violenza domestica nei confronti delle donne, mentre sono "incoraggiati" a tenere in considerazione di tutte le vittime della violenza domestica (art. 2.2).

¹⁰ Art. 6.

¹¹ Art. 9.



Lanzarote, amplifichino e precisino la portata innovativa della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, prevedendo obblighi giuridici di prevenzione, repressione e protezione in capo agli Stati parte e intensificando la protezione dei minori dalla violenza, fornendo altresì definizioni giuridiche sconosciute allo strumento giuridico delle Nazioni Unite. Si rifletterà allo stesso modo su alcuni limiti delle due Convenzioni del Consiglio d'Europa, in particolare l'assenza di disposizioni che criminalizzino le punizioni corporali.

Dopo la breve analisi delle due Convenzioni del Consiglio d'Europa, dei loro rispettivi meccanismi di monitoraggio e delle disposizioni in esse contenute che disciplinano i rapporti giuridici con la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, l'analisi si articolerà seguendo i tre articoli rilevanti ai fini della CRC: gli articoli 19, 24(3) e 34.¹²

2. Brevi cenni sulle Convenzioni di Lanzarote e Istanbul e sui loro meccanismi di monitoraggio nel quadro delle azioni del Consiglio d'Europa a favore dell'infanzia e dell'adolescenza

Il Consiglio d'Europa si occupa da tempo dei diritti delle persone di minore età. Dopo il lancio del programma “Building a Europe for and with children” a Monaco nel 2006, il Consiglio d'Europa adottava strategie per guidare il suo lavoro sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. La prima Strategia di Stoccolma (2009-2011) aveva tre aree prioritarie: accesso alla giustizia; sradicamento delle forme di violenza contro bambini, bambine, adolescenti; partecipazione dei bambini, bambine, adolescenti nella società. A questa faceva seguito la Strategia di Monaco (2012-2015) per la promozione di servizi facilmente accessibili ai bambini nelle aree della giustizia, salute e servizi sociali; l'eliminazione della violenza, inclusa la violenza sessuale, la tratta, la punizione fisica e la violenza nelle scuole; la tutela dei diritti dei minori in situazioni vulnerabili; la promozione della loro partecipazione. La

¹² In questa sede non ci si occuperà di minori nei conflitti armati (benché la Convenzione di Istanbul sia applicabile sia in tempo di pace sia in tempo di guerra) né della condizione delle persone minori di età in detenzione (si veda al riguardo il *Global study on children deprived of liberty* dell'11 luglio 2019, presentato dall'*Independent Expert* Manfred Nowak, A/74/136 <https://undocs.org/A/74/136>); il presente contributo, per i limiti di cui si dirà, non si soffermerà neppure sulla questione delle punizioni corporali contro persone di minore età.



Strategia di Sofia, attualmente in corso (2016-2021) è stata sviluppata da un comitato di esperti ed è monitorata e guidata da un Comitato *ad hoc* sui diritti dei minori (CAHENF). Quest'ultimo, nello specifico, sostiene l'attuazione della CRC e degli standard del Consiglio d'Europa sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e segue le attività di altri meccanismi di monitoraggio, in particolare il comitato della Convenzione di Lanzarote. Il Consiglio d'Europa ha inoltre presentato l'iniziativa "Start to talk", una *call for action* per le autorità pubbliche e chi opera nel mondo dello sport con lo scopo di promuovere l'adozione di misure preventive e protettive per impedire l'abuso sessuale nei confronti dei minori.¹³

La Convenzione di Lanzarote è indubbiamente lo strumento più avanzato esistente sul contrasto dello sfruttamento e dell'abuso sessuale di minori. La Convenzione, che identifica le persone di minore età nelle persone al di sotto dei 18 anni, obbliga gli Stati a criminalizzare i seguenti comportamenti: abuso sessuale, reati relativi alla prostituzione infantile, reati relativi alla pedopornografia, reati relativi alla partecipazione di minori a spettacoli pornografici, corruzione di minori, adescamento, concorso e tentativo di compiere i precedenti reati.¹⁴ Prevede altresì che gli Stati adottino misure di prevenzione, inclusa l'educazione dei minori sui rischi di abuso e sfruttamento sessuale (art. 6) nonché la sensibilizzazione e la formazione di persone che lavorano con i minori, misure di protezione volte alla tutela delle vittime, misure repressive. Tale struttura – prevenzione, protezione, repressione – non è nuova e si ritrova sia nella Convenzione anti-tratta, che precede la Convenzione di Lanzarote, sia nella posteriore Convenzione di Istanbul. La Convenzione ha istituito il Comitato di Lanzarote (i.e. *the Committee of the Parties to the Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse*), che monitora l'attuazione della Convenzione, esaminando le informazioni che vengono fornite dalle autorità nazionali e da altre realtà quali organizzazioni non governative in risposta al questionario elaborato dal Comitato stesso. Il monitoraggio è suddiviso per *round*, ognuno dei quali si focalizza su un tema specifico. Il Comitato non ha competenza a ricevere ricorsi individuali da parte di individui che lamentano violazioni della Convenzione.

¹³ Si veda anche la campagna *Start to Talk* tradotta e diffusa in Italia dall'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza <https://www.garanteinfanzia.org/news/start-talk-18-novembre-giornata-europea-contro-gli-abusi-sessuali>.

¹⁴ Articoli 18-24.



La Convenzione di Istanbul, di più recente adozione, è modellata sugli strumenti precedenti del Consiglio d'Europa, inclusa la Convenzione anti-tratta e la Convenzione di Lanzarote, e prevede in capo agli Stati obblighi di prevenzione, protezione, repressione (oltre all'adozione di politiche) nel contrasto della violenza di genere contro le donne e la violenza domestica. Essa costituisce lo strumento più innovativo esistente non solo sul piano regionale, ma anche sul piano internazionale, rivolto a tale scopo. Contiene una definizione di violenza di genere contro le donne, che si ispira alle definizioni ormai consolidate sul piano internazionale,¹⁵ e definisce la violenza domestica in questi termini: “tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivide o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima” (art. 3, lett. b). Nel campo di applicazione della Convenzione di Istanbul rientra dunque la violenza domestica nei confronti di qualsiasi vittima, sia essa donna, uomo, bambino, anziano, LGBTI.¹⁶ La definizione prescinde sia dal genere della vittima, sia dalla gravità dell'atto di violenza. Tuttavia, mentre gli Stati parte devono applicare la Convenzione a tutte le forme di violenza contro le donne – hanno, in altri termini, un obbligo giuridico – essi “sono incoraggiati” a, ovvero hanno la facoltà di, applicare le norme dello strumento giuridico a tutte le vittime di violenza domestica (art. 2 della Convenzione). La Convenzione obbliga gli Stati a criminalizzare le seguenti condotte: violenza psicologica, atti persecutori (*stalking*), violenza fisica, violenza sessuale compreso lo stupro, matrimonio forzato, mutilazioni genitali femminili, aborto forzato e sterilizzazione forzata, favoreggiamento o complicità e tentativo.¹⁷ Per quanto riguarda le molestie sessuali, la Convenzione non prevede un obbligo di criminalizzazione, ma di adozione delle misure necessarie per garantire che “qualsiasi forma di comportamento indesiderato, verbale, non verbale o fisico, di natura sessuale, con lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona” sia sottoposta a sanzioni penali o ad altre sanzioni legali (art. 40). Vanno qui rilevati alcuni punti di forza

¹⁵ Si veda altresì la recente *General Recommendation* n. 35 del Comitato CEDAW del 14 luglio 2017 (CEDAW/C/GC/35).

¹⁶ Lesbiche, gay, bisessuali, transgender, intersessuali (<https://www.unfe.org/definitions/>).

¹⁷ Articoli 33-41. Si veda, per una completa analisi della Convenzione, S. DE VIDO, *Donne, violenza e diritto internazionale. La Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa del 2011*, Mimesis, 2016.



della Convenzione, quali l'eliminazione di ogni forma di giustificazione dei reati basata sull'onore o la cultura (art. 42) e, come si dirà nelle pagine che seguiranno, il riconoscimento giuridico della violenza assistita. La Convenzione istituisce il GREVIO (*Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence*) che monitora la Convenzione attraverso *country visits* ed esame dei rapporti inviati dagli Stati in risposta ad un questionario elaborato dal Comitato stesso. Similmente al precedente comitato, il GREVIO non riceve ricorsi individuali.

Il filo conduttore delle due Convenzioni, così come della Convenzione anti-tratta, è l'approccio basato sui diritti umani, che guida tutte le misure di carattere preventivo, protettivo e repressivo. Anche la Convenzione anti-tratta è supportata dal lavoro di un Comitato di monitoraggio, il GRETA (*Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings*), che svolge visite negli Stati parte ed elabora dei rapporti di valutazione delle misure legislative e di altra natura adottate dagli Stati ratificanti per attuare la Convenzione. La Convenzione contro la criminalità informatica fa riferimento ai diritti umani fondamentali, incluso il diritto alla *privacy*, la libertà di espressione e i diritti dei minori nel preambolo e all'art. 15.

3. La relazione giuridica tra le Convenzioni del Consiglio d'Europa e la CRC

Descritte molto sinteticamente le peculiarità delle Convenzioni del Consiglio d'Europa oggetto del presente lavoro, è opportuno interrogarsi sulla loro relazione con la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, per comprendere in che termini quest'ultima possa prevalere o cedere il passo ai summenzionati strumenti giuridici. In base all'art. 41, la CRC “cede” là dove, per lo Stato parte della Convenzione stessa, siano in vigore, perché parte del diritto interno dello Stato o perché derivanti da strumenti giuridici internazionali, “disposizioni che favoriscano maggiormente la realizzazione dei diritti della persona di minore età”.

Spostandoci al sistema del Consiglio d'Europa, la Convenzione di Lanzarote è l'unica delle quattro sopra citate a contenere una specifica disposizione che richiama la CRC. L'art. 42 prevede, da un lato, che la Convenzione di Lanzarote non pregiudichi i diritti e gli obblighi derivanti dalla CRC; dall'al-



tro lato, la disposizione esplicita l'obiettivo dello strumento giuridico di carattere regionale, ovvero quello di intensificare la protezione concessa alle persone di minore età dalla CRC e completarne gli standard.¹⁸ Ne consegue che l'obiettivo degli strumenti a carattere regionale sia quello di intensificare, in un quadro regionale ma potenzialmente universale – sia la Convenzione di Lanzarote sia la Convenzione di Istanbul sono aperte alla firma di Stati non membri del Consiglio d'Europa¹⁹ – la portata innovativa della CRC. Nelle pagine che seguono vedremo in che termini, iniziando dal contrasto delle forme di violenza che si compiono all'interno della famiglia.

4. La violenza all'interno del contesto familiare (art. 19 CRC)

Con il termine violenza all'interno della famiglia, ci si riferisce alla violenza degli “affetti”, quella che si compie tra le mura domestiche, o, comunque, nelle relazioni personali, presenti o passate. Di quanto accade all'*interno* del contesto familiare, il diritto internazionale si è occupato solo in tempi recenti, per identificare degli obblighi di prevenzione, protezione e repressione in capo agli Stati. Come rilevato dalla già *Special Rapporteur* contro la violenza nei confronti delle donne, Radhika Coomaraswamy: “La famiglia ha ricevuto scarsissima attenzione nel diritto internazionale. Ciò dipende ampiamente dalla tradizionale distinzione tra sfera pubblica e sfera privata e dall'enfasi posta, nel dibattito sui diritti umani, sulle violazioni compiute nella sfera pubblica”.²⁰

Lo smantellamento del *public/private divide*, tanto caro alla dottrina fem-

18 Molto genericamente, la Convenzione di Istanbul prevede che “[l]e disposizioni della presente Convenzione non pregiudicano le disposizioni di diritto interno e di altri strumenti internazionali vincolanti già in vigore o che possono entrare in vigore, in base ai quali sono o sarebbero riconosciuti dei diritti più favorevoli per la prevenzione e la lotta contro la violenza sulle donne e la violenza domestica” (articolo 73). Similmente si veda Articolo 40(1) della Convenzione anti-tratta: “[q]uesta Convenzione non inficia i diritti e gli obblighi derivanti dalle disposizioni di altri strumenti internazionali di cui le Parti della presente Convenzione sono parte o lo saranno e che contengono disposizione relative alle materie disciplinate in questa Convenzione e che assicurano una protezione ed un'assistenza maggiore alle vittime della tratta”.

19 Interessante notare che la Tunisia è stato il primo Stato non membro del Consiglio d'Europa a ratificare, il 15 ottobre 2019, la Convenzione di Lanzarote. La Convenzione entrerà in vigore per la Tunisia il 1° febbraio 2020.

20 E/CN.4/1999/68 10 March 1999, par. 6. Traduzione dell'Autrice.



ministra, può essere oggetto di riflessione anche con riferimento al crescente riconoscimento del diritto delle persone di minore età ad essere libere dalla violenza. Le punizioni corporali nei confronti di minori, gli abusi, l'abbandono, la violenza assistita, venivano – e spesso vengono – *normalizzate* da vittime e perpetratori. Come ha osservato l'*Independent Expert for the Secretary-General Study on Violence against Children*, Paulo Sergio Pinheiro, nel suo rapporto sulla violenza contro le persone minori di età del 2006: “la disciplina impartita attraverso punizioni fisiche e umilianti, il bullismo e le molestie sessuali sono percepite frequentemente come normali, in particolare quando non presentano lesioni fisiche ‘visibili’ o durature. La mancanza di un esplicito divieto di punizioni corporali riflette tale normalizzazione”.²¹ Egli ha altresì riconosciuto che rispondere alla violenza nei confronti delle persone minori di età è più complesso, visto che la loro situazione è “considerata da molti come la più ‘privata’ delle sfere private”. Tuttavia, argomenta Pinheiro, “[i] diritti dei minori alla vita, alla sopravvivenza, allo sviluppo, alla dignità e all’integrità fisica non si fermano alla porta della casa familiare, così come gli obblighi degli Stati di assicurare tali diritti ai minori”.²²

La CRC esprime qui la sua portata innovativa; essa infatti prevede espressamente degli obblighi in capo agli Stati di adozione di “tutte le misure legislative, amministrative, sociali ed educative appropriate per proteggere la persona di minore età da ogni forma di violenza fisica o mentale, lesione o abuso, abbandono o trattamento negligente, maltrattamento o sfruttamento, compreso l’abuso sessuale, mentre è sotto la responsabilità dei genitore/i, dei tutore/i legali o di qualsiasi altra persona”.²³ Agli obblighi in capo agli Stati di cui all’art. 19 CRC di adottare ogni misura legislativa, amministrativa, sociale ed educativa per tutelare la persona minore di età da ogni forma di violenza, corrisponde un diritto dei bambini, bambine, adolescenti ad essere liberi dalla violenza.²⁴ Il Comitato sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza

21 *Report of the Independent Expert for the United Nations study on violence against children*, A/61/299, 29 agosto 2006, par. 26. Traduzione dell’Autrice.

22 *Report of the Independent Expert*, 2006, par. 38. Traduzione dell’Autrice.

23 Sul punto, si veda, in questo volume, il contributo di A. LEANDRO e C. ZONILE.

24 Si veda, Corte internazionale di giustizia, sentenza 31 marzo 2004, *Avena, Messico c. Stati Uniti*, in *ICJ Rep.*, 2004, p. 12 ss. Secondo la Corte, l’art. 36(1) lett. b), della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari del 1963, che prevede obblighi in capo allo Stato di accreditamento verso il detenuto e lo Stato accreditante, “crea diritti individuali [che] possono essere invocati dinanzi alla Corte dello Stato nazionale della persona detenuta” (par. 77). *Mutatis mutandis*, agli obblighi in capo agli Stati di prevenire la violenza, corrisponde un diritto



za, nel suo *General Comment* n. 13, ha chiarito la portata degli obblighi in capo agli Stati nel contrasto alla violenza contro le persone minori di età.²⁵ Questi sono sia obblighi di risultato, ad esempio l'adozione di normative che proibiscano ogni forma di violenza nei confronti dei minori e l'allocatione di adeguate risorse,²⁶ o l'istituzione di un *focal point* governativo per coordinare le strategie di protezione dei minori,²⁷ sia di dovuta diligenza, ad esempio nella conduzione di indagini su episodi di violenza, che devono essere caratterizzate da procedure *child-sensitive* in cui i minori vengano ascoltati²⁸, sia di sviluppo progressivo nell'adozione di programmi e di azioni di sensibilizzazione per lo sradicamento di una cultura basata sulla violenza.²⁹

Non è questa la sede per interrogarsi sul limite dell'ingerenza statale in ambito familiare per contrastare episodi, ad esempio, di punizioni corporali,³⁰ ma è opportuno riflettere sul fatto che nessuna delle Convenzioni del Consiglio d'Europa qui esaminate proibisca espressamente l'abbandono, la negligenza o le punizioni corporali. È certo vero che la Convenzione di Istanbul, proibendo la violenza “fisica, sessuale, psicologica ed economica” nell'ambito familiare, contempla altresì il divieto di forme di brutalità fisiche e mentali, e anche l'abbandono che può essere fonte di forte stress emotivo, ma, come si è detto, la Convenzione non prevede un obbligo in capo agli Stati di prevenire la violenza domestica nei confronti delle persone di minore età, ma solo nei confronti delle donne, raccomandando in capo agli Stati l'adozione di misure contro la violenza domestica nei confronti di altri generi, o di altre categorie di età. Intendendo con “donne” anche le minori di 18 anni, pare che l'innovativa Convenzione di Istanbul, per questo profilo, discrimini

delle persone minori di età di essere libere dalla violenza.

²⁵ General comment No. 13 (2011), *The right of the child to freedom from all forms of violence*, CRC/C/GC/13, 18 aprile 2011.

²⁶ General Comment n. 13, par. 41, d ed e.

²⁷ General Comment n. 13, par. 42, a.

²⁸ General Comment n. 13, par. 51.

²⁹ General Comment n. 13, par. 46.

³⁰ Esiste un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul punto. Si veda, ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 3 ottobre 2017, *D.M.D. c. Romania*, ric. n. 23022/13, in cui i giudici di Strasburgo affermano che “it is thus clear that respect for children’s dignity cannot be ensured if the domestic courts were to accept any form of justification of acts of illtreatment, including corporal punishment, prohibited under Article 3”. Si veda altresì S. DAVIS, *Children’s Rights Under and the Law*, Oxford University Press, 2011, p. 164, e L. GRANS, “Honour-Related Violence and Children’s Right to Physical and Psychological Integrity”, in *Nordic Journal of Human Rights*, 2017, pp. 146-161, in part. p. 149 ss.



nei confronti dei bambini di genere maschile e LGBTI. Invero, se è certo che negli adulti la violenza domestica nei confronti delle donne riposa su una discriminazione radicata e strutturale basata sul genere, lo stesso non può dirsi, ad eccezione di alcune forme di violenza quali le mutilazioni genitali femminili e i matrimoni precoci, per i bambini e le bambine.

Nella parte che segue si vedranno due profili legati alla violenza nel contesto familiare, per i quali sia invece possibile apprezzare la portata “amplificatrice” della Convenzione di Lanzarote e della Convenzione di Istanbul: la violenza assistita e l’abuso sessuale nei confronti di persone di minore età.

4.1 La violenza assistita

Si intende per violenza assistita, secondo la definizione del Coordinamento italiano dei servizi contro il maltrattamento e l’abuso all’infanzia nel 2005: “[I]’esperire da parte del bambino di/a qualsiasi forma di maltrattamento compiuto attraverso atti di violenza fisica, verbale, psicologica, sessuale ed economica su figure di riferimento o su altre figure affettivamente significative adulte o minori. Il bambino può farne esperienza direttamente (quando essa avviene nel suo campo precettivo), indirettamente (quando il minore è a conoscenza della violenza) e/o percependone gli effetti”.³¹

La “violenza assistita” trova riconoscimento giuridico a livello regionale nella Convenzione di Istanbul.³² Benché la nozione di violenza domestica contenuta in questo strumento giuridico non contempli la violenza “indiretta”, ovvero quella che non colpisce la persona direttamente lesa, la Convenzione riconosce in più disposizioni la violenza subita da coloro che assistono e diventano così “testimoni” della violenza (nella versione inglese, infatti, il verbo utilizzato è *witnessing violence*). Si tratta, nella quasi totalità dei casi, di bambine e bambini, testimoni passivi di atti di violenza perpetrati a danno

³¹ http://cismai.it/wp-content/uploads/2015/02/Requisiti_Interventi_Violenza_Assistita_Madri1999.pdf (ultimo accesso 20 ottobre 2019).

³² Articolo 26 – Protezione e supporto ai bambini testimoni di violenza: “1. Le Parti adottano le misure legislative e di ogni altro tipo necessarie per garantire che siano debitamente presi in considerazione, nell’ambito dei servizi di protezione e di supporto alle vittime, i diritti e i bisogni dei bambini testimoni di ogni forma di violenza rientrante nel campo di applicazione della presente Convenzione. 2. Le misure adottate conformemente al presente articolo comprendono le consulenze psico-sociali adattate all’età dei bambini testimoni di ogni forma di violenza rientrante nel campo di applicazione della presente Convenzione e tengono debitamente conto dell’interesse superiore del minore”.



di uno dei genitori, nella maggior parte dei casi delle loro madri.³³ Benché non preveda un obbligo di criminalizzazione della violenza assistita *per se*, la Convenzione di Istanbul, in modo innovativo, riconosce la violenza assistita e dà voce ai minori, vittime silenti in contesti familiari violenti. Così, in base all'art. 22 della Convenzione, “le Parti forniscono o predispongono dei servizi di supporto specializzati per tutte le donne vittime di violenza e i loro bambini”. Inoltre, in base all'articolo 26, gli Stati hanno l'obbligo di adottare tutte le misure legislative e di ogni altro tipo “necessarie per garantire che siano debitamente presi in considerazione, nell'ambito dei servizi di protezione e di supporto alle vittime, i diritti e i bisogni dei bambini testimoni di ogni forma di violenza rientrante nel campo di applicazione della presente Convenzione”, incluse “consulenze psicosociali adattate all'età dei bambini testimoni di ogni forma di violenza rientrante nel campo di applicazione della [...] Convenzione, che tengano debitamente conto dell'interesse superiore del minore”. Con riguardo alla prevenzione, l'art. 13 richiede agli Stati l'avvio di un'azione di sensibilizzazione, “regolarmente e ad ogni livello”, tramite campagne e programmi, anche in cooperazione con le istituzioni nazionali per i diritti umani e gli organismi competenti “per aumentare la consapevolezza e la comprensione da parte del vasto pubblico delle varie manifestazioni di tutte le forme di violenza oggetto della presente Convenzione e delle loro conseguenze sui bambini, nonché della necessità di prevenirle”. La Convenzione prevede inoltre che gli Stati parte adottino quelle misure necessarie affinché siano presi in considerazione gli episodi di violenza rientranti nel campo di applicazione della Convenzione nella determinazione dei diritti di custodia e di visita dei figli (art. 31(1)). Gli Stati devono altresì adottare le misure necessarie a garantire che “l'esercizio dei diritti di visita o di custodia dei figli non comprometta i diritti e la sicurezza della vittima o dei bambini” (art. 31(2)). Secondo quanto riportato dall'*explanatory report* alla Convenzione di Istanbul, che ne accompagna il testo, quest'ultima disposizione è volta ad assicurare che le autorità giudiziarie non emettano un'ordinanza di riconoscimento del diritto di visita senza prendere in considerazione casi di

33 Secondo i dati dell'Organizzazione mondiale della Sanità, una donna su tre al mondo ha avuto una esperienza di violenza fisica e / o sessuale nel corso della sua vita. Nella maggior parte dei casi (30 per cento) si tratta di “violenza degli affetti”, ovvero “intimate partner violence”. <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/en/> ultimo accesso 22 aprile 2019. Vedi sul punto l'analisi giuridica in S. DE VIDO, *Donne, violenza e diritto internazionale*, 2016.



violenza che rientrano nel campo di applicazione della Convenzione.³⁴ Il secondo paragrafo dell'art. 31 si riferisce invece al complesso bilanciamento tra, da un lato, la sicurezza delle vittime di violenza e dei testimoni della stessa, e, dall'altro lato, i diritti genitoriali del perpetratore della violenza. Come rileva infatti il rapporto esplicativo, spesso i figli e le figlie della *ex* coppia costituiscono l'unico legame rimasto tra la vittima e il perpetratore di violenza. Le visite del genitore che non ha la custodia dei figli o delle figlie potrebbero costituire un elemento di rischio, ponendo la vittima faccia a faccia con il perpetratore. La *ratio* della norma è dunque quella di assicurare alle vittime e ai loro figli sicurezza e protezione da ulteriori violenze.³⁵

La particolare condizione di vulnerabilità dei minori trova ulteriore riconoscimento nelle circostanze aggravanti per la determinazione della pena per i reati stabiliti dalla Convenzione. Ai sensi dell'art. 46 lett. d), un'aggravante consiste infatti nel fatto che il reato sia stato “commesso su un bambino o *in presenza* di un bambino”. Si legge nel rapporto esplicativo che gli estensori hanno voluto sottolineare la particolare gravità del fatto che costituisce reato ai sensi della Convenzione, in tutti i casi in cui questo sia stato compiuto nei confronti di un minore.³⁶

La violenza assistita ha trovato riconoscimento anche nella giurisprudenza della Corte europea diritti dell'uomo. Così, nella sentenza *Bevacqua e S. c. Bulgaria*, la Corte ha concluso che lo Stato convenuto avesse violato il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) di uno dei due ricorrenti – il minore testimone di violenza – il quale era “stato negativamente colpito dagli episodi di violenza di cui era stato *testimone*”.³⁷ Nel caso *E.M. c. Romania*,³⁸ la Corte europea, concludendo nel senso della violazione da parte dello Stato dell'art. 3 CEDU, ha evidenziato come le autorità non avessero compiuto alcun passo per garantire protezione alle vittime di violenza domestica, dimostrando una carenza di cooperazione in un'area sensibile “di pubblico interesse”, che ha impedito la chiarificazione dei fatti; chiarificazione che era quanto mai necessaria “visto che l'aggressione invocata era avvenuta in

³⁴ Explanatory report alla Convenzione di Istanbul, par. 175.

³⁵ *Ibidem*, par. 176.

³⁶ *Ibidem*, par. 239.

³⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 12 giugno 2008, ric. n. 71127/01, *Bevacqua e S. c. Bulgaria*, par. 79. Corsivo aggiunto.

³⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 30 ottobre 2012, ric. n. 43994/05, *E.M. c. Romania*.



presenza di un minore”.³⁹

4.2 L'abuso sessuale nel contesto della famiglia

L'abuso sessuale è definito dal *General Comment* n. 13 del Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in questi termini: “l'induzione o la coercizione di un minore ad intraprendere una qualsiasi attività sessuale illecita o dannosa psicologicamente”,⁴⁰ inclusa ogni attività sessuale imposta da un adulto su minore, ma anche tra minori, se il perpetratore è significativamente di età maggiore della vittima, così da utilizzare il proprio potere, la minaccia, o altre forme di pressione su quest'ultima.

Tanto la Convenzione di Lanzarote quanto la Convenzione di Istanbul contengono disposizioni che precisano sia il significato del termine abuso sessuale sia gli obblighi di prevenzione, protezione e repressione in capo agli Stati. L'art. 18 della Convenzione di Lanzarote prevede che gli Stati parte criminalizzino la “partecipazione ad attività sessuali” con una persona minore. La disposizione contempla da un lato la criminalizzazione della partecipazione in attività sessuali con un minore che, conformemente al diritto nazionale, non ha raggiunto l'età legale per praticare attività sessuali, dall'altro la criminalizzazione delle attività sessuali con un minore, a prescindere dalla sua età, qualora l'abuso avvenga facendo uso di coercizione, forza o minaccia, o abusando di una posizione riconosciuta di fiducia, autorità o influenza sul minore, anche in ambito familiare, o ancora abusando di una situazione di particolare vulnerabilità del minore. Le condotte devono essere intenzionali. Ai fini dell'obbligo di criminalizzazione, gli Stati devono stabilire l'età “al di sotto della quale non è consentito partecipare ad attività sessuali con un minore” (art. 18(2)). Nel contesto familiare, l'abuso del rapporto di fiducia è elemento caratterizzante il reato. L'analisi del reato di abuso sessuale nella Convenzione di Lanzarote non può prescindere da una sua lettura sistematica con l'art. 36 della Convenzione di Istanbul, che obbliga gli Stati a criminalizzare la violenza sessuale, incluso lo stupro, e con l'articolo 46 del medesimo strumento giuridico, che include tra le aggravanti il fatto che il reato sia stato compiuto contro una persona di minore età. In *M.C. c. Bulgaria*, caso cita-

³⁹ *E.M. c. Romania*, par. 70.

⁴⁰ *General Comment* n. 13, par. 25 (a). Traduzione dell'Autrice.



to dallo stesso *explanatory report* alla Convenzione di Lanzarote,⁴¹ la Corte europea dei diritti umani ha sottolineato come “qualsiasi approccio rigido ai procedimenti penali per reati sessuali, ad esempio la richiesta di prova di resistenza fisica in tutte le circostanze, rischia di lasciare alcuni tipi di stupro non puniti con la conseguenza di mettere a rischio la protezione effettiva dell'autonomia sessuale dell'individuo”.⁴² Ciò è particolarmente vero per i casi di abuso sessuale nei confronti di persone minori di età.

5. Le pratiche tradizionali (art. 24, par. 3, CRC)

In base all'art. 24, par. 3 della CRC, gli Stati “devono adottare tutte le misure efficaci e appropriate al fine di abolire le pratiche tradizionali che pregiudicano la salute delle persone di minore età”. Il *General Comment* n. 13 ha incluso tra queste pratiche le mutilazioni genitali femminili, i matrimoni forzati e precoci, i riti violenti e degradanti di iniziazione, il nutrimento forzato, i test di verginità, i c.d. “crimini d'onore”.⁴³ Le pratiche tradizionali sono basate su ruoli di genere rigidi, legati alla volontà della famiglia di esercitare un controllo sull'attività sessuale principalmente, ma non solo, delle bambine.⁴⁴ Anche i bambini infatti sono spesso forzati ad aderire a ruoli di genere precostituiti.⁴⁵

In questa parte ci si soffermerà sulle mutilazioni genitali femminili e sui matrimoni forzati, vietati dalla Convenzione di Istanbul. Rispetto alla CRC, l'aspetto innovativo della Convenzione di Istanbul è del tutto evidente. L'articolo 24(3) CRC sembra infatti collocare l'obbligo degli Stati parte di abolire le pratiche tradizionali nel quadro degli obblighi a sviluppo progressivo.⁴⁶ La

⁴¹ Explanatory report alla Convenzione di Lanzarote, par. 121.

⁴² Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 4 dicembre 2003, ric. n. 39272/98, *M.C. c. Bulgaria*, par. 166. Traduzione dell'Autrice.

⁴³ General Comment n. 13, par. 29.

⁴⁴ L. GRANS, “Honour-Related Violence and Children's Right to Physical and Psychological Integrity”, p. 148.

⁴⁵ Sul dibattito relativo alla circoncisione maschile, si veda L. MIAZZI, A. VANZAN, “Circoncisione maschile: pratica religiosa o lesione personale?”, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2008, pp. 67-78; S. GARETTI, “Quando il diritto all'identità culturale dei genitori si scontra con il diritto all'integrità psico-fisica del figlio minore: il caso della circoncisione rituale infantile”, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2017, pp. 1421-1437.

⁴⁶ Si legga a tale riguardo la versione ufficiale in lingua inglese. Gli Stati “shall take all effective and appropriate measures with a view to abolishing ...”. S. DETRICK, *A Commentary*



Convenzione di Istanbul prevede, invece, degli obblighi di risultato in capo agli Stati parte, i quali dovranno, ai sensi dell'art. 38, criminalizzare gli atti intenzionali di mutilazione genitale femminile (escissione, infibulazione, qualsiasi altra mutilazione della totalità o di una parte delle grandi labbra vaginali), inclusa la costrizione di una ragazza o di una donna a subire siffatte pratiche. Questa disposizione riflette sia l'analisi svolta dal Comitato ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, sia il dibattito a livello internazionale sui danni provocati dalle mutilazioni genitali femminili sull'integrità fisica di una donna.⁴⁷ Vietando tutte le forme di mutilazione genitale femminile, la Convenzione di Istanbul tutela sia le minori di età, sia le donne adulte che vengono costrette a sottoporsi a tale pratica tradizionale.⁴⁸ Inoltre, la Convenzione fornisce ulteriori forme di tutela alle donne e alle bambine che fuggono la violenza: da un lato, in virtù dell'art. 44, agli Stati parte è richiesto di adottare le misure legislative necessarie affinché la loro competenza non sia subordinata “alla condizione che i fatti siano perseguibili penalmente sul territorio in cui sono stati commessi” e alla denuncia da parte della vittima del reato;⁴⁹ dall'altro, le forme di violenza presenti nella Convenzione, quindi anche le mutilazioni genitali femminili, sono riconosciute come forme di “persecuzione” ai sensi della Convenzione del 1951 sullo *status* di rifugiato (art. 60).

Nonostante l'importanza del divieto di mutilazioni genitali femminili, che si colloca nel quadro delle iniziative a livello internazionale per proibire pratiche lesive dei diritti alla salute e alla salute riproduttiva delle bambine e delle ragazze, pare opportuno riflettere su un altro aspetto, ovvero sull'assenza di divieto nella Convenzione di un'altra forma di violenza diffusa in Europa: la chirurgia cosmetica dei genitali. La richiesta di questo tipo di interventi è aumentata negli ultimi anni.⁵⁰ L'operazione è anche definita “de-

on the UN Convention on the Rights of the Child, Martinus Nijhoff Pub., 1999, p.417, che ricostruisce la complessità del dibattito durante i negoziati.

47 Si noti che anche il protocollo di Maputo alla Carta Africana sui diritti dell'uomo e dei popoli, sui diritti delle donne in Africa (2003), prevede un divieto di mutilazioni genitali femminili (art. 5, lettera b).

48 Si veda la ricostruzione della giurisprudenza e del divieto di mutilazioni genitali femminili sul piano internazionale in S. DE VIDO, “Culturally motivated crimes against women in a multicultural Europe. The case of criminalization of FGM in the 2011 CoE Istanbul Convention”, in *Citizens of Europe. Culture e diritti*, a cura di M. Vecco, L. Zagato, Ca' Foscari Digital Publishing, 2015, pp. 93-114.

49 Articolo cui è apponibile riserva.

50 Si veda la dichiarazione di un pediatra inglese, diffusa il 3 luglio 2017 dalla BBC. Il medico ha comparato la chirurgia genitale, dove non necessaria, alle mutilazioni genitali. <https://>



signer vagina surgery”, che enfatizza come la procedura sia, nella maggior parte dei casi, non necessaria e invasiva. Benché si possa ragionevolmente argomentare che nel caso della chirurgia cosmetica dei genitali esista quel consenso che manca nelle mutilazioni genitali femminili, ci si potrebbe altresì chiedere quanto “genuino” sia un consenso prestato da una ragazza di 12 anni che chiede la modifica dei propri genitali affinché siano più conformi ad un certo modello di bellezza e quale differenza vi sia tra questo caso e il caso di una donna che era stata infibulata da bambina e chiede la re-infibulazione a seguito del parto. Ovviamente non è questa la sede per indagare oltre su questo aspetto, ma sembra opportuno riflettere su come la Convenzione di Istanbul insista sulla violenza che giunge da un’*altra* cultura, dove l’*altro* sembra distante e *brutale* (quest’ultimo termine è stato utilizzato proprio per descrivere le mutilazioni genitali femminili).⁵¹

Con riferimento all’altro profilo, i matrimoni forzati e precoci, la Convenzione di Istanbul richiede agli Stati di adottare le misure legislative o di altro tipo “necessarie per penalizzare l’atto intenzionale di costringere un adulto o un bambino a contrarre matrimonio” (art. 37), così come l’atto di “attirare intenzionalmente con l’inganno un adulto o un bambino sul territorio di una Parte o di uno Stato diverso da quello in cui risiede, allo scopo di costringerlo a contrarre matrimonio”. Come è evidente dal dettato normativo, la Convenzione di Istanbul non criminalizza specificatamente i matrimoni precoci, ma “unicamente” i matrimoni forzati (che possono coinvolgere anche una minore, naturalmente).⁵² Si ritiene tuttavia che l’articolo sia applicabile sempre al caso specifico delle “spose bambine”.⁵³ I matrimoni precoci sono forzati in tutti i casi in cui essi costituiscono una violenza di genere contro le donne e bambine:⁵⁴ si può ragionevolmente ritenere che questo sia *sempre* il caso del matrimonio tra una bambina e un uomo adulto.

www.bbc.com/news/health-40410459

51 Si consideri l’uso di “pratica brutale” nella risoluzione del Parlamento europeo sulla comunicazione della Commissione intitolata “Verso l’eliminazione della mutilazione genitale femminile” (2014/2511(RSP), 6 febbraio 2014.

52 Art. 37 Convenzione di Istanbul.

53 Rispetto ai bambini, le bambine sono sproporzionalmente affette da questa pratica. UNICEF, *Ending Child Marriages*. 2014. https://www.unicef.org/media/files/Child_Marriage_Report_7_17_LR..pdf (ultimo accesso 20 ottobre 2019).

54 S. DE VIDO, “Against a girl’s will: Child marriages, immigration and the Directive on Family Reunification”, in *Fundamental Rights and the Best Interest of the Child in Transnational Families*, a cura di C. Ragni, E. Bergamini, Intersentia, 2019, pp. 115-137.



6. Sfruttamento sessuale e abuso sessuale di minori (art. 34 CRC)

La CRC prevede che gli Stati si impegnino a proteggere le persone di minore età da ogni forma di sfruttamento sessuale e abuso sessuale. L'art. 34, nello specifico, chiede agli Stati di adottare tutte le misure appropriate per impedire “(a) [1]’incitamento o la coercizione della persona di minore età a qualsiasi attività sessuale illecita; (b) [1]o sfruttamento di persone di minore età nella prostituzione o altre pratiche sessuali illecite; (c) [1]o sfruttamento di persone di minore età in spettacoli e materiali pornografici”. La CRC è stata completata dal Protocollo che ha per oggetto la vendita di bambini, la prostituzione di bambini e la pornografia rappresentante bambini. In particolare, la “vendita” comprende tutte quelle azioni che siano volte a sfruttare il bambino a fini sessuali, trasferire gli organi del bambino per fini di lucro, sottoporre il bambino ad un lavoro forzato.

La CRC non definisce le nozioni di sfruttamento sessuale e abuso sessuale, mentre il Protocollo si limita a fornire brevi definizioni di vendita di persone minori di età, prostituzione infantile e pornografia infantile (art. 2 del Protocollo). La Convenzione di Lanzarote, al contrario, esplicita la nozione di sfruttamento e abuso sessuale includendovi gli atti enumerati agli articoli 18-23:

- Abuso sessuale
- Reati relativi alla prostituzione minorile
- Reati relativi alla pedopornografia
- Reati relativi alla partecipazione di un minore a spettacoli pedopornografici
- Corruzione di minori
- Adescamento di minori a scopo sessuale

Va notato come sia reato, ai sensi della Convenzione di Lanzarote, sia reclutare sia far ricorso alla prostituzione infantile, intesa come l'utilizzo del minore per attività sessuali offrendo o promettendo denaro o altra forma di remunerazione (art. 19). Il consenso raggiunto sulla definizione dei reati oggetto della Convenzione – posto che si tratta di un consenso minimo che non preclude la definizione di più alti standard a livello interno – conduce all'armonizzazione del diritto interno degli Stati parte e ad una più accentuata co-



operazione internazionale.⁵⁵ La Convenzione di Lanzarote richiede agli Stati di criminalizzare siffatti comportamenti e di prevedere sanzioni adeguate, anche con riguardo alla responsabilità delle persone giuridiche.

L'analisi dello sfruttamento e dell'abuso sessuale di persone minori di età consente di collegare idealmente e giuridicamente i quattro strumenti giuridici menzionati: da un lato la CRC e il suo Protocollo addizionale, dall'altro le convenzioni del Consiglio d'Europa. Il primo profilo di interesse riguarda la violenza sessuale e lo stupro. Rispetto alla Convenzione di Istanbul, di cui si è detto riflettendo sulla violenza nel contesto familiare, la Convenzione di Lanzarote meglio risponde alla tutela dei diritti delle persone minori di età. Nella prima, la minore età è un'aggravante del reato di violenza sessuale e l'elemento caratterizzante il reato, come affermato dalla stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani,⁵⁶ è l'assenza di consenso. Nella Convenzione di Lanzarote, invece, come si è detto, sono previste due ipotesi di reato: la prima, il fatto di avere un rapporto sessuale con una persona minore di età, dove l'età al di sotto della quale non è consentito partecipare ad attività sessuali con un minore deve essere definita a livello domestico; la seconda, il caso in cui, anche se l'adolescente è di età superiore a quanto stabilito per legge, questi venga abusato sessualmente sfruttando la condizione di vulnerabilità o il rapporto di fiducia esistente tra la vittima e il persecutore. Ne consegue che non è tanto l'assenza di consenso l'elemento caratterizzante il reato, o, meglio, l'assenza di consenso si presume dall'età della vittima e/o dalla situazione di particolare vulnerabilità in cui una persona minore di età si trova.

Il secondo profilo concerne la prostituzione infantile. Rispetto al protocollo delle Nazioni Unite, a livello europeo sono in vigore sia la Convenzione di Lanzarote, con il suo esplicito obbligo per gli Stati parte di criminalizzare la prostituzione infantile, sia la Convenzione anti-tratta, che riconosce la particolare vulnerabilità di donne e persone minori di età alla tratta di esseri umani. Poiché la prostituzione è alimentata dalla tratta, il contrasto della tratta di esseri umani consente anche di contrastare la prostituzione infantile. Ne consegue che l'attuazione di entrambe le Convenzioni da parte degli Stati ratificanti rafforzi la tutela delle persone minori di età vittime di tratta e destinate al mercato della prostituzione, realizzando uno degli obiettivi specifici della CRC.

⁵⁵ Explanatory report alla Convenzione di Lanzarote, par. 112-113.

⁵⁶ Si veda il caso *M.C. c. Bulgaria*.



Il terzo ed ultimo profilo concerne la possibile applicabilità della Convenzione di Lanzarote ai casi di violenza online. In base all'articolo 23 della medesima, la proposta intenzionale di un incontro, da parte di un adulto, che costituisce reato di "adescamento", può avvenire anche "mediante l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione". Questo espresso riferimento a internet nell'art. 23 non esclude che anche gli altri reati previsti dalla Convenzione siano da intendersi come compiuti *online* od *offline*. Il Comitato di Lanzarote ha recentemente adottato un parere interpretativo a riguardo, affermando che i reati previsti dalla Convenzione di Lanzarote vanno intesi a prescindere dai mezzi utilizzati dal perpetratore per compierli, quindi tramite mezzi informatici o meno, anche nell'ipotesi in cui la Convenzione non sia esplicita in tal senso.⁵⁷ Le disposizioni della Convenzione di Lanzarote vanno lette sistematicamente con l'art. 9 della Convenzione contro la criminalità informatica, che "rafforza le misure protettive nei confronti delle persone minori di età, inclusa la protezione contro lo sfruttamento sessuale, modernizzando il diritto penale per includervi più efficacemente l'uso dei sistemi informatici nella commissione di reati sessuali nei confronti di bambini, bambine, adolescenti".⁵⁸

7. Conclusioni

Le Convenzioni di Lanzarote e di Istanbul adottate nel quadro del Consiglio d'Europa amplificano, come si è visto, la portata innovativa della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e del suo Protocollo opzionale, fornendo una tutela rafforzata delle persone di minore età. L'esistenza di più strumenti giuridici non deve essere vista come un elemento negativo. La lettura sistematica delle norme delle convenzioni consente infatti di avere un quadro dettagliato degli obblighi in capo agli Stati: obblighi che sono di prevenzione, protezione e repressione. È evidente che questo ragionamento si applica agli Stati parte di tutte le Convenzioni di cui si è detto; tuttavia, ad eccezione della Convenzione di Istanbul che conta al momento "solo" 34 Stati parte, le altre tre Convenzioni del Consiglio d'Euro-

⁵⁷ *Interpretative Opinion on the applicability of the Lanzarote Convention sexual offences against children facilitated through the use of information and communication technologies (ICTs)*, 12 maggio 2017, T-ES (2017) 03_EN final, par. 12.

⁵⁸ Explanatory report alla Convenzione contro la criminalità informatica, par. 91.



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**

pa menzionate hanno ricevuto ampia accettazione sul piano regionale (e oltre se ci si riferisce alla Convenzione contro la criminalità informatica, la quale è stata ratificata da Stati non membri del Consiglio d'Europa). Il quadro normativo a livello europeo è dunque solido e consente una protezione ampia dei diritti delle persone di minore età, attuando quelli che sono gli obiettivi della CRC e del suo Protocollo. Come si è visto, non mancano i profili di criticità: il primo riguarda l'assenza di un riferimento nelle convenzioni in oggetto del divieto di punizioni corporali nei confronti di minori; il secondo concerne l'atteggiamento proibitivo delle pratiche tradizionali della Convenzione di Istanbul, certamente positivo, ma che trascura altrettanto gravi forme "culturali", quali la chirurgia estetica genitale.

LA RILEVANZA DELLA CRC NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA

ADELINA ADINOLFI ¹

Sommario: 1. Diritti enunciati dalla CRC e ordinamento dell'Unione. – 2. CRC e Carta dei diritti fondamentali. – 3. CRC e atti normativi dell'Unione. – 4. Le risoluzioni del Parlamento europeo: la dimensione esterna della tutela dei diritti dei minori e la possibilità di adesione dell'Unione alla CRC. – 5. Il ruolo della CRC nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 6. Conclusioni.

1. Diritti enunciati dalla CRC e ordinamento dell'Unione

Benché l'Unione europea non sia parte della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (di seguito anche “Convenzione” o “CRC”), quest'ultima costituisce nell'ordinamento dell'Unione un importante punto di riferimento ai fini di assicurare la tutela dei diritti dei minori: essa assume rilievo, infatti, in relazione sia agli atti adottati dalle istituzioni europee, sia alle normative nazionali che rientrano nel campo applicativo del diritto dell'Unione.

L'estensione dell'ambito di attività dell'Unione europea rende sempre più frequenti le situazioni nelle quali possono venire in considerazione diritti enunciati dalla CRC; ciò non solo a seguito di sviluppi normativi nell'area del diritto di famiglia e dell'immigrazione, ma anche perché tali diritti interessano un'ampia varietà di settori di competenza dell'Unione, tra i quali figurano la politica sociale, l'istruzione e la salute, la cooperazione in materia giudiziaria penale e di polizia (in particolare, nel contrasto della tratta delle persone e della pedofilia), nonché la disciplina della pubblicità, della *privacy* e delle comunicazioni elettroniche.

Oltre alla rilevanza che i diritti del minore possono presentare in vari am-

¹ Professore ordinario di diritto dell'Unione europea, Università di Firenze (adelina.adinolfi@unifi.it).



biti regolati dal diritto dell'Unione, occorre considerare che la promozione della “tutela dei diritti del minore” è ora elencata, a seguito del Trattato di Lisbona, tra gli obiettivi che l'Unione persegue (art. 3, par. 3, TUE). Pertanto, benché non si riscontri nel TFUE un fondamento giuridico specifico per l'adozione di normative volte a tal fine, la protezione dei diritti del minore ha acquisito nell'ordinamento dell'Unione non solo la funzione di principio trasversale al quale, nelle sue varie espressioni, le normative europee devono conformarsi, ma anche quella di un autonomo obiettivo che le istituzioni sono tenute a promuovere negli Stati membri e nelle relazioni esterne dell'Unione.² Alla definizione di tale obiettivo hanno fatto seguito vari programmi e strategie d'azione,³ e anche alcuni sviluppi di carattere istituzionale volti ad individuare figure e organismi di riferimento sia nell'ambito del Parlamento europeo – come l'intergruppo diritti dei minori⁴ e il “Coordinatore per i diritti dei minori”⁵ – sia quale supporto all'attività della Commissione, in particolare attraverso il ruolo svolto dall'Agenzia per i diritti fondamentali anche in

² Come precisa l'art. 3, par. 5, TUE per il quale nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione contribuisce, tra l'altro, “alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore”.

³ Cfr. le comunicazioni della Commissione europea “Verso una strategia dell'Unione europea per i diritti dei minori”, 4 luglio 2006, COM(2006)367, e “Programma UE per i diritti dei minori”, 15 febbraio 2011, COM(2011)60; le Conclusioni del Consiglio dell'UE del 19 novembre 2010, Agende politiche europee e internazionali sui bambini, i giovani e i diritti dei bambini, del 26 novembre 2012, Strategia europea per un'internet migliore per i ragazzi, conclusioni del Consiglio dell'Unione, del 30 maggio 2016, Sviluppo dell'alfabetizzazione mediatica e del pensiero critico per mezzo dell'istruzione e della formazione; le risoluzioni del Parlamento europeo del 20 novembre 2012 sulla tutela dei minori nel mondo digitale (2012/2068(INI)) e del 28 aprile 2016 sulla salvaguardia dell'interesse superiore del minore in tutta l'UE sulla base delle petizioni presentate al Parlamento europeo (2016/2575(RSP)). Si veda anche lo studio della Commissione europea, *Eu acquis and policy documents on the rights of the child*, 2015. Cfr. In argomento H. STALFORD, E. DRYWOOD, *Coming of Age? Children's Rights in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 143 ss.; M. TUIE, *The way forward: the implementation of the EU agenda for the rights of the child*, *ERA Forum*, 2014, p. 543 ss.

⁴ L'intergruppo è stato istituito nel dicembre 2014 con il fine di promuovere il rispetto dei diritti dell'infanzia nella definizione delle politiche e della normativa europea.

⁵ Operante dal 2018, ha assorbito le funzioni in precedenza esercitate dal “Mediatore del Parlamento europeo per i minori vittime di sottrazione internazionale da parte di un genitore”, ed ha sia il compito di monitorare la normativa dell'Unione verificando che le proposte in esame tengano in considerazione i diritti dei minori, sia costituire un punto di riferimento per le istituzioni per la società civile (<http://www.europarl.europa.eu/at-your-service/it/be-heard/coordinator-on-children-rights>).



cooperazione con il Consiglio d'Europa.⁶

L'adozione della Carta dei diritti fondamentali e l'attribuzione ad essa, a seguito del Trattato di Lisbona, di efficacia vincolante ha rafforzato la rilevanza nell'ordinamento dell'Unione dei diritti enunciati nella CRC e reso più visibile il rapporto con la Convenzione; la tutela dei diritti dei minori è infatti enunciata dall'art. 24 della Carta⁷ con disposizioni in gran parte analoghe a quelle della CRC, e quest'ultima ha costituito il riferimento utilizzato nella redazione della Carta ai fini della formulazione di tali diritti.⁸ Un esplicito richiamo alla Convenzione si riscontra, inoltre, sia in alcuni atti normativi (vincolanti e non vincolanti) adottati dalle istituzioni europee, sia nella giurisprudenza della Corte di giustizia, ove la CRC è talora menzionata a fini interpretativi degli atti derivati e per la individuazione dei principi generali del diritto dell'Unione.

Occorre altresì ricordare che la CRC assume rilievo nell'ordinamento dell'Unione anche in modo indiretto attraverso la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ("CEDU"); è noto infatti che sebbene la CEDU non enunci in modo specifico i diritti dei minori, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha ricondotto il principio dei *best interests of the child* nell'ambito del diritto alla vita privata e familiare sancito dall'art. 8 della Convenzione.⁹ Ciò comporta che al corrispondente principio contenuto nell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali devono essere attribuiti il medesimo significato e portata in virtù dei criteri interpretativi previsti dall'art. 52, par. 3, della stessa Carta.¹⁰

6 Cfr. per una sintesi di tale attività: <https://fra.europa.eu/en/theme/rights-child/fra-for-children/> Si può altresì menzionare la conferenza annuale – *Forum on the Right of the Child* – organizzata dalla Commissione europea alla quale partecipano rappresentanti di Stati membri e di alcuni Paesi terzi europei, organizzazioni non governative, enti, esperti ed operatori del diritto impegnati nella tutela dei minori; la conferenza intende costituire un forum di discussione e di scambio di buone pratiche (https://ec.europa.eu/info/events/12th-european-forum-rights-child_en).

7 Cfr. C. Mc GLYNN, "Rights for Children? The potential impact of the Charter of Fundamental Rights", in *European Public Law*, 2002, p. 387 ss., H. STALFORD, *Children and the European Union*, Oxford, 2012, L. RATTI, "Commento all'art. 24", in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, Milano, 2017, p. 476 ss., R. LAMONT, "Art. 24", in *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, a cura di S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, 2014, Oxford, p. 662 ss.

8 *Infra*, par. 2.

9 In proposito, in questo volume, si vedano i contributi di A. ANNONI ed E. LAMARQUE.

10 L'art. 52, par. 3, della Carta prevede che laddove essa "contenga diritti corrispondenti a



Mediante tale pluralità di tecniche e di strumenti, i diritti enunciati dalla Convenzione contribuiscono, così, a definire il contenuto sia di principi che svolgono il ruolo di criteri interpretativi e di parametri di legittimità di atti dell'Unione, sia di regole materiali volte a garantire la tutela dei minori.

La rilevanza che la CRC presenta nelle fonti del diritto dell'Unione implica conseguenze significative rispetto agli ordinamenti nazionali. Infatti, benché tutti gli Stati membri siano parti della Convenzione,¹¹ i vincoli che essa pone acquistano una maggiore efficacia negli ordinamenti nazionali allorché essi coincidano con obblighi derivanti dal diritto dell'Unione. Più precisamente, l'incidenza della Convenzione risulta rafforzata allorché disposizioni da essa enunciate si riflettano nel contenuto di principi dell'Unione o in atti delle istituzioni europee; tale conseguenza appare assai evidente qualora diritti garantiti dalla CRC vengano “incorporati” in atti dell'Unione poiché questi ultimi, in virtù del principio del primato, hanno una posizione rafforzata, negli ordinamenti interni, rispetto a quella propria delle norme convenzionali.¹²

Tenendo conto di tale contesto, la breve ricognizione che segue intende esporre in modo sintetico il ruolo svolto dalla CRC nell'ordinamento dell'Unione, ricostruendo la rilevanza che essa presenta al fine di individuare il contenuto dei diritti dei minori e di assicurarne in concreto la tutela; ci si propone altresì di evidenziare il “valore aggiunto” che la Convenzione acquista negli ordinamenti degli Stati membri allorché essa trovi espressione – in modo diretto o indiretto – attraverso fonti del diritto dell'Unione.

2. CRC e Carta dei diritti fondamentali

Sul piano delle fonti del diritto dell'Unione, la rilevanza dei principi enunciati dalla CRC emerge anzitutto dalla Carta dei diritti fondamentali alla

quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione”.

11 Non sono invece stati ratificati da tutti gli Stati membri i tre protocolli facoltativi alla Convenzione: Optional Protocol on the involvement of children in armed conflict; Optional Protocol on the sale of children, child prostitution and child pornography; Optional Protocol on a communications procedure.

12 Sull'efficacia delle disposizioni della Convenzione nell'ordinamento italiano si veda, in questo volume, il contributo di F. POCAR.



quale è attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati; in virtù dell'art. 6, par. 1, TUE e dell'art. 51 par. 1 della stessa Carta, il diritto dell'Unione e le normative nazionali che ad essa danno attuazione devono conformarsi ai diritti e principi che essa enuncia. Di conseguenza, qualora la Carta contenga disposizioni che riaffermano i principi contenuti nella CRC, l'efficacia di questi ultimi sarà, in sostanza, resa equivalente a quella che è propria di tali disposizioni. Sarà perciò attivabile dalla Commissione europea il procedimento di infrazione contro uno Stato membro che, in un ambito riferibile all'attuazione del diritto dell'Unione, non rispetti la CRC (*rectius*, le disposizioni della Carta coincidenti con quelle della Convenzione); come pure, il giudice nazionale e le autorità amministrative avranno l'obbligo di disapplicare la norma interna che contrasti con le disposizioni della Carta – ivi comprese, per ciò che qui interessa, quelle coincidenti con la CRC – allorché queste soddisfino i requisiti necessari ad assicurarne l'effetto diretto.¹³ La Corte di giustizia non ha sinora avuto modo di esprimersi circa la idoneità delle disposizioni enunciate dall'art. 24 della Carta a produrre effetti diretti; in relazione ai consueti parametri di chiarezza, precisione e carattere incondizionato si può prospettare che alcune di tali disposizioni – come quelle che enunciano in termini assai netti il principio dei *best interests* in tutti gli atti relativi ai minori e il diritto all'ascolto¹⁴ – potrebbero essere ritenute idonee a venire direttamente invocate dinanzi alle autorità nazionali.

Tali meccanismi possono assumere notevole rilevanza pratica se si considera che i diritti che la Carta enuncia all'art. 24 coincidono in gran parte, benché espressi in modo più generale, con alcuni dei diritti tutelati dalla CRC. Così, il diritto dei minori “alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere” (art. 24, par. 1) esprime l'art. 3 par. 2 della CRC che precisa, tuttavia, l'obbligo di coloro che ne hanno la responsabilità legale di assicurare “al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere”. Il diritto dei minori di “esprimere liberamente la propria opinione” e l'obbligo che quest'ultima sia “presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in

¹³ Riguardo all'idoneità di disposizioni della Carta a produrre effetti diretti cfr. le sentenze della Corte di giustizia 14 gennaio 2014, *Association de médiation sociale*, causa C-176/12, e 6 novembre 2018, *Bauer*, cause riunite C-569/16 e C570/16.

¹⁴ Occorre tuttavia considerare che se la enunciazione di tali principi presenta caratteri di chiarezza nella formulazione accolta, la concreta modulazione che essi assumono è in buona parte soggetta alla discrezionalità degli Stati membri, specie in relazione alle modalità procedurali; v. *infra*.



funzione della loro età e della loro maturità” (art. 24, par. 1) trova riscontro nell’art. 12 della CRC; la formula generica utilizzata dalla Carta può, infatti, certamente comprendere le decisioni relative al fanciullo specificate nella CRC ove si afferma che il minore deve “essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente sia tramite un rappresentante o un organo appropriato”. Una formulazione quasi identica a quella di cui all’art. 9, par. 3, della CRC concerne il diritto del minore di “intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse” (art. 24, par. 3). Infine, di particolare importanza appare la “codificazione” all’interno della Carta del principio dei *best interests of the child*, che pone un obbligo alle autorità pubbliche e alle istituzioni private di considerare preminente “l’interesse superiore del minore” in qualsiasi atto che lo riguardi (art. 24, par. 2).

Le Spiegazioni¹⁵ relative all’art. 24 della Carta rendono trasparente il legame con la CRC indicando che “questo articolo si basa sulla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (...) e in particolare sugli articoli 3, 9, 12 e 13 di detta Convenzione”. Una rilevante precisazione concerne il par. 3 dell’art. 24, relativo al diritto del minore di intrattenere relazioni con entrambi i genitori; si chiarisce nelle Spiegazioni che tale paragrafo tiene conto che la competenza dell’Unione con riguardo alle questioni di diritto civile che presentano implicazioni transnazionali (art. 81 TFUE) può comprendere, tra l’altro, i diritti di visita volti appunto a consentire ai figli di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori. La Corte di giustizia ha talora valorizzato la derivazione dell’art. 24 dalla CRC; così, nella sentenza 6 giugno 2013 *MA*, essa ha richiamato la CRC nell’affermare che l’interesse superiore del minore richiede che per i minori non accompagnati la procedura di determinazione dello Stato membro competente ad esaminare la domanda di protezione non sia “prolungata più di quanto strettamente necessario, il che implica che, in linea di principio, essi non

¹⁵ È opportuno ricordare che le Spiegazioni indicano le fonti delle disposizioni enunciate dalla Carta ed hanno una funzione di carattere interpretativo; come prevede l’art. 6, par. 1, TUE, la Carta deve essere interpretata “tenendo in debito conto le Spiegazioni”. Cfr. V. SCARABBA, “Le Spiegazioni della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione”, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, I, p. 59 ss., J.P. JACQUÉ, “The Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights”, in *The EU Charter of fundamental Rights. A Commentary*, cit., p. 1715 ss.; N. LAZZERINI, “Considerazioni sul valore delle spiegazioni relative alla Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea”, in *Osservatorio sulle fonti*, 2010, n. 2.



siano trasferiti verso un altro Stato membro”.¹⁶

Altre disposizioni della Carta possono, peraltro, interessare la tutela dei diritti dei minori e trovare un riscontro nella CRC pur in assenza di un esplicito riferimento nelle relative Spiegazioni. Così, il divieto di discriminazione – enunciato dall’art. 21 della Carta per ragioni che comprendono, tra l’altro, l’età e l’origine etnica – nonché i diversi diritti che la Carta riconosce alla “persona” i quali devono ragionevolmente intendersi come riferiti anche al minore pur con le peculiarità che possono risaltarne; tra questi, il diritto alla vita (art. 7 CRC e art. 2 Carta), la libertà di espressione (art. 13 CRC e art. 11 Carta), la libertà di pensiero, coscienza e di religione (art. 14, par. 1, CRC e art. 10 Carta), di associazione e di riunione (art. 15 CRC e art. 12 Carta), il rispetto della vita privata (art. 16 CRC e art. 7 della Carta), il diritto all’istruzione (art. 28 CRC e art. 14 Carta), il divieto di tortura o pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 37 CRC; art. 4 Carta) nonché alcuni principi in materia penale (art. 40 CRC e art. 49 Carta). Anche rispetto a tali diritti la CRC assume rilievo in funzione interpretativa, contribuendo a chiarire il contenuto dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta e potendo fornire un contributo soprattutto in relazione alle particolarità che questi assumono quando applicati nei confronti dei minori.

3. CRC e atti normativi dell’Unione

La rilevanza della CRC nell’ordinamento dell’Unione si manifesta anche, come sopra anticipato, mediante atti normativi adottati dalle istituzioni.

Al fine di comprendere il valore conferito alla CRC nell’ordinamento dell’Unione appaiono anzitutto significativi i casi nei quali la Convenzione è citata espressamente nel preambolo di atti normativi, manifestando così un diretto legame con la fonte derivata. Il richiamo adempie in questo caso ad una funzione di carattere interpretativo, portando a valorizzare la CRC ai fini di determinare il significato e la portata delle disposizioni poste dall’atto stesso. Tali richiami evidenziano anche la volontà di assicurare il puntuale rispetto della CRC, in quanto essi manifestano l’intento delle istituzioni di garantire che l’interpretazione e l’applicazione dell’atto dell’Unione siano conformi agli obblighi convenzionali assunti dagli Stati membri. Il riferimento alla

¹⁶ Sentenza 6 giugno 2013, causa C-648/11. Si veda anche la giurisprudenza citata *infra*, par. 4.



Convenzione è talora generico (alla CRC ovvero anche, allo stesso tempo, ai trattati delle Nazioni Unite relativi ai diritti umani), talora, invece, è precisato in relazione anche a specifici articoli.

Le aree di diritto materiale maggiormente interessate sono quelle dell'immigrazione e della protezione internazionale, nonché della cooperazione giudiziaria civile e penale. Senza poter effettuare un'indagine esaustiva, si può osservare che riferimenti alla CRC si riscontrano, tra l'altro, ai fini del riconoscimento della protezione internazionale,¹⁷ in merito al diritto del minore di intrattenere relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori, al diritto di esprimere la propria opinione, al rispetto della vita familiare e ad un armonioso sviluppo della personalità, nel contrasto dei reati a danno dei minori,¹⁸ nonché riguardo alla funzione dei media. Il principio dell'unità familiare rileva anche come limite all'allontanamento, che è soggetto a condizioni particolarmente rigorose in relazione ai minori.¹⁹

La disposizione più di frequente richiamata negli atti normativi dell'Unione attiene al principio dell'interesse superiore del minore, come avviene, ad esempio, nelle direttive sulla protezione internazionale e in quelle relative al diritto europeo della famiglia.²⁰ Tali richiami presentano un particolare in-

17 Cfr., oltre alle direttive menzionate più avanti, la risoluzione del Consiglio del 1997 sui minori non accompagnati che menziona la Convenzione precisando che le Parti sono tenute a rispettare senza discriminazioni i diritti da essa enunciati. Si considera, inoltre, che, "a norma dell'articolo 3 di detta Convenzione, in tutte le misure concernenti i fanciulli l'interesse superiore degli stessi deve costituire una considerazione preminente" e che l'articolo 22 "mira a proteggere e assistere il minore che chiede lo *status* di rifugiato o è considerato tale".

18 Cfr. la direttiva 2011/92 relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile che, nel primo considerando, richiama la Convenzione affermando che l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori costituiscono "gravi violazioni dei diritti fondamentali, in particolare del diritto dei minori alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere, come sancito nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989 e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea". V. anche le direttive 2012/13 sull'informazione nei procedimenti penali e 2012/92 sulla protezione delle vittime di reato.

19 La direttiva 2004/38, riguardante il soggiorno dei cittadini dell'Unione, riflette espressamente questa esigenza indicando che tale misura solo eccezionalmente potrebbe essere adottata nei confronti "di cittadini dell'Unione che hanno soggiornato per molti anni nel territorio dello Stato membro ospitante, in particolare qualora vi siano nati e vi abbiano soggiornato per tutta la vita" e che "dette circostanze eccezionali dovrebbero valere anche per le misure di allontanamento prese nei confronti di minorenni, al fine di tutelare i loro legami con la famiglia, conformemente alla Convenzione sui diritti del fanciullo delle Nazioni Unite, del 20 novembre 1989".

20 Richiami al principio degli interessi superiori dei minori si riscontrano nel regolamento 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni



teresse allorché essi non si limitino a menzionare genericamente il principio dei “*best interests*”, bensì specifichino i criteri alla luce dei quali gli interessi superiori devono essere accertati e valutati.

In via esemplificativa, si possono menzionare la direttiva 2013/33 sull'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, ove si indica che nel darvi attuazione “gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché la direttiva rispetti pienamente i principi dell'interesse superiore del minore e dell'unità familiare” (considerando 9), e, analogamente, la direttiva 2008/115 relativa ai rimpatri che prevede che, “in linea con la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989, l'interesse superiore del bambino dovrebbe costituire una considerazione preminente degli Stati membri nell'attuazione della presente direttiva” (considerando 22).

Più specifici risultano i richiami contenuti in alcuni altri atti, come nella direttiva 2011/95 sull'attribuzione della qualifica di beneficiario di protezione internazionale; questa non solo esorta gli Stati membri ad “attribuire fondamentale importanza all'interesse superiore del minore, in linea con la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989” (considerando 18), ma indica anche i criteri alla luce dei quali occorre valutare che l'interesse superiore del minore sia rispettato, precisando che, a tal fine, “gli Stati membri dovrebbero tenere debitamente presenti, in particolare, il principio dell'unità del nucleo familiare, il benessere e lo sviluppo sociale del minore, le considerazioni attinenti alla sua incolumità e sicurezza, nonché il parere del minore in funzione dell'età o della maturità del medesimo”.²¹ Un simile orientamento si riscontra nella c.d. direttiva procedure (direttiva 2013/32), con l'ulteriore precisazione (nel considerando 33) per cui, nella valutazione dell'interesse superiore del minore, gli Stati membri dovrebbero in particolare tenere debitamente conto “del benessere e dello sviluppo

in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale. I considerando 12 e 13 del regolamento indicano che esso si basa sul principio dei *best interests*; si prevede, più in particolare, che le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non siano riconosciute se, “tenuto conto dell'interesse superiore del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto”. Cfr. in argomento O. LOPES PEGNA, “L'interesse superiore del minore nel Regolamento 2201/2003”, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2013, p. 357 ss.

²¹ È altresì rilevante una particolare attenzione richiesta nei confronti dei minori ai fini dell'accertamento dello *status* di protezione; infatti, “nel valutare le domande di protezione internazionale presentate da minori è necessario che gli Stati membri considerino con attenzione le forme di persecuzione riguardanti specificamente i minori”.



sociale del minore, compreso il suo passato”. Nel regolamento 604/2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale (c.d. regolamento Dublino), si aggiunge che nel valutare l'interesse superiore del minore occorre altresì considerare “il suo contesto di origine”,²² e che è “opportuno che siano fissate specifiche garanzie procedurali per i minori non accompagnati, in considerazione della loro particolare vulnerabilità”.

I richiami alla Convenzione in atti normativi dell'Unione presentano un valore la cui importanza non deve essere sottovalutata. Da un lato, infatti, la normativa dell'Unione porta a concretizzare i principi enunciati dalla CRC, traducendoli in regole materiali, e contribuendo così a darne un significato tendenzialmente uniforme negli Stati membri.²³ Dall'altro, l'atto normativo diventa il veicolo attraverso il quale la Convenzione entra negli ordinamenti nazionali, assumendo gli effetti propri dell'atto normativo dell'Unione utilizzato. La “traduzione” di principi affermati dalla Convenzione in disposizioni di un regolamento porterà quindi, in sostanza, a riconoscere la diretta applicabilità della regola che esprime il principio convenzionale, mentre l'enunciazione in una direttiva imporrà allo Stato membro l'obbligo di attuazione nell'ordinamento nazionale.

Si può inoltre osservare come alcuni atti – talora anche in assenza di un esplicito riferimento alla CRC – ne applicano in concreto dei principi, attraverso una sostanziale coincidenza tra il contenuto materiale dell'atto e il diritto enunciato dalla Convenzione. Così, ad esempio, il diritto al ricongiungi-

22 Considerando 13: “nel valutare l'interesse superiore del minore gli Stati membri dovrebbero tenere debito conto in particolare del benessere e dello sviluppo sociale del minore in funzione dell'età o della maturità del medesimo, compreso il suo contesto di origine”.

23 La Corte di giustizia ha valorizzato i considerando degli atti a fini interpretativi. Cfr., ad esempio, la sentenza 11 luglio 2008, causa C195/08 PPU, *Rinau*, in cui i richiami ai considerando svolgono un'importante funzione ai fini della interpretazione del già ricordato regolamento 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale. Rilevanza ai considerando del medesimo regolamento è stata data altresì con riguardo alla definizione della residenza abituale del minore; cfr. la sentenza 9 ottobre 2014, *M*, causa C376/14 PPU in cui si ricorda che la Corte ha già affermato che “il regolamento non contiene alcuna definizione di tale nozione e ha considerato che il senso e la portata di detta nozione devono essere determinati, segnatamente, in funzione dell'obiettivo che emerge dal considerando 12 del regolamento, secondo il quale le regole di competenza da esso accolte si informano all'interesse superiore del minore e, in particolare, al criterio di vicinanza”. Cfr. anche le sentenze 2 aprile 2009, *A*, causa C-523/07, punti 31 e 22 dicembre 2010, *Mercredi*, causa C-497/10 PPU.



mento familiare,²⁴ previsto da direttive dell'Unione sia per i cittadini di Stati membri sia, a condizioni più rigorose, per i cittadini di Stati terzi, specifica il contenuto del principio della CRC per il quale la riunificazione del minore con i propri familiari deve essere “considerata con uno spirito positivo, con umanità e diligenza” (art. 14, par. 1 CRC). Tali principi, benché di carattere assai generale, dovranno essere rispettati dagli Stati membri nel dare applicazione alle direttive sul ricongiungimento; così, in particolare, in merito ai tempi delle decisioni amministrative che, con riguardo ai minori, dovranno essere svolte con la massima tempestività.²⁵

La rilevanza della Convenzione può, peraltro, essere resa palese dai lavori preparatori, anche in mancanza di un esplicito richiamo nell'atto normativo. Si può ad esempio menzionare la proposta di direttiva sul ricongiungimento familiare dei cittadini di Stati terzi.²⁶ Nella relazione che accompagna la proposta si legge come sia “indispensabile ricordare la convenzione relativa ai diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, che esorta gli Stati aderenti ad adoperarsi affinché i figli non siano separati dai loro genitori. Pertanto le domande di uscita o di ingresso in un paese ai fini del ricongiungimento familiare devono essere esaminate con uno spirito positivo, con umanità e sollecitudine. In tutte le decisioni che riguardano i bambini, occorre tener conto in primo luogo del loro interesse”. Nella stessa relazione, si precisa che l'art. 6 della proposta (ora art. 6 della direttiva),²⁷ che detta alcune regole di particolare favore per i minori richiedenti asilo non accompagnati, “si ispira

24 Il ricongiungimento familiare ha costituito il primo settore del diritto dell'Unione in cui ha avuto rilevanza la condizione dei minori benché la giurisprudenza sia stata inizialmente orientata a considerare il ricongiungimento come funzionale alla libertà di circolazione delle persone piuttosto che quale espressione di un diritto fondamentale.

25 È opportuno ricordare che la Corte di giustizia ha ritenuto che il figlio minore possa essere titolare di un diritto al ricongiungimento. La Corte ha infatti ritenuto che il diritto del minore non sia subordinato alla condizione “che l'interessato abbia raggiunto l'età richiesta per avere la capacità giuridica di esercitare, egli stesso, i detti diritti” (sentenza 19 ottobre 2004, *Chen*, causa C-200/02, par. 20); cfr. sulle conseguenze di tale orientamento C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, 2017, p. 142 ss.

26 COM (2002) 225 del 2 maggio 2002, proposta modificata di direttiva relativa al diritto al ricongiungimento familiare. La proposta ha poi portato all'adozione della direttiva 2003/86/CE del 22 settembre 2003.

27 “Se il rifugiato è un minore non accompagnato, gli Stati membri possono: (a) autorizzare l'ingresso e il soggiorno ai fini del ricongiungimento familiare degli ascendenti, senza applicare le condizioni previste all'articolo 5, paragrafo 1, lettera d); (b) autorizzare l'ingresso e il soggiorno ai fini del ricongiungimento familiare di altri familiari non previsti dall'articolo 5, quando il minore non abbia ascendenti o quando è impossibile ritrovarli”.



all'articolo 22 della convenzione delle Nazioni Unite relativa ai diritti del fanciullo del 1989”.

Un aspetto per il quale si evidenzia il ruolo di carattere integrativo che la CRC può svolgere nel rapporto con gli atti normativi dell'Unione attiene alla fissazione dell'età della persona ritenuta minore. Qualora manchino negli atti normativi dell'Unione indicazioni al riguardo, i richiami alla CRC portano a ritenere che si intenda fare implicitamente riferimento alla regola da essa posta che fissa in 18 anni la maggiore età.²⁸

4. Le risoluzioni del Parlamento europeo: la dimensione esterna della tutela dei diritti dei minori e la possibilità di adesione dell'Unione alla CRC

Si riscontrano richiami alla Convenzione anche in atti non vincolanti dell'Unione,²⁹ in particolare in risoluzioni del Parlamento europeo. In questi casi, il richiamo assume un valore eminentemente politico, portando comunque a valorizzare la Convenzione, e anche sollecitando la Commissione europea a prospettare iniziative legislative coerenti con quanto auspicato dal Parlamento.

La posizione manifestata dal Parlamento europeo può, tuttavia, assumere una rilevanza concreta nel momento in cui essa rifletta la posizione che l'istituzione è orientata a tenere in risposta a petizioni ad esso presentate dai cittadini; le petizioni possono, infatti, far emergere situazioni di inadempimento e quindi acquisire un ruolo informativo nei confronti della Commissione europea, anche ai fini dell'avvio di un procedimento di infrazione nei confronti dello Stato inadempiente. La risoluzione sui diritti dei minori in base

²⁸ Cfr. in questo senso S. HÖLSCHIEDT, “Art. 24”, in *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, a cura di J. Meyer, S. Hölscheidt, 2014, p. 427. Alcune direttive stabiliscono l'età del minore ai fini dell'applicazione di determinate regole, v. L. RAITL, “Commento all'art. 24”, cit., p. 481. Riguardo all'accertamento dell'età del minore non accompagnato, la già ricordata direttiva 2013/32 sul riconoscimento della protezione internazionale prevede che possono essere effettuate visite mediche “laddove, in base a sue dichiarazioni generali o altre indicazioni pertinenti, gli Stati membri nutrano dubbi circa l'età. Se in seguito gli Stati membri continuano a nutrire dubbi circa l'età del richiedente, considerano il richiedente un minore” (art. 25, par. 5).

²⁹ Come nella già ricordata risoluzione del Consiglio del 1997 sui minori non accompagnati.



alle petizioni, adottata dal Parlamento europeo nel 2016,³⁰ è significativa di tale orientamento: essa fa emergere, tra l'altro, l'esigenza che, nel rispetto dell'art. 24 della Carta, siano previste negli Stati membri idonee procedure ai fini dell'ascolto del minore.

Sono molteplici i richiami del Parlamento europeo volti a sollecitare l'adesione alla Convenzione,³¹ benché questa sia ormai stata universalmente accettata con l'esclusione soltanto degli Stati Uniti. Sembrano in concreto più rilevanti i richiami alla necessità di rispettare in modo effettivo la Convenzione³² e di ratificare i Protocolli (in particolare il terzo, che prevede un meccanismo di controllo) che non tutti gli Stati dell'Unione hanno sinora accettato. Sono anche frequenti i richiami all'esigenza che l'UE cooperi con gli Stati terzi al fine di scoraggiare alcune gravi violazioni dei diritti dei minori (come i matrimoni precoci, la prostituzione infantile e la tratta di minori, l'impiego dei bambini soldato, il lavoro minorile) e che essa continui a promuovere il rispetto dei diritti dei minori nella politica di cooperazione allo sviluppo.

Tra le sollecitazioni espresse dal Parlamento europeo non può trascurarsi quella relativa all'adesione dell'Unione alla CRC. Nella relazione annuale del 2018 sui diritti umani e la democrazia nel mondo³³ il Parlamento “in-

30 Risoluzione del Parlamento europeo del 28 aprile 2016, Salvaguardia dell'interesse superiore del minore in tutta l'UE sulla base delle petizioni presentate al Parlamento europeo. Ivi si osserva che le numerose petizioni pervenute “dimostrano che esiste un problema fondamentale nell'attuazione del regolamento Bruxelles II *bis*”; si sollecitano perciò gli Stati membri ad adottare misure per un migliore coordinamento dei casi transfrontalieri e si auspica l'adozione di “norme minime per l'audizione di un minore nei procedimenti civili nazionali, in conformità dell'articolo 24 della Carta dei diritti fondamentali”.

31 Ad esempio nella relazione annuale 2017 sulla tutela dei diritti umani e la democrazia nel mondo il Parlamento “invita i paesi che non hanno ancora ratificato detta convenzione a farlo senza indugio”; un'analogha sollecitazione si trova in precedenti risoluzioni annuali nelle quali è stata ribadita la “urgente necessità di una ratifica universale e di un'efficace attuazione della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo (UNCRC) e dei suoi protocolli opzionali”.

32 Come nella risoluzione del 27 novembre 2014 adottata per il 25° anniversario della Convenzione (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2014-0070&language=IT>) il Parlamento considera che “dall'adozione della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia 25 anni fa sono stati compiuti progressi, ma che i diritti dei minori continuano a essere violati in molte parti del mondo, anche negli Stati membri dell'UE, a causa di violenze, abusi, sfruttamento, povertà, esclusione sociale e discriminazioni in base alla religione, la disabilità, il genere, l'identità sessuale, l'età, l'origine etnica e lo status di migrante o in materia di soggiorno”.

33 Risoluzione del Parlamento europeo del 12 dicembre 2018 sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2017 e sulla politica dell'Unione europea in materia (2018/2098/INI).



vita la Commissione ad esplorare soluzioni e mezzi che consentano all'UE di aderire unilateralmente alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo (UNCRC), dato che tutti gli Stati membri dell'Unione l'hanno ratificata e che il diritto primario e derivato dell'UE reca disposizioni sostanziali sulla tutela dei diritti del fanciullo³⁴. Non risulta al momento che la Commissione abbia dato seguito a tale sollecitazione. La competenza a stipulare dell'Unione potrebbe essere fondata sul criterio in base al quale la Convenzione incide, in una varietà di settori,³⁴ su norme comuni o è idonea a modificarne la portata;³⁵ tuttavia, essendo la CRC, ai sensi del suo art. 46, aperta agli Stati e non anche alle organizzazioni internazionali, sarebbe necessario provvedere alla modifica necessaria al fine di consentire l'adesione dell'Unione.³⁶ Peraltro, la partecipazione dell'Unione alla CRC potrebbe collocarsi lungo il percorso avviato con l'adesione alla Convenzione delle Nazioni Unite sulla disabilità,³⁷ che ha per la prima volta portato l'Unione europea ad aderire a un trattato sui diritti umani, e proseguito con la firma della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e il contrasto della violenza contro le donne.³⁸

5. Il ruolo della CRC nella giurisprudenza della Corte di giustizia

La rilevanza della CRC nella giurisprudenza della Corte di giustizia emerge, da un lato, ai fini dell'individuazione dei principi generali, dall'altro,

³⁴ Una sorta di inventario delle diverse aree di competenza dell'Unione interessate dai diritti dei minori è svolto dalla Commissione nel documento nella comunicazione del 2006 sopra citata.

³⁵ Sarebbe perciò soddisfatto uno dei criteri di competenza previsti dall'art. 3, par. 2, TFUE.

³⁶ È invece aperta all'adesione dell'UE la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, al momento in vigore solo per 15 Stati membri dell'Unione.

³⁷ Cfr. la decisione 2010/48/CE del 26 novembre 2009 sulla conclusione da parte della Comunità europea della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità. La Convenzione è entrata in vigore il 22 gennaio 2011.

³⁸ Si veda, in questo volume, il contributo di S. DE VIDO. Cfr. la decisione 2017/865 dell'11 maggio 2017 relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica per quanto riguarda la cooperazione giudiziaria in materia penale. La Convenzione è stata firmata il 13 giugno 2017. In relazione alla competenza dell'Unione cfr. S. PEERS, *Violence against women: what will be the impact of the EU signing the Istanbul Convention?*, *EU Law Analysis*, 4 marzo 2016 (<http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/03/violence-against-women-what-will-be.html>).



nell'interpretazione delle fonti (in particolare, la Carta e gli atti derivati) che, in base alle tecniche sopra riferite, tutelano i diritti del minore o comunque incidono rispetto ad essi, spesso ricalcando – talora con richiami espliciti – i principi enunciati dalla Convenzione.

Per il primo profilo, è noto che la Corte di giustizia ha elaborato una tutela dei diritti fondamentali, ben prima che questi venissero enunciati nella Carta, qualificandoli come fonte non scritta dell'ordinamento comunitario (poi dell'Unione) in quanto principi generali. È altrettanto noto che nella costruzione di tali principi la Corte esercita un significativo potere discrezionale pur richiamandosi, da un lato, alla Convenzione europea dei diritti umani e, dall'altro, alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Tale metodo è ora codificato dall'art. 6, par. 3, TUE che – con una formulazione, invero, non perfettamente coincidente con l'approccio seguito dalla Corte³⁹ – precisa, tra l'altro, che i diritti garantiti dalla CEDU “fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”.

Benché la costruzione dei principi generali sia prevalentemente ispirata alla CEDU, non mancano nella giurisprudenza della Corte di giustizia dei richiami ad altre convenzioni di tutela dei diritti umani, quale appunto la CRC. Una sentenza del 2006, emessa in base al ricorso con cui il Parlamento europeo contestava la legittimità della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare,⁴⁰ esprime con chiarezza l'orientamento accolto dalla Corte; ivi si afferma che “il patto internazionale sui diritti civili e politici si annovera tra gli strumenti internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo di cui la Corte tiene conto per l'applicazione dei principi generali del diritto comunitario” e si aggiunge che “ciò vale parimenti per la menzionata Convenzione relativa ai diritti del fanciullo che, al pari del patto citato *supra*, è vincolante nei confronti di ogni singolo Stato membro” (par. 37). Tale schema interpretativo chiarisce, quindi, come la CRC sia parte dei parametri alla luce dei quali la Corte individua il contenuto dei principi generali di cui essa, secondo una consolidata giurisprudenza, garantisce l'osservanza. Fondandosi sulla CRC, la Corte ha dichiarato, nella stessa pronuncia, che tale Convenzione “riconosce parimenti il principio del rispetto della vita familiare” e che la direttiva “è fondata sul riconoscimento, espresso nel suo sesto

³⁹ Mi permetto di rinviare in proposito a “La Corte di giustizia dinanzi ai principi generali codificati”, in *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, a cura di A. Annoni, S. Forlati, F. Salerno, Napoli, 2019, p. 558 ss.

⁴⁰ Sentenza 27 giugno 2006, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-540/03.



‘considerando’, che il minore deve poter crescere, ai fini di un armonioso sviluppo della propria personalità, nell’ambiente familiare”.

Un ruolo di particolare rilevanza è stato svolto dalla CRC in una sentenza del 2008,⁴¹ resa in risposta ad una domanda in via pregiudiziale concernente i limiti alla libertà di circolazione delle merci nelle vendite *online*; il giudice nazionale doveva valutare la compatibilità con il diritto comunitario di una normativa nazionale che vietava la vendita per corrispondenza di supporti video non sottoposti al controllo e alla classificazione ai fini della tutela dei minori. Si afferma anzitutto nella pronuncia che “la tutela dei diritti del minore è sancita da svariati atti internazionali ai quali gli Stati membri hanno cooperato o aderito”, tra i quali, oltre al Patto internazionale sui diritti civili e politici, si menziona la CRC; la Corte di giustizia ribadisce che “tali atti internazionali si annoverano tra quelli relativi alla tutela dei diritti umani di cui essa tiene conto per l’applicazione dei principi generali del diritto comunitario”. Nel caso di specie, la Corte si fonda espressamente sull’art. 17 della Convenzione, in base al quale gli Stati riconoscono “l’importanza della funzione svolta dai media, e vigilano affinché i minori possano accedere ad informazioni e materiali provenienti da fonti nazionali ed internazionali diverse, in particolare quelle dirette a promuovere il loro benessere sociale, spirituale e morale, nonché la loro salute fisica e psichica”. La costruzione della norma convenzionale assume quindi nel contesto della pronuncia un’importanza determinante perché, in virtù della tutela dei minori, si dichiara che può essere consentita, se ricorrono le condizioni richieste dalla Corte,⁴² una limitazione alla libertà fondamentale di circolazione delle merci: la tutela del minore rappresenta, infatti, “un interesse legittimo che giustifica, in linea di principio, una limitazione ad una libertà fondamentale garantita dal Trattato CE, quale la libera circolazione delle merci” (par. 42).

Ai fini della formazione dei principi generali rilevano altresì le conclusioni di avvocati generali nelle quali la Convenzione è stata spesso richiamata;⁴³

41 Sentenza 4 febbraio 2008, *Dynamic Medien Vertriebs c. Avides Media*, causa C-244/06.

42 Le limitazioni possono essere giustificate solo se sono idonee a garantire la realizzazione dell’obiettivo perseguito e se non eccedono quanto necessario per conseguirlo.

43 Cfr., tra le altre, le conclusioni dell’avvocato generale Kokott dell’8 settembre 2005, nella causa C-540/03, nelle quali la CRC è ampiamente menzionata riguardo sia al ricongiungimento familiare (ricordando come l’art. 9 della Convenzione stabilisca che il fanciullo non possa essere separato dai suoi genitori contro la sua volontà) sia per il principio dei *best interests*. Nelle conclusioni del 12 aprile 2018 rese nella causa C-550/16 il principio dell’interesse superiore porta ad affermare che debba essere qualificato come “minore”, il cittadino di uno



si può perciò ritenere che la CRC sia stata talora presa in considerazione dalla Corte anche quando la sentenza non presenta una traccia esplicita dell'impatto che essa potrebbe avere avuto nel contribuire a determinare la soluzione accolta.⁴⁴

Un'analogia osservazione può svolgersi riguardo all'attività interpretativa posta in essere dai comitati sui diritti umani e, in particolare, dal comitato previsto dalla CRC;⁴⁵ benché gli orientamenti da essi manifestati non risultino espressamente dalle sentenze della Corte, a questi è talora rivolta attenzione nelle conclusioni; così, in particolare, l'avvocato generale Bot richia-

Stato terzo o un apolide “che aveva un'età inferiore ai diciotto anni al momento del suo ingresso nel territorio di uno Stato membro e della presentazione della sua domanda di asilo in tale Stato, ma che, nel corso della procedura di asilo, raggiunge la maggiore età e ottiene in seguito il riconoscimento dello *status* di rifugiato”. Nelle conclusioni del 27 giugno 2018 nella causa C-380/17, *KB*, l'avvocato generale Mengozzi ricorda come, secondo la giurisprudenza della Corte, “la Convenzione internazionale relativa ai diritti del fanciullo vincola, al pari degli altri strumenti internazionali citati, tutti gli Stati membri”. Nelle conclusioni del 12 aprile 2018 causa C-335/17, *Valcheva*, l'avvocato generale Szpunar, nel chiarire se il diritto di visita concerna anche i nonni in base al regolamento 2201/2003, cita la Convenzione ricordando che essa “si annovera tra gli strumenti internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo di cui la Corte tiene conto per l'applicazione dei principi generali del diritto dell'Unione”.

44 Talora la Corte può seguire un diverso approccio, che porta a non considerare neppure in modo implicito la Convenzione; così, ad esempio, mentre nelle conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi nel caso *Eind* (causa C-291/05) la CRC è richiamata in relazione al ricongiungimento quale espressione del rispetto della vita familiare, la Corte, invece, affronta la questione nella prospettiva della libertà di circolazione delle persone fondando il diritto al ricongiungimento sulla realizzazione del mercato comune piuttosto che su un dritto fondamentale. Analogamente nel caso *Grunkin Paul*, causa 535/06, sentenza 14 ottobre 2008. Nella sentenza 8 novembre 2012, causa C-40/11, *Jida*, la Corte ritiene che la situazione non sia tale da configurarsi come attuazione del diritto dell'Unione, non giustificando perciò l'applicazione della Carta; l'avvocato generale Trstenjak, invece, aveva ritenuto che l'art. 24 della Carta potesse giustificare un'interpretazione ampia degli articoli 20 e 21 TFUE così da consentire al genitore cittadino di Stato terzo di risiedere nello Stato membro di residenza del figlio minore per poter intrattenere con esso relazioni regolari e stabili (conclusioni del 15 maggio 2012). Si veda anche la sentenza *M.A.*, causa C-661/17, del 23 gennaio 2019, sulla quale cfr. M. FERRI, “Il rapporto tra clausola di sovranità e diritti fondamentali”, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, n. 1.

45 Il Comitato sui diritti dell'infanzia svolge non solo una funzione di revisione dei rapporti che gli Stati devono periodicamente sottoporre, ma anche per i pareri interpretativi resi su particolari aspetti della Convenzione, quali il parere sui minori disabili, sul diritto all'ascolto, sui minori nel mondo digitale; <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx>. Un ruolo più significativo è conferito al comitato dal terzo protocollo facoltativo alla Convenzione (*Optional Protocol on a communications procedure*, su cui si vedano, in questo volume, i contributi di F. POCAR ed E. D'ALESSANDRO).



ma, nelle sue conclusioni del 16 aprile 2015 nella causa C-184/14, quanto affermato dal Comitato sui diritti dell'infanzia istituito presso l'alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani (OHCHR) ritenuto “particolarmente pertinente” ai fini di chiarire che l'interesse superiore del minore “è un criterio, un obiettivo, una linea di condotta, una nozione-guida, che deve ispirare, improntare e permeare tutte le norme, le politiche e le decisioni interne, nonché gli stanziamenti di bilancio relativi ai minori”. La Corte nella sentenza non richiama direttamente la CRC, ma si fonda sulla corrispondente disposizione della Carta dandone un'interpretazione estesa anche all'individuazione dei criteri relativi alla competenza giurisdizionale: in base a tale criterio, la Corte afferma “la necessità di tenere conto, nell'interpretazione delle regole di competenza previste all'articolo 3, lettere c) e d), del regolamento n. 4/2009, dell'interesse superiore del minore” e aggiunge che ciò vale a maggior ragione ove si consideri che l'attuazione del regolamento n. 4/2009 deve avvenire conformemente all'articolo 24, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo cui, 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.

Nella giurisprudenza più recente, i richiami ai principi generali risultano spesso “assorbiti” da quelli alla Carta dei diritti fondamentali ovvero sono riferiti in modo simultaneo alle due fonti, mantenendo comunque un atteggiamento di continuità con gli orientamenti in precedenza accolti.⁴⁶ Nella protezione dei diritti dei minori il parametro di riferimento è quindi ormai generalmente fornito dall'art. 24 della Carta, che è utilizzato nell'interpretazione di vari atti normativi. Così, ad esempio, nella sentenza *Aguirre Zarraga*⁴⁷ la Corte dichiara che il regolamento 2201/2003 “non può essere contrario alla Carta” e perciò occorre interpretarne le disposizioni (nella specie l'art. 42 sul diritto del minore ad essere ascoltato) “alla luce dell'articolo 24”. Nella sentenza *McB* si precisa che le disposizioni del medesimo regolamento non possono essere interpretate in modo tale da portare ad una violazione del diritto fondamentale del minore di intrattenere

⁴⁶ Cfr. in argomento N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2018, p. 56 ss. Rinvio anche a quanto ho osservato in “La Corte di giustizia dinanzi ai principi generali codificati”, cit., p. 569 ss. e in “Qualche riflessione sulla rilevanza nell'Unione europea dei trattati sui diritti umani diversi dalla CEDU”, in *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 153 ss.

⁴⁷ Sentenza 22 dicembre 2010, causa C-491/10 PPU.



regolarmente relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori, diritto che coincide con il principio dell'interesse superiore del minore; la Corte ne deduce che occorre perciò verificare se l'articolo 24 della Carta osti ad un'interpretazione del regolamento n. 2201/2003 per il quale l'illiceità del trasferimento di un minore “dipenda esclusivamente dall'esistenza di un diritto di affidamento, conferito dal diritto nazionale applicabile, in violazione del quale tale trasferimento ha avuto luogo”.⁴⁸ Lo stesso principio porta la Corte ad affermare l'esigenza, nel caso *Maahanmuuttovirasto*,⁴⁹ che il requisito di risorse stabili e sufficienti previsto ai fini del ricongiungimento sia inteso alla luce dell'interesse del minore e, quindi, interpretato in modo favorevole a garantire la vita familiare.⁵⁰

Anche il principio dei *best interests of the child*, che influenza una varietà di decisioni, è ormai richiamato come espresso dalla Carta, e bilanciato con le altre disposizioni che possono concernere il minore; così nella sentenza *Rendón Marín*⁵¹ si afferma che la direttiva 2004/38 sul diritto di circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione deve essere intesa “in combinato disposto con l'obbligo di prendere in considerazione l'interesse superiore del minore, riconosciuto dall'art. 24, paragrafo 2, della Carta”.⁵²

Se, quindi, la CRC esplica ormai la sua incidenza indirettamente, per il tramite dell'art. 24 della Carta, si riscontrano tuttavia anche alcuni richiami espressi alla Convenzione, al fine soprattutto di evidenziare come essa sia la fonte sulla quale tale articolo è fondato.

⁴⁸ Sentenza 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU.

⁴⁹ Sentenza 6 dicembre 2012, cause riunite C-356/11 e 357/11.

⁵⁰ Nell'esaminare le domande di ricongiungimento sulla base della direttiva 2003/86, la Corte dichiara che “le disposizioni di detta direttiva devono essere interpretate e applicate alla luce degli articoli 7 e 24, paragrafi 2 e 3, della Carta, come risulta del resto dal tenore letterale del considerando 2 e dall'articolo 5, paragrafo 5, di tale direttiva, i quali impongono agli Stati membri di esaminare le domande di ricongiungimento in questione nell'interesse dei minori di cui trattasi e nell'ottica di favorire la vita familiare”.

⁵¹ Sentenza 13 settembre 2016, causa C-165/14.

⁵² V. anche la già ricordata sentenza *McB*: “Occorre ricordare altresì che l'art. 7 della Carta, citato dal giudice del rinvio nella sua questione, deve essere letto in correlazione con l'obbligo di tener conto del superiore interesse del minore, sancito all'art. 24, n. 2, della Carta medesima, e segnatamente del diritto fondamentale del bambino di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori, quale enunciato all'art. 24, n. 3”. Cfr. anche la sentenza 23 dicembre 2009, causa C-403/09 PPU, *Deiček* nella quale la Corte si fonda sull'art. 24 della Carta per affermare che “è possibile derogare al diritto fondamentale del bambino di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori qualora tale interesse superiore si riveli contrario a un altro interesse del minore” (par. 58).



In questa prospettiva diventa particolarmente rilevante, nella giurisprudenza, il raffronto tra il contenuto della Carta e quello della Convenzione.

Così, ad esempio, nella già ricordata sentenza 6 giugno 2013 nella causa C-648/11, *MA*, la Corte evidenzia che l'art. 24 della Carta, “come emerge dalle spiegazioni relative a tale disposizione, si fonda sulla Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata da tutti gli Stati membri”, e ricorda come questa richiede 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”. Muovendo da tale presupposto, la Corte dichiara che il principio dell'interesse preminente del minore deve essere considerato nell'applicazione di tutte le disposizioni del regolamento n. 343/2003 relativa ai criteri e ai meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo, anche quando tale principio non sia esplicitamente menzionato.⁵³

Un puntuale raffronto è stato effettuato nelle conclusioni presentate dall'avvocato generale Cruz Villalón il 20 ottobre 2011,⁵⁴ nella causa C-507/10, esaminando una domanda in via pregiudiziale relativa alla decisione-quadro 2001/220/GAI sulla posizione della vittima nel procedimento penale. Il giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Firenze chiedeva se la decisione-quadro attribuisse alla vittima minorenni il diritto di ricorrere contro la decisione motivata con la quale il pubblico ministero aveva rigettato la sua domanda volta ad ottenere l'esecuzione dell'incidente probatorio. L'avvocato generale svolge un confronto tra l'art. 24 della Carta e la CRC, dopo aver premesso che “il testo della norma si ispira, secondo quanto specificato dalle Spiegazioni relative alle disposizioni della Carta, all'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, ratificata da tutti gli

⁵³ “Benché l'interesse del minore sia menzionato esplicitamente solo al primo comma dell'articolo 6 del regolamento n. 343/2003, l'articolo 24, paragrafo 2, della Carta, letto in combinato disposto con l'articolo 51, paragrafo 1, di quest'ultima, produce l'effetto che, in tutte le decisioni che adottano gli Stati membri sul fondamento del secondo comma del citato articolo 6, l'interesse superiore del minore deve parimenti essere considerato preminente” (par. 59). Da tale principio la Corte trae la conseguenza che, al fine di evitare il trasferimento di un minore non accompagnato, deve essere privilegiato, come Stato membro competente ad esaminare una domanda di protezione internazionale, quello in cui il minore non accompagnato si trova dopo avervi presentato la domanda, quello in cui il minore si trova.

⁵⁴ Conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón del 20 ottobre 2011, nella causa C-507/10, *X c. Y*.



Stati membri, il cui enunciato è praticamente uguale a quello della norma dell'Unione che sancisce detto diritto". L'avvocato generale rileva poi che la principale differenza "compare al n. 2 dell'art. 12 della Convenzione, che aggiunge, dopo aver sancito il diritto del fanciullo ad esprimere la propria opinione e ad essere sentito, che "si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale". Valorizzando la CRC, l'avvocato generale ritiene che l'art. 24, n. 1, della Carta debba essere inteso nel senso di imporre che l'opinione del bambino sia tenuta in considerazione in conformità alle sue particolari circostanze, anche nello svolgimento del processo; infatti dalla "interpretazione alla luce della Convenzione di New York si deduce che gli Stati membri hanno l'obbligo di tener conto delle necessità delle vittime minorenni quando esse siano chiamate a comparire dinanzi a un giudice". Tuttavia, "né la Carta né la Convenzione impongono agli Stati membri modalità precise di intervento", lasciando perciò discrezionalità agli Stati membri. La Corte accoglie l'interpretazione suggerita dall'avvocato generale⁵⁵ senza che, tuttavia, sia menzionata la Convenzione ai fini di giustificare l'orientamento seguito.

In tale contesto, la Convenzione può altresì contribuire a definire dei limiti all'interno degli spazi discrezionali che il diritto dell'Unione lascia agli Stati membri nell'applicazione di atti normativi, in particolare di direttive. Ciò si può evidenziare con chiarezza riguardo al diritto del minore di essere ascoltato nei procedimenti che lo concernono; benché la Corte abbia riconosciuto che tale principio deve essere rispettato in qualsiasi procedimento che riguardi il minore e che si collochi nell'ambito applicativo del diritto dell'Unione, essa ha tuttavia ritenuto che, in conformità alle competenze dell'Unione, spetti agli Stati membri stabilire le modalità a tal fine necessarie. Così risulta, tra l'altro, dalla già ricordata sentenza *Aguirre Zarraga*, in relazione al diritto di un minore di essere sentito nell'ambito di un processo

⁵⁵ "Come ha osservato l'avvocato generale ai paragrafi 5358 delle sue conclusioni, una legislazione nazionale che, in un sistema giuridico come quello di cui trattasi nella causa principale, prevede un regime processuale in forza del quale il pubblico ministero decide in merito all'accoglimento della domanda della vittima di ricorrere a una procedura come quella dell'incidente probatorio, non eccede il margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri nell'attuazione di tale obiettivo"; sentenza 21 dicembre 2011, causa C-507/10, *X c. Y*, par. 36.



civile vertente sulla custodia,⁵⁶ e dalla pronuncia nel caso *Pupino*,⁵⁷ in cui la Corte di giustizia ha dichiarato che il diritto dell'Unione esige l'esistenza di procedure di tutela dei diritti del minore nell'ambito dei procedimenti penali ma non prevede una procedura specifica, che spetta agli Stati membri individuare in conformità con i diritti fondamentali. Lo spazio discrezionale degli Stati membri deve, tuttavia, essere esercitato conformemente al rispetto dei diritti fondamentali allorché si verta in ambiti collegati all'attuazione del diritto dell'Unione, come può avvenire anche in relazione a norme di carattere procedurale;⁵⁸ tra i parametri che a tal fine assumono rilievo può certamente collocarsi anche la CRC, sia come riferimento diretto, sia mediante l'influenza che essa esercita nella interpretazione dei principi generali e della Carta.

6. Conclusioni

L'analisi sopra condotta ha permesso di evidenziare il ruolo significativo che la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza svolge nell'ordinamento dell'Unione, sia in quanto essa ha costituito il modello sulla base del quale è stata definita la tutela dei minori nella Carta dei diritti fondamentali, sia come parametro di riferimento, talora menzionato in modo esplicito, ai fini dell'interpretazione ed applicazione di atti normativi dell'Unione. Tra i diversi principi enunciati dalla Convenzione, quello relativo ai *best interests of the child* gioca senza dubbio il ruolo trasversale più importante, quale criterio cui deve conformarsi l'interpretazione del diritto dell'Unione in un'ampia varietà di situazioni e settori.⁵⁹

È altresì emerso come la particolarità del sistema dell'UE riguardo alla protezione dei diritti fondamentali accentui le interrelazioni tra le fonti di

⁵⁶ “Ne consegue che, conformemente a quanto previsto dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali e dall'art. 42, n. 2, primo comma, lett. a), del regolamento n. 2201/2003, il diritto del minore di essere sentito non esige che sia necessariamente tenuta un'audizione dinanzi al giudice dello Stato membro d'origine, bensì richiede che siano messe a disposizione di tale minore le procedure e condizioni legali che gli consentono di esprimere liberamente la sua opinione e che quest'ultima sia raccolta dal giudice”, par. 65.

⁵⁷ Sentenza 16 giugno 2005, *Pupino*, causa C-105/03.

⁵⁸ Cfr. su tale aspetto LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali...*, cit., p. 220-221.

⁵⁹ Come molto efficacemente affermato nelle conclusioni dell'avvocato generale Szpunar, nella causa C-133/15 può dirsi che “il principio della preminenza dell'interesse superiore del minore sia la lente attraverso la quale devono essere lette le disposizioni del diritto dell'Unione”.



tutela dei minori, facilitandone la reciproca influenza, ma anche sviluppando un complesso intreccio tra diverse dimensioni normative. Da un lato, la circostanza che la CEDU non contenga una tutela specifica dei diritti dei minori ha aperto la strada alla valorizzazione della CRC nell'ordinamento dell'Unione, integrando, attraverso i riferimenti ad essa, i parametri utilizzati per la formulazione di principi generali e di criteri interpretativi. D'altra parte, la Corte europea dei diritti umani ha, come si è già riferito, tenuto conto della CRC nella definizione del diritto alla vita familiare, "compensando" in tal modo le lacune della CEDU,⁶⁰ ciò si riflette nell'ordinamento dell'Unione attraverso il ruolo che la CEDU assume ai fini dell'interpretazione delle corrispondenti disposizioni della Carta dei diritti fondamentali. Inoltre, la sostanziale "incorporazione" nell'art. 24 della Carta di alcuni dei diritti enunciati dalla CRC consente di valorizzarne l'efficacia, conferendo ad essi il rango di diritto primario dell'Unione.

Un rafforzamento del valore della CRC risulta anche, in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, allorché alcune sue disposizioni trovino espressione in atti delle istituzioni. Tale meccanismo, insieme alla possibilità che siano avviati procedimenti di infrazione nei confronti dello Stato membro inadempiente, consente non solo di rafforzare il rispetto (effettivo) della CRC da parte degli Stati membri, ma anche di tradurre in regole materiali concrete i principi enunciati – spesso in modo generale – dalla Convenzione. Il collegamento con il diritto dell'Unione porta anche a sviluppare a livello regionale un'interpretazione e applicazione tendenzialmente uniforme della CRC in base agli atti normativi e alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Tale convergenza in ambito europeo del significato che le disposizioni della CRC hanno nei settori regolati dal diritto dell'Unione può, del resto, estendersi anche alle situazioni puramente interne, mediante una "armonizzazione spontanea" da parte delle giurisdizioni nazionali; i criteri interpretativi della CRC accolti ai fini dell'attuazione del diritto dell'Unione potrebbero, infatti, essere utilizzati anche in settori di competenza interna, affermandosi in via generale come quelli propri della norma convenzionale.

Il rapporto sinergico che così si sviluppa tra le diverse fonti di tutela consente all'Unione di beneficiare della elaborazione maturata in base alla CRC incorporandola nel proprio ordinamento; d'altra parte, ciò permette alla Con-

60 U. KILKELLY, "The Impact of the Children's Convention on the European Convention on Human Rights", in *Revisiting Children's Rights: Ten Years of the UN Convention on the Rights of the Child*, a cura di D. Fottrell, Kluwer, 2000, p. 87 ss.



venzione di rafforzare – per il tramite delle fonti dell'Unione – la propria incidenza negli ordinamenti interni degli Stati membri.

Se tali meccanismi contribuiscono a valorizzare i diritti enunciati dalla CRC, è tuttavia necessario provvedere ad un'adeguata informazione degli operatori del diritto affinché la complessa interrelazione tra le fonti consenta di garantire un'efficace tutela dei diritti dei minori. Appare altresì essenziale la presenza di idonei strumenti di protezione del minore, sia nei procedimenti amministrativi sia in quelli giudiziari, anche sollecitando la ratifica da parte degli Stati membri e della stessa Unione della Convenzione europea del 1996 sull'esercizio dei diritti dei minori. Nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione la protezione giurisdizionale effettiva corrisponde ad un obbligo degli Stati membri enunciato dall'art. 19, par. 1, TUE, e dall'art. 47 della Carta. I rimedi previsti dovrebbero tuttavia considerare le speciali esigenze dei minori, seguendo le linee di quanto prospettato dalla Commissione europea anche in applicazione delle linee-guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa.⁶¹

⁶¹ Ci si intende riferire ai programmi volti a sviluppare la “*child friendly justice*” portata avanti dalla Agenzia per i diritti fondamentali (https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/rights-child/child-friendly-justice_en) in cooperazione con il Consiglio d'Europa (<https://www.coe.int/en/web/children/child-friendly-justice>). Sul tema cfr. R. O'DONNELL, *The role of the EU legal and policy framework in strengthening child friendly justice*, *ERA Forum*, 2014, p. 507 ss. e si vedano, in questo volume, i contributi di E. D'ALESSANDRO e B. BERTOLINI.

LA CRC E L'UFFICIO EUROPEO DI SOSTEGNO PER L'ASILO

EUROPEAN ASYLUM SUPPORT OFFICE¹

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il quadro normativo. – 3. Le attività di EASO sull'infanzia. – 3.1 L'identificazione tempestiva dei minori. – 3.2 Procedura di valutazione dell'età. – 3.3 Il processo di ricerca della famiglia. – 3.4 Condizioni di accoglienza adeguate. – 3.5 Considerare l'interesse superiore del minore. – 3.6 Procedure di asilo adatte ai minori. – 3.7 Sostegno operativo in relazione all'infanzia e all'adolescenza. – 4. Attività future di EASO sull'infanzia e l'adolescenza.

1. Introduzione

In occasione del trentennale della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (di seguito anche "CRC" e "Convenzione"), l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (in prosieguo "EASO") accoglie con favore l'iniziativa dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza di celebrare l'anniversario del trattato di diritti umani più ampiamente e rapidamente ratificato nella storia con un contributo che rifletta il ruolo svolto da EASO nel sostegno all'applicazione dei principi della Convenzione, e in particolare del suo art. 22, nel contesto delle procedure di protezione internazionale.

Questa iniziativa offre non solo l'opportunità di riconoscere i traguardi ad oggi raggiunti e gli attori impegnati a realizzarli, ma anche quella di individuare gli obiettivi ancora da raggiungere. Tra gli attori dedicati a rendere i principi e i diritti dei minori una realtà più vicina, occorre mettere in evidenza la figura dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza. Il loro ruolo, nell'incoraggiare la massima attuazione possibile della Convenzione e nel promuovere i diritti dei minori quando interagiscono con le autorità o gli enti pubblici, è essenziale. Nell'ambito del *Piano Operativo in Italia*, EASO ha

¹ *European Asylum Support Office* (EASO; vulnerablegroups@easo.europa.eu).



sostenuto l'Autorità garante nella facilitazione della formazione di tutori volontari per i minori non accompagnati, ai sensi della legge nazionale 47/2017 relativa alle misure di protezione per i minori stranieri non accompagnati.²

Tuttavia, l'attuazione dei diritti sanciti dalla Convenzione non è sempre garantita o concessa in modo uniforme. Per questo motivo EASO è impegnato a sostenere le autorità degli Stati membri dell'Unione europea nell'efficace attuazione del diritto europeo in materia di asilo. Il diritto dell'UE in materia di asilo riflette i principi del diritto internazionale in materia di diritti umani, compresi i diritti e gli obblighi derivanti dalla Convenzione, assicurando che i minori richiedenti asilo godano dei diritti e delle condizioni di cui hanno diritto.

L'obiettivo di questo contributo è fare il punto sulle attività in relazione ai minori richiedenti asilo che EASO ha svolto sin dalla sua istituzione, sui progetti che sono attualmente in corso e sulla sua prospettiva di attuazione futura. In primo luogo, si definirà il quadro normativo entro il quale EASO opera per dare sostegno agli Stati membri nell'attuazione dei diritti previsti dalla Convenzione. In secondo luogo, saranno presentate le attività sui minori sviluppate da EASO volte a promuovere l'effettivo godimento dei diritti applicabili stabiliti nella Convenzione. Infine, si illustreranno i futuri piani di lavoro di EASO rivolti alle persone di minore età.

2. Il quadro normativo

Il preambolo della Convenzione e la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo proclamano che l'infanzia ha diritto a un aiuto e a un'assistenza particolari. I minori rifugiati, specialmente, hanno bisogno di misure adeguate per godere dei diritti previsti dalla Convenzione.

Al fine di assistere e proteggere i minori richiedenti asilo, l'art. 22 della Convenzione stabilisce tre obblighi nei confronti degli Stati contraenti. In primo luogo, assicurare che un minore rifugiato o richiedente asilo riceva adeguata protezione e assistenza umanitaria per consentirgli di usufruire dei diritti riconosciuti dalla Convenzione e da altri strumenti internazionali in materia di diritti umani o di aiuti umanitari, quali la Convenzione di Ginevra

² Operating Plan agreed by EASO and Italy, Valletta Harbour e Roma, 19 dicembre 2018. Disponibile in inglese all'indirizzo: https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/OP-Italy-2019_0.pdf.



del 1951 e il Protocollo di New York del 1967.³

In secondo luogo, la Convenzione prevede l'obbligo degli Stati parte di collaborare con le organizzazioni competenti al fine di “proteggere e assistere [la] persona di minore età e per rintracciare i genitori o altri membri della famiglia di qualsiasi persona di minore età rifugiata al fine di ottenere le informazioni necessarie per il ricongiungimento con la sua famiglia”. In terzo luogo, è sancito il diritto del minore non accompagnato a beneficiare della stessa protezione di quella di ogni altro minore privato del suo ambiente familiare, diventando così un obbligo correlativo per le autorità e per le istituzioni o gli organismi pubblici e privati.

Tutti gli Stati membri dell'UE sono parti contraenti della Convenzione e soggetti agli obblighi sopra menzionati. In altre parole, sono tenuti ad adottare le opportune misure positive necessarie a garantire che i diritti dei minori rifugiati e richiedenti asilo siano tutelati e che le garanzie rilevanti siano messe in atto. L'UE è impegnata a proteggere e promuovere in modo globale i diritti dei minori, in linea con le disposizioni della Convenzione e con le altre norme e trattati internazionali pertinenti.⁴

In particolare, l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE prevede che i minori abbiano diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi dovrebbero poter esprimere liberamente la propria opinione, questa deve essere presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità.⁵

Nell'ambito della protezione internazionale in Europa, il Consiglio europeo di Tampere del 1999 ha gettato le basi di un'Unione europea aperta e sicura, pienamente conforme agli obblighi derivanti dalla 1951 Convenzione di Ginevra e da altre convenzioni pertinenti sui diritti umani, tra cui la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Questa è stata la pietra miliare della creazione del sistema europeo comune di asilo (*Common European Asylum System*: “CEAS”). Il quadro giuridico del CEAS copre tutti

³ UNGA, *Convenzione relative allo status dei rifugiati*, 28 luglio 1951, United Nations, Treaty Series (UNTS), vol. 189, p. 137. UNGA, *Protocollo Relativo allo Status di rifugiato*, 31 gennaio 1967, UNTS, vol. 606, p. 267.

⁴ Per un approfondimento sui rapporti tra la Convenzione e il diritto dell'Unione europea in generale, si veda in questo volume il contributo di ADELINA ADINOLFI. Commissione Europea, *Orientamenti dell'UE relativi alla promozione e alla protezione dei diritti del bambino (2017) — Che nessun bambino venga lasciato indietro*, 12 aprile 2017, p. 4.

⁵ UE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 26 ottobre 2012, 2012/C 326/02 (GU C 202 del 7.6.2016, p. 398).



gli aspetti del processo di asilo sulla base dei principi di solidarietà e fiducia reciproca tra gli Stati membri. Lo scopo del CEAS è che casi simili siano trattati allo stesso modo e producano lo stesso risultato indipendentemente dallo Stato membro in cui è rivendicata la protezione internazionale. Cinque sono gli strumenti legislativi considerati gli “elementi costitutivi” della politica di asilo dell’UE.⁶

Oltre all’adozione di norme giuridiche, sono necessarie prassi comuni che contribuiscano a tradurre in pratica la normativa europea e a raggiungere l’obiettivo di uniformare i sistemi nazionali d’asilo. EASO svolge un ruolo di rilievo nell’attuazione effettiva del CEAS e nel rafforzamento della solidarietà tra gli Stati membri. Mentre da un lato, la Commissione europea è responsabile del monitoraggio dell’adeguato recepimento nel diritto nazionale degli strumenti giuridici dell’UE di cui sopra, il ruolo di EASO è incentrato sulla promozione di un’attuazione coerente.

In tutte le sue attività, EASO integra *standard e best practice* relative alle persone con esigenze particolari, con una speciale attenzione a quelle dei minori. Per fare ciò, EASO agisce in stretta cooperazione con altri soggetti

⁶ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio recante procedure comuni per la concessione e la revoca dello status di protezione internazionale (rifusione), 26 giugno 2013 (GU L 180 del 29.6.2013, p. 60), di seguito: “direttiva procedure (rifusione)”; Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione), 26 giugno 2013 (GU L 180 del 29.6.2013, p. 96), di seguito: “direttiva accoglienza (rifusione)”; Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta, 13 dicembre 2011 (rifusione), (GU L 337 del 20.12.2011, p. 9), di seguito: “direttiva qualifiche (rifusione)”; Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide (rifusione), 26 giugno 2013 (GU L 180 del 29.6.2013, p. 31), di seguito: “Regolamento Dublino III (rifusione)”; Regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce l’“Eurodac” per il confronto delle impronte digitali per l’efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica il regolamento (UE) n. 1077/2011 che istituisce un’agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (rifusione), 26 giugno 2013, (GU L 180 del 29.6.2013, p. 1), di seguito: “Regolamento Eurodac”.



interessati, quali altri organismi dell'UE, l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR), organizzazioni internazionali, la società civile e il sistema giudiziario.

Nel preambolo del regolamento istitutivo di EASO n. 439/2010, è sancito il rispetto dei diritti fondamentali e l'osservazione dei principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.⁷ EASO opera non solo come centro europeo specializzato in materia di asilo, ma fornisce anche sostegno agli Stati membri i cui sistemi di asilo e accoglienza sono sottoposti a una pressione particolare. Al fine di contribuire all'attuazione del CEAS e delle sue garanzie nelle procedure di asilo e accoglienza, EASO facilita la cooperazione pratica fra gli Stati membri fornendo formazione, informazioni e sostegno operativo adottando un approccio comune.

Nel 2010, anno in cui venne istituito EASO, il secondo pacchetto del CEAS (rifusione) era in fase di negoziazione. La riforma ha incorporato garanzie supplementari per rafforzare la protezione dei minori bisognosi di protezione internazionale e i minori migranti. A titolo esemplificativo, l'art. 31, par. 5 della "direttiva qualifiche" esprime l'obbligo, da parte delle autorità, di rintracciare i familiari dei minori non accompagnati, così come previsto dalla Convenzione. La direttiva fornisce inoltre un elenco indicativo di considerazioni di cui tener conto nel valutare l'interesse superiore del minore.⁸ Anche negli altri strumenti riformati del CEAS sono state incluse nuove garanzie, che hanno rafforzato quelle esistenti, per aiutare e proteggere meglio i minori, in particolare i minori non accompagnati.⁹ Ad esempio, tutti gli strumenti richiamano l'obbligo degli Stati membri di nominare un tutore o un rappresentante a partire dal momento in cui il minore è identificato dalle autorità.

Oltre all'*acquis* dell'UE in materia di asilo, altri strumenti giuridici dell'UE includono garanzie supplementari per i minori, come, per esempio, la direttiva sulla tratta di esseri umani.¹⁰ La direttiva prevede che siano realiz-

7 Considerando 31 del Regolamento (UE) n. 439/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo, 19 maggio 2010 (GU L 132 del 29.5.2010, p. 11).

8 *Ibid.*, considerando 18 della Direttiva qualifiche (rifusione).

9 Per un approfondimento sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati, la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e il diritto internazionale privato, si veda il contributo, in questo volume, di ESTER DI NAPOLI.

10 UE, Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, 5 aprile 2011 (GU L 101 del



zate azioni specifiche per assistere e sostenere i minori vittime della tratta di esseri umani. Tali misure dovrebbero essere intraprese a seguito di una valutazione individuale della particolare situazione di ogni vittima minore, tenendo debitamente conto dei punti di vista, delle esigenze e dei timori del minore, nella prospettiva di trovare una soluzione duratura per lo stesso.¹¹

Inoltre, l'UE offre un quadro solido per la protezione dei diritti dei minori in materia di migrazione, che copre tutti gli aspetti, comprese le condizioni di accoglienza, il trattamento delle loro richieste d'asilo e integrazione. Nel maggio 2010 la Commissione ha adottato il Piano d'azione sui minori non accompagnati (2010-2014) (il "Piano d'Azione") che individua le principali linee d'azione riguardanti i minori non accompagnati, quali la prevenzione, l'accoglienza e l'identificazione di soluzioni durature che dovranno essere attuate dalle istituzioni e dalle agenzie dell'UE, dagli Stati membri e da altre parti interessate.¹²

Il Piano d'Azione ha riconosciuto inoltre quanto siano importanti le misure di accoglienza per garantire un'adeguata assistenza ai minori non accompagnati che si trovano sul territorio dei paesi europei, con la conseguente necessità di rafforzare le misure di accoglienza e l'accesso alle garanzie procedurali specifiche per i minori.¹³

Nell'ambito di tale Piano, EASO è stato invitato a partecipare alla raccolta di dati e a sviluppare analisi e informazioni sul Paese di origine necessarie per valutare le necessità di protezione dei minori non accompagnati in modo da favorire lo sviluppo di un processo decisionale di qualità. EASO è stato inoltre incaricato di monitorare la questione dei minori non accompagnati che necessitano di protezione internazionale con maggior attenzione per Stati membri più sollecitati, di organizzare attività di formazione e a sviluppare *best practice* per quanto riguarda le condizioni di accoglienza, le procedure di asilo e l'integrazione dei minori non accompagnati, nonché di valutazione dell'età.

15.04.2011, p. 1), di seguito: "Direttiva concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani".

¹¹ *Ibid.*, art. 14.

¹² Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio - Piano d'azione sui minori non accompagnati (2010-2014)*, 6 maggio 2010, COM(2010)213 definitivo.

¹³ Commissione europea, *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo Relazione intermedia relativa all'attuazione del Piano d'azione sui minori non accompagnati*, 28 settembre 2012, COM(2012) 554 definitivo, p. 7.



3. Le attività di EASO sull'infanzia

Il presente capitolo ha l'obiettivo di presentare le attività svolte da EASO sui minori nell'ambito del quadro giuridico di cui sopra, per illustrarne il passato, il presente e il futuro. La maggior parte di queste attività è integrata in una strategia orizzontale ove l'identificazione, la valutazione, la protezione e il riferimento dei minori all'assistenza disponibile, sono previsti come un processo continuo attuato da EASO, dalle autorità nazionali e dagli altri soggetti interessati.

Al fine di guidare l'interpretazione e l'attuazione della Convenzione, il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza ha evidenziato quattro principi generali che costituiscono la base per un approccio fondato sui diritti dei minori: non discriminazione, *best interests* della persona di minore età; diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo; rispetto delle opinioni dei minori.¹⁴ Di conseguenza, nell'attuare le misure appropriate per la protezione e l'assistenza dei minori rifugiati e richiedenti asilo, gli Stati dovrebbero attenersi a tali principi guida al fine di garantire il godimento dei diritti sanciti dalla Convenzione. In questa sezione, i principali pilastri della Convenzione relativi all'attuazione dell'art. 22 saranno analizzati attraverso la lente delle attività di EASO.

Sin dalla sua istituzione, EASO ha promosso attività di cooperazione pratica fra gli Stati membri, come ad esempio, conferenze tematiche finalizzate a facilitare lo scambio di informazioni, prassi e competenze su questioni relative ai minori, quali la valutazione dell'età, l'interesse superiore del minore e la ricerca della famiglia. Hanno partecipato a queste conferenze non solo rappresentanti delle amministrazioni degli Stati membri, ma anche professionisti con competenze nel settore delle agenzie dell'UE, UNHCR, magistrati, medici, accademici e rappresentanti della società civile.

Uno dei risultati di questo esempio di cooperazione pratica è stata l'istituzione di una rete di EASO sulle attività relative alle persone di minore età (*Expert Network on Activities on Children: ENAC*) nel 2014. La rete ha sostenuto e promosso discussioni riguardanti i minori bisognosi di protezione internazionale, compresi i minori non accompagnati. Alcune delle questioni discusse hanno riguardato la mancata identificazione all'arrivo o il

¹⁴ Articoli 2, 3, 6, 12 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Comitato delle Nazioni Unite per i diritti economici, sociali e culturali, Commento generale n. 13 sul diritto all'istruzione (art. 13 della Convenzione), 8 dicembre 1999, E/C.12/1999/10, par. 59.



ritardo nell'identificazione dei minori (a causa di procedure inadeguate per la valutazione dell'età) che potrebbe privare i minori dei loro diritti e garanzie e rendere inefficaci le procedure di protezione; le condizioni di accoglienza inadeguate per i minori, spesso con una capacità molto limitata o nulla per rispondere alle loro esigenze specifiche, in particolare in contesti di un elevato afflusso; la mancanza di procedure adeguate che potrebbe aggravare la loro vulnerabilità facendoli diventare facili prede di trafficanti o di trafficanti di esseri umani. Ciò può essere particolarmente dannoso, ad esempio, nelle c.d. procedure Dublino¹⁵ in cui dovrebbe essere garantita l'unità del nucleo familiare (cfr. *infra* para. 3.3). Recentemente, la rete ENAC è stata integrata con una rete di esperti di vulnerabilità per avere un approccio più olistico su temi riguardanti le persone vulnerabili.

3.1 L'identificazione tempestiva dei minori

Le persone di minore età integrano *per se* una categoria di soggetti vulnerabili e in quanto tali possono essere esposti a una serie di fattori e/o circostanze, interni ed esterni, che possono aggravare la loro vulnerabilità. In particolare, tra i fattori interni vi sono il genere, le condizioni fisiche e mentali di salute. I fattori esterni comprendono, *inter alia*, la mancanza di una famiglia o una rete sociale nel Paese ospitante, le esperienze vissute nel Paese di origine, durante il viaggio o all'arrivo nel Paese ospitante.

È comune che un minore abbia vulnerabilità diverse e interconnesse, ad esempio, un minore non accompagnato con disabilità fisica che è anche vittima della tratta di esseri umani. Inoltre, alcune vulnerabilità non sono facilmente identificabili poiché non visibili (per esempio, traumi dovuti a una precedente situazione di sfruttamento). In questi casi, i funzionari competenti e gli attori di protezione dei minori hanno bisogno di più tempo per compilare un'accurata relazione o per attuare ulteriori azioni necessarie per rivelare vulnerabilità sommerse. Ciò è particolarmente vero per i minori richiedenti asilo che, pertanto, avranno sempre bisogno di speciali garanzie giuridiche

¹⁵ Quando il minore non accompagnato ha presentato una domanda di protezione internazionale e dagli elementi disponibili risulta che i suoi familiari, fratelli o parenti (oggetto di disposizioni specifiche nel regolamento Dublino III (rifusione) potrebbero trovarsi in un altro Stato membro Dublino, la ricerca della famiglia viene avviata nel contesto Dublino e al fine di determinare lo Stato membro competente per l'esame della domanda di protezione internazionale.



durante la procedura di asilo e di speciali condizioni di accoglienza.

Nel contesto della protezione internazionale, l'identificazione tempestiva dei minori e di altre persone vulnerabili è essenziale per mettere in atto ogni necessaria garanzia.¹⁶ Per questo motivo, EASO si dedica costantemente allo sviluppo di strumenti finalizzati ad aiutare i funzionari responsabili dell'asilo ad attuare procedure per i minori richiedenti asilo che siano efficienti e conformi alle norme.

A titolo di esempio, EASO ha sviluppato uno strumento per l'individuazione di persone con esigenze particolari (IPSN).¹⁷ Questo strumento comprende gli indicatori e le categorie di esigenze particolari sia specifici per minori sia per altre vulnerabilità che potrebbero essere congiuntamente presenti nei minori. Inoltre, lo strumento fornisce all'utente orientamenti su come migliorare il sostegno ai minori durante le varie fasi della procedura di asilo o della fase di accoglienza.

Come si è già detto, i minori sono intrinsecamente vulnerabili e durante la loro rotta migratoria potrebbero essere esposti a circostanze che potrebbero causare esigenze aggiuntive e interconnesse. Per questo motivo è importante riconoscere altri elementi di vulnerabilità. Ad esempio, al fine di facilitare l'identificazione dei minori bisognosi di protezione internazionale vittime della tratta di esseri umani, EASO ha analizzato il potenziale rapporto tra la scomparsa dei minori, i ritiri impliciti delle domande di asilo e il traffico di minori. In particolare, gli esperti hanno discusso i fattori trainanti della scomparsa dei bambini e le azioni intraprese dalle autorità nazionali per prevenire e rispondere a questo preoccupante fenomeno.

Allo stesso scopo, ha sviluppato un modulo di formazione sulla tratta degli esseri umani e la protezione internazionale per i funzionari responsabili dell'asilo e/o della migrazione dove l'identificazione delle vittime e i legami tra la tratta degli esseri umani e la protezione internazionale sono gli elementi centrali.¹⁸

Tra gli altri fattori, la mancanza di un tutore o di un rappresentante legale per il minore o la mancanza di informazioni potrebbero spingere il minore a

¹⁶ Direttiva accoglienza (rifusione), articoli 21-22.

¹⁷ European Asylum Support Office (EASO), lo strumento di EASO per l'individuazione di persone con esigenze particolari (EASO *Tool for identification of persons with special needs* - IPSN), 2016. Più informazioni a questo indirizzo: <https://ipsn.easo.europa.eu/it>.

¹⁸ EASO, *Catalogo dei corsi di formazione di EASO*, 2018. Disponibile all'indirizzo: https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/EASO_Training_Catalogue_%202018_IT.pdf



ricorrere a canali illegali per raggiungere la destinazione finale. Poiché la nomina di un tutore/rappresentante indipendente e qualificato rappresenta una garanzia fondamentale per i minori non accompagnati, EASO rafforza continuamente questo principio in tutto il suo materiale. Inoltre, EASO sostiene attivamente la Commissione nell'istituzione di una Rete europea sulla tutela al fine di sviluppare e scambiare buone prassi e orientamenti in materia di tutela.

Per quanto riguarda gli strumenti informativi per i minori elaborati da EASO (quali il foglietto illustrativo a misura di minore sulla ricollocazione, dove è incluso anche il riferimento alla linea di assistenza per i minori scomparsi), questi mettono in evidenza i rischi legati al ricorso a canali irregolari per continuare gli spostamenti verso l'Europa.¹⁹

3.2 Procedura di valutazione dell'età

L'età determina i diritti e gli obblighi di un individuo e, allo stesso tempo, gli obblighi dello Stato nei suoi confronti. Al fine di garantire che i diritti dei minori siano tutelati e garantiti, è essenziale che l'identificazione e la valutazione (o accertamento) dell'età siano corrette. L'art. 25, par. 5, della direttiva procedure stabilisce come valutare l'età garantendo il rispetto dei diritti del richiedente asilo.

Come menzionato nel Piano d'Azione, e a causa delle preoccupazioni sull'affidabilità e l'intrusività delle metodologie disponibili per valutare l'età dei richiedenti asilo, EASO ha pubblicato, nel dicembre 2013, il documento intitolato "La pratica di valutazione dell'età in Europa", che ha raccolto strumenti e informazioni dettagliate sui diversi esami e metodi per la valutazione dell'età di un individuo.²⁰

Tuttavia, nel 2017, la Comunicazione della Commissione sulla protezione dei minori migranti (la "Comunicazione") ha sollevato nuovamente preoccupazioni analoghe in merito alle sfide poste dalla procedura di valutazione

¹⁹ La ricollocazione è il trasferimento legale da uno Stato membro a un altro dei richiedenti asilo in necessità di protezione internazionale. La richiesta di asilo sarà esaminata soltanto a ricollocazione avvenuta, più informazioni a questo indirizzo: <https://www.easo.europa.eu/operational-support/hotspot-relocation/about-relocation>.

²⁰ EASO, *EASO La pratica di valutazione dell'età in Europa*, dicembre 2013. Disponibile online a questo indirizzo: https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/2013.9603_IT_V4.pdf.



dell'età.²¹ Di conseguenza, nel 2018, EASO ha sviluppato una nuova guida pratica con informazioni aggiornate e raccomandazioni avanzate sul processo di valutazione dell'età.²² La “Guida pratica di EASO sulla valutazione dell'età” pone l'accento sull'applicazione del beneficio del dubbio e fornisce ulteriori indicazioni sulle modalità di svolgimento di una valutazione sicura ed efficace dell'età attraverso un approccio olistico e multidisciplinare che prende in considerazione gli aspetti psicologici, fisici, di sviluppo, ambientali e culturali della persona. Questo approccio garantisce che la decisione sia basata su una gamma più ampia di prove volta a migliorare l'affidabilità della valutazione.

La valutazione dell'età dovrebbe essere effettuata mediante l'esame meno invasivo che consenta di ottenere un risultato affidabile nel pieno rispetto della dignità della persona.²³ La scelta del metodo meno intrusivo rimane tuttavia una sfida per le autorità.

Se si ritiene che siano necessari più esami per ottenere risultati conclusivi, EASO incoraggia a dare priorità all'uso di metodi non medici. Se risultasse necessario ricorrere a metodi medici, i metodi privi di radiazioni dovrebbero essere applicati per primi, e solo come ultima risorsa possono essere considerati altri metodi che implicano l'uso di radiazioni. In termini di invasività, l'utilizzo di metodi che prevedono la nudità o l'esame, l'osservazione o la misurazione di genitali o parti intime non dovrebbero essere utilizzati a causa del valore marginale nella valutazione dell'età cronologica e della sua natura altamente invasiva.

Qualora siano utilizzati esami medici, i minori dovrebbero essere informati in modo adeguato alla loro età e grado di maturità sulle modalità di esame da applicare e alle possibili conseguenze dei risultati per la domanda di protezione internazionale. Inoltre, è necessario il consenso, che dovrebbe essere prestato sulla base di informazioni accurate e complete. Per questo motivo, tutti coloro che lavorano con i minori e partecipano al processo di valutazione dell'età dovrebbero ricevere una formazione adeguata sui loro

21 Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio - La protezione dei minori migranti*, COM(2017) 211 final, 12 Aprile 2017, disponibile all'indirizzo: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/IT/COM-2017-211-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>.

22 EASO, *Guida pratica dell'EASO sulla valutazione dell'età*, seconda edizione, 2018, accessibile in inglese all'indirizzo: <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/easo-practical-guide-on-age-assesment-v3-2018.pdf>.

23 Direttiva sulle procedure (rifusione), art. 25(5).



diritti ed esigenze e sul processo di valutazione stesso.

3.3 Il processo di ricerca della famiglia

Quando si fa riferimento ai minori non accompagnati che hanno bisogno di protezione internazionale o di minori rifugiati, l'art. 22 della Convenzione è la pietra miliare del processo di ricerca della famiglia. L'art. 22, secondo comma, riconosce esplicitamente il diritto del minore di rintracciare i genitori o altri membri della famiglia e stabilisce l'obbligo dello Stato di cooperare con le organizzazioni competenti al fine di ottenere le informazioni necessarie per il ricongiungimento con la famiglia. Questo diritto per i minori e obbligo per le autorità, sono ampiamente affermati dall'*acquis* dell'UE in materia di asilo.²⁴

Il principio dell'unità del nucleo familiare, riconosciuto ulteriormente negli strumenti legislativi dell'UE, dovrebbe essere preso in considerazione nella valutazione dell'interesse superiore del minore.²⁵ L'unità del nucleo familiare è parte di tale valutazione, unitamente al benessere e allo sviluppo del minore, alle considerazioni in materia di sicurezza e protezione e alle opinioni del minore in funzione della sua età e del suo grado di maturità.

Nell'ambito del Piano d'Azione, EASO ha organizzato una serie di incontri pratici di cooperazione in materia di ricerca della famiglia al fine di promuovere lo scambio di informazioni tra gli Stati membri e sviluppare capacità su questo tema. Per comprendere meglio il modo in cui gli Stati membri conducono le ricerche sulla famiglia, EASO ha effettuato una consultazione per raccogliere le informazioni rilevanti. Le informazioni raccolte sono state utilizzate come basi per la "Guida pratica EASO sulla ricerca della famiglia" pubblicata nel 2016.²⁶ La guida fornisce orientamenti sugli aspetti fondamentali del processo di ricerca della famiglia, tra cui l'ambito e i metodi di questo processo ai fini del regolamento Dublino e nel più ampio quadro della procedura di protezione internazionale.

²⁴ Direttiva accoglienza (rifusione), art. 24(3); Direttiva qualifiche (rifusione), art. 31; Regolamento Dublino III (rifusione), articoli da 6, par. 4 a 8.

²⁵ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 24, par. 3; direttiva accoglienza (rifusione); direttiva qualifiche (rifusione), articoli 23-23, par. 2; regolamento Dublino III (rifusione), articoli da 6, par. 3 a 8.

²⁶ EASO, *Guida pratica EASO sulla ricerca della famiglia*, marzo 2016. Disponibile all'indirizzo: <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/Practical%20Tools-Practical%20Guide%20on%20Family%20Tracing-IT.PDF>.



La guida stabilisce che le finalità della ricerca familiare possono variare a seconda dell'interesse superiore del minore. È importante sottolineare come tale ricerca non comporti automaticamente il ricongiungimento familiare, poiché le autorità competenti devono sempre tenere conto dell'interesse superiore del minore. In alcuni casi, infatti, quando il ripristino del contatto o la riunificazione non sono vantaggiosi per il minore, la ricerca della famiglia potrebbe limitarsi al reperimento di informazioni sui familiari o sui precedenti prestatori di assistenza. In altri casi, il rintraccio consentirà al minore non accompagnato di ripristinare le relazioni familiari oppure potrebbe facilitare la riunificazione del minore con i familiari nel Paese ospitante, in un altro Stato membro, in un Paese terzo o nel Paese di origine.

Una garanzia fondamentale in questo processo è la verifica dei legami familiari quando i familiari sono stati rintracciati o quando il minore appare accompagnato nel territorio dell'UE da un adulto che dichiara di appartenere alla sua famiglia (familiare, coniuge o parente). Nel caso di minori separati (accompagnati da un adulto che non è responsabile del minore), è di massima importanza verificare i legami familiari e designare un tutore indipendente come misura precauzionale, garantendo nel contempo l'idoneità dell'adulto che li accompagna.

3.4 Condizioni di accoglienza adeguate

In relazione alle condizioni di accoglienza, gli Stati membri dovrebbero cercare di garantire il pieno rispetto del principio dell'interesse superiore del minore, conformemente Convenzione e alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE.²⁷ Questa obbligazione positiva è ribadita anche dall'art. 23 della direttiva sulle condizioni di accoglienza, che stabilisce che l'interesse superiore del minore costituisce un criterio fondamentale, da parte degli Stati membri, per l'attuazione delle disposizioni concernenti i minori.

A norma dell'art. 22 della stessa direttiva, la valutazione delle particolari esigenze di accoglienza deve essere avviata entro un termine ragionevole dopo la presentazione della domanda di protezione internazionale e deve essere garantita anche se tali esigenze si manifestano in una fase successiva della procedura di asilo. In ogni caso, deve essere effettuata una valutazione preliminare immediata riguardante la vulnerabilità, le esigenze particolari e

²⁷ Considerando 9 della Direttiva accoglienza (rifusione).



i rischi, e in questa fase deve essere avviata una valutazione dell'interesse superiore, se non viene effettuata prima. Tali valutazioni dovrebbero essere effettuate in modo completo e regolare, in connessione con la valutazione continua dell'interesse superiore di tutte le azioni e le decisioni in cui i minori sono interessati.

Nel dicembre 2018, EASO ha pubblicato la “Guida alle condizioni di accoglienza per minori non accompagnati: norme operative e indicatori” per sostenere gli Stati membri UE+²⁸ nell'attuazione delle disposizioni fondamentali della direttiva sulle condizioni di accoglienza assicurando, al contempo, a tutti i minori non accompagnati un livello di vita adeguato che tenga conto delle loro particolari esigenze di accoglienza.²⁹ Tali norme e indicatori possono essere applicabili anche ai minori accompagnati per quanto riguarda l'identificazione delle esigenze particolari di accoglienza, l'assistenza sanitaria, l'istruzione nonché le attività ricreative e di gruppo. A integrazione di tali orientamenti, EASO sta sviluppando un modulo di formazione sull'accoglienza delle persone vulnerabili.

3.5 Considerare l'interesse superiore del minore

L'art. 3 della Convenzione e l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE stabiliscono che in tutte le decisioni relative ai minori, i *best interests* devono avere una considerazione preminente. Le proposte di rifusione del CEAS richiamano tale obbligo e stabiliscono garanzie e condizioni specifiche per i minori al fine di garantire il rispetto dell'interesse superiore del minore nelle procedure di asilo e nelle condizioni di accoglienza.³⁰

La Commissione europea, nella sua Comunicazione, ha invitato le agenzie dell'UE a sviluppare ulteriormente orientamenti e strumenti sull'interesse

²⁸ Stati membri dell'Unione europea più Norvegia e Svizzera.

²⁹ EASO, *EASO Guida alle condizioni di accoglienza per minori non accompagnati: norme operative e indicatori*, dicembre 2018. Disponibile in inglese all'indirizzo: <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/Guidance-on%20reception-%20conditions-%20for-unaccompanied-children.pdf>

³⁰ Direttiva procedure (rifusione), considerando 33, articoli 2(n), 25(1)(a), 25(6); direttiva accoglienza (rifusione), considerando 22, articoli 2(j), 11(2), 23, 24; direttiva qualifiche (rifusione), considerando 19, 27, 38, articoli 20(5), 31(4), 31(5); Regolamento Dublino III (rifusione), considerando 13, 24, 35, articoli 2(k), 6, 8, 20(3), Regolamento Eurodac, considerando 35.



superiore del minore.³¹ Per sostenere gli Stati membri nel rispetto degli obblighi relativi all'interesse superiore del minore e a rafforzare le garanzie nelle procedure di asilo per i minori, EASO ha recentemente pubblicato la "Guida pratica sull'interesse superiore del minore nelle procedure di asilo".³² Dalle informazioni raccolte da EASO sulle procedure di protezione internazionale per i minori, è emerso che la maggior parte degli Stati membri non dispone di una procedura per attuare questo principio. Di conseguenza, l'obiettivo della Guida è quello di fornire orientamenti e sostegno alle autorità nazionali competenti sulle tutele e garanzie richieste, per garantire che l'interesse superiore del minore sia tenuto in primaria considerazione quando si adottano decisioni che lo interessano nel corso delle procedure di asilo.³³

Nell'ambito della procedura di asilo, la valutazione dell'interesse superiore del minore rimane un obbligo per i responsabili della protezione dei minori, le autorità competenti in materia di asilo e per altri soggetti. Gli attori della protezione dei minori effettuano una valutazione dell'interesse superiore per molteplici finalità (accoglienza, istruzione, custodia, ecc.) mentre le autorità competenti in materia di asilo sono responsabili di tenere in primaria considerazione l'interesse superiore del minore in tutte le fasi della procedura di asilo.³⁴ Di conseguenza, la valutazione dell'interesse superiore del minore diviene un esercizio multidisciplinare che coinvolge diversi attori, i quali dovrebbero disporre delle competenze necessarie per trattare con minori. L'uso di un gruppo multidisciplinare nell'effettuare la valutazione e la determinazione dell'interesse superiore del minore è altresì raccomandato dal Comitato delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza nel suo Commento generale sul diritto del minore a che il suo interesse superiore riceva considerazione preminente.³⁵ Anche EASO promuove come buona

³¹ CE, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio - La protezione dei minori migranti*.

³² EASO, *EASO Guida pratica sull'interesse superiore del minore nelle procedure di asilo*, 2019. Disponibile in inglese all'indirizzo: <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/Practical-Guide-Best-Interests-Child-EN.pdf>.

³³ Il Commento generale congiunto n. 3 (2017) della commissione per la protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e membri delle loro famiglie e n. 22 (2017) del Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, disponibile in inglese all'indirizzo: <https://www.refworld.org/docid/5a1293a24.html>.

³⁴ *EASO Guida pratica sull'interesse superiore del minore nelle procedure di asilo*.

³⁵ Comitato delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, Commento generale n. 14 (2013 sul diritto del minore a che il suo interesse superiore riceva considerazione preminente (art. 3, para. 1), 29 maggio 2013, CRC/C/GC/14, disponibile in inglese all'indi-



prassi l'uso del "principio dei quattro occhi" secondo cui un caso dovrebbe essere esaminato da almeno due funzionari al fine di garantire che qualsiasi raccomandazione o valutazione effettuate in relazione all'interesse superiore del minore sia ulteriormente riesaminata e approvata.³⁶

3.6 Procedure di asilo adatte ai minori

La situazione delle persone di minore età bisognose di protezione internazionale che arrivano nell'UE rappresenta una sfida per i sistemi di asilo nazionali. È necessario definire e attuare procedure d'asilo adeguate ai minori, al fine di assicurare la tutela dei diritti dei minori e l'attuazione delle garanzie necessarie al momento della richiesta di asilo o del riconoscimento dello *status* di rifugiato, così come prescritto dall'art. 22 della Convenzione.

Dare priorità alle domande presentate dai minori, dopo un'adeguata identificazione e registrazione, evita loro lunghi periodi di attesa e incertezze angoscianti. Inoltre, i funzionari responsabili dovrebbero verificare che le garanzie necessarie siano in vigore (ad esempio, garantire la sicurezza del minore, la rappresentanza del minore in tutta la procedura, il coinvolgimento di personale qualificato, l'assistenza nella domanda di protezione internazionale, la potenziale esenzione dalle procedure di frontiera/accelerate, la consulenza legale, l'informazione e l'interpretazione adeguate, la partecipazione dei minori, il rispetto dell'unità del nucleo familiare, l'applicazione estensiva del beneficio del dubbio, nonché un ricorso efficace e accessibile). In altre parole, i funzionari responsabili dovrebbero assicurare che i diritti di ciascun minore siano tutelati.

EASO ritiene che esista il rischio per minori in situazioni o circostanze analoghe di essere trattati o considerati in modo diverso a seconda del Paese europeo in cui si trovano. Questa diversità di pratiche potrebbe, in ultima analisi, causare ingiustificate disparità e incoerenze nell'identificazione e nella protezione di questi minori, ostacolando in parte gli obiettivi del CEAS. Nel rispetto delle specificità dei sistemi nazionali, l'EASO propone raccomandazioni per rispondere alle sfide e alle problematiche individuate, che minano l'efficace protezione dei minori nelle procedure di asilo. Le autorità dovrebbero primariamente rafforzare la convergenza nella classificazione e

rizzo: https://www2.ohchr.org/English/bodies/CRC/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf.

36 EASO Guida pratica sull'interesse superiore del minore nelle procedure di asilo, p. 38.



nel trattamento dei minori affinché ricevano la stessa protezione indipendentemente dallo Stato ospitante.

Una condizione di rilievo per una procedura d'asilo adeguata al minore è quella di consentirne la partecipazione e l'effettivo coinvolgimento nelle decisioni che lo riguardano. Tenendo conto di ciò, le autorità competenti in materia di asilo e accoglienza devono mettere in atto meccanismi per richiedere il parere del minore in grado di formare il proprio punto di vista.³⁷

Il grado di maturità del minore deve essere valutata individualmente da uno psicologo infantile o da funzionari qualificati che lavorano con le persone di minore età. Tale valutazione sarà di aiuto per l'adeguamento della lingua per fornire informazioni ai minori e per la verifica della loro comprensione. Per aiutare i minori a prendere una decisione informata e ad accedere effettivamente ai loro diritti, i minori devono essere regolarmente informati in una lingua che comprendono. Se possibile, le informazioni dovrebbero essere fornite dalla stessa persona o da un numero limitato di persone che siano coordinati per trasmettere al minore un messaggio coerente.

Le stesse considerazioni devono essere fatte nella fase di colloquio. Gli Stati membri dovrebbero garantire che i colloqui con i minori siano condotti in modo adeguato. Le procedure di asilo dovrebbero prevedere modalità particolari per offrire il sostegno necessario al minore richiedente asilo durante il colloquio. Gli Stati membri dovrebbero nominare personale specializzato qualificato e formato per trattare i casi dei minori. Alla luce di ciò, EASO ha sviluppato un modulo di formazione sui colloqui con i minori al fine di aiutare i funzionari responsabili dei casi di asilo ad acquisire conoscenze, competenze e attitudini che consentano loro di condurre in modo professionale ed efficace un colloquio personale con un minore che abbia presentato domanda di protezione internazionale.³⁸

Il modulo si concentra sulle modalità di conduzione di un'intervista sviluppata per lo specifico scopo del colloquio con i minori, illustra le fasi di sviluppo, le garanzie giuridiche e procedurali nella procedura di protezione internazionale, nonché le tecniche di colloquio specifiche al fine di adattare l'intervista alla maturità e alla situazione particolare di ciascun minore, compresi i minori accompagnati.

³⁷ Si veda, in questo Volume, il contributo di ROBERTA CLERICI.

³⁸ EASO, *Catalogo dei corsi di formazione dell'EASO*, disponibile a questo indirizzo: https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/EASO_Training_Catalogue_%202018_IT.pdf.



3.7 Sostegno operativo in relazione all'infanzia e all'adolescenza

Al fine di adempiere alla sua missione, EASO fornisce sostegno operativo a Stati membri con esigenze specifiche e a Stati membri i cui sistemi di asilo e accoglienza sono soggetti a particolare pressione a causa di situazioni impreviste e straordinarie di arrivi sui loro territori. Nel contesto dell'approccio *hotspot* del supporto operativo, EASO ha fornito una formazione su misura per affrontare la situazione specifica dei richiedenti asilo vulnerabili, compresi i minori non accompagnati in paesi dell'UE che devono far fronte a pressioni migratorie inattese. In particolare, EASO ha pubblicato e diffuso in diverse lingue un opuscolo informativo a misura di bambino sulla ricollocazione e ha messo a punto un libro da colorare per bambini.

Nell'ambito dei piani operativi in Italia, Cipro e Grecia, EASO sostiene le autorità preposte all'accoglienza e all'orientamento dei minori non accompagnati, inviando esperti degli Stati membri, fornendo consulenza tecnica nello sviluppo e nel miglioramento delle condizioni e nell'individuazione delle esigenze specifiche di accoglienza.

Inoltre, EASO organizza seminari e formazioni legati alle suddette attività nella dimensione esterna, come nei Balcani occidentali e in Turchia, per sostenere questi paesi terzi nella creazione di capacità e nell'attuazione degli orientamenti e pratiche legati ai diritti dei minori.

4. Attività future di EASO sull'infanzia e l'adolescenza

L'EASO è particolarmente impegnato nella protezione dei minori richiedenti asilo. Tuttavia, la situazione sul terreno ricorda costantemente che occorre fare molto di più.

Nella sua comunicazione del 6 aprile 2016 intitolata "Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa", la Commissione ha definito le sue priorità per la riforma del CEAS al fine di armonizzare ulteriormente le norme in materia di asilo nell'Unione europea e creare un sistema solido ed efficace per una gestione sostenibile della migrazione.³⁹ Nell'ambito di questa riforma, la Commissione ha presentato

³⁹ Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio - Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa, 6 Aprile 2016, COM(2016) 197 definitivo. Disponibile all'indirizzo: <https://eur->



sette proposte legislative e la trasformazione di EASO nell'agenzia europea di sostegno per l'asilo (EUAA), attribuendole maggiori competenze.⁴⁰

In preparazione della futura EUAA, EASO continuerà a integrare gli aspetti relativi ai minori e ad altri richiedenti asilo vulnerabili in tutte le sue attività, incluse quelle per il sostegno operativo, la formazione e altre attività di sostegno all'asilo, al fine di promuovere la coerenza delle politiche in questo settore. Tutte le attività terranno conto dei diritti dei minori e delle esigenze specifiche delle persone vulnerabili.⁴¹ EASO continuerà inoltre ad analizzare e affrontare le esigenze generali degli Stati membri e a sviluppare o aggiornare nuovi moduli di formazione per garantire che le questioni specifiche relative ai minori siano integrate in tutto il materiale di formazione.⁴²

Il sostegno è fornito anche attraverso la promozione della cooperazione pratica e lo scambio di buone prassi tra gli Stati membri per quanto riguarda i minori e altri richiedenti asilo vulnerabili. Dato il carattere orizzontale delle azioni connesse alle persone vulnerabili e che i minori presentano spesso vulnerabilità multiple, EASO ha di recente sostituito la già esistente rete sulle attività relative ai minori (ENAC) con una rete di esperti in materia di vulnerabilità nei sistemi di asilo. La rete di esperti intende affrontare queste questioni trasversali in modo olistico, rispondendo nel contempo alle loro specificità nel contesto della protezione internazionale. Questa rete è integrata da rappresentanti degli Stati membri dell'UE, della Commissione europea, dell'Agenzia dell'UE per i diritti fondamentali (FRA), dell'UNHCR e di rappresentanti delle organizzazioni della società civile e delle organizzazioni internazionali. EASO ritiene che il profilo multidisciplinare dei suoi membri garantisca la necessaria ricchezza di competenze per fornire risposte olistiche alle sfide che devono affrontare i minori e altre persone vulnerabili.

L'EASO si adopererà per sviluppare le capacità e raccogliere informazioni affidabili sulle informazioni sui paesi di origine (COI), includendo in-

lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0197&from=IT

40 La revisione del Sistema Dublino, la conversione della direttiva qualifiche e della direttiva sulle procedure di asilo in regolamenti, la rifusione della direttiva sulle condizioni di accoglienza e del regolamento Eurodac e un nuovo regolamento per un quadro dell'unione europea per il reinsediamento.

41 EASO, *EASO Single Programming Document Multiannual, Programming 2019- 2021, Work Programme 2019, Revision 1*, November 2018, p. 22. Disponibile in inglese all'indirizzo: https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/1_SPD2019-21%20Revision%201%20-%20adopted%2020181127.pdf.

42 *Ibid.*, p.76.



formazioni riguardanti l'esistenza e il funzionamento di sistemi di tutela di minori e informazioni mirate sui gruppi vulnerabili.⁴³

L'EASO continuerà a tutelare i diritti delle persone di minore età e le esigenze specifiche delle persone vulnerabili in tutte le sue attività. In vista del suo futuro ruolo e del suo mandato ampliato in qualità di Agenzia dell'UE per l'asilo, EASO sta attualmente incorporando raccomandazioni pratiche nei suoi strumenti pratici per migliorare l'uniformità delle pratiche sui minori.

Molto è stato fatto al fine di fornire alle autorità nazionali gli strumenti necessari ad attuare diritti e garanzie adeguati per i minori richiedenti asilo, ma resta ancora molto da fare. Vi sono ancora minori che devono far fronte alla miseria, alle privazioni e ai gravi abusi. Queste sfide possono essere superate solo concentrando gli sforzi su soluzioni incentrate sui minori, con la partecipazione di tutti i soggetti interessati a livello internazionale ed europeo, delle autorità nazionali, compresi i garanti nazionali per l'infanzia e l'adolescenza, e della società civile. Gli sforzi comuni mirati al raggiungimento di un approccio europeo per la protezione dell'infanzia e dell'adolescenza dovrebbero essere ulteriormente rafforzati al fine di rendere i diritti tutelati dalla Convenzione una realtà effettiva nell'UE e oltre.

⁴³ *Ibid.*, p. 16, 63.

LA CRC E I LAVORI DELLA CONFERENZA DELL'AJA DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO NEL SETTORE DELLA PROTEZIONE DELLE PERSONE DI MINORE ETÀ

CHRISTOPHE BERNASCONI E PHILIPPE LORTIE ¹

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La Convenzione del 1980. – 2.1 Il diritto del minore di essere ascoltato e la sua opposizione al ritorno. – 2.2 La Convenzione del 1980 e l'interesse superiore del minore. – 2.3 La Convenzione del 1980 e l'organizzazione dei diritti di visita. – 2.4. Le Osservazioni del Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. – 3. La Convenzione del 1996. – 3.1 La portata generale della Convenzione del 1996. – 3.2 L'ambito di applicazione speciale della Convenzione del 1996: i minori non accompagnati. – 3.3 Le Osservazioni del Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. – 4. Il processo di Malta. – 5. La Convenzione del 1993. – 6. La Convenzione del 2007 e il relativo Protocollo sulla legge applicabile. – 6.1 La Convenzione del 2007. – 6.2 Il Protocollo del 2007. – 6.3 Sintesi relativa alle obbligazioni alimentari. – 7. Il progetto in tema di filiazione e maternità surrogata. – 8. Il monitoraggio dell'attuazione della CRC. – 9. Verifica del funzionamento pratico delle Convenzioni dell'Aja. – 10. Conclusioni.

1. Introduzione

Il 2018 ha segnato il 125° anniversario della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato (di seguito anche "HCCH") e il 25° anniversario

¹ Rispettivamente Segretario generale della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato (cb@hcch.net) e Primo Segretario della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato (pl@hcch.net). La lingua originale del presente contributo è il francese, la traduzione è stata curata da Ester di Napoli. Gli Autori hanno espresso un punto di vista strettamente personale, che non impegna in alcun modo la Conferenza dell'Aja o il *Permanent Bureau* e che non riflette necessariamente quello dell'Organizzazione.



della Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale (di seguito anche “Convenzione del 1993”). Nel 2019 si celebra il trentesimo anniversario della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, conclusa a New York il 20 novembre 1989 (di seguito anche “Convenzione” o “CRC”).

Le Nazioni Unite, sulla base dell'esperienza maturata nel campo dei diritti umani e delle persone di minore età,² trent'anni fa hanno concluso una “Carta” dei diritti dei bambini e dei ragazzi: la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Questo testo essenziale sancisce i principi fondamentali di non discriminazione, l'interesse superiore del minore (art. 3) e il diritto di essere ascoltato (art. 12), che sono anche elementi chiave delle convenzioni adottate dall'HCCH nel campo della protezione internazionale dei minori. Mentre il lavoro delle Nazioni Unite ha dimostrato il suo valore, molto rimane ancora da fare.

L'Organizzazione delle Nazioni Unite ha gettato le basi per una struttura che richiede la collaborazione e la cooperazione degli Stati parte e di molte organizzazioni internazionali, tra cui la HCCH.

L'art. 4 della CRC prevede in generale che gli Stati parte si impegnino ad adottare tutte le misure legislative, amministrative e di altro tipo necessarie per attuare i diritti riconosciuti dalla Convenzione. Essi adottano tali misure nella misura massima delle risorse disponibili e, se del caso, nel quadro della cooperazione internazionale.

Più specificamente, per quanto riguarda la missione dell'HCCH, l'art. 11 della CRC invita gli Stati parte ad adottare “misure per combattere il trasferimento e il mancato ritorno illecito di persone di minore età all'estero”. A tal fine, è previsto che “[a] tal fine, gli Stati parte devono promuovere la conclusione di accordi bilaterali o multilaterali o l'adesione ad accordi esistenti”. A tale riguardo va osservato che la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori (di seguito “Convenzione del 1980”) è precedente alla CRC.

² Si veda la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948; la Dichiarazione di Ginevra sui diritti del fanciullo del 26 settembre 1924; la Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 20 novembre 1959, di cui quest'anno si celebra il 60° anniversario; il Patto internazionale sui diritti civili e politici (in particolare gli articoli 23 e 24) e il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (in particolare l'art. 10), entrambi del 16 dicembre 1966.



L'art. 35 della CRC si spinge oltre, prevedendo che gli Stati parte adottino “tutte le misure nazionali, bilaterali e multilaterali appropriate per impedire il rapimento, la vendita o il traffico di persone di minore età per qualsiasi scopo o in qualsiasi forma”. La Convenzione del 1980 risponde in parte a questa richiesta. Anche la Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 concernente la competenza giurisdizionale, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e misure di protezione dei minori (di seguito “Convenzione del 1996”) risponde in parte a questa richiesta fornendo meccanismi di protezione per i bambini che si spostano (o sono sfollati) oltre le frontiere, come i minori in fuga, i minori rifugiati o sfollati a seguito di disordini nel loro Stato, come conflitti armati o incidenti ambientali (articoli 6, 11 e 12). La Convenzione del 1996 risponde egualmente, in modo più specifico, agli articoli 20 e 22 della CRC, che prevedono rispettivamente che gli Stati parte adottino tutte le misure appropriate per (1) proteggere un minore temporaneamente o permanentemente privato del suo ambiente familiare e (2) consentire a un minore rifugiato di godere dei diritti riconosciuti dalla Convenzione stessa. La Convenzione del 1993 risponde anche alla richiesta dell'art. 35.

La Convenzione del 1993 risponde anche all'art. 21, lett. e), che invita gli Stati a concludere “accordi o intese bilaterali o multilaterali e adoperarsi, in tale ambito, per garantire che il collocamento della persona di minore età in un altro Paese sia effettuato da autorità o organi competenti”.

Nel settore dell'esazione di prestazioni alimentari all'estero, l'art. 27, par. 4, della CRC prevede che gli Stati parte promuovano “l'adesione ad accordi internazionali o la conclusione di tali accordi, nonché la stipula di altri accordi appropriati”. La Convenzione promuove così l'adesione agli strumenti esistenti, come la Convenzione delle Nazioni Unite sull'esazione delle prestazioni alimentari all'estero, conclusa a New York il 20 giugno 1956, e le precedenti Convenzioni dell'Aja sulle obbligazioni alimentari.³ Da allora, la comunità internazionale ha deciso di modernizzare tali strumenti adottando, nel 2007, nell'ambito della Conferenza dell'Aja, la Convenzione dell'Aja del

³ La Convenzione dell'Aja del 24 ottobre 1956 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari verso i figli; la Convenzione dell'Aja del 15 aprile 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari verso i figli; la Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni relative alle obbligazioni alimentari, e la Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari.



23 novembre 2007 sull'esazione internazionale di prestazioni alimentari nei confronti di figli e altre forme di obbligazioni alimentari (di seguito “Convenzione del 2007”) e il Protocollo dell’Aja del 23 novembre 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari (di seguito “Protocollo del 2007”).

2. La Convenzione del 1980⁴

Come già menzionato, la Convenzione del 1980 precede la Convenzione sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza. È importante notare che la Convenzione del 1980 si limita agli aspetti civili della sottrazione, in quanto la missione della Conferenza dell’Aja riguarda solo il diritto civile e non il diritto penale. Vi sono pertanto alcune analogie tra la Convenzione del 1980 e la CRC. L’art. 9, par. 1 della Convenzione prevede che “[g]li Stati parte devono assicurare che la persona di minore non sia separata dai suoi genitori contro la loro volontà, salvo che le autorità competenti soggette al controllo giurisdizionale stabiliscano, in conformità con la legge e le procedure applicabili, che tale separazione è necessaria nell’interesse superiore della persona di minore età”. Un genitore non può decidere da solo di separare un figlio dall’altro genitore. I genitori dovranno concordare o risolvere la loro controversia dinanzi alle autorità competenti prima di separare il minore dall’altro genitore o di trasferirlo.

Il meccanismo per il ritorno del minore illecitamente trasferito o trattenuto, previsto dalla Convenzione del 1980, si basa su questa logica, sul principio secondo cui il giudice competente a risolvere le questioni di affidamento e di visita è il giudice della residenza abituale del minore prima del suo illecito trasferimento o mancato rientro in violazione del diritto di affidamento o di visita. È la giurisdizione che si trova al centro della vita della persona di minore età, il tribunale in cui si trovano la sua casa, la scuola, gli amici e le attività, che deciderà se trasferire il minore o stabilire o modificare i diritti di affidamento e di visita. La Convenzione del 1980 prevede l’immediato ritorno del minore presso la giurisdizione della residenza abituale quando il minore venga illecitamente trasferito o quando non vi sia rientro in violazione del diritto di affidamento o di visita. Questo meccanismo impedirà al genitore che ha allontanato il minore di trarre vantaggio da una nuova giurisdizione.

⁴ Si veda, in questo volume, il contributo di L. CARPANETO.



La Convenzione del 1980 si applica al minore di 16 anni residente abituale in uno Stato parte immediatamente prima della violazione del diritto di affidamento o di visita. Il trasferimento o il trattenimento è considerato illecito quando avviene in violazione di un diritto di custodia e tale diritto è stato effettivamente esercitato da solo o congiuntamente al momento del trasferimento o trattenimento.⁵

Se tali condizioni sono soddisfatte e al momento della richiesta di rientro presso l'autorità competente è trascorso meno di un anno, il minore deve essere immediatamente fatto rientrare.

Il genitore che ha sottratto il minore può opporsi al rientro sollevando le eccezioni di cui agli articoli 12 e 13 della Convenzione del 1980. Tali eccezioni devono essere interpretate in modo restrittivo: *a)* qualora sia trascorso più di un anno al momento della richiesta di rientro, l'autorità competente ordina il rientro, a meno che non sia accertato che il minore si sia integrato nel suo nuovo ambiente (art. 12, par. 2); *b)* l'autorità competente può rifiutare di ordinare il ritorno del minore se è accertato che il diritto di affidamento non è stato effettivamente esercitato al momento del trasferimento o del suo mancato rientro (art. 13, lett. *a*)); *c)* l'autorità competente può rifiutare di ordinare il ritorno del minore se è accertato che la persona titolare del diritto di affidamento ha acconsentito al trasferimento o al suo mancato ritorno (art. 13, lett. *a*)); *d)* l'autorità competente può rifiutare di ordinare il ritorno del minore se è accertato che la persona titolare dei diritti di affidamento ha rinunciato al trasferimento o al suo mancato rientro (art. 13, lett. *a*)); *e)* l'autorità competente può rifiutare di ordinare il ritorno del minore se è accertato che esiste un serio rischio che il ritorno del minore lo esponga a pericoli fisici o psicologici o lo ponga in una situazione intollerabile (art. 13, lett. *b*)); *f)* l'autorità competente può rifiutare di ordinare il ritorno del minore se constatata che il minore si oppone al suo ritorno e che ha raggiunto un'età e una maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere.⁶

⁵ Art. 5, lett. *a*). I diritti di affidamento sono definiti autonomamente nella Convenzione del 1980 per garantire che tutti i minori siano trattati in modo simile: "il 'diritto di affidamento' comprende i diritti concernenti la cura della persona del minore, ed in particolare il diritto di decidere riguardo al suo luogo di residenza".

⁶ Si veda *La Lettre des Juges*, vol. XXII, "La voix de l'enfant - 15 ans plus tard" disponibile su <https://assets.hcch.net/docs/a8621431-c92c-4d01-a73c-acdb38a7fde5.pdf>.



2.1 Il diritto del minore di essere ascoltato e la sua opposizione al ritorno ⁷

Su quest'ultimo punto, va sottolineato l'art. 12 della CRC, che riguarda il diritto del minore di essere ascoltato. L'art. 12, par. 2, prevede che “la persona di minore età deve avere, in particolare, la possibilità di essere ascoltata in tutti i procedimenti giudiziari e amministrativi che la riguardano”. Questo diritto è garantito a ogni minorene capace di discernimento, e il suo punto di vista sarà tenuto in debita considerazione in base alla sua età e maturità. D'altra parte, nella Convenzione del 1980, il punto di vista del minore, *stricto sensu*, è subordinato alla constatazione da parte del giudice adito che il minore si oppone al suo ritorno e che ha “raggiunto un'età e un grado di maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere” (art. 13, par. 2). Questa tensione tra le due disposizioni è stata evidenziata dalla giurisprudenza.⁸ Di conseguenza, dal 2002 alcuni tribunali hanno dato la precedenza alla CRC, che è la più recente.⁹ La Corte di cassazione francese si è spinta oltre: in una decisione del 18 maggio 2005, ha invertito la propria giurisprudenza ammettendo che l'art. 12, par. 2, della CRC era direttamente applicabile e poteva quindi essere invocato sistematicamente per consentire ai minori di partecipare direttamente ad un procedimento di diritto privato.¹⁰

Vi sono poi interessanti differenze tra i due testi da menzionare. La Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza prevede che la capacità di discernimento del minore sia presa in considerazione in aggiunta alla sua età e al suo grado di maturità. Inoltre, la Convenzione sancisce ulteriormente il diritto all'ascolto. A tal fine prevedendo che il minore abbia la possibilità di essere ascoltato “direttamente o tramite un rappresentante o un organo appropriato, compatibilmente con le norme procedurali nazionali” (art. 12, par. 2). Va notato che gli Stati contraenti della Convenzione del 1980, da diversi

⁷ Vedi, in questo volume, il contributo di R. CLERICI.

⁸ Nel caso *Winters v Cowen* [2002] NZFLR 927 [Riferimento INCADAT: HC/E/NZ 473 [05/01/2002; Tribunale della famiglia (Waitakere, Nuova Zelanda); Tribunale di primo grado], il giudice ha osservato che la causa ha illustrato le tensioni tra la Convenzione del 1980 e l'art. 12 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, che impone che i minori in grado di formare una propria opinione devono poter essere ascoltati e che la loro opinione deve essere presa in considerazione nella misura in cui la loro età e la loro maturità lo consentano.

⁹ Corte d'appello di Parigi 27 ottobre 2005, 05/15032 [Riferimento INCADAT: HC/E/FR814 [27/10/2005; prima Sezione C (Francia); Tribunale di secondo grado].

¹⁰ Cass. 18/05/2005 (sentenza n. 891, ricorso n. 02-20.613).



anni, hanno adottato conclusioni e raccomandazioni sulla sua attuazione, che vanno nella stessa direzione.¹¹ Oggi, nell'UE, il diritto del minore di essere ascoltato durante i procedimenti nel contesto dell'applicazione degli articoli 12 e 13 della Convenzione del 1980 è sancito dall'art. 11, par. 2, del regolamento Bruxelles II *bis*.¹²

2.2 La Convenzione del 1980 e l'interesse superiore del minore¹³

È interessante notare che alcuni tribunali di ultima istanza in diversi Stati hanno esaminato se la Convenzione del 1980 e il suo meccanismo per il ritorno immediato del minore sia contrario al principio dell'interesse superiore del minore previsto dall'art. 3, par. 1, della CRC.

Nella causa *W. c. O.*¹⁴ che ha coinvolto Canada e Argentina, la Corte suprema argentina ha stabilito che la Convenzione del 1980 non violava l'art. 3, par. 1, della CRC. Ha osservato che il preambolo della Convenzione del 1980 riconosce all'interesse superiore del minore una considerazione primaria e che il benessere delle persone di minore età era stato raggiunto attraverso il ritorno nel loro Stato di residenza abituale. La Corte ha aggiunto che la

11 “La [sesta riunione della] Commissione speciale [volta ad esaminare il funzionamento pratico della Convenzione del 1980] accoglie con favore il notevole sostegno per dare ai minori, tenuto conto della loro età e maturità, la possibilità di essere ascoltati nelle procedure di ritorno ai sensi della Convenzione del 1980, indipendentemente dal fatto che sia stata avanzata un'eccezione ai sensi dell'art. 13 [, paragrafo 2]. La Commissione speciale osserva che gli Stati seguono approcci diversi nel loro diritto interno per quanto riguarda le modalità di raccolta delle opinioni del minore e di introduzione nel procedimento. La Commissione speciale sottolinea inoltre l'importanza di garantire che la persona che interroga il minorenne, che si tratti del giudice, di un esperto indipendente o di qualsiasi altra persona, riceva, per quanto possibile, una formazione adeguata a questo compito. La Commissione speciale riconosce la necessità di informare il minore, in modo appropriato in funzione della sua età e maturità, del processo in corso e delle sue possibili conseguenze”. Testo disponibile all'indirizzo ufficiale della Conferenza dell'Aja, sotto la voce “Enlèvement d'enfants”, “Réunions des Commissions spéciales”, “Septième réunion de la Commission spéciale” nonché, Doc. pré-l. No 6 de juillet 2017 “Table de Conclusions et de Recommandations des précédentes réunions de la Commission spéciale sur le fonctionnement des Conventions Enlèvement d'enfants de 1980 et Protection des enfants de 1996 (Première réunion (1989), Deuxième réunion (1993), Troisième réunion (1997), Quatrième réunion (2001), réunion de suivi (2002), Cinquième réunion (2006), Sixième réunion (2011, 2012))”, item n. 63 (2011 CS, C&R n. 50).

12 Vedi, in questo volume, il contributo di O. LOPES PEGNA.

13 Vedi, in questo manoscritto, il contributo di E. LAMARQUE.

14 Cfr. *W. c. O.*, 14 giugno 1995, Corte suprema argentina [riferimento INCADAT: HC/E/AR 362].



Convenzione del 1980 era peraltro conforme all'art. 11 della CRC, in quanto contrasta la sottrazione e il non-ritorno illegale di minori.

In una decisione della Corte costituzionale federale tedesca del 29 ottobre 1998,¹⁵ è stato deciso che il ritorno immediato del minore nello Stato della sua ultima residenza abituale avviene generalmente nell'interesse superiore della persona di minore età, poiché ciò preserva la continuità delle sue condizioni di vita. Il ritorno tiene conto dell'interesse di entrambi i genitori, in quanto mantiene la competenza giurisdizionale internazionale originaria in materia di affidamento, impedendo a uno dei genitori di beneficiare effettivamente della sottrazione. Infine, la decisione recande l'ordine di rientro può svolgere una funzione preventiva.

Nella causa *Sonderup c. Tondelli*¹⁶ che coinvolgeva Canada e Sudafrica, la madre ha sostenuto che una decisione che richiede il ritorno del minore in Canada sarebbe contraria all'art. 28, par. 2 della Costituzione sudafricana, che tutela l'interesse superiore del minore come valore fondamentale in tutte le situazioni che lo riguardano. Senza rispondere nel merito, la Corte Suprema del Sudafrica ha dichiarato che non è impossibile che, nel breve termine, il ritorno immediato del minore non corrisponda al suo interesse superiore. In questo senso, la Convenzione del 1980 potrebbe essere considerata poco conforme all'art. 28, par. 2 della Costituzione. Tuttavia, la Corte ha fatto riferimento all'art. 36 della Costituzione, che stabilisce che i diritti fondamentali ivi garantiti possono essere soggetti a limitazione, purché tale limitazione sia ragionevole e giustificata in una società libera e democratica basata sulla dignità umana, l'uguaglianza e la libertà. Essa ha sottolineato che tale limitazione è stata ristretta nel suo campo di applicazione dalle eccezioni di cui agli articoli 13 e 20 della Convenzione del 1980. Di conseguenza, la Corte ha deciso che la legge di esecuzione della Convenzione del 1980 nell'ordinamento giuridico sudafricano è conforme alla costituzione sudafricana.

Nel 2018, la Corte Suprema del Canada, nel caso *Office of the Children's Lawyer c. Balev*,¹⁷ ha risposto a due punti di interpretazione sollevati dalle

¹⁵ Cfr. 2 BvR 1206/98, Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale federale tedesca), 29 ottobre 1998 [riferimento INCADAT: HC/E/DE 233].

¹⁶ Cfr. *Sonderup c. Tondelli* 2001 (1) SA 1171 (CC) [riferimento INCADAT: HC/E/ZA 309]. Cfr. anche Cass Civ. Prima sezione 10 Juillet 2007, n. de appel 07-10190 [riferimento INCADAT: HC/E/FR 911].

¹⁷ Cfr. *Office of the Children's Lawyer c. Balev*, 2018 SCC 16 [2018] 1 S.C.C.R. 398, 20 aprile 2018 [riferimento INCADAT citare: HC/E/CA 1389], il cui testo bilingue è disponibile su <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/17064/1/document.do>.



parti. In primo luogo, è stato chiesto se la Convenzione del 1980 sia in conflitto con la CRC. La maggioranza ha risposto negativamente. La decisione precisa che “le due convenzioni hanno lo scopo di tutelare l’interesse superiore del minore, una scoraggiando la sottrazione dei minori e promuovendo la rapida risoluzione dei procedimenti di affidamento, l’altra garantendo che la decisione sia basata sull’interesse superiore del minore. Entrambe hanno lo scopo di proteggere l’identità e i legami familiari della persona di minore età. La Convenzione [del 1980] ottiene questo risultato ordinando il ritorno del minore nello Stato di residenza abituale (articolo 3) – un luogo normalmente determinante ai fini dell’identità del minore – per una decisione in tema di affidamento; l’art. 8 della CRC riprende lo stesso principio. Entrambe le Convenzioni mirano a prevenire l’illecito trasferimento e il trattenimento di minori”.¹⁸

2.3 La Convenzione del 1980 e l'organizzazione dei diritti di visita

Infine, attraverso l’art. 21, la Convenzione del 1980 contribuisce all’attuazione dell’art. 10, par. 2, della CRC, che prevede che “[l]a persona di minore età i cui genitori risiedano in Stati diversi deve avere il diritto di mantenere regolarmente, salvo in circostanze eccezionali, relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori”. La Convenzione del 1980 contribuisce anche all’attuazione dell’art. 8, par. 1, della CRC, che stabilisce che “[g]li Stati parte si impegnano a rispettare il diritto della persona di minore età di conservare la sua identità, inclusi nazionalità, nome e relazioni familiari come riconosciuto dalla legge senza interferenze illecite”.

2.4 Le Osservazioni del Comitato sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza

Nelle sue Osservazioni conclusive del 2019,¹⁹ il Comitato sui diritti dell’infanzia e l’adolescenza ha raccomandato all’Italia – al fine di garantire il diritto della persona di minore età a intrattenere relazioni personali con entrambi i genitori (art. 9, par. 3, e art. 10, par. 2, della CRC) e alla luce della Convenzione del 1980 – di rivedere le disposizioni del codice penale che

¹⁸ *Ibid.* par. 34.

¹⁹ Comitato delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza, *Concluding observations on the report of Italy from fifth to sixth periodic reports*, CRC/C/ITA/CO/5-6, 1° febbraio 2019.



criminalizzano la sottrazione internazionale di minori, affinché il genitore sottraente possa tornare in Italia con il minore con più facilità.

3. La Convenzione del 1996 ²⁰

La Convenzione del 1996, oltre a prevenire le questioni di sottrazione, vendita o tratta di minori, prevede meccanismi giurisdizionali e di cooperazione per attuare l'art. 10, par. 2, della CRC. La Convenzione del 1996 va oltre l'art. 21 della Convenzione del 1980.

Oltre al diritto di mantenere un contatto, la Convenzione del 1996 copre un'ampia gamma di misure civili per la protezione delle persone di minore età, dalle decisioni sulla responsabilità genitoriale, alle misure pubbliche di protezione e cura, alle questioni di rappresentanza e alla protezione dei beni delle persone di minore età.

3.1 Il campo di applicazione generale della Convenzione del 1996

La Convenzione del 1996 stabilisce norme uniformi che determinano le autorità competenti ad adottare le misure di protezione necessarie. Tali norme, che prevengono la possibilità di un conflitto di decisioni, affidano la responsabilità primaria alle autorità dello Stato in cui il minore risiede abitualmente e consentono inoltre a qualsiasi Stato in cui si trova il minore di adottare le necessarie misure di prevenzione o di protezione di emergenza. La Convenzione del 1996 individua la legge applicabile e prevede il riconoscimento e l'esecuzione delle misure adottate in uno degli Stati contraenti da qualsiasi altro Stato vincolato dalla Convenzione. Inoltre, le misure di cooperazione previste dalla Convenzione del 1996 forniscono un quadro per lo scambio di informazioni e la necessaria collaborazione tra le autorità amministrative (in materia di protezione delle persone di minore età) dei vari Stati contraenti.

La Convenzione del 1996 prende in considerazione un'ampia gamma di istituzioni giuridiche e sistemi di protezione in tutto il mondo, compresa la

²⁰ Per maggiori informazioni sulla Convenzione del 1996, si veda il volume curato dall'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza recante anche la traduzione italiana della Relazione esplicativa redatta da Paul Lagarde reperibile a questo indirizzo <https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/convenzione-aja-1996-prontuario-operatore-giuridico.pdf>.



kafala. Non mira a sviluppare un diritto internazionale uniforme in materia di protezione dei minori. Le pietre miliari di tale diritto esistono già attraverso la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Il ruolo della Convenzione del 1996 è quello, piuttosto, di evitare conflitti amministrativi e giuridici, nonché di sviluppare, tra i diversi sistemi nazionali, un quadro giuridico che faciliti un'efficace cooperazione internazionale nel campo della protezione internazionale dei minori. A questo proposito, la Convenzione del 1996 rappresenta una notevole opportunità per costruire ponti tra sistemi giuridici di tradizioni religiose e culturali diverse.

3.2 Il campo di applicazione speciale della Convenzione del 1996: i minori non accompagnati

È importante notare che la Convenzione del 1996 prevede all'art. 6, par. 1, un criterio di giurisdizione speciale per i minori rifugiati che, a causa dei disordini nel loro Stato, sono sfollati a livello internazionale.²¹ Per tali minori, le autorità dello Stato contraente nel cui territorio si trovano a seguito della loro espulsione esercitano la competenza generale della residenza abituale (cioè quella prevista dall'art. 5, par. 1). Lo stesso particolare criterio di competenza della Convenzione del 1996 si applica ai minori la cui residenza abituale non può essere stabilita (art. 6, par. 2).

Così, la Convenzione del 1996 risponde all'art. 20, par. 1, della CRC, che prevede che “[l]a persona di minore età temporaneamente o permanentemente privata del proprio ambiente familiare, o alla quale, nel suo interesse superiore, non possa essere concesso di rimanere in tale ambiente, deve avere il diritto a protezione e assistenza speciale da parte dello Stato”. A tal fine, gli Stati parte della CRC forniscono un'accoglienza alternativa a tale minore conformemente alla legge applicabile ai sensi della Convenzione del 1996, vale a dire la legge dello Stato in cui il minore è presente.²² La Convenzione del 1996 risponde anche all'articolo 22, par. 1, della CRC, che stabilisce che “[g]li Stati parte devono adottare le misure appropriate per assicurare che una

²¹ Si veda, in questo volume, il contributo di E. DI NAPOLI.

²² Art. 20, par. 3 della CRC: “Tale cura potrebbe includere, tra l'altro, l'affidamento, la *kafala* di diritto islamico, l'adozione o, se necessario, il collocamento in istituti adatti alla cura delle persone di minore età. Si deve tenere debitamente conto dell'opportunità di continuità nell'educazione della persona di minore età e del suo background etnico, religioso, culturale e linguistico”.



persona di minore età richiedente lo status di rifugiato o che sia considerata rifugiata in conformità con il diritto internazionale o nazionale e le procedure applicabili, sia essa non accompagnata o accompagnata dai suoi genitori o da qualsiasi altra persona, riceva un'adeguata protezione e assistenza umanitaria nel godimento dei diritti applicabili sanciti nella presente Convenzione e in altri strumenti internazionali in tema di diritti umani o umanitari di cui tali Stati sono parte".²³

3.3 Le Osservazioni del Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza

Nelle Osservazioni conclusive del 2019 al rapporto periodico relativo all'attuazione della CRC in Italia,²⁴ il Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza ha formulato diverse raccomandazioni relative ai minori richiedenti asilo, rifugiati o migranti, e anche ai minori non accompagnati.

Il Comitato ha raccomandato all'Italia di rafforzare le attività di prevenzione della discriminazione adottando misure a favore delle persone di minore età, in particolare di quelle emarginate e svantaggiate, come i minori richiedenti asilo, rifugiati e migranti.²⁵ Il Comitato ha chiesto che l'Italia "rafforz[i] il proprio impegno per garantire che il principio del superiore interesse di ogni minore sia adeguatamente integrato, coerentemente interpretato ed applicato in tutte le Regioni del Paese e in tutti i procedimenti e le decisioni legislative, amministrative e giudiziarie così come in tutte le politiche, i programmi e i progetti che siano rilevanti e che abbiano un impatto sui minorenni, in particolare quelli non accompagnati".²⁶ Il Comitato ha raccomandato inoltre di mettere a punto procedure e criteri che siano di indirizzo per tutti i professionisti competenti nel determinare in ogni ambito

²³ Art. 22, par. 2 della CRC: "A tal fine, gli Stati parte devono fornire, secondo quanto ritenuto opportuno, la cooperazione in tutti gli sforzi delle Nazioni Unite e di altre organizzazioni intergovernative o non governative competenti che cooperano con le Nazioni Unite per proteggere e assistere tale persona di minore età e per rintracciare i genitori o altri membri della famiglia di qualsiasi persona di minore età rifugiata al fine di ottenere le informazioni necessarie per il ricongiungimento con la sua famiglia. Nei casi in cui non sia possibile rintracciare genitori o altri membri della famiglia, alla persona di minore età deve essere garantita la stessa protezione di qualsiasi altra persona di minore età permanentemente o temporaneamente privata del proprio ambiente familiare per qualsiasi motivo, come stabilito nella presente Convenzione".

²⁴ *Op. cit.* nota 38.

²⁵ *Ibid.* par. 15, lett. c).

²⁶ *Ibid.* par. 16, lett. a).



quale sia il superiore interesse del minore e nel dare ad esso il dovuto peso come considerazione prioritaria, in particolare in relazione ai minorenni non accompagnati o separati arrivati nello Stato parte.²⁷ Il Comitato ha raccomandato inoltre che l'Italia adotti una legge di portata generale che sancisca il diritto all'ascolto del minore senza alcuna discriminazione in base all'età, alla disabilità o ad altri fattori, in particolare per quanto riguarda tutte le decisioni relative ai minori non accompagnati.²⁸ Infine, "con riferimento al proprio Commento generale n. 6 (2005) sul trattamento dei minorenni non accompagnati e separati al di fuori del loro Paese di origine, il Comitato esorta l'Italia a dare attuazione in modo efficace alla previsione normativa relativa alla nomina di tutori volontari per minorenni non accompagnati, garantendo la nomina tempestiva di un tutore che abbia adeguate competenze e la disponibilità necessaria e sia esente da qualsiasi potenziale conflitto di interessi".²⁹

È auspicabile che una rigorosa applicazione della Convenzione del 1996 consenta all'Italia di seguire alla lettera le sopra menzionate raccomandazioni del Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

4. Il processo di Malta

Le Convenzioni del 1980 e del 1996 non sono ancora universali. La prima conta 101 Stati contraenti e la seconda ne conta 52,³⁰ compreso il Marocco, l'unico Stato contraente nella categoria di Stati il cui ordinamento giuridico è basato o riprende in tutto o in parte la legge della *Shari'a*. La corsa alla protezione internazionale dell'infanzia è chiaramente incompiuta.

Dal 2000, la Conferenza dell'Aja si è concentrata sulle questioni relative alla sottrazione di minori e al diritto di visita transfrontaliero tra gli Stati parte della Convenzione del 1980 sulla sottrazione internazionale di minori e gli Stati non parte della Convenzione del 1980 i cui sistemi giuridici si ispirano alla legge della *Shari'a* o la riprendono in tutto o in parte. In un primo momento, su richiesta degli Stati parte della Convenzione del 1980 e dei membri

²⁷ *Ibid.*, par. 16, lett. b).

²⁸ *Ibid.*, par. 17, lett. a).

²⁹ *Ibid.*, par. 34, lett. e).

³⁰ Dati aggiornati al 30 settembre 2019. Per ogni informazione in merito allo *status* delle firme, ratifiche e adesioni, si veda questo indirizzo: <https://www.hcch.net/en/instruments/status-charts>.



della Conferenza dell'Aja, il Segretariato (*Permanent Bureau*) ha analizzato i trattati bilaterali esistenti in questo settore. Nel 2002, dopo aver presentato una relazione sui metodi messi in atto per prevenire e risolvere le questioni relative alla sottrazione di minori e al diritto di visita transfrontaliero, il *Permanent Bureau*, su richiesta degli stessi Stati, ha continuato a studiare tali questioni attraverso seminari di giudici. Questo processo ha preso il nome di “Processo di Malta”, dal nome dello Stato che ha ospitato i seminari in questione.

Così, a marzo 2004, 2006, 2009 e maggio 2016, giudici ed esperti provenienti da Stati contraenti e non della Convenzione del 1980 si sono riuniti a Malta, a St. Julian's, per discutere “intorno alle modalità per garantire una migliore tutela dell'esercizio del diritto di contatto³¹ transfrontaliero dei genitori e dei loro figli e ai problemi sollevati dalla sottrazione internazionale di minori tra gli Stati coinvolti”.³²

Nelle loro discussioni, i giudici e gli esperti hanno riconosciuto che i principi stabiliti dalla Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza costituiscono elementi di azione. In particolare:

“a) l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente in ogni domanda relativa alle persone di minore età;

b) un minore i cui genitori risiedano in Stati diversi ha il diritto di mantenere relazioni personali e contatti diretti e regolari con entrambi i genitori, salvo circostanze eccezionali;

c) il minore deve avere la possibilità di conoscere e rispettare la cultura e le tradizioni di entrambi i genitori;

d) gli Stati sono tenuti ad adottare misure per combattere il trasferimento illecito di minori all'estero e il loro mancato rientro”.³³

Inoltre, sempre nel contesto di queste discussioni, è stato essenziale ricordare che la Convenzione del 1980 è uno strumento procedurale avente l'obiettivo di restituire il minore al giudice più adatto a prendere decisioni a lungo termine sulle questioni di responsabilità genitoriale relative a quel

³¹ Il termine “contatto” è usato in senso ampio per indicare qualsiasi mezzo per mantenere la relazione tra un genitore e un minore, comprese le comunicazioni e i periodi di visita.

³² Si veda la dichiarazione, in lingua francese, della prima conferenza di Malta sulla protezione transfrontaliera dei minori e del diritto di famiglia sotto gli auspici del governo di Malta in collaborazione con la Conferenza dell'Aja disponibile all'indirizzo https://assets.hcch.net/upload/maltadecl_f.pdf.

³³ *Ibid.* par. 1.



minore. In questa prospettiva, è stato ben compreso che un ordine di rimpatrio ai sensi della Convenzione del 1980 non è una decisione sul merito o, più specificamente, una decisione sul diritto di affidamento e di visita. In particolare, il processo di Malta ha sottolineato “l’importanza di disporre di norme comuni che determinano lo Stato le cui autorità e i cui giudici sono competenti a prendere decisioni sui diritti di custodia e contatto”. Il vantaggio delle norme comuni e della competenza unica (anche nei casi di urgenza) è quello di evitare decisioni confliggenti, di incentivare il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni e di costruire una fiducia reciproca.

Dal 2009, il processo di Malta copre anche la Convenzione del 2007. In occasione dell’ultima riunione del processo di Malta, tenutasi nel maggio 2016, i partecipanti di 34 Stati hanno compiuto un importante passo avanti adottando le seguenti conclusioni e raccomandazioni: “Gli esperti rilevano che le convenzioni dell’Aja sulle persone di minore età [Convenzioni del 1980, 1996 e 2007] sono concepite per essere di portata mondiale e compatibili con varie tradizioni giuridiche. Gli esperti sottolineano gli importanti vantaggi che queste convenzioni offrono agli Stati parte”.³⁴ È stato, infine, sancito il principio per cui queste tre Convenzioni dell’Aja sono compatibili con il diritto civile, la *common law* e la *Shari’a*.

5. La Convenzione del 1993

Il preambolo della Convenzione sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza³⁵ e la Convenzione del 1993 riconoscono entrambi che le persone di minore età, per lo sviluppo armonioso della loro personalità, devono crescere

³⁴ Cfr. la dichiarazione, in lingua francese, della quarta conferenza di Malta (“Malta IV”) sulla protezione transfrontaliera dei minori e sul diritto di famiglia sotto gli auspici del governo di Malta in collaborazione con la Conferenza dell’Aja, disponibile all’indirizzo: <https://assets.hcch.net/docs/d1886d7d-e4d1-4a76-a9db-cddb0c4df177.pdf>, par. 2.

³⁵ Il preambolo ricorda anche le disposizioni della Dichiarazione sui principi sociali e giuridici relativi alla protezione e al benessere dei minori, con particolare riferimento alle pratiche di adozione e di affidamento a livello nazionale e internazionale (risoluzione 41/85 dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite, del 3 dicembre 1986) delle norme minime standard delle Nazioni Unite per l’amministrazione della giustizia minorile (“Regole di Pechino” - risoluzione 40/33 dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite del 29 novembre 1985) e della Dichiarazione sulla protezione delle donne e dei bambini in situazioni di emergenza e di conflitto armato (risoluzione 3318 (XXIX) dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite del 14 dicembre 1974).



nel proprio ambiente familiare in un'atmosfera di felicità, amore e comprensione. La CRC prevede che ogni minore temporaneamente o permanentemente privato del proprio ambiente familiare ha diritto a una protezione e a un'assistenza speciale da parte dello Stato, vale a dire ad un'accoglienza alternativa (art. 20). Tale assistenza alternativa può concretizzarsi per mezzo dell'inserimento in una famiglia, della *kafala* di diritto islamico, dell'adozione o, se necessario, del collocamento in un adeguato istituto per l'infanzia. Nella scelta tra queste soluzioni, deve essere tenuto debitamente conto della necessità di una certa continuità nell'istruzione del minore, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica (art. 20, par. 3). La Convenzione del 1993 non tratta del *kafala*: questa lacuna è stata colmata dalla Convenzione del 1996.

Oltre a questo punto, la Convenzione del 1993 è in perfetta armonia con la CRC. La Convenzione del 1993 prevede espressamente nel preambolo che l'interesse superiore del minore debba essere tenuto in primaria considerazione nel procedimento di adozione internazionale (art. 21).

La Convenzione del 1993 sviluppa il principio di sussidiarietà previsto dalla CRC, che riconosce che "l'adozione internazionale possa essere considerata come un mezzo alternativo di cura della persona di minore età, nel caso in cui la stessa non possa essere collocata in una famiglia affidataria o adottiva o non possa altrimenti trovare un'assistenza adeguata nel suo Paese di origine" (art. 21, par. *b*).

Sia la Convenzione del 1993 che la CRC prevedono che l'adozione di un minore può essere autorizzata solo dalle autorità competenti, le quali verificano – conformemente alla legge e alle procedure applicabili e sulla base di tutte le informazioni attendibili relative al caso in questione – che l'adozione possa aver luogo tenendo conto della situazione del minore in relazione ai suoi genitori e rappresentanti legali e che, se del caso, le persone interessate abbiano dato il loro consenso informato all'adozione, dopo aver ottenuto i pareri necessari.

Infine, la Convenzione del 1993 attua l'art. 21, lett. *d*) della CRC, che stabilisce che gli Stati adottano tutte le misure appropriate per garantire che, "nel contesto dell'adozione internazionale, il collocamento non comporti un guadagno finanziario improprio per coloro che vi sono coinvolti". Infatti, l'art. 32 della Convenzione del 1993 prevede espressamente che nessuno può trarre un indebito vantaggio materiale a causa di un intervento in relazione ad



un'adozione internazionale. Inoltre, possono essere addebitati e pagati solo gli onorari e le spese, compresi gli onorari ragionevoli delle persone coinvolte nell'adozione. Infine, funzionari, direttori e dipendenti di organizzazioni coinvolte in un'adozione non possono ricevere una remunerazione sproporzionata rispetto ai servizi resi.

6. La Convenzione del 2007 e il Protocollo sulla legge applicabile

Il quadro del lavoro svolto dalla Conferenza dell'Aja in materia di protezione internazionale dei minori non sarebbe completo se non si affrontasse in maniera efficace il tema del recupero degli alimenti, un tema di grande importanza pratica. Si tratta proprio del contributo degli strumenti più recenti in questo campo: la Convenzione del 2007 e il suo Protocollo sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari. Questi strumenti rispondono all'esigenza espressa all'art. 27, par. 1 della CRC, che riconosce "il diritto di ogni persona di minore età ad un tenore di vita adeguato al suo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale e sociale". L'art. 27 della CRC prevede inoltre che "[i]l/i genitore/i o le altre persone responsabili per la persona di minore età hanno la responsabilità primaria di garantire, nell'ambito delle proprie competenze e capacità finanziarie, le condizioni di vita necessarie per lo sviluppo della persona di minore età" (par. 2) e che "Gli Stati parte, in conformità con le condizioni nazionali e con i loro mezzi, devono adottare le misure appropriate per aiutare i genitori e le altre persone responsabili per la persona di minore età al fine di attuare questo diritto e, in caso di necessità, devono fornire assistenza materiale e programmi di supporto, in particolare per quanto riguarda l'alimentazione, l'abbigliamento e l'alloggio" (par. 3). Infine, l'art. 27, par. 4 invita gli Stati a istituire o diventare parte di strumenti internazionali in questo settore le cui ultime aggiunte sono la Convenzione del 2007 e il relativo Protocollo sulla legge applicabile.

6.1 La Convenzione del 2007

La Convenzione del 2007 si basa su un solido sistema di cooperazione amministrativa nell'ambito della quale le autorità centrali nazionali designate si trasmettono reciprocamente le domande di determinazione, riconosci-



mento ed esecuzione, esecuzione e modifica delle decisioni in materia di alimenti. L'accesso ai procedimenti in materia di obbligazioni alimentari ai sensi della Convenzione del 2007 è pressoché gratuito. La Convenzione del 2007 è uno strumento flessibile che prevede un sistema dettagliato di riconoscimento ed esecuzione adattato a tutti i sistemi nazionali di recupero degli alimenti. Essa offre soluzioni moderne in materia di esecuzione e consente agli enti pubblici di beneficiare di questo sistema.

Come tutte le convenzioni della Conferenza dell'Aja sulla protezione dei minori, la Convenzione del 2007 si applica a tutte le persone di minore età, indipendentemente dallo stato civile dei genitori. La Convenzione del 2007 rispetta il principio di non discriminazione di cui all'art. 2 della CRC:³⁶ la Convenzione del 2007 prevede una specifica disposizione al riguardo (art. 2, par. 4). Va notato che in alcuni Stati i cui sistemi giuridici si basano o seguono in tutto o in parte la *Shari'a*, un figlio nato fuori dal matrimonio non ha un rapporto di filiazione stabilito con il padre biologico, con la conseguenza che egli non è il destinatario degli alimenti. La Convenzione del 2007 non modifica il diritto sostanziale degli Stati parte. D'altro canto, ai sensi della Convenzione del 2007, gli Stati sono tenuti a garantire che tali minori possano presentare tutte le richieste previste dalla Convenzione e trasmetterle agli Stati interessati, che saranno obbligati a trattarle. La decisione di riconoscere e far rispettare o di stabilire gli alimenti per questi minori sarà adottata dalle autorità competenti. È auspicabile che, nel tempo, il diritto materiale di questi minori al mantenimento si evolva.

6.2 Il Protocollo del 2007

Per quanto riguarda il Protocollo del 2007, il suo obiettivo principale è quello di introdurre norme uniformi per la determinazione della legge applicabile alle obbligazioni alimentari. Il Protocollo del 2007 sostituisce le Convenzioni dell'Aja del 1956 e del 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari; esso riforma in modo significativo le norme preesistenti, pur conservandone alcune peculiarità, che sono rimaste molto pertinenti. Rispetto alle precedenti convenzioni adottate in seno alla Conferenza dell'Aja, il Protocollo introduce tre innovazioni principali. In primo luogo, rafforza il ruolo della *lex fori*, che viene promossa, per le domande presentate da alcune

³⁶ Si veda, in questo volume, il contributo di G. BIAGIONI.



categorie “privilegiate” di creditori, e la eleva al rango di criterio principale (avendo la legge della residenza abituale del creditore, in questo caso, solo un ruolo sussidiario – art. 4, par. 3), pur mantenendo la residenza abituale come criterio di collegamento principale ed estendendola alle obbligazioni alimentari tra coniugi ed ex coniugi. In seguito, è stata introdotta una clausola di salvaguardia basata sull’idea di prossimità per gli obblighi tra coniugi ed ex coniugi (art. 5). Infine, alle parti è stato concesso un certo grado di autonomia, in due forme: attraverso la facoltà, in capo alle parti, di ricorrere ad accordi procedurali che consentono loro, per qualsiasi obbligo alimentare, di scegliere la legge del foro ai fini di una determinata procedura (art. 7); e la scelta della legge applicabile, che può essere esercitata in qualsiasi momento, a determinate condizioni e restrizioni (art. 8).

6.3 Sintesi relativa alle obbligazioni alimentari

In sintesi, la Convenzione del 2007 e il relativo Protocollo sulla legge applicabile sono intesi a fornire ai figli e agli altri membri della famiglia un sistema internazionale di recupero degli alimenti più semplice, più rapido ed economico, e quindi più efficiente. Decine di migliaia di minori in tutto il mondo, se non milioni, possono beneficiare di questi nuovi strumenti.

7. Il progetto in tema di filiazione e maternità surrogata

Negli ultimi anni, altri due articoli della Convenzione sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza sono stati al centro del lavoro della Conferenza dell’Aja in tema di “filiiazione / maternità surrogata”. Si tratta dell’art. 7 sulla registrazione del minore³⁷ e dell’art. 8 sulla protezione della sua identità, compreso il diritto di preservare la sua nazionalità, il suo nome e i suoi rapporti familiari.³⁸

37 “La persona di minore età deve essere registrata immediatamente dopo la nascita e deve avere il diritto, dalla nascita, a un nome, deve avere il diritto di acquisire una nazionalità e, per quanto possibile, il diritto di conoscere e di ricevere cure dai propri genitori”.

38 Si vedano in questo volume, rispettivamente, i contributi di C. HONORATI e M. BIANCA. “1. Gli Stati parte si impegnano a rispettare il diritto della persona di minore età di conservare la sua identità, inclusi nazionalità, nome e relazioni familiari come riconosciuto dalla legge senza interferenze illecite. 2. Laddove la persona di minore età sia illegalmente privata di alcuni o di tutti gli elementi della propria identità, gli Stati parte devono fornire assistenza e



I progressi nel campo della medicina e l'evoluzione dei modelli familiari hanno creato negli ultimi decenni incertezze giuridiche in materia di filiazione in alcuni Stati. Ciò ha portato ad alcuni progressi giuridici in questo settore. Questi sviluppi sono stati talvolta difficili a causa di una mancanza di armonia a livello internazionale. Gli approcci alla squalifica di paternità (dopo il test del DNA), alle tecnologie riproduttive medicalmente assistite e agli accordi di maternità surrogata variano notevolmente da Stato a Stato, a seconda del contesto sociale, politico e culturale specifico. Attualmente non esiste un consenso internazionale sulle modalità di stabilimento o contestazione del rapporto di filiazione in queste circostanze.

Poiché le famiglie sono sempre più obbligate ad attraversare le frontiere, queste differenze di legislazione tra gli Stati possono dar luogo a complesse questioni di diritto internazionale privato per quanto riguarda l'istituzione, la contestazione e il riconoscimento della filiazione. Tali questioni riguardano i diritti fondamentali dei minori, come previsto dagli articoli 7 e 8 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

Inoltre, negli ultimi anni è emerso un problema particolarmente preoccupante: è risaputo che la maternità surrogata è diventata un mercato globale. Ciò pone una serie di difficoltà, soprattutto quando le parti interessate si trovano in Stati diversi. Gli accordi di maternità surrogata possono spesso portare a difficoltà nello stabilire o riconoscere la filiazione dei minori nati in questo contesto. Di conseguenza, tali minorenni a volte si trovano senza genitori o addirittura senza nazionalità. Tali accordi di maternità surrogata possono anche avere implicazioni giuridiche significative per tutti gli attori coinvolti, non solo in termini di nazionalità del minore, ma anche in termini di *status* migratorio, di responsabilità genitoriale condivisa o di identificazione delle persone responsabili delle esigenze del minore.

Conformemente al mandato conferitogli dai membri della Conferenza dell'Aja, un gruppo di esperti internazionali, sostenuto dal *Permanent Bureau*, sta attualmente studiando le questioni di diritto internazionale privato relative al tema della filiazione, anche nel contesto di accordi di maternità surrogata.

protezione adeguate, al fine di ristabilirne rapidamente l'identità".



8. Il monitoraggio dell'attuazione della CRC

Il Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza esamina e riferisce sull'attuazione della CRC in ogni Stato ogni cinque anni (articoli 43-45).

Per diversi anni il Comitato ha sistematicamente invitato gli Stati a diventare parte delle Convenzioni del 1980 e del 1993, laddove non lo fossero già. Di recente sono state formulate raccomandazioni analoghe per quanto riguarda la Convenzione del 1996 e la Convenzione del 2007 e il relativo Protocollo. Tali *report* sono sistematicamente condivisi con la Conferenza dell'Aja ai sensi dell'art. 45 della CRC. Gli stessi sono condivisi con l'UNICEF, cosa che permette di coordinare le missioni di assistenza tecnica tra le due organizzazioni negli Stati in difficoltà, come Cile, Cambogia, Ecuador, Guatemala, Haiti, Honduras, Mauritius, Nepal, Vietnam e Zambia nel campo dell'adozione internazionale.

Il Comitato può inoltre invitare le agenzie specializzate, l'UNICEF e altri organismi delle Nazioni Unite a presentare relazioni sull'attuazione della CRC nei settori di loro competenza (art. 45 lett. a)).

9. Verifica del funzionamento pratico delle Convenzioni dell'Aja

Il *Permanent Bureau* è responsabile del monitoraggio delle Convenzioni dell'Aja e del sostegno al loro funzionamento in cooperazione con gli Stati membri, gli Stati parte delle convenzioni e altre organizzazioni internazionali, comprese le Nazioni Unite e le organizzazioni non governative.

La Conferenza dell'Aja ha sviluppato un sistema innovativo di servizi successivi all'adozione delle convenzioni volto a monitorarne il funzionamento, assistere gli Stati contraenti nella loro effettiva attuazione e promuovere la coerenza e le buone pratiche nel funzionamento quotidiano delle convenzioni. Gli Stati contraenti sono sia beneficiari che partner di questo sistema in evoluzione.

I metodi e le tecniche sviluppati dalla Conferenza dell'Aja sono i seguenti:

- istituzione di una rete internazionale di autorità centrali e di altre autorità competenti per l'attuazione delle convenzioni;
- sostegno a una rete internazionale di giudici dell'Aja coinvolti in cause internazionali in materia di protezione dei minori;



- riunioni periodiche delle commissioni speciali in cui gli Stati parte e altri Stati parte e soggetti esaminano il funzionamento pratico delle convenzioni;³⁹
 - assistenza tecnica agli Stati su questioni relative all'attuazione;
 - assistenza nell'elaborazione di norme e nella riforma di *policies*;
 - sviluppo di guide di buone pratiche e manuali pratici;
 - creazione di una banca dati internazionale delle decisioni giudiziarie (INCADAT: *International Child Abduction Database*);⁴⁰
 - pubblicazione semestrale del bollettino d'informazione dei giudici sulla protezione internazionale dell'infanzia;
 - organizzazione e sostegno di seminari di formazione, colloqui per i relatori – giudici, personale delle autorità centrali e altri professionisti – che si occupano del funzionamento delle convenzioni nel settore della protezione dei minori;
 - gestione delle statistiche sul funzionamento delle convenzioni (INCA-STAT - Banca dati statistici sulla sottrazione internazionale di minori; ICA-STAT - Banca dati statistici sulle adozioni internazionali) e sviluppo di un sistema elettronico per la gestione e la comunicazione sicura di file come il sistema *iSupport* per il recupero degli alimenti.

10. Conclusioni

Solo poco più della metà degli Stati parte della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza è anche parte delle Convenzioni del 1980 e del 1993. Ancora meno Stati sono parte della Convenzione del 1996 e della Convenzione del 2007. Tuttavia, queste quattro convenzioni dell'Aja danno concreta attuazione ai principi stabiliti dalla CRC, fornendo agli Stati gli strumenti necessari per l'attuazione di alcuni degli obblighi che incombono

³⁹ A differenza del Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, la Conferenza dell'Aja esamina il funzionamento pratico delle sue convenzioni su base multilaterale piuttosto che bilaterale.

⁴⁰ L'INCADAT è stato creato dal *Permanent Bureau* con l'obiettivo di rendere disponibili gratuitamente molte decisioni giudiziarie fondamentali emesse dai tribunali nazionali sulla base della Convenzione del 1980. Esso contiene sintesi in inglese e francese (e spagnolo). INCADAT è utilizzato da giudici, autorità centrali, ricercatori e altri interessati a questi temi in tutto il mondo.



loro in virtù della CRC.⁴¹ Rimane quindi molto da fare.

Detto questo, le risorse della Conferenza dell'Aja e del suo *Permanent Bureau* sono limitate (il bilancio dell'HCCH ammonta a circa 4,2 milioni di euro e il *Permanent Bureau* conta circa 30 membri - chiaramente non molto per servire più di 150 Stati parte). In queste condizioni, è difficile promuovere il lavoro della Conferenza dell'Aja su scala globale. È nell'interesse degli Stati parte di tali convenzioni garantire che esse funzionino correttamente e che anche molti altri Stati diventino parte di tali convenzioni. Il nuovo piano strategico della Conferenza dell'Aja per il 2019-2022,⁴² adottato nel marzo 2019, stabilisce inoltre un secondo orientamento strategico per “garantire l’attuazione e il funzionamento adeguato ed efficace delle convenzioni e degli strumenti dell’HCCH attraverso servizi e assistenza *ex post* al funzionamento delle convenzioni”. Lo stesso piano ricorda inoltre, in relazione al terzo orientamento strategico, che la Conferenza dell'Aja “è un’organizzazione intergovernativa universale. Essa persegue l’universalità e l’integrazione come parte della sua strategia operativa”. Occorre pertanto dotare la Conferenza dell'Aja e il suo *Permanent Bureau* dei mezzi per realizzare le sue ambizioni.

41 A tale riguardo, è interessante notare che gli Stati Uniti d’America, pur non essendo parte della CRC, sono parte delle Convenzioni dell’Aja del 1980, 1993 e 2007 e hanno firmato la convenzione del 1996.

42 Disponibile al seguente indirizzo: <https://assets.hcch.net/docs/b7cd6f4a-d423-4f58-98f9-5977a38b6865.pdf>.



PARTE II

LA CONVENZIONE SUI DIRITTI DELL'INFANZIA E DELL'ADOLESCENZA: IL VERSANTE INTERNO

LA CRC IN ITALIA: IL QUADRO GENERALE

FAUSTO POCAR¹

Sommario: 1. Gli obblighi di rispetto e garanzia dei diritti derivanti dalla Convenzione. – 2. Obblighi convenzionali di portata immediata. – 3. Obblighi convenzionali di portata eventualmente differita. – 4. L’obbligo di utilizzo delle risorse disponibili. – 5. I minori titolari della protezione secondo la Convenzione. – 6. La portata della clausola di non discriminazione. – 7. Le misure di attuazione della Convenzione e l’Autorità garante per l’infanzia e l’adolescenza. – 8. La partecipazione dell’Italia alle procedure internazionali di controllo.

1. Gli obblighi di rispetto e garanzia dei diritti derivanti dalla Convenzione

La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza (anche “Convenzione” o “CRC”) contempla la protezione di un’ampia serie di diritti civili, politici, economici, sociali e culturali dei minori – in via generale le persone di età inferiore a diciotto anni – che gli Stati parte si sono obbligati a *rispettare* e a *garantire*, in virtù dell’art. 2 della Convenzione. Per quanto riguarda l’Italia, gli obblighi derivanti dalla Convenzione sono sorti il 5 ottobre 1991, data dell’entrata in vigore della Convenzione, avvenuta trenta giorni dopo il deposito dello strumento italiano di ratifica, autorizzato con legge 27 maggio 1991 n. 176.

L’*obbligo di rispettare* i diritti previsti nella Convenzione ha un contenuto di carattere *negativo* e impone di astenersi dall’adottare misure che possano impedire l’esercizio dei diritti protetti o costituire una violazione di essi. L’*obbligo di garantire* i diritti ha invece un contenuto di carattere *positivo* e impone all’Italia di adottare tutte le misure necessarie a rimuovere eventuali ostacoli esistenti al godimento dei diritti e a permetterne l’esercizio da parte dei titolari. In entrambi i casi si tratta di *obblighi di risultato*, che hanno

¹ Professore emerito di diritto internazionale, Università di Milano (fausto.pocar@unimi.it).



come oggetto l'effettivo godimento ed esercizio di tutti i diritti previsti nella Convenzione e, naturalmente, nei due Protocolli facoltativi adottati nel 2000, concernenti l'uno il coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati e l'altro la vendita, la prostituzione e la pornografia rappresentante bambini, entrambi ratificati dall'Italia in seguito alla legge 11 marzo 2002, n. 46.

2. Obblighi convenzionali di portata immediata

La circostanza che la Convenzione preveda obblighi di risultato non significa tuttavia che tutti abbiano necessariamente portata immediata. Questo è tuttavia certamente il caso delle disposizioni della Convenzione in cui gli Stati riconoscono al minore una serie di diritti civili, quali il diritto alla vita, il diritto a essere registrato immediatamente dopo la nascita, il diritto al nome, il diritto ad acquisire una cittadinanza, il diritto all'identità, il diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, il diritto alla libertà di associazione e di riunione pacifica, il diritto alla protezione della legge contro interferenze arbitrarie e illegali nella sua vita privata e contro attacchi al suo onore e alla sua reputazione, il diritto ad essere sentito in questioni che lo concernano, certi diritti processuali, ed altri ancora. Le norme che riconoscono questi diritti sono norme di applicazione immediata e lo Stato deve rispettarli e garantirli nella loro interezza fin dal momento dell'entrata in vigore della Convenzione. Trattandosi di norme direttamente applicabili – di norme c.d. *self-executing* secondo la terminologia comunemente seguita – esse sono introdotte nell'ordinamento italiano per effetto dell'ordine di esecuzione della Convenzione, senza la necessità di ulteriori norme di adattamento, di modo che la loro eventuale violazione può essere accertata dal giudice anche in assenza di altre misure di attuazione adottate dal legislatore nazionale.

3. Obblighi convenzionali di portata eventualmente differita

Diverso è il caso delle disposizioni della Convenzione che regolano diritti economici, sociali e culturali, per i quali gli Stati contraenti non si sono impegnati a riconoscere i diritti come tali, senza misure di attuazione nazionali, ma ad operare in modo che i diritti vengano attuati. In particolare, l'art. 4 della



Convenzione dispone da un lato che “gli Stati parte si impegnano ad adottare tutti i provvedimenti legislativi, amministrativi ed altre misure necessarie per attuare i diritti riconosciuti dalla presente Convenzione”; dall’altro che “per quanto riguarda i diritti economici, sociali e culturali essi adottano tali provvedimenti entro i limiti massimi delle risorse di cui dispongono e, se del caso, nell’ambito della cooperazione internazionale”.

Questa disposizione, che in qualche misura riprende quelle, di identico contenuto, presenti nell’art. 2 dei Patti internazionali del 16 dicembre 1966, pone chiaramente anche *obblighi di condotta*, distinguendo tra diritti protetti. Mentre in generale l’Italia, come ogni altro Stato parte, ha l’obbligo di prendere tutte le misure necessarie per l’attuazione dei diritti previsti, fermo rimanendo che l’obbligo di rispettarli e di garantirli ha effetto immediato con l’entrata in vigore della Convenzione, con riferimento ai diritti economici, sociali e culturali tale obbligo sussiste entro i limiti delle risorse disponibili o della cooperazione internazionale disponibile. Si deve a questo proposito notare che il riferimento alle risorse disponibili non è accompagnato dalla indicazione che l’attuazione dei diritti economici, sociali e culturali ha carattere progressivo, come nell’art. 2 del Patto del 1966 relativo a questi diritti, se non con riguardo ad alcuni specifici diritti, come ad esempio il diritto all’educazione, di cui all’art. 28 e il diritto alla salute, di cui all’art. 24. Risulta tuttavia evidente che l’attuazione non ha necessariamente carattere immediato e che può essere ritardata nel tempo nella misura in cui le risorse si rendano progressivamente disponibili. Va peraltro sottolineato che il riferimento al limite massimo delle risorse disponibili obbliga gli Stati parte a porre i diritti dei minori al primo posto nella utilizzazione delle loro risorse.

4. L’obbligo di utilizzo delle risorse disponibili

La Convenzione non definisce la natura delle risorse disponibili che gli Stati devono impiegare per attuare i diritti dei minori. È tuttavia da ritenere che la mancata definizione lasci intendere che non solo di risorse economiche e finanziarie si tratta, ma anche di risorse di natura organizzativa e sociale. Spetta a ciascuno Stato parte di definirle secondo il proprio ordinamento nazionale in relazione a ciascun diritto oggetto di protezione, con l’avvertenza che esse devono comunque essere utilizzate nella misura più elevata possibile.



In altre parole, per quanto riguarda l'Italia, i diritti dei minori garantiti dalla Convenzione devono trovare una collocazione di primo piano nel contesto delle risorse di cui il paese dispone al fine rispondere pienamente alle esigenze di attuazione della Convenzione, e non possono essere relegati ad una posizione meramente secondaria. Quando le misure necessarie e il loro finanziamento non siano già previsti dall'ordinamento italiano, il bilancio generale dello Stato deve prevederle e destinare ad esse risorse sufficienti ad adottarle in modo adeguato. Questo significa che nel quadro del controllo affidato al Comitato onusiano di controllo dell'attuazione degli obblighi derivanti dalla Convenzione, il Comitato stesso potrebbe richiedere informazioni sulle risorse allocate per la garanzia e lo sviluppo dei diritti dei minori nel contesto delle risorse disponibili nel Paese.

5. I minori titolari della protezione secondo la Convenzione

Gli obblighi degli Stati parte di rispettare e garantire i diritti previsti dalla Convenzione hanno per destinatario “ogni minore sottoposto alla loro giurisdizione” (*each child within their jurisdiction*). Questa formulazione della norma è più chiara di quella che si ritrova nell'art. 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966, che obbliga ogni Stato a proteggere i diritti di “tutti gli individui sul suo territorio e sottoposti alla sua giurisdizione” (*all individuals within its territory and subject to its jurisdiction*). Quest'ultima si presta, e si è prestata, ad un'interpretazione restrittiva ove il riferimento al territorio e alla giurisdizione sia inteso come cumulativo – come hanno opinato alcuni Stati che hanno ritenuto che il Patto non ponga obblighi extraterritoriali – anziché disgiuntivo, come ritengono la dottrina migliore e la maggioranza degli Stati parte, anche sulla scorta dell'opinione espressa dal Comitato dei diritti dell'uomo nella sua osservazione generale sull'art. 2 del Patto.

Il richiamo alla sola giurisdizione senza riferimento al territorio implica che la Convenzione impone un obbligo ad ogni Stato parte nei confronti di tutte le persone sottoposte alla sua giurisdizione, indipendentemente dal fatto che esse si trovino sul suo territorio, quindi anche all'estero, se organi dello Stato vi esercitino la loro autorità. Non vi può essere dubbio, pertanto, per quanto riguarda l'Italia, che essa sia tenuta ad attuare la Convenzione nei



confronti di tutti i minori che si trovino, anche temporaneamente, sottoposti alla sua autorità pur non trovandosi sul territorio statale. Si tratta di una considerazione importante per gli Stati, come l'Italia, che sono frequentemente impegnati in operazioni internazionali di pace in paesi stranieri.

A maggior ragione l'obbligo di assicurare i diritti previsti dalla Convenzione indistintamente a tutti i minori sussiste quando essi si trovino sul territorio dello Stato e siano sottoposti alla sua giurisdizione. Vi rientrano pertanto anche gli stranieri quando siano stabilmente sul territorio dello Stato, anche se non regolarmente registrati, o anche vi si trovino temporaneamente in attesa di accertamenti sulla regolarità della loro presenza sul territorio, in qualità di rifugiati o di individui che godono di protezione rafforzata secondo le norme dell'Unione europea e quelle nazionali.

6. La portata della clausola di non discriminazione

Queste conclusioni sui destinatari degli obblighi degli Stati parte della Convenzione, e quindi anche dell'Italia, trovano ulteriore conferma nella clausola di non discriminazione contenuta nell'art. 2, primo comma, che parla di rispetto e garanzia dei diritti dei minori “senza discriminazione di sorta” (*without discrimination of any kind*), aggiungendo una serie di cause di discriminazione vietate. L'ampiezza della clausola è rafforzata dal fatto che la norma indica espressamente che, oltre alle cause di discriminazione usualmente richiamate negli strumenti internazionali sui diritti umani, non possono essere fatte valere come ragioni di discriminazione condizioni proprie dei genitori o dei rappresentanti legali del minore.

L'importanza di quest'ultimo riferimento per una reale garanzia dei diritti protetti è inoltre sottolineata nel comma successivo dell'art. 2, in virtù del quale lo Stato è richiesto di adottare tutti i provvedimenti appropriati affinché il minore sia effettivamente tutelato contro ogni forma di discriminazione o di sanzione motivate dalla condizione sociale, dalle attività, opinioni professate o convinzioni dei suoi genitori, dei suoi rappresentanti legali o dei suoi familiari. Per quanto il minore sia normalmente inserito in una famiglia, la disposizione della Convenzione tende a separare la tutela dei suoi diritti da quella delle persone che compongono il nucleo familiare, e ad evitare che essa possa essere indirettamente attenuata dal comportamento di tali persone.



Le situazioni in cui può trovare applicazione sono molteplici e comprendono quelle dei minori che si trovano sul territorio nazionale in posizione irregolare perché i loro familiari non sono registrati fra la popolazione residente. L'eventuale sanzione applicabile per immigrazione irregolare sul territorio italiano ai genitori non dovrebbe necessariamente riguardare i figli minorenni, la cui posizione dovrebbe essere valutata separatamente, anche e soprattutto alla luce del principio dell'interesse superiore del minore.

7. Le misure di attuazione della Convenzione e l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza

La Convenzione non contiene un catalogo delle misure che gli Stati parte devono adottare per garantire i diritti in essa descritti, e non ne indica con precisione il contenuto, limitandosi, come si è detto più sopra, a richiedere l'adozione di provvedimenti appropriati affinché le persone protette siano effettivamente messe in condizione di esercitare i loro diritti senza alcuna forma di discriminazione nella famiglia e nella società. Spetta quindi alle istituzioni politiche e amministrative previste dall'ordinamento costituzionale di ogni Stato parte di individuare le misure idonee a raggiungere il risultato indicato dalla Convenzione. Per quanto riguarda l'Italia esse devono essere individuate secondo l'ordinamento italiano, con l'avvertenza che le competenze delle istituzioni politiche e amministrative italiane esistenti hanno dovuto essere, ove necessario, modificate e nuove istituzioni hanno dovuto essere create quando quelle esistenti non siano apparse in grado di raggiungere pienamente gli scopi della Convenzione.

Si spiega anche in questo contesto la creazione dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, istituita con la legge 12 luglio 2011 n. 112 con il fine di assicurare la piena attuazione e la tutela dei diritti e degli interessi delle persone di minore età, in conformità a quanto previsto dalle convenzioni internazionali, con particolare riferimento alla Convenzione di New York del 1989, che richiama la creazione di apposite istituzioni negli artt. 12 e 18, e dalla Costituzione italiana, che all'art. 31 prevede la protezione della maternità, dell'infanzia e della gioventù, "favorendo gli istituti necessari a tale scopo". Competenza primaria dell'Autorità garante, fra le tante ad essa attribuite dalla legge istitutiva, è infatti di promuovere l'attuazione della Convenzione



e degli altri strumenti internazionali in materia nel contesto nazionale.

La creazione di un'autorità garante riveste d'altra parte un'importanza particolare in considerazione del carattere complesso e comprensivo dei numerosi e diversi obblighi che derivano dalla Convenzione. Se gli atti di esecuzione di questi obblighi devono necessariamente far capo a diversi organi legislativi, amministrativi e giudiziari dello Stato, la loro emanazione richiede l'esistenza di un organo di promozione e di coordinamento delle misure di attuazione che possa intervenire per assicurare che queste ultime rispondano pienamente alle finalità della Convenzione e dei suoi Protocolli.

8. La partecipazione dell'Italia alle procedure internazionali di controllo

L'ampiezza e la complessità delle misure di attuazione della Convenzione comportano che ampie e complesse siano le procedure internazionali di verifica della correttezza ed efficacia di tali misure attraverso la partecipazione dello Stato a un dialogo costruttivo con istanze internazionali, in particolare con gli organi tecnici e politici di controllo delle Nazioni Unite. Ciò vale soprattutto per gli Stati, come l'Italia, che hanno accettato i Protocolli che accompagnano la Convenzione, con particolare riguardo a quello sulle procedure di ricorso individuale e di inchiesta, ratificato in virtù della legge 16 novembre 2015, n. 199.

Innanzitutto, la circostanza che la Convenzione comprenda, con riferimento ai minori, tutto l'arco dei diritti umani riconosciuti dagli strumenti internazionali in vigore ha come conseguenza che la preparazione del rapporto che il Governo italiano è tenuto a presentare periodicamente – ogni cinque anni – al Comitato istituito ai sensi dell'art. 44 della Convenzione è laboriosa e complessa e richiede la collaborazione di numerosi organi dello Stato, coordinati da un comitato interministeriale che consenta di raccogliere e di valutare tutte le informazioni necessarie. Non meno attento deve essere l'intervento in proposito dell'Autorità garante, che è tenuta ad esprimere il proprio parere indipendente sul rapporto del Governo italiano, tanto più che tale parere deve essere allegato al rapporto, come precisa la legge 12 luglio 2011, n. 112. D'altra parte, proprio il fatto che il rapporto del Governo debba essere accompagnato dal parere di un'istituzione indipendente come l'Autorità garante contribuisce a favorire la preparazione del rapporto stesso in



modo più corretto e responsabile.

Né va dimenticato che il parere dell'Autorità garante deve essere tenuto presente anche nella redazione del rapporto dell'Italia al Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite nel quadro della revisione periodica universale. Anche se il carattere ben più conciso di tale rapporto comporta necessariamente che esso si riferisca solo alle azioni più rilevanti dello Stato in materia di protezione dei diritti fondamentali, quelle relative all'infanzia e all'adolescenza vi rientrano di diritto.

Infine, le misure adottate dall'Italia ai fini dell'attuazione della Convenzione devono avere non solo carattere generale per rispettare il principio di non discriminazione, ma anche essere sufficientemente precise e concrete per poter essere applicabili al maggior numero di casi possibile. Il controllo internazionale sulle stesse può infatti essere attivato anche da comunicazioni individuali presentate ai sensi del relativo Protocollo facoltativo, in vigore per l'Italia. Ben può darsi quindi il caso che una violazione della Convenzione, o una lacuna nella sua attuazione, sia evidenziata da una comunicazione presentata da o per conto di un individuo o di un gruppo di individui soggetti alla giurisdizione dell'Italia. La competenza del Comitato di controllo non si esaurisce con riferimento al caso singolo. Va ricordato che, ai sensi del Protocollo, in particolare quando si tratti di comunicazioni che lamentano violazioni di diritti economici, sociali o culturali, il Comitato valuta la ragionevolezza delle misure adottate dallo Stato parte in conformità all'art. 4 della Convenzione, e può trasmettere a tale Stato le proprie valutazioni, unitamente alle sue eventuali raccomandazioni. Il controllo sulla specifica comunicazione individuale è dunque suscettibile di diventare un controllo di più vasta portata. In casi estremi, ove la comunicazione, specie se presentata da un gruppo, riveli l'esistenza di violazioni gravi o sistematiche essa può anche costituire la base per l'apertura di una procedura di inchiesta ai sensi dell'art. 13 del Protocollo.

In conclusione, il controllo internazionale sulle misure adottate dall'Italia per l'attuazione della Convenzione presenta forme diverse alle quali è difficile sottrarsi, a conferma dell'importanza della Convenzione stessa per la protezione dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

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.

IL DIRITTO ALL'INCLUSIONE

GIACOMO BIAGIONI ¹

Sommario: 1. L'inclusione del minore come obiettivo generale della Convenzione. – 2. Il principio generale di non discriminazione e le azioni positive. – 3. La cittadinanza quale possibile fattore di inclusione. – 4. La tutela dell'identità culturale del minore: tra inclusione e rispetto delle caratteristiche distintive.

1. L'inclusione del minore come obiettivo generale della Convenzione

La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza non contiene, all'interno del suo catalogo di diritti, un'espressa menzione del diritto all'inclusione quale oggetto di tutela. All'interno dello strumento sono in effetti presenti alcune disposizioni che pongono una speciale enfasi sull'elemento inclusivo come fattore necessario nell'attuazione di determinati diritti, come avviene, ad esempio, in materia di istruzione² o di tutela dei minori disabili;³ ma esse non esauriscono la portata del concetto di inclusione rispetto al sistema convenzionale, in quanto questo assume, come subito si vedrà, una rilevanza trasversale.

In proposito, muovendo dalla definizione del concetto di "inclusione" come pieno inserimento di ciascun individuo all'interno della società, tale diritto viene piuttosto concepito quale caratteristica complessiva del sistema di protezione tratteggiato dalla Convenzione. Di conseguenza, esso è destinato ad emergere non solo da singole esplicite disposizioni, ma soprattutto quale proiezione degli obiettivi generali perseguiti con tale strumento internazionale, dai quali si ricava appunto la centralità del diritto del minore

¹ Professore associato di diritto dell'Unione europea, Università di Cagliari (biagioni@unica.it).

² Non casualmente il tema dell'istruzione è stato oggetto del primo commento generale del Comitato per i diritti dell'infanzia: v. General Comment No. 1 (2001) Article 29(1): The Aims of Education, CRC/GC/2001/1. Si veda, in questo volume, il contributo di A. DI STEFANO.

³ Sul tema della disabilità, General Comment No. 9 (2006) The rights of children with disabilities, CRC/GC/2006/9. In questo volume, cfr. P. FRANZINA e I. AQUIRONI.



all'inclusione. D'altra parte, non può sottovalutarsi che questo diritto incide anche sulla formazione dell'identità stessa del minore, in quanto implica non soltanto che il minore sia concretamente integrato nella comunità, ma anche che possa effettivamente percepire se stesso come tale.

Date queste premesse, sotto un primo profilo, occorre considerare che, se è pur vero che la Convenzione enfatizza la necessità di una protezione speciale da accordare al minore, così segnando una sicura differenza della sua posizione rispetto a quella dell'adulto, il suo disegno è chiaramente orientato nel senso di qualificare i minori come veri e propri titolari di diritti e di posizioni soggettive. In ciò essa supera dunque la precedente impostazione di stampo paternalistico secondo cui la tutela del minore costituiva soltanto oggetto di un dovere morale degli adulti⁴.

La Convenzione, sviluppando spunti già presenti nella Dichiarazione ONU sui diritti del minore del 1959,⁵ individua la titolarità dei diritti fondamentali da parte del minore come un elemento cruciale del sistema, che risulta strettamente connesso all'interazione tra il minore stesso e la società nel suo complesso. Infatti, come emerge dal suo preambolo, la Convenzione intende assolvere il compito di preparare pienamente la persona di minore età "a vivere una vita individuale nella società e cresciuta nello spirito degli ideali proclamati nella Carta delle Nazioni Unite e, in particolare, nello spirito di pace, dignità, tolleranza, libertà, uguaglianza e solidarietà". In tale logica l'obiettivo generale, perseguito dalla Convenzione, di ottenere la piena integrazione sociale del minore si declina secondo un duplice angolo visuale: per un verso, la necessaria esistenza dei diritti del minore medesimo contribuisce a plasmare l'ambiente sociale in coerenza con gli ideali perseguiti dalle Nazioni Unite; per altro verso, essa può favorire la formazione della personalità del minore in modo consonante, consentendogli di inserirsi in una società nei cui valori egli possa rispecchiarsi e di acquisire consapevolezza del suo ruolo all'interno di essa quale titolare di diritti.

In secondo luogo, deve essere sottolineato il carattere universale della protezione conferita dalla Convenzione,⁶ che costituisce, come noto, un tratto

4 Un approccio di questo tipo emerge chiaramente dal tenore della Dichiarazione di Ginevra del 1924, nel cui preambolo si legge che "mankind owes to the Child the best that it has to give, declare and accept it as their duty".

5 Declaration of the Rights of the Child, A/RES/1386(XIV), del 20 novembre 1959.

6 V. S. DETRICK, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff, 1992, p. 68.



distintivo degli strumenti in materia di tutela dei diritti dell'uomo adottati sotto l'egida dell'ONU. Con riferimento alla posizione del minore, questa caratteristica era stata già chiaramente sottolineata nel preambolo e nel primo principio della Dichiarazione ONU del 1959, la quale, in modo più esplicito rispetto alla Dichiarazione di Ginevra del 1924, aveva posto l'enfasi sulla necessità di riconoscere tali diritti a “every child”.

Pertanto, non stupisce che anche nel preambolo della Convenzione sia contenuto un esplicito richiamo alla necessità di assicurare a tutti gli individui, senza distinzione di alcun tipo, il godimento dei diritti e delle libertà fondamentali. Tale richiamo alla portata universale della Convenzione viene d'altronde ribadito nella definizione di “minore” contenuta nell'art. 1 come “ogni essere umano di età inferiore ai diciotto anni” e trova piena concretizzazione, come si dirà, nell'art. 2, dedicato al principio di non discriminazione.

In proposito, il Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza ha chiaramente sottolineato che “*all the rights* guaranteed by the Convention should be recognised for *all children* within the jurisdiction of States”, aggiungendo che ciò richiede “a unifying, comprehensive and rights-based national strategy, rooted in the Convention” (corsivi aggiunti).⁷

Ora, anche questo principio opera nel senso di realizzare un obiettivo di inclusione attraverso la protezione dei diritti del minore: infatti, esso, da un lato, impone anzitutto di individuare e rendere “visibili”, all'interno della società, i soggetti destinatari dell'ambito di tutela offerto dalla Convenzione; dall'altro, tale tutela, in quanto abbraccia idealmente tutti i minori, è diretta soprattutto a migliorare, in un'ottica di eguaglianza sostanziale, la condizione di quelli che si trovano in situazioni di marginalità, consentendo loro l'accesso ad un insieme unitario di situazioni soggettive fondamentali. In proposito, nonostante la portata generale del diritto all'inclusione ricavabile da tali principi, esso assume, inevitabilmente, una maggiore rilevanza per certi gruppi di minori all'interno di ciascun ordinamento; emblematica appare la posizione dei bambini e adolescenti appartenenti a gruppi minoritari o dei minori migranti, la cui presenza all'interno di una società, alla quale essi risultano, almeno in partenza, estranei, impone di superare una serie di barriere tanto fattuali quanto giuridiche al fine della loro integrazione.

⁷ General Comment No. 5 (2003): General Measures of Implementation of the Convention on the Rights of the Child, CRC/GC/2003/5, paragrafi 28-30.



Alla luce di quanto sopra, non stupisce pertanto che anche nell'ordinamento italiano le misure di attuazione degli obblighi derivanti dalla Convenzione abbiano posto un accento significativo proprio sulla dimensione dell'inclusione sociale del minore come obiettivo di carattere generale. In tal senso, può ricordarsi, in particolare, la legge 28 agosto 1997, n. 285, recante “Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e per l'adolescenza”, la quale mira a “favorire la promozione dei diritti, la qualità della vita, lo sviluppo, la realizzazione individuale e la socializzazione dell'infanzia e dell'adolescenza”:⁸ a tal fine, ai sensi del suo art. 7, essa incoraggia, tra l'altro, “interventi che facilitano l'uso del tempo e degli spazi urbani e naturali, rimuovono ostacoli nella mobilità, ampliano la fruizione di beni e servizi ambientali, culturali, sociali e sportivi” e “misure volte a promuovere la partecipazione dei bambini e degli adolescenti alla vita della comunità locale, anche amministrativa”.

Va aggiunto che la realizzazione del diritto all'inclusione transita evidentemente anche dalla diffusione della necessaria consapevolezza dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza non solo da parte dei minori stessi e delle persone che li circondano ma della società nel suo complesso, come d'altronde richiesto dall'art. 42 della Convenzione. A questo riguardo, lo sforzo compiuto dall'ordinamento italiano ha trovato attuazione principalmente con l'istituzione di specifici organi, chiamati a fungere da centri di raccolta dati, informazione e promozione della conoscenza rispetto ai diritti fondamentali dei minori. Accanto all'Osservatorio nazionale per l'infanzia e l'adolescenza e al Centro nazionale di documentazione e analisi per l'infanzia e l'adolescenza, istituiti con legge 23 dicembre 1997, n. 451, e operanti sotto il controllo del Ministro del lavoro e delle politiche sociali e del Ministro con delega per le politiche della famiglia, assume ovviamente rilievo centrale la creazione, avvenuta con la legge 12 luglio 2011, n. 112, dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza.⁹ A quest'ultima sono state infatti attribuite, sulla base dell'art. 3 della medesima legge, specifiche funzioni nel campo della diffusione della conoscenza dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, finalizzata al riconoscimento dei minori come soggetti titolari di diritti, e della promozione di studi e ricerche sull'attuazione di tali diritti: essa appare

⁸ Sull'impianto di tale legge, v. Istituto degli Innocenti (a cura di), *Dieci anni di attuazione della legge 285/97*, Firenze, 2009.

⁹ Si veda, in questo volume, il contributo di F. ALBANO.



dunque come il più concreto strumento attraverso il quale la realizzazione degli obiettivi previsti dall'art. 42 della Convenzione può realizzarsi nel nostro sistema giuridico.

2. Il principio generale di non discriminazione e le azioni positive

Come già anticipato, il diritto all'inclusione trova il suo cardine anzitutto in uno dei principi generali contenuti all'interno della Convenzione, avente contenuto trasversale rispetto ai singoli diritti dalla stessa protetti, e precisamente il principio di non discriminazione stabilito dall'art. 2 della Convenzione. La particolare importanza del principio è stata rimarcata dal Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza sin dal suo primo Commento generale n. 1/2001, allorché esso ha chiarito che la discriminazione pregiudica la dignità umana e riduce o addirittura fa venir meno la capacità dei minori di godere dei diritti protetti dalla Convenzione. La disposizione, modellata secondo uno schema presente in molti trattati internazionali in materia di diritti dell'uomo e ispirata nella sua formulazione all'art. 2 del Patto ONU sui diritti civili e politici, prevede, nel suo nucleo centrale, che “gli Stati parti si impegnano a rispettare i diritti enunciati nella presente Convenzione ed a garantirli ad ogni fanciullo che dipende dalla loro giurisdizione, senza distinzione di sorta”.

L'art. 2 della Convenzione non va inteso come una previsione che miri a introdurre un autonomo diritto alla non discriminazione o all'eguaglianza.¹⁰ Essa ha piuttosto carattere funzionale rispetto alle disposizioni della Convenzione che attribuiscono ai minori specifici diritti. Pertanto, non può ricavarsi dalla disposizione un diritto alla parità di trattamento sotto tutti i possibili profili, poiché gli obblighi che ne derivano non si estendono a diritti non protetti dalla Convenzione medesima. Ciò nondimeno, il principio crea certamente i presupposti per una più ampia inclusione sociale dei minori, in quanto mira a garantire loro, attraverso il conferimento di eguali diritti, una partecipazione alla comunità su un piano tendenzialmente paritario, ma anche in quanto evita le gravi ripercussioni sulla personalità del minore che possono derivare dalla percezione che la sua condizione nella società non è

¹⁰ S. BESSON, E. KLEBER, “Article 2. The Right to Non-Discrimination”, in *The UN Convention on the Rights of the Child*, a cura di J. TOBIN, Oxford University Press, 2019, p. 53.



identica a quella di tutti gli altri.

Il principio così espresso opera sul piano “orizzontale”, in quanto, muovendo dalla condizione del minore quale soggetto bisognoso di protezione speciale, non equipara la sua posizione a quella dell’adulto, bensì assicura a tutti i minori un eguale livello di garanzia. In tal senso, la disposizione ha un valore diverso rispetto a quelle contenute in altre convenzioni elaborate nel quadro del sistema di tutela dei diritti dell’uomo delle Nazioni Unite,¹¹ perché non conduce ad escludere *sic et simpliciter* la discriminazione in base all’età nei rapporti tra adulti e minori, pur restando ferma la capacità dei minori di essere titolari di diritti fondamentali sullo stesso piano degli adulti.

Anzi, le disposizioni della Convenzione ammettono esplicitamente la possibilità che i minori possano, in considerazione della loro speciale posizione, sia godere di una sfera di diritti più ampia di quella degli adulti, come prevede, ad esempio, l’art. 37 in materia di divieto di pena di morte e di imprigionamento a vita senza possibilità di rilascio; sia essere sottoposti a talune limitazioni, come accade in materia di accesso al lavoro ai sensi dell’art. 32, par. 2, della Convenzione. Peraltro, in taluni casi anche l’età costituisce una delle componenti della discriminazione vietata, come accade per le mutilazioni genitali femminili, praticate esclusivamente sulle bambine ed ora espressamente vietate anche dalla Convenzione di Istanbul del 2011 sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica.¹²

L’esistenza di un principio generale di non discriminazione non implica peraltro un obbligo assoluto di parità di trattamento neppure rispetto a tutti i minori: è anzi la stessa Convenzione a individuare talvolta alcune differenze considerate accettabili. In particolare, per quanto in generale la discriminazione in base all’età tra minori possa costituire una condotta vietata, alcune disposizioni impongono di tener conto dell’età e della maturità del minore, modulando variamente in relazione a tale parametro il godimento di determinati diritti;¹³ in altri casi la Convenzione individua specifici diritti spettanti

11 Sotto tale profilo, la disposizione può essere utilmente comparata con gli articoli 2, par. 2, e 5 della Convenzione del 1965 sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale e l’art. 3 della Convenzione del 1979 sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne.

12 Per l’Italia, v. anche la legge 9 gennaio 2006, n. 7, in Gazzetta Ufficiale n. 14 del 18 gennaio 2006. Sul tema, si veda il contributo, in questo volume, di S. DE VIDO.

13 V., tra gli altri, l’art. 12, in materia di diritto all’ascolto, che consente al giudice di valutare se l’età del minore giustifica la sua audizione; l’art. 38, par. 3, che vieta l’arruolamento del



a minori che si trovano in una situazione peculiare, come i minori rifugiati o disabili.

L'obbligo degli Stati contraenti di evitare le discriminazioni si estende a tutti i minori sotto la loro giurisdizione. Secondo un'interpretazione invalsa anche in relazione ad altri trattati in materia di protezione dei diritti dell'uomo,¹⁴ la nozione di "giurisdizione" costituisce un concetto molto ampio, poiché non designa un ambito territoriale determinato, ma si riferisce all'insieme di situazioni in cui il minore si trova sotto l'autorità di uno Stato. Individuando la sfera di applicazione della Convenzione con riferimento al concetto di giurisdizione, l'art. 2 impone, pur con tutte le difficoltà del caso, allo Stato di garantire un eguale livello di protezione dei diritti dei minori, sia che essi si trovino sul suo territorio, in particolare evitando eccessive disparità tra le diverse parti dello stesso¹⁵, sia che essi siano soggetti al suo controllo fuori da tale territorio (ad esempio, nel corso di operazioni di salvataggio in acque internazionali condotte da navi italiane¹⁶ o in presenza di militari italiani impegnati in una missione internazionale sul territorio di uno Stato terzo).

Proprio nell'ottica di garantire un'applicazione estensiva del principio di non discriminazione, l'art. 2 individua i criteri vietati non solo con grande larghezza, ma soprattutto offrendo un elenco meramente esemplificativo degli stessi (razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica o altra, origine nazionale, etnica o sociale, situazione finanziaria, incapacità, nascita o ogni altra circostanza). Pertanto, sulla base di un'interpretazione evolutiva possono considerarsi precluse anche le distinzioni introdotte sulla base di criteri, che, pur non espressamente contemplati nella Convenzione, si porrebbero in contrasto con standard di tutela comunemente accettati, come

minore di anni quindici nelle forze armate dello Stato; l'art. 40, par. 3, lett. a), che impone di prevedere un'età minima perché il minore sia considerato capace di commettere reati.

14 Ad esempio, sul concetto di "giurisdizione" rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo v. R. NIGRO, "The Notion of "Jurisdiction" in Article 1: Future Scenarios for the Extra-Territorial Application of the European Convention on Human Rights", in *Italian Yearbook of International Law*, 2011, p. 11 ss. Sui rapporti tra CRC e CEDU, si veda, in questo volume il contributo di A. ANNONI.

15 V., in tal senso, le raccomandazioni del Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza all'Italia, pubblicate il 6 marzo 2019, par. 14, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fJPN%2fCO%2f4-5&Lang=en.

16 V., *mutatis mutandis*, Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza 23 febbraio 2012, nel caso *Hirsi Jamaa c. Italia*, ric. n. 27765/09, in cui è stato ritenuto che il controllo su un individuo esercitato su una nave di Stato all'interno del mare internazionale implichi l'assoggettamento di quell'individuo alla giurisdizione dello Stato della bandiera.



l'orientamento sessuale. In tal senso, il Comitato per i diritti dell'infanzia ha mostrato un particolare attivismo, individuando un gran numero di criteri di discriminazione che, pur non espressamente elencati nell'art. 2, sono da considerare non ammessi¹⁷.

Allo stesso tempo, allo scopo di evitare che il minore possa subire ripercussioni negative da circostanze di fatto riguardanti la famiglia di provenienza, i criteri di discriminazione vietati riguardano anche l'opinione politica o di altro genere dei genitori e dei familiari, la loro condizione sociale, le loro attività o convinzioni. In questo contesto, la protezione dei diritti dei minori non può essere subordinata alla natura dell'unione tra i genitori, com'è stato riconosciuto in Italia con la legge 10 dicembre 2012, n. 219, che ha sancito l'unicità dello *status* di figlio, anche se nato fuori dal matrimonio; analogamente, nessuna discriminazione può ammettersi in relazione a minori il cui legame di filiazione risulti stabilito con coppie dello stesso sesso. Ciò implica il dovere dello Stato di astenersi da misure che incidano negativamente sulla posizione del minore in ragione di fattori connessi alla posizione dei genitori o di altri familiari, ma anche di impedire che le condotte dei genitori conformi a determinate opinioni si risolvano in una diminuzione di tutela del minore, ad esempio rispetto al suo diritto alla salute.¹⁸

In considerazione della formulazione ampia della disposizione, essa riguarda non solo le discriminazioni *dirette*, con le quali viene espressamente introdotta una differenza di trattamento nel godimento di determinati diritti sulla base di uno dei criteri vietati, ma, come riconosciuto nel Commento generale n. 1/2001 del Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, anche le discriminazioni *indirette*, che, pur apparentemente non fondate sui criteri vietati, in realtà arrecano un pregiudizio al minore che si trova in una delle situazioni indicate nell'art. 2. Pur non facendo esplicito riferimento a tale disposizione della Convenzione, la giurisprudenza italiana ha fatto spesso uso di un principio simile in materia di diritto all'istruzione dei minori disabili, valorizzando il danno che una discriminazione anche indiretta è suscettibile di arrecare all'integrazione sociale del minore e alla sua crescita in un ambiente favorevole allo sviluppo della sua personalità e delle sue attitu-

¹⁷ S. BESSON, E. KLEBER, *Article 2*, cit., p. 61 ss.

¹⁸ Cfr., ad es., sulla posizione dei genitori appartenenti a una confessione religiosa i cui principi non ammettono il ricorso alle emotrasfusioni, Tribunale dei minorenni di Trento, 30 dicembre 1996, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1998, p. 835.



dini.¹⁹

Tale principio si salda con un'esigenza generale risultante dalla formulazione dell'art. 2 della Convenzione, secondo cui gli Stati contraenti debbono a un tempo *rispettare* i diritti dei minori e *garantirne* loro il godimento. Da tale indicazione testuale, come anche interpretata nella prassi costante del Comitato, si ricava che gli obblighi degli Stati si articolano secondo una duplice dimensione, e cioè, da un lato, l'astensione da atti che possano mettere a repentaglio i diritti protetti dalla Convenzione e, dall'altro lato, l'adozione di misure positive per perseguirne la concreta attuazione.

Sotto il primo profilo, l'obbligo di astensione grava, in linea di principio, sulle autorità statali, le quali sono chiamate a evitare non solo di adottare misure legislative o amministrative di carattere discriminatorio, ma anche di manifestare pubblicamente opinioni o idee che possano condurre a una discriminazione nei confronti dei minori (o di certi gruppi di minori).²⁰

Al contrario, appare più difficile far derivare direttamente dall'art. 2 un puntuale obbligo in tal senso in capo a soggetti privati, anche se i comportamenti di questi ultimi sono spesso idonei a realizzare gravi forme di discriminazione in danno dei minori (o di taluni di essi) all'interno della società. Talune di esse sono dirette contro la generalità dei minori, come il divieto (o le limitazioni) di accesso ad esercizi commerciali c.d. *no kids* o l'uso di dispositivi che emettono suoni ad alta frequenza udibili solo dai minori al fine di allontanarli da una determinata area;²¹ altre colpiscono determinati gruppi di minori, come dimostra il ruolo dei mezzi di comunicazione di massa nella diffusione di opinioni ed espressioni fondate su pregiudizi,²² e dunque inci-

19 A titolo di esempio, v. Corte di cassazione, Sezioni unite, 25 novembre 2014, n. 25011, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 2015, p. 903.

20 Un'indicazione in tal senso viene, in particolare, dalle recenti raccomandazioni del Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza all'Italia, cit., par. 15, lettera b).

21 Su quest'ultima prassi di uso dei c.d. *mosquito devices*, v. la Raccomandazione n. 1930 (2010) dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa "Prohibiting the marketing and use of the "Mosquito" youth dispersal device", che richiama esplicitamente anche l'art. 2 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. V. anche le raccomandazioni del Comitato dei diritti dell'infanzia al Regno Unito, pubblicate nel 2008, paragrafi 34-35.

22 V., per l'Italia, la delibera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 424/16/CONS del 16 settembre 2016, "Atto di indirizzo sul rispetto della dignità umana e del principio di non discriminazione nei programmi di informazione, di approfondimento informativo e di intrattenimento". Più in generale sull'impatto dei mezzi di comunicazione di massa sulla protezione dei minori, v. il documento dell'Autorità garante per l'infanzia e per l'adolescenza del 21 dicembre 2017 dal titolo "La tutela dei minorenni nel mondo della comunicazione", disponibile sul sito dell'Autorità garante (www.garanteinfanzia.org).



dono sulla percezione dei minori stessi da parte della società civile.

A questo riguardo, occorre tener conto che, come anticipato, il principio di non discriminazione impone agli Stati contraenti anche di porre in essere le azioni positive necessarie per eliminare le condizioni che causano la discriminazione.²³ Può dunque ritenersi insito nell'art. 2 della Convenzione l'obbligo degli stessi di prevenire e reprimere le condotte, che, anche soltanto in via di fatto, contribuiscano concretamente a determinare una discriminazione nella protezione dei diritti fondamentali dei minori; tale obbligo viene peraltro talvolta esplicitamente affermato da singole norme convenzionali, come previsto dall'art. 17 rispetto all'indirizzo che le autorità pubbliche sono chiamate a fornire ai mezzi di comunicazione di massa.²⁴

In vista di una simile finalità, sarebbe senz'altro preferibile che il nostro sistema giuridico si dotasse di una specifica legislazione antidiscriminatoria rispetto alla posizione dei minori, come avvenuto, talvolta in adempimento di specifici obblighi derivanti dalla partecipazione all'Unione europea, in altri settori, come in materia di disabilità²⁵ o di discriminazione in base alla razza e all'origine etnica.²⁶ Ciò consentirebbe di definire anche un quadro legislativo più puntuale in relazione a condizioni e modalità delle azioni positive che possono essere adottate per l'attuazione della parità di trattamento rispetto ai diritti dei minori, secondo la logica della strategia unitaria individuata dal Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. A tal fine, la citata legge 28 agosto 1997, n. 285, pur rivestendo un sicuro rilievo, appare di per sé non sufficiente a realizzare tale strategia, in quanto essenzialmente circoscritta all'attuazione di interventi di carattere amministrativo attraverso il Fondo nazionale per l'infanzia e l'adolescenza.

Nel novero delle misure positive la Convenzione presuppone anche l'uso delle c.d. *misure speciali*, le quali perseguono attivamente l'obiettivo dell'eguaglianza sostanziale e dunque sono prioritariamente dirette a realizzare l'inclusione e l'integrazione sociale di minori appartenenti a gruppi svantaggiati o marginalizzati. Tali azioni si indirizzano sovente a specifici gruppi,

23 V., ancora, le raccomandazioni del Comitato per i diritti dell'infanzia all'Italia, cit., par. 15, lettera c).

24 Su cui si veda, in questo volume, il contributo di F. DI PORTO.

25 Legge 1° marzo 2006, n. 67, avente ad oggetto "Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni", in Gazzetta Ufficiale n. 54 del 6 marzo 2006.

26 V. il decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, avente ad oggetto "Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica", in Gazzetta Ufficiale n. 186 del 12 agosto 2003.



individuati sulla base di caratteristiche che in base alla stessa Convenzione denotano la necessità di una speciale tutela, come la disabilità, la titolarità del diritto alla protezione internazionale o la separazione dai genitori o dai familiari. In tali contesti il ricorso a misure di assistenza e cura dovrebbe incidere, per quanto ciò sia possibile, proprio sui fattori da cui discende la condizione di svantaggio e la conseguente discriminazione, quale pre-condizione per il godimento di ulteriori diritti (si pensi alla necessità di un'adeguata assistenza sanitaria o di una formazione linguistica).

Naturalmente, in quanto dirette a favorire determinate categorie di minori garantendo loro un miglior trattamento parametrato alle loro esigenze, esse possono implicare una deroga proprio al principio di non discriminazione: per questa ragione, appare necessario valutare attentamente sia la loro necessità, sia il carattere di proporzionalità rispetto allo scopo perseguito. Nell'adozione di tali misure speciali sarebbe peraltro opportuno differenziare il contenuto rispetto alla posizione propria dei minori, che, al contrario, viene spesso acriticamente equiparata a quella del gruppo complessivo cui essi appartengono,²⁷ col rischio di una ridotta efficacia rispetto alle esigenze dei minori medesimi.

Peraltro, un simile approccio improntato all'eguaglianza sostanziale, incidendo specialmente sul godimento dei diritti economici e sociali, è destinato a condizionare le scelte di politica non solo legislativa, ma anche finanziaria degli Stati contraenti: proprio su tale presupposto, l'art. 4 della Convenzione consente agli Stati contraenti, in relazione ai diritti economici e sociali dei minori, di tener conto del limite delle "risorse disponibili" quale giustificazione di carattere generale rispetto ad un'incompleta attuazione degli obblighi convenzionali. Una formula simile si ritrova nell'art. 27 della Convenzione, in tema di diritto del minore a un livello di vita sufficiente.

Il testo inglese dell'art. 4 precisa peraltro che lo Stato dovrà comunque dimostrare di aver adottato i provvedimenti necessari "*to the maximum extent of the available resources*",²⁸ anche se la possibilità di un puntuale con-

²⁷ Cfr., ad esempio, il Piano nazionale d'integrazione per i titolari di protezione internazionale, pubblicato nell'ottobre 2017 dal Ministero dell'Interno, in cui, salva l'ipotesi del minore straniero non accompagnato, la posizione di bambini e adolescenti titolari di protezione internazionale non viene presa autonomamente in considerazione.

²⁸ La versione della Convenzione in lingua italiana allegata alla legge 27 maggio 1991, n. 176, contiene una traduzione di tale passaggio dell'art. 4 ("entro i limiti delle risorse di cui dispongono") che assume un significato assai diverso.



trollo sotto tale profilo appare molto tenue: d'altronde, anche la valutazione richiesta al riguardo dal Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza lascia agli Stati un ampio margine di apprezzamento, poiché esso esige che lo Stato abbia compiuto ogni sforzo per mobilitare, allocare e spendere risorse di bilancio per la realizzazione delle politiche in favore dei diritti dei minori.²⁹ Una simile impostazione sembra in effetti condivisibile, onde permettere agli Stati contraenti di assicurare la dovuta considerazione anche ad altre esigenze; tuttavia, il Comitato ha già offerto una lettura fortemente restrittiva della clausola,³⁰ ammettendo solo in casi eccezionali misure regressive rispetto alla protezione dei diritti dei minori e suggerendo che in periodi di crisi economica le misure di riduzione della spesa (di cui deve comunque essere dimostrato il carattere non discriminatorio) riguardino i minori solo come *extrema ratio*.³¹

Peraltro, la possibilità di una deroga al principio di non discriminazione deve ritenersi ammessa, anche oltre le descritte ipotesi delle misure speciali e dell'insufficienza delle risorse disponibili, ogniqualvolta sussista una giustificazione oggettiva, come costantemente ritenuto, in via interpretativa, dal Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Al fine di verificare se la giustificazione possa considerarsi sufficiente, non potrà che tenersi conto dei consueti principi di necessità e proporzionalità: un'eventuale deroga al principio di non discriminazione può dirsi dunque ammessa soltanto se essa si rende necessaria per conseguire una finalità legittima (ad esempio, rispetto dell'ordine pubblico o della sicurezza pubblica) e i mezzi utilizzati sono appropriati e proporzionati al raggiungimento di tale finalità.

3. La cittadinanza quale possibile fattore di inclusione

Occorre peraltro precisare che, se l'eliminazione e la prevenzione delle discriminazioni tra i minori determina un maggior grado di integrazione sociale per questi ultimi, tale integrazione transita anche dalla considerazione e dalla garanzia di alcuni elementi identitari che possono favorire l'armonioso

²⁹ General Comment No.19 (2016) on public budgeting for the realization of children's rights (art. 4), CRC/GC/2016/19, par. 30.

³⁰ V. ancora General Comment No. 19 (2016), par. 31.

³¹ V., sul tema, UNICEF, *Figli della recessione. L'impatto della crisi economica sul benessere dei bambini nei paesi ricchi*, 2014.



sviluppo della personalità del minore. In questo contesto, costituisce tradizionalmente un fattore di inclusione la cittadinanza, la quale rappresenta un elemento di “aggancio”, sia pure di carattere solo formale, fra un individuo e una determinata comunità. In tale ottica, l’art. 7 della Convenzione, in consonanza con l’art. 24, par. 3, del Patto ONU sui diritti civili e politici, stabilisce espressamente, accanto al diritto alla registrazione della nascita, al diritto al nome e al diritto a conoscere i genitori ed essere allevato da essi, anche il diritto del minore di acquisire una cittadinanza.

È pur vero che, come si è visto, rispetto ai minori l’art. 2 della Convenzione non ammette la possibilità di introdurre disparità di trattamento legate all’origine nazionale: pertanto, il godimento dei diritti fondamentali non può né essere condizionato al possesso della cittadinanza di un determinato Stato, né essere negato ai minori che si trovino in stato di apolidia. Nonostante questa premessa, deve anche considerarsi che il possesso di una cittadinanza può giocare un ruolo significativo in relazione all’inclusione del minore, sia perché gli garantisce un grado maggiore di consapevolezza dei suoi diritti, sia perché la condizione di apolidia determina, di fatto, uno stato di precarietà e di vulnerabilità del minore, lo espone più frequentemente alla povertà e lo priva dell’accesso a servizi essenziali.³² Pertanto, la cittadinanza, assicurando in favore del minore l’esistenza di un legame di appartenenza a una comunità, è suscettibile di realizzare, di per sé stessa, un interesse di quest’ultimo.

Dall’art. 7 si ricava l’obbligo degli Stati contraenti di attribuire una cittadinanza ai minori: nonostante che, ai sensi dell’art. 2 della Convenzione, tale obbligo si estenda a tutti i minori sottoposti alla giurisdizione di ciascun singolo Stato nel senso sopra esposto, esso ha in realtà una portata più delimitata.

In effetti, la disposizione impone, in primo luogo, agli Stati contraenti di prevenire che si verifichino, rispetto ai minori, situazioni di apolidia.³³ L’art. 7, pur riconoscendo la centralità del diritto interno sotto tale profilo, richiama, a questo proposito, la necessità di tener conto degli strumenti internazionali rilevanti in materia, tra i quali, all’epoca della redazione della CRC,

³² UNHCR, *A Special Report: Ending Statelessness within 10 Years, November 2014*, reperibile al sito *web* <http://www.unhcr.org/546217229.html>.

³³ I. ZIEMELE, “Article 7: The Right to Birth Registration, Name and Nationality, and the Right to Know and Be Cared for by Parents”, in *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, a cura di A. Alen, J. Vande Lanotte, E. Verhellen, F. Ang, E. Berghmans, M. Verheyde, Martinus Nijhoff, 2007, p. 12 ss.



si segnalava, in particolare, la Convenzione ONU del 1961 sulla riduzione dell'apolidia (cui l'Italia ha aderito soltanto nel 2015).³⁴ Ad essa si sono successivamente aggiunte, in ambito regionale, la Convenzione europea del 1997 sulla nazionalità e la Convenzione del Consiglio d'Europa del 2006 sulla prevenzione della condizione di apolide in relazione alla successione di Stati (queste ultime non ratificate dall'Italia per il momento).³⁵ Pertanto, l'obbligo dettato dall'art. 7 deve essere interpretato, tra l'altro, alla luce delle disposizioni di tali convenzioni (che talora riguardano espressamente anche la posizione del minore).

Ora, emerge dalla Convenzione del 1961 che gli Stati contraenti sono tenuti ad attribuire la loro cittadinanza agli individui nati nel loro territorio, quando questi rischiano di risultare altrimenti privi di qualunque cittadinanza: si mira così ad eliminare una delle cause più comuni di apolidia, connessa al conflitto tra leggi regolatrici della cittadinanza, in relazione ai tradizionali criteri dell'acquisto *iure soli* (sulla base del luogo di nascita) e dell'acquisto *iure sanguinis* (sulla base della cittadinanza dei genitori). A tal fine non si esige dagli Stati contraenti che essi adottino in via generale il criterio dello *ius soli* nella loro legislazione interna: questi ultimi, pur restando liberi di disciplinare l'attribuzione della loro cittadinanza, sono chiamati piuttosto a introdurre, all'interno di tale disciplina, le regole necessarie per evitare che si realizzino le condizioni che conducono allo stato di apolide.

Occorre peraltro precisare che nell'ordinamento italiano, ancor prima della formale adesione alla Convenzione del 1961, la legge 5 febbraio 1992, n. 91, si era conformata ai criteri ivi previsti: infatti, l'art. 1 di questa legge stabilisce che, quando il minore nasca da genitori stranieri in Italia e la legge nazionale di questi ultimi non gli consenta di acquistare la cittadinanza *iure sanguinis*, il minore ha diritto di acquistare la cittadinanza italiana *iure soli*. Analogamente, in coerenza con la Convenzione del 1961 la disposizione prevede l'attribuzione della cittadinanza *iure soli* nel caso in cui i genitori del minore nato in Italia siano ignoti o a loro volta apolidi. In senso inverso, il Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza ha talora raccomandato agli Stati contraenti, la cui legislazione non ammette di norma la trasmissio-

³⁴ Il testo della Convenzione del 1961 è reperibile al sito *web* <https://treaties.un.org>. V. la legge 29 settembre 2015, n. 162, in G.U. del 12 ottobre 2015.

³⁵ Il testo di entrambe le Convenzioni è reperibile al sito *web* <https://www.coe.int>. Il Comitato ha da ultimo raccomandato all'Italia di valutare l'adesione alla Convenzione del 1997 sulla nazionalità (cfr. par. 18 delle raccomandazioni sopra citate).



ne della cittadinanza *iure sanguinis*, di concederla comunque ai minori nati all'estero nel caso in cui questi rischiano di risultare apolidi.³⁶

Sotto altro profilo, e sempre ai fini di una effettiva inclusione sociale del minore, il diritto di acquisire una cittadinanza deve poter essere esercitato nel rispetto dell'art. 2 della Convenzione e dunque senza discriminazioni: questo esclude che le regole stabilite dagli Stati contraenti per l'attribuzione della cittadinanza possano, direttamente o indirettamente, rimandare a criteri di discriminazione vietati (ad esempio, l'appartenenza del bambino a una minoranza etnica o religiosa).

Allo stesso modo, la combinazione tra gli articoli 2 e 7 della Convenzione impone di applicare le regole relative all'attribuzione della cittadinanza senza operare distinzioni in relazione allo *status* dei genitori.³⁷ Il principio ha trovato, tra l'altro, applicazione in relazione all'acquisizione della cittadinanza italiana da parte di minori nati da genitori non residenti regolarmente nel territorio.³⁸ Nel contesto della legge n. 91/1992 un possibile rischio di discriminazione in base alla posizione dei genitori potrebbe oggi residuare in relazione al requisito della convivenza richiesto dall'art. 14 di detta legge per l'acquisto della cittadinanza da parte dei figli minori del genitore che acquista (o riacquista) la cittadinanza italiana: infatti, tale requisito è idoneo a pregiudicare la posizione di taluni gruppi di minori sulla base di circostanze relative alla condizione dei loro genitori (ad esempio, i figli di coppie separate o divorziate, i figli di genitori migranti per ragioni economiche che si spostano da soli in Italia).

Una questione specifica riguarda poi la trasmissione della cittadinanza per via materna, tuttora non ammessa in alcuni Stati.³⁹ Una simile prassi, da tempo superata nel nostro ordinamento⁴⁰, è stata considerata in contrasto con

³⁶ V., ad esempio, le raccomandazioni del Comitato alla Repubblica di Cuba del 2009, par. 30.

³⁷ Ad esempio, per il fatto che i genitori non siano sposati: v. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 11 ottobre 2011, *Genovese c. Malta*, ricorso n. 53124/09.

³⁸ V. Tribunale di Lecce, 27 marzo 2013 (inedita). L'art. 33 del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, prevede peraltro, in via generale, che “ai fini di cui all'articolo 4, comma 2, della legge 5 febbraio 1992, n. 91, all'interessato non sono imputabili eventuali inadempimenti riconducibili ai genitori o agli uffici della Pubblica Amministrazione, ed egli può dimostrare il possesso dei requisiti con ogni idonea documentazione”.

³⁹ V. WORLD BANK, *Women, Business and the Law 2016*, reperibile al sito [web http://documents.worldbank.org](http://documents.worldbank.org), p. 8.

⁴⁰ V. l'art. 5 della legge 21 aprile 1983, n. 123, adottata a seguito della sentenza della Corte costituzionale 9 febbraio 1983, n. 30, che dichiarò costituzionalmente illegittima la disciplina



la CRC,⁴¹ in quanto può pregiudicare il diritto del minore di acquisire una cittadinanza, anche tenuto conto del puntuale obbligo previsto dall'art. 9, par. 2, della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne del 1979, ai sensi del quale "States Parties shall grant women equal rights with men with respect to the nationality of their children".⁴²

Particolari difficoltà non sembrano porsi, almeno con riguardo all'ordinamento italiano, rispetto alla possibile perdita della cittadinanza da parte del minore: le ipotesi di perdita della cittadinanza previste dall'art. 10-bis e dall'art. 12 della legge n. 91/1992 presuppongono, infatti, l'avvenuto raggiungimento della maggiore età, mentre la perdita da parte del genitore non sembra, nell'attuale quadro normativo, poter determinare un effetto sulla cittadinanza del figlio. In ogni caso, è opportuno segnalare che il Comitato sui diritti dell'infanzia reputa tale perdita sempre contraria all'art. 7 della Convenzione (e dunque anche quando essa non determini lo stato di apolidia del minore):⁴³ ciò ben si spiega ove si consideri che essa pregiudica appunto un elemento che contribuisce all'inclusione del minore nella società e alla sua identità personale.

4. La tutela dell'identità culturale del minore: tra inclusione e rispetto delle caratteristiche distintive

Come si è già detto, il tema dell'inclusione del minore deve essere anche declinato tenendo presente l'esistenza di categorie peculiari di minori, delle cui esigenze gli Stati contraenti debbono prendere coscienza nell'attuazione degli obblighi derivanti dalla Convenzione: tra queste categorie, accanto ai rifugiati⁴⁴ e ai disabili, che sono oggetto di altre disposizioni, l'art. 30 della Convenzione si riferisce esplicitamente ai bambini e adolescenti che appar-

previgente, in quanto non ammetteva la trasmissione della cittadinanza *iure sanguinis* per via materna.

41 V., ad esempio, le raccomandazioni del Comitato dei diritti dell'infanzia all'Algeria del 2012, paragrafi 39-40.

42 Cfr. anche l'art. 1, par. 3, della Convenzione del 1961 sulla riduzione dell'apolidia, che prevede un obbligo di trasmissione della cittadinanza per via materna quando la mancata trasmissione possa determinare lo stato di apolidia.

43 V. le raccomandazioni del Comitato all'Ucraina nel 2011, par. 37.

44 Sulla posizione dei quali, v. in questo volume, il contributo dello *EUROPEAN ASYLUM SUPPORT OFFICE*.



tengono a minoranze etniche, religiose o linguistiche o di origine indigena.

Per questa via la disposizione mira a fornire, sul modello dell'art. 27 del Patto ONU sui diritti civili e politici,⁴⁵ una tutela puntuale a queste categorie di minori in ragione della loro maggiore vulnerabilità, secondo uno scopo che è comune anche ad altri strumenti internazionali, come la Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali del 1995, conclusa in seno al Consiglio d'Europa. D'altra parte, la tutela degli appartenenti a gruppi minoritari o indigeni garantisce, ancora una volta, anche il rispetto della loro componente identitaria: sotto tale profilo, anche la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza si iscrive in un quadro più generale ricavabile dalle convenzioni in materia di tutela dei diritti dell'uomo e teso a valorizzare il carattere necessariamente multiculturale della società c.d. post-moderna, cui si riferisce particolarmente la Convenzione Unesco sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali. In proposito, sebbene l'art. 30 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza si limiti a fare riferimento alle caratteristiche etniche, religiose e linguistiche, è ben possibile ritenere che oggetto della protezione sia altresì la diversità culturale del minore nel senso più ampio.

La logica sottesa all'art. 30 implica per i bambini e gli adolescenti appartenenti a una minoranza (o di origine indigena) un duplice e coesistente livello di inclusione, in quanto essi – e il nucleo di diritti fondamentali loro attribuiti – vengono in considerazione sia rispetto alla loro qualità di componenti della società nel suo complesso, sia rispetto alla loro posizione di membri di una comunità più ristretta individuata sulla base di caratteristiche culturali. Spetta pertanto agli Stati contraenti assicurare la realizzazione dell'inclusione secondo questa duplice dimensione, da un lato garantendo l'integrazione anche dei bambini e adolescenti appartenenti ai gruppi minoritari e indigeni nella società a condizioni paritarie rispetto agli altri; dall'altro consentendo agli stessi di conservare le caratteristiche proprie del gruppo, che hanno valenza non solo individuale ma anche collettiva.

Peraltro, rispetto ai minori tale logica di inclusione può porre un problema specifico: come anche l'art. 3 della Convenzione-quadro sulla protezione delle minoranze nazionali del 1995 sottolinea chiaramente, ogni persona appartenente a un gruppo minoritario ha diritto di scegliere liberamente se es-

45 Cfr. S. HARRIS-SHORT, J. TOBIN, "Article 30. Cultural, Linguistic, and Religious Rights of Minorities and Indigenous Children", in *The UN Convention on the Rights of the Child*, cit., p. 1155.



sere trattata o meno come tale; pertanto, la stessa appartenenza al gruppo e le conseguenze che ne discendono sono frutto di volontaria determinazione del singolo individuo. Tuttavia, la possibilità stessa di una simile determinazione appare condizionata, per i minori, dalla loro età e dal loro livello di maturità e spesso essa si tradurrà in una scelta fatta dai genitori o dai familiari in luogo del minore, il quale, ove sia capace di discernimento, dovrebbe avere anche la possibilità di una scelta in senso diverso.

In ogni caso, il Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza ha già sottolineato che l'appartenenza a un gruppo minoritario o indigeno non può giustificare l'adozione di pratiche contrarie ai diritti fondamentali dei minori (come le mutilazioni genitali femminili o i matrimoni precoci).⁴⁶ Pur con questo limite di portata generale, il minore è titolare, unitamente al gruppo minoritario o indigeno cui appartiene, del diritto a mantenere e a manifestare le speciali caratteristiche distintive del gruppo stesso: da ciò discendono contemporaneamente l'obbligo negativo dello Stato di non pregiudicare tale possibilità e quello positivo di adottare tutte le iniziative per permettere l'esercizio di tale diritto.

In tale ultimo contesto, assumono particolare rilievo la necessità di garantire, all'interno della società, l'esistenza di un elevato livello di tolleranza e di rispetto per la diversità e la necessità di organizzare il sistema dell'istruzione scolastica in maniera tale da consentire la partecipazione effettiva anche dei minori in questione. Ciò è accaduto, ad esempio, per l'Italia con la legge 15 dicembre 1999, n. 482, che prevede espressamente l'uso delle lingue minoritarie come strumento di insegnamento; ma la dimensione linguistica non esaurisce interamente il fenomeno, come dimostra la questione dell'uso dei simboli religiosi, anche da parte degli studenti, nelle istituzioni scolastiche.

Al contempo, come detto, l'appartenenza a un gruppo minoritario o indigeno non può limitare l'integrazione del minore nella società nel suo complesso, poiché a ciò si oppone il principio di non discriminazione, in forza del quale gli Stati contraenti sono chiamati ad assicurare, nei termini sopra delineati e anche attraverso le opportune azioni positive e le eventuali misure speciali, la parità di trattamento, tanto più che proprio l'origine etnica, la lingua e la religione costituiscono criteri vietati ai sensi dell'art. 2. Nell'ordinamento italiano, come è stato chiaramente indicato anche recentemente

46 V. General Comment No. 11(2009) Indigenous children and their rights under the Convention, CRC/GC/2009/11, par. 22.



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**

dal Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza,⁴⁷ le principali difficoltà nell'attuazione degli obblighi derivanti dall'art. 30 riguardano tuttora le comunità Rom, Sinti e Caminanti, anche se il fenomeno migratorio, con il conseguente stabilimento di minori appartenenti a gruppi diversi, sembra suscettibile di richiedere un'ulteriore presa di consapevolezza da parte del legislatore.

⁴⁷ Cfr., in proposito, le citate raccomandazioni del Comitato all'Italia, par. 15.

IL DIRITTO AL NOME E ALL'IDENTITÀ PERSONALE

COSTANZA HONORATI ¹

Sommario: 1. Il diritto al nome e le diverse funzioni del nome. – 2. Il diritto al nome (art. 7) e all'identità personale (art. 8) nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. – 3. L'applicazione dei principi in Italia. Diritto alla registrazione alla nascita e diritto al nome. – 4. Il diritto all'identità personale: l'accertamento della paternità e della maternità. – 5. *Segue:* e nei casi di maternità surrogata.

1. Il diritto al nome e le diverse funzioni del nome

Il nome esprime verso i terzi e in modo plastico la nostra stessa esistenza, sintetizzando in un unico elemento ciò che ci distingue da tutti gli altri. Il diritto ad avere un nome,² a portare quel nome e ad essere identificati per mezzo dello stesso, esprime dunque il diritto ad “essere se stesso” e dunque all'identità personale. Questa lettura marcatamente individualistica appare oggi predominante: il diritto al nome viene ricondotto alla categoria dei diritti della personalità e coperto dalla garanzia dell'art. 2 Cost.

Se questa è la funzione oggi maggiormente enfatizzata, merita però di essere rammentato che il nome svolge anche una funzione pubblicistica, affermatasi in tempi più risalenti ma che ancora oggi permea di sé la disciplina del nome. Il nome manifesta infatti anche l'interesse dello Stato a identificare chi lo porta al fine di garantire un controllo sui consociati e dunque mantenere l'ordine pubblico. A questo si aggiunga che il nome ha nel tempo svolto anche una insostituibile funzione sociale, poiché rappresenta

¹ Professore ordinario di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi Milano - Bicocca (costanza.honorati@unimib.it).

² Il nome di una persona generalmente comprende il prenome (o nome proprio) e il nome di famiglia. Nel presente contributo il termine verrà inteso come espressione di entrambe tali componenti, salvo diversamente indicato.



il segno distintivo della comunità elementare cui il soggetto appartiene, la famiglia.

Questa lettura tricefala della funzione individuale, sociale e politica del nome va tenuta presente poiché la sua disciplina giuridica – che essa sia di fonte nazionale o internazionale – risente del confluire delle diverse concezioni. Pur trattandosi di un diritto personalissimo, tutelato quale diritto fondamentale dell'individuo, la sua disciplina è per lo più sottratta all'autonomia della parte interessata e, in genere, sottoposta al controllo o comunque ad una rigida disciplina da parte dello Stato, che tende a limitare – o quanto meno a regolamentare – l'esercizio dell'autonomia privata nell'uso del nome. Significativo in tal senso è l'art. 6 cod. civ. che dispone che il nome è attribuito “per legge”.

La pluralità di funzioni del nome si manifesta anche nel fatto che la relativa disciplina si polarizza in due distinti momenti: il diritto all'attribuzione del nome, per lo più alla nascita; e il diritto al mutamento (o al non mutamento) del nome, funzionale al rispetto della propria identità personale. Come vedremo, la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (di seguito “Convenzione” o “CRC”) si sofferma su entrambi gli aspetti, dedicando a ciascuno di essi una separata disposizione.

2. Il diritto al nome (art. 7) e all'identità personale (art. 8) nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza

La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989 è tra i pochi strumenti internazionali a tutela dei diritti fondamentali che contiene un esplicito riferimento al diritto al nome, oggetto di esplicita disciplina nell'art. 7. Tale disposizione è invero modellata sull'art. 24, comma 2, del Patto sui diritti civili e politici, firmato a New York nel 1966, che a sua volta riprende il Principio n. 3 della Dichiarazione delle Nazioni Unite del 1959 sui diritti del fanciullo.³ Analoga menzione manca invece nella Convenzione, firmata a Roma nel 1950, sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (in prosieguo “CEDU”). In tale ordinamento, peraltro, l'interpretazione evolutiva fornita dalla Corte europea

³ Una disposizione analoga si trova anche nella Convenzione ONU del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone con disabilità (art. 18, comma 2). La norma ricalca testualmente l'art. 7 della Convenzione di New York, riferendola esplicitamente al bambino con disabilità.



dei diritti dell'uomo garantisce analoga protezione per il tramite della norma sul rispetto della vita privata, l'art. 8 CEDU.⁴

L'art. 7 CRC ha riguardo all'attribuzione del nome, ancorandolo al momento in cui il neonato è iscritto in un pubblico registro. L'attribuzione del nome è dunque il segno esteriore dell'essere identificato e riconosciuto come soggetto di una comunità sociale. Nome e registrazione sono così intimamente connessi, da non potersi dare una registrazione senza un nome. In altre parole, l'attribuzione del nome costituisce la pre-condizione per la stessa registrazione nell'atto pubblico del nuovo nato. D'altra parte, al momento della registrazione occorre fare menzione anche di altre due informazioni, che assurgono così a veicolo di tutela: la cittadinanza e l'identità dei genitori. L'appartenenza del minore, da un lato, a quel nucleo sociale più ristretto che è la famiglia e, dall'altro, a quella più ampia comunità sociale costituita dallo Stato di cittadinanza, rappresenta così lo strumento e la garanzia per il rispetto dei diritti fondamentali contemplati dalla Convenzione. Diritto al nome, alla registrazione e alla cittadinanza sono dunque strettamente connessi e volti a costituire il nocciolo essenziale degli strumenti a tutela del minore.⁵

La registrazione del nome è dunque momento fondamentale per l'esistenza giuridica di un soggetto, funzionale e prodromica (anche) alla sua tutela. In effetti, la predisposizione e la tenuta di un registro dell'anagrafe è obbligo che discende direttamente dalla Convenzione – come pure la presenza di personale opportunamente formato a tale funzione – che è stato opportunamente enfatizzato dai primi commentatori e, successivamente, sempre richiamata nei rapporti statali sull'applicazione della Convenzione.⁶

4 Sui rapporti tra CRC e CEDU, si veda, in questo volume, il contributo di A. ANNONI.

5 Va osservato che nel contesto storico della convenzione l'attenzione era soprattutto incentrata sulla necessità che ogni minore fosse riconosciuta una cittadinanza, ritenuto il principale veicolo di tutela, e di cui il diritto alla registrazione e al nome formavano i presupposti e il corollario. Si veda ad esempio S. DETRICK, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague-Boston-London, 1999, p. 145; I. ZIEMELE, "Article 7: The Right to Birth Registration, Name and Nationality, and the Right to Know and Be Cared for by Parents", in *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, a cura di A. Alen, J. Vande Lanotte, E. Verhellen, F. Ang, E. Berghmans and M. Verheyde, Leiden, 2007, p. 23, Il presente contributo non si sofferma però né sul diritto alla cittadinanza né su quello ad essere allevato dai propri genitori, per il quale vedi *infra* il commento di M. BIANCA.

6 S. DETRICK, *A Commentary* cit., p. 145; I. ZIEMELE, *Article 7* cit., p. 21 sottolinea che sugli Stati grava un'obbligazione positiva di garantire un sistema di registrazione efficiente anche in zone geografiche rurali e disagiate, e che la negligenza dei genitori nel non procedervi non giustifica l'inadempimento dello Stato. Sull'autonoma rilevanza della registrazione v. anche



Una registrazione completa e tempestiva (“immediatamente” recita la norma) dà infatti visibilità a minori che altrimenti resterebbero invisibili all’ordinamento giuridico e che sarebbero altrimenti maggiormente esposti a violazioni dei loro diritti. Si creano così le condizioni per una tutela più efficace ed effettiva, in particolare quando il nuovo nato si trovi in una situazione svantaggiata per la sua provenienza geografica o sociale o per le condizioni della sua nascita.⁷ È bene però precisare i reali confini della registrazione: da un lato, questa non esaurisce l’obbligo internazionale volto a garantire la tutela effettiva del diritto al nome e, dall’altro, non assurge nemmeno a presupposto necessario per la tutela. Infatti la titolarità dei diritti prescinde da qualsiasi atto formale di registrazione e consegue alla mera esistenza dell’individuo. È il diritto sostanziale all’attribuzione e al mantenimento del nome che costituisce oggetto dell’obbligo internazionale, in quanto autonomo diritto che è espressione non solo dell’identità individuale del soggetto, ma anche della sua cultura e della minoranza etnica o religiosa di appartenenza. Sotto tale profilo, il nome non deve avere effetti discriminatori, come per esempio può accadere con riguardo ai figli nati fuori dal matrimonio; parimenti, sullo Stato grava l’obbligo di rispettare le particolarità specifiche delle minoranze etniche e religiose, così come quello di consentire la registrazione del nome con particolare segni grafici che siano espressione della cittadinanza o dell’etnia del minore.⁸ Come è stato bene rilevato, tuttavia, gli Stati godono di un ampio margine di discrezionalità con riguardo alla disciplina del nome, cosicché la questione si riduce a delineare i limiti per un esercizio legittimo di tale discrezionalità.⁹

L’art. 8 ha riguardo alle successive vicende del nome, mettendo l’accento

le numerose decisioni del Comitato citate in P. NEWELL, R. HODGKIN (eds), *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, Article 7*, 3rd ed, New York, 2007, p. 98

⁷ Già il Comitato dei diritti dell’uomo, organo delle NU per il monitoraggio del Patto del 1966, nell’interpretare l’art. 24, rilevava l’importanza della registrazione ai fini della tutela dei diritti del minore, in particolare con riguardo ai minori nati fuori dal matrimonio e ai minori rifugiati o richiedenti asilo.

⁸ Si vedano anche gli esempi tratti dalle decisioni del Comitato riportati in P. NEWELL, R. HODGKIN (eds), *Implementation Handbook* cit., p. 102, tra l’altro con riguardo al Belgio (per la disciplina del nome dei figli nati fuori dal matrimonio), o alla Grecia (per la registrazione del nome con segni grafici diversi da quelli dell’alfabeto greco). Si veda anche, in questo volume, il contributo di G. BIAGIONI.

⁹ Il punto è correttamente sottolineato da I. ZIEMELE, *Article 7* cit., p. 11 e p. 23, che rinvia all’evoluzione delineatasi nel quadro della CEDU, e sulla quale v. oltre par. 3.



sul fatto che attraverso il nome si delinea, si afferma e si esprime l'identità personale del suo portatore. La norma impone agli Stati l'obbligo di tutelare e preservare l'identità personale del bambino (par. 1), nonché di ristabilirla al più presto quando questa venga violata (par. 2).

Anche in questo caso, si tratta di un diritto fortemente innovativo per l'epoca, codificato per la prima volta in un atto internazionale. La proposta della norma si deve all'Argentina, che, uscita dalla dittatura militare degli anni 70 e 80, stava affrontando lo scandalo dei minori *desparecidos*, bambini nati da donne detenute e stuprate, oppure sottratti alle loro famiglie e dati in adozione. La proposta mirava dunque ad affermare il diritto inalienabile del minore a conoscere la sua “true and genuine personal, legal and family identity”.¹⁰ Il riferimento all'identità familiare del minore – invero elemento caratterizzante la proposta argentina – è stato però ritenuto di difficile definizione poiché ignoto alla maggior parte delle delegazioni. L'espressione è così stata sostituita con il più neutro – ma non meno problematico – richiamo alle “relazioni familiari, così come riconosciuto dalla legge”.

La Convenzione dunque non definisce direttamente la nozione di “identità personale”, ma ne indica, a solo titolo esemplificativo, tre ambiti in cui questa si manifesta: il nome, la cittadinanza e le relazioni familiari. Benché ne siano le componenti principali, l'identità personale non si esaurisce però in queste manifestazioni e la tutela predisposta dalla Convenzione risulta completata da altre disposizioni, tra cui, oltre al già menzionato art. 7 (diritto al nome), l'art. 16 (diritto alla privacy, all'immagine e alla corrispondenza), l'art. 20 (diritto a che, quando il minore debba essere allontanato temporaneamente o definitivamente dalla sua famiglia d'origine, a che quella sostitutiva sia selezionata nel rispetto della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica) e l'art. 30 (rispetto dei diritti delle minoranze etniche, religiose o linguistiche).

Spetta dunque all'interprete definire l'ambito di applicazione della norma, ma questo si rivela compito non facile, sia perché la norma, pur traendo origine da un contesto storico e fattuale molto specifico, non può

¹⁰ V., per tutti, J. DOEP, “Article 8, The Right to Preservation of Identity”, in *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, cit., pp. 6-8. La questione delle sparizioni forzate è successivamente riemersa anche in altri Stati del Sudamerica. Lo stesso a. ritiene che l'art. 8 ponga un obbligo specifico sugli Stati di prevenire e reprimere il fenomeno delle sparizioni forzate, in quanto forma di violazione del diritto all'identità personale (op. cit., p. 10)



essere limitato a questo, sia perché il concetto di identità personale è andato evolvendo negli ultimi decenni in modo molto marcato, ma anche molto differenziato, nelle diverse aree geografiche e culturali. Il risultato è che oggi la norma ha probabilmente una portata stratificata, con una base testuale e storica accertata e unanimemente condivisa, cui si aggiungono alcune proposte di applicazione che fanno leva su un'interpretazione dinamica ed evolutiva volta ad adattare la norma alla situazione presente, ma sulla cui attuale cristallizzazione come norma giuridica è tuttavia legittimo dubitare.¹¹

È certo ad esempio che l'identità oggetto di tutela trascende e supera la mera identità legale, quale risultante dalla documentazione ufficiale, o dall'applicazione delle norme giuridiche.¹² Sotto tale profilo appare particolarmente delicata la situazione dei minori migranti o in fuga dal proprio Stato d'origine, sia quando essi arrivino con la famiglia e ne siano poi separati, sia quando partano non accompagnati. Nella maggior parte di questi casi la reale identità personale di questi minori va ricostruita con indagini e strumenti conoscitivi che prescindono da qualsiasi documentazione formale, il più delle volte inesistente.

Parimenti, il diritto all'identità personale non si riduce al diritto di conoscere i propri genitori (e dunque alla conoscenza delle proprie origini) già enunciato dall'art. 7, ma ha un contenuto più ampio, abbracciando la molteplicità di relazioni affettive che possono intrecciarsi nei moderni contesti di famiglia. L'identità familiare è infatti veicolata anche dai rapporti con nonni, fratelli, zii, e altri parenti.¹³

¹¹ Nel senso della necessità di un'interpretazione dinamica, non cristallizzata sul dato storico, si esprime J. DOEP, *Article 8, The Right to Preservation of Identity*, p. 10, il quale propone di estendere alla CRC il metodo già delineato dalla Corte europea in relazione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Su tale base afferma che l'art. 8 CRC comprende il diritto del minore nato da maternità surrogata a conoscere l'identità dei propri genitori biologici. In proposito si osserva tuttavia che il parallelo con quanto avviene nell'ordinamento CEDU non appare del tutto calzante, posta la presenza in quell'ordinamento (ma non in quello della NU) di una corte capace di adeguare il testo della convenzione al diritto vivente mediante interpretazioni vincolanti per gli Stati. A parere di chi scrive, si tratta di un elemento strutturale forte, in assenza del quale non è possibile traslare il metodo interpretativo adoperato per la CEDU alla CRC.

¹² S. DETRICK, *A Commentary* cit., p. 294; P. NEWELL, R. HODGKIN (a cura di), *Implementation Handbook* cit., p. 112. Ciò in considerazione della specifica *ratio* della proposta argentina che mirava a recuperare l'identità familiare di minori strappati alle famiglie d'origine e dati in adozione a terzi, e a tutti gli effetti figli di questi.

¹³ P. NEWELL, R. HODGKIN (a cura di), *Implementation Handbook* cit., p. 114. Si veda sul punto la questione del diritto del figlio adottivo a conoscere l'identità di fratelli e sorelle



Il rispetto dell'identità personale è in genere realizzato garantendo la stabilità e la continuità del nome e dunque vietando modifiche e ingerenze ad opera dello Stato; tuttavia, soprattutto con riguardo ai minori, l'identità personale può anche realizzarsi nella forma opposta, e dunque garantendo il diritto a ottenere il cambiamento del nome attribuito alla nascita, al fine di assumere quello che esprime la verità dei fatti e dunque la reale identità personale del minore.¹⁴

Si osservi però che la Convenzione, in aderenza al suo essere un atto internazionale destinato ad un'applicazione quanto più universale, si limita a porre un obbligo di risultato, lasciando gli Stati liberi quanto ai mezzi da utilizzare per conseguire lo stesso. In altre parole, fermo restando l'obbligo di registrare il minore mediante l'attribuzione di un nome, per la disciplina del diritto al nome si rinvia pienamente alle norme statali. Può così dispiegarsi appieno l'interesse pubblico in tale ambito, con la libertà di graduarne contenuto e mezzi. La libertà e discrezionalità dei singoli Stati va però esercitata nel rispetto e nei limiti degli obblighi internazionali.

3. L'applicazione dei principi in Italia. Diritto alla registrazione alla nascita e diritto al nome

L'applicazione in Italia dei principi ora enunciati risente in parte del parallelo dato normativo contenuto nella Convenzione dei diritti dell'uomo. L'art. 8 CEDU, infatti, pur essendo testualmente dedicato alla tutela della vita privata, è stato nel tempo interpretato in via evolutiva dalla Corte europea dei diritti dell'uomo così da comprendere molteplici profili, incluso il diritto all'identità personale e alla salvaguardia delle relazioni familiari.¹⁵

Invero, la presenza del sistema CEDU – costituito da un quadro normativo forte, nell'ambito del quale è possibile attivare un ricorso individuale di fronte ad una Corte che garantisce la costante evoluzione del dato normativo ed è suscettibile di sanzionare lo Stato nel caso concreto – ha finito per lasciato

biologici, parimenti dati in adozione. *Infra* par. 4

¹⁴ Il diritto all'identità personale è completato dal diritto all'immagine, disciplinato dall'art. 16 CRC, al cui commento si rimanda.

¹⁵ La bibliografia sul punto è sterminata. Per tutti, si vedano i riferimenti contenuti nel bel volume di W. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, 2015.



nell'ombra il parametro della Convenzione, in verità non distante dall'art. 8 CEDU quanto al suo tenore normativo.

Molte delle questioni relative al diritto al nome e all'identità personale dei minori sono state infatti affrontate nell'ordinamento italiano proprio facendo ricorso al parametro CEDU, alla capacità di tale Corte di interpretare le nuove esigenze emergenti nella società contemporanea, e alla maggiore efficacia che principi direttamente applicabili in giudizio producono nel caso concreto. A tali indicazioni occorrerà fare riferimento nei paragrafi che seguono.

Ciò non significa però che l'impatto della Convenzione nell'ordinamento italiano sia limitato. Non va trascurato infatti come CEDU e CRC finiscano per influenzarsi e rinforzarsi vicendevolmente, posto che la stessa Corte europea dichiara di dovere interpretare la Convenzione del 1950 quale diritto vivente, alla luce degli obblighi internazionali gravanti sugli Stati in virtù dei successivi parametri convenzionali.

Il parametro più rilevante con riguardo ai diritti dei minori è indubbiamente la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989, per mezzo della quale è possibile modellare una disposizione a portata generale, applicabile indifferentemente ad adulti e bambini, sulle esigenze specifiche del minore. Una lettura specifica e *child-oriented* delle norme CEDU è tanto più opportuna, poiché è ormai generalmente acquisito che le esigenze e i diritti dei minori non sono tutelabili solo mediante l'applicazione dei diritti degli adulti, ma necessitano di una conformazione e elaborazione specifica. La reciproca interdipendenza dei due atti convenzionali, e l'impatto che la CRC produce sulla CEDU, sono questioni di carattere generale che esulano dal presente scritto e per i quali si rinvia al contributo più appropriato.¹⁶

Nell'ordinamento italiano i problemi legati all'attribuzione alla nascita del diritto al nome, e dunque il diritto alla registrazione del nuovo nato, sono sostanzialmente limitati. La registrazione alla nascita, oggi regolata dal DPR 3 novembre 2000, n. 396,¹⁷ è fenomeno diffuso e capillare e sostanzialmente

¹⁶ Sul punto si veda, in questo volume, il contributo di A. ANNONI.

¹⁷ Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile. Si veda in particolare l'art. 30, che dispone tra l'altro che la dichiarazione alla nascita debba essere resa, entro dieci giorni dalla nascita, presso il comune nel cui territorio è avvenuto il parto o, in alternativa, entro tre giorni, presso la direzione sanitaria dell'ospedale. Nel caso in cui la dichiarazione venga fatta dopo il decimo giorno dalla nascita, devono essere indicate le ragioni per cui la denuncia viene fatta in ritardo. In questo caso, l'ufficiale dello stato civile procede alla formazione tardiva dell'atto di nascita e segnala quest'anomalia al Procuratore



ben organizzato in relazione alla popolazione italiana. Qualche difficoltà si è posta piuttosto in relazione al parto delle donne migranti irregolari, a seguito dell'introduzione del reato di immigrazione clandestina sancito dalla legge n. 94/2009, c.d. pacchetto sicurezza.¹⁸ Per effetto del combinato disposto con gli articoli 361-362 cod. pen., infatti, il pubblico ufficiale (ivi compresi il personale medico di un ospedale o l'ufficiale di stato civile) che venga a conoscenza di una situazione di irregolarità del migrante è tenuto a farne denuncia. Le conseguenze di tale previsione costituiscono evidentemente un forte effetto deterrente sui genitori in situazione irregolare, che non si presentano agli uffici anagrafici per la registrazione del figlio per timore di essere identificati e poi espulsi. Il punto è stato in effetti tempestivamente corretto dal Ministero dell'interno, che, con apposita circolare, ha precisato che ai fini della dichiarazione di nascita (e del riconoscimento di filiazione) non devono essere esibiti documenti inerenti alla regolarità del soggiorno, sul presupposto che si tratti di dichiarazioni rese nell'interesse pubblico della certezza delle situazioni di fatto e a tutela del minore.¹⁹

Sebbene la precisazione contenuta nella circolare sia senz'altro opportuna e vada nella direzione giusta, deve sottolinearsi che la circolare ministeriale è un atto subordinato all'atto avente forza di legge, privo di adeguata pubblicità e per definizione revocabile dalla pubblica amministrazione. Essa non costituisce dunque strumento idoneo a sanare una situazione che appare di impedimento e ostativa alla registrazione del minore nato in Italia, diritto contemplato dalla CRC in relazione ai nati in Italia a prescindere da qualsiasi nazionalità.

La scelta del (pre)nome con il quale registrare un figlio rientra nella sfera privata dei genitori, ma la loro libertà deve esercitarsi nel rispetto del DPR n. 396/2000, che stabilisce alcuni requisiti che deve avere il nome scelto per il neonato. Il (pre)nome infatti deve corrispondere al sesso; non può essere lo stesso del padre vivente, né di un fratello o di una sorella viventi;

della Repubblica. Se il dichiarante non giustifica il motivo per la denuncia tardiva oppure non presenta il certificato di assistenza al parto, la denuncia della nascita può essere ricevuta dall'ufficiale dello stato civile solo dopo che il Tribunale ne autorizzi la registrazione, in seguito agli accertamenti e alle indagini eseguite per l'emissione del decreto di "procedimento della rettificazione".

¹⁸ Legge n. 94/2009, *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*.

¹⁹ Circolare del Ministero dell'interno (Dip. Affari Interni e Territoriali) n. 19 del 7 agosto 2009, Legge 15 luglio 2009, n. 94, recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica". Indicazioni in materia di anagrafe e di stato civile.



non può essere un cognome, né può essere imposto un nome ridicolo o vergognoso.²⁰ I nomi stranieri assegnati ai neonati devono essere espressi con le lettere contenute nell'alfabeto italiano e, laddove possibile, anche con i segni diacritici. Infine, è possibile assegnare fino ad un massimo di tre nomi. L'ufficiale di stato civile che registra la nascita del bambino può opporsi alla trascrizione di un nome, ma non può rifiutarne la registrazione. In questo caso l'ufficiale avverte del divieto al dichiarante e, se quest'ultimo insiste, forma l'atto di nascita e informa il Procuratore della Repubblica, il quale può, a sua discrezione, attivarsi per chiedere una sentenza di rettifica del nome.

La Corte europea dei diritti dell'uomo è intervenuta più volte sul necessario bilanciamento tra la libertà dei genitori di determinare il nome del figlio quale espressione della loro vita privata e l'interesse pubblico a una regolamentazione del nome, ivi incluse le sue modalità di scrittura. Alla ricerca di un equilibrio in ciascun caso concreto, la Corte ha così ritenuto che non costituisce violazione della CEDU il rifiuto di registrare un nome quando da ciò derivi un rischio di pregiudizio per il minore; viceversa, viola la Convenzione il rifiuto di registrare un bambino con un nome che non è inadeguato e di cui, in passato, è già stata autorizzata l'attribuzione.²¹

Questioni più articolate e complesse si pongono con riguardo alle vicende del nome di famiglia (o cognome), sia sotto il profilo del diritto a mantenere il proprio nome (e dunque a non subire l'ingerenza dello Stato volta a modificarlo, ad esempio per il nome della donna a seguito di matrimonio), sia a modificarlo in funzione della mutata situazione di fatto o di diritto (ad esempio, in relazione al cognome del figlio). In entrambi i casi la questione

20 A tal riguardo si ricorda la vicenda relativa al nome Andrea, a lungo ritenuto ridicolo e vergognoso se attribuito ad una persona di sesso femminile. Così ad esempio il Tribunale di Catanzaro, 14 aprile 2009, proprio facendo leva sull'art. 8 della CRC, ha ritenuto che, nell'interesse del minore, lo Stato dovesse in tal caso procedere alla rettifica, anteponendo in via provvisoria altro nome tradizionalmente femminile (in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 959 ss.). La questione è successivamente stata definita in senso opposto dalla Cass. 20 novembre 2012 n. 20385, che ha viceversa ritenuto che, in un contesto culturale ormai in continua evoluzione e non più rigidamente nazionalistico, il nome Andrea non sia più riconducibile esclusivamente al genere maschile e non sia dunque fonte di ambiguità nel riconoscimento del genere. La successiva circolare del Ministero dell'Interno (Dip. Affari Interni e Territoriali, Dir. Centrale per i Servizi Demografici) n. 31 del 12 dicembre 2012, *Nome Andrea - sentenza Corte Suprema di Cassazione del 20 novembre 2012*, ha definitivamente chiuso la questione.

21 Così, ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 6 settembre 2007, ric. n. 10163/02, *Johansson c. Finlande*, in relazione alla scelta dei genitori di registrare il nome "Axl", ritenuto dalle autorità nazionali non conforme alla grafia finnica. La Corte europea ha viceversa deciso che il rifiuto di registrazione integrasse una violazione dell'art. 8 CEDU.



è stata esaminata e risolta anche dalla Corte CEDU con riguardo al diritto all'identità personale (sulla base dell'art. 8 CEDU), e a quello all'eguaglianza tra genitori (art. 3 CEDU).

Senza potere qui ripercorrere tutta la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare con riguardo al nome della moglie e del figlio,²² è di perdurante interesse per l'ordinamento italiano la questione del diritto (del minore) a vedersi attribuito il cognome della madre, in modo da essere identificato anche da terzi come figlio della stessa.

Come noto, in Italia vige la regola del patronimico, secondo la quale si trasmette ai figli il solo cognome paterno. Da tempo la Corte di cassazione e numerosi tribunali di merito hanno censurato tale regola, sia perché realizza una discriminazione tra i due genitori, sia perché viola la piena identità del figlio, occultando un ramo della sua ascendenza.²³ Anche la Corte costituzionale, abbandonata l'iniziale cautela,²⁴ nel 2016 ha dichiarato la natura discriminatoria della regola del patronimico, e dunque la sua illegittimità costituzionale, ritenendola frutto di una "concezione patriarcale della famiglia e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna".²⁵

Una spinta decisiva in questa direzione era peraltro provenuta proprio dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che, con la nota pronuncia *Cusan e Fazio*,²⁶ nel 2014 aveva condannato l'Italia ritenendo che costituisca una inammissibile discriminazione fondata sul sesso dei genitori la norma che fa obbligo di trasmettere il cognome paterno, senza possibilità di attribuire

22 Per le quali questioni sia però consentito rinviare a C. HONORATI (a cura di), *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, 2010; nonché G. ROSSILLO, *Identità personale e diritto internazionale privato*, Padova, 2009.

23 Cfr., tra le molte, Cass., ord. 17 luglio 2004 n. 13298; 22 settembre 2008 n. 23934.

24 v. Corte cost., ordinanze 11 febbraio 1988 n. 176 e 19 maggio 1988 n. 586.

25 V. Corte cost., 21 dicembre 2016 n. 286 dove si legge anche che: "La piena ed effettiva realizzazione del diritto all'identità personale, che nel nome trova il suo primo ed immediato riscontro, unitamente al riconoscimento del paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali nel processo di costruzione di tale identità personale, impone l'affermazione del diritto del figlio ad essere identificato, sin dalla nascita, attraverso l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori. Viceversa, la previsione dell'inderogabile prevalenza del cognome paterno sacrifica il diritto all'identità del minore, negandogli la possibilità di essere identificato, sin dalla nascita, anche con il cognome materno".

26 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 7 gennaio 2014, ric. n. 77/07, *Cusan e Fazio c. Italia*.



ai figli comuni il nome della madre neppure nell'ipotesi in cui entrambi i genitori manifestino un consenso in tal senso.

Conviene sottolineare come la Corte non sanziona in modo diretto la norma che attribuisce ai figli il nome del padre. È piuttosto la rigidità della norma italiana che viene sanzionata come discriminatoria, laddove non contempla la possibilità di una deroga in favore del cognome della madre, soprattutto quando vi è in tal senso il consenso di entrambi i genitori. Nelle numerose precedenti pronunce, infatti, la Corte europea si era rivelata molto cauta nel riconoscere al ricorrente un "diritto al nome", lasciando viceversa ampio spazio alle ragioni di natura generale adottate dallo Stato per regolare la determinazione del cognome dei propri cittadini, sebbene tale intervento indubbiamente comporti un'interferenza nel diritto individuale del cittadino.²⁷

La norma italiana, però, cela un'inammissibile discriminazione di genere ed è sotto tale profilo che essa viene dichiarata illegittima. Il governo italiano aveva giustificato la normativa in vigore argomentando non sull'esigenza pubblicistica di garantire l'unità familiare ricorrendo al nome del padre, profilo oramai ampiamente abbandonato sia in dottrina sia in giurisprudenza, quanto piuttosto sul rilievo pratico che l'ordinamento contempla al proprio interno uno strumento per modificare o sostituire il nome (il già citato DPR n. 396/2000, che consente di cambiare il proprio nome o cognome facendo istanza al prefetto e esponendone le ragioni). Secondo il governo italiano sarebbe così realizzato un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico alla determinazione del cognome e il diritto individuale all'identità personale.

27 V. le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 dicembre 2004, ric. n. 71074/2001, *Mentzen alias Mencena c. Lettonia*; 11 settembre 2007, ric. n. 59894/00, *Bulgakov c. Ucraina*, che tutte hanno ritenuto la legittimità dell'intervento dello Stato nella regolamentazione del nome, in particolare con riferimento alle modalità di scrittura del nome. Solo in casi molto particolari si è affermata la violazione dell'art. 8, disposizione che garantisce il rispetto della vita privata e dunque dell'identità personale (v. ad es. 1° luglio 2008, ric. n. 44378/05, *Daróczy c. Ungheria*). In fattispecie analoghe, infatti, nelle quali parimenti si chiedeva di registrare un minore con un cognome composto da quello del padre e da quello della madre, la Corte ha ritenuto che, stante la discrezionalità che va riconosciuta agli Stati membri nella determinazione dei nomi dei propri cittadini, il rifiuto di registrare un doppio cognome non costituisce necessariamente una violazione dell'art. 8. (v. ad es. i casi, decisi il 6 maggio 2008, *Heidecker-Tiemann*, ric. n. 31745/02 e *von Rehlingen*, ric. n. 33572/02, entrambi promossi contro la Germania, le cui norme consentono ai coniugi la scelta di quale nome trasmettere ai figli, purché essi scelgano l'uno o l'altro ma non entrambi. Si trattava però di casi promossi contro la Germania, le cui norme consentono ai coniugi di scegliere in piena libertà quale dei due nomi trasmettere ai figli, purché essi scelgano l'uno o l'altro ma non entrambi).



La Corte ha però respinto questo tipo di considerazione, sottolineando come una discriminazione di genere sia particolarmente odiosa e dunque, pur essendo sopportabile quando realizzi un interesse oggettivo e ragionevole e sia proporzionata all'obiettivo da raggiungere, essa necessita di ragioni particolarmente imperiose, che viceversa non risultano integrate nel caso di specie. La Corte condanna così l'Italia non solo a porre rimedio nel caso concreto, ma soprattutto a modificare la normativa interna al fine di introdurre una disciplina rispettosa della parità tra coniugi.

A oltre due anni dalla pronuncia di condanna e di monito al legislatore, poi reiterata dalla Corte costituzionale nella già citata sentenza del 2016, la situazione è però ancora invariata. L'alto numero di disegni di legge presentati ad oggi sul tema del cognome dei minori, se da un lato conferma la convergenza di consensi sulla necessità di una nuova disciplina, dall'altro dà conto delle difficoltà da affrontare. Il punto controverso oggi non è più quello di consentire la trasmissione del nome della madre, quanto piuttosto quello di stabilire quanto spazio lasciare all'autonomia delle parti in un ambito, quello del nome, nel quale lo Stato vanta certamente un rilevante interesse pubblico. In altre parole, si tratta di determinare se sia giunto il momento di lasciare ai genitori coniugati la piena libertà di determinare il cognome dei propri figli (scegliendo se trasmettere solo quello del padre, solo quello della madre o un cognome doppio, variamente determinato), ovvero se sostituire alla rigidità attuale (quella del solo cognome del padre), un'altra rigidità (il cognome è sempre quello doppio, quale composto da nome del padre e da quello della madre. L'autonomia dei genitori, o del figlio, esercitandosi tutt'al più sull'ordine da seguire).²⁸

Fino ad oggi l'art. 7 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza è stato utilizzato in misura molto modesta con riguardo al diritto all'attribuzione del nome alla nascita, per lo più *ad abundantiam* per rinforzare argomentazioni sviluppate sulla base del più incisivo art. 8 CEDU, come accennato all'inizio del paragrafo. Stante l'attuale situazione di immobilismo normativo, però, non è da escludersi che la norma possa

²⁸ Si osservi che la prima apertura normativa nel senso di una facoltà di scelta del nome della coppia si ritrova nella recente legge 20 maggio 2016 n. 76, sulla regolamentazione delle unioni civili, c.d. legge Cirinnà. Questa dispone il diritto della coppia dello stesso sesso che contragga un'unione civile di assumere un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi, eventualmente antepoendo o posponendo quello comune al nome di ciascuna di esse (v. art. 1 par. 10). Tale facoltà di scelta è ovviamente prevista per il solo nome comune della coppia, non essendo allo stato contemplato che la coppia *same-sex* abbia figli.



essere in futuro utilmente utilizzata, magari facendo leva sulla parte che impone la registrazione del nome (di famiglia) alla nascita, così da garantire la piena identità del minore, e dunque così da rendere riconoscibile non solo l'ascendenza paterna, ma anche quella materna.

4. Il diritto all'identità personale: l'accertamento della paternità e della maternità

Il diritto all'identità personale è un diritto fondamentale della personalità, che viene tutelato sotto il profilo dell'immagine sociale della persona, vale a dire di quell'insieme di valori rilevanti nella rappresentazione che di essa viene data nella vita di relazione. Esso si esprime con molteplici manifestazioni e dimensioni, la prima delle quali è l'identità familiare, che rende palese non solo l'identità fisica, ma anche le caratteristiche morali, sociali e relazionali dei genitori dell'interessato. È proprio con riguardo alla tematica del riconoscimento di figlio nato fuori dal matrimonio che il diritto all'identità personale del minore ha fatto il suo ingresso nelle aule giudiziarie.

La disciplina normativa sul tema è posta dall'art. 250 cod. civ. che, premesso il principio generale secondo cui ciascun genitore può riconoscere il figlio e che il riconoscimento può avvenire tanto insieme quanto separatamente, prosegue delineando due diverse ipotesi. Quando il minore abbia già compiuto i quattordici anni, è necessario il suo assenso; quando invece sia infra-quattordicenne è necessario il consenso dell'altro genitore che abbia già effettuato il riconoscimento.²⁹ Quest'ultima disposizione ha dato luogo a numerose controversie nell'ipotesi in cui la madre che, in genere per prima riconosce il figlio, successivamente si opponga al riconoscimento giudiziale richiesto dal padre, magari dopo molti anni. La giurisprudenza, proprio facendo leva sull'art. 7 della CRC, ha ritenuto che l'acquisizione dell'identità personale del minore nella sua più completa dimensione psicofisica, e dunque come figlio di quella madre e di quel padre determinato, sia un valore preminente. Pertanto il sacrificio della genitorialità è ammissibile solo quando sia accertata l'esistenza di motivi gravi ed irreversibili, tali da far ritenere che lo sviluppo del minore sia compromesso per effetto del

²⁹ La norma è stata modificata dalla legge 10 dicembre 2012 n. 219 (Riforma della filiazione), che ha abbassato a quattordici l'età del minore, precedentemente fissata ai sedici anni.



riconoscimento. L'inidoneità del genitore ad essere tale, dunque, non può essere ravvisata solo nell'aver dimostrato scarso interesse verso il figlio, prima e dopo la nascita.³⁰ In altri termini, il diritto all'identità del minore, quale fondato sull'art. 7 della Convenzione, comporta che il diritto del padre a effettuare il riconoscimento debba prevalere sull'opposizione della madre.

Lo sviluppo equilibrato della personalità individuale e relazionale si realizza dunque attraverso la costruzione sia della propria identità esteriore, di cui il nome e la discendenza giuridicamente rilevante e riconoscibile costituiscono elementi essenziali, sia di quella interiore. Quest'ultimo aspetto, più complesso, richiede la conoscenza e l'accettazione della discendenza biologica – e non solo di quella legale – in particolare quando il minore sia stato allevato e cresciuto da altri. Già si è detto come l'art. 8 tragga origine proprio dalla necessità storica di garantire al minore, dato in adozione, di conoscere le proprie origine biologiche, sul presupposto che solo così egli possa preservare la propria vera identità. La conoscenza dei propri ascendenti è infatti un diritto di primario rilievo nella costruzione dell'identità personale, che si completa con la scoperta della propria genealogia biologico-genetica, poiché questa incide in maniera determinante sul proprio patrimonio storico, genetico e sui tratti della propria personalità. La questione è sorta con riguardo all'istituto dell'adozione, e rispetto a tale istituto la norma è stata prevalentemente applicata in passato. Essa acquista però oggi nuova importanza con riguardo ai casi, sempre più numerosi, di filiazione mediante maternità surrogata. In tale ipotesi, in effetti, la ricerca della (o delle) persona/e il cui patrimonio genetico è stato utilizzato per generare il figlio diviene ancora più problematico, sia sotto il profilo fattuale sia sotto quello giuridico.

La ricerca della maternità biologica del figlio adottivo (e non solo quello) è questione particolarmente delicata proprio in Italia, dove la legge consente il parto anonimo, o meglio “il segreto sulle origini” come recita testualmente l'art. 27, comma 7, della legge n. 184/1983 sull'adozione. La norma consente infatti alla madre, che non voglia tenere il figlio, di partorire in un ospedale e di mantenere l'anonimato al momento della dichiarazione di nascita. L'anonimato dura cento anni e solo decorso tale tempo è possibile avere accesso agli atti. La previsione è posta evidentemente a tutela della donna,

³⁰ In questo senso giurisprudenza costante v. Cass., 11 febbraio 2005, n. 2878; Cass., 3 novembre 2004, n. 21088; Cass., 3 aprile 2003, n. 5115.



garantendole di poter portare a termine la gravidanza senza poi doversi fare carico della crescita del figlio, e di poter partorire in un ambiente sicuro e protetto. Tutela quindi anche la vita del nascituro, riducendo sia l'incidenza di aborti, sia di abbandoni "selvaggi". D'altra parte, però, il divieto assoluto di svelare le origini del minore sacrifica interamente il diritto all'identità personale di quest'ultimo. Proprio tale assolutezza è stata oggetto di valutazione e di condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo. Nel caso *Godelli c. Italia*,³¹ la Corte ha infatti ricordato la necessità di trovare una composizione equilibrata tra diritti contrapposti: quello della persona che vuole completare la costruzione della propria identità attraverso la ricerca delle proprie origini biologiche e quello della madre biologica che ha esercitato, al momento del parto, il diritto di non essere nominata, e che può voler conservare questo segreto proprio al fine di non alterare la sua propria identità anche relazionale costruita nel tempo, anch'essa meritevole di protezione. La legislazione italiana, a differenza di quella di altri paesi, sacrifica oltre misura il diritto all'identità personale del figlio, poiché, escludendo qualsiasi possibilità di conoscere le proprie origini, non consente di verificare se, decorso un adeguato lasso temporale, la madre non intenda revocare la sua scelta all'anonimato.

Tale impostazione veniva confermata l'anno successivo dalla Corte costituzionale,³² che dichiarava l'illegittimità costituzionale della norma in esame per contrasto con l'art. 8 CEDU e con l'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede la possibilità per il giudice di verificare, su richiesta del figlio, la disponibilità della madre a revocare la scelta fatta al momento della sua nascita. Dall'illegittimità del divieto assoluto, disposto dalla norma così abrogata, non deriva però il riconoscimento in capo al figlio di un diritto potestativo a conoscere sempre e comunque le proprie origini.

³¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 25 settembre 2012, ric. n. 33783/09, *Godelli c. Italia*.

³² Corte cost., sentenza 22 novembre 2013, n. 278. Di peculiare rilievo è la metodologia indicata dalla Corte Costituzionale per procedere ad un adeguato bilanciamento degli interessi confliggenti. La tecnica prescelta non è stata quella di attribuire al giudice la valutazione in concreto del bilanciamento ma di predefinire un modulo procedimentale ritenuto idoneo allo scopo, fondato sulla verifica della volontà e della disponibilità a rimuovere il segreto sulla propria identità da parte della madre biologica in modo da rendere possibile, per la persona che è stata adottata a causa di questa scelta, di completare il quadro della propria genealogia ed identità personale. Sulla pronuncia si veda, tra i molti, G. LISELLA, "Volontà della madre biologica di non essere nominata nella dichiarazione di nascita e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini", in *Dir. Fam e Pers.*, 2014, p. 27 ss.



Il bilanciamento delle posizioni potenzialmente confliggenti è piuttosto effettuato prevedendo la necessità di interpellare la madre biologica, al fine di verificare la sua eventuale disponibilità alla revoca della scelta dell'anonimato fatta al momento della nascita. In altri termini, viene confermato il diritto di quest'ultima a conservare l'identità costruita anche mediante il segreto sull'abbandono del figlio al momento del parto, ma è stata eliminata l'intangibilità della scelta, sul rilievo dell'intrinseca mutabilità delle tappe dello sviluppo e consolidamento della personalità umana.

Sebbene la sentenza della Corte costituzionale assegnasse al legislatore il compito di introdurre disposizioni idonee a garantire detto bilanciamento, diversi tribunali hanno dato immediata attuazione al disposto della Corte, delegando i propri giudici a verificare l'attuale volontà della madre biologica dei soggetti ricorrenti. Tale prassi, variamente articolata ed eterogenea sul territorio nazionale,³³ è stata infine confermata dalla Cassazione, che ha stabilito che, in attesa dell'intervento del legislatore, è il giudice che deve dare attuazione al diritto del figlio di conoscere le proprie origini.³⁴

Infine, in tempi recentissimi, proprio facendo leva sugli articoli 7 e 8 della CRC e sul diritto del minore a preservare le proprie relazioni familiari, la Suprema Corte ha ritenuto che un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata della norma interna debba includere, oltre alla possibilità di avere conoscenza dell'identità dei genitori biologici – e proprio nella particolare ipotesi in cui non sia possibile risalire ad essi – anche quella di risalire ai più stretti congiunti come i fratelli e le sorelle. Nel caso in esame, il ricorrente aveva scoperto di avere delle sorelle di sangue che erano state date in adozione a famiglie diverse dalla sua e si era rivolto all'autorità giurisdizionale per conoscerne l'identità. Il rigetto del Tribunale per i minorenni veniva impugnato di fronte alla Cassazione che, rilevata la funzione di primario rilievo nella costruzione dell'identità

³³ Per un'ampia illustrazione delle diverse modalità procedurali adottate in concreto nei numerosi protocolli elaborati dai diversi Tribunali per i minorenni si veda la sentenza Cass. n. 1946/2017, citata alla nota seguente, par. 11.

³⁴ Cassazione, s.u., 25 gennaio 2017 n. 1946. Successive pronunce (tra cui Cass. 21 luglio 2016 n. 15024; Cass. 7 febbraio 2018 n. 3004) hanno chiarito che il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini attraverso l'accesso alle informazioni sull'identità della madre biologica sussiste nonostante la morte di costei. Per una valutazione critica delle delicate problematiche che si aprono in tale ipotesi, si veda: V. Lo Voi, *Mors omnia solvit? Parto anonimo e valutazione circa l'attualità del diritto all'anonimato della madre biologica nel capo di morte della stessa*, in *Dir. Fam e Pers.*, 2018, p. 1120 ss.



personale che viene riconosciuta alla scoperta della personale genealogia biologico-genetica, includeva nel diritto a conoscere le proprie origini anche quello alla conoscenza dei più stretti congiunti, come i fratelli e le sorelle. Rilevava tuttavia il diverso bilanciamento che andava operato con riguardo ai diritti di questi ultimi, poiché le informazioni legate alla ipotetica comune origine biologica sono dati sensibili e hanno natura riservata e sono, di conseguenza, protette in via generale dalle ingerenze di terzi. Pertanto anche questi andavano interpellati mediante procedimento giurisdizionale idoneo ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità dei soggetti da interpellare, così da acquisirne il consenso all'accesso alle informazioni richieste o di constatarne il diniego, da ritenersi impeditivo dell'esercizio del diritto.³⁵

5. Segue: e nei casi di maternità surrogata

Le questioni viste sinora in merito all'identità personale del minore, al suo diritto a conoscere i propri genitori biologici e le proprie origini e a mantenere le relazioni familiari si manifestano nel massimo della loro complessità e delicatezza nei casi di filiazione a seguito di maternità surrogata. Il tema, già complesso sul piano fattuale, assume connotati ancora più incerti nell'attuale quadro normativo italiano, dove, di fronte ad un esplicito divieto normativo, da diversi anni ormai la giurisprudenza di merito e di legittimità cerca di garantire la tutela di posizioni giuridiche esistenti in fatto. Il riconoscimento dello *status* di figlio nato all'estero a seguito di maternità surrogata trova oggi una soluzione che, dapprima incerta e controversa, va oggi sempre più consolidandosi in giurisprudenza. L'argomentazione utilizzata poggia essenzialmente sul principio del superiore interesse del minore e sul riconoscimento di una situazione legittimamente sorta all'estero, dove la pratica è posta in essere e il figlio è nato. Lo sviluppo argomentativo e le molteplici variazioni sul tema, spesso fondate anche sull'art. 3 della CRC, saranno riprese in altre sezioni del presente volume,³⁶ e non saranno dunque qui approfondite, anche perché solo di rado viene invocata l'applicazione

³⁵ Cass., 20 marzo 2018 n. 6963.

³⁶ Si vedano, in particolare, in questo volume, i contributi di E. LAMARQUE, M. BIANCA e O. FERACI.



dell'art. 7 della Convenzione.³⁷

Pare interessante però soffermarsi brevemente sulle conseguenze della maternità surrogata con riguardo ad una fattispecie particolare postasi in tempi recenti, e che si differenzia da quella consueta ora accennata. L'ipotesi esaminata dal Tribunale di Pisa³⁸ è quella in cui due donne, l'una cittadina italiana e l'altra cittadina statunitense (dello Stato del Wisconsin), coniugate tra loro in tale Stato, hanno fatto ricorso a maternità surrogata in Danimarca. Alla donna cittadina statunitense – madre gestazionale e, dunque, biologica del nascituro – è stato impiantato il seme di un donatore anonimo, mentre la donna italiana – madre intenzionale – prestava il suo consenso alla pratica medica. Diversamente dai casi occorsi fino ad oggi, però, accertata la gravidanza, le due donne decidevano di trasferirsi in Italia, e fare nascere qui il figlio. Di fronte al rifiuto dell'ufficiale di Stato civile di Pontedera di formare un atto di nascita recante l'indicazione della genitorialità di entrambe le donne, la questione veniva portata di fronte al giudice.

Questi innanzitutto rigetta le istanze dei ricorrenti volte a sostenere la legittimità della iscrizione di entrambe le madri sulla base degli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita.³⁹ Sulla base di un'accurata analisi normativa, il giudice ritiene che il dato normativo nazionale non sia affatto *gender-neutral* come suggerito dalla ricorrente ma presupponga una generalità eterosessuale. Precisa altresì che ciò non è in contrasto con l'art. 30 Cost., che è stato redatto avendo in mente la

³⁷ Tra le poche decisioni che fanno riferimento anche all'art. 7 CRC, sia pure solo *ad abundantiam*, si veda Appello Trento, 23 febbraio 2017, poi impugnata in Cassazione.

³⁸ Tribunale di Pisa, ordinanza 15 marzo 2018.

³⁹ Si tratta della legge n. 40/2004. L'art. 8 si occupa degli effetti sullo status della filiazione della fecondazione omologa e stabilisce che in caso di consenso alla PMA ai sensi dell'art. 6, i nati hanno lo stato di figli nati in costanza di matrimonio, se la coppia è sposata (in conformità alla presunzione di cui all'art. 231 cod. civ.); se la coppia non è sposata il consenso alla PMA ritualmente espresso tiene luogo del riconoscimento. L'articolo 9, comma 1, regola le conseguenze sul piano della filiazione della fecondazione eterologa, in principio vietata dalla legge 40/2004. La norma così dispone che, qualora si faccia ugualmente corso alla fecondazione, il coniuge convivente che abbia dato il consenso, anche per fatti concludenti, non possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità o di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità. Il comma 2 dispone altresì che la madre del nato in esito a tecniche di PMA non possa esercitare il proprio diritto a non essere nominata. Il tribunale di Pisa con l'ordinanza in commento, sottolinea che la ratio dell'art. 9 è profondamente diversa da quella dell'art. 8; essa infatti non attribuisce alcuno status al figlio, ma nella prospettiva della tutela di quest'ultimo, si limita a precludere agli adulti la possibilità di contestare la paternità non consentendo una revoca del consenso già espresso.



famiglia tradizionale. Con un'affermazione che può apparire oggi forse eccessivamente radicale, il giudice conclude che “dal punto di vista interno appare escluso che genitori di un figlio possano essere due persone dello stesso sesso”.

La questione non è però così conclusa perché il minore è certamente cittadino statunitense, in quanto figlio di cittadina americana, che essendo la madre gestazionale ha trasmesso la cittadinanza.⁴⁰ Ai sensi dell'art. 33 della legge n. 218/1995 di diritto internazionale privato “lo *status* di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino, al momento della nascita”. Sulla base di tale disposizione la Corte ritiene di dover applicare la legge statunitense non solo ai rapporti tra figlio e genitore statunitense, ma anche per stabilire la relazione tra minore e genitore di cittadinanza italiana. Secondo la legge del Wisconsin, la madre intenzionale che sia sposata con la madre gestazionale secondo tale ordinamento e che abbia dato per iscritto il proprio consenso alla procreazione medicalmente assistita, è genitore del minore. Ne consegue che al minore nato in Italia da maternità surrogata praticata all'estero, che sia figlio di un genitore cittadino di uno Stato che riconosce la genitorialità anche al genitore intenzionale non genetico né biologico, deve essere attribuito – e si noti, non riconosciuto, ma direttamente *attribuito* – lo *status* di figlio anche nei confronti del genitore intenzionale.

A questo punto però il Tribunale ravvisa l'impossibilità di procedere. Non tanto per un'ipotetica contrarietà con l'ordine pubblico italiano della legge straniera avente il contenuto ora enunciato. Il punto è ritenuto irrilevante nel caso di specie e risolto molto rapidamente con un richiamo alla decisione della Cassazione n. 19599/16, che ha escluso contrasti con l'ordine pubblico il riconoscimento di un atto di nascita spagnolo dal quale risultano genitori due madri.⁴¹

⁴⁰ L'ordinanza richiama la sez. 301 let. g) dell'*Immigration and Nationality Act* (INA), che disciplina esplicitamente il caso del minore nato fuori dagli SU da cittadino statunitense e da cittadino straniero, tra loro legalmente sposati, attribuendo al nuovo nato la cittadinanza statunitense quando il genitore americano sia stato presente sul territorio americano per almeno 5 anni prima della nascita del bambino (cfr. <https://travel.state.gov/content/travel/en/legal/travel-legal-considerations/us-citizenship/Acquisition-US-Citizenship-Child-Born-Abroad.html>).

⁴¹ La sentenza Cass., 30 settembre 2016, n. 19599 è stata oggetto di numerosissimi commenti che non è possibile qui richiamare nemmeno in parte. Sul punto si rinvia, dunque, anche per ogni citazione bibliografica, al contributo, in questo volume, di O. FERACI. Si osservi solo che



La difficoltà ravvisata dal Tribunale è viceversa di tutta altra natura. Questa consiste nel fatto che le norme predisposte alla formazione dell'atto di nascita, e applicate dall'ufficiale di stato civile, sono – a parere del Tribunale – di applicazione necessaria ed escludono pertanto il richiamo al diritto straniero (quale che ne sia il suo contenuto). Secondo il giudice pisano, dunque, le leggi che disciplinano l'attività della pubblica amministrazione sono “per loro natura spazialmente condizionate e funzionalmente autolimitate, in quanto regolano gli atti compiuti dall'organo dello Stato-apparato, che non può applicare, nella propria azione amministrativa, disposizioni straniere”. Ne consegue che è “ontologicamente escluso che un organo dello Stato possa formare un atto in conformità alla legge straniera” e all'ufficiale dello stato civile non sarebbe consentito formare un atto di nascita in cui sono indicati due genitori stranieri. Stretta quindi nell'alternativa tra il *dover* applicare la legge straniera ai sensi dell'art. 33 legge n. 218/1995, e il *non poter* applicare altra legge che non sia quella italiana, il giudice pisano ritiene di dover sollevare questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli articoli 3 e 117 Cost., parametro interposto dell'art. 7 della Convenzione, nella parte in cui il combinato disposto delle norme italiane non consente di formare in Italia un atto regolato dalla legge straniera, quando questa riconosca la genitorialità della coppia dello stesso sesso. In particolare, l'art. 7 della Convenzione sarebbe violato sia laddove l'ordinamento italiano non consente di vedere riconosciuta immediatamente alla nascita la filiazione del minore, quale risulterebbe dalla legge applicabile a tale rapporto e dunque non consentendo l'immediata formazione dell'atto di nascita e la registrazione del nuovo nato. L'art. 7 sarebbe parimenti violato laddove fosse violato il diritto del minore di conoscere ed essere allevato dai suoi genitori, quali risultanti dalla legge applicabile al rapporto di filiazione.

L'*iter* argomentativo dell'ordinanza non appare del tutto convincente, in particolare con riguardo all'affermazione della natura di necessaria applicazione delle norme che regolano la formazione dell'atto di nascita. Pare a chi scrive che sia difficile sostenere che tutte le norme che governano

il richiamo è solo apparentemente calzante poiché il caso riguardava due donne, una delle quali aveva partorito, l'altra aveva donato l'ovulo. Lo status di figlio era stato contestato rispetto alla madre che non aveva partorito il minore, ma che aveva con lo stesso un vincolo genetico. Il Tribunale di Pisa dunque aggiunge anche il riferimento fatto da Cass., 15 giugno 2017, n. 14878 e Corte d'Appello di Trento, 23 febbraio 2017 con riguardo allo status di figlio con riguardo a due padri. Per tutte le decisioni si v. *infra*, il contributo già citato.



l'attività della PA siano di necessaria applicazione, con la conseguenza che questa non potrebbe mai fare applicazione diretta del diritto straniero; la tesi è difficilmente argomentabile, anche perché smentita dalla prassi in tema, ad es., di disciplina del nome di famiglia regolato dalla legge straniera.⁴²

Ulteriormente, lascia perplessi l'affermazione del Tribunale secondo cui “il giudizio sulla contrarietà all'ordine pubblico della legge straniera non è diverso a seconda che si tratti di recepire un atto straniero, o di fare diretta applicazione della legge straniera”. Da tempo infatti la dottrina ha chiarito come il *vulnus* ai principi fondamentali dell'ordinamento espressi dalla nozione di ordine pubblico risulti attenuato e attutito quando si tratti di riconoscere in Italia gli effetti di un atto formato all'estero; viceversa l'applicazione diretta, ad opera di un'autorità giudiziaria o amministrativa italiana, di una norma straniera certamente impatta in modo più diretto sulla coerenza interna dell'ordinamento, così che l'eventuale giudizio di compatibilità con i principi fondamentali ne risulta aggravato.

Deve dunque ritenersi che il punto oggetto di valutazione non sia tanto se la norma statunitense possa o meno essere applicata dall'ufficiale di stato civile, ma piuttosto se, avendo la più recente giurisprudenza stabilito che non contrasta con l'ordine pubblico italiano il riconoscimento in Italia dello *status* di figlio di una coppia *same-sex* quando questo sia l'effetto di un atto amministrativo o giurisdizionale formato all'estero, possa parimenti dirsi non contrastare con l'ordine pubblico la diretta applicazione della legge straniera volta a formare *ab origine* in Italia un atto pubblico con tale contenuto. La differenza, insomma, è tra il riconoscere gli effetti di un atto formato all'estero conformemente alla legge locale e l'applicare nel foro una norma straniera astrattamente contrastante con l'ordine pubblico.

Per quanto la motivazione del rinvio costituzionale non sia dunque del tutto ineccepibile, bene ha fatto il Tribunale di Pisa a rimettere la decisione alla Corte costituzionale, che sarà chiamata così a fornire un altro tassello di questa delicata vicenda interpretativa. In tale contesto appare di particolare rilievo il fatto che il parametro interposto di costituzionalità sia l'art. 7 della CRC. Proprio il riferimento alla registrazione alla nascita contenuto in tale norma, potrebbe infatti costituire un nuovo elemento utile alla tutela dei minori, in particolare quando cittadini stranieri anche quando nati in Italia.

⁴² Nello stesso senso A. SCHILLACI, *L'omogenitorialità a Palazzo della Consulta: osservazioni a prima lettura dell'ordinanza del Tribunale di Pisa del 15 marzo 2018*, in www.articolo29.it.

IL DIRITTO ALL'ASCOLTO E I DIRITTI DI PARTECIPAZIONE

ROBERTA CLERICI¹

Sommario: 1. Dal diritto all'ascolto ai diritti di partecipazione nella Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989. – 2. Requisiti e modalità di esercizio dei diritti di partecipazione. – 3. L'ascolto del minore nelle convenzioni internazionali di diritto privato e processuale. – 4. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 5. Le norme comunitarie e la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. – 6. L'adeguamento dell'Italia alla Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

1. Dal diritto all'ascolto ai diritti di partecipazione nella Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989

Il c.d. diritto all'ascolto del minore costituisce uno dei quattro principi fondamentali che ispirano la Convenzione delle Nazioni Unite del 1989 sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (anche “Convenzione” o “CRC”),² accanto al diritto alla non discriminazione, al diritto alla vita e allo sviluppo e alla primaria considerazione del preminente interesse del minore.³ Rispetto a quest'ultimo, a prima vista il diritto all'ascolto non sembra dotato del medesimo carattere pervasivo che esso assume sia all'interno della Convenzione e delle altre fonti normative internazionali e nazionali sia nella

¹ Professore ordinario f.r. di diritto internazionale, Università di Milano (roberta.clerici@unimi.it).

² Così si esprime il Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, CRC/CGC/12, *Commento generale n. 12, Il diritto del bambino e dell'adolescente di essere ascoltato*, 2009, nella versione italiana predisposta dall'UNICEF e rinvenibile all'omonimo sito.

³ Questo termine viene usato al singolare sia per l'immediatezza della sua percezione in questa forma sia in quanto traduzione letterale del testo francese della Convenzione, che fa fede al pari di quello inglese: sui diversi significati delle due versioni ufficiali v. 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, spec. p. 986 ss.; per una diversa interpretazione si veda il contributo di E. LAMARQUE, in questo volume.



giurisprudenza internazionale e statale che ad esso si ispirano.

Eppure anche il diritto all'ascolto, oltre ad intrecciarsi con diverse norme della Convenzione stessa, è stato trasfuso in misura sempre più rilevante negli atti di diritto internazionale e di diritto comunitario ed ulteriormente rafforzato dall'attività interpretativa (talvolta, come si constaterà, creativa)⁴ di alcune Corti, quali la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia dell'Unione europea. Del resto, il suddetto diritto non poteva non penetrare anche negli ordinamenti statali che a quelle fonti, e prima ancora alla Convenzione del 1989, si adeguano; ed essere quindi oggetto di una ulteriore attività interpretativa, spesso in chiave evolutiva, da parte dei giudici nazionali.

Inoltre, anche se esso evoca immediatamente l'immagine del bambino conteso, chiamato davanti al giudice civile a "scegliere" tra due genitori in conflitto (e pur se indubbiamente esso risulta di più frequente attuazione in queste situazioni), il diritto all'ascolto rivela una portata ben più ampia.

Anzitutto, l'art. 12 della CRC, ad esso dedicato, contempla al par. 2 non solo i procedimenti giudiziari civili, ma anche quelli penali e soprattutto quelli amministrativi. Dalla ricchezza di contenuti attribuibili a questi riferimenti comincia a dipanarsi la corrispondente vastità di casi applicativi della norma suddetta nonché il suo carattere trasversale che la accomuna al noto principio della tutela dei *best interests* del minore.⁵

Da un lato infatti, è pacifico che rientrano nella nozione di procedimenti giudiziari civili e penali quelli rispettivamente concernenti la separazione dei genitori e il trasferimento o il trattenimento illecito dei minori (ovvero, i casi di sottrazione internazionale), le diverse forme di tutela e di adozione nonché i casi di bambini e adolescenti "in conflitto con la legge" (ovvero, autori di reati), oppure vittime di violenza o di abusi o altri reati o ancora vittime di conflitti armati, oppure rifugiati o richiedenti asilo.

Dall'altro lato, ancor più ampia risulta la categoria dei procedimenti amministrativi compresi in tale norma, poiché sono da ricondurre ad essa tutte le decisioni in materia di istruzione, salute, ambiente e in generale le condizioni di vita.

Per di più, l'art. 12, par. 1 impegna gli Stati a garantire alla persona di minore età il diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni "in tutte le

4 V. *infra*, par. 4 sul ruolo svolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

5 Così, a tale riguardo, anche E. LAMARQUE, in questo volume.



questioni che la riguardano” rivelando così che tale diritto è suscettibile di travalicare i versanti sin qui richiamati sino a comprendere l'intervento del minore stesso in tutti i processi decisionali, politici e legislativi pertinenti, sia come singolo sia come soggetto inserito in un gruppo più vasto: da una classe scolastica a un gruppo locale, regionale o addirittura nazionale oppure la categoria delle bambine, dei disabili, e così via.⁶

L'irradiarsi di questo diritto in ambiti così diversi e numerosi, talvolta quasi inaspettati, giustifica la sua nuova qualifica come diritto di partecipazione, di per sé assente nel testo della Convenzione ma aderente in modo incisivo alle molteplici possibilità di applicazione della norma.⁷ Tale termine infatti risulta ormai ampiamente utilizzato per descrivere quei processi continui che prevedono sia lo scambio di informazioni sia il dialogo tra i bambini o gli adolescenti e gli adulti, fondati sul rispetto reciproco, volti ad attribuire il “giusto peso” alle opinioni dei minori.

Ad una simile estensione del concetto di partecipazione si affianca poi il già citato carattere trasversale dell'art. 12, quale principio generale, ovvero il suo intreccio con la maggior parte degli altri diritti previsti dalla Convenzione del 1989.

Una delle prime intersezioni in tal senso riguarda proprio l'art. 3 in tema di tutela del primario interesse del minore; ciò comporta l'obbligo per ogni organo statale (giudiziario, amministrativo o legislativo) o anche istituzione privata, i quali intraprendano qualsiasi azione avendo di mira l'interesse suddetto, di acquisire le opinioni del minore (o del gruppo di minori) e di tenerne debitamente conto. Le due norme sono infatti complementari: la prima stabilisce l'obiettivo mentre la seconda indica il metodo imprescindibile per raggiungerlo correttamente.⁸

Ulteriori interferenze toccano gli articoli 2 e 6, rispettivamente nei confronti del diritto alla non discriminazione e del diritto alla vita: il primo diritto si colloca in posizione prevalente riguardo all'art. 12, in quanto la relativa norma è diretta ad evitare appunto la mancata presa in considerazione delle opinioni del bambino o dell'adolescente, ad esempio, per motivi di etnia, lingua, religione, e soprattutto di sesso e di disabilità; nel secondo caso invece lo sviluppo della personalità del minore previsto dall'art. 6 può essere

⁶ *Commento generale n. 12*, cit., spec. punti 9, 12, 27.

⁷ Su questa nozione insiste molto il *Commento generale n. 12*, cit.: cfr. punti 3, 16, 19, 79 e spec. da 86 a 134.

⁸ *Commento generale n. 12*, cit., punto 74.



utilmente stimolato dalla possibilità di esprimere le proprie opinioni da parte di quest'ultimo.

In posizione analoga si pongono gli articoli 13 e 17, rispettivamente dedicati alla libertà di espressione e all'accesso alle informazioni, i quali evidentemente costituiscono dei "prerequisiti cruciali" ai fini dell'esercizio del diritto all'ascolto.⁹

Inoltre, è agevole ravvisare un ulteriore intreccio, relativo soprattutto all'innalzamento del livello delle opinioni espresse dal minore, tra l'art. 12 e l'art. 5, il quale concerne la responsabilità (ma anche il diritto-dovere) di genitori, tutori o soggetti in situazioni analoghe di fornire al minore stesso orientamento e consigli utili ai fini dell'esercizio dei diritti riconosciuti dalla Convenzione.

Infine, appaiono evidenti le ulteriori connessioni con le norme che riguardano più da vicino il diritto all'ascolto, richiamato ad esempio dall'art. 9, par. 2 in tema di separazione del minore da uno o entrambi i genitori, nonché la partecipazione che l'art. 23 intende garantire ai minori disabili e l'art. 31 alle attività culturali e artistiche nei confronti di tutti i minori.

2. Requisiti e modalità di esercizio dei diritti di partecipazione

Dal quadro normativo sin qui tracciato emerge la necessità di un pieno coinvolgimento dei minori, attuabile appunto mediante la partecipazione, in tutta la gamma di situazioni ad essi attinenti: da quelle familiari a quelle relative ad eventuali sistemazioni alternative (come il collocamento presso famiglie o enti affidatari), ai trattamenti sanitari fino a quelle concernenti l'istruzione e la scuola stessa, ivi compresi i provvedimenti disciplinari, i quali peraltro possono essere assunti non solo all'interno di questa, ma anche negli istituti di detenzione dei minori, nonché le attività ricreative (ivi comprese quelle sportive e culturali); ed ancora i procedimenti di immigrazione e di asilo e in generale qualsiasi situazione di emergenza e infine l'intervento nella elaborazione di atti o regolamenti da adottare a livello comunale, regionale o statale, in virtù della partecipazione consultiva o addirittura rappresentativa nei vari organismi locali, statali o addirittura internazionali.¹⁰

⁹ Così si esprime il *Commento generale n. 12*, cit., punti 80-82.

¹⁰ V. ampiamente su tutti questi aspetti *Commento generale n. 12*, cit., punti 89-131.



Ciò comporta che il semplice ascolto è di per sé insufficiente, qualora non sia completato dalla attribuzione di una piena e seria considerazione delle opinioni espresse dal minore, da parte degli adulti. Ma ciò comporta altresì l'obbligo di questi ultimi di fornire al minore informazioni il più possibile complete (ivi comprese quelle sugli esiti di tali audizioni), al fine di consentirgli di esprimere un'opinione ponderata che può anche sfociare in un risultato negativo: infatti, il bambino o l'adolescente possono rifiutare di essere ascoltati, nella piena consapevolezza degli effetti di questa loro decisione.¹¹

In ogni caso, questo necessario ricorso alla partecipazione di bambini e adolescenti nei molteplici contesti prospettati è connotato da taluni requisiti che si risolvono in altrettante cautele: l'art. 12 modula la doverosa considerazione delle opinioni del minore a seconda dell'età e del grado di discernimento di quest'ultimo (par. 1); e prevede, nell'ambito dei procedimenti nei quali esso può essere implicato, la possibilità di agire tramite un rappresentante secondo le regole processuali in vigore nei singoli Stati contraenti (par. 2).

Risulta difficile evincere da quest'ultimo richiamo un obbligo per questi ultimi di emanare apposite regole al riguardo, qualora non siano già presenti nel proprio ordinamento;¹² traspare piuttosto, in questo come in altri strumenti internazionali o comunitari, una necessaria presa d'atto della competenza che gli Stati intendono riservarsi in via esclusiva nei confronti di certe materie, a costo di non vincolarsi agli strumenti stessi.¹³ Come si avrà modo di rilevare, clausole analoghe sono in effetti rinvenibili in altri atti sovranazionali.¹⁴

Riguardo al ruolo di rappresentante del minore, esso certamente spetta anzitutto ai genitori, ma può essere svolto anche da altre persone, quali ad esempio il tutore o il curatore, secondo le diverse circostanze, ivi compresa quella che richiede la rappresentanza in giudizio.¹⁵

11 Cfr. il *Commento generale n. 12*, cit., punti 16, 21 e, riguardo all'ordinamento italiano, si veda il contributo di E. D'ALESSANDRO, in questo volume.

12 Dal canto suo, il *Commento generale n. 12*, cit., punto 38, puntualizza che questa clausola non deve essere intesa come permissiva di restrizioni o addirittura divieti da parte dei legislatori statali.

13 Del resto, la stessa Convenzione è stata sottoposta negli anni a un rilevante numero di riserve, da parte di Stati che hanno appunto dichiarato di voler preservare pressoché intatte larghe parti dei propri ordinamenti, sebbene l'art. 51, par. 2 vieti l'apposizione di riserve se incompatibili con l'oggetto e gli scopi della medesima.

14 V. *infra*, par. 5, in riferimento all'art. 23, lett. b) del regolamento (CE) n. 2201/2003.

15 V. *infra*, par. 3, riguardo alla Convenzione europea del 1996 sull'esercizio del diritto dei



Ben più delicate si presentano piuttosto le questioni relative all'individuazione dell'età e del grado di discernimento, suscettibili di incidere, come si è sottolineato, sull'esito da assegnare all'ascolto dei minori. A tale proposito, neppure il *Commento generale* dedicato all'art. 12¹⁶ indica ovviamente parametri precisi, anche se offre alcuni criteri interpretativi.

Riguardo anzitutto all'età, altrettanto evidentemente assume rilievo, più che l'età biologica, la capacità del bambino di formarsi una propria opinione, a seconda delle informazioni ricevute, delle esperienze maturate e dell'ambiente di vita. Del resto, proprio la mancata indicazione di un limite minimo di età dovrebbe indurre gli Stati parti della Convenzione, da un lato, a non introdurre norme in tal senso, al fine di non escludere i bambini in tenera età, il cui ascolto esige particolari modalità (su cui si tornerà tra breve), poiché possono dimostrare anch'essi la capacità di esprimere un'opinione. In effetti, i livelli di comprensione dei bambini, così come degli adolescenti, non corrispondono necessariamente alla loro età biologica: informazioni, esperienza, ambiente, aspettative sociali e culturali e livelli di sostegno contribuiscono allo sviluppo delle capacità del minore di formarsi una propria opinione.

Dall'altro lato, l'introduzione di un limite minimo di età¹⁷ facilita evidentemente il compito del giudice o di altri organi o istituzioni deputati all'ascolto, senza che sia necessaria alcuna valutazione professionale, attraverso la consultazione con un esperto, delle loro capacità.

Tuttavia, al di là di quest'ultima notazione,¹⁸ tale requisito si presenta indubbiamente collegato con quello relativo alla maturità, anch'esso difficilmente definibile in termini esaurienti e definitivi. Tendenzialmente, essa si riferisce all'abilità di comprendere e valutare le implicazioni di una particolare questione, dunque alla capacità di un bambino o di un adolescente di esprimere le proprie opinioni, tenendo conto, da un lato, che occorre considerare il concetto di capacità evolutive del bambino, dall'altro, che maggiore sarà l'impatto della decisione sulla vita del bambino o dell'adolescente, tanto più rilevante sarà un'appropriata valutazione della loro maturità.¹⁹

fanciulli.

16 Qui più volte richiamato; v. comunque *supra*, nota 1.

17 Come invece accade in Italia: v. *infra*, par. 6.

18 Su questo duplice atteggiamento v. il *Commento generale n. 12*, cit., punti 29, 102.

19 Così ancora il *Commento generale n. 12*, cit., punti 30, 31.



Da questi generali spunti ricostruttivi non può che emergere, come prima conclusione, la necessità di una valutazione congiunta dei due requisiti caso per caso, affidata alla competenza dell'organo o dell'istituzione deputata a raccogliere l'opinione del minore e comunque assai attenta alle modalità con le quali l'ascolto è stato effettuato.

Proprio le suddette modalità possono infatti assumere un rilievo cruciale. Riguardo all'ipotesi dei minori in tenera età, merita particolare attenzione il rispetto delle forme di comunicazione non verbale, inclusi il gioco, il linguaggio del corpo, le espressioni facciali, il disegno e la pittura, attraverso le quali i bambini piccoli esprimono comprensione, scelte e preferenze. Un'attenzione altrettanto particolare deve essere inoltre riservata ai minori affetti da disabilità mediante l'utilizzazione di tutti i mezzi di comunicazione necessari a favorire la manifestazione delle loro opinioni.

Ed analoghi, o addirittura ancor più incisivi, strumenti devono essere impiegati nei confronti di bambini e adolescenti testimoni o vittime di abusi o di altri reati. A tale proposito, la c.d. Carta di Noto, più volte aggiornata, unitamente alla Convenzione europea di Lanzarote per la protezione dei minori dallo sfruttamento e dall'abuso sessuale, firmata il 25 ottobre 2007, forniscono una serie di criteri per tutelare il benessere psicologico dei minori stessi mediante il ricorso ad esperti della materia.²⁰

Al di là di queste ipotesi, occorre garantire in ogni caso, ai fini dell'ascolto, un ambiente adatto, ovvero non intimidatorio, allestendo all'interno dei tribunali locali distinti dalle aule di giudizio e idonei allo scopo, forniti di un arredamento adeguato e di tutti gli ausili tecnologici necessari; è inoltre indispensabile un'approfondita formazione di tutti coloro che entrano in contatto con il minore: dunque, non solo i consulenti, ma anche i giudici e

²⁰ Ci si riferisce alla Carta di Noto, IV, Linee guida per l'ascolto del minore, nella versione del 14 ottobre 2017. Inoltre, l'Italia ha dato esecuzione alla Convenzione di Lanzarote con la l. 1° ottobre 2012, n. 172, inserendo apposite norme nel cod. proc. pen. (oltre che nel cod. pen.); ad essa si aggiunge, sia pure sotto un più modesto profilo, il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, che ha dato attuazione alla direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, recante norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime del reato; cfr. per tutti, E. LORENZETTO, "Audizioni investigative e tutela della vittima", in *Diritto penale contemporaneo*, 30 novembre 2016, reperibile all'omonimo sito; e il contributo, in questo volume, di B. BERTOLINI. Infine, la Corte Costituzionale ha di recente affermato che il legislatore italiano, nell'adeguare il proprio ordinamento alle suddette norme internazionali e comunitarie sulla testimonianza dei minori, ha introdotto una disciplina addirittura più pertinente delle norme stesse: così la sentenza 27 aprile 2018, n. 92, su cui il commento di S. RECCHIONE, in *Diritto penale contemporaneo*, cit., fasc. 5/2018.



gli avvocati.²¹

3. L'ascolto del minore nelle convenzioni internazionali di diritto privato e processuale

Il principio racchiuso nell'art. 12 della CRC sull'ascolto del minore ha lasciato una forte impronta sui successivi accordi internazionali, sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e su norme e giurisprudenza dell'Unione europea: ovviamente, quell'impronta è poi penetrata negli ordinamenti degli Stati vincolati a tali strumenti.

Eppure il principio suddetto, definito da taluno rivoluzionario,²² era già stato inserito in tre Convenzioni precedenti al 1989, relative al diritto privato della famiglia, volte soprattutto al ristabilimento della residenza del minore in un determinato Paese dal quale sia stato (quasi sempre, illecitamente) allontanato.

Si tratta della Convenzione europea sul rimpatrio dei minori, firmata all'Aja il 28 maggio 1970,²³ della Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento, firmata a Lussemburgo il 20 maggio 1980 e della assai nota Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione dei minori.²⁴ I rispettivi articoli 5, par. 1, 15, par. 1,

21 Sotto il primo profilo, appare meritoria l'iniziativa del Club Soroptimist International d'Italia, che ha finanziato la ristrutturazione e l'adeguata predisposizione, ai fini dell'audizione protetta, di un numero davvero cospicuo di locali all'interno dei tribunali italiani: cfr. *Quando la giustizia incontra il minore*, a cura di F. POZZOLINI, Firenze, 2013, dove sono forniti i dati relativi a quell'anno nonché sono pubblicati i contributi sul tema, derivanti dalle rispettive esperienze, di una giudice (L. MUSSONI), di una psicologa (A. CAVALLINI) e di una avvocatessa (C. CASALIS).

22 G.C. DI TURRI, "Ascolto, rappresentanza, difesa del minore in giudizio in quanto parte", in *Minorefamiglia.it*, 2008, reperibile all'omonimo sito.

23 Questa Convenzione tuttavia contiene anche alcune norme (ad es. l'art. 13) relative ai procedimenti penali.

24 Riguardo all'Italia, occorre sottolineare che alle suddette Convenzioni era stata data concreta attuazione (unitamente alla Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sulla protezione dei minori) solo con la l. 15 gennaio 1994, n. 64, dopo una lunga attesa: cfr. V. LIBRANDO, F. MOSCONI, D. RINOLDI, *Tempi biblici per la ratifica dei trattati. I diritti dei minori contesi e la storia infinita della partecipazione italiana a quattro convenzioni internazionali*, Padova, 1993. Il provvedimento di esecuzione della Convenzione del 1970 risaliva alla l. 30 giugno 1975, n. 396.



lett. a e 13 par. 2 subordinano infatti la decisione del giudice di disporre il rimpatrio o il rientro del minore in un determinato Stato all'ascolto del minore stesso, circondandolo pur sempre delle cautele relative ad età e capacità di discernimento.²⁵

La norma più incisiva e maggiormente applicata di questi tre trattati è indubbiamente quella contenuta nella Convenzione dell'Aja del 1980, come è dimostrato, nell'ordinamento italiano, dalla ricchissima giurisprudenza di merito e di legittimità su di essa; e dal sostanziale recepimento della norma nell'atto comunitario che ha accresciuto, all'interno dell'Unione europea, l'effetto cogente degli obblighi di restituzione del minore.²⁶ In particolare, il già citato art. 13, par. 2 impone al giudice di raccogliere e considerare l'opinione del minore allorché questi si opponga al ritorno nel Paese di origine.²⁷ Inoltre, l'art. 7 comma 3 del provvedimento italiano di esecuzione (legge n. 64/1994)²⁸ prevede l'audizione del minore con una portata ben più ampia, in quanto estesa all'ipotesi prevista dall'art. 13, par. 1, relativa agli eventuali rischi fisici o psicologici derivanti dal rientro del minore nello Stato di precedente residenza; tuttavia, il contestuale inciso "se del caso" ivi contenuto non ha giovato, in un primo tempo, ad una frequente applicazione dell'art. 7.

Una volta entrata in vigore, la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza ha comunque successivamente ispirato la Convenzione europea di Strasburgo del 25 gennaio 1996 sull'esercizio dei diritti del fanciullo, la quale ha introdotto negli ordinamenti degli Stati contraenti (ivi compreso il nostro) una dettagliata disciplina volta a rendere concreto il diritto del minore di essere informato e di esprimere la propria opinione nei

25 V. al riguardo O. PORCHIA, "Gli strumenti internazionali in materia di ascolto del minore", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 79 ss.; R. CLERICI, "L'ascolto del minore alla luce della giurisprudenza italiana ed europea", in *Quando la giustizia incontra il minore*, cit., p. 67 ss.; R. LOMBARDI, "L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione e divorzio su accordo delle parti tra fonti sovranazionali e diritto interno", in *Famiglia*, 2019, reperibile al sito omonimo.

26 Ovvero, il regolamento (CE) n. 2201/2003, c.d. Bruxelles II bis, sul quale v. *infra*, par. 5.

27 Oltre alla vastissima bibliografia sull'intera Convenzione (reperibile sul sito della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, all'indirizzo www.hcch.net), e al contributo di L. CARPANETO, in questo volume, si rinvia per tutti allo specifico *Commento* all'art. 13 di M. DISTEFANO, in *Commentario breve al diritto di famiglia*, a cura di A. ZACCARIA, 3ª ed., Padova, 2016, p. 2700 s.

28 V. *supra*, nota 24. Viene statuito, con una formulazione generale ma limitativa, che il tribunale decide sul ritorno del minore "sentiti la persona presso cui si trova il minore, il pubblico ministero e, se del caso, il minore medesimo" (corsivo aggiunto).



procedimenti civili in materia familiare.²⁹ Assumono rilievo a tale proposito soprattutto gli articoli 3 e 6 che disciplinano appunto il diritto del minore sia ad essere debitamente informato sia ad esprimere la propria opinione, della quale il giudice deve altrettanto “debitamente” tener conto, raccogliendola direttamente o attraverso altre persone o organi, nella forma che riterrà più appropriata alla luce del grado di discernimento del fanciullo, a meno che ciò non sia manifestamente in contrasto con l’interesse preminente dello stesso.

Sebbene il Governo italiano al momento del deposito della ratifica³⁰ si sia limitato a indicare solo quattro procedimenti (di scarsa rilevanza) cui le norme pattizie devono essere applicate, senza alcun cenno a quelli relativi alla sottrazione internazionale dei minori; e al di là della sentenza della Corte Costituzionale 30 gennaio 2002 n. 1 che aveva comunque qualificato l’art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite come norma *self executing*, ovvero di immediata applicazione, sia pure in relazione alla decadenza dalla potestà parentale di cui all’art. 336, secondo comma cod. civ.,³¹ la Corte di Cassazione ha esteso la generale applicazione della Convenzione europea ai procedimenti in esame.³²

L’obbligo relativo all’ascolto del minore, pur sempre sottoposto a limiti, è stato introdotto anche in due ulteriori accordi internazionali elaborati in seno alla Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato su materie differenti. In particolare, la Convenzione dell’Aja del 29 maggio 1993 per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale prevede sia

29 V. al riguardo C. FIORAVANTI, “I diritti del bambino tra protezione e garanzie: l’entrata in vigore, per la Repubblica italiana, della Convenzione di Strasburgo”, in *Nuove Leggi Civili commentate*, 2003, p. 561 ss.; O. PORCHIA, *Gli strumenti internazionali*, cit., p. 81 ss.; e il *Commento* di M. DISTEFANO, in *Commentario breve al diritto di famiglia*, cit., p. 2729 ss.; cfr. altresì il contributo di E. D’ALESSANDRO, in questo volume. Sotto un diverso profilo, oltre alle critiche sulla nomina del rappresentante in giudizio non riservata ad una decisione autonoma del minore, formulate da G.C. DI TURRI, *Ascolto, rappresentanza, difesa del minore in giudizio in quanto parte*, cit., rilevano le considerazioni (su cui comunque *supra*, par. 2) di G. BALLARANI, “Il diritto del minore a non essere ascoltato”, in *Dir. famiglia persone*, 2010, p. 1807 ss.

30 Ottemperando così all’obbligo previsto dall’art. 1 par. 4.

31 Sulla sentenza v. ad es. i commenti, rispettivamente di F. TOMMASEO e di A. ODINO e N. PASCHETTI, in *Famiglia e dir.*, 2002, p. 229 ss.; cfr. altresì P. MARTINELLI, “Il diritto del minore all’ascolto come diritto fondamentale eventuale”, in *Minorigiustizia*, 2003, 4, p. 16 ss., anche sugli aspetti problematici dell’audizione del minore nelle aule giudiziarie (su cui v. *supra*, par. 2).

32 Corte di Cassazione, 27 luglio 2007, n. 16753, in parte anticipata dalla sentenza della medesima Corte 16 aprile 2007, n. 9094.



la preventiva informazione e il consenso del minore (ove previsto), sempre tenuto conto dell'età e della maturità, all'interno del procedimento di adozione che si svolge nel Paese di origine (art. 4 lett. d) sia il suo ascolto qualora la permanenza presso la famiglia che vorrebbe adottarlo, dopo l'avvenuto trasferimento nello Stato di accoglienza, non sia più conforme al suo interesse (art. 21, par. 2).

A sua volta, l'art. 23, par. 2 lett. b della Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori³³ dispone che il riconoscimento delle relative decisioni può essere rifiutato in caso di mancata audizione del minore nello Stato di origine della sentenza, purché si tratti di una violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato richiesto e salvo i casi di urgenza.³⁴

Infine, nel diverso ambito del Consiglio d'Europa altri accordi internazionali, peraltro firmati ma mai ratificati dall'Italia, contemplano l'obbligo di verificare la sussistenza del consenso del minore nei rispettivi ambiti. Così dispongono, ad esempio, la Convenzione europea di Strasburgo sulle relazioni personali riguardanti i minori del 15 maggio 2003 all'art. 6 e la Convenzione europea di Strasburgo sull'adozione dei minori del 27 novembre 2008 (rivista, rispetto alla precedente Convenzione del 24 aprile 1967, che nulla prevedeva al riguardo) all'art. 5, par. 1 lett. b e par. 3 e all'art. 6. Merita soprattutto di essere ricordata, in questa prospettiva, la Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina, ovvero Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, conclusa a Oviedo il 4 aprile 1997, il cui art. 6 contempla anche il necessario consenso del minore (o di un suo rappresentante) qualora si debba procedere a un intervento nel campo della salute, specificando uno dei parametri applicativi già insiti nell'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite del 1989.³⁵

³³ Essa è destinata a sostituire la precedente Convenzione del 10 ottobre 1961 che nulla prevede al riguardo.

³⁴ Cfr. la ricca bibliografia, curata da E. DI NAPOLI, inserita alla fine della pubblicazione dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, *La Convenzione dell'Aja del 1996. Prontuario per l'operatore giuridico*, a cura di F. ALBANO.

³⁵ V. *supra*, par. 1. Malgrado l'autorizzazione sia stata data con la l. 145/2001, l'Italia non ha ancora depositato la ratifica di questa Convenzione.



4. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Pur se indubbiamente appartenente alla categoria dei diritti fondamentali non può destare stupore il mancato inserimento del diritto all'ascolto del minore (nei termini sin qui precisati) nella Convenzione europea sulla tutela dei diritti umani, trattandosi di uno strumento internazionale che risale al 1950. Spetta quindi alla Corte europea dei diritti dell'uomo il merito di aver ricondotto per via interpretativa la protezione di questo diritto, associandolo spesso alla promozione dell'interesse superiore del minore, nell'alveo dell'art. 8 della CEDU, dedicato al rispetto della vita privata e familiare; e, laddove necessario, anche nell'alveo dell'art. 6, concernente il diritto a un equo processo.³⁶

Riguardo all'intreccio con l'art. 8, la Corte evocava, ad esempio, la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (in particolare, l'art. 7) già nel 1994, in occasione di un ricorso derivante da una controversia (come quasi tutte quelle di seguito esaminate) sull'affidamento dei figli tra due genitori in conflitto: veniva sottolineato il diritto del minore di coltivare i rapporti con entrambi, insistendo specialmente sul diritto di ognuno dei due genitori di vivere tale relazione.³⁷

Negli anni successivi si sviluppa un orientamento mirato all'ascolto del minore, nel quale viene però affermata la necessità di un bilanciamento tra le opinioni espresse da quest'ultimo e il diritto alla continuità del rapporto a favore del genitore "deprivato" della convivenza con il figlio. L'esito di tale bilanciamento conduce spesso la Corte a censurare il peso, ritenuto eccessivo, attribuito dai giudici nazionali alle opinioni espresse da quest'ultimo,³⁸ anche se rimane ferma la tutela del suo diritto di partecipazione.³⁹

Del resto, il diritto all'ascolto, una volta riconosciuto come tale⁴⁰ ed ormai entrato nella sfera di applicazione dell'art. 8 della CEDU, non è incondizionato, poiché viene comunque subordinato all'età e alla maturità del

36 Cfr. al riguardo O. PORCHIA, *Gli strumenti internazionali*, cit., p. 84 ss.

37 Sentenza del 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda*, ricorso n. 16969/90, par. 50.

38 Sentenza del 9 agosto 2006, *C. c. Finlandia*, ricorso n. 18249/02, par. 57 ss.

39 Sentenza dell'8 luglio 2003, *Sommerfeld c. Germania*, ricorso n. 31871/96, par. 37-39.

40 Riprendendo una precedente dottrina, O. PORCHIA, *Gli strumenti internazionali*, cit., p. 84 s., rileva giustamente che all'inizio la Corte europea non sempre qualifica l'ascolto come un diritto, ma piuttosto come un parametro per controllare l'effettiva tutela del diritto del genitore, come sopra delineato.



minore.⁴¹ Ad esso non corrisponde quindi un obbligo indefettibile del giudice statale, il quale può valutare la necessità di procedere all'audizione diretta oppure fondare la propria decisione anche su informazioni scritte fornite dal minore residente in un luogo distante oppure, qualora lo ritenga opportuno, disattendere le sue opinioni, ovvero i suoi desideri.⁴²

Il diritto all'ascolto e, più in generale, i diritti di partecipazione risultano invece enfatizzati in un caso nel quale una madre lamentava che non era stata attribuito il dovuto rilievo alla volontà della figlia di convivere con lei.⁴³ In tale occasione la Corte europea ha non solo ampiamente richiamato l'art. 12 della Convenzione del 1989 e il relativo *Commento generale*, ma altresì le pertinenti norme della Convenzione europea del 1996 sull'esercizio dei diritti del fanciullo⁴⁴ nonché le Linee guida del 17 novembre 2010 sulla giustizia a misura di bambino, elaborate dal Consiglio d'Europa. A seguito di questo (virtuoso) intreccio di strumenti internazionali, i giudici di Strasburgo, dopo aver essi stessi riconosciuto che in un primo tempo il loro controllo era soprattutto rivolto al rispetto dei diritti dei genitori, hanno definitivamente sancito che tale controllo deve parimenti essere esteso ad ogni procedimento giudiziario o amministrativo che possa incidere sui diritti del minore derivanti dall'art. 8 della CEDU. L'inserimento del diritto in esame nella sfera di applicazione di questa norma appare definitivamente sancito.

Inoltre, la Corte perviene ad un analogo risultato, a partire dal 2010, esaminando i ricorsi in tema di sottrazione internazionale dei minori alla luce delle norme della Convenzione dell'Aja del 1980 o del regolamento (CE) n. 2201/2003.⁴⁵ In effetti, mettere al centro l'interesse superiore del minore, verificabile anche con doverose consulenze e perizie psichiatriche, significa non solo preservare il suo benessere, ma soprattutto dare seguito alle sue opinioni, favorevoli o contrarie al ritorno nel Paese di origine, al di là delle decisioni opposte dei giudici statali.⁴⁶

41 Grande Camera, sentenza dell'8 luglio 2003, *Sahin c. Germania*, ricorso n. 30943/96, par. 39.41, 64-66, 73; sentenza dell'11 gennaio 2017, *Iglesias Casarrubios e Cantalapiedra Iglesias c. Spagna*, ricorso n. 23298/12, par. 36.

42 Sentenza del 14 aprile 2016, *Mandet c. Francia*, ricorso n. 30955/12, par. 55-56.

43 Sentenza del 3 dicembre 2015, *M. e M. c. Croazia*, ricorso n. 10161/13, par. 171, 180.

44 V. *supra*, rispettivamente par. 1 e par. 3.

45 V. rispettivamente *supra*, par. 3 e *infra*, par. 5.

46 Possono essere qui ricordate le note sentenze 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, ricorso n. 41605/07, 12 luglio 2011, *Sneerson e Campanella c. Italia*, ricorso n. 14737/09; per un'analisi di questa materia, ivi compresa la ben più ricca giurisprudenza cfr. C. HONORA-



Riguardo poi alle eventuali violazioni dell'art. 6 della medesima Convenzione per la mancata o non corretta audizione del minore, esse rilevano soprattutto nei processi penali relativi ai reati sessuali, nei quali il minore assume il ruolo della vittima o del testimone. Anche in tali occasioni la Corte di Strasburgo si mostra attenta a salvaguardare, da un lato, il diritto all'audizione suddetta e dall'altro, anche i diritti di difesa dell'imputato adulto giungendo fino a censurare, ove necessario, l'esclusiva rilevanza assegnata dal giudice nazionale all'audizione stessa⁴⁷ alla luce appunto della primaria esigenza del giusto processo.

5. L'ascolto del minore nelle norme comunitarie e nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea

Le principali norme della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, ivi compreso l'art. 12, costituiscono invece la fonte diretta di ispirazione dell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000.⁴⁸ Il par. 1 di quest'ultimo enuncia che i minori possono esprimere liberamente la propria opinione e che questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. Si tratta quindi di un diritto ancora una volta condizionato dai due consueti requisiti presenti anche nella Convenzione del 1989,⁴⁹ ma che viene garantito da uno strumento normativo espressamente dedicato alla tutela dei diritti umani, dotato della medesima efficacia del Trattato

TI, "Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, p. 5 ss.; v. altresì L. CARPANETO, "In-Depth Consideration of Family Life v. Immediate Return of the Child in Abduction Proceedings within the EU", *ibidem*, 2014, p. 931 ss., M.C. BARUFFI, "A child-friendly area of freedom, security and justice: work in progress in international child abduction cases", in *Journal of Private International Law*, 2018 spec. p. 390 ss.

⁴⁷ Cfr. ad es. la sentenza del 4 settembre 2002, *P.S. c. Germania*, ricorso n. 33900/96, par. 24.

⁴⁸ Com'è noto, la Carta è stata proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e successivamente "adattata" il 12 dicembre 2007 a Strasburgo. Nelle relative *Spiegazioni* (ovvero, lo strumento interpretativo autentico) viene espressamente richiamato, tra gli altri, l'art. 12 della Convenzione del 1989 sul quale l'art. 24 "si basa".

⁴⁹ Nel suo commento alla norma, F. CASOLARI, in *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, a cura di F. POCAR, M.C. BARUFFI, 2^a ed., Padova, 2014, p. 1737, propende invece a qualificare questo diritto come libertà, alla luce del testo e delle condizioni suddette.



sull'Unione europea, dunque di una ben individuabile forza cogente.⁵⁰

Il diritto all'ascolto nei procedimenti civili era peraltro presente già in precedenza nell'ordinamento comunitario. L'art. 15, par. 2 lett. b del regolamento (CE) n. 1347/2000 del 29 maggio 2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi (c.d. Bruxelles II), prevedeva infatti, quale motivo ostativo al riconoscimento negli Stati membri delle sentenze sulla "potestà dei genitori", il mancato ascolto del figlio in violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato richiesto, fatti salvi i casi di urgenza. Questa norma non era – almeno direttamente – collegata alla Convenzione delle Nazioni Unite, dato che era modellata sull'art. 23 della Convenzione dell'Aja del 1996 alla quale tutto il regolamento era largamente (sia pure indirettamente) ispirato.⁵¹

Il successivo regolamento (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003, che abroga quest'ultimo ed estende la sua sfera di applicazione a tutte le controversie sulla responsabilità genitoriale, ivi comprese quelle relative alla sottrazione internazionale,⁵² amplia altresì la portata del diritto di ascolto. Oltre alla identica norma sul riconoscimento delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale (art. 23 lett. b), l'art. 11, par. 2 inserisce un apposito obbligo di ascolto del minore, salvo che si palesino ragioni di inopportunità a motivo dell'età o della maturità, nelle situazioni previste dagli artt. 12 e 13 della Convenzione dell'Aja del 1980 per le quali sia competente a decidere un giudice di uno Stato membro: rispetto a quest'ultima, vengono così notevolmente estesi i casi di audizione del minore illecitamente trasferito o trattenuto in un Paese diverso da quello della sua originaria residenza.⁵³

⁵⁰ In virtù, com'è ben noto, dell'art. 6, par. 1 del TUE.

⁵¹ Il regolamento era stato infatti redatto sulla falsariga dell'omonima Convenzione del 28 maggio 1998, mai entrata in vigore, la quale riproduceva ampiamente il testo della Convenzione dell'Aja del 1996 (sulla quale v. *supra*, par. 3), come risulta dalla Relazione esplicativa alla Convenzione del 1998 della prof. Alegria Borrás (in *GUCE*, n. C221 del 16 luglio 1998), la quale cita peraltro anche il testo dell'art 12 della Convenzione del 1989.

⁵² Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di *responsabilità genitoriale*, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000 (corsivo aggiunto).

⁵³ L'art. 12 costituisce la norma generale in tema di ritorno obbligatorio del minore, mentre l'art. 13, come già rilevato (*supra*, par. 3) prevede, quali eccezioni al rimpatrio, oltre all'opposizione del minore, il grave rischio di pericoli fisici o psichici una volta rientrato nello Stato originario.



Infine, la mancata audizione del minore, sempre fatte salve le medesime ragioni di inopportunità testé segnalate (ma senza alcun richiamo ai principi fondamentali degli ordinamenti statali), impedisce che venga rilasciato l'apposito certificato, previsto per la immediata esecutività delle decisioni sul diritto di visita di un genitore (art. 41, par. 2 lett. c) e sul ritorno del minore nello Stato di origine malgrado il rifiuto da parte dello Stato c.d. di rifugio (art. 42, par. 2 lett. a).⁵⁴

Come si può constatare, anche queste norme lasciano il consueto margine di discrezionalità al giudice sulla necessità di procedere all'audizione, sui modi e sui tempi relativi ad essa e sul peso da attribuirle,⁵⁵ tuttavia, secondo il considerando n. 33 il regolamento mira a garantire i diritti del bambino quali riconosciuti dall'art. 24 della Carta.

Queste considerazioni sono state riprese dalla Corte di giustizia nella celebre sentenza *Aguirre Zarraga* del 2010.⁵⁶ Ad avviso della Corte, che richiama il suddetto articolo, il diritto del minore di essere sentito non esige che sia necessariamente tenuta un'audizione dinanzi al giudice dello Stato membro d'origine, bensì richiede che siano messe a disposizione di tale minore le procedure che gli consentono di esprimere liberamente la sua opinione e che quest'ultima sia raccolta dal giudice stesso, anche a distanza. Inoltre, il regolamento non impone al giudice dello Stato membro d'origine di sentire in tutti i casi il minore, lasciandogli quindi un certo margine di discrezionalità. Tuttavia, quando questi decide di sentire il minore, egli deve adottare, in funzione del suo interesse superiore e alla luce delle circostanze di ogni caso di specie, tutte le misure appropriate, offrendo al minore una possibilità concreta ed effettiva di esprimersi.

A queste dichiarazioni di principio segue tuttavia il diniego, nei confronti del giudice tedesco, di opporsi all'esecuzione di una sentenza spagnola che ordinava il ritorno di una minore assolutamente contraria al rimpatrio la

⁵⁴ Cfr. *ex multis* M.C. BARUFFI, *Commento agli artt. 10-11*, in *Commentario breve al diritto di famiglia*, cit., spec. p. 2567 ss., M.C. BARUFFI, G. CASTELLETTI, *Commento agli artt. 21-27, ibidem*, p. 2587, L. TOMASI, *Commento agli artt. 37-45, ibidem*, spec. p. 2598 s.; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, II, Statuto personale e diritti reali*, 5ª ed., s.l., 2019, pp. 216 ss., 240 ss.

⁵⁵ Del resto, si mostrano altrettanto prudenti al riguardo le Istituzioni comunitarie, in vista della competenza esclusiva degli Stati (all'epoca, assai meno discussa di oggi) in materia di diritto processuale civile. Lo stesso regolamento afferma infatti nel considerando n. 19 che, sebbene l'audizione del minore sia importante, esso non mira a modificare le procedure nazionali applicabili in materia.

⁵⁶ Sentenza 22 dicembre 2010, C-491/10 PPU.



quale non era stata minimamente audita dal giudice iberico.

Si viene così a delineare un pericoloso contrasto tra l'orientamento della Corte di Lussemburgo, preoccupata soprattutto di salvaguardare il meccanismo di rapida circolazione di questo tipo di decisioni dettato dal regolamento e quello della Corte di Strasburgo, specialmente attenta ai diritti fondamentali del minore conteso e perciò incurante dell'efficiente sistema introdotto dal regolamento suddetto. Tale contrasto emerge in particolare dalle censure mosse dalla Corte europea dei diritti umani nel caso *Sneersone e Campanella*,⁵⁷ nel quale afferma che il principio del superiore interesse del minore giustifica il giudice dello Stato richiesto allorché rifiuta l'esecuzione di una decisione che ne prescrive il ritorno secondo il citato art. 42.

Si tratta evidentemente di soluzioni che affrontano in modo diverso⁵⁸ un medesimo problema, rispetto alle quali sono stati anche sottolineati gli inconvenienti derivanti dalle profonde differenze dei sistemi processuali in vigore nei singoli Stati membri ai quali il regolamento n. 2201/2003 non appresta adeguati rimedi.⁵⁹

Mira invece ad alleviare, almeno in parte, alcuni di questi disagi il nuovo regolamento (UE) 2019/1111 del 25 giugno 2019 che costituisce una "rifusione" del regolamento Bruxelles II-bis⁶⁰. Questo nuovo atto, destinato a sostituire il regolamento attuale del quale peraltro lascia intatta la struttura, contiene una serie di norme dedicate soprattutto al fenomeno della sottrazione internazionale, volte ad accelerare, ad esempio, i tempi di esecuzione dei vari provvedimenti o a indurre le parti in conflitto ad accettare una mediazione (pur sempre facoltativa) così come a rafforzare sia la trasparenza dei procedimenti sia la cooperazione tra le autorità amministrative dei vari Stati membri; per di

⁵⁷ Sentenza del 12 luglio 2011, cit. (*supra*, nota 45).

⁵⁸ Nella più recente sentenza del 1° giugno 2016, *K.J. c. Polonia*, ricorso n. 30813/14, la Corte di Strasburgo ha però ravvisato una violazione dell'art. 8 della CEDU nel rifiuto dei giudici dello Stato c.d. di rifugio di disporre il ritorno di una minore, i quali non avevano tenuto conto di una consulenza psicologica i cui esiti non mostravano problemi relativi ad un eventuale rimpatrio.

⁵⁹ V. per tutti e per ulteriori riferimenti C. HONORATI, *Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali* cit. (*supra*, nota 45), spec. p. 20 ss.; L. CARPANETO, *In-Depth Consideration of Family Life v. Immediate Return of the Child in Abduction Proceedings within the EU*, cit. (*ivi*), spec. p. 950 ss.

⁶⁰ Regolamento (UE) 2019/1111 del Consiglio del 25 giugno 2019 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (rifusione), in *GUUE*, n. L178 del 2 luglio 2019, il quale diverrà vincolante a tutti gli effetti il 1° agosto 2022.



più, esso estende il meccanismo di esecuzione automatica a tutte le decisioni che possono essere emesse nei procedimenti da esso previsti.⁶¹

Emerge qui soprattutto la nuova disciplina sull'ascolto del minore la cui natura di diritto fondamentale viene esplicitamente ascritta non solo all'art. 24 della Carta di Nizza, ma anche all'art. 12 della CRC.⁶² L'art. 21, par. 1 del nuovo regolamento sancisce infatti il "diritto del minore di esprimere la propria opinione" prescrivendo che, in occasione di qualsiasi procedimento contemplato dal regolamento stesso, le autorità giurisdizionali degli Stati membri "danno la possibilità concreta ed effettiva" al minore capace di discernimento di esprimere appunto la propria opinione sia in modo diretto sia in modo indiretto. Inoltre, il par. 2 chiarisce il normale corollario di ogni autentico diritto di ascolto: ovvero, l'obbligo del giudice di tenere in "debito conto" tale opinione in funzione dell'età e della maturità del minore suddetto.

Questa norma risulta innovativa almeno sotto tre profili.⁶³ Il primo, immediatamente evidente, riguarda l'estensione del diritto all'ascolto del minore a qualsiasi procedimento in cui egli si trovi coinvolto (e non più il suo rilievo, circondato da cautele, solo al momento del riconoscimento di una decisione); il regolamento sembra così allinearsi maggiormente, grazie anche al chiarimento contenuto nel citato par. 2, all'orientamento sottostante alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani.⁶⁴ Il secondo profilo attiene all'ampliamento di tale diritto a tutti gli adolescenti e i bambini, ivi compresi quelli in tenera età di per sé in grado di fornire indicazioni tramite gli strumenti adatti,⁶⁵ dato che nel par. 1 risulta solamente prevista la capacità di discernimento; l'età può acquistare semmai rilievo, unitamente a tale capacità, in sede di valutazione dell'opinione espressa, ai sensi del par. 2. Infine, il tradizionale richiamo al diritto e alle procedure nazionali,

61 Per uno sguardo complessivo sul testo quasi definitivo di questo complesso regolamento si rinvia a C. HONORATI, "La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II-bis: più tutela per i minori e più efficacia nell'esecuzione delle decisioni", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, p. 247 ss., L. CARPANETO, "La ricerca di una (nuova) sintesi tra interesse superiore del minore "in astratto" e "in concreto" nella riforma del regolamento Bruxelles II-bis", *ibidem*, 2014, p. 944 ss., M.C. BARUFFI, *A child-friendly area of freedom, security and justice*, cit. (*supra*, nota 45), p. 407 ss.

62 Così il considerando n. 39.

63 L'importanza dell'innovazione suddetta traspare anche dal suo immediato, preliminare richiamo già nel considerando n. 2.

64 Ciò malgrado, il regolamento dichiara ovviamente nel considerando n. 39 di ispirarsi (solo) alle sentenze della Corte di giustizia.

65 Riguardo alle modalità di ascolto di questa categoria di bambini v. già *supra*, par. 2.



contenuto nel par. 1, appare di portata ridotta rispetto al passato con riguardo alla competenza esclusiva degli Stati in materia; tale richiamo appare qui piuttosto rivolto alle varie modalità dell'ascolto stesso, sulle quali si sofferma comunque il preambolo del regolamento per indurre le autorità giurisdizionali ad esperire l'audizione nel modo più adatto.⁶⁶

Per di più, altre norme del regolamento attribuiscono ulteriori effetti al diritto in esame. A parte l'art. 26, che si limita a richiamare puntigliosamente il suddetto diritto all'interno dei procedimenti di sottrazione internazionale,⁶⁷ assumono un indiscusso rilievo le apposite norme introdotte nel nuovo sistema di riconoscimento, ma soprattutto di esecuzione automatica di tutte le decisioni emesse negli Stati membri nella materie qui esaminate.

L'art. 39, par. 2, quale norma generale, dispone che il riconoscimento (dunque, anche l'esecuzione) "può" essere negato se non è stata data al minore capace di discernimento una possibilità di esprimere la propria opinione ex art. 21, salvo che il procedimento riguardasse esclusivamente i beni del minore oppure sussistessero "seri motivi", in particolare l'urgenza del caso. Al di là di queste due eccezioni, il riferimento all'art. 21 sottolinea ancora una volta che esso costituirà ormai la norma base in materia.⁶⁸ Questa disposizione si applica anche alle c.d. decisioni privilegiate, ovvero a quelle relative al diritto di visita e al ritorno del minore malgrado il rifiuto dello Stato richiesto.⁶⁹

Infine, anche l'art. 68, dedicato a riconoscimento ed esecuzione di atti pubblici e accordi tra le parti, indica al par. 3 quale motivo ostativo il mancato

⁶⁶ Sempre il considerando n. 39, pur riconoscendo la competenza degli Stati membri, fornisce poi una dettagliata serie di indicazioni relative all'ascolto diretto e indiretto, alle persone destinate a raccogliere le opinioni, ai luoghi relativi a tale compito, a tutti gli strumenti da utilizzare, ivi compresa l'audizione a distanza anche mediante il ricorso al regolamento (CE) n. 1206/2001 sull'assunzione delle prove all'estero.

⁶⁷ La nuova formulazione di questa norma comporta ovviamente un semplice riferimento all'art. 21.

⁶⁸ L'ascolto non è più infatti confinato al ruolo di motivo ostativo come nel regolamento n. 2201/2003.

⁶⁹ Il carattere speciale di queste disposizioni riguarda la nuova previsione di cui all'art. 50, che consente il rifiuto di eseguire tali decisioni qualora sia stata emessa una decisione successiva, incompatibile nel c.d. Stato di rifugio o in un altro Stato membro o in uno Stato terzo in cui il minore risiede. Viene così pragmaticamente smentita la *ratio* sottostante alla sentenza *Aguirre Zarraga* (*supra*, nota 56) e il principio dell'immediato ritorno del minore che informa il sistema della Convenzione dell'Aja del 1980 e soprattutto il regolamento n. 2201/2003; ma viene rafforzato anche sotto questo profilo l'ascolto del minore, che non può non risultare sotteso a decisioni di questo contenuto.



ascolto del minore in sede di redazione o registrazione di tali atti.⁷⁰

6. L'adeguamento dell'Italia alla Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza

La concreta attuazione del diritto all'ascolto, e più in generale dei diritti di partecipazione, è stata oggetto di continue sollecitazioni rivolte all'Italia da parte del Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza,⁷¹ a partire dal sintetico accenno contenuto nelle prime "Osservazioni conclusive", formulate nel 1995.⁷²

Nelle occasioni successive⁷³ il Comitato ha formulato richieste sempre più dettagliate: così, nelle Osservazioni conclusive del 2011,⁷⁴ dapprima viene preso atto con soddisfazione della sentenza della Corte Costituzionale 30 gennaio 2012, n. 1, la quale aveva qualificato l'art. 12 della CRC come norma direttamente applicabile,⁷⁵ nonché dell'entrata in vigore della legge n. 54/2006 che prevede l'audizione del minore nei procedimenti di separazione personale e di divorzio che coinvolgono la responsabilità genitoriale, delle norme relative alla necessità di un rappresentante del minore nei procedimenti di adozione e del decreto legislativo 28 gennaio 2008 n. 25 sull'ascolto dei minori non accompagnati; e purtuttavia viene auspicata la creazione di un curatore speciale del minore nei procedimenti di adozione, ma soprattutto sollecitato un intervento legislativo organico, il quale si faccia carico anche delle modalità di ascolto e se necessario dell'aiuto di specialisti, al fine di evitare interventi manipolatori o intimidatori da parte degli adulti. Infine, si raccomanda di far partecipare i minori all'elaborazione di norme e politiche ad essi relative, mediante la creazione di appositi organismi regionali e nazionali.

Da ultimo, a fronte della corposa relazione presentata dal Governo italiano nel 2018,⁷⁶ nelle Osservazioni finali formulate dal Comitato nel 2019⁷⁷ le

70 Sugli effetti negativi in tema di circolazione di tali atti qualora registrati in Italia v. *infra*, par. 6.

71 Sulle attività del Comitato cfr. il contributo di F. POCAR, in questo volume.

72 CRC/C/15/add. 41 del 27 novembre 1995, par. 16.

73 CRC/C/SR.862 del 31 gennaio 2003, spec. par. 25.

74 CRC/C/ITA/CO/3-4 del 6 ottobre 2011, par. 26 e spec. par. 27.

75 V. *supra*, par. 3, spec. nota 31.

76 Ovvero, del 5° e 6° Rapporto, presentato dall'Italia nel 2017: CRC/C/ITA/5-6 del 16 marzo 2018, spec. par.68 ss.

77 Le suddette Osservazioni conclusive (CRC/C/ITA/CO/5-6 del 1° febbraio 2019) possono



sollecitazioni risultano più scarse e di contenuto generale: vengono ribadite, ad esempio, la generica raccomandazione di introdurre una misura legislativa “onnicomprensiva” che garantisca al minorenne il diritto all’ascolto in qualsiasi procedura si trovi coinvolto, quella di condurre ricerche per identificare le questioni più importanti per i minorenni e individuare quanto le loro voci vengano ascoltate.

Questo atteggiamento mostra indirettamente il progresso compiuto dall’ordinamento italiano soprattutto mediante l’emanazione della legge 10 dicembre 2012 n. 219 (“Disposizioni in materia di riconoscimento di figli naturali”) e con il d.lgs. 28 dicembre n. 154, i quali – com’è noto – hanno esteso il diritto di ascolto a tutti i procedimenti civili relativi ai minori (artt. 315 *bis*, 336 *bis*, 337 *octies*, 38 *bis* disp. att. cod. civ.), con una disciplina variegata, ma che pur sempre tiene conto dell’interesse superiore del minore stesso e soprattutto ampiamente modellata sui criteri interpretativi dell’art. 12 della CRC.⁷⁸ Rimane tuttavia insoluta la questione del mancato ascolto all’interno della c.d. negoziazione assistita in caso di separazione personale o divorzio.⁷⁹ In ogni caso, deve essere ricordato il ricchissimo orientamento consolidato della giurisprudenza italiana, sempre più consapevole di tale diritto, con particolare riguardo alla materia della sottrazione internazionale, ma soprattutto consapevole che, nei casi in cui il giudice ritiene di disattendere la volontà del minore, deve motivare la sua decisione “con particolare rigore e pertinenza”: ciò significa che tali casi devono essere considerati eccezionali.⁸⁰ Ed analoghe considerazioni possono essere svolte nel campo della giustizia penale.⁸¹

leggersi anche nella traduzione italiana predisposta dall’UNICEF, reperibile nel sito omonimo: v. par. 17.

78 Cfr. ancora una volta il contributo di E. D’ALESSANDRO, in questo volume. Cfr. inoltre l’ampia dottrina in materia riportata da R. LOMBARDI, L’ascolto del minore nei procedimenti di separazione e divorzio su accordo delle parti tra fonti sovranazionali e diritto interno, cit. (supra, nota 25).

79 V. *ibidem* e *supra* par. 5 per l’impossibilità di far riconoscere ed eseguire questi accordi negli Stati membri dell’Unione europea.

80 Così Corte di Cassazione, 24 maggio 2018, n. 12957. Per i sempre più frequenti richiami alla Convenzione CRC, unitamente alla Convenzione di Strasburgo del 1996 e all’art. 24 della Carta dei diritti fondamentali, v. da ultimo Corte di Cassazione, ord. 13 dicembre 2018, n. 32309.

81 Cfr. i numerosi dati forniti al riguardo, ivi compresi quelli sulla partecipazione dei minorenni ad organismi rappresentativi, nell’ultima relazione presentata dall’Italia (*supra*, nota 75).

LA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE DEL MINORE E IL DIRITTO ALL'ACCESSO AI MEZZI DI COMUNICAZIONE E ALLA RISERVATEZZA

FABIANA DI PORTO ¹

Sommario: 1. La libertà di espressione e il diritto di accesso ai mezzi di comunicazione del minore e gli obblighi derivanti dalla Convenzione. – 2. Interpretazione evolutiva e attuazione degli articoli 13 e 17 della Convenzione nell'ordinamento italiano. – 2.1 I modelli della autoregolamentazione e co-regolamentazione per la tutela dei minori – 2.2 Dal riconoscimento di diritti alla promozione dell'educazione – 3. Il consenso digitale del minore.

1. La libertà di espressione e il diritto di accesso ai mezzi di comunicazione del minore e gli obblighi derivanti dalla Convenzione

Gli articoli 13 e 17 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza² sanciscono, rispettivamente, la libertà di espressione del minore e il diritto di questi di accedere a mezzi di informazione e comunicazione di natura “varia” (nella versione inglese: “...from a diversity of national and international sources”).³ Sotto il profilo sostanziale,

¹ Professore associato di diritto dell'economia, Università del Salento. *Visiting Professor*, Hebrew University of Jerusalem (fabiana.diporto@unisalento.it).

² Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, fatta a New York il 20 novembre 1989, resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176. D'ora innanzi anche “Convenzione” o “CRC”.

³ Sul diritto all'informazione del minore si vedano i contributi raccolti in M. OROFINO e F.G. PIZZETTI (a cura di), *Privacy, minori e cyberbullismo*, Torino, 2018; G. CREA, “La protezione dei minori in rete nelle prospettive dell'analisi del comportamento e della tutela tecnologica”, in *Dir. econ. mezzi comuni*, n. 3, 2011, p. 51 ss.; A. DI FRANCIA e F. DALLAGIACOMA, *I diritti dei minorenni nella giurisprudenza*, Milano, 2008; J. ZITTRAIN et al., *The Global Shifting of Internet Censorship*, Berkman Klein Center Research Publication, 2017; P. DI BENEDETTO, *TV e minori, Uno scenario nazionale e internazionale*, Soveria Mannelli, 2003. Di recente anche Parlamento europeo, *La libertà di espressione, una prospettiva di diritto comparator- Italia*, PE 642.242, ottobre 2019.



il minore è dunque titolare in prima persona, ciascuno in relazione al livello di sviluppo personale, del diritto di esprimere proprie convinzioni e, al fine di esercitarlo, ha titolo di ricercare autonomamente ovvero ricevere le informazioni necessarie per formarsi un'opinione.

Muovendo dal diritto di espressione, la Convenzione ne dettaglia il contenuto specificando che lo stesso ricomprende la libertà di “cercare, ricevere e impartire” informazioni e idee di ogni specie, sotto qualsiasi forma – sia essa scritta, orale, stampata o artistica – e con qualsiasi mezzo, a scelta del minore. Infine, la Convenzione specifica che l'esercizio di tale libertà non ha confini geografici, tanto da puntualizzare che il minore possa avvalersene “indipendentemente dalle frontiere” (art. 13, par. 1).

Trattandosi di un diritto di libertà, le limitazioni ammesse al suo esercizio sono anzitutto quelle di tipo negativo del *neminem laedere* (ovverosia, di non arrecare danno ai diritti o alla reputazione altrui, sancito al par. 2, lett. a) e della salvaguardia della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della salute o della morale pubblica (par. 2, lett. b).

Lo Stato parte, in altri termini, non può interferire con il diritto del minore di esprimere liberamente le proprie opinioni o di ricercare le informazioni necessarie all'autonomo formarsi dei propri convincimenti, dovendosi piuttosto astenersi (libertà negativa) dal compiere atti che possano comprimere siffatta libertà. Non è cioè tenuto ad adottare condotte positive al fine di rendere effettivo lo svolgimento della libertà di espressione del minore. In ciò, la libertà di espressione del minore è strutturata in maniera differente rispetto al diritto di essere ascoltato nell'esprimere opinioni su questioni che lo riguardano, in relazione al quale, invece, lo Stato parte è soggetto ad obblighi di carattere positivo (ovverosia, ai sensi dell'art. 12: introdurre un quadro regolatorio atto a coinvolgerlo in tutte le decisioni che lo riguardano). L'intervento regolatorio statale ammesso dall'art. 13, comma 2, infatti, è solo quello che ponga con legge (riserva di legge) limitazioni necessarie a garantire il rispetto dei diritti altrui, la sicurezza, salute, moralità e ordine pubblico.

Quanto al rapporto che li lega, il diritto all'informazione importando quello di cercare e ricevere informazioni (anche) attraverso i *mass media*, esso è certamente prodromico all'esercizio del diritto del minore di esprimere liberamente le proprie opinioni. A sua volta, quest'ultimo si pone in relazione di mezzo a fine (rapporto funzionale) rispetto al già menzionato diritto di essere ascoltato.



2. Interpretazione evolutiva e attuazione degli articoli 13 e 17 della Convenzione nell'ordinamento italiano

Il *proprium* dei diritti di cui si discute consiste nella necessità di assicurare che il minore manifesti e acceda ad un'informazione adatta alla sua età e al suo sviluppo.⁴ Per tale ragione, allo Stato è consentito intervenire – tanto sui *mass media* quanto sull'editoria scolastica – per favorire la divulgazione di informazioni e materiali di utilità sociale e culturale per il minore, nonché la produzione di libri per l'infanzia e di tenere in debito conto le minoranze linguistiche (art. 17).

La protezione del minore dalla esposizione a contenuti informativi potenzialmente nocivi del suo benessere e sviluppo è rimessa dalla Convenzione alla “elaborazione di principi direttivi appropriati”, la cui adozione lo Stato parte si impegna a favorire nel migliore interesse della persona di minore età. In altri termini, il rischio che il minore venga esposto a contenuti informativi inadeguati legittima lo Stato a porre dei limiti alla libertà di espressione *tout court*, i quali si concretizzano in restrizioni alla libertà di impresa (editori). Si tratta di un bilanciamento tra diritti basato sulla proporzionalità, dal momento che consente la limitazione dell'accesso a specifici contenuti ai soli minori, mantenendoli liberi per gli adulti.⁵

La formulazione letterale della Convenzione – e con essa la legge di attuazione in Italia – risente del tempo in cui fu adottata (1989 e 1991, rispettivamente): essa ha chiaramente di mira un mondo nel quale il minore si forma le proprie opinioni attraverso la carta stampata e, al più, la TV di tipo analogico, ovvero sia non interattiva e con una offerta di contenuti molto limitata.

Tanto è che il Gruppo di Lavoro per la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza relativo all'attuazione degli obblighi derivanti dalla Convenzione (d'ora innanzi Gruppo di lavoro CRC), nel suo pri-

4 Il diritto-libertà del “fanciullo di manifestare e ricevere manifestazioni del pensiero... va correlato all'età”: così si esprimeva il Governo italiano (Presidenza del Consiglio) già nel Secondo Rapporto sullo stato di attuazione della Convenzione di New York, 1998, p. 45 (reperibile su: http://gruppoCRC.net/wp-content/uploads/2009/08/2_rapporto_onu.pdf).

5 La soluzione del bilanciamento basato sulla proporzionalità riportato nel testo è rinvenibile ad es. nel settore dei media audiovisivi, ove è d'uso ricorrere a soluzioni tecnologiche quali le fasce orarie per le programmazioni TV ovvero segnalazioni sui programmi video.



mo Rapporto di Aggiornamento,⁶ presentato nel 2005,⁷ dà conto di un quadro normativo e di autoregolamentazione nazionale compiuto e sufficientemente esaustivo.

In special modo, vi si trovano riferimenti all'adozione della legge sul sistema radiotelevisivo (n. 112/2004),⁸ il cui art. 10 rende obbligatorio per le emittenti televisive il Codice di autoregolamentazione "TV e Minori", affidandone l'applicazione ad un Comitato e, con poteri sanzionatori, all' Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni (AGcom).⁹

Con positivistico ottimismo, si ritiene che il riconoscimento per via legislativa del Codice di autoregolamentazione (prima solo volontario) e la conseguente automatica estensione anche ai soggetti non sottoscrittori, possa di per sè solo esaurire le garanzie informative e le tutele del minore.

Ne è riprova il fatto che le principali raccomandazioni del Gruppo di lavoro CRC si limitano a sollecitare il legislatore nazionale ad approntare un migliore coordinamento tra i soggetti istituzionali preposti alla tutela del minore nell'accesso ai mezzi di comunicazione (AGcom, Comitato TV e Minori e Commissione parlamentare per l'infanzia e l'adolescenza – c.d. Bicamerale infanzia)¹⁰ al fine di estenderne le sinergie; nonché a promuoverne

6 Come noto, oltre al Rapporto sullo stato di attuazione della Convenzione (cit.), redatto ogni cinque anni dal Governo italiano e sottoposto alle Nazioni Unite, a partire dal 2000 si è costituito un Gruppo di Lavoro cui aderiscono oltre quaranta associazioni del terzo settore, che compie un monitoraggio ulteriore infra-quinquennale ed indipendente, il quale ha assunto negli anni sempre maggior rilevanza in seno alle Nazioni Unite. Difatti, all'esito di tale monitoraggio, il Gruppo di Lavoro CRC redige sia un Rapporto Supplementare, sia un Rapporto di Aggiornamento, i quali vengono trasmessi al Comitato ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Il Primo Rapporto Supplementare venne adottato nel 2001 e presentato all'ONU nel 2002. Il Rapporto Supplementare, come accennato, ha assunto una crescente rilevanza, finendo per costituire la principale base conoscitiva per il Comitato ONU, su cui si fondano molte delle segnalazioni rivolte al Governo nazionale.

7 Cfr. Gruppo di Lavoro CRC, Primo Rapporto di Aggiornamento sul monitoraggio della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia 2004-2005, del 27 maggio 2005 (disponibile in http://gruppoCRC.net/wp-content/uploads/2009/01/CRC_Rapporto_1-2005-2.pdf).

8 Legge successivamente confluita nel d.lgs. 177/2005 (dipoi modificato dal d.lgs. 44/2010).

9 Per commenti, *ex multis*, L. MUSSELLI, *Televisione e minori: tutela pubblicitaria*, Milano, 2009.

10 Si tratta della Commissione parlamentare bicamerale istituita con legge 23 dicembre 1997, n. 451 e composta da venti deputati ed altrettanti senatori, nominati dai presidenti dei rispettivi rami del Parlamento. Essa ha compiti di indirizzo e controllo sulla concreta attuazione degli accordi internazionali e della legislazione relativi ai diritti e allo sviluppo dei



la tempestività di intervento. Oppure incoraggiano l'armonizzazione tra tutte le emittenti della segnaletica relativa ai programmi TV non adatti ai minori.

Sebbene il testo normativo della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza sia rimasto invariato, a partire dalla metà degli anni 2000 è il contesto informativo nel quale il minore è immerso a mutare radicalmente. E ciò per effetto dell'avvento di Internet prima e della c.d. "rivoluzione digitale" poi. Con il primo, si diffonde l'accesso alle informazioni reperibili sul web attraverso *personal computer* in uso alle famiglie, dando la possibilità a chiunque di creare contenuti; con la seconda, favorita dalla diffusione capillare dei telefoni cellulari tra i minori (anche piccolissimi) e dalla televisione digitale c.d. *on demand*, emergono nuove problematiche relative alla "sicurezza degli utenti più piccoli, che sono tra i principali fruitori e produttori di contenuti".¹¹

Lo Stato parte si trova oggi a dovere tenere conto di una realtà assai complessa, ove la garanzia della libertà di espressione del minore va coniugata coi numerosi rischi al suo benessere che possono derivargli dalla interazione nel mondo digitale. Così ad esempio, se da un lato, il successo dei c.d. *social network* nella fascia di età adolescenziale manifesta un grande attivismo espressivo del minore, esso può prestarsi ad abusi, come episodi di cyberbullismo, esposizione a discorsi d'odio, o condotte ancor più serie che possono fuoriuscire dal controllo parentale.¹² Quanto alla TV, la circostanza che non vi sia più un numero limitato di emittenti e palinsesti da vigilare, ma una pletora

minori. Può richiedere "informazioni, dati e documenti sui risultati delle attività svolte da pubbliche amministrazioni e da organismi che si occupano di questioni attinenti ai diritti o allo sviluppo de minori" (art. 2, comma 4) e, con cadenza annuale, presenta alle Camere, i "risultati della propria attività", formulando osservazioni e proposte "sugli effetti, sui limiti e sull'eventuale necessità di adeguamento della legislazione vigente" alla Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

¹¹ Così il Gruppo di Lavoro CRC nel 4° Rapporto di Aggiornamento 2007-2008, p. 48-49. Ad esempio, con riguardo alla (a quei tempi) crescente diffusione di Internet 2.0 (oggi siamo al web 4.0) tra gli adolescenti, il Gruppo di lavoro CRC solleva "interrogativi circa la sicurezza per gli utenti più piccoli, poiché sono tra i principali fruitori e produttori di tali contenuti". Analogamente, con riguardo ai *social network*, il Gruppo CRC evidenzia come, sebbene questi consentano una interazione che soddisfa bisogni di comunicazione e di espressione importanti, specie degli adolescenti, emergono comportamenti preoccupanti quali "una scarsa attenzione ai propri dati personali e la propensione ad incontrare – non accompagnati – *offline*, persone conosciute in rete". Infine, rispetto all'uso dei videogiochi, tra i bambini tra i 6 e i 10 anni, il Rapporto di Aggiornamento denuncia l'elevato rischio di dipendenze.

¹² Si pensi alla pedo-pornografia online, di cui invero il Gruppo CRC dava già ampio riscontro nel primo Rapporto di Aggiornamento.



di fornitori di contenuti liberamente accessibili mediante piattaforme digitali, rende le attività di monitoraggio e sanzione particolarmente ardue.

Per lungo tempo a fronte della crescente diffusione dei beni tecnologici dedicati alla comunicazione digitale e all'informazione, “gli interventi normativi e legislativi atti a tutelare nella sua interezza il rapporto tra i minori e i media, nonché [la] qualità dei contenuti veicolati” si segnalano per inadeguatezza e insufficienza.¹³ Ciò che difetta, in particolare, è una strategia integrata che coinvolga tutte le istituzioni rilevanti e gli operatori del settore, in grado di superare le iniziative frammentarie esistenti ed adattare “in modo strutturato la complessità del fenomeno alla tutela dei minori nell’ambito delle nuove tecnologie”.¹⁴

Emblematico il caso della proposta di un “Codice Unico Minori e Media”, la cui bozza è stata approvata dal Parlamento italiano già nel biennio 2007-2008. Tale Codice contiene la disciplina di autoregolamentazione per tutti i settori media di rilevanza per i minori (TV, videogiochi, internet e telefoni cellulari); tuttavia, la sua adozione non è mai giunta a compimento. Esso avrebbe dovuto sostituire i numerosi codici di autoregolamentazione in vigore, rappresentando un punto di svolta per il raccordo delle diverse istituzioni e delle relative competenze.

Costantemente, in tutti i rapporti successivi, il Gruppo di lavoro invita il legislatore italiano ad adottare in via definitiva il Codice Unico, consapevole del fatto che solo un testo del genere, onnicomprensivo e ispirato a principi comuni, possa superare la frammentazione esistente e fornire le autorità pubbliche di “adeguati ed effettivi strumenti sanzionatori e di monitoraggio rispetto a TV, videogiochi, Internet e cellulari”.¹⁵

¹³ Così si esprime il Gruppo di lavoro CRC nel 4° Rapporto di Aggiornamento 2007-2008, p. 55.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Singolare ritrovare la formula riportata in ognuno dei seguenti Rapporti pubblicati dal Gruppo di Lavoro CRC: 2° Rapporto supplementare 2009, ad p. 56; 8° Rapporto di Aggiornamento 2014-2015, ad p. 62.; 9° Rapporto di Aggiornamento 2015-2016, ad p. 71; 3° Rapporto supplementare 2017, ad p. 74.



2.1 I modelli della autoregolamentazione e co-regolamentazione per la tutela dei minori

Invero, pur in assenza del menzionato Codice Unico, le iniziative non sono mancate. Tuttavia, esse si segnalano per le difformi modalità di adozione delle regole, che vedono coinvolte vuoi la sola industria col supporto degli utenti – si parla in tal caso di pura autoregolamentazione (o *self-regulation*) – vuoi di industria, utenti e dell'AGcom: in tal caso si è in presenza di co-regolamentazione (o *co-regulation*).¹⁶

Codici di autoregolamentazione sono infatti presenti nei settori TV (Codice “TV e Minori” del 2002,¹⁷ alla cui applicazione presiede un Comitato),¹⁸ Internet (del 2003), videogiochi (con il sistema di classificazione *Pan European Game Information* o PEGI del 2003)¹⁹ e pubblicità.²⁰

Mentre è ascrivibile al modello della co-regolamentazione la stagione normativa più recente, propiziata dalle istituzioni europee, ove le norme di condotta sono predisposte dalle imprese e approvate e vigilate da un'autorità di garanzia, individuata, come detto, nell'AGcom.

16 Secondo le più accreditate definizioni di co-regolazione (I. AYRES E J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation*, Oxford, 1994; R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE, *Understanding Regulation*, Oxford University Press, 2012, p. 146), essa consiste nella definizione delle regole da parte delle associazioni dell'industria (componente auto-regolatoria), con qualche forma di controllo o ratifica da parte del soggetto pubblico (Governo o Parlamento). Chiaramente la co-regolazione può assumere molteplici forme e combinazioni, con un grado di incisività del soggetto pubblico variabile da un minimo ad un massimo, definibile dai soggetti coinvolti e, auspicabilmente, trasfusi in una legge. Il modello della *enforced-self-regulation*, su cui *infra* nel testo, è un esempio di *co-regulation* che prevede il coinvolgimento del soggetto pubblico non tanto (o meglio, non solo) nella fase di definizione delle regole, ma soprattutto in quella di attuazione delle stesse.

17 Cfr. Codice di Autoregolamentazione TV e Minori del 29.11.2002. Il codice è stato formalmente adottato dal Ministero delle Comunicazioni e ad esso hanno aderito i rappresentanti delle principali emittenti televisive, sia pubbliche sia private operanti in Italia.

18 Si tratta del Comitato di applicazione del Codice Media e minori (già Comitato di applicazione del Codice di Autoregolamentazione TV e Minori, poi ridenominato dall'art. 6, DPR 72/2007). Il Comitato esamina i casi di violazione del Codice di Autoregolamentazione, adotta risoluzioni, raccomandazioni o documenti di indirizzo. Può altresì comminare sanzioni pecuniarie alle emittenti.

19 Sistema di classificazione dei videogiochi creato dalla Interactive Software Federation of Europe (ISFE) col supporto della Commissione europea ideato per ridurre l'accesso dei più piccoli a contenuti violenti.

20 Cfr. il Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, adottato dallo IAP, Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria per la valutazione della correttezza dei messaggi pubblicitari.



A quest'ultima sono riferibili numerose misure adottate in attuazione del Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici o TUSMAR.²¹ Tra queste si segnalano, ad esempio: la divisione in fasce orarie della programmazione televisiva, l'introduzione di una simbologia atta a segnalare la classificazione dei programmi in base al contenuto (più o meno adatto ai minori); la disponibilità, su richiesta dell'utente in possesso di strumenti di *parental control*,²² di accedere a contenuti potenzialmente nocivi per il minore solo con l'uso di un codice personalizzato. Il TUSMAR è espressione di co-regolamentazione nella misura in cui le norme di condotta ivi stabilite, vincolanti per tutte le emittenti TV (tanto analogiche quanto digitali, satellitari o via Internet) a prescindere dalla adesione allo stesso, sono oggetto di monitoraggio e sanzione da parte di un Comitato di applicazione,²³ in raccordo con l'AGcom e la Commissione parlamentare competente. Nel caso le emittenti violino la libertà di espressione del minore o non adottino i comportamenti atti a tutelare il suo diritto ad un adeguato sviluppo morale, fisico e mentale, ovvero incitino all'odio basato su razza, sesso, religione o nazionalità (art. 1-ter), possono giungere sino alla sospensione provvisoria della trasmissione.

Il Gruppo di lavoro in più occasioni ha palesato i limiti di tali pur apprezzabili interventi normativi, chiarendo che nell'era digitale le abitudini e gli stili di vita degli utenti minori sono mutati. Così ad esempio, la classificazione della programmazione per fasce orarie non è più idonea a raggiungere lo scopo della protezione del minore in una realtà in cui i contenuti audiovisivi sono accessibili in qualsiasi orario su una piattaforma internet.

2.2 Dal riconoscimento di diritti alla promozione dell'educazione

In generale, ad essere in affanno è lo strumento giuridico, posto che i rischi scaturenti dall'interazione del minore in rete sono molteplici e la sua protezione richiede un approccio che vada oltre il solo riconoscimento di diritti e

21 Cfr. D.lgs. 177/2005, modificato dal D.lgs. 44/2010 (frutto del recepimento della direttiva sui Servizi media e audiovisivi n. 2007/65/CE), quindi dal D.lgs. 120/2012 ed infine dal D.lgs. 204/2017.

22 Sugli accorgimenti di controllo parentale in generale ed in relazione agli obblighi parentali, si v. *ex multis*, M.E. Price e S.G. Verhulst (a cura di), *Parental Control of Television Broadcasting*, London, 2002 e S. Altman, *Parental Control Rights* (2015). USC Legal Studies Research Papers Series No. 15-24 (disponibile su ssrn.com/abstract=2636313).

23 Nominato da ultimo con Decreto MISE del 17 luglio 2013.



si estenda all'educazione e alla formazione, tanto del minore stesso quanto del nucleo familiare, come evidenziato specialmente dalla Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2006.²⁴ Numerose sono le ricerche empiriche che testimoniano le vaste e varie problematiche legate alla socializzazione digitale del minore, ove non guidata o accompagnata da una adeguata educazione. Tra queste: sviluppo di dipendenze, scarsa mobilità fisica, riduzione del sonno, rischi cognitivi e per l'apprendimento, possibile isolamento sociale.

La personalizzazione dei servizi dell'informazione resa possibile dalle nuove tecnologie digitali (che si avvalgono di algoritmi, dell'intelligenza artificiale e di grandi moli di dati o *big data*) è in grado di amplificare tali fenomeni.

3. Il consenso digitale del minore

Per tale ragione diventa di centrale rilevanza assicurare una adeguata protezione dei dati personali dei minori, ovverosia di tutte quelle “tracce” che essi producono e che rappresentano la loro “identità” nel cyberspazio. Tali dati sono infatti raccolti, trattati e alimentano la produzione di beni e servizi a loro specificamente destinati, tra cui giochi, reti sociali, e altre innumerevoli applicazioni il cui utilizzo molto spesso sfugge alla vigilanza familiare.

Di qui la scelta importante che il regolamento generale sulla protezione dei dati personali (GDPR)²⁵ ha rimesso agli Stati membri in merito alla fissazione dell'età (tra i 13 e i 16 anni) per esprimere il c.d. “consenso digitale”, ovverosia la soglia di età a partire dalla quale il minore diviene autonomo nel prestare il consenso al trattamento dei propri dati necessari a poter usufruire dei c.d. servizi della società dell'informazione.²⁶ In particolare, l'art. 8

²⁴ Cfr. Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla Tutela dei minori e della dignità umana e al diritto di rettifica relativamente alla competitività dell'industria europea dei servizi audiovisivi di informazione *on line*, del 20 dicembre 2006. Sul piano prescrittivo la Raccomandazione denuncia i limiti dell'autoregolamentazione, ritenendola non sufficiente ai fini della adeguata protezione del minore “dai messaggi a contenuto nocivo”. Essa sottolinea il ruolo particolarmente rilevante della educazione ai media, che deve essere svolta principalmente dalla famiglia, dalla scuola e di chi ha in cura il minore.

²⁵ Cfr. Regolamento UE 2016/679.

²⁶ Sono tali i servizi prestati, normalmente dietro retribuzione, a distanza (se le parti sono presenti simultaneamente) o per via elettronica (a distanza, ad es., una *app* scaricata o un pro-



stabilisce che se a partire dai 16 anni di età il trattamento dei dati del minore è lecito alle stesse condizioni del maggiorenne, al di sotto di tale soglia il medesimo è lecito solo con il consenso o autorizzazione di chi esercita la responsabilità genitoriale; ma gli Stati membri possono derogare, sebbene non al di sotto dei 13 anni.

Dopo qualche tentennamento in prima stesura, il legislatore nazionale, con l'art. 2-*quinqüies* del Codice della privacy (D.lgs. 196/2003, modificato dal D.lgs. 101/2018), ha infine fissato la soglia a 14 anni. Esso ha altresì previsto un obbligo di condotta in capo al soggetto che tratta i dati del minore: ovverosia di redigere con linguaggio “particolarmente chiaro e semplice, conciso ed esaustivo, facilmente accessibile e comprensibile dal minore”, le informazioni e le comunicazioni relative al trattamento che lo riguarda, “al fine di rendere significativo il consenso prestato da quest’ultimo”.

Le questioni che solleva il consenso digitale del minore sono molteplici. Prima fra tutte la circostanza che il consenso è una delle condizioni che legittima, ai sensi del combinato disposto degli articoli 6, par. 1, lett. a) e 22, par. 2 del GDPR, le “decisioni automatizzate, incluse le profilazioni”, che sarebbero altrimenti vietate. Le profilazioni sono inferenze statistiche derivate dall’incrocio di migliaia di dati personali e non raccolti da svariate fonti (*social network*, giochi, dati di navigazione, ecc.) e processate da algoritmi che auto-apprendono (*big data analytics*, intelligenza artificiale); una decisione è profilata se è basata sulle preferenze individuali, come manifestate dai propri dati, raccolti e trattati da terzi su basi algoritmiche.

Sebbene l’art. 22 GDPR non differenzi tra adulti e minori, e dunque in principio vieti le profilazioni per entrambi (fatte salve le eccezioni di cui si dirà subito appresso), il considerando 71 afferma che esse “non dovrebbero applicarsi ai minori”; ovverosia: ai minori non dovrebbero potersi offrire servizi come giochi, applicazioni, *social network*, video o film “profilati” basati sulle loro preferenze, ricavate dalla raccolta e trattamento algoritmici dei loro dati.

Tuttavia, come chiarito dal *Working Party Art. 29* (o WP, ridenominato

gramma inviato via email) e a richiesta individuale di un destinatario. Cfr. Direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi, del 10/3/2010, su cui, *ex multis*: F. BASSAN e E. TOSI (a cura di) *Diritto degli audiovisivi*, Milano, 2012, R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi e la sua attuazione nell’ordinamento italiano*, Torino, 2012.



Comitato europeo per la protezione dei dati personali in base all'art. 68 del GDPR),²⁷ la imprecisa formulazione della disposizione e il fatto che il divieto sia collocato in un *considerando* non escludono che ai minori possano applicarsi profilazioni e decisioni automatizzate. Esso dunque ammette che possano valere, persino nei confronti dei minori, tutte le eccezioni al divieto individuate all'articolo 22, par. 2 del GDPR. E tali sono: la necessità di concludere un contratto (lett. *a*), la previsione autorizzatoria di una norma nazionale o europea (lett. *b*), e – appunto – il consenso espresso (del minore) (lett. *c*).

Ciò implica che il consenso prestato *online* dal minore almeno quattordicenne legittima qualsiasi operatore, ad esempio uno sviluppatore di *app* di giochi, ad utilizzare i dati comportamentali del minore (cioè i dati su come questo utilizza il suo dispositivo) al fine di proporgli nuovi prodotti e/o trattenerlo nella sua piattaforma.

Cionondimeno, il WP appresta qualche cautela al fine di proteggere i minori (quanto meno) dalla pubblicità mirata (*marketing* diretto), sia richiamando il considerando 38 del GDPR²⁸ sia affermando che: “Dato che i minori rappresentano un gruppo più vulnerabile della società, le organizzazioni [*recte*: imprese] dovrebbero, in generale, astenersi dal profilarli per scopi di *marketing*. I minori possono essere particolarmente vulnerabili nell'ambiente *online* e più facilmente influenzabili dalla pubblicità comportamentale. Ad esempio, nei giochi *online*, la profilazione può servire per individuare i giocatori che l'algoritmo ritiene più propensi a spendere soldi, oltre a fornire annunci pubblicitari più personalizzati. L'età e la maturità del minore possono influenzarne la capacità di comprendere la motivazione che sta alla base di tale tipo di *marketing* o le sue conseguenze”.²⁹

Decisamente più restrittive e *tranchant* sono le affermazioni del Comitato

27 Cfr. WP art. 29, “Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679” del 6 febbraio 2018.

28 Ai sensi del quale: “I minori meritano una specifica protezione relativamente ai loro dati personali, in quanto possono essere meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali. Tale specifica protezione dovrebbe, in particolare, riguardare l'utilizzo dei dati personali dei minori a fini di marketing o di creazione di profili di personalità o di utente e la raccolta di dati personali relativi ai minori all'atto dell'utilizzo di servizi forniti direttamente a un minore. Il consenso del titolare della responsabilità genitoriale non dovrebbe essere necessario nel quadro dei servizi di prevenzione o di consulenza forniti direttamente a un minore”.

29 Così WP art. 29, Linee guida, cit. p. 32.



dei ministri del Consiglio d'Europa, che nella Raccomandazione sui "Diritti dei minori nell'ambiente digitale", ritiene che la profilazione dei minori dovrebbe essere vietata per legge.³⁰ E che solo in circostanze eccezionali (giustificate dall'interesse superiore del minore o superiori interessi pubblici) essa possa essere ammessa, purché la legge stabilisca idonee garanzie.

A ben vedere, il consenso esplicito mal si presta a coprire decisioni basate su profilazioni. È difficile immaginare che il soggetto minore d'età comprenda che la sua profilazione dipenda non solo da dati che egli ha fornito direttamente (sempre che ne sia consapevole), ma anche da quelli derivati o desunti da altri dati. Si faccia il caso dei dati del gioco (numero di partite giocate, vinte, perse, nome degli avversari, ecc.), che vengono abbinati con altri non del gioco (dati della geolocalizzazione del telefonino, del microfono, della telecamera, dei messaggi di chat scambiati, ecc.), cui il minore abbia acconsentito, in fase di installazione della *app*, di concedere l'accesso.

Specialmente, pur dopo la scelta operata dal legislatore italiano, rimane aperta la questione della idoneità di una soglia di età uniforme (14 anni) a cogliere il diverso grado di maturità e sviluppo del minore e, dunque, delle sue necessariamente difformi capacità di comprendere le conseguenze della dazione del consenso al trattamento dei propri dati.

Da questo punto di vista il Consiglio d'Europa, nella citata Raccomandazione del 2018, è molto chiaro nell'esortare gli Stati e gli *stakeholder* a riconoscere le capacità evolutive dei minori – inclusi quelli con disabilità o in situazioni di vulnerabilità – e assicurare che le "policies and practices are adopted to respond to their respective needs in relation to the digital environment".³¹ Ciò implica che le politiche regolatorie possano e dunque debbano essere diversificate anche significativamente tra adolescenti e bambini.

La diversificazione delle regole e delle tutele dovrebbe pertanto costituire il principio-guida di ogni intervento a protezione dei minori in ambiente digitale. E ciò sia nella costruzione della soluzione normativa (sul piano sostanziale e dei rimedi esperibili), sia nella definizione in concreto degli strumenti di tipo educativo.

Quanto alle soluzioni normative ritenute più adatte allo scopo, il WP conviene con il dettato del GDPR che quella più appropriata sia l'adozione di

³⁰ Cfr. Committee of Ministers of the Council of Europe, *Guidelines to respect, protect and fulfil the rights of the child in the digital environment* (CM/Rec(2018)7), del 4 luglio 2018, punto 37 (disponibili al sito www.coe.int/en/web/children/the-digital-environment).

³¹ Cfr. Committee of Ministers of the Council of Europe, *op. ult. cit.* punto 2.



“codici di condotta” da parte dell’industria, ovvero sia l’autoregolamentazione. Ai sensi dell’articolo 40, par. 2, lett. g) del GDPR, infatti: “Le associazioni e gli altri organismi rappresentanti le categorie di titolari del trattamento o responsabili del trattamento *possono* elaborare i codici di condotta, modificarli o prorogarli, allo scopo di precisare l’applicazione del presente regolamento ... relativamente a (...) l’informazione fornita e la protezione del minore e le modalità con cui è ottenuto il consenso dei titolari della responsabilità genitoriale sul minore” (corsivo aggiunto).

Come si nota, l’adozione dei codici di condotta è facoltativa e su base volontaria, e inoltre, il riferimento alle modalità di ottenimento del consenso non riguarda direttamente il minore, bensì chi esercita la responsabilità genitoriale. In aggiunta, ai sensi del combinato degli articoli 58, par. 2 e 83, par. 2, lett. j) e 83, par. 4 del GDPR, che apprestano l’apparato sanzionatorio in caso di violazione delle disposizioni dell’art. 8, l’adesione ai codici di condotta rappresenta uno degli “elementi da tenere in considerazione” nel decidere l’ammontare della sanzione amministrativa da infliggere al titolare o responsabile del trattamento. Nel darvi attuazione, l’art. 166 del Codice Privacy prevede che la violazione dell’articolo 2-*quinqüies* comporti l’applicazione di una sanzione amministrativa molto severa (che può giungere fino a 10 milioni di Euro o, per le imprese, fino al 2% del fatturato mondiale totale annuo, nei casi più gravi). Tuttavia, per come è formulata la norma, la quale lascia ampia autonomia alle imprese nel definire in concreto gli *standard* atti a rendere il consenso del minore di anni 14 “significativo”, appare difficile configurarne con certezza la violazione.

Nel 2016 la Commissione europea, allineandosi alle migliori prassi che vogliono le regolazioni pubbliche informate ad evidenze empiriche, anche di tipo cognitivo e comportamentale, ha pubblicato un importante rapporto mirante ad approfondire il comportamento dei minori *online* (nello specifico, tra i 6 e i 12 anni) dal titolo “Study on the impact of marketing through social media, online games and mobile applications on children’s behaviour”.³²

Relativamente alle pratiche regolatorie esistenti a livello europeo, il rapporto evidenzia che, pur nel variegato e stratificato panorama normativo, nella maggior parte degli Stati membri lo schema prevalente è quello del-

³² Cfr. Commissione Europea, Study on the impact of of marketing through social media, online games and mobile applications on children’s behaviour”, 2 marzo 2016 (disponibile su: https://ec.europa.eu/info/publications/study-impact-marketing-through-social-media-online-games-and-mobile-applications-childrens-behaviour_en).



la autoregolamentazione, mentre del tutto minoritarie sono le soluzioni di co-regolamentazione. Il *report* sottolinea altresì che la *self-regulation* non dia sufficienti garanzie di protezione dei minori, in quanto, alla luce delle evidenze empiriche raccolte, non permette al bambino/adolescente una facile identificazione dei contenuti commerciali e dell'intento persuasivo dei relativi messaggi. La proposta dello studio è ricorrere a schemi di co-regolamentazione abbinati ad un maggiore *empowerment* (o capacitazione) dei minori (si noti, non tanto dei genitori), per aumentare la loro abilità di riconoscere l'intento commerciale di una pratica di *marketing* e/o di interrompere il flusso del gioco.

Muovendo lungo queste due direttrici, a parere di chi scrive, l'adozione dei codici di condotta dovrebbe pertanto progredire dal piano della auto a quello della co-regolamentazione, quest'ultima attuata secondo lo schema della c.d. *enforced self-regulation*. In base ad essa, i codici di condotta dovrebbero essere elaborati mediante negoziazioni con i soggetti interessati (ovverosia: l'industria dei media, le piattaforme digitali, l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, le persone di minore età stesse, il Garante per la protezione dei dati personali e l'AGcom in funzione di arbitro terzo).

Gli impegni assunti a tutela dei minori da parte dei titolari e responsabili del trattamento in esito a tale procedimento – trasparente e partecipato – dovrebbero essere resi vincolanti con decisione regolatoria. Poteri sanzionatori dovrebbero essere quindi attribuiti all'autorità di controllo (ad esempio, al giudice, all'AGcom, ovvero al Garante per la protezione dei dati personali o al citato Comitato europeo per la protezione dei dati personali) nel caso di violazione degli impegni volontariamente assunti.

In tale traiettoria si pone in modo molto deciso il Consiglio d'Europa nella Raccomandazione sopra menzionata (si vedano ad esempio i punti 67 e 68,³³

³³ La Raccomandazione ai punti 67 e 68 disciplina i *remedies* che gli ordinamenti nazionali dovrebbero mettere a disposizione dei minori tutte le volte che i loro diritti siano violati in Rete (a titolo di esempio la Raccomandazione menziona: la richiesta di informazioni, la correzione sino alla immediata rimozione del contenuto illecito da internet). Inoltre, vi si prevede che ai minori vengano fornite informazioni sui rimedi disponibili, con uso di un linguaggio da questi comprensibile. Non solo, ma lo stesso rimedio deve essere veloce e “child-friendly” e fornire effettivo ristoro al bambino.



77,³⁴ 100³⁵).

Quanto infine alle misure di *empowerment*, le prescrizioni di cui all'art. 2-*quinquies*, comma 2 del Codice Privacy introducono una serie di obblighi molto significativi in capo al titolare del trattamento dei dati del minore, tesi a “rendere significativo il [suo] consenso”. L'intervento avuto di mira dalla disposizione in parola è uno di *information disclosure*, ossia un obbligo informativo a carico del titolare del trattamento, al quale è rimesso di “redigere le informazioni e comunicazioni relative al trattamento” che riguardano il minore. La norma si segnala per la speciale attenzione che il legislatore presta ai profili cognitivi del minore.

Difatti, riferendosi al tipo di linguaggio da usare (chiaro e semplice, conciso ed esaustivo) e alla modalità di espressione dell'informazione (facilmente accessibile e comprensibile), essa invita il titolare del trattamento ad avvalersi di due tecniche, quelle della semplificazione e della salienza, che si inscrivono nell'*empowerment* cognitivo,³⁶ in quanto mirano ad attivare scelte consapevoli, aiutando a ridurre il problema del sovraccarico informativo (*information overload*) e dell'accumulo informativo.

Nell'ottica di rafforzare questa strategia, si potrebbero promuovere anche tecniche informative mirate, pensate appositamente per i minori, da attivare ad esempio nel caso di contenuti più forti. Da un punto di vista normativo-procedimentale, la scelta su *come* disegnare queste informazioni (o *disclosure*) a beneficio dei minori ci si dovrebbe ancora una volta giovare della raccolta di evidenze empiriche, frutto di studi e ricerche, ove un contributo essenziale potrebbe essere fornito dalle istituzioni indipendenti a ciò specificamente preposte (come l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza).

Una chiara indicazione in tal senso viene anche dal Consiglio d'Europa, che nella già citata Raccomandazione 2018, così si esprime: “States should invest in research and knowledge development, including child and youth participation in the field of the rights of the child in the digital environment. Research should be conducted independently of relevant interests and should

34 Al punto 77 si raccomanda di attribuire alle autorità per la privacy il potere di gestire le richieste e i ricorsi dei minori (o loro rappresentanti) relativi al trattamento illecito dei dati personali, nonché alle richieste di rettifica, cancellazione, ritiro del consenso.

35 Al punto 100 si auspica che le autorità competenti rendano disponibili help-line per i minori con accesso alle autorità pubbliche e agli stakeholder rilevanti al fine di riportare in modo anonimo abusi e violenze che avvengono nel mondo digitale.

36 F. DI PORTO, *La disciplina degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*. ES, 2017.



be sufficiently detailed to differentiate children's experiences by age, sex, socio-economic status and other factors that render children vulnerable or resilient in the digital environment" (Gli Stati dovrebbero investire nella ricerca e nello sviluppo della conoscenza da parte dei minori di età dei propri diritti, specie in ambiente digitale. Tale ricerca dovrebbe essere condotta in maniera indipendente dagli interessi rilevanti, e dovrebbe essere sufficientemente dettagliata da distinguere le esperienze dei minori in base all'età, al sesso, allo status socio-economico ed altri fattori che possono rendere il minore vulnerabile o resiliente quando si trova ad interagire in ambiente digitale)³⁷.

Per favorire una consapevolezza effettiva e non presunta delle conseguenze del consenso digitale tra i minori, la *enforced self-regulation* suggerita più sopra dovrebbe costruirsi secondo uno schema collaborativo, con un preliminare studio e sperimentazione che coinvolga imprese, minori, istituzioni che li rappresentano, Garante per la protezione dei dati e regolatore (in funzione di arbitro). Quindi, sulla base delle risultanze raccolte, individuare gli accorgimenti che risultano maggiormente efficaci a "rendere il consenso del minore significativo" ai sensi di legge. Queste *disclosure*, evidentemente, più di altre avranno *chance* non solo di essere lette dalle diverse tipologie di minori, ma anche di essere da questi comprese e impiegate al fine di avvalersi dei propri diritti e di compiere scelte maggiormente consapevoli *online*. Tali informazioni ed accorgimenti, ovviamente, dovrebbero trovare posto nei codici di condotta co-definiti e quindi resi vincolanti (da parte del regolatore) secondo lo schema già descritto (*enforced self-regulation*).

Un'occasione per muoversi in questa direzione è oggi fornita dalla esigenza di recepire in Italia la direttiva UE 2018/1808³⁸ di modifica della direttiva 2010/13 in materia di media audiovisivi. In base al nuovo art. 28-ter, comma 3 della direttiva 2010/13, ai fornitori di piattaforme per la condivisione di video³⁹ è fatto divieto di trattare "i dati personali dei minori raccolti o

³⁷ Punto 110 della Raccomandazione del Consiglio d'Europa, traduzione dell'A.

³⁸ Cfr. Direttiva UE 2018/1808 del Parlamento Europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato del 14.11.2018. Per un commento cfr. F. DONATI, *La tutela dei minori nella direttiva 2018/1808*, in *MediaLaws*, 2019, p. 60 ss. Il recepimento della direttiva è da farsi entro il

³⁹ Si tratta di una novità di particolare momento: è infatti la prima volta che tali piattaforme digitali, pur non essendo tecnicamente inquadrabili tra i "servizi media audiovisivi", ricadono



altrimenti generati .. a fini commerciali, quali il *marketing* diretto” ma soprattutto a fini di “profilazione e pubblicità mirata sulla base dei comportamenti”. Inoltre, agli Stati membri si richiede di introdurre – vuoi mediante lo schema della autoregolamentazione, vuoi secondo quello della co-regolamentazione⁴⁰ – misure adeguate e proporzionate al fine di tutelare i minori “da programmi, video generati dagli utenti e comunicazioni commerciali audiovisive che possano nuocere al loro sviluppo fisico, mentale o morale”.⁴¹ Ai sensi dell’art. 2, par. 1 della direttiva UE 2018/1808: “Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 19 settembre 2020”.

Ci si augura che il legislatore italiano voglia considerare questa scadenza come l’occasione per soddisfare le esigenze tanto formali quanto sostanziali di tutela del minore *online* ed avventurarsi in sentieri nuovi di legalità, proprio in onore del trentennale della Convenzione di New York che con questo volume si intende celebrare.

nell’ambito di applicazione della direttiva. Il che implica la estensione anche ad esse degli obblighi di comportamento finalizzati alla tutela dei minori, quali ridurre le possibilità di una esposizione a contenuti potenzialmente lesivi.

⁴⁰ Cfr. gli artt. 9, paragrafi 3 e 4, nonché l’art. 28-*ter*, paragrafi 2 e 4, della novellata direttiva 2010/13/UE.

⁴¹ Così il nuovo art. 28-*ter*, par. 1, 2010/13/UE.

IL DIRITTO ALLA FAMIGLIA

MIRZIA BIANCA ¹

Sommario: 1. Esiste un diritto del minore alla famiglia? Lettura complessiva della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. – 2. Il diritto alla propria famiglia. – 3. Il diritto ad una famiglia. – 4. Riflessioni *de iure condendo*.

1. Esiste un diritto del minore alla famiglia? Lettura complessiva della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza

Tra i numerosi diritti fondamentali riconosciuti al soggetto di minore età dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (di seguito anche “Convenzione” o “CRC”) non compare esplicitamente il *diritto alla famiglia*, in nessuna delle sue possibili declinazioni, né come diritto del minore ad avere una famiglia, né come diritto del minore a crescere nella propria famiglia, come previsto in alcune fonti normative italiane.² La mancanza di una esplicita previsione di tale diritto significa che non esiste un diritto del minore di età alla famiglia? E l'eventuale affermazione del riconoscimento di un diritto alla famiglia quali corollari giuridici e pratici comporta? Le pagine che seguono sono dedicate a fugare ogni dubbio in ordine alla esistenza di un diritto del minore di età alla famiglia, sia alla luce della lettura complessiva delle disposizioni della Convenzione³ che alla luce delle fonti normative e giurisprudenziali del

¹ Professore ordinario di istituzioni di diritto privato, Università di Roma “La Sapienza” e Direttore del Centro interdipartimentale dell'Università “La Sapienza”. The best interest of the child Center (mirzia.bianca@uniroma1.it).

² V. al riguardo il par. 2 del testo.

³ Sul ruolo e la portata della Convenzione anche in rapporto con altre convenzioni, si rinvia in questo volume ai contributi di F. POCAR.



complesso ordinamento italiano ed europeo.⁴ Una volta accertata l'esistenza di un diritto alla famiglia, nonostante la mancanza di esplicita previsione, occorre chiedersi quale sia la famiglia cui il minore ha diritto.⁵ Ha diritto alla sua famiglia di origine o ha diritto a qualsiasi famiglia, indipendentemente dalla prevalenza dei legami di sangue? Tale quesito acquista una rilevanza particolare nell'attuale ordinamento caratterizzato dalla complessità dei modelli familiari, conducendo a riflessioni *de iure condendo* in ordine ad una riforma delle adozioni.

Quanto all'esistenza di un diritto alla famiglia, come si è detto, essa è desunta dall'analisi complessiva dell'ordinamento italiano ed europeo.

Con riferimento alla Convenzione, la lettura complessiva delle disposizioni chiarisce che non solo il legame tra minore e famiglia è fondamentale, ma che il diritto del minore di età alla famiglia rappresenta il presupposto per l'attribuzione di altri diritti fondamentali e comunque diritto da considerarsi primario in una valutazione assiologica che pone il superiore interesse del minore quale fondamento e obiettivo della Convenzione. Già nel suo preambolo, tra le considerazioni di carattere generale espresse talvolta in termini di veri e propri "considerando", altre volte in termini di specifiche "convinzioni", il legame tra il minore di età e la famiglia viene posto tra le premesse indiscusse⁶ e quale strumento indispensabile per il benessere del minore e per i suoi *best interests*, formula che viene ribadita all'art. 3.⁷ Come già accennato, pur non essendovi un esplicito riferimento al diritto del minore alla famiglia, si può evincere in ogni caso dalle riflessioni che seguono l'esistenza del *diritto alla famiglia di origine e di un diritto ad una famiglia*. Quanto al diritto del minore *alla famiglia di origine*, esso è implicitamente affermato dall'art. 7, par. 1, della Convenzione che prevede il diritto del minore *di essere allevato dai propri genitori*. L'art. 8, par. 1, nel

4 Si vedano i paragrafi 2 e 3 del testo.

5 Si vedano i paragrafi 3 e 4 del testo.

6 V. la formula utilizzata nel preambolo della Convenzione in cui si evidenzia il necessario legame che sussiste tra il minore di età e la famiglia: "[c]onvinti che la famiglia, in quanto gruppo fondamentale della società e ambiente naturale per la crescita e il benessere di tutti i suoi membri e in particolare delle persone di minore età, dovrebbe ricevere la protezione e l'assistenza necessarie affinché possa assumersi pienamente le sue responsabilità all'interno della comunità".

7 Sulla considerazione dei *best interests of the child* anche con riferimento al diritto del minore a crescere nella propria famiglia, v. J. LONG, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, numero speciale della Rivista *Questione giustizia* dedicata alla Corte di Strasburgo, aprile 2019, 413 e ss.



riconoscere il diritto alla identità del soggetto minore, include anche il *diritto alle relazioni familiari*, che in questo contesto compongono un pezzo della sua identità. L'art. 9, par. 1 impone agli Stati di assicurare “che la persona di minore *non sia separata dai suoi genitori contro la loro volontà*, salvo che le autorità competenti soggette al controllo giurisdizionale stabiliscano, in conformità con la legge e le procedure applicabili, che tale separazione è necessaria nell'interesse superiore della persona di minore età”.⁸ Il diritto del minore alla propria famiglia deve essere attuato anche in caso in cui i genitori risiedano in Stati diversi, garantendo il diritto al ricongiungimento familiare (art. 10). Il superiore interesse del minore che giustifica la recisione dei legami con la famiglia di origine va valutato con grande rigore e l'allontanamento dovrebbe essere una misura eccezionale nelle sole ipotesi in cui la famiglia di origine non riesca a garantire al figlio i presupposti affettivi e relazionali per una crescita serena. Solo in questi casi può ammettersi un allontanamento che sia funzionale ai *best interests* del figlio. L'art. 18 stabilisce che i genitori hanno la responsabilità comune di educare i figli e provvedere al loro sviluppo; gli Stati hanno l'onere di favorire e sostenere la responsabilità genitoriale, rafforzando le competenze delle persone che ne sono titolari attraverso interventi di sostegno alla genitorialità fragile che permettano alle famiglie di esercitare autonomamente la responsabilità educativa che è loro attribuita. Sul versante del sostentamento materiale poi, in forza dell'art. 27 della Convenzione, spetta ai genitori la responsabilità di assicurare le condizioni di vita necessarie allo sviluppo dei bambini e dei ragazzi.

Qualora non sia possibile garantire il *diritto del minore alla propria famiglia di origine*,⁹ in ogni caso deve essergli garantito il *diritto ad una famiglia*.¹⁰ Gli articoli 20 e 21 riconoscono questo diritto fondamentale prevedendo che il minore che è temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare ha diritto ad una *misura di protezione sostitutiva*, come la sistemazione in una famiglia, la *kafala* di diritto islamico, l'adozione e, solo in caso di necessità, il collocamento presso un adeguato

⁸ Si rinvia al riguardo alle Raccomandazioni dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza aventi ad oggetto il sistema della tutela minorile, in cui, partendo dal presupposto della assoluta importanza dei legami familiari e della tutela accordata dalla Convenzione, si rileva “la responsabilità che l'ordinamento si assume nel momento in cui valuta di doverli limitare o recidere, nel superiore interesse del minore” (p. 6).

⁹ V. par. 2 del testo.

¹⁰ V. par. 3 del testo.



istituto per l'infanzia (art. 20). La procedura di adozione è un procedimento che deve controllare adeguatamente le ragioni dello stato di abbandono e che deve essere effettuata “in considerazione dello *status* della persona di minore età *nei confronti dei genitori*” (art. 21). L'insieme di queste ultime disposizioni evidenzia che dalla lettura complessiva della Convenzione si evince l'esistenza di un diritto alla famiglia che viene ad essere concretizzato prima come *diritto alla propria famiglia di origine* e in mancanza di questa, come *diritto ad una famiglia*, attraverso istituti alternativi che possano garantire al minore un nucleo familiare affettivo di riferimento. Tra le raccomandazioni all'Italia nel 2019 del Comitato ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza si afferma l'esigenza della predisposizione di un'accurata procedura di monitoraggio delle ragioni della deprivazione di un minore della propria famiglia di origine, nonché l'apprestamento di misure volte a contrastare l'istituzionalizzazione dei bambini, ossia il loro collocamento presso istituti.¹¹ L'importanza della famiglia per il minore è affermata anche nelle Linee Guida sull'accoglienza etero-familiare elaborate dall'Onu nel 2009. Tra queste particolare importanza deve essere attribuita all'art. 14 che prevede che “l'allontanamento di un bambino dalla cura della sua famiglia deve essere considerata come l'ultima spiaggia, e deve essere, dove sia possibile, considerata come temporanea e per il periodo più breve possibile”.

Dall'analisi della Convenzione si evince che il diritto alla famiglia, anche se non ricompreso tra i diritti enunciati esplicitamente, è il presupposto degli altri diritti. La lettura complessiva della Convenzione, inoltre, fa emergere il contenuto di tale diritto. Il diritto alla famiglia si compone di due distinti diritti che si caratterizzano per un preciso ordine di prevalenza: 1) il diritto alla *propria* famiglia o diritto alla famiglia di origine che assume una

¹¹ V. le Osservazioni conclusive del Comitato ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza 2019 al quinto e sesto rapporto periodico dell'Italia nel corso della 80° Sessione (14 gennaio/1° febbraio 2019). In particolare l'art. 24 lett. c) relativo alla Sessione F: Ambiente familiare e misure alternative di accoglienza: “Persistere nel rivedere le proprie politiche sulle misure alternative di accoglienza per i minorenni privi di un ambiente familiare per diminuire l'affidamento alle organizzazioni della società civile, comprese le organizzazioni religiose, con il fine ultimo di sviluppare un sistema basato sui diritti dei minorenni, più integrato e responsabile che integri le misure tradizionali di accoglienza fornite dalla famiglia allargata con una maggiore attenzione al superiore interesse del minorenne”.



valenza prioritaria;¹² 2) il diritto *ad una famiglia*,¹³ che è il diritto di avere comunque un nucleo familiare affettivo di riferimento in caso di mancanza o di impossibilità della famiglia di origine e che sorge dalle ceneri del diritto a crescere nella propria famiglia. La famiglia per il minore non è infatti un'opzione ma un bene necessario ed essenziale per la sua vita affettiva e per una crescita equilibrata e serena.¹⁴ La nostra Corte di cassazione ha sempre considerato la famiglia come “l'ambiente più idoneo all'armonico sviluppo psico-fisico del soggetto minore di età”.¹⁵ Come è stato autorevolmente affermato più volte da parte della dottrina, la famiglia rappresenta per il minore l'acqua vitale per la sua crescita, come avviene per una pianta che senza l'acqua non può crescere. Queste riflessioni, ove accolte, determinano importanti corollari per riflessioni sulla riforma del sistema delle adozioni.¹⁶

L'esistenza di un diritto alla famiglia, nelle due accezioni di un diritto prioritario alla propria famiglia¹⁷ e di un diritto secondario ad avere comunque una famiglia, evidenzia l'impossibilità per lo Stato di lasciare il minore privo di una famiglia. Lo stato di orfano deve essere uno stato temporaneo ed eccezionale. In questo senso la collocazione presso istituti o presso case famiglia, non solo deve essere eccezionale, ma deve essere una tappa che porti all'attribuzione al minore di una famiglia. Il riconoscimento formale del diritto alla famiglia quale specifica situazione soggettiva importa che la violazione da parte di terzi di tale diritto determini l'obbligo del risarcimento del danno. Al riguardo deve ritenersi che chiunque, sulla base di presunte ragioni economiche o di *status* sociale, strappi un figlio alla propria madre o al proprio padre, adducendo ragioni di migliore collocazione e di migliore crescita del minore, dovrà rispondere in sede civile e risarcire il danno da deprivazione affettiva e genitoriale. Tale danno viene patito, non solo dal

¹² V. il par. 2 del testo.

¹³ V. il par. 3 del testo.

¹⁴ Significativamente, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile 2.1.*, 6° ed., Milano, 2017, 369: “Il diritto di crescere in famiglia è un diritto fondamentale del figlio in quanto la famiglia è un bene essenziale per la sua vita affettiva e per la sua armoniosa formazione”; ID., *Una nuova pagina della Cassazione sul diritto fondamentale del minore di crescere nella sua famiglia*, Nota a Cass. S.U. 30 giugno 2016, n. 13435, in *Foro italiano* I, 3171 e ss.

¹⁵ V. Cass. 14 gennaio 2019, n. 652; Cass. 27 marzo 2018, n. 7559; Cass. 25 gennaio 2017, n. 1932, in cui significativamente si afferma che “per un genitore e suo figlio stare insieme rappresenta un elemento fondamentale della vita familiare”.

¹⁶ V. il par. 4 del testo.

¹⁷ Sulla qualificazione quale diritto *prioritario*, v. da tempo e costantemente la giurisprudenza di legittimità.



genitore che è privato del legame con il proprio figlio, ma anche dal figlio che in tenera età viene privato del legame più importante con una delle due figure genitoriali.

2. Il diritto alla propria famiglia

Il diritto alla famiglia, da intendersi sia come *diritto di crescere nella propria famiglia* che come *diritto ad una famiglia* è espressamente riconosciuto anche nell'ordinamento italiano, sia da fonti normative che dalla giurisprudenza. Tale diritto è inoltre riconosciuto nelle carte internazionali (art. 8 CEDU e art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)¹⁸ anche diverse dalla CRC¹⁹ e prevalentemente dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.²⁰ Anche nel nostro ordinamento il diritto alla propria famiglia è stato esplicitamente riconosciuto come *diritto a crescere in famiglia*. Il riferimento alla *crescita* evidenzia la dimensione evolutiva del diritto e il fatto che sia riservato alla persona di minore età. Tale diritto rappresenta una componente essenziale del diritto all'identità del minore. L'appartenenza ad un nucleo familiare è parte della sua identità.

Il diritto di crescere in famiglia viene espressamente previsto dall'art. 1¹ della legge sulle adozioni del 1983 così come modificata dalla legge 28 marzo 2001, n. 148. In questa disposizione si fa riferimento al “diritto del minore a crescere e ad essere educato nell'ambito della *propria* famiglia”. La rubrica della legge, sempre a seguito della modifica del 2001, è intitolata *Diritto del minore ad una famiglia*. Nelle due citate disposizioni sono contenute le due accezioni del diritto alla famiglia, ovvero il diritto alla *propria famiglia* e il diritto *ad una famiglia*. Con la riforma della filiazione e con la codificazione di uno statuto dei diritti del figlio (art. 315-*bis* cod. civ.), tale diritto viene solennemente riconosciuto ed incluso tra i diritti fondamentali

¹⁸ E. BATTELLI, *L'adozione mite come diritto del minore: tra opportunità e identità*, in via di pubblicazione nel volume da me curato: *The best interest of the child*.

¹⁹ V. art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che riconosce che “il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse”. Un riconoscimento implicito del diritto alla famiglia è presente anche nell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dedicato alla vita familiare.

²⁰ V. al riguardo la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 gennaio 2014, ric. n. 3373/11, *Zhou c. Italia*, in *Nuova giurisprudenza civile* 2015, II, 155.



del figlio.²¹ In quella sede si parla di *diritto di crescere in famiglia*. Il legame tra il soggetto di minore età e i propri genitori è già contenuto nel dettato costituzionale (art. 30 Cost.) che, prevedendo al primo comma che “è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio”, contiene già il riconoscimento del diritto a crescere nella propria famiglia.²² Analogo riferimento è contenuto nell’art. 147 del codice civile. Deve tuttavia essere sottolineato che tali diritti, e in particolare il diritto al mantenimento, spettano al figlio anche se maggiorenne. Invece il diritto alla propria famiglia, come si è detto, è un diritto che è proprio del soggetto di minore età e, come tale, tale diritto si collega sistematicamente al diritto di intrattenere relazioni affettive con i parenti, che si atteggia come specificazione del diritto alla propria famiglia.²³ Entrambi questi diritti riguardano esclusivamente il soggetto di minore età perché è in questa fase della vita che la persona ha particolare bisogno della famiglia e delle relazioni affettive.²⁴ La qualificazione quale specifico diritto della persona significa che esso è esperibile nei confronti di tutti i terzi, pubblici e privati. Nei confronti dello Stato il diritto si concreta nella pretesa a non subire provvedimenti di adozione, affidamento e allontanamento fuori dei casi previsti dalla legge.²⁵ Analogamente a quanto espressamente previsto nella Convenzione, tali provvedimenti devono avere una portata eccezionale e come afferma da tempo la nostra giurisprudenza di legittimità, devono essere *l’extrema ratio*²⁶ o “ultima spiaggia”²⁷ che viene applicata quando non è andato a buon fine

21 V. P. SIRENA, *Il diritto del figlio minore di crescere in famiglia*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. Bianca, Padova, 2015, 120, il quale rileva che la riaffermazione di tale diritto nell’art. 315-bis del codice civile “gli ha attribuito una centralità e una generalità di cui era in precedenza privo”.

22 Per queste osservazioni, si rinvia a E. QUADRI, “Una riflessione su l’interesse del minore e il suo diritto a crescere in famiglia”, in via di pubblicazione nel volume da me curato: *The best interest of the child*.

23 V. P. SIRENA, *op. ult cit.*, 125. Sul carattere speculare dei due diritti, v. Cass. 25 luglio 2018, n. 19780

24 V. P. SIRENA, *op. ult cit.*, 123, il quale sottolinea che entrambi questi diritti si svuotano di contenuto con il raggiungimento della maggiore età, essendo sostituiti dalla capacità di auto-determinazione che il figlio ha ormai conseguito.

25 Così C.M. BIANCA, *op. ult cit.*, 370.

26 Sulla adozione quale *extrema ratio*, v. Cass. 27 marzo 2018, n. 7559; Cass. 27 settembre 2017, n. 22589; Cass. 17 maggio 2017, n. 12393; Cass. 13 gennaio 2017, n. 782; Cass. 30 giugno 2016, n. 13435 reperibili sul sito della Banca dati Giuffrè DE JURE.

27 Come affermato nelle citate Linee Guida sull’accoglienza etero-familiare.



nessun tentativo di recuperare il rapporto con la famiglia di origine e quando è stato accertato un “endemico e radicale stato di abbandono”.²⁸ Ciò perché il diritto di crescere nella propria famiglia assume, come si è detto, una valenza prioritaria rispetto al diritto di avere una famiglia, che svolge una posizione recessiva e suppletiva e l'unico limite a tale diritto è il superiore interesse del soggetto minore di età. La caratterizzazione prioritaria di questo diritto fondamentale ha portato la nostra giurisprudenza, ed anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ad una valutazione rigorosa dei requisiti di adottabilità.²⁹ Così, per esempio, si è ritenuto che anche lo stato di detenzione di un genitore non determina automaticamente la pronuncia di decadenza dalla responsabilità genitoriale.³⁰ L'interpretazione e l'applicazione di tale diritto non sempre è facile e talvolta ha condotto ad un tormentato *iter* giudiziario.³¹ Il riconoscimento del diritto a crescere nella propria famiglia ha consentito una valutazione anche del contenuto dell'impegno dei servizi sociali che non deve ritenersi limitato a valutare le insufficienze del nucleo familiare ma deve concorrere a porre in essere interventi di sostegno atti al recupero di tali insufficienze.³² Nell'ottica di privilegiare comunque la famiglia di origine, tale diritto si atteggia anche come diritto di solidarietà che reclama l'intervento dello Stato per rimuovere le difficoltà economiche che siano di ostacolo al suo esercizio.³³ In maniera significativa le citate Linee Guida sull'accoglienza etero-familiare prevedono all'art. 15 che “la povertà economica e materiale, o condizioni direttamente imputabili a tale povertà, non dovrebbero mai costituire l'unica giustificazione per l'allontanamento di un bambino dalla sua famiglia, allo scopo di permettere al bambino di ricevere accoglienza alternativa, ma devono essere viste come un segnale della necessità di fornire sostegno adeguato alla famiglia”.

²⁸ V. così Cass. 25 gennaio 2017, n. 1932.

²⁹ V. Cass. 23 ottobre 2018, n. 26879; Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *SH. c. Italia*, in *Nuova giurisprudenza civile* 2016, 583.

³⁰ Trib. Caltanissetta, 15 gennaio 2019

³¹ È stata questa la complessa vicenda della bambina tolta ai suoi genitori perché lasciata in macchina per soli cinque minuti. Cass. 30 giugno 2016, n. 13435, con la quale è stata revocata la precedente decisione di adottabilità con nota di C. M. BIANCA, *Una nuova pagina della Cassazione sul diritto fondamentale del minore di crescere nella sua famiglia*, in *Foro it* 2017, 3 ess. Cass. 14 febbraio 2018, n. 3594 che ha confermato lo stato di adottabilità, con nota critica di C.M. BIANCA, *Quando possiamo togliere legittimamente un bambino alla sua famiglia?* *Ivi*, 15 e ss.

³² Cass. 9 giugno 2017, n. 14436.

³³ V. C.M. BIANCA, *op. ult cit.*, 370.



Per la verità la legge sulle adozioni prevede all'art. 1, 2 co. che “le condizioni di indigenza dei genitori o del genitore esercente la responsabilità genitoriale non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia” e il terzo comma del medesimo articolo prevede che lo Stato, le Regioni e gli enti locali, nell'ambito delle risorse finanziarie disponibili, hanno l'obbligo di sostenere i nuclei familiari a rischio. Tuttavia quest'ultima disposizione è ancora in attesa di attuazione,³⁴ mentre le misure di sostegno si limitano a proporre il ricovero dei figli dei nuclei familiari in crisi presso comunità assistenziali.³⁵ La riforma della filiazione ha però cercato di risolvere in parte questo problema introducendo un nuovo articolo nella legge sulle adozioni (art. 79 *bis*) che prevede l'obbligo per il giudice di segnalare al Comune “le situazioni di indigenza di nuclei familiari che richiedono interventi di sostegno per consentire al minore di essere educato nella propria famiglia”.³⁶ Si tratta di una disposizione importante, diretta ad avere un forte impatto perché consentirà di creare un canale di collegamento tra tribunali ed enti locali, consentendo di aprire un'istruttoria per risolvere il problema dei nuclei familiari in crisi.³⁷ Nell'ipotesi in cui l'ente locale non fosse in grado di intervenire, la segnalazione servirà ad evidenziare che una famiglia non ha ricevuto l'aiuto economico che le era dovuto. Il problema della precarietà economica ed esistenziale della famiglia di origine e della impossibilità che essa sia di per sé sufficiente a mettere il minore in stato di abbandono è stato affrontato anche da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo nel noto caso *Zhou c. Italia*.³⁸ Si trattava di una donna che svolgeva un lavoro precario come infermiera e non era in grado di accudire il figlio durante il giorno. La Corte ha rilevato la violazione dell'art. 8 della CEDU sul diritto alla vita familiare in quanto non erano state prese

34 V. al riguardo la denuncia di tale problema che viene sollevata da parte della dottrina da tanto tempo C.M. BIANCA, *op. ult cit.*, 463 che cita in nota l'unico esempio virtuoso della Regione Lombardia.

35 Il problema è sottolineato anche da E. QUADRI, *op ult cit.*, il quale tuttavia cita in nota Cass. 22 agosto 2018, n. 20954, che cassa una sentenza di adottabilità anche per non aver attribuito idonea rilevanza alla “mancata assistenza prestata alla madre per aiutarla al recupero della genitorialità”.

36 C.M. BIANCA, *op. ult cit.*, 464; per un commento specifico della disposizione v. C. INGENITO, in M. BIANCA (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014, 284 e ss.

37 C.M. BIANCA, *op. ult cit.*, 464.

38 Citata alla nota 18 del testo.



“misure concrete per permettere al bambino di vivere con la madre” prima di dichiararlo in stato di adottabilità. In generale la Corte europea dei diritti dell'uomo, già in altre decisioni, ha affermato il diritto del minore alla propria famiglia e la violazione dell'art. 8 della CEDU ogni qual volta siano presi provvedimenti che violano tale diritto.³⁹ Appaiono a tal fine molto importanti le Raccomandazioni dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza aventi ad oggetto la tutela minorile che segnalano alle Regioni e ai Comuni la necessità di “assicurare una tempestiva e continuativa presa in carico delle famiglie in difficoltà” per garantire anche “un costante monitoraggio del minorenni fuori famiglia”.⁴⁰

Al di fuori della materia dell'adozione, il *diritto del minore alla propria famiglia* impegna inoltre lo Stato a ridurre al minimo le situazioni di allontanamento del minore dalla propria famiglia, anche se l'allontanamento è motivato da ragioni di ordine pubblico. Questo è il tema del difficile contemperamento tra le istanze degli Stati volte a limitare ed arginare i flussi migratori e l'interesse superiore del minore a continuare a vivere con la propria famiglia. Proprio per tutelare tale diritto, l'art. 31, co. 3 del T.U. sull'immigrazione attribuisce al tribunale per i minorenni il potere di autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare straniero per un determinato periodo di tempo. Non potendo in questa sede dedicare apposito spazio a questo delicato tema, deve rilevarsi che il superiore interesse del minore è esso stesso principio di ordine pubblico e come tale deve essere contemperato con le esigenze di sicurezza e di ordine pubblico che riguardano ogni Stato.⁴¹ Ciò significa che l'allontanamento forzato e non motivato di un figlio dalla propria famiglia rappresenta un atto illegittimo posto in essere da parte dello Stato, a meno che non sia strettamente necessario per tutelare la sicurezza nazionale e l'incolumità della vita di altre persone. Ma anche

³⁹ Oltre al citato caso *Zhou c. Italia*, v. anche il caso *Saviny c. Ucraina*, decisione del 18 dicembre 2008, in cui si è affermata la violazione dell'art. 8 della CEDU in caso di disposizione di adozione di un minore di una coppia con scarsi mezzi economici e carenze culturali.

⁴⁰ AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA, *Il sistema della tutela minorile. Raccomandazioni dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza*, 2019, reperibile all'indirizzo www.garanteinfanzia.org.

⁴¹ V. al riguardo l'impegno istituzionale profuso dall'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza nel caso *Sea Watch 3* con l'affermazione del principio di non respingimento e della necessaria accoglienza dei minori, v. nota prot. n. 224 del 28 gennaio 2019. In giurisprudenza, v. Cass. 4 giugno 2018, n. 14238, nella quale, anche nel caso di giudizio avente ad oggetto l'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare di minore straniero ex art. 31, comma 3, del d. lgs. n. 286 del 1998, si richiede un attento bilanciamento tra le ragioni



in questo caso è opportuno un adeguato bilanciamento degli interessi. Tale diritto deve ritenersi violato anche quando lo Stato impedisca al genitore straniero di ricongiungersi con il figlio residente nel territorio italiano.⁴² Al riguardo la dottrina ha segnalato un importante provvedimento della sezione minorile della Corte di appello di Bari che ha autorizzato la permanenza in Italia di un soggetto espulso dal territorio italiano in quanto privo del permesso di soggiorno, proprio al fine di evitare al figlio il trauma “di dover separare la propria vita da quella del padre”.⁴³ Certamente la delicatezza del tema imporrebbe che siano stabilite regole certe per risolvere situazioni che, purtroppo, troppo spesso sono lasciate alla scelta politica del momento.

3. Il diritto ad una famiglia

Come si è detto, quando la permanenza nella famiglia di origine si rivela contraria all'interesse del minore e sia accertato lo stato di abbandono materiale e morale o comunque l'impossibilità della famiglia di origine di ottemperare ai propri compiti, emerge *il diritto del minore di avere una famiglia*, quale diritto a “ricevere in un nuovo nucleo familiare l'assistenza materiale e soprattutto l'affetto di cui egli ha essenziale bisogno per la sua crescita armoniosa”.⁴⁴ La modifica del 2001 della legge italiana sulle adozioni, come detto, ha simbolicamente cambiato la rubrica della legge in “*Diritto del minore ad una famiglia*”, modifica che evidenzia l'esigenza del minore abbandonato dalla propria famiglia di origine di averne comunque una e di essere accolto come figlio, evitando per quanto possibile di essere collocato in una struttura assistenziale.⁴⁵ La famiglia cui il soggetto minore ha diritto, in alternativa alla sua famiglia di origine che manca o risulta connotata da forti criticità è un *nucleo affettivo di riferimento* da considerarsi essenziale per la sua crescita armoniosa.⁴⁶ Un nucleo familiare, se pure diverso rispetto

42 Per queste riflessioni si rinvia a C.M. BIANCA, *op. ult cit.*, 370.

43 C.M. BIANCA, *op ult cit.*, 370, nota 50.

44 C.M. BIANCA, *op ult cit.*, 370. Istruttiva e commovente l'esperienza del Tribunale dei Minorenni di Roma raccontata da M. CAVALLO, nel suo bel libro: *Si fa presto a dire famiglia*, Roma-Bari, 2016.

45 V. C.M. BIANCA, *Diritto civile 2.1.*, *op ult cit.*, 369, nota 47.

46 In modo significativo C.M. BIANCA, rileva che il minore “ha diritto ad una famiglia perché solo una famiglia può dargli quell'amore di cui ha fundamentalmente bisogno”, Audizione alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 23 maggio 2016.



alla famiglia di origine, è la soluzione che l'ordinamento deve privilegiare rispetto alla istituzionalizzazione del minore, soluzione che, per quanto possibile, deve essere evitata e ridotta ad ipotesi sporadiche ed eccezionali. Il diritto del minore ad una famiglia, come diritto fondamentale del minore a non crescere in istituto presenta una matrice eminentemente *affettiva* che riempie e qualifica la *famiglia di cui il minore ha diritto*. La rilevanza affettiva di tale diritto ha consentito di superare il rigido schematismo della distinzione tra adozione piena e legittimante e affidamento, evidenziando un'evoluzione di questi strumenti alternativi rispetto alla famiglia di origine, che sempre di più sono diretti a privilegiare i legami affettivi. Ciò è avvenuto attraverso una progressiva erosione da parte della giurisprudenza del modello dell'adozione piena che è stata via via affiancata da modelli spuri, come la *stepchild adoption*⁴⁷ e l'adozione *mite*, entrambe modellate sull'ampliamento dell'adozione in casi particolari. L'adozione *mite*, chiamata tale per contrapporla all'adozione *forte* del modello tradizionale è un modello di adozione di creazione giurisprudenziale che si caratterizza per lo stato di semiabbandono permanente del soggetto minore,⁴⁸ tale da non consentire l'adozione piena. Al di là delle critiche che sono state mosse a tale figura,⁴⁹ risultante da un'interpretazione discutibile dell'art. 44, lett. d) della l. adozioni volta a considerare presupposto di applicazione della norma l'impossibilità *giuridica di affidamento preadottivo*, è sicuro che tale modello di adozione è diretto a trovare un compromesso tra l'esigenza di valorizzare il legame affettivo che il minore instaura con soggetti diversi dai genitori che se ne prendono cura, e l'esigenza di non tagliare fuori la famiglia di origine. L'importanza di tale modello è stata sottolineata anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel citato caso *Zhou c. Italia*, che, nella sua drammaticità, ha posto in termini generali il problema di superare l'esclusività del modello dell'adozione piena e legittimante. La rilevanza della componente affettiva del diritto ad una famiglia ha inoltre consentito di allargare le maglie dell'affidamento che, pensato quale strumento di carattere temporaneo, ha mostrato la sua fondamentale importanza per supplire alla

47 Il termine indica letteralmente adozione del figlio o del figliastro. Nel diritto giurisprudenziale italiano con tale termine si è intesa l'adozione in casi particolari ex art. 44 lett. d) l. adoz. del figlio del partner.

48 V. E. BATTELLI, *L'adozione mite come diritto del minore: tra opportunità e identità*, cit.

49 Per una compiuta sintesi delle critiche che sono state mosse a questa figura, si rinvia a E. BATTELLI, *L'adozione mite come diritto del minore: tra opportunità e identità*, cit.



protratta impossibilità della famiglia di origine. In termini generali si è capita l'importanza strategica dei soggetti affidatari nell'assicurare al minore in difficoltà un focolare domestico, in alternativa alla permanenza in istituti. L'importanza della conservazione dei legami affettivi degli affidatari è stata confermata nel nostro ordinamento dalla legge sulla continuità affettiva (l. 19 ottobre 2015, n. 173).⁵⁰ Tale legge non solo consente di convertire affidamenti protratti nel tempo in adozione, proprio al fine di garantire la continuità affettiva del minore, ma ha assunto una importanza strategica per il nostro ordinamento perché ha sancito in modo certo e sicuro il diritto del minore ad una famiglia, intesa come *famiglia degli affetti*.⁵¹ L'importanza di questa legge è emersa nelle citate Osservazioni conclusive del 2019 del Comitato ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.⁵² In particolare l'art. 24, alla lettera *d*) evidenzia la necessità di ampliare l'istituto dell'affidamento al fine di evitare l'istituzionalizzazione. La lettera *e*) del medesimo articolo prevede l'istituzione di “un registro nazionale dei minorenni privi di un ambiente familiare, basato su criteri uniformi e chiari su tutto il territorio dello Stato parte”.⁵³ Occorre tuttavia sottolineare l'importanza di monitorare l'applicazione di questa legge sia al fine di evitare strumentalizzazioni sia al fine di evitare che essa possa condurre ad un disincentivo dell'istituto dell'affidamento.⁵⁴ La rilevanza della componente affettiva in altri ordinamenti vicini al nostro si è tradotta nella predisposizione di modelli fluidi che consentono la conservazione dei legami affettivi del minore, a prescindere dalla considerazione del problema della genitorialità.⁵⁵ In questo

50 Di grande importanza il documento dell'AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA, *La continuità degli affetti nell'affido familiare*, Roma, 2017.

51 Sulla famiglia degli affetti, v. il bel volume di F. ROMEO (a cura di), *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Torino, 2014. Dello stesso A., *Genitori e figli nel quadro del pluralismo familiare*, Napoli, 2018.

52 Citate alla nota 9 del testo.

53 Significative sono al riguardo le citate Raccomandazioni dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza in ordine alla necessità di creare banche dati dei minorenni privi di un ambiente familiare, banche dati degli affidatari, nonché banche dati delle strutture di accoglienza.

54 Per queste importanti riflessioni si rinvia al testo dell'audizione dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza contenuto nel Documento conclusivo del 7 marzo 2017 dell'Indagine conoscitiva sullo stato di attuazione delle disposizioni legislative in materia di adozioni e di affido della Commissione Giustizia della Camera. In questo senso v. le già citate Raccomandazioni dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza.

55 Per questi riferimenti si rinvia al bel saggio di E. QUADRI, *op. ult cit.*



senso, significativo nel sistema americano è il modello della c.d. *adozione aperta*, che consente la conservazione dei legami affettivi del soggetto adottato con la famiglia di origine. Allo stesso modo ugualmente significativo è il modello spagnolo dell'affidamento permanente.⁵⁶

In conclusione può confermarsi che *il diritto ad una famiglia*, come già detto, è un diritto fondamentale del soggetto di minore età che deve essere inteso quale *diritto del minore ad una famiglia degli affetti*, diritto che può essere garantito sia attraverso l'adozione piena e legittimante sia attraverso l'istituto dell'affidamento familiare, entrambi istituti diretti a supplire alla mancanza o alla difficoltà della famiglia di origine. Si tratta di istituti che non sono necessariamente diretti a sostituire la famiglia di origine ma ad accompagnare affettivamente il minore nella sua crescita. La rilevanza della *famiglia degli affetti* deve essere opportunamente distinta rispetto alla moltiplicazione delle figure genitoriali. Non si tratta di attribuire a tutti il ruolo e la responsabilità genitoriale, né di operare scelte in ordine al modello ideale genitoriale. Il minore, nella condizione da ritenersi ideale, ha due genitori. In questo caso si tratta di attribuire rilevanza a figure affettive che tolgono il minore dagli istituti offrendo quell'affetto che è la linfa vitale per la sua crescita.

4. Riflessioni *de iure condendo*

L'esistenza di un diritto fondamentale del minore alla famiglia, sia come diritto prioritario alla propria famiglia che come diritto secondario di avere comunque un nucleo affettivo di riferimento, importa delle riflessioni conclusive *de iure condendo*. L'obiettivo che il nostro ordinamento deve ritenere prioritario al fine di consentire la piena applicazione di questo diritto della persona di minore età è quello di assicurare che il minore abbia in ogni caso una famiglia. Quando la famiglia già esiste, l'ordinamento deve attivare tutte le misure per conservarla, aiutando le famiglie in difficoltà economica per evitare che la sola povertà diventi un requisito per la dichiarazione dello stato di adottabilità. In questa prospettiva la giurisprudenza deve controllare con grande rigore i requisiti per la dichiarazione dello stato di abbandono.

⁵⁶ Per questi riferimenti comparatistici, v. E. QUADRI, *op ult cit.*



Occorre poi enfatizzare il ruolo dell'affidamento. Gli affidatari sono la salvezza per un minore di età in quanto sono il focolare affettivo che gli manca. Occorre fare un registro nazionale dei minori privi di una famiglia, al fine di intervenire prontamente con strumenti efficaci che coprano l'intero territorio.⁵⁷ Quando la famiglia di origine presenta delle gravi difficoltà o si trova nell'impossibilità di garantire al minore quella stabilità familiare e affettiva di cui ha bisogno, occorre comunque garantire al minore una famiglia. Tuttavia l'impianto normativo dell'adozione, con la legge n. 183 del 1984, se pure solido, richiede una revisione che tenga conto delle situazioni concrete che la vita presenta e che non sono più collocabili nella rigida alternativa adozione piena o affidamento temporaneo. Sul tema dell'adozione e dell'affidamento l'indagine conoscitiva promossa dalla Commissione Giustizia della Camera,⁵⁸ attraverso le audizioni di esperti, ha evidenziato le lacune del sistema e la necessità di una riforma della legge sulle adozioni che è stata sintetizzata nella proposta di legge Rosato n. 630⁵⁹.⁶⁰ Tra i punti più urgenti della riforma, in questa sede sembra utile evidenziare la proposta di modifica dell'art. 6 della legge sull'adozione, attraverso l'ampliamento dell'accesso alle coppie conviventi di fatto che abbiano iniziato la convivenza da almeno tre anni, agli uniti civili da almeno tre anni e alle persone singole di oltre trenta anni di età che abbiano avuto un minore di età in affidamento familiare per almeno tre anni. Tale ampliamento da tempo auspicato e suggerito dalla dottrina⁶¹ si colloca in un binario distinto rispetto a riflessioni sulla scelta della famiglia ideale per il minore.⁶² Il diritto soggettivo alla

57 V. al riguardo le già citate Osservazioni conclusive del Comitato ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, 2019.

58 V. il documento conclusivo pubblicato il 7 marzo 2017.

59 Si tratta della proposta n. 630 d'iniziativa dei deputati Rosato e altri presentata il 15 maggio 2018, *Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, e delega al Governo per la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento e l'adozione dei minori*.

60 L'interesse per questa tematica è emerso anche nell'attuale legislatura con la presentazione di due proposte di legge: la proposta di legge n. 1731 d'iniziativa dei deputati Molinari, Andreazza e altri: *Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sulle comunità di tipo familiare che accolgono i minori, nonché disposizioni in materia di incompatibilità della funzione di giudice onorario del tribunale per i minorenni e di tutela del diritto del minore ad una famiglia*, presentata il 2 aprile 2019; la proposta di legge n. 2047 d'iniziativa dei deputati Ascari, D'orso e altri, *Modifiche al codice civile e alla legge 4 maggio 1983, n. 184, in materia di affidamento dei minori*, presentata il 31 luglio 2019.

61 V. le audizioni di Arnaldo Morace Pinelli, di Cesare Massimo Bianca e di Mirzia Bianca raccolte nella citata indagine conoscitiva.

62 Per queste riflessioni si rinvia a E. GIACOBBE, "Due non è uguale a uno più uno. Bigeni-



famiglia è un diritto che deve essere garantito al soggetto di minore età a prescindere da valutazioni sulla complessità dei modelli familiari e sulla ricerca di un modello di famiglia ideale. In contrario, non possono essere adottate valutazioni anche giuste sulla bi-genitorialità che tuttavia risultano recessive rispetto all'esigenza da ritenersi prioritaria di risolvere il problema del suo stato di abbandono. “È certamente più rispondente all'interesse del minore essere educato da due genitori, ma vivere con una persona che lo mantenga, lo educi e lo curi come un figlio è per il minore abbandonato una scelta esistenziale incomparabilmente più favorevole rispetto a quella del ricovero presso una struttura di assistenza”.⁶³ La componente fortemente solidaristica dell'istituto dell'adozione⁶⁴ isola questo modello di instaurazione della filiazione dagli altri, in quanto la *ratio* dell'adozione è principalmente quella di donare ad un minore la famiglia che non ha.

Infine l'ordinamento dovrebbe occuparsi dei figli di nessuno, ovvero dei minori di età che non hanno nessuna speranza di avere una famiglia, sia perché sono affetti da gravi disabilità sia perché hanno superato l'età della fanciullezza e per questo motivo stentano a trovare famiglie disposte ad adottarli. Spesso tali minori crescono in istituti e al raggiungimento della maggiore età si trovano privi di un mantenimento e di una professione. Per questi soggetti, cui si è negato nei fatti un diritto alla famiglia, deve richiedersi un deciso intervento di solidarietà pubblica che consenta loro quanto meno di inserirsi nel mondo del lavoro e di crearsi una vita autonoma, attraverso la predisposizione di piani di studio e di formazione professionale.⁶⁵ Al riguardo

torialità e rapporti omoparentali”, in via di pubblicazione nel volume da me curato *The best interest of the child*. Nello stesso volume v. il bel saggio di S. SANDULLI, *L'eterogenitorialità nel sistema del diritto dei minori*.

63 Così testualmente C.M. BIANCA, *Note per la revisione dell'istituto dell'adozione*, in *Jus* 2018, p. 5 e ss.

64 In questo senso mi ero espressa nel corso dell'Audizione sulla riforma delle adozioni tenutasi presso la Commissione Giustizia della Camera, audizione contenuta nel citato documento conclusivo dell'indagine conoscitiva su adozione e affidamento: “L'adozione dei minori di età nei due modelli dell'adozione piena e legittimante e dell'adozione in casi particolari, pur differenziandosi per gli effetti, in quanto solo l'adozione piena e legittimante instaura un rapporto esclusivo di genitorialità, mentre l'adozione in casi particolari si sovrappone al rapporto di genitorialità biologica, sono entrambe connotate da una forte componente solidaristica e rappresentano pertanto uno strumento con cui i privati applicano il principio di sussidiarietà orizzontale”. Rileva l'importanza della matrice solidaristica dell'istituto dell'adozione A. MORACE PINELLI, *Per una riforma dell'adozione*, in *Famiglia e diritto* 2016, 719 e ss.

65 V. C.M. BIANCA, *Note per la revisione dell'istituto dell'adozione*, cit.



la proposta di legge n. 630 di riforma della legge sulle adozioni ha previsto l'inserimento di un nuovo comma dell'art. 6 che prevede misure di sostegno specifiche per questa sfortunata categoria di minori.⁶⁶

⁶⁶ V. la formulazione del nuovo art. 6, comma 8 della legge adozioni: “Nel caso di adozione di minori di età superiore a dodici anni o con disabilità accertata ai sensi dell’articolo 4 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, lo Stato, le regioni e gli enti locali devono intervenire, nell’ambito delle proprie competenze e nei limiti delle disponibilità finanziarie dei rispettivi bilanci, con specifiche misure di carattere economico, eventualmente anche mediante misure di sostegno alla formazione e all’inserimento sociale, fino all’età di diciotto anni degli adottati”.

LA TUTELA DA OGNI FORMA DI VIOLENZA

ANTONIO LEANDRO E CINZIA ZONILE¹

Sommario: 1. Premessa. – 2. La nozione di “violenza” accolta nell’art. 19 della Convenzione. – 2.1 *Segue:* il contesto sociale della tutela. – 2.2 *Segue:* gli obblighi a carico dello Stato. – 2.3 *Segue:* le misure adottate nell’ordinamento italiano. – 3. La nozione di “abuso sessuale” ai sensi dell’art. 34. Rapporto con lo “sfruttamento sessuale”, con la “tratta di persone di minore età” di cui all’art. 35 e con lo “sfruttamento che pregiudichi qualsiasi aspetto del suo benessere” di cui all’art. 36. – 3.1 *Segue:* prospettive future, in Italia, nel settore della tutela delle persone di minore età da ogni forma di violenza ed esigenze di cooperazione internazionale.

1. Premessa

Il fenomeno della violenza contro le persone di minore età è oggi vivo, con toni drammatici;² i casi di cronaca, ai quali si affianca il dato difficilmente calcolabile del sommerso, mostrano i caratteri di un fenomeno grave, diffuso e complesso.

La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza (di seguito “Convenzione”) impone agli Stati contraenti obblighi positivi sia di prevenzione che di contrasto rispetto a ogni forma di violenza, nonché l’obbligo di predisporre sistemi di riadattamento e reinserimento dei minori che abbiano subito violenza. A tali obblighi

¹ Rispettivamente Professore associato di diritto internazionale, Università di Bari Aldo Moro (antonio.leandro@uniba.it) e Dottoranda di ricerca in “Principi giuridici ed istituzioni fra mercati globali e diritti fondamentali” - curriculum Diritto internazionale e dell’Unione europea, Università di Bari Aldo Moro (cinzia.zonile@libero.it).

² AUTORITÀ GARANTE PER L’INFANZIA E L’ADOLESCENZA, segnalazione ai sensi dell’art. 3, comma 1, legge n. 112/2011. *Violenza contro le persone di minore età*. Protocollo n. 1002/2019 del 2 maggio 2019.



corrisponde il diritto del minore alla protezione contro la violenza, in conformità al modello sincronico di relazione tra doveri degli Stati e diritti del minore che la Convenzione prevede per tutte le situazioni da essa contemplate.

La predisposizione di strumenti di tutela internazionale del minore contro la violenza – e, dunque, di strumenti di contrasto alla violenza medesima – è da tempo all'attenzione sia delle Nazioni Unite sia di altre organizzazioni internazionali a vocazione universale o regionale, le quali hanno adottato strumenti dedicati direttamente o indirettamente all'argomento, come, ad esempio, la Convenzione di Lanzarote del 25 ottobre 2007 sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali (di seguito, "Convenzione di Lanzarote").

Il *favor minoris* previsto dall'art. 41 della Convenzione regola il coordinamento con tali altri strumenti internazionali e, in generale, con gli strumenti che si occupano specificamente del minore o che includono il minore nel rispettivo ambito di applicazione.³

L'art. 41 detta, infatti, il carattere cedevole della Convenzione rispetto a disposizioni internazionali che siano più propizie all'attuazione dei diritti del minore. Il *favor* caratterizza anche il coordinamento con la normativa statale, a dimostrazione del fatto che gli *standard* della Convenzione impongono condizioni minime di tutela suscettibili di essere derogate da una disciplina più favorevole per il minore e, come tale, più incisiva sui comportamenti degli Stati.

Un diverso metodo di coordinamento richiede il Protocollo opzionale sulla vendita di bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia rappresentante bambini del 25 maggio 2000, anch'esso rilevante nella materia in esame. Si tratta, infatti, di uno strumento complementare della Convenzione, introdotto per dare attuazione agli articoli 34 e 35 nei termini che saranno chiariti in appresso.

2. La nozione di "violenza" accolta nell'art. 19 della Convenzione

L'art. 19, par. 1 della Convenzione elenca, in maniera esemplificativa,

³ Sulla relazione tra la CRC le Convenzioni adottate in seno al Consiglio d'Europa che riguardano il tema della violenza, si veda il contributo di S. DE VIDO.



le principali manifestazioni della violenza senza tuttavia predisporre una definizione uniforme per quest'ultima. Più precisamente, la disposizione fa parola di lesioni, abbandono, trattamenti negligenti, maltrattamenti, sfruttamenti, abusi, compreso l'abuso sessuale.

Al concetto di violenza accolto nell'art. 19, par. 1 è dedicato il commento generale n. 13 dal Comitato ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (d'ora in avanti "Comitato"), il quale pone un forte accento sulla intollerabilità di qualsiasi manifestazione di violenza e sulla esclusione di ogni sua legittimazione.⁴

Emergono due aspetti di rilievo: anzitutto, il concetto di violenza delineato dai singoli Stati – specialmente in definizioni legislative o regolamentari – non può comprimere il diritto primario del minore al rispetto della dignità umana e alla tutela dell'integrità fisica e psicologica;⁵ inoltre, i divieti devono coprire ogni manifestazione violenta inflitta in qualunque contesto.⁶ In altri termini, la violenza va condannata in modo assoluto e trasversale.

Ciò premesso, tra le forme di violenza indicate nell'art. 19, spiccano la violenza fisica e mentale, l'abbandono, il trattamento negligente e lo sfruttamento sessuale dei minori.⁷

La violenza fisica include le pene corporali, la tortura, i trattamenti crudeli, disumani o degradanti, il bullismo fisico, l'inflizione di lesioni tali da rendere i minori disabili.⁸

La violenza mentale consiste nel maltrattamento psicologico, nell'abuso mentale e verbale, nella trascuratezza emotiva, e può manifestarsi, ad esempio, attraverso interazioni nocive con il bambino, minacce, esposizione alla violenza domestica, spaventati, insulti, umiliazioni, isolamento e cyberbullismo.⁹

4 Si veda COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No 13 (2011). The right of the child to freedom from all forms of violence*, 18 aprile 2011, par. 17, p. 8 ss., in specie p. 8.

5 *Ibidem*.

6 *Ibidem*.

7 In particolare, il Comitato ha individuato ipotesi violente non espressamente indicate nell'art. 19. Si tratta, ad esempio, della punizione corporale, della tortura, dei trattamenti o delle pene inumane o degradanti, della violenza tra bambini, dell'autolesionismo, delle pratiche dannose, delle violenze nei mass media, della violenza attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

8 *Ivi*, par. 22, p. 9 e 10.

9 *Ivi*, par. 21, p. 9.



Quanto all'abbandono o al trattamento negligente, può tracciarsi la seguente classificazione: 1) fisico – che discende dall'incapacità di proteggere il minore da un danno a causa della mancanza di sorveglianza sul suo operato, ovvero dall'incapacità di soddisfare i suoi bisogni di prima necessità o di fornirgli le cure mediche essenziali; 2) emotivo o psicologico – consistente nell'assenza di sostegno affettivo e nella disattenzione cronica nei confronti del minore; 3) educativo – che ha luogo allorché, ad esempio, non siano assicurate al minore l'istruzione e la frequenza scolastica.¹⁰

Nell'ambito dell'abuso e dello sfruttamento sessuale rientrano le ipotesi indicate nell'art. 34 (sulle quali si tornerà a breve),¹¹ nonché il turismo sessuale minorile, la tratta e la vendita di minori a scopo sessuale, nonché i matrimoni forzati.¹²

Dal tenore letterale dell'art. 19 può ricavarsi agevolmente che la violenza è condannata in tutte le sue manifestazioni, siano esse fisiche o mentali, lievi o gravi, occasionali o abituali, intenzionali o accidentali. Non rilevano la frequenza degli atti violenti, la gravità delle conseguenze che ne derivano, né l'intenzionalità di procurare del male; tali elementi possono soltanto incidere sulla intensità della reazione che l'ordinamento deve approntare contro gli autori della violenza, sempre tenendo conto dell'interesse superiore del minore.¹³

2.1 *Segue: il contesto sociale della tutela*

L'art. 19 si occupa della violenza inflitta nel periodo in cui il minore è sottoposto all'affidamento dei genitori, oppure di un tutore legale o di ogni altra persona preposta alla sua "cura".¹⁴ Giova precisare che il termine "care" utilizzato nella versione in lingua inglese¹⁵ non è riferito soltanto alla premura meramente fisica nei confronti del fanciullo, ma impone un obbligo di pren-

¹⁰ Ivi, par. 20, p. 8 e 9.

¹¹ Vedi *infra*, par. 5.

¹² Ivi, par. 25, p. 10.

¹³ Ivi, par. 17, p. 8.

¹⁴ Art. 19, par. 1.

¹⁵ Nella versione italiana dell'ordine di esecuzione, l'espressione "care" è tradotta con il termine "affidamento"; la traduzione curata dall'Autorità garante, in allegato al presente volume, traduce "care" con "responsabilità".



dersene cura nel tempo.¹⁶ D'altro canto, pur rispettando le capacità evolutive e l'acquisizione progressiva di autonomia da parte dei bambini, questi sono, o comunque dovrebbero essere, affidati a qualcuno fino alla maggiore età.¹⁷

Gli "affidatari" nel senso poc'anzi indicato sono responsabili della salute, della crescita e del benessere, fisico e psichico, del minorenne; essi non possono usare la violenza, quand'anche finalizzata a scopi educativi, e devono vigilare affinché non si verifichino episodi di violenza nell'arco temporale in cui le persone di minore età soggiacciono alla loro responsabilità.

Si può distinguere tra chi ha l'*obbligo di curare* bambini e ragazzi e chi è *professionalmente tenuto a prendersene cura*. Rientrano nella prima categoria i genitori, senza distinzione tra genitori naturali e adottivi, e i tutori legali, nominati dal giudice quando "entrambi i genitori sono morti o per altre cause non possono esercitare la potestà genitoriale". La seconda categoria raggruppa i soggetti che interagiscono con il minore a titolo professionale; si pensi, ad esempio, agli insegnanti – i quali sono titolari di una funzione disciplinare ed educativa nei confronti dei minori –, al personale scolastico, agli istruttori sportivi e ai medici ai quali i genitori (o soggetti con responsabilità comparabili) affidano la cura dei minori. Il Comitato ha anche specificato che, nel caso di minori non accompagnati, lo Stato riveste il ruolo di affidatario *de facto*.¹⁸

La durata del periodo in cui il minore è affidato alla "cura" di una persona non rileva ai fini dell'azionabilità della tutela predisposta dall'art. 19: la "cura" può infatti essere breve, lunga, frequente o occasionale.¹⁹

Gli episodi violenti sono condannati a prescindere dal fatto che si verificano in ambito familiare o in contesti extra-domestici. A tal proposito, il *Report of the independent experts for the United Nations study on violence against children*, presentato nel 2006 all'Assemblea generale delle Nazioni Unite,²⁰ delinea cinque contesti sociali tipici della violenza: famiglie, scuole, sistemi di cura e giudiziari, luoghi di lavoro, comunità.²¹

16 V. J. TOBIN, J. CASHMORE, *Article 19. The Right to Protection against All Forms of Violence*, in J. TOBIN (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford, 2019, p. 688 ss., a p. 703.

17 In tal senso v. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, cit., par. 33, p. 12.

18 Cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, cit., par. 33, p. 13.

19 *Ibidem*.

20 UN GENERAL ASSEMBLY, doc. A/61/299, 29 August 2006, *Rights of the child: note by the Secretary-General*.

21 *Ivi*, par. 68 ss, p. 12 ss.



Inoltre, è stato rilevato che dai primi anni dell'infanzia fino al raggiungimento della maggiore età i minori sono vulnerabili alla violenza domestica.²² La violenza fisica è spesso commessa a fini educativi e può causare danni permanenti, fino a condurre, in alcuni casi, anche alla morte del minore.²³ Ad essa può affiancarsi la violenza psicologica, che danneggia lo sviluppo e il benessere psicologico del minore soprattutto quando a perpetrarla è il genitore.²⁴ Si registrano, inoltre, episodi di violenza sessuale consumati entro le mura domestiche.²⁵ Infine, la violenza ha luogo in alcuni Stati anche come espressione di pratiche tradizionali o religiose come, ad esempio, la mutilazione genitale femminile, i matrimoni forzati, i riti di iniziazione.²⁶

Con riferimento alle scuole e altri ambienti educativi, il menzionato *Report* riferisce che gli insegnanti e il personale scolastico si rendono responsabili di atti violenti, quali le punizioni corporali, le percosse e le fustigazioni.²⁷ Non mancano episodi di bullismo tra i bambini²⁸ e le violenze sessuali sulle ragazze da parte di insegnanti o compagni di classe.²⁹

Percosse, punizioni corporali, maltrattamenti hanno luogo anche nei sistemi di cura dei minori e sono mascherati da finalità educative o da finalità di trattamento sanitario per controllare i comportamenti dei minori e ridurre (o azzerare) la loro capacità di opporsi alla violenza.³⁰ La salute e la vita dei bambini viene messa in pericolo anche da comportamenti negligenti del personale sanitario.³¹

Con riferimento ai sistemi giudiziari, il *Report* rileva che alcuni Stati prevedono la pena capitale anche per crimini commessi dai minorenni.³² Molte persone di minore età, inoltre, sono private della libertà personale anche in caso di reati lievi, o per mero vagabondaggio, o soltanto perché sono in attesa di giudizio.³³ Si riscontrano casi di minori in custodia presso istituti peniten-

22 Ivi, par. 39, p. 13.

23 Ivi, parr. 40 e 41, p. 13.

24 Ivi, par. 42, p. 13.

25 Ivi, par. 44, p. 13.

26 Ivi, par. 46, p. 14.

27 Ivi, par. 50, p. 15.

28 Ivi, par. 51, p. 15.

29 Ivi, par. 52, p. 15.

30 Ivi, parr. 53, 56 e 57, p. 16.

31 Ivi, par. 58, p. 17.

32 Ivi, par. 60, p. 17.

33 Ivi, parr. 61 e 62, p. 17.



ziari che subiscono punizioni anche per infrazioni di lieve entità o, addirittura, trattamenti disumani.³⁴

Per quanto riguarda gli ambienti lavorativi, la violenza è inflitta dai datori di lavoro o dai loro collaboratori, o anche dai gruppi criminali,³⁵ per costringere i minori a lavorare, ovvero per punirli o controllarli.³⁶ In particolare, i minori subiscono maltrattamenti, umiliazioni e molestie sessuali.³⁷ In tale ambiente, la prostituzione, la pornografia infantile³⁸ e i lavori forzati³⁹ costituiscono ulteriori forme di violenza.

Infine, nella “comunità”, intesa come perimetro generico nel quale il minore interagisce con adulti o suoi simili, la violenza può essere perpetrata anche con mezzi di informazione e di comunicazione.⁴⁰ Si pensi, ad esempio, alla rete internet, che ha favorito la produzione, la distribuzione e l'uso di immagini violente.⁴¹

2.1 Segue: gli obblighi a carico dello Stato

Il diritto del minore a non subire alcuna forma di violenza non è suscettibile di ingerenza da parte dello Stato. Di conseguenza, nessun comportamento o atto delle autorità statali che sia violento nei confronti delle persone di minore età può essere giustificato.⁴²

Accanto a un simile obbligo negativo di portata generale, si affiancano obblighi di carattere positivo. In particolare, gli Stati contraenti sono tenuti ad adottare misure di protezione del minore, siano esse a carattere legislativo, amministrativo e socio-educativo (ancora, art. 19, par. 1 della Convenzione). La disposizione non lascia margini di discrezionalità a favore degli Stati nell'elaborazione e, successiva, adozione di “*appropriate measures*” ai fini della piena attuazione del diritto del minore a non subire violenza;⁴³ l'agget-

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Ivi, par. 65, p. 18.

³⁶ Ivi, par. 64, p. 18.

³⁷ Ivi, par. 66, p. 18.

³⁸ Ivi, par. 67, p. 19.

³⁹ Ivi, par. 68, p. 19.

⁴⁰ Ivi, par. 69, p. 19.

⁴¹ Ivi, par. 80, p. 22.

⁴² Ivi, par. 2, p. 5.

⁴³ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, cit., par. 37, p. 14. Si veda anche J. TOBIN, J. CASHMORE, op. cit., p. 705. Nella versione italiana dell'ordine di esecuzione, nell'art. 19 non vi è



tivo “*appropriate*”, utilizzato nell’art. 19, implica che lo Stato deve adottare una gamma di misure di prevenzione e di contrasto adeguata alla molteplicità di manifestazioni della violenza.⁴⁴

Le misure legislative includono sia gli strumenti propriamente legislativi sia i provvedimenti attuativi ed esecutivi.⁴⁵ Rientrano, in particolare, gli atti di revisione e modificazione della legislazione nazionale adottati al fine di conformare l’ordinamento agli obblighi previsti dall’art. 19, nonché alle altre disposizioni della Convenzione, tenendo conto del divenire sociale della tutela del minore. Sono così garantiti, da un lato, il divieto assoluto di ogni forma di violenza su minori e, dall’altro, la previsione di sanzioni contro il trasgressore. Tra le misure legislative rientrano altresì lo stanziamento di risorse destinate alle misure volte a far cessare gli atti violenti, nonché la costituzione e il sostegno di istituzioni come l’Autorità garante.⁴⁶

Le politiche, i programmi, i sistemi di monitoraggio e di supervisione, indispensabili per la protezione dei minorenni, rappresentano tipiche misure di natura *lato sensu* amministrativa, promosse e adottate a livello governativo, ma anche dalle istituzioni professionali e dalla c.d. società civile.⁴⁷ Siffatte misure includono: l’istituzione di un punto focale governativo per il coordinamento delle strategie e dei servizi di protezione dei minori; la definizione di ruoli, di responsabilità e di relazione tra le parti interessate, al fine di gestire, monitorare e responsabilizzare i comitati direttivi inter-istituzionali nazionali e subnazionali; l’attuazione di procedure di bilancio sistematiche e trasparenti per la migliore utilizzazione delle risorse destinate alla tutela del minore; l’istituzione di un sistema nazionale di raccolta dati, il quale sia esaustivo e attendibile e garantisca il monitoraggio e l’analisi d’impatto dei servizi, dei programmi predisposti e dei risultati raggiunti; l’elaborazione e l’attuazione di politiche di tutela dell’infanzia e di codici etici professionali, protocolli, *memorandum* d’intesa, *standard* di cura; la promozione di programmi di ricerca.⁴⁸

alcun riferimento all’adeguatezza delle misure da adottare poiché l’aggettivo “*appropriate*” è sostituito da “ogni”; la traduzione curata dall’Autorità garante, in allegato al presente contributo, contiene invece questo riferimento.

44 COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, cit., par. 39, p. 14.

45 Ivi, par. 38 ss., p. 14 ss.

46 Ivi, par. 41, p. 14 e 15.

47 Ivi, par. 42, p. 15.

48 Ivi, p. 15 e 16.



Le misure di carattere sociale, intraprese e attuate da organi statali e da attori non statali, mirano a ridurre il rischio di episodi di violenza a danno dei bambini – così prevenendo la violenza stessa –, nonché a sostenere i minori e infondere loro un'educazione ottimale.⁴⁹ Tali obiettivi sono perseguiti, ad esempio, attraverso l'identificazione e la prevenzione di fattori ostativi al pieno godimento dei diritti delle persone di minore età, ovvero attraverso piani di riduzione della povertà e misure di assistenza all'infanzia.⁵⁰

Da ultimo, le misure di matrice educativa intendono contrastare le pratiche tradizionali, i comportamenti e le abitudini che tollerano la violenza sui minori.⁵¹ Occorre scoraggiare siffatte “tradizioni” mediante campagne di sensibilizzazione, informazioni puntuali, accessibili e adeguate all'età dei minori, la lotta al bullismo, la formazione di genitori e degli “educatori professionali”, nonché la conoscenza puntuale della Convenzione da parte dei professionisti che lavorano a contatto con i minori.⁵²

L'art. 19 enuncia anche l'obbligo di adottare misure preventive, muovendo dalla premessa che la prevenzione è strumentale alla effettività della protezione dei minori.⁵³ Analogamente alle misure indicate in precedenza, gli strumenti preventivi hanno come destinatari i minori, le famiglie, le comunità, i professionisti che lavorano a contatto con i minori, e le istituzioni.⁵⁴ A titolo esemplificativo, si pensi: alle misure di sostegno che rendono i fanciulli più consapevoli dei loro diritti e in grado di sviluppare le loro abilità sociali anche per intraprendere la strada della emancipazione; ai programmi di tutoraggio; al sostegno ai genitori e agli assistenti sanitari nella conoscenza dei diritti dei minori; all'assistenza al genitore che sia stato vittima di violenza domestica; alla promozione dell'unità familiare; alla elaborazione di politiche e pratiche di protezione dei minori basate su studi scientifici e raccolta dei dati.

Le misure preventive danno luogo, unitamente alle misure protettive, a un sistema integrato, coeso, interdisciplinare e coordinato.⁵⁵

49 *Ivi*, par. 43, p. 16.

50 *Ibidem*.

51 *Ivi*, par. 44, p. 17.

52 *Ibidem*.

53 COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, cit., par. 46, p. 18.

54 *Ivi*, par. 47 ss., p. 18 ss.

55 *Ivi*, par. 39, p. 14.



2.3 Segue: le misure adottate nell'ordinamento italiano

L'ordinamento italiano ha adottato talune iniziative al fine di conformarsi agli obblighi sanciti dalla Convenzione. Alcune tra esse sono indicate nel “*V e VI Rapporto al Comitato ONU sui diritti del fanciullo. Periodo di riferimento 2008-2016*”, presentato al Comitato.⁵⁶

Tra le principali iniziative poste in essere, sono degne di nota: la realizzazione del progetto denominato “*Tactics*” da parte del Ministero della salute avente ad oggetto il monitoraggio e la prevenzione, attraverso il supporto dei livelli locali, di ipotesi di maltrattamento e abusi sui bambini, episodi di bullismo e suicidi;⁵⁷ la formazione e la sensibilizzazione di operatori del settore sanitario e scolastico per migliorare gli interventi a favore di “*minori vittime di violenza e intercettare gli episodi di violenza*”⁵⁸.

Vi è tuttavia rammarico da parte del Comitato in ordine alla mancata adozione da parte dell'Italia di misure maggiormente efficaci.⁵⁹ Il riferimento è, ad esempio, alla creazione di un istituto nazionale di raccolta, di analisi e di diffusione dei dati e di un'agenda di ricerca sulla violenza e sui maltrattamenti dei bambini.⁶⁰ A ciò ha fatto eco la constatazione dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza secondo cui il contrasto efficace alla violenza richiede l'emersione a livello statistico dei singoli episodi al fine di delineare, in modo compiuto, la cornice quantitativa e qualitativa del fenomeno. A tal proposito, la stessa Autorità ha proposto una riforma della sezione “*infanzia, adolescenza e famiglia*” (SINBA) del Sistema Informativo Unitario dei Servizi Sociali (SIUSS), che, a sua volta, ha sostituito il Casellario dell'Assistenza.⁶¹

56 PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI-Dipartimento per le politiche della famiglia, MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI-Direzione Generale per l'inclusione e le politiche sociali, OSSERVATORIO NAZIONALE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA, COMITATO INTERMINISTERIALE PER I DIRITTI UMANI, MINISTERO DEGLI AFFARI ESTERI E DELLA COOPERAZIONE INTERNAZIONALE-Direzione generale per gli Affari Politici e di Sicurezza, MINISTERO DELLA DIFESA, CENTRO NAZIONALE DI DOCUMENTAZIONE E ANALISI PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA, *V e VI Rapporto al Comitato ONU sui diritti del fanciullo. Periodo di riferimento 2008-2016*, p. 4 ss., in particolare p. 5.

57 Ivi, p. 139.

58 Ivi, p. 140.

59 COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Italy*, 1 febbraio 2019, par. 19 ss., p. 5 ss.

60 Ivi, p. 5.

61 https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/nota_conclusiva_sinba_def.stamped.pdf; nonché *Violenza contro le persone di minore età*, cit.



Pertanto, allo Stato italiano spetta prendere ulteriori iniziative,⁶² come, ad esempio: il potenziamento dei programmi di sensibilizzazione e di educazione; l'introduzione di una definizione completa e precisa della violenza contro i bambini;⁶³ la sensibilizzazione dei genitori sulle conseguenze dannose dell'inflizione di punizioni corporali sui minori; l'adozione di un nuovo piano nazionale per la prevenzione e la lotta contro gli abusi e lo sfruttamento sessuale minorile; l'obbligo di segnalazione dei casi di abuso; la formazione di magistrati, avvocati, pubblici ministeri, forze dell'ordine sulle procedure riguardanti le vittime di violenza; la classificazione delle forme di violenza ai danni di minori;⁶⁴ l'intensificazione degli interventi di sostegno alle famiglie che versano in situazioni critiche.⁶⁵

Si nota, dunque, che il percorso destinato a conformare appieno il nostro ordinamento agli *standard* di tutela predisposta dalla Convenzione è ancora incompiuto.⁶⁶

3. La nozione di “abuso sessuale” ai sensi dell’art. 34. Rapporto con lo “sfruttamento sessuale”, con la “tratta di persone di minore età” di cui all’art. 35 e con lo “sfruttamento che pregiudichi qualsiasi aspetto del suo benessere” di cui all’art. 36

L'art. 34 della Convenzione impone agli Stati di tutelare i minori da ogni forma di sfruttamento e di abuso sessuale. Mentre la tutela apprestata dall'art. 19, come si è visto, è circoscritta agli episodi violenti – ivi compresi quelli a carattere sessuale – avvenuti nel periodo in cui i minori sono stati affidati ai genitori o agli altri soggetti contemplati dalla disposizione, l'art. 34

⁶² Ivi, p. 6 e 7.

⁶³ Cfr. *V e VI Rapporto al Comitato ONU sui diritti del fanciullo. Periodo di riferimento 2008-2016*, cit., p. 34, ove si legge che: “In Italia, in ragione della struttura originaria dell'ordinamento giuridico, non esiste una definizione specifica di ‘violenza contro i minori’ né un divieto espresso, ma tutti i differenti comportamenti violenti contro i minori”. Su questa scia si pone la raccomandazione dell'Autorità garante di introdurre nell'ordinamento italiano una chiara classificazione delle forme di violenza che sia in grado di agevolarne il “riconoscimento, il monitoraggio e la cura” e che possa accogliere anche forme “indirette” (come la c.d. “violenza assistita”) o la “patologia della cura” (comprensiva di incuria, discuria e ipercuria): cfr. *Violenza contro le persone di minore età*, cit.

⁶⁴ Cfr. *Violenza contro le persone di minore età*, cit.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ V. ancora Autorità garante, *Violenza contro le persone di minore età*, cit.



vieta ogni forma di violenza sessuale ai danni di minori, indipendentemente dall'arco temporale del loro affidamento.⁶⁷

La disposizione non fornisce una definizione di “sfruttamento” e di “abuso sessuale”, limitandosi a elencarne le principali manifestazioni (induzione e coercizione di un minore ad essere utilizzato in attività sessuali illegali; sfruttamento della prostituzione minorile o di altre pratiche sessuali illecite; sfruttamento dei bambini in spettacoli e materiali pornografici).

Le *Terminology Guidelines for the Protection of Children from Sexual Exploitation and Sexual Abuse*, adottate dall'*Interagency Working Group* nel 2016, soccorrono al riguardo, consentendo di ricostruire la nozione generale di “violenza sessuale”. Tale espressione ha un'ampia portata che copre, indipendentemente dalla gradazione, qualsiasi comportamento commissivo od omissivo che reca sofferenza (fisica, psicologica) di matrice sessuale.⁶⁸

L'abuso e lo sfruttamento sessuale rappresentano, a loro volta, due configurazioni di violenza sessuale.⁶⁹ Quanto all'abuso, esso è stato definito dall'Organizzazione mondiale della sanità come il coinvolgimento di un minore in attività sessuali, che il minore stesso non è in grado di comprendere, o alle quali non può prestare il consenso o non è preparato.⁷⁰ L'abuso può avvenire con o senza contatto fisico, a prescindere dalla forza fisica inferta contro il minore,⁷¹ provocando a questo un danno.⁷² Per quanto riguarda lo sfruttamento sessuale, esso ha luogo quando il minore è costretto o persuaso, con la forza o con le minacce, a partecipare in attività sessuale in cambio di un vantaggio riconosciutogli o promessogli.⁷³ L'elemento dello scambio consente di distinguere lo sfruttamento sessuale dalle ipotesi dell'abuso e della violenza sessuale minorile.⁷⁴

67 V. J. TOBIN, F. SEOW, *Article 34. Protection from Sexual Exploitation and Sexual Abuse*, in J. TOBIN (a cura di), op. cit., p. 1310 ss., a p. 1312.

68 S. GREIER, J. DOEK, *Terminology Guidelines for the Protection of Children from Sexual Exploitation and Sexual Abuse*, Lussemburgo, 28 gennaio 2016, p. 12 ss., in specie p. 15.

69 Ivi, p. 19.

70 ORGANIZZAZIONE MONDIALE DELLA SANITÀ, *Report of the Consultation on Child Abuse Prevention*, Ginevra, 29-31 marzo 1999, p. 13 ss., a p. 15 e 16.

71 S. GREIER, J. DOEK, op. cit., p. 19, ove si precisa che costituiscono esempi di abuso senza contatto fisico le molestie sessuali che si manifestano in commenti a sfondo sessuale non desiderati.

72 Ivi, p. 20.

73 Ivi, p. 24.

74 Ivi, p. 25.



L'art. 34 della Convenzione va letto congiuntamente agli articoli 35 e 36.

In particolare, l'art. 35 impone agli Stati di adottare misure di contrasto al rapimento, alla vendita o alla tratta di minori. Una fattispecie, non infrequente, implicitamente contemplata nel combinato disposto degli articoli 34 e 35, è quella dello sfruttamento sessuale posto a valle della vendita o della tratta di minori. Sul punto si è anticipato che il Protocollo opzionale sulla vendita di bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia rappresentante bambini agevola l'attuazione degli articoli 34 e 35. Limitando l'analisi allo sfruttamento sessuale, il Protocollo condanna la prostituzione minorile e la pedopornografia, che spesso costituiscono le principali ragioni sottese alla tratta e alla vendita di bambini. Ai sensi degli articoli 2 e 3, par. 1, la prostituzione minorile consiste nell'utilizzo di un minore in attività sessuali, mentre la pedopornografia si concretizza nella rappresentazione di un bambino in atti sessuali, o di suoi organi sessuali; quanto alla vendita di minori, essa si identifica in qualsiasi atto o transazione avente ad oggetto il trasferimento di un fanciullo da una persona (o da un gruppo di persone) ad un'altra (o ad un altro gruppo) al fine di sfruttarlo sessualmente.⁷⁵ La lettura combinata degli articoli 34 e 35 della Convenzione e degli articoli 2 e 3 del Protocollo consente di ampliare la tutela del minore, condannando lo sfruttamento sessuale dei bambini non soltanto in quanto condotta principale, ma anche quando esso costituisce lo scopo di altre fattispecie illecite a danno di minori.

L'art. 36 della Convenzione reca una norma di chiusura che, analogamente alle disposizioni che condannano qualsiasi forma di violenza, impone agli Stati di proteggere i fanciulli da ogni altra forma di sfruttamento pregiudizievole al suo benessere. È così sancito il diritto del minore ad avere una vita libera da qualunque forma di sfruttamento idonea a cagionare un danno al suo benessere.

3.1 *Segue*: prospettive future, in Italia, nel settore della tutela delle persone di minore età da ogni forma di violenza ed esigenze di cooperazione internazionale

L'art. 34 della Convenzione obbliga gli Stati a prendere misure adeguate contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale nei confronti dei minori.

⁷⁵ Per un approfondimento sul punto si veda A. ANNONI, *La tratta di donne e bambine nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Deportate, esuli, profughe*, 2011, n. 16, p. 87 ss.



Il legislatore italiano, con la legge 3 agosto 1998 n. 269,⁷⁶ “in aderenza ai principi della Convenzione sui diritti del fanciullo”,⁷⁷ ha novellato il codice penale introducendo gli articoli 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinqies*, che puniscono, rispettivamente, i reati di prostituzione minorile, di pornografia minorile, di detenzione di materiale pornografico, di iniziativa turistica volta allo sfruttamento della prostituzione minorile.

Di tal guisa, l’ordinamento italiano si è posto “l’obiettivo primario” di salvaguardare lo “sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale” delle persone di minore età.⁷⁸

Il Comitato, nelle sopra ricordate osservazioni del 2019, pur apprezzando gli sforzi compiuti dall’Italia, ha espresso una speciale preoccupazione per i casi di abusi sessuali perpetrati a danno di minori ad opera di personale religioso. A tal proposito, il Comitato ha raccomandato allo Stato italiano di istituire una commissione d’inchiesta per l’esame di siffatti episodi, di garantire indagini trasparenti ed efficaci, il perseguimento penale dei sospettati e, in caso di condanna, un’adeguata punizione, nonché il risarcimento delle vittime.⁷⁹

Con riguardo all’abuso e allo sfruttamento sessuale in generale, la raccomandazione è di adottare ulteriori misure, quali: l’elaborazione di un nuovo piano nazionale per la prevenzione e il contrasto degli abusi e dello sfruttamento sessuale minorile, garantendone, al contempo, l’attuazione uniforme sul territorio e a tutti i livelli di governo; la creazione di canali di segnalazione degli abusi; l’introduzione dell’obbligo di segnalare alle autorità competenti gli episodi rilevanti.⁸⁰

Spicca, dunque, quale elemento che accomuna le raccomandazioni del Comitato ai timori espressi dall’Autorità garante per l’infanzia e l’adolescenza, l’accento sui ritardi del nostro ordinamento rispetto all’introduzione di sistemi efficaci di prevenzione. Ad esempio, l’Autorità garante, oltre al riferito biasimo nei confronti dell’assenza di un sistema efficace di moni-

⁷⁶ Legge 3 agosto 1998, n. 269, Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù, in G.U., 10 agosto 1998 n. 185.

⁷⁷ Cfr. art. 1, l. n. 269/1998.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Italy*, cit., par. 19 ss., p. 6 e 7.

⁸⁰ *Ibidem*.



toraggio, ha proposto interventi socio-assistenziali come l'*home visiting*,⁸¹ che, soprattutto in caso di famiglie disagiate e fragili, potrebbe rafforzare la competenza genitoriale all'indomani della nascita del minore e agevolare l'individuazione di situazioni di disagio che rischiano di sfociare in ambienti forieri di violenza anche di matrice sessuale.

Infine non può tacersi che la tutela del minore contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale richiede anche una cooperazione a livello internazionale conformemente a quanto prescrive l'art. 10 del Protocollo opzionale sulla vendita di bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia rappresentante bambini. L'esigenza di cooperazione deriva sia dal frequente carattere transfrontaliero di taluni fenomeni di violenza, sia, più in generale, dalla circostanza che la tutela del minore rientra così tanto tra gli interessi comuni a più Stati che l'azione individuale del singolo Stato potrebbe rivelarsi inadatta o insufficiente per una sua concreta realizzazione. L'art. 10, peraltro, impone agli Stati contraenti l'adozione di ogni misura necessaria a *rafforzare* la cooperazione internazionale.

La cooperazione si concretizza attraverso accordi internazionali, multilaterali e bilaterali, finalizzati alla prevenzione, all'identificazione, al perseguimento penale e alla punizione di coloro i quali si rendono autori e, quindi, responsabili di atti connessi alla vendita transnazionale di bambini, alla prostituzione e alla pornografia minorile, nonché al turismo sessuale minorile⁸². Nella medesima prospettiva, gli Stati devono promuovere la collaborazione e il coordinamento tra le rispettive autorità, le organizzazioni non governative (nazionali e internazionali) e le organizzazioni internazionali governative.⁸³

81 <https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/linee%20guida%20per%20gli%20interventi%20di%20home%20visiting.pdf>; nonché *Violenza contro le persone di minore età*, cit.

82 V. art. 10, par. 1, primo periodo, del Protocollo.

83 V. art. 10, par. 1, secondo periodo, del Protocollo.

IL DIRITTO ALL'EDUCAZIONE

ADRIANA DI STEFANO ¹

Sommario: 1. Introduzione. Il diritto all'educazione nel quadro degli standard internazionali di protezione dei diritti umani delle persone di minore età. – 2. Il contenuto dei diritti riconosciuti dagli articoli 28 e 29 della Convenzione. – 3. Questioni definitorie: la nozione di “educazione” adottata dalla Convenzione. – 4. Modelli di garanzia del diritto all'educazione: diritti e obblighi a geometria variabile. – 5. L'attuazione degli obblighi convenzionali in materia di educazione nell'ordinamento italiano. Prime conclusioni.

1. Introduzione. Il diritto all'educazione nel quadro degli standard internazionali di protezione dei diritti umani delle persone di minore età

La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (di seguito “Convenzione” o “CRC”) include, com'è noto, alcune previsioni dedicate alla protezione dei diritti all'istruzione e all'educazione delle persone di minore età.²

Si tratta, in particolare, degli articoli 28 e 29, da leggersi in tandem ed insieme a garanzie complementari contenute altrove nello stesso trattato, come, tra l'altro, quelle elencate agli articoli 13-17, nella misura in cui ga-

¹ Professore associato di diritto dell'Unione europea, Università di Catania (adistefano@lex.unict.it).

² Sulla Convenzione, si veda, in generale, A.C. MORO, *Il bambino è un cittadino. Conquista di libertà e itinerari formativi: la Convenzione dell'ONU e la sua attuazione*, Giuffrè, 1991; S. DETRICK (a cura di), *The United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff, 1992; M.R. SAULLE (a cura di), *La Convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992; G. VAN BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff, 1998; T. LIEFAARD-J. SLOTH-NIELSEN (a cura di), *The United Nations Convention on the Rights of the Child. Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead*, Brill Nijhoff, 2016; J. TOBIN (a cura di), *The UN Convention on the Rights of the Child. A Commentary*, OUP, 2019.



rantiscono l'informazione e la partecipazione del minore nell'esercizio di diritti fondamentali; nonché l'art. 19, par. 1, inteso alla tutela da ogni forma di violenza eventualmente perpetrata da educatori o insegnanti; l'art. 23, par. 3, sull'accesso all'educazione e alla formazione di minori con disabilità; l'art. 24, par. 2, sull'educazione in materia sanitaria e ambientale; l'art. 30 sui diritti dei minori appartenenti a minoranze; l'art. 32 sulla protezione da forme di sfruttamento che possano compromettere, tra l'altro, l'educazione di soggetti specialmente vulnerabili.

Questo capitolo si propone di illustrare i contenuti essenziali dei diritti all'educazione ricavati da una lettura congiunta di tali norme convenzionali – ed in particolare degli articoli 28 e 29 – alla luce dei principi generali della Convenzione (articoli 2, 3, 4, 6, 12) e del suo preambolo, chiaramente ispirato alle garanzie equivalenti o comparabili contenute nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 26) ed in altri strumenti internazionali di tutela dei diritti umani, come il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (1966).

L'analisi dei diritti in parola consentirà poi di meglio identificare la natura dei corrispondenti obblighi statali derivanti dalla CRC, a partire da quelli generali di *rispetto e garanzia* (art. 2) dei diritti dei minori: con riferimento all'effettivo godimento ed esercizio dei diritti relativi educazione, tali *obblighi di risultato* implicano sia (e rispettivamente) contenuti negativi di astensione da misure che possano ostacolare o negare le tutele garantite, sia contenuti positivi, ovvero di intervento al fine di adottare tutte le misure necessarie a consentirne la piena realizzazione in capo ai titolari (art. 4).³

³ Sulla natura degli obblighi internazionali derivanti agli Stati parte dalla Convenzione si veda in questo volume il contributo di F. POCAR; la garanzia del *riconoscimento* del diritto all'educazione è precisata in letteratura, con particolare riferimento ai diritti economici, sociali e culturali, come sintesi di uno schema tripartito di *obligations to respect, to protect and to fulfill*, che impegnano gli Stati ad adottare tutte le misure necessarie per l'attuazione del diritto in questione nei limiti delle risorse disponibili. Da qui la diversa intensità e natura degli obblighi degli Stati parte, che dovranno astenersi da interferenze nel godimento del diritto che non siano necessarie, legittime e proporzionate allo scopo della protezione di diritti di altri soggetti o di interessi collettivi come la salute pubblica o la sicurezza nazionale (*obligation to respect*); intervenire con misure adeguate al fine di prevenire e sanzionare illegittime limitazioni o violazioni del diritto all'educazione perpetrate da soggetti privati (*obligation to protect*); adottare infine provvedimenti appropriati per assicurare il pieno ed effettivo godimento del diritto all'educazione da parte di minori (*obligation to fulfill*). Sul punto v. in generale M. SEPÚLVEDA CARMONA, *The Nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, 2003, pp. 157 ss.; B. SAUL-D. KINLEY-J. MOWBRAY (a cura di), *The international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*:



Proporremo in queste pagine una lettura guidata degli articoli 28 e 29 della CRC seguendo il modello offerto dalle norme internazionali sull'interpretazione dei trattati, codificate nella Convenzione di Vienna del 1969 (articoli 31-33): così, a partire dall'analisi del tenore letterale delle due previsioni, le relative garanzie sono da intendere “in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose” (art. 31, par. 1), ed inoltre “there shall be taken into account, together with the context, any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties” (art. 31, par. 3 c), con l'ausilio ulteriore dei lavori preparatori del trattato come strumento supplementare di interpretazione del significato delle norme in parola (art. 32).⁴

Un'adeguata comprensione del contenuto dei diritti e della natura degli obblighi corrispondenti per gli Stati parte della Convenzione non può dunque ignorare gli sviluppi interpretativi maturati nel ricco panorama degli *standard* internazionali sulla protezione dei diritti all'istruzione e all'educazione:⁵ si pensi, solo per alcuni esempi, ai contenuti specifici del diritto all'educazione nel quadro onusiano con riferimento a specifiche categorie di soggetti (art. 22 della Convenzione sullo *status* dei rifugiati del 1951; art. 5, (e)(v), della Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale del 1965; articoli 13-14 del sopra citato Patto Onu; art. 10 della Convenzione sull'eliminazione delle discriminazioni nei confronti delle donne del 1979),

Commentary, Cases and Materials, OUP, 2004.

4 Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, 23 maggio 1969: art. 31, par. 1: “Un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo. ... 3. Sarà tenuto conto, oltre che del contesto: a) di ogni accordo ulteriore intervenuto tra le parti circa l'interpretazione del trattato o l'attuazione delle disposizioni in esso contenute; b) di ogni ulteriore pratica seguita nell'applicazione del trattato con la quale venga accertato l'accordo delle parti relativamente all'interpretazione del trattato; c) di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti”.

5 J. DELBRÜCK, “The Right to Education as an International Human Right”, in *German Yearbook of International Law*, 35, 1992, p. 104 ss.; G. VAN BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff, 1998; K. DIETER BEITER, *The Protection of the Right to Education by International Law Including a Systematic Analysis of Article 13 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2006; M. NOWAK, “The Right to Education”, in *Economic, Social and Cultural Rights*, a cura di A. Eide-C. Krause-A. Rosas, Martinus Nijhoff, 2001, p. 252 ss.; C. COURTIS-J. TOBIN, “Art. 28 The Right to Education”, in *The UN Convention on the Rights of the Child. A Commentary*, cit.; L. LUNDY-J. TOBIN, “Article 29: The Aims of Education”, in *The UN Convention on the Rights of the Child. A Commentary*, cit.



come pure in ambiti regionali, come quelli del Consiglio d'Europa (art. 2, I Protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1952; art. 17 della Carta sociale europea del 1996) e dell'Unione europea (art. 14 della Carta dei diritti fondamentali del 2000), dell'Unione africana (art. 17 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981; art. 11 della Carta africana sui diritti e il benessere del minore del 1990) o ancora quelli definiti nel sistema inter-americano di protezione dei diritti umani (art. 13 del Protocollo di San Salvador addizionale alla Convenzione americana dei diritti umani nel campo economico, sociale e culturale del 1988) e nella Carta araba sui diritti umani del 1994 (art. 34).⁶

Né una lettura sistematica ed aggiornata di tali *standard* internazionali a partire dalle formule testuali della CRC può prescindere dalla considerazione della prassi onusiana rilevante in materia, e specialmente dell'apporto dei *monitoring bodies* investiti delle procedure internazionali di controllo del rispetto degli obblighi convenzionali – come, in particolare, il Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, operante sulla base degli articoli 43-44 della Convenzione e il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, che agisce nel quadro del relativo Patto ONU –, nonché della giurisprudenza di corti internazionali (è il caso, in particolare, della Corte europea dei diritti umani, o della Corte africana) istituite su base regionale nel quadro di trattati sulla protezione dei diritti umani. La portata dei diritti riconosciuti dagli articoli 28 e 29 è inoltre utilmente precisata dal contributo del Relatore speciale ONU sul diritto all'educazione, investito di competenze di monitoraggio, raccolta di informazioni, denuncia, raccomandazione e dialogo con la società civile sui temi correnti del dibattito in materia.⁷

⁶ Sulla rilevanza delle buone pratiche regionali di protezione dei diritti dei minori ai fini dell'interpretazione di norme di portata universale, è da condividere il punto di vista di quanti ritengono utile il riferimento anche a *standard* regionali al fine di confermare (o financo ampliare) il contenuto e la portata degli obblighi statali ai sensi della Convenzione di New York. Così, in particolare, M. VERHEYDE, "Article 28, The Right to Education", in *A Commentary on the United Nations Convention on the Right of the Child*, a cura di A. Alen-J. Vande lanotte-E. Verhellen – F. Ang- E. Berghmans – M. Verdheyde, Martinus Nijhoff, 2006, p. 4. Si veda in ogni caso anche l'art. 41 della CRC ai sensi del quale: "Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione pregiudica disposizioni più propizie all'attuazione dei diritti del minore che possano figurare: a) nella legislazione di uno Stato parte; oppure b) nel diritto internazionale in vigore per questo Stato".

⁷ Per una prima documentazione sullo *Special Rapporteur on the right to education* si veda <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Education/SREducation/Pages/SREducationIndex>.



Non ultimo, lo studio del diritto all'educazione delle persone di minore età come garantito dalla Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza non può trascurare il significativo apporto della dottrina specialistica, che ha contribuito alla migliore comprensione delle molteplici dimensioni di tale sfera di garanzie, delle questioni definitorie e di confine, degli ambiti di applicazione e delle formule di integrazione dei diversi *standard* convenzionali, delle spinte verso un avanzamento degli spazi di protezione.⁸

Variamente classificato nel contesto delle categorie tradizionali del diritto internazionale dei diritti umani,⁹ il diritto all'educazione contempla una serie eterogenea di contenuti garantistici: così, il diritto di accesso all'istruzione sulla base di pari opportunità (art. 28, par. 1), che appartiene al novero dei c.d. diritti di seconda generazione, ed in particolare di quelli sociali e/o culturali; quello ad una disciplina scolastica rispettosa della dignità del minore (art. 28, par. 2), suscettibile di rientrare nella sfera dei diritti (civili) di prima generazione; ancora, gli obblighi di promozione della cooperazione internazionale nel campo dell'educazione (art. 28, par. 3, ma anche art. 4) sono stati talora intesi come espressione di “solidarity rights”, ovvero di diritti di terza generazione funzionali ad interessi collettivi e alle specifiche necessità dei Paesi in via di sviluppo. Ed inoltre, mentre le previsioni relative alle finalità, ai valori e ai contenuti dell'educazione (art. 29, par.1) fondano diritti di seconda generazione (sociali e culturali) enfatizzando la dimensione funzionale al rispetto di altri diritti umani del minore, quelle sulla libertà delle persone fisiche o giuridiche di fondare istituzioni didattiche (art. 29, par. 2) ripropone un esempio di diritto (civile) di prima generazione, che implica per una effettiva realizzazione obblighi statali dai contenuti sia negativi che positivi. A conferma del carattere composito di tale sistema di garanzie, il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite e la Relatrice speciale ONU sul diritto all'educazione hanno considerato tale diritto “a civil,

aspx.

⁸ Per alcuni riferimenti nella letteratura specialistica si veda M. VERHEYDE, “Article 28, The Right to Education”, in *A Commentary on the United Nations Convention on the Right of the Child*, cit.

⁹ Cfr., *ex multis*, M. MEHEDI, *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights. The Realization of the Right to Education, including Education in Human Rights – The Content of the Right to Education*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1999/10, 1999; L. CATRIJSSE, “Children’s Rights and Education: the Right TO, IN and THROUGH Education: three interrelated imperatives”, in *Convention on the Rights of the Child*, a cura di E. Verhellen, Leuven-Apeldoorn, Garant, 2000, p. 105 ss.



political, economic, social and cultural right” enfatizzandone l'inscindibilità e l'interdipendenza rispetto agli altri diritti umani nella prospettiva di un *multiplier right*, presupposto del godimento di altre garanzie fondamentali.¹⁰

2. Il contenuto dei diritti riconosciuti dagli articoli 28 e 29 della Convenzione

Il contenuto dei diritti riconosciuti dalla previsione dell'art. 28 della Convenzione – che ricalca in buona parte le corrispondenti garanzie dell'*International Bill of Rights* (si vedano in particolare gli articoli 13 e 14 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali)¹¹ e dei principali strumenti regionali

¹⁰ ESCR Committee, *General Comment no. 11: Plans of Action for Primary Education*, UN Doc E/C.12/1999/4, 10 May 1999, para. 2; UNHCR, *Annual Report of the Special Rapporteur on the Right to Education* (2001), UN Doc E/c.4/2001/52, para. 6. V. pure K. TOMAŠEVSKI, *Human Rights Obligations in Education: the 4A Scheme*, Woolf Legal Publishers, 2006.

¹¹ L'articolo 13 del patto ONU sui diritti economici e sociali (13 dicembre 1966) così dispone (corsivi aggiunti): “1. The States Parties to the present Covenant *recognize the right of everyone to education*. [...] 2. The States Parties to the present Covenant recognize that, with a view to achieving the full realization of this right: (a) *Primary education shall be compulsory and available free to all*; (b) *Secondary education in its different forms, including technical and vocational secondary education, shall be made generally available and accessible to all by every appropriate means, and in particular by the progressive introduction of free education*; (c) *Higher education shall be made equally accessible to all, on the basis of capacity, by every appropriate means, and in particular by the progressive introduction of free education*; (d) *Fundamental education shall be encouraged or intensified as far as possible for those persons who have not received or completed the whole period of their primary education*; (e) *The development of a system of schools at all levels shall be actively pursued, an adequate fellowship system shall be established, and the material conditions of teaching staff shall be continuously improved*. 3. *The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to choose for their children schools, other than those established by the public authorities, which conform to such minimum educational standards as may be laid down or approved by the State and to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions*. 4. No part of this article shall be construed so as to interfere with the liberty of individuals and bodies to establish and direct educational institutions, subject always to the observance of the principles set forth in paragraph 1 of this article and to the requirement that the education given in such institutions shall conform to such minimum standards as may be laid down by the State”. Il confronto testuale con la formula dell'art. 28 della CRC rivela uno *standard* di protezione più elevato garantito dalla prima previsione con riferimento agli obblighi statali relativi ai tre livelli di istruzione (primario, secondario, superiore). Il disallineamento dei livelli di garanzia determinato dalle diverse previsioni può essere superato mediante il ricorso alla clausola di salvaguardia dell'art. 41 della CRC secondo cui restano impregiudicate eventuali disposizioni più propizie all'attuazione dei diritti del minore risul-



in argomento – riflette chiaramente una nuova prospettiva di tutela rafforzata del minore tutta centrata sul soggetto titolare del diritto, la cui dimensione individuale ed umana deve essere rispettata e valorizzata in tutti i contesti e momenti del percorso educativo.

Così il primo paragrafo sintetizza, in una formula *child-centred*, “il diritto del minore all’educazione in misura sempre maggiore e in base all’uguaglianza delle possibilità”, specificando in cinque sotto-paragrafi alcuni elementi dell’obbligo statale di riconoscimento effettivo della protezione senza discriminazioni: a) la necessità di rendere accessibile a tutti l’*insegnamento primario*, come obbligatorio e gratuito; b) la promozione di varie forme di *insegnamento secondario* sia generale che professionale, aperte e accessibili ad ogni minore ...; c) la garanzia generalizzata dell’accesso all’*insegnamento superiore* “con ogni mezzo appropriato, in funzione delle capacità di ognuno”; d) la promozione dell’*informazione e dell’orientamento scolastico e professionale* come servizi aperti e accessibili a tutti;¹² e) l’impegno per *promuovere la regolarità della frequenza scolastica* e scoraggiare la diminuzione del tasso di abbandono della scuola.

Si tratta di una indicazione non esaustiva di misure specifiche che gli Stati parti sono chiamati ad adottare al fine di garantire un’adeguata tutela del diritto all’educazione, la cui interpretazione, tenuto conto del margine di discrezionalità riconosciuto alle autorità nazionali, è maturata grazie alla stratificazione di materiali prodotti dai Comitati delle Nazioni Unite e dall’intervento di agenzie specializzate come l’UNESCO e l’UNICEF, che hanno contribuito al consolidamento di *standard* operativi talora contenuti in atti non vincolanti.¹³

tanti (altrove)...dal diritto internazionale in vigore per lo Stato parte.

12 La clausola sull’informazione e l’orientamento vocazionale dei minori è intesa a sviluppare attitudini e inclinazioni utili al collegamento con il mercato del lavoro e la ricerca di opportunità di impiego. Essa non appare nella corrispondente previsione dell’art. 13 del Patto ONU ICESCR, mentre trova riscontro all’art. 6, par. 2 del Patto che richiede “technical and vocational guidance... programme” funzionali al diritto al lavoro, nella *Dakar Framework of Action* (goal 3) e nella Carta sociale europea (art. 9) che garantisce un *right to vocational guidance*.

13 V. in particolare il *General Comment no. 13* del Comitato delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali (ESCR Committee, *The Nature of State Parties Obligations*, UN Doc E/1991/23, 14 July 1990); con riferimento ai livelli di educazione, un utile riferimento è offerto dal modello di riferimento adottato in seno all’UNESCO per via di revisioni successive con il documento ISCED 2011 *The International Standard Classification of Education* (<http://uis.unesco.org/sites/default/files/documents/international-standard-classification-of-e>



È interessante notare inoltre come il contenuto di tali obblighi si sia arricchito via via anche alla luce degli orientamenti delle prassi nazionali di attuazione della Convenzione, che hanno talora interpretato creativamente le previsioni dell'art. 28, accelerando la realizzazione del *minimum core content* del diritto all'educazione. Cruciale in tal senso si è rivelato il ruolo dei giudici nazionali e di organismi o autorità indipendenti incaricati di monitorare il riconoscimento dei diritti convenzionali e di dare impulso a riforme legislative o a buone prassi coerenti con i principi e gli obiettivi del trattato. È il caso delle misure speciali destinate riconoscere i particolari bisogni educativi di gruppi specialmente vulnerabili, come i minori stranieri richiedenti asilo o beneficiari di protezione internazionale, le bambine sposate o in stato di gravidanza, i malati di HIV/AIDS, i minori appartenenti a minoranze (ed in particolare i ROM), i minori detenuti, quelli residenti in zone rurali o remote o in condizioni di stretta povertà etc.¹⁴ Le raccomandazioni del Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza hanno incoraggiato interventi periodici di raccolta e analisi dei dati, di supporto finanziario ai minori e alle famiglie, campagne di informazione e di *awareness-raising*, curricula flessibili e modelli didattici informali o ancora azioni di promozione della regolarità della frequenza scolastica. Significativamente, tali misure realizzano l'ispirazione antidiscriminatoria del primo comma dell'art. 28, che prevede il riconoscimento del diritto all'educazione “*on the basis of equal opportunity*” (in linea con la clausola generale dell'art. 2), rimuovendo ogni forma di discriminazione, formale o sostanziale, diretta e indiretta, che possa dirsi condizionante il buon esito delle *performance* educative del minore, tenuto conto dei *best interests* e della relativa capacità di auto-determinazione.

Scompare poi all'art. 28 il riferimento, altrove presente nelle clausole convenzionali sui diritti all'istruzione e all'educazione (cfr. l'art. 13, par. 3 del Patto ESCR), al diritto dei genitori al rispetto delle loro convinzioni religiose o filosofiche nelle scelte educative dei figli (recuperato poi nel combi-

education-isc-ed-2011-en.pdf). Rilevante ai fini interpretativi è inoltre il contributo della *World Bank* e dell'UNDP, specie nel consolidamento di standard di tutela uniformi a livello globale e dell'avanzamento delle tutele del diritto all'educazione primaria nei paesi in via di sviluppo. V, per esempio, iniziative come *the World Bank's Global Partnership for Education*, <https://www.globalpartnership.org>.

14 Per un esempio di categorie specialmente vulnerabili v. W. VANDENHOLE- E.CARTON DE WIARTH-H.M.L. DE CLERCK- P. MAHIEU- J. RYNGAERT- C. TIMMERMAN- M. VERHOEVEN, “Undocumented children and the right to education: illusory right or empowering lever?”, in *International Journal of Children's Rights*, 2011, p. 613 ss.



nato disposto di altre previsioni della Convenzione, come gli articoli 5, 14, par. 2 e 29, par. 2),¹⁵ mentre il punto di vista del minore in quanto tale emerge con immediatezza nel secondo paragrafo dell'art. 28, dedicato agli obblighi statali di vigilanza sulla compatibilità dei regimi disciplinari scolastici con la dignità e i diritti del discente e con i principi della Convenzione. Al divieto di misure disciplinari lesive dei diritti del minore, ed in particolare di quelle implicanti torture, violenze o trattamenti inumani o degradanti, si accompagna l'esigenza di amministrare ogni processo disciplinare in modo coerente con le tutele riconosciute al minore, ivi compresi i diritti di partecipazione.¹⁶

Il terzo paragrafo dell'art. 28 innova infine nella previsione di un espresso ed inequivoco appello alla cooperazione internazionale nel settore dell'educazione "al fine di contribuire all'eliminazione dell'ignoranza e dell'analfabetismo in tutto il mondo e facilitare l'accesso alle conoscenze scientifiche e tecniche e ai moderni metodi di insegnamento". Il riferimento è chiaramente inteso ad incoraggiare la stipulazione di accordi giuridicamente vincolanti volti al rafforzamento della garanzia di tale diritto fondamentale tenendo conto delle esigenze particolari dei Paesi in ritardo di sviluppo.

Con riferimento alla natura degli impegni statali, la formula dell'art. 28 della Convenzione riproduce tipicamente il tenore delle disposizioni che regolano diritti economici, sociali e culturali, dalle quali derivano obblighi convenzionali (di condotta e non solo di risultato, come nel caso dell'obbligo di facilitare in buona fede la cooperazione internazionale nel settore dell'edu-

¹⁵ Come rilevato dai commentatori, tra l'altro, una lettura combinata degli articoli 28, par. 1, 5, 12 e 14, par. 2 della Convenzione conferma l'obiettivo di *empowerment* del minore, garantendo la sua partecipazione nelle decisioni che implicino scelte educative conformi alle loro convinzioni morali o religiose. M. VERHEYDE, "Article 28, The Right to Education", cit., p. 9

¹⁶ Tipico e ben noto è il caso delle punizioni corporali, tradizionalmente usate nelle classi come misure di disciplina e chiaramente proibite dalla previsione in parola, insieme a tutte le altre misure che, pur non implicando il ricorso alla violenza fisica, siano suscettibili di ledere ingiustificatamente la fiducia e la dignità del minore, escludendolo da ogni forma di coinvolgimento nella comprensione dei comportamenti appropriati nel contesto degli ambienti educativi e dei relativi regimi sanzionatori. V. sul punto le posizioni del Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, *General Comment no. 13* (2011), *The Right of the Child to Freedom from All Forms of Violence*, UN Doc CRC/C/GC/13, 18 aprile 2011; ed inoltre UNGA, *Report of the Independent Expert for the United Nations, Study on violence against children*, UN Doc A/61/299, 29 agosto 2006. Meno rigoroso è il punto di vista della Corte europea dei diritti dell'uomo, v. in particolare la sentenza del 25 marzo 1993, ricorso n. 13134/87; *Costello Roberts v. United Kingdom*. In dottrina cfr. M.D.A FREEMAN, "Upholding the Dignity and Best Interest of the Children", in *Law and Contemporary Problems*, 2010, p. 21 ss.



cazione dei minori, art. 28, par. 3) talora privi di efficacia immediata e bensì dotati di portata eventualmente differita.¹⁷ Gli Stati parte assumono così in questo ambito obblighi di *garanzia* e di *rispetto* dei diritti protetti, dovendo adottare tutte le misure necessarie per la loro attuazione entro i limiti delle risorse disponibili e nell'ambito della cooperazione internazionale. Il trattato non specifica la natura delle risorse disponibili da destinare all'attuazione dei diritti relativi all'istruzione e all'educazione dei minori, che spetterà a ciascuno Stato parte definire nell'ampio spettro delle risorse economiche, sociali e amministrative, riconoscendo priorità alla garanzia di tali diritti nella relativa utilizzazione.

La garanzia integrale ed effettiva dei diritti protetti da tale previsione può assumere in ogni caso carattere progressivo ed appare modulata secondo diversi gradi di intensità degli obblighi statali, come risulta dalle scelte lessicali ricorrenti nei paragrafi 1 (b) ([Gli Stati parte devono] “incoraggiare lo sviluppo di diverse forme di istruzione secondaria...”, e 3 “...promuovere e incoraggiare la cooperazione internazionale in materia di istruzione”.

Con specifico riferimento agli obblighi in tema di educazione primaria, il carattere gratuito e obbligatorio per tutti dell'insegnamento è stato ritenuto dai Comitati delle Nazioni Unite espressione del *minimum core* del diritto all'educazione: sebbene il tenore letterale dell'art. 28 della Convenzione e dell'art. 13 del Patto ESCR giustifichi impegni di realizzazione progressiva, il Comitato ESCR e il Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza hanno più volte ribadito la necessità di un'attuazione in via prioritaria e immediata di tali previsioni raccomandando agli Stati intervenuti urgenti al fine di “provide sufficient funding to ensure free education at all levels of primary education for all children, by abolishing fees and any other costs in all schools”.¹⁸

In ogni caso, gli Stati parte sono chiamati ad assicurare il riconoscimento del diritto all'educazione nel rispetto del modello applicativo (“*the 4A model*”, su cui si veda *infra*) elaborato nel contesto del Patto ONU sui diritti

¹⁷ Secondo l'art. 4 della Convenzione, “gli Stati parte devono adottare tutte le misure legislative, amministrative e ogni altra misura appropriata per l'attuazione dei diritti riconosciuti nella presente Convenzione”. La stessa disposizione precisa che “per quanto riguarda i diritti economici, sociali e culturali, gli Stati parte devono adottare tali misure fino al massimo delle loro risorse disponibili e, ove necessario, nel quadro della cooperazione internazionale”.

¹⁸ V., in particolare, CRC Committee, *Concluding Observations Paraguay*, CRC/C/Pry/CO/3, par. 61.a.



economici sociali e culturali (ed in particolare dal Comitato ESCR e dal Relatore speciale sul diritto all'educazione), secondo cui l'educazione (come funzione, come servizio e come diritto) deve potersi considerare *available, accessible, acceptable e adaptable*.

Tanto detto, occorre ricordare brevemente i contenuti dell'art. 29 della CRC, che non possono essere lette isolatamente, integrando le previsioni dell'art. 28 con un' enfasi sulla dimensione qualitativa e valoriale dei processi educativi: ciò sia con riferimento agli obiettivi che l'educazione dei minori (nel senso meglio descritto *infra*) deve perseguire (par. 1), sia con riguardo al diritto dei singoli privati di creare e dirigere istituzioni didattiche nel rispetto dei principi e degli scopi educativi previsti dalla Convenzione e delle norme statali (par. 2).

Come più volte rilevato dal Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza nel suo primo *General Comment* con riferimento alle finalità dei processi educativi e pedagogici dei minori, “the child’s right to education is not only a matter of *access* (art. 28) but also of *content*” (par. 3). Così precisando: “...while article 28 focuses upon the obligations of State parties in relation to the establishment of educational systems and in ensuring access thereto, article 29 (1) underlines *the individual and subjective right to a specific quality of education*. Consistent with the Convention’s emphasis on the importance of acting in the best interests of the child, this article emphasizes the message of child-centred education: that the key goal of education is *the development of the individual child’s personality, talents and abilities*, in recognition of the fact that every child has unique characteristics, interests, abilities, and learning needs. Thus, the curriculum must be of direct relevance to the child’s *social, cultural, environmental and economic context* and to his or her present and future needs and take full account of the child’s evolving capacities; *teaching methods* should be *tailored to the different needs of different children*. Education must also be aimed at ensuring that essential life skills are learnt by every child and that no child leaves school without being equipped to face the challenges that he or she can expect to be confronted with in life” (par. 9).¹⁹

¹⁹ CRC Committee, *General Comment no. 1 on the Aims of Education* (Un Doc.CRC/GC/2001/1, 17 April 2001, paras 3 e 9, estratti (corsivi aggiunti). Sull’art. 29 della Convenzione si veda pure O. JAWONIYI, “Fulfilling Article 29:1 of the United Nations Convention on the Right of the Child – The Aims of Education through Religious Education” in *Religion and Human Rights*, 2014, pp. 31-59.



Si aggiunga che il secondo paragrafo dell'art. 29, letto insieme all'art. 28, par. 1 e all'art. 5 della Convenzione, può implicitamente fondare la libertà dei genitori di scegliere per i loro figli minori istituti educativi diversi da quelli pubblici che siano rispettosi della regolazione statale di riferimento e dei principi convenzionali, in particolare dei *best interests of the child* e dei relativi diritti di partecipazione alle decisioni che lo riguardano. Libertà, quest'ultima, specularmente appunto al diritto di istituire scuole private coerenti con la nozione olistica di "educazione" che emerge dal par. 1 dell'art. 29: non limitata, cioè, alla conoscenza e all'apprendimento dei tradizionali contenuti pedagogici di base, come le lingue o la matematica, ma orientata allo sviluppo di *life skills* necessarie a realizzare la personalità del minore nel contesto della comunità e dell'ambiente in cui vive. Dei contorni e delle implicazioni della nozione di "educazione" elaborata in seno alla CRC diremo dunque nel paragrafo che segue.

3. Questioni definitorie: la nozione di "educazione" adottata dalla CRC

È indubbio che il significato essenziale del diritto all'educazione del minore prefigurato dalla Convenzione – e così quello dei corrispondenti obblighi in capo agli Stati parte – sia ricavabile dal par. 1 dell'art. 28, che sintetizza in termini di impegno progressivo il *minimum core content* di tale complessa garanzia. La genericità della formulazione normativa non agevola tuttavia l'interpretazione di una disposizione dalla portata assai ampia, che presuppone il riferimento ad una nozione, non meglio definita, di "educazione".

Occorre dunque in via preliminare domandarsi quale sia il significato da attribuire al termine (*right to*) "education" utilizzato dalla Convenzione con implicazioni di non poca portata.

In breve, come ricordato, l'art. 28 richiede agli Stati il riconoscimento del relativo diritto individuale imponendo obblighi positivi di organizzazione di sistemi educativi idonei ad assicurare il godimento dei diversi livelli di istruzione a tutte le persone di minore età, su basi di uguaglianza e senza discriminazioni e assicurando, secondo i casi e le tipologie, un'educazione obbligatoria e gratuita.

Nel lessico degli strumenti internazionali sui diritti umani, il riferimento all'"educazione" è generalmente inteso in un senso ampio, come inclusivo



tanto dell'acquisizione di *basic skills* quanto dello sviluppo intellettuale, spirituale e relazionale delle giovani generazioni.²⁰

La prassi del Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza offre utili indicazioni per sostenere che i diritti protetti dall'art. 28, par. 1, aderiscono a tale idea comprensiva di "educazione" che include le due dimensioni del possesso di competenze di base e di quelle abilità decisionali, creative e di pensiero critico che caratterizzano lo sviluppo della personalità. Tanto è confermato dalla lettura integrata degli articoli 28, par. 1, e 29, par. 1, alla luce dei contenuti e dei valori che quest'ultima previsione elenca come obiettivi di un modello educativo centrato sulla crescita culturale e sociale del minore. Il complemento dell'art. 29 aggiunge infatti, come dicevamo, al diritto all'educazione tutelato dall'art. 28 una dimensione qualitativa focalizzata sulla dignità e sui diritti fondamentali del minore nel contesto dei processi e degli ambienti educativi, e sulla base di *curricula* sensibili ai profili identitari, culturali e linguistici dei discenti, ai valori nazionali dei paesi di residenza, oltre che al rispetto dei diritti umani, dell'ambiente e dei principi della Carta delle Nazioni Unite.

L'educazione come intesa nel quadro convenzionale aspira dunque ad essere "child-centred, child-friendly and empowering", come ribadito più volte dallo stesso Comitato secondo cui, appunto, "The goal is to *empower* the child by developing his or her skills, learning and other capacities, human dignity, self-esteem and self-confidence. 'Education' in this context goes far beyond *formal schooling* to embrace *the broad range of life experiences and learning processes which enable children, individually and collectively, to develop their personalities, talents and abilities and to live a full and satisfying life within society*".²¹

Inoltre, la previsione di meccanismi di "non formal education", organizzati al di fuori delle istituzioni educative ufficiali come scuole, collegi

²⁰ L'approccio convenzionale all'educazione, come interpretato dal Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, appare coerente con la *UNESCO Recommendation concerning Education for international Understanding, Cooperation and Peace and Education relating to Human Rights and Fundamental Freedoms* (1974) ove si legge (par. 1.a): "The word 'education' implies the entire process of social life by means of which individuals and social groups learn to develop consciously within, and for the benefit of, the national and international communities, the whole of their personal capacities, attitudes, aptitudes and knowledge. This process is not limited to any specific activities".

²¹ CRC Committee, *General Comment no. 1 on the Aims of Education* (Un Doc.CRC/GC/2001/1, 17 April 2001, para. 2 (corsivi aggiunti).



o università, sulla base di programmi informali e in contesti normalmente estranei a tali attività come ambienti rurali o comunità locali o remote (*village, community-based or open air schooling*), è contemplata nella produzione del Comitato, che talora ne raccomanda la previsione a beneficio di minori appartenenti a gruppi o categorie specialmente vulnerabili, come disabili, lavoratori, orfani, minori in aree di conflitto o in situazioni di emergenza, *indigenous children, children living a nomadic lifestyle o street children*.²² Si tratterebbe, in casi del genere, di misure specifiche assunte dagli Stati al fine di rispondere a situazioni particolari e così di riconoscere indiscriminatamente il diritto all'educazione sia pure in forme diverse da quelle ordinarie.

Lo stesso può affermarsi per le pratiche, più controverse, di *home schooling*, talora sospettate di privare il minore della necessaria socializzazione fuori dall'ambiente domestico, e tuttavia ammissibili ai sensi della CRC che garantisce il diritto all'educazione (e non uno specifico *right to schooling*) fintanto che le scelte educative dei genitori o dei familiari non contrastino con gli obiettivi e i principi convenzionali.²³

Nulla può desumersi poi dal testo convenzionale degli articoli 28 e 29 sulla durata dei percorsi educativi, né sulla lunghezza dei diversi livelli di educazione (primaria, secondaria, superiore) lasciata alla determinazione discrezionale degli Stati parti, salva l'indicazione del Comitato di prevedere un'età minima e un'età massima per il completamento dell'educazione obbligatoria, e di far coincidere la conclusione della *compulsory education* (generalmente estesa oltre il livello di istruzione primaria, in alcuni Stati fino all'età di 16 o 17 anni) con l'età minima per l'accesso dei minori al lavoro.²⁴

22 CRC Committee, *General Guidelines regarding the form and the contents of the periodic reports* (UN Doc. CRC/C/58, 1996, par. 106; il Comitato ha raccomandato spesso agli Stati di monitorare la qualità degli schemi educativi non formali e di armonizzarli, nella misura del possibile, con gli standard e gli obiettivi pedagogici dei sistemi formali in occasione di *Concluding Observations*, come nel caso di Azerbaijan (UN Doc. CRC/C/66, 1997, para. 306); El Salvador (UN Doc. CRC/C/15/Add.232, 2004, para. 58); Giappone (Un Doc. CRC/C/133, 2004, para. 309). In dottrina si veda, in particolare, M. NOWAK, "The right to education – its meaning, significance and limitations", in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1991, p. 423.

23 Si veda sul punto D. MONK, "Home Education: a Human Right?", in *Evaluation & Research in Education*, 2013, p. 15 ss; D. MONK, "Regulating Home Education: Negotiating Standards, Anomalies and Rights", in *Child and Family Law Quarterly*, 2009, p. 155 ss.

24 L'estensione della *compulsory education* oltre il limite minimo d'età per l'accesso all'impiego potrebbe limitare tuttavia scelte legittime dei minori proiettati verso il mercato del lavoro e la loro autonomia decisionale, e richiedere un giusto temperamento con l'interesse del minore e i relativi diritti ex art. 12 della Convenzione.



Al di là degli interrogativi relativi alle fasce d'età da vincolare ai percorsi educativi obbligatori (generalmente previste tra i 5 e i 7 anni tra i 10 e i 12 per l'avvio e la conclusione della *primary education* e fra i 12 e i 17 anni per la *secondary education*), un dato non chiarito, pur se risolto negativamente in sede di lavori preparatori della Convenzione, è quello dell'eventuale inclusione nella nozione di "educazione" delle esperienze prescolastiche di *early childhood* o *pre-primary education*, per lo più non contemplate dagli altri strumenti internazionali a livello universale e regionale e menzionate invece in alcuni documenti non vincolanti come la *World Declaration on Education for All* (art. 5) del 1990 e la *Dakar Framework for Action* (art. 7, par. 1) del 2000. La prassi del Comitato ha inteso incoraggiare il ricorso a tali servizi, specialmente in occasione delle procedure di *reporting* degli Stati parte, nella prospettiva di incoraggiare ogni forma di educazione prescolastica dei minori in tenera età come parte integrante della *primary education*.

Nello spettro ampio della nozione di "educazione" adottata dalla Convenzione si collocano i diversi livelli o gradi individuati dall'art. 28, par. 1, lettere (a) - (c), come momenti sequenziali di un processo formativo che include, come ricordato, la formazione primaria, obbligatoria e gratuita per tutti; la formazione secondaria, sia generale che professionale, aperta e accessibile ai minori attraverso "misure appropriate"; la formazione superiore, garantita a tutti "con ogni mezzo appropriato, in base alle attitudini di ciascuno". La lettera delle formule utilizzate appare chiara – anche nella comparazione con la formula più garantista dell'art 13 del Patto ONU sui diritti economici, sociali e culturali –, nel distinguere il contenuto e il carattere progressivo degli obblighi statali sulla base delle priorità convenzionali e delle tipologie di istruzione, e tenuto conto dei margini di scelta discrezionale lasciati agli Stati parte nel regolare l'accesso e la disponibilità delle diverse forme di insegnamento a beneficio dei minori e sulla base di pari opportunità.

4. Modelli di garanzia del diritto all'educazione: diritti e obblighi a geometria variabile

L'analisi dei contenuti delle norme ricavate dagli artt. 28 e 29 della Convenzione e della natura dei corrispondenti obblighi statali consente di delineare i contorni delle dimensioni applicative del diritto all'educazione, come



rappresentati dall'operato del Comitato delle Nazioni Unite sui diritti economici sociali e culturali e del Relatore speciale sul diritto all'educazione. A tali organismi è da riconoscere il merito di aver elaborato uno schema minimo di sintesi, usualmente indicato come il modello delle "4 A" (*availability, accessibility, acceptability adaptability*), delle "dimensioni qualitative" del diritto all'educazione, che funge da utile parametro di riferimento per la corretta realizzazione degli *standard* convenzionali in sede domestica.²⁵ Si tratta di qualità o caratteristiche essenziali che ricorrono in tutte le narrative sul riconoscimento del diritto all'educazione "in all its forms and at all levels", indipendentemente dalle situazioni di contesto e dalle condizioni socio-economiche dei singoli Stati parte.

Tale mappatura delle progressive forme di realizzazione del diritto protetto è stata mutuata, in parte, dal Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza che vi ha fatto riferimento nel raccomandare agli Stati di rendere effettivamente disponibili (*available*) e accessibili (*accessible*) i diversi sistemi e livelli di istruzione a beneficio dei minori ed entro i margini di intervento a geometria variabile di cui agli artt. 28 e 29 della Convenzione.

L'effettiva portata dei diritti protetti attraverso il riferimento alla locuzione letterale dell'art. 28, par.1, (b), - "*available and accessible to every child*" riferita allo sviluppo di diverse forme di "*secondary education*" - resta tuttavia difficile da determinare in astratto e può essere verificata solo caso per caso e con l'ausilio interpretativo dei *monitoring bodies* e, talvolta, della giurisprudenza pertinente delle corti internazionali.

In termini generali il richiamo alla "availability" delle funzioni educative intende far riferimento alla disponibilità di risorse materiali, finanziarie, umane allo scopo di garantire il pieno riconoscimento del diritto protetto: le infrastrutture scolastiche e i relativi servizi, i materiali di insegnamento, il personale docente, adeguatamente preparato e retribuito, sono tutti indicatori per la valutazione del grado minimo di *availability* che costituisce presupposto per la verifica dell'ulteriore dimensione costitutiva del diritto all'educazione, quella, vale a dire, della "*accessibility*".

Quest'ultima appare complementare alla prima nel prescrivere che, sul presupposto di un sistema ordinato di risorse disponibili, il diritto all'educazione deve essere riconosciuto a tutti sulla base di pari opportunità e del

²⁵ K. TOMAŠEVSKI, *Right to Education Primer 3: Human Rights Obligations: Making Education Available, Accessible Acceptable and Adaptable*, Raul Walleberg institute, 2001; ESCR Committee, *General Comment no. 13, on the Right to Education*, par. 6 (a).



principio generale di non discriminazione di cui all'art. 2 della Convenzione. Il tema dell'accessibilità è declinato, con riferimento soprattutto alle categorie specialmente vulnerabili, come rispetto e garanzia dei diritti dei minori “senza discriminazione di sorta” (*divieto di discriminazione in fatto e in diritto*), come *accessibilità fisica* alle infrastrutture territoriali – e così per esempio agli interventi di incentivazione della mobilità e dei trasporti da e verso aree marginali o periferiche - ed ai programmi di insegnamento anche attraverso il ricorso alle tecnologie di “distance learning” ed infine come *accessibilità economica* tale da rendere ‘sostenibile’ per tutti il godimento del diritto protetto.

Gli obblighi statali inerenti ai profili di accessibilità economica sono poi diversamente regolati dall'art. 29, par. 1, in relazione ai livelli di istruzione primaria, secondaria e superiore: mentre l'impegno a provvedere una istruzione primaria “free to all” è da intendersi come una priorità immediata per gli Stati parti (a), lo stesso è formulato variamente in termini progressivi rispetto all'istruzione secondaria (b) e a quella superiore (c).

Gli altri due elementi del modello “4 A” già richiamato, l'*acceptability* e l'*adaptability*, spostano l'asse degli obblighi di attuazione della Convenzione sui profili della *qualità* dei sistemi educativi e della relativa duttilità ai cambiamenti socio-culturali e flessibilità rispetto alle esigenze dei discenti.

Acceptability significa in breve che i curricula, i metodi e gli approcci di insegnamento, gli strumenti e gli obiettivi formativi devono assicurare adeguati livelli di qualità, essere culturalmente appropriati e pertinenti alla luce di *minimum educational standard* prefissati e così essere ritenuti soddisfacenti anche dagli studenti titolari del diritto nei termini della Convenzione. Elementi per la valutazione della qualità dell'istruzione dei minori nel contesto convenzionale sono utilizzati dal Comitato per i diritti dell'infanzia a partire dagli spunti offerti dai numerosi documenti UNICEF e UNESCO intesi a definire criteri di qualità nel settore dell'educazione, e a partire dai contenuti dell'art. 29: tra questi, i contenuti dei programmi di studio, le lingue dell'insegnamento, il rapporto docenti-studenti e la numerosità delle classi, la qualità del management delle strutture educative, la ricorrenza di casi di bullismo o violenza, la durata del tempo libero e di riposo, la flessibilità e adattabilità dei servizi educativi.²⁶

Il tema della *adaptability* ha assunto infine un peso crescente con riferi-

²⁶ V. in particolare, ICR Committee, *Concluding Observations, Nigeria*, CRC/C/15/Add.257, para. 62, c).



mento non solo all'esigenza di tener conto delle caratteristiche e dei bisogni individuali di minori vulnerabili per ragioni di genere, disabilità, lingua o disuguaglianze di carattere economico, ma anche di adattamento dei sistemi educativi a particolari situazioni di crisi, come emergenze umanitarie, zone di conflitti armati o esperienze di ricostruzione post-bellica, in cui gli Stati parti devono assumere tutte le misure necessarie, nei limiti massimi delle risorse disponibili, al riconoscimento del diritto all'educazione come modulato alla luce ed in funzione del contesto.

5. L'attuazione degli obblighi convenzionali in materia di educazione nell'ordinamento italiano. Prime conclusioni

Alla luce di quanto detto, l'impianto garantistico del diritto all'educazione rappresenta una guida all'attuazione degli obblighi internazionali degli Stati parte, chiamati a prevedere apposite istituzioni e servizi al fine di assicurare la piena attuazione e la tutela dei diritti e degli interessi delle persone di minore età, in conformità a quanto previsto dalle convenzioni internazionali.

Nel quadro dell'ordinamento italiano, l'istituzione – con la legge 12 luglio 2011, n. 112 – dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza ha rappresentato un'importante misura idonea a raggiungere gli obiettivi prefigurati dalla CRC in vista del pieno riconoscimento del diritto dei minori all'educazione. L'attività di promozione e coordinamento delle misure di attuazione svolta dall'Autorità assume infatti in tale ambito un'importanza particolare, specie in considerazione del dialogo costante avviato con le istituzioni politiche e amministrative al fine di assicurare la coerenza e conformità dell'azione pubblica con i principi e gli scopi della Convenzione e dei suoi Protocolli, oltre che degli altri strumenti normativi internazionali, europei e nazionali. L'Autorità formula, tra l'altro, pareri, osservazioni e proposte in merito a leggi, progetti di leggi, politiche ed altri documenti governativi rilevanti in tema di tutela e promozione in Italia dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. L'art. 3, comma 1, lettera g), l. n. 112 del 2011 ha previsto in particolare il potere/dovere di tale organismo di segnalare al Governo, alle regioni o agli enti locali le iniziative necessarie a garantire la piena attuazione dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in materia di educazione e istruzione. Merita un cenno finale in questa sede la sintesi contenuta nelle due recenti note di



segnalazione al Governo, tramesse rispettivamente il 13 settembre 2018 e il 16 settembre 2019, al fine di richiamare l'attenzione su alcuni *dossier* di intervento utili all'attuazione dei diritti ex artt. 28 e 29 della Convenzione.²⁷ I temi all'ordine del giorno, che ripropongono le “dimensioni qualitative” del diritto all'educazione descritte attraverso il modello delle “4 A” (*availability, accessibility, acceptability, adaptability*), monitorano gli sviluppi normativi e amministrativi su salubrità e sicurezza e accessibilità degli edifici scolastici, con particolare riferimento agli studenti portatori di disabilità; contrasto alla povertà educativa e alla marginalità, anche attraverso il ripensamento degli istituti scolastici come spazi aperti ed inclusivi; lotta al bullismo e cyberbullismo nelle scuole, mediante programmi di potenziamento della consapevolezza digitale; lotta alla dispersione scolastica attraverso azioni di sistema; garanzie di pari opportunità di accesso al sistema educativo e di inserimento scolastico in itinere di soggetti a rischio di esclusione, come i minorenni non accompagnati, quelli provenienti da famiglie con fragilità, quelli in affido o in adozione e quelli temporaneamente collocati in strutture di accoglienza.

Questo ultimo tema, assai delicato, è stato poi ulteriormente sviluppato dall'Autorità garante attraverso l'adozione di *Linee Guida per il diritto allo studio delle alunne e degli alunni fuori dalla famiglia di origine*,²⁸ che mostrano uno sforzo significativo di sensibilizzazione, orientamento e messa in rete delle istituzioni e dei soggetti coinvolti al fine di assicurare adeguati modelli di *governance* dell'inclusione scolastica di soggetti specialmente vulnerabili attraverso la specializzazione e la qualità dei servizi educativi e la promozione delle dimensioni relazionali e di socializzazione dell'educazione scolastica.

Le priorità tematiche dell'agenda dell'Autorità garante mostrano in definitiva con evidenza la duplice dimensione garantistica dei processi educativi del minore, i cui diritti all'istruzione si rivelano autenticamente *enabling rights* o *empowering rights* tesi ad ampliare e moltiplicare le capacità dei soggetti di esercitare effettivamente altri diritti con essi interdipendenti e correlati nel quadro olistico prefigurato dalla Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

²⁷ Le due note richiamate nel testo sono rispettivamente consultabili sul sito dell'Autorità garante: https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/nota_priorita_agia_scuola_stamped.pdf e <https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/priorita-scuola-2019.pdf>.

²⁸ Le Linee Guida richiamate nel testo sono consultabili al seguente indirizzo: https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/linee_guida_per_il_diritto_allo_studio_delle_alunne_e_degli_alunni_fuori_dalla_famiglia_di_origine.pdf.

PERSONE DI MINORE ETÀ E DISABILITÀ

PIETRO FRANZINA E ILARIA AGUIRONI ¹

Sommario: 1. La disabilità e diritti che vi si ricollegano. – 2. Le norme pertinenti: un quadro articolato. – 3. Il divieto di discriminazione. – 4. La preminenza dell’interesse del minorenni disabile. – 5. Le azioni positive richieste agli Stati. – 5.1 Autonomia e inclusione. – 5.2 Cura e assistenza. – 5.3 Cooperazione. – 6. Conclusioni.

1. La disabilità e diritti che vi si ricollegano

L’art. 23, par. 1, della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza riconosce ai bambini e ai ragazzi con disabilità il diritto di vivere una vita piena e decente (“a full and decent life”), in condizioni che ne garantiscano la dignità, ne favoriscano l’autonomia e ne agevolino la partecipazione attiva alla vita sociale. L’art. 2 della medesima Convenzione, che ne costituisce il necessario complemento, impone agli Stati di rispettare i diritti enunciati nella Convenzione nei confronti di ogni bambino e ogni ragazzo, senza discriminazione, comprese quelle basate sulla disabilità.

Tre le idee di fondo che sorreggono le disposizioni ora ricordate: (a) i minorenni con disabilità sono dei titolari di diritti, non i beneficiari, di misure di sostegno o di provvidenze economiche più o meno generose; (b) i diritti di cui sono titolari sono gli stessi diritti che spettano a qualsiasi bambino e a qualsiasi ragazzo: vivere una vita degna, realizzarsi come persone ed essere parte attiva di una società aperta; (c) spetta agli Stati fare il necessario affinché la disabilità non rappresenti un ostacolo al godimento pieno ed effettivo di tali diritti.

¹ Rispettivamente Professore associato di diritto internazionale, Università di Ferrara (pietro.franzina@unife.it), e Assegnista di ricerca in diritto internazionale, Università di Ferrara (ilaria.aquironi@unife.it). Lo scritto è il frutto della riflessione congiunta dei due autori. Sono peraltro imputabili all’apporto individuale di Ilaria Aquironi i paragrafi 4 e 5.



Per capire il senso delle formule impiegate dalla Convenzione e coglierne le implicazioni concrete è necessario, per cominciare, soffermarsi sul concetto di “disabilità”. Definire questa espressione non è facile.² Il termine allude a situazioni di vita assai diverse fra loro, legate a menomazioni – congenite o acquisite, temporanee o permanenti – delle facoltà motorie, sensoriali, intellettive o psico-sociali di una persona.

Intendere la parola disabilità come un sinonimo di menomazione non aiuta, però, a comprendere come le norme sui diritti umani si accostino a questo fenomeno. Soccorre, a questo fine, un altro testo normativo: la Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone con disabilità,³ in vigore per quasi tutti gli Stati del mondo, Italia compresa.⁴ La Convenzione respinge l’idea che l’umanità possa essere divisa in due gruppi: da un lato gli individui che possiedono un “normale” corredo di abilità (perché si spostano sulle proprie gambe, sono in grado di fare un’operazione aritmetica, sanno comportarsi in modo socialmente conveniente o accettabile, etc.) e dall’altro quelli che, per qualche ragione, non dispongono di una o più di quelle competenze. A questa idea binaria, imperniata sul parametro della “normalità”, la Convenzione contrappone l’immagine di un’umanità complessa ed eterogenea, fatta di individui unici, diversi l’uno dall’altro per abilità e modi di vita, ma uguali nella dignità.⁵ La diversità – nelle abilità come nell’aspetto, nella lingua, nella cultura etc. – è in fondo, per il diritto internazionale dei diritti umani, un tratto caratteristico della condizione umana.

Da qui il rifiuto di vedere nelle menomazioni di una persona uno *status* capace di definire quella persona, riassumendone l’identità. Per la Convenzione, la disabilità non descrive le menomazioni di una persona: la disabilità è, piuttosto, la condizione in cui versa quella persona per via del

2 V. su tutta la tematica M.G. BERNARDINI, *Disabilità, giustizia e diritto – Itinerari tra filosofia del diritto e disability studies*, Giappichelli, 2016, *passim*.

3 A/RES/61/106. Sulla Convenzione, v. in generale, nell’ampia letteratura, F. SEATZU, “La Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone disabili: i principi fondamentali”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 535 ss.

4 La Convenzione, che è in vigore sul piano internazionale dal 3 maggio 2008, conta oggi, tra Stati e organizzazioni internazionali, 177 parti. L’Italia vi ha dato attuazione con la legge 3 marzo 2009, n. 18.

5 Sull’abbandono del c.d. paradigma abilista e l’emersione di una concezione della disabilità imperniata sui diritti della persona e la sua inclusione, v. in generale, per tutti, C. BARNES, G. MERCER, *Exploring Disability*, 2ª ed., Polity, 2010.



fatto che la società, per come è organizzata, le impedisce di godere a pieno dei suoi diritti.⁶ Per dirlo con un esempio, un bambino sordo non è disabile perché non sente: egli sperimenta una condizione di disabilità se e nella misura in cui la società in cui vive gli nega, a motivo della sordità, le *chances* altrimenti offerte ai bambini della sua età, magari perché gli preclude l'opportunità di acquisire un'istruzione adeguata (o gli impone un'educazione separata, come ancora accadeva in Italia prima che la legge 4 agosto 1977, n. 517 ponesse concretamente le basi per l'integrazione scolastica dei bambini e dei ragazzi con disabilità), o perché gli impedisce di godere della compagnia dei coetanei e di svolgere negli ambienti che frequenta (la famiglia, la scuola, la palestra in cui pratica uno sport, etc.) la vita degna, attiva ed indipendente che ogni bambino dovrebbe poter vivere.

La disabilità, intesa nei termini appena indicati, non parla della persona che presenta una menomazione, ma della realtà che la circonda. Essa dunque nasce nella società – cioè dalle sue regole, dalle sue prassi – e nella società può essere superata. Si tratta in questo senso di una sfida: una sfida a rinnovare la società stessa, rendendola inclusiva.

2. Le norme pertinenti: un quadro articolato

Sono diverse le norme internazionali che riconoscono i diritti fondamentali dei minorenni con disabilità. L'art. 23 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (di seguito anche "CRC") è, in questo senso, la tessera di un mosaico più ampio.

Alcune norme, come lo stesso art. 23 della CRC e l'art. 7 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, di cui si parlerà diffusamente nelle pagine che seguono, si riferiscono in modo specifico ai minori che sperimentano una condizione di disabilità.

Altre norme, invece, hanno una portata più generale, vuoi perché si riferiscono indifferentemente a tutti i minori, a prescindere dalla disabilità, vuoi perché, per contro, si riferiscono a tutte le persone con disabilità, quale ne sia l'età. È il caso, ad esempio, delle norme racchiuse nella Convenzione

⁶ Nelle parole del Commento generale n. 9 alla CRC, adottato il 27 febbraio 2007 dal Comitato ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, la disabilità consiste in "a combination of social, cultural, attitudinal and physical obstacles which children with disabilities encounter in their daily lives": CRC/C/GC/9, *The Rights of Children with Disabilities*, p. 2.



europea dei diritti dell'uomo ("CEDU"). In esse non si parla esplicitamente di disabilità, ma è pacifico – e attestato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, come si dirà poco sotto – che concorrano alla protezione dei medesimi diritti che la CRC e la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità sanciscono in modo aperto e diretto.⁷

Questa varietà di approcci non deve stupire. La tutela internazionale dei diritti umani, oltre a svilupparsi su più livelli (il livello universale e quello regionale), si traduce perlopiù in testi normativi a carattere speciale, cioè riferiti in modo specifico ad una determinata categoria di diritti, o a una particolare categoria di persone, o di fenomeni sociali. I diritti umani, del resto, non sono fra loro del tutto omogenei. Stando ad una classificazione che è stata in voga per lungo tempo, esisterebbero diverse generazioni di diritti: la prima generazione comprenderebbe i diritti civili e politici, di impronta liberale; la seconda raccoglierebbe i diritti economici, sociali e culturali, la cui attuazione implica un ruolo attivo dello Stato; la terza riguarderebbe i diritti posti a presidio di interessi collettivi.⁸

In realtà, gli strumenti internazionali volti alla protezione dei diritti umani non si presentano affatto come dei testi reciprocamente indipendenti, né sono stati pensati per operare nel chiuso del proprio ambito, senza interazioni.⁹ La stessa distinzione dei diritti fondamentali in generazioni – che ha il pregio di mettere in luce il susseguirsi di sensibilità diverse nella storia delle idee politiche – segnala che, oggi, spesso all'interno di un medesimo strumento normativo, coesistono, variamente combinati fra loro, diritti fondamentali

7 *Human Rights, Disability, Children – Towards International Instruments for Disability Rights: The Special Case of Disabled Children*, Council of Europe, 2005, p. 12.

8 V. in generale F. POCAR, "Some Thoughts on the Universal Declaration of Human Rights and the Generations of Human Rights", in *Intercultural Human Rights Law Review*, 2015, p. 43 ss.

9 Le interazioni più ovvie sono quelle interpretative, fondate sul principio di integrazione sistemica codificato secondo le regole consuetudinarie di ermeneutica dei trattati all'art. 32, par. 3, lett. b), della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati, ai sensi del quale, nel ricostruire il senso della disposizione di una convenzione internazionale si deve avere riguardo ad ogni altra regola internazionale pertinente applicabile nei rapporti fra le parti del trattato da interpretare ("any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties"). Ciò in particolare consente, ai fini che qui interessano, di trarre dalla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità indicazioni utili all'interpretazione delle norme della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, e viceversa. V., per un'applicazione, I. BANTEKAS, "Art. 7", in *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, a cura di I. Bantekas, M. A. Stein, D. Anastasiou, Oxford University Press, 2018, p. 201.



che differiscono fra loro per logica e implicazioni. Non dunque tre corpi separati, ma tre approcci che convivono e comunicano.

Si spiega alla luce di questi rilievi l'affermazione, oggi frequente, secondo cui i diritti umani garantiti dall'ordinamento internazionale sono universali, indivisibili e interdipendenti.¹⁰ Sono universali perché, pur potendo presentare declinazioni diverse da una regione del mondo all'altra, rifiutano di presentarsi come il patrimonio di una parte soltanto dell'umanità. Sono indivisibili perché, muovendo da una matrice comune – il rispetto per la dignità della persona – non sopportano che uno Stato si impegni a realizzarne alcuni solo a discapito di altri. Infine, sono interdipendenti e mutualmente correlati perché, per quanto riposino spesso su regole speciali, si tratta di diritti che acquistano un senso pratico ed effettivo solo accompagnandosi ad altri diritti: ad esempio, il diritto del minore a ricevere un'istruzione, garantito dall'art. 28 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, ha poco senso se nello stesso tempo non viene garantita ai genitori – primi responsabili dell'educazione, ai sensi dell'art. 18 della Convenzione – una retribuzione tale da assicurare delle condizioni di vita decenti, come chiedono, fra gli altri, l'art. 7 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali del 16 dicembre 1966,¹¹ e il principio 4 della Carta sociale europea, come riveduta il 3 maggio 1996.¹²

Le considerazioni appena proposte, significativamente richiamate nel preambolo della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, valgono anche per il tema affrontato in questo scritto: i diritti fondamentali dei minorenni disabili sono patrimonio di tutti i bambini e di tutti i ragazzi, quale ne siano l'origine, l'aspetto e la condizione; fanno corpo con gli altri diritti spettanti in generale ai bambini e ai ragazzi, o alle persone con disabilità, senza che il rispetto di un diritto possa autorizzare il disconoscimento di un altro (cosa ben diversa, si intende, dal loro temperamento, in sé lecito e spesso anzi necessario); esigono, infine, di essere letti gli uni alla luce degli altri, nella consapevolezza che ogni specifico diritto concorre, per la sua parte, all'obiettivo generale di garantire all'interessato una vita degna all'interno di una società aperta e inclusiva.

¹⁰ V. per tutti D.J. WHEELAN, *Indivisible Human Rights: A History*, University of Pennsylvania Press, 2010.

¹¹ A/RES/2200A(XXI).

¹² Consiglio d'Europa, Carta sociale europea (Revisione), 3 maggio 1996.



3. Il divieto di discriminazione

I rilievi appena svolti fanno da sfondo al generale divieto imposto agli Stati di operare discriminazioni nel godimento dei diritti umani.

Il già riferito art. 2 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza esige il rispetto dei diritti sanciti dalla Convenzione nei confronti di tutti, senza distinzioni. Si prenda, ad esempio, l'art. 28, relativo al diritto all'educazione. La norma elenca alcune delle misure che gli Stati sono tenuti ad adottare per rendere concreto tale diritto. Essi debbono, tra le altre cose, istituire forme di insegnamento primario obbligatorio e gratuito, e predisporre forme di insegnamento secondario, tanto generale quanto professionale. Ebbene, il concreto beneficio di tali misure va assicurato ad ogni minorenne, compresi quelli che, per effetto di una menomazione, abbiano bisogno – per goderne in modo pieno e concreto – di accorgimenti e misure organizzative particolari, quali, ad esempio, in caso di menomazioni sensoriali, l'impiego di supporti didattici fruibili malgrado tale menomazione, oppure, in caso di disabilità intellettive, il ricorso a metodi didattici dedicati.

Un analogo divieto di discriminazione è sancito in termini generali dall'art. 14 della CEDU. Il godimento dei diritti protetti dalla Convenzione, vi si dice, dev'essere assicurato dagli Stati contraenti a chiunque sia soggetto alla loro giurisdizione, senza distinzioni. È proscritta ogni discriminazione fondata su criteri come il sesso, la razza o le condizioni economiche della persona di cui trattasi. Pur in mancanza di riscontri testuali espliciti, è pacifico che l'art. 14 della CEDU vieti anche ogni discriminazione che faccia leva sui deficit di cui sia affetto l'interessato.¹³ Così, ad esempio, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto nella sentenza relativa al caso *Çam* che la Turchia fosse incorsa in una violazione del combinato disposto dell'art. 14 della Convenzione e dell'art. 2 del Primo Protocollo alla Convenzione stessa – in tema di diritto all'educazione – per il rifiuto opposto dall'Accademia nazionale turca di musica all'ammissione di una studentessa, a motivo della cecità della stessa, malgrado la sua piena qualificazione sotto ogni altro aspetto.¹⁴

¹³ L. LOUCAIDES, “The Role of the European Court of Human Rights in the Protection of the Rights and Dignity of People with Disabilities”, in *Human Rights, Disability, Children*, Council of Europe, 2005, p. 37 ss.

¹⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 23 febbraio 2016, ric. n. 51550/08, *Çam c. Turchia*.



Alla stessa conclusione conduce l'art. 7, par. 1 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, in forza del quale gli Stati debbono assicurare ai bambini e ai ragazzi con disabilità il pieno godimento (“the full enjoyment”) di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali (“all human rights and fundamental freedoms”): quei diritti, viene specificato, devono poter essere goduti da chi versa in una condizione di disabilità alle stesse condizioni a cui possono accedervi gli altri minori (“on an equal basis with other children”).¹⁵

Per le ragioni dette poc'anzi, la formula appena riferita va letta assieme a quella, analoga, contenuta nel citato art. 2 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, di cui corrobora e precisa gli effetti.

Si immagini, ad esempio, che una scuola superiore si accinga a selezionare fra i propri studenti quelli che la rappresenteranno in occasione di una competizione fra istituti scolastici, con l'intesa che gli studenti selezionati seguiranno per qualche settimana, in preparazione delle prove, un breve corso avanzato sui temi del concorso. Senonché, consapevole che per ragioni organizzative il corso dovrà svolgersi in locali della scuola che presentano delle barriere architettoniche, la scuola decide di non ammettere uno studente con problemi di mobilità, ma per il resto perfettamente qualificato; ciò in considerazione del fatto che questi non sarebbe in grado da solo, in condizioni di sicurezza, di raggiungere i locali in cui si svolgerà il corso. Si tratta di una discriminazione vietata?

Esaminando la questione nella prospettiva della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità riesce agevole, più di quanto non avvenga guardando soltanto alla Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, mettere in relazione il principio di non discriminazione con le norme che gli fungono da contesto, come l'art. 9 della prima Convenzione. Questo dispone che, per consentire a ciascuno di vivere in maniera indipendente e di partecipare pienamente a tutti gli aspetti della vita, gli Stati devono garantire alle persone con disabilità pari condizioni di accesso agli ambienti fisici, ai trasporti, all'informazione e alla comunicazione. Beninteso, la Convenzione non impone agli Stati un obbligo assoluto di abbattere tutte le barriere che impediscono l'accessibilità degli edifici. Gli Stati sono tenuti ad assumere le misure necessarie ad assicurare il godimento effettivo dei diritti protetti dalla Convenzione, ma quando si tratti di azioni positive volte all'attuazione di diritti economici, sociali e culturali, l'obbligo, come si dice all'art. 4, par.

¹⁵ Si veda sul punto I. BANTEKAS, *op. cit.*, p. 218 ss.



2, non va oltre i limiti delle “risorse disponibili” (“to the maximum of its available resources”), onde conseguire gradualmente la piena realizzazione dei diritti in questione (“with a view to achieving progressively the full realization of these rights”). Ne viene, per tornare all’esempio proposto poc’anzi, che di fronte a difficoltà pratiche come quelle descritte sopra, la scuola, per non incorrere in una discriminazione vietata, dovrà cercare – sfruttando al massimo le risorse finanziarie e organizzative disponibili – una soluzione alternativa capace di soddisfare tutte le esigenze di partecipazione dello studente disabile, ad esempio individuando altre strutture oppure riorganizzando l’uso dei suoi spazi.

4. La preminenza dell’interesse del minore disabile

La Convenzione sui diritti delle persone con disabilità dispone all’art. 7, par. 2, che in tutte le azioni (“[i]n all actions”) riguardanti una persona minore con disabilità, l’interesse del minore – cioè l’interesse a che siano preservati e promossi il suo benessere psico-fisico, la sua dignità, il suo diritto alla piena realizzazione come singolo e nella società – deve fungere da considerazione primaria (“shall be a primary consideration”). In sostanza, ogniqualvolta si tratta di prendere una decisione riguardante un bambino o un ragazzo con disabilità, la persona a cui compete assumere la decisione – un giudice, un dirigente scolastico, il responsabile di una struttura sanitaria, un operatore dei servizi sociali, etc. – deve assumere a riferimento il bene del minore, ponendo in secondo piano, in caso di conflitto, ogni altro interesse (l’interesse dei genitori, quello delle persone o delle istituzioni che gli forniscono istruzione e cura, etc.).¹⁶

La Corte europea dei diritti dell’uomo, richiamandosi al medesimo principio (tratto, però, dall’art. 8 della CEDU, sul diritto al rispetto della vita privata e familiare), ha affermato nel caso *Glass* che le autorità mediche britanniche, chiamate a decidere le terapie a cui sottoporre un ragazzo

¹⁶ Nel Commento generale n. 9 alla CRC si afferma la necessità che i servizi prestati ai minorenni disabili ospitati in istituzioni e strutture sia organizzati in modo tale da assicurare in via primaria “the safety, protection and care of children”: CRC/C/GC/9, *cit.*, p. 9. L’interesse del minore, si aggiunge, deve prevalere su qualsiasi altra considerazione, incluse quelle di carattere economico, riferite, a titolo esemplificativo, all’allocazione delle risorse finanziarie disponibili.



gravemente malato in occasione di una crisi che ne minacciava la morte, avevano correttamente preso a riferimento le esigenze e il benessere del ragazzo, optando per soluzioni diverse da quelle richieste dalla madre di lui. La Corte, tuttavia, ha altresì rilevato – di fronte alla ferma opposizione della madre e nel perdurare della crisi – le autorità mediche erano poi incorse in una violazione dei diritti della madre e del figlio confermando le proprie precedenti decisioni senza sollecitare l'intervento di un giudice per dirimere il conflitto in via di urgenza.¹⁷

La norma che si legge all'art. 7, par. 2 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità costituisce una specificazione del principio formulato all'art. 3, par. 1 della CRC secondo cui, in tutte le misure concernenti un minore, siano esse adottate da enti di assistenza pubblici o privati, autorità giudiziarie o amministrative, o anche organi legislativi, la priorità, tra i vari interessi in gioco, va accordata all'interesse del minore.¹⁸

Come quest'ultima disposizione, anche l'art. 7, par. 2 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità muove dall'idea che le scelte relative alle persone di minore età, non importa se versino o meno in una condizione di disabilità, vadano tagliate sulle specificità del caso concreto. Non vi è spazio per apprezzamenti meccanici, basati su scenari predeterminati: contano le specifiche circostanze del caso esaminato, da vagliare in funzione di una decisione che – per concorrere alla realizzazione dei diritti del bambino o del ragazzo in questione – deve essere conforme alle sue peculiari esigenze, nello specifico scenario considerato. Nel “personalizzare” la decisione, l'autorità competente deve tener conto di tutto ciò che rende particolare il caso affidatogli, compresa, eventualmente, la disabilità del bambino o del ragazzo di cui trattasi.

L'art. 7, par. 2 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità potrebbe apparire, da questo punto di vista, una norma non strettamente indispensabile: gli interessi “del minore” a cui l'art. 3, par. 1 della CRC subordina ogni decisione relativa a qualsiasi minore, comprendono, in caso di disabilità, gli interessi connessi, per l'appunto, alla condizione di disabilità della persona di cui si parla.¹⁹ Il richiamo si rivela nondimeno opportuno:

¹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 9 marzo 2004, ric. n. 61827/00, *Glass c. Regno Unito*.

¹⁸ M. FREEMAN, *Art. 3 – The Best Interests of the Child*, Martinus Nijhoff, 2007.

¹⁹ In questo senso, nel Commento generale n. 14 alla CRC elaborato dal Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, si precisa che il termine “children”, agli effetti dell'art. 3,



le decisioni relative a un minorente disabile debbono essere prese alla luce dell'insieme delle circostanze pertinenti: la sua minore età e le esigenze che si ricollegano, ai fini del pieno godimento dei suoi diritti fondamentali, alle menomazioni di cui eventualmente soffre.

5. Le azioni positive richieste agli Stati

La tutela internazionale dei diritti umani passa attraverso la previsione, a carico degli Stati, di obblighi tanto negativi quanto positivi. Agli Stati, in altre parole, viene chiesto, a seconda dei casi, sia di astenersi dal tenere una certa condotta, onde non interferire nel godimento di un dato diritto da parte del singolo, sia di attivarsi per rendere concreta l'attuazione dei diritti della persona, tipicamente ove si tratti di rimuovere gli ostacoli (giuridici e soprattutto di fatto) che possono impedirne o limitarne il beneficio.²⁰

L'idea che le norme sui diritti umani comportino il sorgere di obblighi positivi è all'origine dell'emersione della dimensione c.d. orizzontale dei diritti umani. Nella visione tradizionale, quella che fa perno sugli obblighi negativi degli Stati, i diritti umani sono posizioni di vantaggio che il singolo può far valere solo nei confronti dello Stato stesso: ad esempio, quando questo, pur dovendosi astenere dal discriminare le persone a seconda della loro disabilità, neghi alle persone disabili delle opportunità assicurate invece a chi non ha menomazioni. Quando entrano in gioco anche gli obblighi positivi, lo Stato è chiamato ad agire per assicurare la realizzazione di un diritto fondamentale a prescindere dal fatto che la realizzazione di quel diritto sia preclusa dagli atti (o dall'inazione) di un'autorità statale o piuttosto di un soggetto privato. Il singolo, per questa via, non risulta protetto solo nei confronti dello Stato, ma anche nei confronti di altri individui: lo Stato, infatti, deve reagire in forza delle norme sui diritti umani sia alle proprie

par 1, della Convenzione si riferisce a "all persons under the age of 18 within the jurisdiction of a State party, without discrimination of any kind, in line with articles 1 and 2 of the Convention", compresi dunque, naturalmente, i bambini e i ragazzi con disabilità: CRC/C/GC/14, *The Right of the Child to Have His or Her Best Interests Taken as a Primary Consideration*, p. 7.

20 Sugli obblighi positivi, v. nell'ampia letteratura D. XENOS, *The positive obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Routledge, 2013; A. R. MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, 2004.



stesse mancanze sia alle lesioni dei diritti poste in essere da privati.²¹

Specificamente, per quanto interessa in questa sede, le azioni positive richieste dalla Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e dalla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità sono le azioni che gli Stati sono chiamati ad intraprendere per superare gli ostacoli che la società, per come di fatto funziona, impone al godimento, da parte dei minori disabili, dei diritti spettanti a tutti i minori.

Le strategie che gli Stati sono invitati a mettere in campo sono molteplici. Alcune sono generali e si traducono in azioni trasversali. Altre investono invece situazioni più specifiche.

5.1 Autonomia e inclusione

Le strategie generali sono quelle a cui si è già avuto modo di accennare in apertura di questo scritto. Si tratta della promozione dell'autonomia e della inclusione sociale. In tutti i campi – dalla scuola allo sport, dall'intrattenimento ai rapporti con familiari ed amici – il minore, compreso il minore con disabilità, ha un diritto all'autonomia, che lo Stato è chiamato non solo a preservare ma senz'altro a promuovere. Il minore, si è detto, anche con disabilità, è una persona titolare di diritti, con un proprio specifico punto di vista, una propria sensibilità e proprie esigenze. Cogliere nel minore una persona che è titolare in proprio di diritti è la premessa per ragionare in termini di autonomia: un soggetto “attivo”, perché investito di diritti propri, è un soggetto che deve poter fare delle scelte. Questa logica di *empowerment* implica la necessità di sottoporre a revisione critica i condizionamenti – giuridici o di fatto – che limitano l'autodeterminazione del singolo. Quei condizionamenti, per essere legittimi, devono trarre la loro ragion d'essere da altri valori egualmente iscritti nell'orizzonte dei diritti umani, a partire dalla

²¹ Ad esempio, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accertato una violazione del diritto alla vita, tutelato dall'art. 2 della CEDU, in un caso di morte per inedia di alcuni minori con disabilità fisiche e mentali, collocati in strutture private finanziate da istituzioni pubbliche: sentenza 18 giugno 2013, ric. n. 49609/06, *Nencheva e a. c. Bulgaria*. In un altro caso, la Corte ha constatato la violazione da parte della Serbia del divieto di tortura e pene o trattamenti inumani e degradanti, garantito dall'art. 3 della Convenzione, in relazione alle molestie di cui un minore con disabilità è stato fatto segno da parte di minorenni, per non aver lo Stato posto in essere tutte le misure necessarie a far sì che i fatti cessassero: sentenza 24 luglio 2012, ric. n. 14414/08, *Dorđević e Nikolić c. Serbia*.



salvaguardia dei *best interests* del minore.²²

Rispetto ai minori con disabilità, il richiamo all'autonomia riveste un significato ancora più pregnante. L'*empowerment* significa, in questo contesto, l'eliminazione di ogni pregiudizio circa l'attitudine del minore con disabilità a valutare le circostanze e compiere delle scelte. Questo esercizio di comprensione e decisione può, beninteso, essere inciso dalle menomazioni di cui soffre l'interessato, segnatamente quando si tratti di menomazioni che investono la sfera delle abilità cognitive, di elaborazione del pensiero e di costruzione delle relazioni sociali. Ma queste menomazioni, lungi dall'escludere in radice il diritto all'autonomia, pretendono la messa in campo di accorgimenti idonei a rendere concretamente possibile l'esercizio di quel diritto.

Viene qui in rilievo l'art. 7, par. 3, della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità. La norma, riprendendo quasi alla lettera l'art. 12 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza,²³ richiede agli Stati di sincerarsi che i minori con disabilità abbiano il diritto di esprimere il loro punto di vista liberamente (“the right to express their views freely”) in tutti gli affari che li riguardano (“on all matters affecting them”), e si assicurino che le opinioni così espresse vengano tenute nella debita considerazione, secondo l'età e la maturità dell'interessato, come per tutti gli altri minori. A tal fine, conclude la disposizione, discostandosi dalla corrispondente disposizione della Convenzione sui diritti dell'infanzia, i minori con disabilità hanno il diritto di ricevere l'assistenza necessaria per realizzare tale diritto, in forme e modalità che siano adeguate alla loro condizione e alla loro età.²⁴

L'autonomia però non basta. Le norme sui diritti fondamentali dei minori con disabilità insistono sulla necessità che il singolo sviluppi la propria personalità nella società e nelle varie formazioni in cui questa si articola, come la famiglia e la scuola. Questo richiamo, che in un certo senso compensa il sapore individualistico del principio di autonomia, rispecchia la ferma volontà di superare la secolare esperienza di segregazione e abbandono vissuto dalle persone (minorenni) con disabilità. Lo stigma associato alla disabilità è, nel contempo, l'origine e il prodotto della pratica della discriminazione e della negazione dell'autonomia. La risposta data dalle norme sui diritti umani –

²² Si veda, in questo volume, il contributo di E. LAMARQUE.

²³ Su cui si veda, in questo volume, il contributo di R. CLERICI.

²⁴ V. più ampiamente in proposito I. BANTEKAS, *op. cit.*, p. 222 ss.



l'inclusione²⁵ – è in questo senso una risposta pervasiva, estesa a tutti i campi: l'educazione dei minori con disabilità non può essere affidata (almeno non sistematicamente) a istituzioni scolastiche separate, ma deve integrarsi nelle strutture in cui è assicurata l'istruzione di tutti i minori, pur comportando esigenze speciali²⁶. Analogamente dicasi per l'accesso alla pratica sportiva, alle occasioni di svago, alle strutture turistiche. Certo, tutto questo comporta la mobilitazione di risorse, l'elaborazione di soluzioni magari più complesse e potenzialmente più dispendiose di quelle che si imporrebbero se i soli frequentatori di scuole, impianti sportivi e strutture ricreative e ricettive fossero ragazze e ragazzi in possesso di un pieno corredo di abilità. Ma questo sovrappiù di sforzo, lungi dall'essere un'espressione di generosità e benevolenza, è l'attuazione di un obbligo giuridico: l'obbligo di permettere (anche) attraverso l'inclusione sociale la realizzazione piena dei diritti delle persone disabili.

È per realizzare queste esigenze che, ad esempio, l'art. 24, par. 2, lett. e) della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza impone agli Stati di adottare misure volte a garantire che genitori e figli abbiano accesso all'educazione e all'informazione. Si inscrivono in questa cornice, ad esempio, l'assunzione di insegnanti di sostegno e l'impiego, sempre nella scuola, di ausili tecnologici – come sintetizzatori vocali, video-ingranditori, etc. – che consentono il superamento degli ostacoli ascrivibili a menomazioni fisiche o sensoriali, per una più agevole interazione del soggetto con la realtà circostante.²⁷

25 Il termine inclusione indica un'interazione significativa del soggetto con l'ambiente circostante. V. più ampiamente M. JONES, "Inclusion, Social Inclusion and Participation", in *Critical Perspectives on Human Rights and Disability Law*, a cura di M.H. Rioux, L.A. Basser, M. Jones, Brill, 2011, p. 57 ss.

26 L'educazione, quale veicolo per il minore con disabilità per l'inclusione sociale, deve articolarsi secondo quattro grandi direttrici: disponibilità ("availability"), accessibilità ("accessibility"), accettabilità ("acceptability") e adattabilità ("adaptability"). In questo senso M. JONES, *op. cit.*, p. 74 ss.

27 V. L. BUSATTA, "L'universo delle disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale", in *Le definizioni nel diritto*, a cura di F. Cortese, M. Tomasi, Editoriale Scientifica, 2016, p. 358. Peraltro, uno dei rischi connessi all'impiego delle tecnologie assistive è quello della loro potenziale invasività che, portata all'estremo, comporterebbe una sostituzione del soggetto con disabilità a scapito della promozione dell'autonomia del medesimo.



5.2 Cura e assistenza

Garantire in concreto l'autonomia del minore con disabilità e assicurargli una partecipazione attiva alla vita sociale significa, come detto, dover metter in campo anche azioni particolari e speciali accorgimenti.

La Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza si presenta particolarmente attenta a questo aspetto, riconoscendo, all'art. 23, par. 2 il diritto dei minori con disabilità a ricevere di un'assistenza speciale. In questa prospettiva, la disposizione impone agli Stati di assicurare ai minori in possesso dei requisiti previsti e alle famiglie che lo richiedano, un'assistenza adeguata alle condizioni in cui versano, nei limiti delle risorse disponibili.

L'art. 23, par. 2, sottende un *favor* per l'assistenza e la cura intra-familiare dei bambini e dei ragazzi con disabilità, contro la tendenza al loro inserimento in strutture apposite votate alla cura e all'assistenza di quelle persone che le necessitano. La separazione del minore (disabile) dagli ambienti – come quello familiare – in cui più efficacemente può formarsi la sua personalità, è tratta dalla Convenzione come una scelta estrema, a cui ricorrere quando deponga in questo senso, nel caso considerato, l'interesse del minore in questione.²⁸

L'idea che la cura e l'assistenza del minore con disabilità siano meglio prestate in contesti di tipo domestico, ricchi di relazioni personali, è rafforzata nel quadro del terzo paragrafo dell'art. 23. In questo senso, oltre a ribadire che l'aiuto degli Stati, se possibile, deve essere erogato a titolo gratuito, precisa che l'assistenza deve tendere all'educazione, alla formazione, alle cure sanitarie, alla riabilitazione, alla preparazione al lavoro e alle attività ricreative in funzione della integrazione sociale del minore e del suo sviluppo personale. L'elenco delle funzioni che l'assistenza è chiamata ad assolvere non è esaustivo: in generale, le modalità di assistenza devono essere interpretate estensivamente e comprendere qualsiasi misura plausibile di assicurare il soddisfacimento degli obiettivi previsti nel primo paragrafo dell'art. 23. Gli Stati, in questo quadro, godono di un ampio margine di discrezionalità in ordine alla scelta delle misure da adottare. Beninteso, i beneficiari di simili misure sono sia il minore con disabilità che i familiari che lo assistono: in quest'ultimo contesto, le misure possono essere ad esempio costituite da

²⁸ B. BYRNE, "Article 23", in *The UN Convention on the Rights of the Child – A commentary*, a cura di J. Tobin, Oxford University Press, 2019, p. 869 ss.



forme di sostegno psicologico nei confronti dei genitori del minore con disabilità o di educazione e formazione sia in relazione alla disabilità che alle esigenze che questa comporta per il singolo.²⁹

5.3 Cooperazione

La protezione dei bambini e dei ragazzi con disabilità è una preoccupazione comune degli Stati e non può dunque essere condizionata, nel suo pratico attuarsi, dai confini nazionali.

Le frontiere statali non possono rappresentare un (ulteriore) ostacolo all'autonomia e all'inclusione sociale del minore con disabilità. L'art. 23, par. 4 della CRC promuove lo scambio di informazioni fra gli Stati relative alle cure e all'assistenza, ai trattamenti medici e riabilitativi, in uno spirito di cooperazione. Lo scambio di informazioni, per come delineato dalla Convenzione, sottende una speciale considerazione per le esigenze dei Paesi in via di sviluppo. In questo senso, lo scambio prescinde da una logica di stringente reciprocità: qualora uno Stato possieda informazioni relative, ad esempio, a trattamenti riabilitativi relativi ad una particolare forma di vulnerabilità, è tenuto a condividerle con gli altri Stati, in una logica cooperativa, a prescindere dalla circostanza che i beneficiari di dette informazioni possano fare altrettanto nei suoi confronti.³⁰

Ciò non esclude che il paradigma di cooperazione sancito all'art. 23, par. 4 possa avere sbocchi ulteriori e diversi. Allorché un minore con disabilità decida di proiettare il suo orizzonte di vita in uno Stato diverso dal quello in cui è nato e vissuto (per seguire altri familiari, per godere di opportunità di cura non disponibili altrove, etc.), le esigenze di tutela che lo accompagnano non possono subire interruzioni o compressioni. In altre parole, il mero attraversamento dei confini statali non può comportare, per il minore, un'attenuazione dei diritti che gli spettano e, per gli Stati, un rilassamento dei rispettivi obblighi.

In simili ipotesi, la protezione del minore con disabilità rientra nel perimetro del diritto internazionale privato.³¹ Spetta alle norme preposte alla soluzione dei problemi che formano l'oggetto di questa disciplina

²⁹ B. BYRNE, *op. cit.*, p. 870 ss.

³⁰ B. BYRNE, *op. cit.*, p. 896 ss.

³¹ Sull'interazione tra diritto internazionale privato e CRC, si veda, in questo volume, il contributo di O. LOPES PEGNA.



(come il problema della riconoscibilità delle decisioni straniere, o quello della individuazione della legge regolatrice delle situazioni con elementi di internazionalità) il compito di assicurare, secondo le tecniche che sono loro proprie, il soddisfacimento dei valori sanciti dalla Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e dalla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità.³² Così, per esempio, ove si tratti di un ragazzo disabile affidato ad un tutore e residente nel Paese A, che per motivi di cura trascorra lunghi periodi nel Paese B, spetta alle norme di diritto internazionale privato dello Stato B il compito di stabilire se, e a quali condizioni, il tutore possa far valere in quel paese i poteri di rappresentanza conferitigli dalle autorità dello Stato A e secondo tale legge. Un ostacolo ingiustificato al riconoscimento della decisione con cui gli siano stati conferiti detti poteri potrebbe impedire al minore in questione di vedere prontamente salvaguardate le sue esigenze dal tutore, allorché l'intervento di quest'ultimo si renda necessario durante uno di quei soggiorni. Un esito siffatto potrebbe contrastare con il principio, sopra ricordato, secondo cui, nelle decisioni relative a un minore (disabile), compresa l'eventuale decisione relativa al riconoscimento di una decisione straniera relativa ai poteri del tutore, va perseguito in via primaria l'interesse del minore: così l'art. 3, par. 1, della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e l'art. 7, par. 2 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità.

6. Conclusioni

Le idee di fondo enunciate in apertura di questo scritto illuminano l'intero modo d'essere della tutela internazionale dei diritti dei bambini e dei ragazzi con disabilità. Questi non sono semplici *care recipients* ma sono soggetti di diritti: il principio di eguaglianza che si esprime in queste formule evoca l'idea di una società dove i singoli, a prescindere dalle abilità che possiedono, svolgono, in forme diverse, un ruolo attivo.

Tradurre in atto questa aspirazione implica, per cominciare, uno scrupoloso

³² V. per considerazioni simili, riferite ad adulti con disabilità, P. FRANZINA, *La protezione degli adulti nel diritto internazionale privato*, CEDAM, 2012, p. 5 ss. V. altresì ID., "The Place of Human Rights in the Private International Law of the Union in Family Matters", in *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, a cura di E. Bergamini, C. Ragni, Intersentia, 2019, p. 141 ss.



e pervasivo sindacato volto ad accertare l'assenza di discriminazioni, tanto nell'azione delle autorità, come nei comportamenti dei privati. Occorrono poi, e soprattutto, delle azioni positive: occorre che il principio di inclusione non sia semplice declamazione. Ciò può richiedere sforzi considerevoli: investimenti finanziari (per dotare le scuole di insegnanti di sostegno, per abbattere barriere architettoniche, etc.), come pure il ripensamento dei modelli a cui obbedisce l'organizzazione della vita sociale, nelle scuole e ovunque si svolga la vita dei bambini e dei ragazzi (sia essa nel mondo reale o nei *social media*).

La posta in gioco non è piccola e rende lo sforzo meritevole di essere perseguito. In gioco c'è la dignità delle persone, che è a sua volta condizione essenziale per un vivere in comune giusto e pacifico. Una società inclusiva non è una società "generosa", come direbbe chi ancora sia sensibile al paradigma assistenzialistico e paternalistico che ha per lungo tempo dominato la costruzione dei rapporti tra diritto e disabilità. Una società inclusiva, capace di scorgere nelle menomazioni dei singoli, anche dei più piccoli, non già una limitazione del loro valore di persone ma uno stimolo a fare quanto sia necessario per assicurarne la partecipazione e l'autonomia, è una società che difende tutti, riconoscendo in ognuno una singolarità preziosa.

IL DIRITTO ALLA SALUTE E AL BENESSERE DEI MINORI

VITULIA IVONE E STEFANIA NEGRI¹

Sommario: 1. L'art. 24 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. – 2. Correlazione tra art. 24 e altre disposizioni della Convenzione. – 3. Correlazione tra art. 24 e altre convenzioni internazionali che tutelano la salute e il benessere dei minori. – 4. Diritto alla salute dei minori e responsabilità genitoriale nell'ordinamento italiano. – 5. L'attuazione della Convenzione. Le criticità emerse nei rapporti periodici e le Osservazioni conclusive del Comitato. – 6. Progressi e perduranti criticità nell'attuazione della Convenzione. – 6.1 I diritti del bambino ospedalizzato. – 6.2 Il consenso informato. – 6.3 La promozione della salute nel periodo preconcezionale e neonatale. – 6.4 Obbligo di vaccinazione e tutela della salute pubblica. – 6.5 L'uso di sostanze e prodotti nocivi per la salute (tabacco, sostanze stupefacenti, alcol e cibi non salutari). – 6.6 Le criticità relative alla salute mentale. – 6.7 La sfida del futuro: la dipendenza da Internet.

1. L'art. 24 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza

L'art. 24, par. 1 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (la "Convenzione")² tutela il diritto alla salute dei bambini richiedendo agli Stati di riconoscere "il diritto della persona di minore età al godimento del più alto livello di salute possibile" e di impegnarsi a garantire a tutti i minori l'accesso ai servizi sanitari e riabilitativi. Il paragrafo secondo impone

¹ Rispettivamente Professore associato di diritto civile, Università del Salerno (vivone@unisa.it; autrice dei paragrafi 4-6) e Professore associato di diritto internazionale, titolare della Cattedra Jean Monnet "European Health, Environmental and Food Safety Law" (2016-2019), Università del Salerno (snegri@unisa.it; autrice dei paragrafi 1-3).

² In dottrina, v. soprattutto A. EIDE, W. BARTH EIDE, *Article 24. The Right to Health*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006.



agli Stati l'obbligo di adottare ogni utile provvedimento atto a realizzare tale diritto attraverso la riduzione della mortalità neonatale ed infantile; la garanzia dell'assistenza medica e delle cure primarie e lo sviluppo delle cure preventive; la lotta contro la malnutrizione e la garanzia di un'alimentazione adeguata e dell'accesso all'acqua potabile; la protezione dei minori dai rischi sanitari derivanti dall'inquinamento ambientale; l'assistenza sanitaria prenatale e postnatale per le madri; la diffusione di adeguate conoscenze sulla salute e l'alimentazione dei minori; l'assistenza e la consulenza ai genitori. Il paragrafo terzo sancisce il dovere di abolire le pratiche tradizionali pregiudizievoli per la salute dei minori. Il paragrafo quarto è dedicato alla cooperazione internazionale finalizzata alla realizzazione progressiva del diritto alla salute dei minori soprattutto nei Paesi in via di sviluppo.

La formulazione dell'art. 24 è ispirata alla Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, il cui preambolo enuncia il "diritto al godimento del più elevato standard di salute possibile" (*the right to the enjoyment of the highest attainable standard of health*) e lo qualifica come diritto umano fondamentale.³ Essa riproduce anche la struttura dall'art. 12 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, evidenziando sia la dimensione individuale del diritto della salute, che si traduce principalmente nel diritto di accesso alle cure ed ai servizi sanitari su base non-discriminatoria, sia la sua dimensione collettiva, che si traduce invece nell'imposizione agli Stati di obblighi di risultato vincolati alla realizzazione di alcuni essenziali obiettivi di sanità pubblica.⁴

L'art. 24 è stato oggetto di interpretazione da parte del Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (il "Comitato") in alcuni importanti commenti generali in cui è stato chiarito il contenuto normativo, la portata concreta e le dinamiche evolutive del diritto alla salute dei minori, anche alla luce delle problematiche legate ai cambiamenti sociali e ai loro bisogni, volta a volta declinati in rapporto al grado di maturità ed alle specifiche condizioni personali (adolescenti, minori migranti, minori disabili, minori affetti da HIV/AIDS).

Con il Commento generale n. 4 del 2003 sulla salute e lo sviluppo

³ Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, New York, 22 luglio 1946. La Costituzione dell'OMS definisce la salute come "stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non semplice assenza di malattia o infermità".

⁴ Per approfondimenti, mi sia consentito rinviare a S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2018, cap. II.



degli adolescenti, il Comitato ha inteso attirare l'attenzione sulle esigenze specifiche dell'adolescenza e sulle vulnerabilità legate a questa fase della vita dei minori.⁵ In particolare, il Comitato ha sollecitato gli Stati ad adottare misure effettive per proteggere gli adolescenti da qualsiasi forma di abuso, violenza o sfruttamento dannosi per la loro salute psico-fisica, e dalle pratiche che possono danneggiare la loro salute sessuale e riproduttiva (come i matrimoni precoci e le pratiche tradizionali nefaste)⁶ ed aumentare il rischio di contrarre malattie sessualmente trasmissibili (specialmente l'AIDS)⁷ ovvero di affrontare gravidanze indesiderate ed aborti pericolosi. Il Comitato ha ricordato agli Stati che è loro obbligo adottare leggi che vietino ogni forma di sfruttamento sessuale, come la prostituzione e la pedopornografia, ed offrire ai minori servizi, educazione ed informazione nel campo della salute sessuale e riproduttiva. Il Comitato ha anche sollecitato gli Stati a proteggere gli adolescenti dall'uso di prodotti e sostanze nocivi per la loro salute, quali l'alcol ed il tabacco, disciplinando rigorosamente il settore o vietandone la pubblicità e la vendita ai minori.⁸ A tal proposito, ricorda che è dovere degli Stati fornire tutte le informazioni e l'educazione necessarie ad acquisire maggiore consapevolezza e responsabilità e ad adottare stili di vita salutari.

Di spiccato interesse, specialmente perché contestualizzate nella realtà odierna, le considerazioni contenute nel Commento generale n. 15 del 2013 sul diritto alla salute dei bambini, che riguardano problemi sanitari diffusi, quali l'obesità ed i disturbi psicologici degli adolescenti, che si manifestano con stati di ansia e depressione, con disordini comportamentali ed alimentari, con comportamenti ossessivi (inclusa la dipendenza da Internet e dagli strumenti tecnologici) o più classicamente con la dipendenza da alcol e stupefacenti. Rispetto a questi fenomeni, il Comitato ha ribadito che gli Stati hanno l'obbligo di fornire adeguati servizi medici e riabilitativi e di

5 CRC, *General Comment No. 4 (2003) on adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child*, CRC/GC/2003/4, 1 July 2003, par. 8, 20-23, 26, 33.

6 Sul punto, cfr. anche CESCR, *General Comment No. 22 (2016) on the Right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, E/C.12/GC/22, 2 May 2016, par. 49, in tema di *core obligations* ricavabili dall'articolo 12 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, New York, 16 dicembre 1966.

7 V. anche CRC, *General Comment No. 3 (2003), HIV/AIDS and the rights of the child*, CRC/GC/2003/1, 31 January 2003.

8 CRC, *General Comment No. 4*, par. 19.



regolamentare la commercializzazione di prodotti alimentari non salutari.⁹

Di tenore simile anche il Commento generale n. 20 del 2016 sui diritti degli adolescenti, che mette a fuoco le particolari vulnerabilità dell'adolescenza anche rispetto alla salute sessuale e riproduttiva,¹⁰ focalizzando l'attenzione su problemi importanti di salute pubblica, quali la diffusione tra i giovani dell'AIDS, del tabagismo e della dipendenza dalle droghe.¹¹

In sintesi, i commenti generali del Comitato hanno posto l'accento su particolari problematiche socio-sanitarie tipiche soprattutto della fase adolescenziale, rispetto alle quali gli Stati sono chiamati a dare corretta e compiuta applicazione alla Convenzione. Tra queste spiccano il rispetto dell'autonomia decisionale del minore maturo ed il diritto di essere ascoltato, il diritto dell'adolescente di operare scelte libere e consapevoli in materia di salute sessuale e riproduttiva,¹² la prevenzione e la cura dei disturbi comportamentali, la tutela del minore dalla diffusione di sostanze e

⁹ CRC, *General Comment No. 15 (2013) on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (art. 24)*, 1 February 2013, CRC/C/GC/15, par. 38-39, 47.

¹⁰ CEDAW, Communication No. 22/2009, *T.P.F. v. Peru*, Views of 17 October 2011, CEDAW/C/50/D/22/2009, par. 8.11.

¹¹ CRC, *General Comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence*, CRC/C/GC/20, 6 December 2016, par. 56-64.

¹² Il tema della salute sessuale e riproduttiva costituisce una delle preoccupazioni principali del Comitato, soprattutto in relazione al diritto degli adolescenti di avere accesso a servizi di informazione e consulenza in materia di riproduzione e contraccezione che siano rispettosi della loro privacy; il diritto di prendere decisioni indipendentemente dal consenso dei genitori; il diritto delle adolescenti di avere accesso all'aborto terapeutico in caso di violenza sessuale e di gravi anomalie del feto, oppure quando una gravidanza indesiderata possa comportare gravi rischi per la salute psico-fisica della giovane. Cfr. anche HRC, *General Comment No. 36, Article 6: Right to life*, CCPR/C/GC/36, 30 October 2018, par. 8 e la giurisprudenza del Comitato sui diritti umani ivi citata; *Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization. An interagency statement OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO*, 2014. In particolare, sulla salute sessuale e riproduttiva delle adolescenti con disabilità, v. CRPD, *General Comment No. 3 (2016) on women and girls with disabilities*, CRPD/C/GC/3, 2 September 2016 e *Sexual and reproductive health and rights of girls and young women with disabilities*, Report of the Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities, A/72/133, 14 July 2017, par. 40. Quest'ultimo Rapporto fornisce agli Stati orientamenti su come garantire una cornice giuridica e politica atta a sostenere la loro autonomia e ad affrontare i fattori strutturali che le espongono alla violenza, agli abusi e ad altre pratiche dannose. Esso afferma che gli Stati hanno l'obbligo di predisporre un quadro normativo che garantisca l'accesso non discriminatorio alle ragazze con disabilità ai servizi ed alle informazioni che riguardano la loro salute sessuale e riproduttiva, e soprattutto che sono tenuti ad abolire ogni legge che consenta la somministrazione di contraccettivi, la sterilizzazione forzata, l'aborto ed ogni altra procedura medica non consensuale.



prodotti nocivi alla salute (droghe, tabacco, cibi non salutari) e dalle relative dipendenze, e la necessità di un'adeguata educazione ad uno stile di vita sano.

2. Correlazione tra art. 24 e altre disposizioni della Convenzione

Esiste una stretta correlazione tra l'art. 24 ed altri articoli della Convenzione, non solo perché il diritto alla salute costituisce un "diritto base" su cui poggiano tutti gli altri diritti proclamati nella Convenzione, ma anche perché i diritti incorporati nei principi generali della Convenzione – il diritto alla non discriminazione (art. 2), il diritto alla considerazione primaria dell'interesse superiore del minore (art. 3), il diritto alla vita, alla sopravvivenza ed allo sviluppo (art. 6) e il diritto all'ascolto ed al rispetto delle proprie opinioni (art. 12) – dovrebbero essere alla base di ogni attività di prevenzione, cura e assistenza sanitaria prestata a favore dei minori.

L'art. 2 della Convenzione impone agli Stati di proteggere i minori da qualsiasi forma di discriminazione, che costituisce un ulteriore fattore di vulnerabilità, specialmente per i minori affetti dall'HIV/AIDS e da disturbi psichiatrici, che sono particolarmente vittime di discriminazione e stigma.¹³ Il principio di non-discriminazione è richiamato ripetutamente nei commenti generali del Comitato, che sottolinea il dovere degli Stati di assicurare a *tutti* i minori, specialmente i minori disabili, l'accesso su base paritaria ed non discriminatoria alle cure mediche ed ai servizi sanitari e riabilitativi.¹⁴

L'art. 3 impone agli Stati di considerare in via preminente "l'interesse superiore della persona di minore età" (*best interests of the child*) in tutte le decisioni che possano riguardarlo. In particolare, la norma impone agli Stati di "garantire alla persona di minore età la protezione e le cure necessarie per il suo benessere" e di vigilare affinché le istituzioni ed i servizi che devono garantire loro protezione nei settori della sicurezza e della salute funzionino correttamente e nel rispetto delle norme stabilite dalle autorità competenti.¹⁵

¹³ CRC, *General Comment No. 3*, par. 7.

¹⁴ Si veda, in questo volume, il contributo di G. BIAGIONI.

¹⁵ La preminenza del principio dei *best interests of the child* in tutte le politiche e i programmi volti a garantire il diritto alla salute di bambini e adolescenti è evidenziata anche nel Commento generale n. 14 del CESCR, in tema di interpretazione dell'articolo 12 del Patto: *General Comment No. 14 (2000) on the right to the highest attainable standard of*



L'interesse superiore del minore costituisce uno dei *leitmotiv* dei Commenti generali del Comitato in materia di tutela del diritto alla salute del minore. Difatti, l'interesse superiore del minore deve risolvere ogni possibile conflitto d'interesse tra genitori e operatori sanitari ed orientare ogni decisione relativa all'inizio, alla sospensione o all'interruzione dei trattamenti,¹⁶ potendo tra l'altro giustificare l'acquisizione del consenso informato dell'adolescente maturo indipendentemente dal consenso dei genitori.¹⁷

Anche i riferimenti all'art. 12, che enuncia il diritto del minore "capace di discernimento" di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa ed il diritto di essere ascoltato, sono ricorrenti nei Commenti generali del Comitato, attesa l'importanza delle opinioni degli adolescenti in ragione della loro età e grado di maturità ed il loro diritto a partecipare alle decisioni che riguardano la propria salute.

Parimenti rilevante è l'art. 27 della Convenzione, che riconosce "il diritto di ogni persona di minore età ad un tenore di vita adeguato al suo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale e sociale". Detta norma impone ai genitori e alle persone che hanno la responsabilità sui minori, eventualmente coadiuvati dagli Stati, di assicurare loro condizioni di vita sufficienti in cui siano garantiti l'alimentazione, il vestiario e l'alloggio, che costituiscono determinanti fondamentali della salute così come espressamente riconosciuto dal Comitato Onu per i diritti economici, sociali e culturali.¹⁸

Significativo è anche l'art. 33 della Convenzione, che richiede agli Stati di adottare ogni opportuna ed adeguata misura di natura legislativa, amministrativa, sociale ed educativa per proteggere i minori dall'uso di stupefacenti e di sostanze psicotrope. Il collegamento con l'art. 24 è evidente alla luce delle considerazioni svolte dal Comitato nei Commenti generali nn. 13 e 20, in cui si esprime grande preoccupazione rispetto alla diffusione delle dipendenze e si sollecitano gli Stati che non l'abbiano ancora fatto a ratificare le Convenzioni Onu sul controllo delle droghe e delle sostanze psicotrope.¹⁹

health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/2000/4, 11 August 2000, par. 24. Si veda, in questo volume, il contributo di E. LAMARQUE.

¹⁶ CRC, *General Comment No. 15*, par. C.

¹⁷ CRC, *General Comment No. 4*, par. 32.

¹⁸ CESCR, *General Comment No. 14*, par. 5, 11.

¹⁹ CRC, *General Comment No. 20*, par. 64.



3. Correlazione tra art. 24 della Convenzione e altre convenzioni internazionali che tutelano la salute e il benessere dei minori

L'art. 24 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza è strettamente correlato con altre disposizioni convenzionali che garantiscono il diritto alla salute, in particolare quelle che tutelano la salute ed il benessere dei minori.²⁰

In linea generale, come già sottolineato, l'art. 24 della Convenzione è fortemente ispirato all'art. 12 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, con il quale condivide in particolare l'obiettivo generale di ridurre il numero di nati-morti ed il tasso di mortalità infantile.²¹ Nel Commento generale n. 14 del 2000, il CESCR ha interpretato il comma secondo dell'art. 12 del Patto alla luce dell'art. 24 della Convenzione, riprendendone i contenuti e gli obiettivi più significativi. Pertanto, riferendosi agli indirizzi dettati dalla Convenzione, il CESCR fa propri gli obblighi che da essa discendono, e in particolare: il dovere di garantire l'accesso ai servizi sanitari essenziali per il bambino e la sua famiglia, comprese le cure pre- e post-natali per le madri; il dovere di garantire l'accesso a informazioni a misura di bambino sui comportamenti preventivi e di promozione della salute; il dovere di sostegno alle famiglie e alle comunità nell'attuazione di queste pratiche. Il CESCR richiama anche il principio di non discriminazione, che richiede che le bambine, al pari dei bambini, abbiano accesso ad un'alimentazione adeguata, ad ambienti sicuri ed a servizi di salute mentale e fisica. Il Comitato sottolinea la necessità di adottare misure efficaci e appropriate per abolire le pratiche tradizionali dannose che influiscono sulla salute dei bambini, in particolare delle bambine e delle adolescenti, ivi inclusi i matrimoni precoci e le mutilazioni genitali femminili. Ai fini della realizzazione del diritto alla salute degli adolescenti, il CESCR ribadisce l'importanza di offrire loro un ambiente sicuro e solidale per gli adolescenti, che garantisca l'opportunità di partecipare alle decisioni che riguardano la loro salute, acquisire informazioni appropriate, ricevere consulenza e prendere decisioni responsabili sulla propria salute, avere accesso a servizi adeguati di salute sessuale e riproduttiva, nel rispetto della riservatezza e

²⁰ Cfr. specialmente la Carta africana sui diritti e il benessere del fanciullo, Nairobi, 11 luglio 1990.

²¹ V. l'articolo 12.2.b) del Patto.



della vita privata.

Per quanto riguarda le c.d. pratiche tradizionali nefaste, l'art. 24 trova espressione sul piano regionale nell'art. 5 del Protocollo sui diritti delle donne in Africa, che prevede l'eliminazione delle pratiche tradizionali pregiudizievoli per la salute delle adolescenti, imponendo agli Stati l'obbligo di adottare misure adeguate al fine di sradicare – anche attraverso divieti posti da provvedimenti legislativi supportati da adeguata sanzione – tutte le forme di mutilazioni genitali femminili, scarificazioni e ogni altra pratica simile, e l'obbligo di offrire sostegno alle vittime attraverso servizi essenziali di tipo medico, psicologico, legale e giudiziario. Gli obblighi di prevenzione e protezione rispetto a queste pratiche, che interessano tanto le donne quanto le adolescenti, sono ulteriormente chiariti nel Commento congiunto del Comitato per l'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne e del Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.²²

Per quanto concerne i minori disabili, l'art. 24 è strettamente correlato con l'art. 23 della Convenzione, dedicato ai minori affetti da disabilità psico-fisica, e con gli articoli 7 e 25 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (CPD).²³ Nel Commento generale n. 9 sui minori disabili il Comitato ha enfatizzato il diritto ai servizi di riabilitazione ed il diritto all'accesso non discriminatorio ai servizi medici derivanti dall'art. 24 della Convenzione, sottolineando anche la necessità di formulare programmi *ad hoc* rispondenti alle esigenze specifiche dei minori disabili.²⁴ In parallelo, il combinato disposto degli articoli 7 e 25 CPD impone agli Stati l'obbligo di garantire ai bambini disabili il pieno godimento del diritto alla salute su base paritaria e non-discriminatoria, il diritto di esprimere le proprie opinioni liberamente in tutte le questioni sanitarie che li riguardano, il diritto a che tali opinioni sia prese nella dovuta considerazione in rapporto alla loro età e maturità e soprattutto nel rispetto del principio del superiore interesse del minore. Gli Stati hanno inoltre il dovere di adottare misure statali finalizzate a fornire servizi e programmi sanitari della medesima varietà e qualità di quelli

²² CEDAW-CRC, *Joint General Recommendation/General Comment No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women and No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on harmful practices*, CEDAW/C/GC/31-CRC/C/GC/18, 14 November 2014.

²³ Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, New York, 13 dicembre 2006. Si veda, in questo volume, il contributo di P. FRANZINA E I. AQUIRONI.

²⁴ CRC, *General Comment No. 9 (2005): The rights of children with disabilities*, CRC/C/GC/9, 27 February 2007, paragrafi 51-52.



forniti alle altre persone, compresi i servizi sanitari nell'area della salute sessuale e riproduttiva e i programmi di salute pubblica di carattere generale; l'obbligo di fornire servizi sanitari specifici necessari a soddisfare le esigenze particolari dettate dal tipo di disabilità, compresi la diagnosi precoce, gli interventi specifici e la riabilitazione, e i servizi destinati a ridurre al minimo ed a prevenire ulteriori disabilità, soprattutto tra i bambini. Gli Stati devono anche richiedere agli operatori sanitari di rispettare il consenso libero e informato della persona interessata, rispettare gli standard ed i principi di etica medica, prevenire il rifiuto discriminatorio di assistenza medica o di cure e servizi sanitari o di cibo e fluidi.²⁵

Per quanto concerne invece i minori migranti, l'art. 24 va posto in relazione con l'art. 28 della Convenzione internazionale sulla protezione dei lavoratori migranti e delle loro famiglie (ICPMW).²⁶ Nel Commento generale n. 6 sui minori non accompagnati, o separati dai genitori, che si trovino in territorio straniero, il Comitato afferma che lo Stato territoriale ha l'obbligo di garantire loro l'accesso alle cure mediche ed ai servizi sanitari su base paritaria rispetto ai cittadini di minore età, tenendo sempre in debita considerazione la particolare situazione di vulnerabilità dei minori stranieri.²⁷ Le recentissime Osservazioni generali congiunte del Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e del Comitato sui lavoratori migranti (CMW) ribadiscono l'obbligo degli Stati di garantire che la salute dei minori migranti non sia compromessa per effetto di politiche o pratiche discriminatorie che costituirebbero un fattore aggiuntivo di vulnerabilità.²⁸ A tale proposito vale la pena menzionare anche le Osservazioni generali No. 2 del CMW sui diritti dei migranti irregolari,²⁹ che interpretano l'art. 28 ICPMW alla luce

²⁵ Cfr. CRPD, *General Comment No. 3 (2016) on women and girls with disabilities*, CRPD/C/GC/3, 2 September 2016; CRPD, *General Comment No. 2, Article 9: Accessibility*, CRPD/C/GC/2, 22 May 2014, par. 40; CESCR, *General Comment No. 5, Persons with disabilities*, E/1995/22, 9 December 1994, par. 34.

²⁶ Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, New York, 18 dicembre 1990.

²⁷ CRC, *General Comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin*, CRC/GC/2005/6, 1 September 2005, paragrafi 46-47.

²⁸ CRC-CMW, *Joint General Comment No. 4 of the CMW and No. 23 of the CRC in the context of International Migration: States parties' obligations in particular with respect to countries of transit and destination*, CRC/C/GC/23, 16 November 2017, paragrafi 55-56.

²⁹ CMW, *General Comment No. 2 on the Rights of Migrant Workers in an Irregular Situation and Members of Their Families*, CMW/C/GC/2, 28 August 2013, paragrafi 72-74.



dell'art. 12 del Patto e dell'art. 24 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, concludendo che in relazione al diritto alle cure urgenti gli Stati Parti della ICPMW devono garantire: che l'accesso alle cure mediche d'urgenza sia garantito a tutti, su base non-discriminatoria e di uguaglianza di trattamento rispetto ai cittadini; che le cure mediche urgenti non siano mai negate a causa dell'impossibilità di pagarle; che tutti i lavoratori migranti e i membri delle loro famiglie abbiano accesso ai medicinali essenziali e che i bambini migranti siano vaccinati contro le principali malattie infettive; che le donne migranti abbiano accesso ad adeguate cure sanitarie prenatali e postnatali, a servizi di salute riproduttiva sicuri ed a cure ostetriche di emergenza; che ai medici ed al personale sanitario sia fornita una formazione culturalmente adeguata e sensibile alle diversità culturali.³⁰

Infine, per quanto concerne la tutela dei minori dalla diffusione del tabagismo, l'art. 24 è rafforzato dall'art. 16 della Convenzione quadro dell'OMS sul controllo del tabacco,³¹ che vieta la vendita ai minori di prodotti derivati dal tabacco.³² Detta norma, finalizzata a prevenire la diffusione del tabagismo tra i bambini e gli adolescenti, richiede agli Stati di adottare e applicare ogni tipo di misura necessaria ad imporre il divieto di vendita di tali prodotti ai minori di diciotto anni, ivi incluso l'obbligo di esporre un avviso ben visibile e la facoltà di richiedere all'acquirente di provare la maggiore età attraverso l'esibizione di un documento legale di riconoscimento; il divieto di rendere liberamente accessibili a scaffale tali prodotti; il divieto di fabbricazione di dolci e giocattoli a forma di sigaretta o di altro prodotto simile; l'obbligo di rendere i distributori automatici inaccessibili ai minori; il divieto di distribuzione gratuita o di vendita di sigarette sfuse o in pacchetti piccoli. L'art. 16 della Convenzione quadro è a sua volta completato dall'art. 8 del medesimo accordo, che impone agli Stati di proteggere la salute dei non fumatori, soprattutto se minori, dal fumo del tabacco (c.d. fumo di seconda mano o fumo ambientale) istituendo ambienti totalmente *smoke-free* (gli ambienti di lavoro al chiuso, i luoghi pubblici chiusi ed i trasporti pubblici, e possibilmente altri luoghi pubblici semi-aperti o totalmente all'aperto) in modo da ridurre al minimo i danni alla salute derivanti dall'esposizione al

³⁰ *Ibidem*, paragrafi 72-73.

³¹ Convenzione quadro dell'OMS sul controllo del tabacco, Ginevra, 21 maggio 2003.

³² V. in particolare M.E. GISPEN, B. TOEBES, "The Human Rights of Children in Tobacco Control", in *Human rights quarterly*, 2019.



fumo.³³ Alla luce delle evidenze scientifiche disponibili, si può ben affermare che l'obbligo di proteggere le donne in gravidanza ed i bambini dal fumo passivo è strumentale alla realizzazione degli obiettivi posti dall'art. 24 in tema di riduzione dei tassi di mortalità neonatale ed infantile, di nascite sottopeso e di polmoniti infantili.

4. Diritto alla salute dei minori e responsabilità genitoriale nell'ordinamento italiano

Il “diritto alla salute” e ad ottenere cure mediche trae fonte nell'art. 32 della Costituzione della Repubblica italiana. In quanto diritto inviolabile di fonte costituzionale, esso è preordinato a garantire protezione non solo all'individuo ma anche alla collettività, e spetta a chiunque, a prescindere dalle condizioni personali e dall'età dell'individuo.³⁴ Ne consegue che spetta anche ai “minori”, i cui interessi, a maggior ragione, devono essere garantiti in considerazione della loro vulnerabilità e debolezza: gli articoli 2 e 3 della Costituzione, infatti, pongono il minore sullo stesso piano rispetto a qualunque altro individuo.

Fondamentale appare la questione della “responsabilità genitoriale” correlata al diritto del minore alla salute, ovvero la discrezionalità dei genitori relativamente alle cure mediche da somministrare al figlio incapace. Al superamento della visione tradizionale – secondo cui i genitori esercenti la potestà sul minore fossero titolari di un potere assoluto comprendente anche il loro consenso per sottoporre il figlio minore a trattamenti sanitari³⁵ – ha fatto seguito una concezione meno rigida della *potestas*: il potere di autorizzare trattamenti sanitari nei confronti dei figli minori viene ascritto all'egida dell'art. 30 della Costituzione, secondo cui è “diritto e dovere dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli”, da intendersi come attività indirizzate al soddisfacimento degli interessi della prole.

La Corte costituzionale ha ritenuto che – nel caso in cui il diritto-dovere dei genitori non venga esercitato nell'interesse del minore – sia possibile

³³ WHO FCTC, *Guidelines on protection from exposure to tobacco smoke*, adottate dalla Conferenza delle Parti nel luglio 2007.

³⁴ Cass., sentenza 16 ottobre 2009, n. 22080; Cass., sentenza 18 giugno 2012, n. 9969.

³⁵ Pret. Milano, 18 settembre 1982; Pret. Milano, 7 gennaio 1983; Trib. Min. Perugia, 26 aprile 1999; Trib. Min. Bari, 31 maggio 2008; Trib. Roma 11 marzo 2011.



ottenere l'intervento dell'autorità giudiziaria, la quale, valutate le circostanze concrete, può adottare provvedimenti in merito ed eventualmente autorizzare anche uno solo dei genitori ad adottare scelte autonomamente dall'altro genitore, ove ciò soddisfi l'interesse superiore del figlio minore.³⁶

5. L'attuazione della Convenzione. Le criticità emerse nei rapporti periodici e le osservazioni conclusive del Comitato

Il processo di implementazione della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza compiuto dall'Italia – che ha preso avvio con la legge di ratifica 27 maggio 1991, n. 176 – ha conosciuto momenti di diversa intensità. Negli ultimi decenni, i mutamenti più salienti introdotti nella realtà nazionale a seguito dell'interazione con il Comitato hanno inciso sulle politiche sociali a favore dell'infanzia e dell'adolescenza.

Le Osservazioni conclusive del Comitato – a partire da quelle adottate nel novembre del 1995 a seguito del primo Rapporto presentato dal governo italiano nell'ottobre del 1994, frutto di un dialogo costruttivo tra il Comitato e il governo italiano³⁷ – hanno contribuito a far sviluppare nel nostro Paese una nuova ricettività politica e amministrativa verso le politiche di cura e di promozione della salute e del benessere dei minori.

Il primo dato emerso dal primo Rapporto del governo – elaborato dal Comitato interministeriale per i diritti umani presso il Ministero degli esteri – fu una certa difficoltà del sistema italiano nel confrontarsi con i principi enunciati nella Convenzione: da un'analisi della legislazione e delle pratiche in uso in relazione ai principi sanciti nella Convenzione, il primo Rapporto ebbe modo di sottolineare che tutti i diritti ivi enunciati erano già sufficientemente affrontati dalla legislazione nazionale a protezione dell'infanzia e dell'adolescenza, e che di conseguenza non necessitavano, dal punto di vista normativo, interventi di particolare rilievo. Il Rapporto presentò le iniziative alle quali, sin dalla sua ratifica, la Convenzione aveva fatto da fondamento ed operò una analitica descrizione delle innovazioni introdotte.

³⁶ Corte cost., sentenza 27 marzo 1992, n. 132.

³⁷ Osservazioni conclusive 1995. Analisi del Rapporto presentato dall'Italia ai sensi dell'art. 44 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, CRC/C/15/Add.41.



Le carenze emerse dalle Osservazioni conclusive del Comitato del 1995 si sostanziavano nell'assenza di un meccanismo nazionale integrato di monitoraggio che in maniera sistematica vigilasse sulla condizione delle generazioni più giovani nel nostro Paese; nell'inadeguata considerazione prestata dalla legislazione e dalle politiche nazionali all'attuazione dei principi fondamentali della Convenzione; nella mancanza di attività di formazione per coloro che a vario titolo lavorano con bambini/bambine e ragazzi/ragazze; nell'assenza di un sistema di coordinamento tra i vari organismi di governo con competenze in materia di infanzia e di adolescenza; nell'assenza di una rete organica e onnicomprensiva di raccolta dati e informazioni in forma disaggregata su tutti gli ambiti identificati dalla Convenzione: nelle scarse risorse economiche complessivamente destinate alle politiche sociali rivolte all'infanzia e all'adolescenza.

Proprio a seguito delle sollecitazioni espresse dal Comitato, il governo italiano iniziò ad elaborare interventi a favore dell'infanzia e della adolescenza con un approccio integrato. Ciò portò all'elaborazione del primo Piano d'azione nazionale in materia di infanzia e adolescenza e all'adozione di una serie di disposizioni normative, nonché alla predisposizione di meccanismi di monitoraggio tali da favorire la verifica costante sulla realtà delle generazioni più giovani nel nostro Paese. Questa nuova strategia si sostanziò anzitutto nella istituzione della Commissione parlamentare per l'infanzia e dell'Osservatorio nazionale per l'infanzia, con compiti distinti, ma inevitabilmente incentrati su un nuovo modo di considerare i diritti dell'infanzia.

Successivamente, con la legge 28 agosto 1997, n. 285, recante Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza, l'Italia ha impiantato un approccio nuovo, teso non soltanto ad intervenire nei momenti di disagio e conclamata necessità della vita dei minori, ma anche a pianificare interventi per sostenere e accompagnare i bambini e gli adolescenti nel loro normale percorso di crescita.

Ulteriori ed importanti interventi legislativi sono stati anche la legge 3 agosto del 1998, n. 269, recante Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù, nonché la legge 31 dicembre 1998, n. 476, di ratifica ed esecuzione della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, del maggio 1993.



Nel 2000 si è costituito anche il Gruppo di lavoro per la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (Gruppo CRC), un network di associazioni italiane che opera al fine di garantire un sistema di monitoraggio indipendente sull'attuazione della CRC e delle osservazioni conclusive del Comitato ONU in Italia. Obiettivo prioritario del Gruppo CRC è preparare rapporti di aggiornamento annuali e periodici sull'attuazione della Convenzione in Italia, supplementari a quello presentato dal Governo italiano al Comitato.

Nel Secondo Rapporto nazionale sui diritti dell'infanzia del 2000 il Comitato ha rilevato la scarsità di dati disaggregati per età in tutti gli ambiti affrontati dalla Convenzione, la perdurante mancanza di un'istituzione indipendente di monitoraggio, l'assenza della preziosa figura di un Garante nazionale dei diritti del bambino nonché l'inattuazione del diritto all'ascolto previsto dall'art. 12 della Convenzione, in particolare nei procedimenti che hanno diretto impatto su bambini e adolescenti, come nei casi di separazione dei genitori, divorzio, adozione, affidamento, o relativamente all'istruzione.

In questo periodo, l'Italia è intervenuta con tre provvedimenti legislativi: la legge 8 marzo 2001, n. 40, recante Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori; la legge 28 marzo 2001, n. 149, relativa alle Modifiche alla L. n. 184/1983 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori), nonché al titolo VIII del libro del codice civile; e con la legge 5 aprile 2001, n. 154, che ha introdotto Misure contro la violenza nelle relazioni familiari.

A seguito delle Osservazioni conclusive del 2003,³⁸ il governo italiano ha posto in essere altre misure normative tese alla promozione dei diritti del bambino, nonché al suo ruolo nel contesto familiare.

Si segnalano in particolare la legge 20 marzo 2003, n. 77, Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996; la legge 11 agosto 2003, n. 228, Misure contro la tratta di persone; la legge 8 febbraio 2006, n. 54, recante Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli; la legge 9 gennaio 2006, n. 7, Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile (che ha dato attuazione all'articolo 24, paragrafo 3 della Convenzione); la legge 6

³⁸ Osservazioni conclusive 2003. Analisi del Rapporto presentato dall'Italia ai sensi dell'art. 44 della Convenzione sui diritti dell'infanzia, CRC/C/70/Add.13.



febbraio 2006, n. 38, Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet.

Nonostante la febbrile attività legislativa, la prospettiva dell'assenza di un piano coeso di interventi si evince anche dal Piano d'azione 2010-2011 che continua a focalizzare la strategia della risoluzione dei problemi emersi piuttosto che della prevenzione del disagio e il perseguimento del benessere del minore.

6. Progressi e perduranti criticità nell'attuazione della Convenzione

6.1 I diritti del bambino ospedalizzato

All'art. 24 della Convenzione è sottesa l'idea che il diritto al miglior trattamento medico possibile è un diritto fondamentale, specialmente per i bambini. Tutte le strutture che forniscono assistenza sanitaria al minore devono offrire un ambiente accogliente, sicuro e attento alle sue esigenze, e il personale addetto alle sue cure deve essere specificamente addestrato ad assistere i minori e saper valutare l'approccio di volta in volta adeguato alle diverse età. A tal proposito, occorre notare che nel Commento generale n. 15 il Comitato ha incoraggiato gli Stati ad adottare politiche sanitarie e sviluppare servizi sensibili alle esigenze dei minori e rispondenti ai bisogni specifici dell'infanzia e dell'adolescenza, ad esempio aderendo ad iniziative relative alla creazione di "ospedali a misura di bambino"; migliorando la formazione degli operatori sanitari per fornire servizi di qualità in modo da ridurre al minimo la paura, l'ansia e la sofferenza dei bambini ospedalizzati e delle loro famiglie; sviluppando servizi sanitari adatti agli adolescenti, che richiedono agli operatori sanitari e alle strutture di essere accoglienti e sensibili e di rispettare la riservatezza degli adolescenti.

La maturazione di una sensibilità in materia ospedaliera verso il bambino e l'adolescente si è sviluppata in tempi e modi che si innestano e richiamano il percorso che ha portato a un cambio di paradigma, nella normativa internazionale e nazionale, rispetto alla visione dei minori d'età, da oggetto di diritto a soggetto di diritti.

La Carta europea dei diritti del bambino ricoverato del 1986, la Carta di Leiden del 1988 e la Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 luglio



1992 su una Carta europea dei diritti del fanciullo hanno trovato applicazione nella Carta elaborata dall'Associazione europea delle organizzazioni che si occupano di minori ricoverati (EACH – *European Association for Children in Hospital*). La Carta di EACH costituisce a tutt'oggi il principale riferimento di principi valoriali in tema di salute del bambino negli ospedali, condiviso da 22 organizzazioni in 18 Paesi membri dell'Unione europea. La Carta individua i settori prioritari di intervento per il benessere del bambino in ospedale, cercando di supportare i bisogni del minore ricoverato, riducendo o prevenendo il trauma del ricovero, attraverso il sostegno della presenza dei genitori, la preparazione al ricovero, il gioco e una riflessione attenta sull'ambiente del reparto. In particolare, i dieci articoli che caratterizzano la Carta di EACH contengono raccomandazioni che sono direttamente collegate ai principi della Convenzione: sono principi valoriali, che rappresentano un ideale a cui dovrebbero essere ispirate le attività degli ospedali pediatrici e dei dipartimenti di pediatria delle unità ospedaliere.

Di grande interesse è anche la Carta di HOPE (2000) “Carta europea per la tutela educativa di bambini e adolescenti malati curati in ospedale o in assistenza domiciliare”, adottata dall'organizzazione europea che raggruppa i pedagogisti ospedalieri. Questa carta si sviluppa in dieci principi cardine, che affrontano il tema dell'educazione e dell'insegnamento ai bambini e agli adolescenti costretti a non frequentare la scuola a causa della malattia, sia se ricoverati in ospedale sia se presso la loro abitazione (insegnamento domiciliare). L'obiettivo della scuola in ospedale è, quindi, quello di creare una comunità di bambini ed adolescenti e favorire la normalità nella vita quotidiana. Il richiamo – nella Carta di HOPE – al valore della “integrità personale di ogni bambino o adolescente dovrà sempre essere rispettata” e la particolare attenzione che si richiede “alla tutela delle informazioni mediche e al rispetto di ogni forma di credenza personale”, colloca tale Carta tra quelle che meglio hanno saputo interpretare i principi presenti nella Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

Il panorama italiano è caratterizzato da altre pregevoli esperienze di valorizzazione della condizione del minore ricoverato, tradotte in carte o codici di condotta ispirati alla Convenzione, tra le quali spiccano in particolare la Carta dei diritti dei bambini e degli adolescenti in ospedale di ABIO-SIP (2008), promulgata da Fondazione ABIO e Società Italiana di Pediatria, e la Carta dei diritti del bambino morente (Carta di Trieste) nata nel 2012 da



un'iniziativa promossa dalla Fondazione Maruzza Lefebvre D'Ovidio. La Carta di ABIO-SIP fa riferimento alla Convenzione e si ispira alla Carta di EACH, ma viene adattata al contesto sanitario italiano. Essa è oggi utilizzata come base di accreditamento delle strutture sanitarie ai fini del rilascio della certificazione "Ospedale all'altezza dei bambini".

6.2 Il consenso informato

I commenti generali del Comitato sottolineano ripetutamente il valore del consenso informato e il diritto dei minori di ottenere adeguate informazioni in materia di salute psico-fisica e di esprimere liberamente le proprie opinioni sulle scelte che attengono alla propria salute (ai sensi degli articoli 12 e 17 della Convenzione), potendo tra l'altro operare scelte indipendenti dalla volontà dei genitori o tutori.

Le norme vigenti in Italia già definiscono alcuni ambiti in cui il consenso è esercitato in modo autonomo dal minore senza alcun bisogno di verifica genitoriale. Esse riguardano le prestazioni sanitarie relative all'esercizio della sessualità (contraccezione, IVG, diagnosi e cura di malattie sessualmente trasmesse) ed i programmi terapeutici per la disintossicazione dalle sostanze psicotrope.

La legge 22 dicembre 2017, n. 219, Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, ha stabilito che nessun trattamento sanitario possa essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato, promuovendo e valorizzando, tra paziente e medico, la relazione di cura alla quale contribuiscono non solo tutte le professionalità che compongono l'équipe sanitaria ma anche i familiari.

Per quanto concerne il minore, la legge n. 219/2017 risponde pienamente ai principi della Convenzione in materia di ascolto e rispetto delle opinioni espresse del minore, stabilendo che il consenso informato al trattamento sanitario è espresso o rifiutato dai genitori o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore. La legge riconosce che la persona minore o incapace ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione e deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nella condizione di esprimere la sua volontà.



Nel caso in cui il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata, oppure l'amministratore di sostegno in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT), o il rappresentante legale della persona minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare. Importante è anche la previsione del divieto di accanimento terapeutico. Nel caso di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, infatti, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati.

6.3 La promozione della salute nel periodo preconcezionale e neonatale

In linea con l'art. 24 della Convenzione e l'obbligo degli Stati di adottare misure atte a ridurre la mortalità neonatale e infantile, il Piano sanitario nazionale prevede tra gli obiettivi prioritari il miglioramento dell'assistenza ostetrica e pediatrica/neonatologica nel periodo perinatale, colmando le disuguaglianze esistenti fra le Regioni italiane, al fine di ridurre la mortalità neonatale, in primo luogo nelle Regioni dove è più elevata, ottimizzando il numero dei reparti pediatrici e dei punti nascita e assicurando la concentrazione delle gravidanze a rischio e il servizio di trasporto in emergenza del neonato e delle gestanti a rischio.

Relativamente alle azioni di intervento per la promozione della salute durante la gravidanza e nel periodo preconcezionale, con il decreto 26 luglio 2016 è stato istituito un Tavolo tecnico del Ministero della Salute in materia di tutela e promozione della salute nei primi 1000 giorni di vita dal periodo del concepimento al secondo anno di età. Tale strumento ha il compito di redigere un documento di indirizzo sui principali fattori di rischio prevenibili/riducibili, destinato a operatori sanitari, genitori, educatori e *caregivers*, oltre che promuovere azioni preventive per minimizzarli a partire dal periodo preconcezionale e fino al secondo anno di vita. Assai rilevanti sono anche le "Linee di indirizzo per la promozione e il miglioramento della qualità, della sicurezza e dell'appropriatezza degli interventi assistenziali nel percorso nascita e per la riduzione del taglio cesareo", adottate con Accordo Stato-Regioni a dicembre 2010, che prevedono dieci azioni la cui attuazione è stata monitorata in questi anni dal Ministero della salute. Nel tempo, il dato più evidente è la disomogeneità a livello di strutture regionali, che ha consegnato



al sud il ruolo di fanalino di coda nell'attuazione delle migliori politiche in favore della vita nascente.

Con la legge 19 agosto 2016, n. 167, Disposizioni in materia di accertamenti diagnostici neonatali obbligatori per la prevenzione e la cura delle malattie metaboliche ereditarie, lo *screening* neonatale allargato o esteso (SNE) è stato inserito ufficialmente nei nuovi Livelli Essenziali di Assistenza (LEA), con una copertura finanziaria tale da assicurarne l'obbligatorietà su tutto il territorio nazionale. Di seguito, con il decreto ministeriale 13 ottobre 2016, Disposizioni per l'avvio dello screening neonatale per la diagnosi precoce di malattie metaboliche ereditarie, si consente potenzialmente di dare avvio allo SNE per tutti i nuovi nati, con modalità uniformi per una stessa lista di patologie, e di trasferire opportune risorse economiche vincolate alle Regioni che accedono al FSN.

Nell'area neonatologica appare di rilievo l'allargamento a tutti i nuovi nati dello *screening* neonatale esteso per le malattie metaboliche ereditarie, così come l'introduzione dello screening neonatale per la sordità e la cataratta congenita. Grande attenzione peraltro è stata rivolta alla gravidanza e al puerperio, introducendo gratuitamente il corso di accompagnamento alla nascita e il colloquio con lo psicologo in caso di disagio emotivo.

6.4 Obbligo di vaccinazione e tutela della salute pubblica

Le vaccinazioni rientrano tra le cure che il minore ha diritto di ottenere ai sensi dell'art. 24 della Convenzione, soprattutto nell'ottica della lotta alla diffusione delle malattie infettive che gli Stati devono impegnarsi a sostenere. Esse consistono nella somministrazione di una sostanza che viene introdotta nel corpo umano per stimolare la produzione di anticorpi specifici e rendere il fisico immune da determinate malattie infettive (vaccinoprofilassi) o per scopi terapeutici (vaccinoterapia). Il Ministero della Salute ha emanato la circolare del 16 agosto 2017 con le prime indicazioni operative per l'attuazione del decreto legge n. 73 del 7 giugno 2017, convertito con modifiche nella legge 31 luglio 2017 n. 119, Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale, di malattie infettive e di controversie relative alla somministrazione di farmaci. La legge sancisce l'obbligatorietà, per la frequenza scolastica di bambini e ragazzi di età compresa fra 0 e 16 anni, a seconda della coorte di nascita, delle vaccinazioni per le seguenti malattie: difterite, tetano, pertosse,



poliomielite, epatite B, *Haemophilus influenzae* tipo b, morbillo, parotite, rosolia e varicella.

La Corte costituzionale ha chiarito che la vaccinazione rappresenta un obbligo che trae fonte proprio nell'art. 32 della Costituzione³⁹ e la prestazione deve essere somministrata al minore in via coattiva qualora i genitori si rifiutino di sottoporre il figlio a tale cura.⁴⁰ La somministrazione dei trattamenti sanitari può infatti essere disposta dall'autorità giudiziaria, cui possono rivolgersi gli operatori sanitari nell'ipotesi in cui il genitore neghi il proprio consenso ad attività diagnostiche, terapeutiche ed assistenziali con grave pregiudizio per la salute del minore.⁴¹ Ciò è possibile in ragione del fatto che nell'imporre un trattamento sanitario la legge non solo intende tutelare (migliorare o preservare) lo stato di salute di colui che si sottopone alla cura, ma anche preservare i terzi, tenuto conto che l'interesse alla salute ha valenza collettiva.⁴²

Nelle Osservazioni conclusive del 2019 il Comitato ha raccomandato di ampliare la consapevolezza dell'importanza delle vaccinazioni e garantire una copertura vaccinale completa contro le malattie infantili.⁴³

6.5 L'uso di sostanze e prodotti nocivi per la salute (tabacco, sostanze stupefacenti, alcool e cibi non salutari)

Il Piano sanitario nazionale prevede tra gli obiettivi da raggiungere nel triennio l'educazione dei giovani alla promozione della salute, all'attività motoria, ai comportamenti e stili di vita adeguati nel campo delle abitudini alimentari, alla prevenzione della tossicodipendenza e dell'alcolismo.⁴⁴ Siccome la scuola rappresenta uno degli ambienti a maggiore rischio per gli adolescenti, il Protocollo d'intesa tra Ministero della salute e MIUR "Per la

39 Corte cost., sentenza 27 marzo 1992, n. 132.

40 App. Bari, sentenza 12 febbraio 2003; App. Bari, sentenza 6 febbraio 2002; App. Torino, sentenza 3 ottobre 1992.

41 Corte cost., sentenza 24 gennaio 1991, n. 26.

42 Corte cost. sentenza 22 giugno 1990, n. 307.

43 Osservazioni conclusive 2019 al quinto e sesto rapporto periodico dell'Italia, CRC/C/ITA/CO/5-6, par. 28.

44 V. nota dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, *Segnalazione ai sensi dell'art. 3, comma 1, legge n. 112 del 2011. Contrasto alle dipendenze da sostanze e alcol. Tutela della salute psicofisica delle persone di minore età*, 27 maggio 2019, reperibile all'indirizzo <<https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/nota-dipendenze-salute-minorenni.pdf>>.



tutela del diritto alla salute, allo studio e all'inclusione" individua tra le aree di intervento prioritarie la "Prevenzione delle dipendenze da sostanze d'abuso e delle dipendenze comportamentali", auspicando l'implementazione e la rendicontazione delle azioni intraprese al fine di valutarne l'efficacia.

Nei Commenti generali nn. 4 e 15 il Comitato ha manifestato grande preoccupazione per la diffusione delle malattie croniche non trasmissibili o delle dipendenze legate al consumo di sostanze e prodotti nocivi per la salute. Nelle Osservazioni conclusive del 2011 il Comitato, riferendosi al proprio Commento generale n. 4, ha raccomandato all'Italia di adottare le opportune misure per eliminare l'uso di droghe illecite da parte dei minori, attraverso programmi e campagne di comunicazione, attività didattiche sulle competenze esistenziali e la formazione di insegnanti, operatori sociali e altre figure rilevanti, programmi sulla promozione di stili di vita sani al fine di ridurre l'uso di alcol e tabacco.⁴⁵

Per quanto concerne la lotta all'alcolismo, la legge 18 aprile 2017 n. 48 ha imposto il divieto di somministrazione di bevande alcoliche ai minori di 18 anni a completamento del divieto di vendita già introdotto dalla legge 30 marzo 2001, n. 125. Il divieto di somministrazione riguarda i minori ultrasedicenni, atteso che la somministrazione di alcolici ai minori di 16 anni è già sanzionata penalmente dall'art. 689 cod. pen.

In materia di contrasto alla diffusione del tabagismo, si segnalano alcune importanti iniziative legislative e del Ministero della Salute che hanno introdotto divieti e limitazioni alla vendita ed alla pubblicità di prodotti del tabacco e la creazione di ambienti *no-smoking*. La necessità di tutelare la salute dei minori dai danni prodotti dal fumo (attivo e passivo) ha portato all'introduzione del divieto di vendita delle sigarette ai minori di 18 anni (legge 8 novembre 2012, n. 189), innalzando il precedente limite di 16 anni (previsto dall'art. 25 del Regio decreto 1934), ed all'estensione del divieto di fumo alle aree all'aperto di pertinenza delle scuole (legge 8 novembre 2013, n. 128). Un ulteriore progresso si è registrato in occasione del recepimento, con decreto legislativo 12 gennaio 2016, n. 6, della direttiva 40/2014/UE che regola la produzione, presentazione e vendita dei tabacchi e dei prodotti affini nell'Unione europea. Il provvedimento ha introdotto il divieto di fumo nelle auto private in presenza di minori e donne in gravidanza ed il divieto di fumo

⁴⁵ Osservazioni conclusive 2011 al terzo e quarto rapporto periodico dell'Italia, CRC/C/ITA/CO/3-4, par. 54.



nelle pertinenze esterne dei reparti ospedalieri di neonatologia, ostetricia e pediatria. Inoltre, esso ha rafforzato le sanzioni per la vendita ai minori di prodotti del tabacco e confermato il divieto di vendita anche delle sigarette elettroniche con nicotina.⁴⁶ Infine, nel 2017 il Ministero della salute e GARD Italia hanno pubblicato il documento “La tutela dal fumo passivo negli spazi confinati o aperti non regolamentati dalla Legge 3/2003 art. 51 (Legge Sirchia) e successive modificazioni”, alla cui stesura hanno partecipato anche due Associazioni del Gruppo CRC. Tale documento riassume i dati attuali relativi ai danni da fumo passivo, passa in rassegna le attuali normative e buone pratiche nazionali e internazionali relative al fumo in ambienti indoor e spazi aperti e si conclude con una serie di proposte operative per favorire la diffusione delle conoscenze sul fumo passivo come fattore di rischio per la salute e con raccomandazioni volte a rafforzare la protezione dal fumo passivo in ambienti aperti e in particolari ambienti confinati.

Infine, per quanto riguarda la lotta all'obesità ed alle malattie croniche derivanti dall'inattività fisica e dall'alimentazione scorretta, l'Italia è partner dell'Azione comune cofinanziata dall'Unione europea denominata JANPA (*Joint Action on Nutrition e Physical Activity*), il cui obiettivo è contribuire ad arrestare l'aumento del sovrappeso e dell'obesità nei bambini e negli adolescenti entro il 2020, anche in attuazione del “Piano d'azione dell'UE in materia di obesità infantile 2014-2020” adottato dalla Commissione europea. Il Ministero della Salute, insieme all'Istituto Superiore di Sanità, partecipa ai *Work Packages* trasversali e ai WP 6 (Ambienti salutarì e approcci integrati: aiutare gli Stati membri a creare ambienti di vita salutarì, in particolare negli asili e nelle scuole, fornendo indicazioni sulle politiche e le iniziative nazionali) e WP 7 (Interventi precoci: migliorare la qualità delle politiche e degli interventi grazie all'individuazione di azioni efficaci che hanno come target le donne in gravidanza e le famiglie con bambini piccoli).

⁴⁶ S. NEGRI, “Smoke-free Environments: Lessons from Italy”, in *Human Rights and Tobacco Control*, a cura di M. Elske Gispén, B. Toebes, Edward Elgar, 2019 (in corso di pubblicazione).



6.6 Le criticità relative alla salute mentale

La salute mentale dei minori è oggetto di particolare attenzione da parte del Comitato, che ha rilevato con preoccupazione l'incremento, soprattutto tra gli adolescenti, di disturbi psichiatrici e disordini comportamentali che si manifestano con depressione, disturbi alimentari e comportamenti autolesivi o persino suicidari.⁴⁷

In questo ambito permangono le gravi criticità già evidenziate nel secondo Rapporto Supplementare e citate nelle Osservazioni conclusive del 2011.⁴⁸ Alle Linee Guida nazionali sulla salute mentale si sono aggiunti numerosi altri accordi Stato-Regioni – tra cui il Piano di Azioni Nazionale per la Salute Mentale – e alcune leggi nazionali. Tuttavia, anche a fronte di precise indicazioni, si rilevano aspetti inevasi come l'assenza di un fondo aggiuntivo o di linee applicative regionali che permettano l'implementazione/riorganizzazione dei Servizi di Neuropsichiatria dell'Infanzia e dell'Adolescenza (NPIA), in termini di risorse ma anche di formazione permanente; la sinergia con la riabilitazione accreditata; l'introduzione dello screening nei bilanci di salute pediatrici; la continuità di cura in età adulta.

La presenza di Regioni ancora prive dei necessari servizi territoriali e/o di personale – vuoi perché il personale è gravemente insufficiente vuoi perché non sono comunque previste tutte le figure professionali necessarie per garantire la presa in carico multidisciplinare utile ai percorsi terapeutici in età evolutiva – delinea un quadro reso ancor più grave a seguito dei provvedimenti di contenimento della spesa pubblica.

Appare evidente che la perdurante assenza di un sistema di monitoraggio complessivo della salute mentale in età evolutiva e dello stato dei servizi e delle iniziative in questo campo resti uno degli elementi di maggiore criticità, poiché impedisce di descrivere, monitorare e programmare adeguatamente gli interventi. A tal riguardo, nelle Osservazioni conclusive del 2019 il Comitato ha raccomandato di: garantire un sistema uniforme e integrato di servizi di assistenza neuropsichiatrica infantile e adolescenziale dotato di sufficienti risorse umane, tecniche e finanziarie; istituire un efficace

⁴⁷ CRC, *General Comment No. 4*, par. 22; *General Comment No. 15*, par. 38. V. anche Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, *La salute mentale degli adolescenti. Documento di studio e di proposta*, 21 dicembre 2017, reperibile all'indirizzo <<https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/salute-mentale-adolescenti.pdf>>.

⁴⁸ Osservazioni conclusive 2011, paragrafi 51-52.



sistema di monitoraggio della salute mentale dei bambini e degli adolescenti; condurre uno studio sulle cause principali dell'aumento della diagnosi di disturbo da deficit di attenzione/iperattività (ADD/ADHD) e garantire che la prescrizione di farmaci sia utilizzata in ultima istanza e solo dopo una valutazione individuale di quale sia il superiore interesse del minorenne.⁴⁹

Il Gruppo CRC ha presentato alcune raccomandazioni: al Ministero della salute e alla Commissione Salute della Conferenza delle Regioni il Gruppo ha chiesto di garantire, attraverso adeguati investimenti di risorse, la presenza omogenea in tutto il territorio nazionale di un sistema integrato di Servizi di Neuropsichiatria infantile; al Ministero della Salute, alla Commissione Salute della Conferenza delle Regioni, all'Istituto Superiore di Sanità, ai Servizi di Neuropsichiatria il Gruppo ha chiesto di strutturare un adeguato sistema di monitoraggio della salute mentale dei bambini e degli adolescenti, dello stato dei servizi ad essa dedicati e dei percorsi diagnostici e assistenziali dei disturbi neuropsichici nell'età evolutiva; infine, Al Ministero della Salute, al Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, alla Commissione Salute della Conferenza delle Regioni di pianificare interventi coordinati di promozione della salute mentale, con particolare riguardo alla prima infanzia e specifica attenzione alla sensibilizzazione e formazione dei pediatri di famiglia e degli operatori educativi e scolastici, alla prevenzione dei suicidi, dei DCA e di altri analoghi disturbi ad elevato impatto, riferendo annualmente l'esito dell'azione alla Commissione parlamentare per l'infanzia e l'adolescenza e alla Commissione Salute della Conferenza della Regioni.

La giurisprudenza italiana ha mostrato sensibilità nel riportare ai principi della Convenzione ipotesi specifiche di minori con problemi di salute psichica, anche in linea con strumenti legislativi in via di approvazione.⁵⁰

⁴⁹ Osservazioni conclusive 2019, par. 29.

⁵⁰ In tema di affidamento condiviso del figlio nella crisi della coppia genitoriale, la soluzione della suddivisione paritetica dei tempi di permanenza presso ciascun genitore non è sempre da preferire; tuttavia, essa è preferibile laddove ve ne siano le condizioni di fattibilità e, quindi, tenendo sempre in considerazione le caratteristiche del caso concreto (quali l'età del minore, gli impegni lavorativi di ciascuno dei genitori, la disponibilità di un'abitazione dignitosa per la crescita dei figli, ecc.). Questo è quanto ha di recente stabilito il Tribunale di Catanzaro con decreto 28 febbraio 2019, n. 443. Nel decreto, dopo aver menzionato il fondamentale apporto della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, sono presenti significative assonanze con le previsioni contenute nel disegno di legge d'iniziativa sen. Pillon et al., comunicato alla Presidenza del Senato della Repubblica in data 1° agosto 2018, recante *Norme in materia di affidamento condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità* (atto Senato n. S 735/2018). In questo disegno di legge, il tempo da trascorrere con il genitore incontra un



6.7 La sfida del futuro: la dipendenza da Internet

Nell'ambito dei disturbi comportamentali, il Comitato ha segnalato anche la diffusione tra gli adolescenti di comportamenti ossessivi quali l'uso eccessivo e la dipendenza da Internet e da altre tecnologie.⁵¹

Di fatto, la patologia denominata "Internet Addiction Disorder" ha assunto le sembianze di una vera e propria malattia, atteso il vertiginoso abbassamento dell'età media degli utenti di *chat* e *social network*, di solito adolescenti e bambini di età compresa fra 10-12 anni.

Il Rapporto sul benessere dei quindicenni pubblicato dall'OCSE⁵² riporta che il 23% degli studenti italiani dichiara di usare Internet per oltre 6 ore al giorno, fuori dalla scuola, in un qualsiasi giorno della settimana; tali adolescenti sono pertanto da ritenersi consumatori estremi di Internet. In media, in Italia, gli studenti usano Internet per 165 minuti al giorno, durante la settimana, e per 169 minuti durante il fine settimana (media OCSE: 146 minuti e 184 minuti). Un'abitudine che, oltre a condizionare negativamente le prestazioni scolastiche (i consumatori estremi di Internet, in Italia come in altri Paesi, hanno tendenzialmente peggiori risultati e maggiori probabilità di saltare la scuola o di arrivarvi in ritardo), si trasforma in una vera e propria dipendenza: il 47% degli studenti riporta di "sentirsi proprio male se non c'è una connessione a Internet".

Il Gruppo CRC ha raccomandato al Ministero della salute di incentivare campagne informative rispetto ai danni derivanti dalla dipendenza da Internet e percorsi educativi indirizzati agli adolescenti; al Ministero della salute e al Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca di dare piena attuazione al Protocollo d'intesa "Per la tutela del diritto alla salute, allo studio e all'inclusione", e nello specifico all'area della "Prevenzione delle dipendenze da sostanze d'abuso e delle dipendenze comportamentali".

limite solo in caso di "comprovato e motivato pericolo di pregiudizio per la *salute psico-fisica de figlio*", derivante da (i) violenza, (ii) abuso sessuale, (iii) trascuratezza, (iv) indisponibilità di un genitore, o (v) inadeguatezza evidente degli spazi predisposti per la vita del minore. V. anche Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, *Carta dei diritti dei figli nella separazione dei genitori*, 2018, reperibile all'indirizzo <<https://www.garanteinfanzia.org/landing2/diritti-dei-figli-nelle-separazioni.html>>.

⁵¹ CRC, *General Comment No. 15*, par. 38.

⁵² OECD, Programme for International Student Assessment (PISA), Results from PISA 2015 Students' Well-being, Italia, reperibile al sito <https://www.oecd.org/pisa/PISA2015-Students-Well-being-Country-note-Italy-Italian.pdf>.

VERSO UNA GIUSTIZIA “A MISURA DI MINORE” NELLA GIUSTIZIA CIVILE: GARANZIE E GIUSTO PROCESSO

ELENA D’ALESSANDRO ¹

Sommario: 1. Introduzione. – 2. L’organizzazione della giustizia civile minorile dopo l’entrata in vigore della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza. – 3. Verso una tutela effettiva della persona di minore età nel processo. – 3.1 *Segue:* il diritto all’ascolto e il portavoce del minore. – 4. Uno sguardo al futuro: l’unitarietà del giudice della famiglia e delle persone come via maestra per una giustizia civile a misura di una persona di minore età? – 5. Il reclamo individuale al Comitato sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza.

1. Introduzione

Sebbene nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza (di seguito anche “Convenzione” o “CRC”) manchi un articolo espressamente dedicato alla giustizia civile,² importanti indicazioni circa la necessità di un sistema giurisdizionale civile a misura di una persona di minore età possono essere tratte dal testo dell’art. 3, par. 1, secondo cui in tutte le decisioni relative ai minori, i tribunali, inclusi quelli in materia civile debbono tenere in preminente considerazione l’interesse della persona di minore età, in quanto soggetto in crescita, con una personalità in evoluzione, e perciò maggiormente bisognoso di attenzione e protezione.

Nel 1991, quando la Convenzione è entrata in vigore, la persona di minore età che, a seguito di problemi familiari, avesse avuto necessità di accedere alla giustizia civile minorile italiana, doveva avere a che fare con un sistema

¹ Professore ordinario di diritto processuale civile, Università di Torino (elena.dalessandro@unito.it).

² Per quanto riguarda invece la giustizia penale, si veda, in questo volume, il contributo di B. BERTOLINI.



caratterizzato da un frazionamento di competenze. La giustizia civile minorile italiana, infatti, era (ed è ancora) contraddistinta dalla presenza un riparto di competenze tra la giustizia civile ordinaria e quella del giudice minorile.

Il tribunale per i minorenni è un giudice specializzato dell'amministrazione della giustizia minorile, che è stato istituito presso ogni distretto di corte d'appello con regio decreto-legge 20 luglio 1934, n. 1404, convertito in legge 27 maggio 1935, n. 835.³

Il tribunale per i minorenni è un organo collegiale, composto da quattro giudici: due giudici professionali (c.d. "giudici togati") – cioè il presidente ed un giudice a latere – e due giudici onorari, un uomo e una donna, "benemeriti dell'assistenza sociale, scelti tra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia, di psicologia" (art. 2 legge 27 maggio 1935, n. 835).

L'idea che sottendeva alla creazione del tribunale per i minorenni, che è istituzione sorta ben prima dell'entrata in vigore della Costituzione, dunque assai risalente nel tempo, è sorprendentemente in linea con le finalità della Convenzione. Già dagli anni '30, cioè, si era sentita in Italia la necessità di istituire un organo giurisdizionale a misura di minore che, grazie alle specifiche competenze di cui è munita la sua componente laica, dovrebbe essere posto nella situazione di meglio comprendere, rispetto al tribunale ordinario composto di soli magistrati professionisti, i comportamenti dei minori, i loro bisogni e necessità ossia, in altri termini, i loro *best interests*.⁴

Nonostante questo meritorio obiettivo, che aveva determinato la presenza di un riparto di competenze tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni, l'aspetto del sistema italiano di giustizia civile minorile che suscitava maggiori perplessità tra gli operatori pratici, al momento dell'entrata in vigore della Convenzione, era proprio quello della mancanza di un unico organo giurisdizionale di riferimento per le controversie riguardanti i minori. Infatti, l'allora vigente formulazione dell'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile ripartiva la competenza per le cause riguardanti la persona di minore età tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni. Alcune controversie spettavano alla giurisdizione dell'uno e altre, invece, a quella dell'altro, dando vita ad un sistema considerato assai poco razionale,

³ Rispettivamente, in Gazz. Uff., 5 settembre, n. 208 e in Gazz. Uff., 12 giugno 1935, n. 137 R.D. n.1404/34.

⁴ Si veda, in questo volume, il contributo di E. LAMARQUE.



in primis perché non era agevole, per la persona di minore età, capire già prima del sorgere della controversia quale tra i due giudici avrebbe dovuto impartire giustizia.

In alcuni casi per individuare il giudice competente si doveva avere riguardo allo *status* del minore. Per la precisione – in base ad un criterio assai poco razionale – il giudice competente cambiava a seconda che la persona di minore età fosse nata da una coppia coniugata, ovvero da una coppia non unita in matrimonio.

Così, ad esempio, mentre le controversie riguardanti il riconoscimento, il mantenimento e l'affidamento di minori nati da coppia non coniugata spettavano alla competenza del tribunale per i minorenni, il mantenimento e l'affidamento di minori nati da coppia coniugata e poi separata o divorziata era deciso dal giudice ordinario, in sede di separazione o divorzio. Se, però, il contegno di uno dei genitori fosse stato tale da suscitare la necessità di un provvedimento ablativo o limitativo della responsabilità genitoriale, la competenza sarebbe nuovamente passata al tribunale per i minorenni.

Giova in proposito segnalare che, tra il tribunale per i minorenni e il tribunale ordinario, non sussiste soltanto una differenza di composizione, essendovi anche difformità sotto un altro profilo, ossia quello delle norme processuali applicabili (c.d. “rito applicabile”) per decidere la controversia civile che vede coinvolta la persona di minore età. Segnatamente: mentre il procedimento dinanzi al tribunale per i minorenni si svolge secondo le regole dei procedimenti in camera di consiglio, che lasciano all'organo giudicante ampi poteri di *case management* (il giudice, in presenza di norme procedurali flessibili, può adattare le regole di svolgimento del processo alle peculiarità del caso concreto e chiudere il giudizio in tempi ragionevoli come prescritto dall'art. 111, comma 2, della Costituzione) il procedimento dinanzi al tribunale ordinario si svolge secondo le rigide regole descritte agli articoli 163 e seguenti del codice di procedura civile che lasciano al giudice ben pochi spazi di discrezionalità, in osservanza del principio costituzionale secondo cui il processo deve essere regolato dalla legge (art. 111, comma 1, della Costituzione) e svolgersi in modo identico per tutti gli utenti (principio di uguaglianza, art. 3 della Costituzione). Dunque, due “riti” diversi che rispondono a due distinte finalità, ambedue meritevoli di essere perseguite.



2. L'organizzazione della giustizia civile minorile dopo l'entrata in vigore della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza

Nel 2013, al meritorio scopo di dare attuazione al principio della concentrazione delle tutele in caso di minori coinvolti dalla crisi familiare, il legislatore ha modificato l'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile.

L'intento che ha mosso il legislatore era in linea con le finalità della Convenzione: come detto, si mirava a fare in modo che un solo giudice potesse risolvere la crisi familiare e dare così risposta al bisogno di tutela e protezione del minore.

La nuova formulazione dell'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile, nel disciplinare il riparto di competenze tra tribunale per i minorenni e tribunale ordinario per le controversie che coinvolgono minori, accorda preferenza al tribunale ordinario, in ragione delle regole di procedura che dinanzi a tale giudice si applicano, ritenute espressione di quel giusto processo interamente "regolato dalla legge" garantito dall'art. 111, comma 1, della Costituzione. Le considerazioni sulle regole di procedura applicabili hanno prevalso su altre considerazioni che avrebbero potuto invece indurre a valorizzare la particolare composizione del tribunale dei minorenni.

L'attuale versione dell'art. 38, comma 1, delle disposizioni di attuazione del codice civile, così come modificato dall'art. 96, comma 1, lett. c), del decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, in vigore dal 7 febbraio 2014, nell'elencare le cause di competenza del tribunale per i minorenni stabilisce che, per l'emanazione dei provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale, la competenza di quest'ultimo tribunale è esclusa nell'ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti, un giudizio di separazione o divorzio ovvero un procedimento sulla responsabilità genitoriale di figli nati da coppia non coniugata. In tali ipotesi la competenza, per tutta la durata del procedimento, spetta al giudice ordinario, che attrae così a sé una causa che, se non vi fosse stato alcun giudizio già pendente, sarebbe stata decisa dal tribunale per i minorenni (c.d. *vis attractiva*).

Nell'idea del legislatore, la modifica avrebbe dovuto garantire una trattazione unitaria delle questioni riguardanti la responsabilità genitoriale davanti al tribunale ordinario, in ragione del "rito" da quest'ultimo applicato.

La previsione, tuttavia, nella parte in cui contempla una deroga alle regole



di competenza a favore del giudice ordinario per consentirgli una valutazione globale dei profili relativi alla responsabilità genitoriale, a causa del suo tenore letterale non propriamente cristallino, ha suscitato numerosi problemi interpretativi, a partire dall'individuazione dei casi in cui siffatta *vis attractiva* opera a vantaggio del tribunale ordinario. Ci si domanda, ad esempio, se l'attrazione alla competenza del tribunale ordinario sia limitata alle controversie di limitazione della responsabilità genitoriale ovvero si estenda anche ad ulteriori procedimenti che coinvolgono la persona minore di età e che sono richiamati nell'*incipit* dell'art. 38 delle disposizioni di attuazione, che in questo commento non si ritiene necessario menzionare.

Altri nodi interpretativi sono stati sciolti grazie all'intervento della giurisprudenza di legittimità. Ad esempio, la giurisprudenza ha chiarito che la *vis attractiva* a favore del tribunale ordinario opera solo se il processo dinanzi al giudice ordinario è quello preventivamente instaurato e non, invece, quando il procedimento dinanzi al tribunale per i minorenni sia già pendente.

In considerazione dei dubbi interpretativi che abbiamo qui cercato di illustrare e di quelli ulteriori, troppo tecnici perché se ne possa dare conto in questo scritto, ci pare possibile affermare che la modifica introdotta dal decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 al fine di razionalizzare l'organizzazione della giustizia civile minorile italiana non ha purtroppo centrato l'obiettivo che si era prefissa. Ad oggi, sfortunatamente, il modo con cui il sistema di giustizia civile minorile italiano è organizzato non è ancora a misura di minore.

3. Verso una tutela effettiva della persona di minore età nel processo

L'aspetto della giustizia civile minorile dove maggiormente ha esercitato influenza benefica la Convenzione è stato probabilmente quello relativo al ruolo del minore nel processo.⁵ A questo riguardo si può addirittura affermare che è la stessa concezione della finalità della giustizia civile minorile ad essere mutata dagli anni novanta ad oggi, anche per effetto della Convenzione. Il giudizio civile, a lungo concepito come luogo di amministrazione degli interessi della persona di minore età da parte dei "grandi" è ormai divenuto, con

⁵ Per quanto riguarda invece la predisposizione di norme sulla giurisdizione che siano *child-friendly*, si veda in questo volume, il contributo di O. LOPES PEGNA.



un mutamento di prospettiva, lo strumento che il minore ha a disposizione per la salvaguardia e la tutela dei propri diritti. È stato significativo l'apporto dato dalla Convenzione in termini di acquisizione della consapevolezza che alla persona di minore età debbono essere garantiti una serie di diritti, tra cui quello alla famiglia⁶ e che è compito dell'autorità giudiziaria assicurare l'effettività di tali diritti.

Conseguenza di questa mutata concezione è il riconoscimento, da parte della Corte costituzionale, della circostanza che la persona di minore età, insieme ai propri genitori, è parte in senso sostanziale dei procedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale, ossia è destinatario diretto degli effetti di siffatti provvedimenti e, come tale, ha diritto ad essere informato della pendenza del procedimento civile, così come a partecipare al giudizio.

Non è un caso che la Corte costituzionale,⁷ per arrivare a questo significativo risultato abbia fatto leva proprio sull'art. 12, par. 2, della Convenzione e sulla relativa garanzia dell'ascolto.⁸ Per la Corte costituzionale "tale prescrizione, ormai entrata nell'ordinamento" impone di attribuire al minore il ruolo di "parte" in senso sostanziale nei procedimenti che lo riguardano, ossia di riconoscergli la qualità di destinatario degli effetti di merito del provvedimento conclusivo del giudizio, con la conseguente necessità di informarlo dell'avvio del processo e l'obbligo di dare alla persona di minore età la possibilità di esprimere il proprio punto di vista davanti al giudice, se del caso previa nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 del codice di procedura civile; un curatore che compia atti nel processo nel suo interesse.

Il minore, infatti, ai sensi dell'art. 75 del codice di procedura civile, non può essere destinatario degli effetti del provvedimento giurisdizionale conclusivo del giudizio, non può compiere atti nel processo (ad esempio: proporre domande giudiziali o chiedere che sia sentito un testimone) fino al raggiungimento della maggiore età. Tuttavia, in un sistema di giustizia a misura di minore, gli deve essere comunque assicurata la possibilità di far conoscere la propria opinione all'autorità giurisdizionale mediante la nomina di un proprio rappresentante che di regola è il genitore o chi ne fa le veci o, in caso di possibile conflitto di interessi tra genitore e persona di minore età, appunto, il curatore speciale.

⁶ Si veda, in questo volume, il contributo di M. BIANCA.

⁷ Corte cost., sentenza 30 gennaio 2002, n.1, in *Foro it.*, 2003, I, 423.

⁸ Su cui si veda, in questo volume, il contributo di R. CLERICI.



L'atteggiamento garantista mostrato dalla Corte costituzionale, dalla giurisprudenza e dalla dottrina nei confronti della posizione della persona di minore età nei giudizi limitativi e ablativi della responsabilità genitoriale non è stato però esteso ai giudizi di separazione e divorzio, in base alla considerazione per cui tali giudizi attengono essenzialmente alle sorti della vicenda matrimoniale.

Vero è, tuttavia, che nei giudizi di separazione, divorzio e modifica delle condizioni di divorzio il giudice è chiamato ad occuparsi e a decidere anche di questioni che riguardano la persona di minore età e incidono sulla sua quotidianità, come per esempio il suo affidamento o mantenimento.

La Corte costituzionale, in una decisione resa nell'ormai lontano 1986,⁹ ossia ben prima dell'entrata in vigore della Convenzione in Italia, ha giustificato la sua posizione di mancato riconoscimento della qualità di parte in senso sostanziale in capo al minore nato da coppia in procinto di separarsi o divorziarsi in base alla constatazione per cui, nei processi di separazione e divorzio, è previsto l'intervento obbligatorio del pubblico ministero; pubblico ministero che, in virtù del ruolo ricoperto, si deve fare promotore della tutela di tutti gli interessi coinvolti nel processo. Inoltre – ha aggiunto la Corte costituzionale – la posizione della persona di minore età è tutelata anche dal giudice che può dettare provvedimenti nell'interesse della prole ed esercitare poteri istruttori anche d'ufficio, senza essere vincolato alle richieste dei genitori, così ponendosi rimedio ai casi di conflitto latente tra gli interessi di uno dei genitori (o di entrambi i genitori) e il minore. Anche il giudice, dunque, così come il pubblico ministero, deve farsi carico della tutela della persona di minore età.

3.1 Segue: il diritto all'ascolto e il portavoce del minore

Indipendentemente dal ruolo – di parte in senso sostanziale, o meno – assunto dalla persona di minore età nel corso del processo che lo riguarda perché ha ad oggetto la crisi familiare, il giudice civile, ai sensi dell'art. 3 della Convenzione è tenuto in ogni caso a tenere in considerazione preminente l'interesse del minore.

Il modo migliore per comprendere quali siano i bisogni ed i desideri della persona di minore età è, come chiarito dal già ricordato art. 12, par. 2, della

⁹ Corte cost., sentenza 14 luglio 1986, n. 185, in *Giur. it.* 1988, I,1,1112.



Convenzione, il suo ascolto.

La possibilità, per la persona di minore età con capacità di discernimento,¹⁰ di essere ascoltato nei procedimenti che lo riguardano è adesso sancita, oltre che dall'art. 12, par. 2, della Convenzione,¹¹ anche dagli articoli 315-*bis* e 336-*bis* del codice civile ed assume particolare importanza nei giudizi di separazione o divorzio, dove, come si è visto poc'anzi, il minore non è considerato né parte in senso sostanziale né parte in senso processuale del giudizio. In quei processi l'ascolto è, per la persona di minore età, l'unico modo per far sentire la propria voce, il proprio punto di vista. Per questo motivo, l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza ha predisposto una "guida illustrativa", liberamente disponibile sul sito web dell'istituzione, dal titolo "La Carta dei diritti dei figli nella separazione dei genitori".¹²

Inoltre, occorre sempre ricordare che, ai sensi dell'art. 3, par. 1, della Convenzione, in tutte le decisioni relative ai minori i tribunali, inclusi quelli in materia civile, debbono tenere in preminente considerazione l'interesse della persona di minore età. In quest'ottica si muovono anche le segnalazioni dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza ai sensi degli articoli 3 e 4 della l. 112/2011 del 29 luglio 2019 rivolte, tra gli altri, anche all'autorità giudiziaria.¹³

Secondo quanto disposto dall'art. 336-*bis* del codice civile, di regola è il giudice a dover procedere all'ascolto del minore. I genitori, anche quando parti sostanziali del procedimento in corso (come accade nell'ipotesi del giudizio di separazione o divorzio), i difensori, il curatore speciale della persona di minore età, se già nominato, ed il pubblico ministero sono ammessi a presenziare all'ascolto solo se espressamente autorizzati dal giudice, al quale possono proporre argomenti e temi di approfondimento prima dell'inizio dell'adempimento. Anche questa è una forma di tutela della persona di minore età, specie a fronte dei casi di alta conflittualità familiare.

Prima di procedere all'audizione, il giudice deve informare il minore sulla funzione e gli effetti dell'ascolto.

¹⁰ In ordine ai criteri per stabilire quando il minore abbia capacità di discernimento si veda, in questo volume, il contributo di R. CLERICI.

¹¹ Su cui si veda, in questo volume, il contributo di R. CLERICI.

¹² <https://www.garanteinfanzia.org/landing2/Libretto.pdf>. La Carta è stata tradotta anche in inglese e spagnolo.

¹³ *Il sistema della tutela minorile. Raccomandazioni dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza*, 2019: https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/il_sistema_della_tutela_minorile.pdf.



Il punto IV.64 delle Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore, adottate nel 2010, prevede che gli Stati debbano compiere ogni sforzo per permettere ai minori di addurre prove negli ambienti più favorevoli e nelle condizioni più adatte possibili, in considerazione della loro età, del grado di maturità e del livello di comprensione, nonché delle eventuali difficoltà che potrebbero incontrare.¹⁴

In conformità con le Linee guida, l'art. 38-*bis* delle disposizioni di attuazione del codice civile prevede che la persona di minore età debba essere ascoltata di preferenza nel luogo in cui si trova, salvo i casi in cui, a salvaguardia del minore, sia possibile utilizzare per l'ascolto la tecnica del vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico. In tal caso, l'ascolto può svolgersi anche in un luogo diverso da quello in cui la persona di minore età si trova. Quando è utilizzabile la tecnica del vetro specchio, in considerazione del fatto che tale tecnica tutela e protegge il minore, i genitori, i difensori, il curatore speciale o il pubblico ministero sono ammessi a partecipare all'ascolto senza necessità della espressa autorizzazione del giudice e, ovviamente, senza possibilità di interloquire con la persona di minore età e con colui che effettua l'ascolto.

L'ascolto della persona di minore età effettuato direttamente dal giudice è denominato "ascolto diretto".

Tuttavia, poiché i magistrati ordinari sovente mancano di specifica preparazione nei settori della psicologia o della pedagogia, spesso si preferisce un'altra modalità di ascolto, parimenti consentita dall'art. 336-*bis* del codice civile.

Per contro, il tribunale specializzato per i minorenni dove, invece, sono presenti queste competenze, sembra maggiormente predisposto nei confronti dell'ascolto diretto.

L'altra modalità di ascolto consentita dall'art. 336-*bis* del codice civile è quella effettuata da un ausiliario del giudice, ad esempio uno psicologo, ed è denominata "ascolto indiretto". Anche l'ascolto indiretto deve essere effettuato, di preferenza, secondo le modalità descritte dalle Linee guida.

Molta strada è stata fatta, in Italia, in tema di ascolto della persona di minore età, dal momento dell'entrata in vigore della Convenzione. Nonostante ciò, vi sono ancora ulteriori margini di miglioramento.

¹⁴ https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/documenti/GuidelinesChildFriendlyJustice_IT_0.pdf.



Ciò che ad oggi manca, in riferimento all'ascolto della persona di minore età, affinché si possa propriamente parlare di una giustizia a misura di minore, è, ad esempio, una iniziativa finalizzata ad uniformare i criteri utilizzati nei tribunali per i minorenni e nei tribunali ordinari italiani per determinare se la persona di minore età abbia capacità di discernimento.

Con particolare riferimento ai casi di persona di minore età con capacità di discernimento, ciò che ancora manca è una attività di monitoraggio mirante ad acquisire dati percentuali nazionali sul rapporto tra ascolto diretto e indiretto, così come sulla tipologia dei locali in cui l'ascolto è posto in essere, al fine di verificare se e quanto la tecnica del vetro-specchio sia diffusa.

Non è tutto: non è semplice per un minore parlare delle difficoltà di vita in famiglia con quegli operatori che dovranno fare una valutazione dei suoi genitori e che potrebbero decidere per un intervento drastico. I minori temono la valutazione che questi ultimi faranno ovvero sono intimoriti dal modo in cui gli operatori utilizzeranno le informazioni che riceveranno tramite l'ascolto, perché non hanno adeguate informazioni per comprendere cosa succederà a seguito delle loro dichiarazioni o, ancora, perché le cose da riferire riguardano proprio gli adulti con cui dovrebbero parlare nel caso dei bambini. Al fine di superare tutte queste difficoltà, è auspicabile che anche all'interno del nostro ordinamento venga valorizzata la figura del portavoce del minore (*advocacy*), ossia un soggetto indipendente che li aiuti a relazionarsi con l'autorità giurisdizionale nel caso di ascolto, ad esempio che aiuti il minore in tutte le situazioni in cui il giudice deve prendere una decisione che riguarda la futura vita del soggetto di minore età. Attualmente sono stati attivati servizi di *advocacy* presso il Tribunale ordinario di Varese e presso i tribunali per i minorenni di Milano e Torino.

Per concludere il discorso riguardo al diritto all'ascolto, mette in conto segnalare che, accanto ad esso, può essere ravvisato anche una sorta di diritto "al non ascolto".

Il giudice, cioè, con provvedimento motivato può, o meglio deve evitare l'ascolto quando esso sia in contrasto con l'interesse della persona di minore età, o manifestamente superfluo.

Il diritto al non ascolto si configura, però, come un'eccezione e non deve diventare la regola.

Anche a tale proposito, si riscontra la mancanza di un'attività di monitoraggio a livello nazionale in grado di fornire dati statistici circa il numero di



casi in cui l'ascolto è stato considerato superfluo nonché dati statistici circa il rispetto, da parte dell'autorità giudicante, dell'obbligo di spiegare espressamente, nella motivazione del provvedimento giudiziale, le ragioni per cui si è deciso di non effettuare l'ascolto.

In un siffatto contesto occorre evidenziare la spiacevole situazione in cui si trova la persona di minore età, i cui genitori abbiano deciso di separarsi o divorziarsi (ovvero di modificare le condizioni di separazione o divorzio) non già per via giudiziale ma, piuttosto, tramite il procedimento di negoziazione assistita introdotto dal decreto legge n. 12 settembre 2014, n. 132 convertito con modifiche dalla legge 10 novembre 2014, n. 162.

Se i coniugi hanno raggiunto un accordo di separazione, divorzio o modifica delle condizioni di divorzio in sede di negoziazione assistita – ossia in una sede stragiudiziale, ciascuno con l'assistenza obbligatoria del proprio legale di fiducia – e la coppia ha figli minori, maggiorenni diversamente abili ovvero maggiorenni non economicamente autosufficienti, il procuratore della Repubblica dovrà autorizzare l'accordo di separazione o divorzio raggiunto, dopo aver verificato che esso risponda all'interesse dei figli.¹⁵ Senza l'autorizzazione del procuratore della Repubblica l'accordo tra i coniugi rimane improduttivo di effetti.

Nella fase della negoziazione assistita non c'è possibilità, per la persona di minore età, di essere ascoltata, posto che ai sensi dell'art. 56 del codice deontologico forense “l'avvocato non può procedere all'ascolto di una persona minore di età senza il consenso degli esercenti la responsabilità genitoriale, sempre che non sussista conflitto di interessi con gli stessi. L'avvocato del genitore, nelle controversie in materia familiare o minorile, deve astenersi da ogni forma di colloquio e contatto con i figli minori sulle circostanze oggetto delle stesse”.

È evidente, pertanto, che in questo caso spetta al procuratore della Repubblica il compito di tutelare l'interesse preminente del minore. Poiché, tuttavia, gli articoli 336-*bis* e 337-*octies* del codice civile riservano l'ascolto della persona di minore età all'autorità giudiziaria e poiché la procura della Repubblica presso il tribunale ordinario non ha né le strutture né le competenze per effettuare l'ascolto, l'unica via per far sì che alla persona di minore

¹⁵ Viceversa, l'ulteriore modalità, alternativa rispetto a quella giurisdizionale, per ottenere la separazione o divorzio prevista dalla legge n. 162 del 2014, ossia il divorzio davanti al sindaco (o a un delegato del sindaco) non è utilizzabile in caso di coppia con figli minori ovvero maggiorenni diversamente abili ovvero economicamente non autosufficienti.



età sia comunque garantito il diritto di essere sentito anche se i suoi genitori scelgono di mettere fine alla vita matrimoniale con uno strumento stragiudiziale (ossia: l'unico modo per fare in modo che l'art. 12 della Convenzione sia rispettato anche se i genitori per mettere fine alla loro vita coniugale scelgono la via della negoziazione assistita) è leggere la disposizione dell'art. 6 della legge n. 162/2014 con gli occhiali del preminente interesse della persona di minore età. Si propone, cioè, di arrivare per questa via a sostenere che, nei casi in cui il procuratore della Repubblica ritenga opportuno l'ascolto del minore, entro cinque giorni, come previsto dal richiamato art. 6 della legge n. 162/2014 debba trasmettere l'accordo al presidente del tribunale, l'unico in grado di provvedervi in sede giudiziale. È questo un punto debole della disciplina della negoziazione assistita dettata dalla legge n. 162/2014 che non soltanto crea problemi di compatibilità con l'art. 12 della Convenzione ma può anche creare problemi quando si tratti di far valere all'interno dello spazio giudiziario europeo gli effetti della separazione e divorzio e dei provvedimenti concernenti l'affidamento della persona di minore età contenuti nell'accordo di negoziazione assistita. Occorre infatti tenere conto del fatto che la mancata possibilità, per la persona di minore età, di esercitare il suo diritto all'ascolto fa da ostacolo alla possibilità di esportare l'accordo di negoziazione assistita e il suo contenuto negli altri Stati membri dell'Unione europea, in quanto, ai sensi dell'art. 23 del regolamento n. 2201/2003 le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non sono esportabili se (salvi i casi di urgenza) la decisione è stata presa – ovvero l'accordo è stato concluso – senza che la persona di minore età abbia avuto la possibilità di essere ascoltata¹⁶ e senza che, ovviamente, sia stato neppure possibile concepire un servizio di portavoce. L'art. 39 del nuovo regolamento 1111/2019, destinato a sostituire il regolamento n. 2201/2003 a partire dal 1° agosto 2022, senza soluzione di continuità rispetto alla normativa attualmente in vigore, prevede che il riconoscimento di una decisione sulla responsabilità genitoriale sia negato se il minore capace di discernimento non ha avuto la possibilità di esprimere la propria opinione nello Stato di origine del provvedimento.

¹⁶ Si veda, in questo volume, il contributo di O. LOPES PEGNA.



4. Uno sguardo al futuro: l'unitarietà del giudice della famiglia e delle persone come via maestra per una giustizia civile a misura di una persona di minore età?

Volgendo adesso lo sguardo verso il futuro e guardando a cosa si può fare per rendere il nostro sistema di giustizia civile minorile ancor più a misura di minore, sembra che, uno dei più grossi ostacoli da rimuovere sia il riparto di competenze tra tribunale per i minorenni e tribunale ordinario per giungere ad avere un unico giudice della famiglia.

Non è chiaro, però, in quale maniera l'obiettivo possa essere perseguito. All'orizzonte non si scorgono agevoli vie d'uscita.

Nella scorsa legislatura, ad esempio, era stata presentata una proposta di legge, giunta fino all'approvazione della Commissione Giustizia della Camera dei deputati, che ipotizzava la soppressione dei tribunali e delle procure per i minorenni e l'introduzione, rispettivamente, di sezioni specializzate per la persona, la famiglia e i minori presso i tribunali ordinari e di gruppi specializzati di procuratori per i minori presso le procure ordinarie.

Per meglio comprendere il senso della proposta, è utile segnalare che le sezioni *specializzate* si differenziano dai giudici *speciali* tra l'altro perché, come segnalato dalla Corte costituzionale,¹⁷ nelle sezioni specializzate la componente c.d. "togata" è sempre necessaria, mentre la partecipazione di "laici" – ossia psicologi o altri laici con competenze pedagogiche *ad hoc*, ossia ciò che costituisce il valore aggiunto nei tribunali per i minorenni – è solo eventuale.

La proposta, tuttavia, era stata sottoposta a numerose critiche, inclusa quella dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza.¹⁸ L'Autorità garante aveva fatto notare che lo smantellamento dei tribunali per i minorenni e delle relative procure avrebbe comportato la perdita di quel bagaglio di enorme competenza ed esperienza accumulato in quasi un secolo di attività.¹⁹ Si

17 Corte cost., sentenza 30 dicembre 1961, n. 76; Corte cost., sentenza 20 dicembre 1962, n. 108.

18 L'editoriale dell'Autorità garante "No allo smantellamento del tribunale per i minorenni e della procura minorile. Sì ad una riforma della giustizia a misura di bambino" è accessibile a questo indirizzo: <https://www.garanteinfanzia.org/il-garante/editoriali/no-allo-smantellamento-del-tribunale-i-minorenni-e-della-procura-minorile-s%C3%AC>.

19 Si veda anche la posizione del Commissario dei diritti umani del Consiglio d'Europa, espressa in una lettera al Presidente del Senato, che avalla la posizione dell'Autorità garante: <https://www.garanteinfanzia.org/news/la-garante-albano-preoccupazione-il-progetto-di-ri>



ribadiva che, per avere una giustizia a misura di minore occorrono magistrati dediti in via esclusiva ai compiti di tutela di bambini e ragazzi, e deve altresì essere incoraggiata la formazione interdisciplinare degli organi giudicanti, come evidenziato dai punti IV.14 e 16 delle Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sopra menzionate.

La stessa Corte costituzionale, nelle due occasioni in cui è stata sottoposta alla sua attenzione la questione di costituzionalità dell'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile, nel dichiarare non fondati²⁰ oppure inammissibili²¹ i dubbi di conformità alla Costituzione formulati dai giudici che le avevano rimesso la questione, ha affermato che "non può certo apparire irragionevole" la scelta di attribuire alcune tipologie di controversie riguardanti i minori ad un giudice specializzato che, proprio per questa sua caratteristica, è da considerare il giudice "naturale" per la tutela degli interessi dei minori.

Giudice "naturale", scritto tra virgolette sta a significare che il tribunale per i minorenni è quello maggiormente adatto, in ragione della sua composizione, per conseguire l'obiettivo di una giustizia civile impartita da un organo giurisdizionale a misura di minore.

Alla luce di tutto ciò un'idea per risolvere il problema del riparto di competenza potrebbe essere quella di attribuire ad un giudice altamente specializzato tutte le controversie che riguardano la persona di minore età; un giudice che decida all'esito di rito unico ed uniforme ispirato ai principi del giusto processo regolato dalla legge, come richiesto dall'art. 111, comma 1, della Costituzione e che, una volta resa la decisione, si faccia carico di illustrarla al minore, per le parti che lo interessano.²²

Un altro aspetto perfettibile per avvicinarsi all'obiettivo di rendere la giustizia civile italiana una giustizia a misura di minore è quello relativo al potenziamento dell'attività di formazione per legali esperti dei diritti dei minori.

Invero, non soltanto i giudici ma anche i legali che rappresentano i minori nei procedimenti giudiziari che li riguardano necessitano di una formazione

forma-della-giustizia-civile-anche-europa-il.

²⁰ Corte cost., sentenza 24 settembre 2015, n. 194, in *Foro it.* 2016, 5, I, 1574 con nota di B. POLISENO e *Giur. cost.*, 2015, 5, 1602, con nota di F. ASTONE.

²¹ Corte cost., sentenza 18 maggio 2016, n. 134, in *Foro it.*, 2016, 9, I, 2666 con nota di B. POLISENO.

²² V. in tal senso il punto 10 della Carta dei diritti dei figli nella separazione dei genitori: <https://www.garanteinfanzia.org/landing2/Libretto.pdf>



che consenta loro di accrescere la conoscenza degli strumenti nazionali e internazionali per promuovere e proteggere i diritti dei bambini. Lo sottolineano anche le Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, al già richiamato punto IV.14, secondo cui tutti i professionisti che operano con e per i minori dovrebbero ricevere la necessaria formazione interdisciplinare sui diritti e sui bisogni dei minori di diverse fasce di età e sui procedimenti adatti a questi ultimi.²³

5. Il reclamo individuale al Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza

La Convenzione è corredata da tre protocolli opzionali.²⁴ Il terzo protocollo, in particolare, consente agli interessati di presentare un reclamo individuale al Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (di seguito anche "Comitato") mirante a far accertare la violazione dei diritti garantiti dalla Convenzione o dai protocolli opzionali, quando siano state perpetrate da amministrazioni, istituzioni, enti pubblici e privati dello Stato di appartenenza dell'istante.

Sono inclusi, pertanto, i reclami avverso le decisioni giudiziarie in materia di diritti dei minori, il cui contenuto ovvero le regole processuali che hanno condotto alla emanazione della pronuncia conclusiva del giudizio siano lesive di taluno dei diritti protetti dalla Convenzione o dai protocolli. La disciplina del reclamo individuale contenuta nel terzo protocollo è in vigore per l'Italia dal 4 maggio 2016.

Il reclamo individuale è l'ultima garanzia quando lo Stato – per quel che qui interessa: quando il sistema giurisdizionale civile messo dallo Stato a disposizione della persona di minore età – non proteggere in maniera adeguata bambini e adolescenti, o meglio non li protegge come vorrebbe la Convenzione.

Volendo fare un paragone con il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo si può dire che il ricorso individuale al Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza svolge una funzione analoga a quella svolta

²³ Un ottimo esempio pilota, a tale riguardo, è costituito dal progetto T.A.L.E- Training Activities for Legal Experts on Children's rights, finanziato dall'Unione europea nell'ambito dell'Action Grant JUST/2014/RCHI/AG/PROF/7052, coordinato da Save The Children in partnership con la Scuola Superiore dell'avvocatura.

²⁴ Si veda, in questo volume, il contributo di F. POCAR.



dal ricorso alla Corte di Strasburgo nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Come accade per il ricorso alla Corte di Strasburgo, per poter esperire il ricorso individuale dinnanzi al Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza occorre che l'interessato – che nel caso del diritto ad avere una giustizia civile a misura di minore ipotizziamo essere la persona di minore età – abbia già utilizzato tutti gli strumenti giurisdizionali offerti dal sistema giurisdizionale civile italiano per tentare di porre rimedio alla perpetrata lesione di uno dei diritti tutelati dalla Convenzione o dai suoi protocolli.

Così, se, in ipotesi, la lesione ad alcuno dei diritti tutelati dalla Convenzione è stata perpetrata nel corso del giudizio dinnanzi al tribunale, perché ad esempio, la persona di minore età con capacità di discernimento non è stato ascoltato senza un giustificato motivo, ovvero perché il contenuto del provvedimento conclusivo del giudizio è lesivo di un diritto sostanziale protetto dalla Convenzione, la persona di minore età che voglia reagire alla lesione dovrà utilizzare la possibilità, offerta dall'ordinamento italiano, di far valere l'ingiustizia o la erroneità della decisione innanzi ad un giudice di grado superiore, quale ad esempio la corte d'appello e poi, per gli errori decisionali eventualmente commessi dalla Corte d'appello, la Corte suprema di cassazione ("mezzi di impugnazione"). Solo dopo che una parte ha usufruito appieno dei mezzi di impugnazione messi a disposizione dall'ordinamento italiano ovvero dopo che ha fatto decorrere invano il lasso di tempo entro cui, secondo il nostro ordinamento, l'impugnazione deve essere avanzata l'impugnazione, la decisione diventa definitiva e, se ancora contiene una lesione dei diritti tutelati dalla Convenzione sarà possibile proporre il ricorso individuale.

Il termine fissato dal terzo protocollo per la presentazione del reclamo individuale al Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza è di un anno decorrente dal giorno in cui la decisione giudiziaria è stata emessa.

La lamentata violazione che si intende pone all'origine del reclamo deve riferirsi a fatti avvenuti dopo il 4 maggio 2016.

Il reclamo individuale può essere presentato dalla persona di minore età o dal suo rappresentante, ovvero per conto di un gruppo di persone, ad esempio da un'associazione che ha per finalità la protezione dei bambini. In tal caso è necessario che colui che presenta il reclamo per conto di un gruppo di persone presenti unitamente al reclamo una prova scritta che dimostri che l'istanza è presentata con il consenso ciascun componente del gruppo di mi-



nori vittime della lesione.

L'assistenza di un avvocato per la stesura del ricorso individuale non è obbligatoria. Tuttavia, affinché il reclamo sia preso in considerazione (ossia considerato "ricevibile") dal Comitato è necessario che siano soddisfatti i requisiti descritti dall'art. 7 del terzo protocollo.

Segnatamente, le condizioni da soddisfare sono le seguenti:

1) il reclamo individuale non può essere presentato in forma anonima, ossia deve sempre essere firmato da chi lo invia (il minorenni oppure colui che presenta il ricorso in nome della persona di minore età);

2) il reclamo deve essere presentato al Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, che ha sede a Ginevra (Svizzera) in forma scritta, via lettera cartacea o via e-mail, senza necessità di avere un indirizzo di posta elettronica certificata;

3) il reclamo deve sempre avere ad oggetto la asserita violazione dei diritti sanciti dalla Convenzione e/o dai suoi protocolli opzionali. La lesione deve essere riferita a fatti avvenuti successivamente al 4 maggio 2016;

4) per ciascuna violazione della Convenzione e/ dei suoi protocolli opzionali può essere presentato un solo reclamo. Una volta che il reclamo sia stato esaminato dal Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza non è più possibile riproporlo, indipendentemente dal suo esito;

5) come già segnalato, il reclamo individuale può essere esperito solo previo esaurimento di tutti i mezzi di impugnazione offerti dal sistema giudiziario italiano e non può più essere esperito dopo che sia trascorso un anno dal giorno in cui sono stati esauriti tutti i mezzi di impugnazione nazionali;

6) il reclamo deve essere accompagnato da prove, ossia da documenti che dimostrino che effettivamente si è verificata una lesione di uno dei diritti garantiti dalla CRC e/o dai suoi protocolli opzionali.

Quando il Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza riceve un reclamo, lo esamina nel più breve tempo possibile. In primo luogo, luce di tutta la documentazione presentata dal reclamante, valuta se il reclamo soddisfa i requisiti di ricevibilità di cui all'art. 7.

Se il reclamo è ricevibile, il Comitato trasmette il reclamo allo Stato italiano, il quale – prima possibile e, comunque, entro 6 mesi – dovrà presentare al Comitato spiegazioni o dichiarazioni scritte che chiariscano la questione e gli eventuali rimedi adottati.

Il Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, in prima battuta,



mette a disposizione della persona di minore età e dello Stato italiano i suoi buoni uffici al fine di giungere ad una composizione amichevole della questione.

Se, però, la conciliazione non riesce, il Comitato, se ritiene che effettivamente lo Stato italiano, anche per il tramite del suo sistema giurisdizionale civile, abbia commesso una violazione di uno dei diritti garantiti dalla Convenzione e/o dai suoi protocolli opzionali trasmette senza indugio alle parti le proprie osservazioni conclusive. Attraverso le sue osservazioni conclusive, il Comitato darà istruzioni concrete e in questo modo aiuterà lo Stato a proteggere meglio i minori, e a rendere il proprio sistema giurisdizionale civile effettivamente a misura di minore.

In particolare, se, ad avviso del Comitato, risulta dimostrato che il sistema giurisdizionale civile italiano ha mal funzionato, ossia ha perpetrato una violazione dei diritti contenuti nella Convenzione e/o nei suoi protocolli opzionali, la vittima, ossia la persona di minore età deve essere compensata per il torto subito. Segnatamente, la compensazione potrà consistere:

- 1) nella corresponsione di una somma di denaro fissata dal Comitato;
- 2) (più raramente) in una diversa punizione per lo Stato danneggiante, anch'essa indicata dal Comitato;
- 3) in un supporto, diverso da quello economico, per le vittime che hanno subito la violazione. Ancora mancano, in proposito, dei precedenti da poter utilizzare a titolo di esempio esplicativo.

Le raccomandazioni del Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza non sono vincolanti per lo Stato, ma indubbiamente sono uno stimolo – con rilievo internazionale – affinché l'Italia si impegni pubblicamente a rispettare la Convenzione e i suoi protocolli. Pertanto, in ragione di quanto appena scritto è verosimile ritenere che, in caso di violazione riscontrata dal Comitato lo Stato italiano darà seguito anche alla previsione di cui all'art. 11 del terzo protocollo, secondo cui lo Stato prima possibile, e comunque entro sei mesi, deve presentare al Comitato una risposta scritta contenente le informazioni sulle misure adottate o previste.

Quando le informazioni sono repute poco esaurienti, il Comitato può invitare lo Stato a fornire ulteriori chiarimenti.

VERSO UNA GIUSTIZIA “A MISURA DI MINORE” NELLA GIUSTIZIA PENALE: GARANZIE, DIVERSIONE E GIUSTIZIA RIPARATIVA

BENEDETTA BERTOLINI ¹

Sommario: 1. Gli articoli 37 e 40 della Convenzione sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza. – 2. Il procedimento penale minorile tra ieri e oggi. – 3. L’esecuzione penale minorile tra ieri e oggi. – 4. Uno sguardo sul futuro: la strada della giustizia riparativa.

1. Gli articoli 37 e 40 della Convenzione sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza

La garanzia dei diritti acquisisce particolare delicatezza nel campo che costituisce l’espressione per eccellenza della potestà statale nei confronti del singolo, quello del diritto penale, nel quale lo Stato mantiene – a determinate condizioni – il potere di incidere profondamente nella sfera di libertà della persona. La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e l’adolescenza (di seguito anche “Convenzione” o “CRC”) – agli articoli 37 e 40 – pone in tal senso precisi limiti e stabilisce puntuali requisiti affinché lo *ius puniendi* dell’ordinamento possa dirsi legittimo, limiti e requisiti che afferiscono tanto alle garanzie sostanziali quanto a quelle processuali e si pongono in perfetta continuità con la tradizione post-illuminista che le ha consolidate all’interno degli ordinamenti moderni, fondati sulla difesa delle libertà personali.²

Già con le Regole minime delle Nazioni Unite relative all’amministrazione della giustizia minorile (Regole di Pechino) era stato fissato a livello internazionale il principio per cui alle persone di minore età dovessero essere

¹ Dottore di ricerca in diritto processuale penale, Università di Ferrara; collaboratrice presso l’Ufficio dell’Autorità garante per l’infanzia e l’adolescenza (benedetta.bertolini@unife.it).

² Per tutti, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione – Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1990.



assicurate le medesime garanzie riservate agli adulti, e al contempo dovesse essere predisposto un sistema giudiziario pensato in modo particolare per essere "amico dei bambini".³

La Convenzione raccoglie i frutti di quanto già enucleato a livello internazionale in forma di *soft law* e dà loro forma precettiva,⁴ stabilendo in via cogente la necessità di approntare, a fronte del potere punitivo dello Stato, le necessarie tutele. Trattasi di un'acquisizione tutt'altro che scontata, posto che, ad esempio, negli Stati Uniti solo nella seconda metà degli anni '60 veniva ammessa la possibilità di applicare anche ai minorenni le garanzie proprie del sistema penale ordinario⁵ e che gli stessi Stati Uniti non sono ad oggi parte della Convenzione proprio per via della persistente applicabilità in alcuni territori della pena di morte anche nei confronti delle persone minorenni.

Il settore penale si conferma dunque ancora una volta rivelatore dei delicati rapporti tra Stato e cittadino, tra potere e libertà, nei cui interstizi operano i diritti fondamentali, riconosciuti – con quella che è stata più volte definita una "rivoluzione culturale" a tutti gli effetti – ora anche nel settore della giustizia penale alle persone di minore età, a conferma della loro acquisizione dello *status* di soggetti di diritto a tutti gli effetti.⁶

Le previsioni della Convenzione sono tutt'altro che generiche: l'art. 37 sancisce il divieto di tortura e di pene o trattamenti crudeli, inumani o degra-

3 Cfr. ONU, Assemblea generale (1985), *Regole minime delle Nazioni Unite per l'amministrazione della giustizia minorile*, doc. ONU ris. dell'AG n. 4033, 19 novembre 1985. Ad esse hanno fatto seguito poi le c.d. *Linee guida di Riyadh per la prevenzione della delinquenza giovanile* (ONU, Assemblea generale (1990), doc. ONU ris. dell'AG 45/112, 14 dicembre 1990) e le *Regole delle Nazioni Unite per la protezione dei minori privati della libertà* (o "Regole dell'Avana"): ONU, Assemblea generale (1990), documento ONU ris. dell'AG 45/113, 14 dicembre 1990.

4 Cfr. sul punto C. COTTATELLUCCI, "Le carte dei diritti e le persone di minore età", in *Diritto di famiglia e minorile: istituti e questioni aperte*, Giappichelli, 2016, p. 19 s.

5 Si tratta della sentenza '*in re Gault*', 15 maggio 1967, divenuta occasione di accessi dibattiti e contrastanti valutazioni, soprattutto per la distanza fra i principi *ivi* enunciati e la realtà dei tribunali minorili. Per un'ampia disamina del caso, *Appendix A – In re Gault*, in PRESIDENT'S COMMISSION, *Task Force Report: Juvenile Delinquency and Youth Crime*, Washington, D.C., 1967, p. 57.

6 Cfr., fra gli altri, E. PALERMO FABRIS, "Introduzione al sistema di giustizia penale minorile", in *Diritto e procedura penale minorile*, a cura di E. Palermo Fabris, A. Presutti, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, vol. V, Giuffrè, 2002, p. 29, che parla di "svolta radicale" per il sistema minorile penale, e non solo, con il passaggio dalla "logica della tutela degli interessi a quella della tutela dei diritti".



danti, nonché della pena capitale e dell'ergastolo. Enuclea poi il principio di legalità e di *extrema ratio* dell'intervento penale, il principio di specialità del trattamento nei confronti delle persone minorenni e il diritto alla difesa e al controllo giudiziario sui provvedimenti emessi.

L'art. 40 invece, dopo aver chiarito il finalismo educativo che deve permeare l'intervento della giustizia penale in ambito minorile, elenca specificamente le garanzie processuali che vanno assicurate al minorenne accusato di aver commesso un reato, a partire dal principio di non colpevolezza, passando per il diritto ad essere informato e – di nuovo – difeso in modo appropriato, il diritto ad un giusto processo in tempi ragionevoli, il diritto di essere assistito dai propri genitori, salvo che ciò sia contrario al suo interesse superiore, il diritto al silenzio e al contraddittorio, il diritto a comprendere e dunque all'interpretariato, sino al diritto alla riservatezza e alla protezione della sua vita privata. La CRC impegna poi gli Stati parte a stabilire un'età minima per l'imputabilità dei minori e a favorire forme di intervento extra-giudiziarie – senza che questo metta in discussione le garanzie delineate – ogni qual volta ciò sia possibile.

La norma registra l'acquisita consapevolezza che nemmeno l'intento educativo, che pure è previsto dalla stessa Convenzione, può piegare e superare i diritti fondamentali di cui le garanzie processuali si ergono a difensori.⁷ È questa una conseguenza fondamentale della soggettività giuridica autonoma attribuita alla persona minorenne, riconosciuta persona detentrica di diritti inviolabili prima ancora che minore soggetto alla potestà educativa, in questo caso, dello Stato.

L'ONU ha peraltro di recente fornito un nuovo strumento interpretativo ai fini di una corretta applicazione delle norme contenute nella Convenzione: il Comitato ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza ha infatti emanato nel 2019 il Commento generale n. 24 in tema di giustizia minorile,⁸ che

⁷ “C’è un limite invalicabile al perseguimento di finalità educative, ed è quello costituito dalle garanzie processuali”, C. PONGILUPPI, “‘Diritto dei diritti del minore’ e giustizia riparativa. Un dialogo aperto”, in *Jura Gentium*, 2015; negli stessi termini anche chi sottolinea come “il rapporto tra processo penale ed educazione del minore non può essere visto in termini di strumentalità del primo all'altra”, P. BRONZO, “Commento al D.P.R. 22 settembre 1988 n. 488, Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni - Articolo 10. Inammissibilità dell'azione civile”, in *Il processo penale minorile, commento al D.P.R. 448/1988*, a cura di G. Giostra, Giuffrè, 2009, p. 108.

⁸ Comitato ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (2019), Commento generale n. 24 – *I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza nei sistemi della giustizia minorile*, CRC/C/



sostituisce il precedente Commento generale n. 10,⁹ fornendo indicazioni e orientamenti aggiornati per una corretta lettura della Convenzione.¹⁰

2. Il procedimento penale minorile tra ieri e oggi

Quanto alle influenze che la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza ha avuto sull'ordinamento interno in materia di rito penale minorile, va evidenziato come il d.P.R. n. 448, recante ‘Disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni’¹¹ sia avvenuta anteriormente, sia pure di poco, all'adozione della CRC, vale a dire il 22 settembre 1988.

Nel confrontare i due testi non può non rilevarsi una fortissima consonanza, una sostanziale visione comune, sia con riguardo ai fini dell'intervento giudiziario, sia con riguardo agli strumenti delineati. Non è d'altra parte un caso che l'Italia sia considerata – in ambito europeo ed extraeuropeo – un faro nella costruzione di una giustizia penale a misura di minorenni.¹² Se da un lato, infatti, si pone massima attenzione alla dimensione garantista, assicurando la vigenza delle medesime norme di tutela delle libertà fondamentali previste per gli adulti sotto l'ombra dei principi stabiliti in Costituzione, dall'altro è stato compiuto allo stesso tempo un ingente sforzo nell'immaginare un sistema specializzato, a partire dalla composizione dell'organo giudicante, tutto teso a mettere in primo piano la personalità – giovane, in evoluzione, dinamica – dei ragazzi coinvolti. Le assi portanti su cui si fonda l'intero assetto normativo sono tutte facilmente rinvenibili anche nella Convenzione: si pensi al principio di minima lesività del processo, così come alla non interruzione dei processi educativi e formativi in atto, e ancora alle

GC/24, 18 settembre 2019, documento scaricabile a questo link: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11.

9 Comitato ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (2007), Commento generale n. 10 – *I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in materia di giustizia minorile*, CRC/C/GC/07, 25 aprile 2007.

10 Su alcuni contenuti specifici del Commento, si veda *infra*.

11 In una letteratura amplissima, basti il riferimento a G. GIOSTRA (a cura di), *Il processo penale minorile, commento al D.P.R. 448/1988*, Giuffrè, 2009.

12 L'istituzione di tribunali specializzati in ambito minorile risale peraltro al 1934: l'art. 9 del R.D.L. 1404/34 stabiliva infatti la competenza del tribunale per i minorenni per tutti i procedimenti relativi ai reati commessi dal minore degli anni diciotto, anche se al comma 2 specificava che “la disposizione non è applicabile quando nel procedimento vi sono coimputati maggiorenni”.



finalità di responsabilizzazione e di crescita del minore “inciampato” nel reato.¹³ Istituti come l'irrelevanza del fatto (art. 27 d.P.R. 448/88), e soprattutto la sospensione del processo con messa alla prova (artt. 28 s. d.P.R. 448/88)¹⁴ incarnano tali obiettivi e li rendono concreti attraverso progettualità quanto più possibile costruite “su misura” della singola persona coinvolta, grazie all'accompagnamento dei servizi minorili della giustizia.

Proprio nell'ottica della minima lesività del procedimento penale, e coerentemente con quanto richiesto dall'art. 40, par. 3, lett. b) della CRC, tali istituti permettono una rapida fuoriuscita dal circuito processuale, in virtù della particolare attenzione posta all'effetto stigmatizzante del processo,¹⁵ senza rinunciare, da un lato, a predisporre un percorso di responsabilizzazione e di maturazione del minore, e, dall'altro, alle garanzie processuali fondamentali che la stessa Convenzione assicura.¹⁶

In questa cornice di senso, il legislatore ha così ritenuto possibile – e la

¹³ Sulla necessità di garantire la “minima lesività del processo rispetto allo sviluppo personale del minore” e di coniugare le prerogative del processo penale con la tutela delle esigenze educative dei più giovani, cfr. P. BRONZO, Commento al D.P.R. 22 settembre 1988 n. 488, “Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni - Articolo 10. Inammissibilità dell'azione civile”, in *Il processo penale minorile*, cit., p. 108.

¹⁴ La letteratura su tali profili è vastissima. Ci si limita a richiamare, tra i commenti immediatamente successivi all'approvazione della normativa, G. DI PAOLO, “Riflessioni in tema di *probation* minorile”, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2866; U. GATTI, M.I. MARUGO, “La sospensione del processo e messa alla prova: limiti e contraddizioni di un “nuovo” strumento della giustizia minorile italiana”, in *Rass. it. crim.*, 1992, p. 85; M. COLAMUSSI, “Una risposta alternativa alla devianza minorile: la “messa alla prova”. Profili controversi della disciplina”, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2809; in ambito monografico, E. LANZA, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minore*, Giuffrè, 2003; M. COLAMUSSI, *La messa alla prova*, Cedam, 2010.

¹⁵ In termini di “minima offensività” del processo penale minorile, che porta ad evitare il rito ogniqualvolta risulti inutile o pregiudizievole, cfr. M. COLAMUSSI, A. MESTITZ, voce “Messa alla prova”, in *Dig. d. pen.*, Agg. V, Utet, 2010, p. 559.

¹⁶ Interessante in questo senso è la pronuncia della Cassazione che si fonda, anche, sull'art. 40 della Convenzione: *Cass. pen.*, sez. II, 5 marzo 2015, n. 16769, su cui si veda E. MARIANI, “La declaratoria di non imputabilità dell'infraquattordicenne non deve ridurre le garanzie poste a tutela del minore”, in *Dir. pen. cont.*, 9 giugno 2015. Vi si sancisce che il giudice, prima di applicare l'art. 26 d.P.R. 448/88, dichiarando la non imputabilità del minore perché minore di 14 anni, si deve “porre in condizione di escludere che l'infraquattordicenne possa legittimamente aspirare ad un proscioglimento nel merito”. Questo perché “se *suprema lex*, nella materia in esame, è l'interesse del minore ad una rapida fuoriuscita dal circuito processuale, nondimeno va osservato che tale percorso deve, comunque, essere effettuato con le cadenze, i tempi e, soprattutto, con le garanzie che caratterizzano il processo penale”. In caso contrario, prosegue la sentenza, l'art. 26 citato entrerebbe in contrasto, oltre che con la Costituzione, anche con l'art. 40 della Convenzione.



Convenzione ha rafforzato questa direzione – istituire strumenti “accomunati dall’esigenza di fornire una risposta al reato commesso prescindendo, ove possibile, dall’irrogazione di una condanna”, con lo scopo di perseguire “istanze ulteriori oltre a quelle di mero accertamento della verità”.¹⁷ Trattasi di alternative al processo penale, istituti di c.d. diversione, i quali si propongono di dare una risposta istituzionale e responsabilizzante al reato, senza tuttavia ricorrere al linguaggio – non sempre comprensibile ed efficace – della penalità in senso stretto.¹⁸ Oltre che con la messa alla prova, ciò avviene in Italia anche ricorrendo, già in fase di indagini preliminari, alla mediazione penale, la quale è, in alcuni contesti territoriali, attivata in virtù di una particolare lettura giurisprudenziale che lega l’art. 9 con l’art. 27 d.P.R. 488/1988.¹⁹ Sarebbe questa “la forma più radicale di *diversion* fino ad oggi sperimentata dal nostro sistema”.²⁰

17 A. CIAVOLA, V. PATANÈ, “La specificità delle formule decisorie minorili”, in *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, a cura di E. Zappalà, Giappichelli, 2009, p. 140, in cui si legge che il rito minorile ospita vere e proprie “tecniche di *diversion* precoce” (p. 141), e questo malgrado una certa “difficoltà culturale del sistema giudiziario ad attribuire legittimazione a procedure alternative di composizione del conflitto” (p. 165).

18 La prima definizione della “diversione” si trova in NATIONAL ADVISORY COMMISSION ON CRIMINAL JUSTICE STANDARDS AND GOALS (ed.), *Corrections*, Washington D.C., 1973, p. 73: “As used in this chapter, the term ‘diversion’ refers to formally acknowledged and organized efforts to utilize alternatives to initial or continued processing into the justice system. To qualify as diversion, such efforts must be undertaken prior to adjudication and after a legally proscribed action has occurred. In terms of process, diversion implies halting or suspending formal criminal or juvenile justice proceedings against a person who has violated a statute, in favour of processing through a noncriminal disposition or means”. Pietra miliare della letteratura in tal senso è considerato il breve, ma notissimo scritto di E.M. LEMERT, *Instead of Court – Diversion in Juvenile Justice*, National Institute of Mental Health, 1971.

19 Più in dettaglio, l’art. 27 d.P.R. 488/1988, che disciplina le ipotesi di improcedibilità per irrilevanza del fatto, viene da taluni applicato quale strumento di anticipazione della fine del processo nella combinazione con l’art. 9, che permette al pubblico ministero e al giudice di “assumere informazioni da persone che abbiano avuto rapporti con il minore e sentire il parere di esperti, anche senza alcuna formalità”. L’esperienza è stata proposta inizialmente in un progetto pilota a Torino, sul quale M. BOUCHARD, “Vittime e colpevoli: c’è spazio per una giustizia riparatrice?”, in *Quest. giust.*, 1995, p. 898, per poi diffondersi negli altri uffici giudiziari minorili della penisola. *Ex plurimis*, F. BRUNELLI, “La mediazione nel sistema penale minorile e l’esperienza dell’ufficio di Milano”, in Giu. PISAPIA (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Cedam, p. 69.

20 A. CIAVOLA, V. PATANÈ, “La specificità delle formule decisorie minorili”, in *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, cit., p. 168. Per una lettura complessiva delle forme di diversione presenti nell’ordinamento italiano con riferimento alle persone minorenni, si consenta il rinvio a B. BERTOLINI, “Esistono autentiche forme di ‘diversione’ nell’ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione”, in *Diritto penale*



D'altra parte lo stesso Commento generale n. 24 del Comitato ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza incoraggia l'adozione e la diffusione di strumenti alternativi al procedimento penale,²¹ per i quali stabilisce alcuni criteri e requisiti fondamentali:²² *in primis* un consenso pienamente libero e informato della persona sottoposta al procedimento penale, e a seguire la natura non privativa della libertà del programma alternativo, il corretto rapporto tra percorso di diversione e procedimento penale – nel senso che il secondo non deve potersi determinare in senso deteriore a causa della partecipazione al primo –, l'assistenza legale che deve essere comunque garantita al minorenne, la regolazione per via legislativa dei casi in cui è possibile accedere a tale percorso nonché delle possibili decisioni giudiziali che ne conseguono, e infine la chiusura definitiva del procedimento a seguito del buon esito della diversione. Si tratta di vere e proprie condizioni di legittimità delle alternative al processo penale, che si ricavano in rapporto alle garanzie stabilite dalla Convenzione.

Posta l'aderenza del nostro sistema processuale minorile ai dettami internazionali, a seguito dell'approvazione della Direttiva (UE) 2016/800 dell'11 maggio 2016 sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali, che nei considerando iniziali fa esplicito riferimento a quanto sancito dalla Convenzione, il legislatore italiano non ha ad oggi avvertito la necessità di predisporre alcun atto legislativo di attuazione.

La generale conformità delle norme italiane alla Convenzione in tema di procedimento penale minorile non deve tuttavia indurre ad abbassare la guardia. Un esempio lampante delle sempre presenti tentazioni di arretramento è dato dalla proposta di legge di abbassamento dell'età imputabile (A.C. 1580),²³ nel nostro Paese fissata alla soglia dei 14 anni. Se infatti la Con-

contemporaneo, 2015, p. 47 ss.

21 “Diversion should be the preferred manner of dealing with children in the majority of cases” (par. 16), in quanto “in addition to avoiding stigmatization and criminal records, this approach yields good results for children, is congruent with public safety and has proved to be cost-effective” (par. 15), intendendo per “*diversion*”: “measures for referring children away from the judicial system, at any time prior to or during the relevant proceedings”, ONU, Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (2019), Commento generale n. 24 – *I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza nei sistemi della giustizia minorile*, cit., (par. 8).

22 Cfr. ONU, Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (2019), Commento generale n. 24 – *I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza nei sistemi della giustizia minorile*, cit., par. 18.

23 Presentata il 7 febbraio 2019, la proposta di legge A.C. 1580 (Cantalamesa ed altri) reca: “Modifiche al codice penale e alle disposizioni sul processo penale a carico di imputati



venzione non indica espressamente una soglia minima sotto la quale nessun bambino o ragazzo non possa essere considerato penalmente responsabile delle proprie azioni, tuttavia il Commento generale n. 24(2019)²⁴ raccomanda di fissare tale soglia preferibilmente a un'età superiore ai quattordici anni, e comunque di non al di sotto di tale limite.²⁵ Non è – nell'ottica convenzionale – abbassando l'imputabilità che si può pensare di affrontare delicate questioni legate a forme di devianza anche molto precoci, bensì intervenendo con strumenti di stampo educativo e responsabilizzante.²⁶

3. L'esecuzione penale minorile tra ieri e oggi

Se con riguardo al procedimento penale l'Italia si era dotata in tempi anche anteriori alla Convenzione di strumenti idonei rispetto a quanto ivi previsto, lo stesso non può dirsi con riferimento alla fase esecutiva della pena. A fronte di quanto statuito dall'art. 37, lett. c) della CRC, ossia che “[o]gni persona di minore età privata della libertà deve essere trattata con umanità e

minorenni, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448, in materia di imputabilità dei minori e di pene applicabili a essi nel caso di partecipazione ad associazione mafiosa” e propone una modifica dell'art. 97 c.p. nel senso di ridurre il limite di età per l'imputabilità del minore da quattordici a dodici anni.

²⁴ Cfr. nota 7.

²⁵ È questa una delle novità più importanti introdotte dal Commento n. 24, sostitutivo del precedente Commento n. 10. Se lì infatti si indicavano quale soglia minima i 12 anni, pur raccomandando agli Stati di prevedere un'età superiore, il nuovo documento – sulla base delle più recenti evidenze scientifiche circa lo sviluppo cerebrale e psicologico dei minorenni – innalza tale soglia: “States parties are encouraged to take note of recent scientific findings, and to increase their minimum age accordingly, to at least 14 years of age. Moreover, the developmental and neuroscience evidence indicates that adolescent brains continue to mature even beyond the teenage years, affecting certain kinds of decision-making. Therefore, the Committee commends States parties that have a higher minimum age, for instance 15 or 16 years of age, and urges States parties not to reduce the minimum age of criminal responsibility under any circumstances, in accordance with article 41 of the Convention”. V. ONU, Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (2019), Commento generale n. 24 – *I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza nei sistemi della giustizia minorile*, cit., par. 22.

²⁶ Cfr. ONU, Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (2019), Commento generale n. 24 – *I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza nei sistemi della giustizia minorile*, cit., par. 11. E difatti in questo senso si sono mosse le sollecitazioni dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, cfr. le raccomandazioni contenute in AGIA, *La mediazione penale e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, 2018, p. 58, reperibile al link: <https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/mediazione-penale-giustizia-riparativa-minori.pdf>.



rispetto per la dignità intrinseca della persona umana e in un modo che tenga conto delle esigenze delle persone della sua età”, in Italia per lunghissimi decenni sono state applicate ai minorenni le regole previste dall’ordinamento penitenziario per gli adulti.²⁷ Per quanto infatti l’art. 79 della l. 26 luglio 1975, n. 354 prevedesse espressamente che quelle norme dovessero essere applicate nei confronti dei minori degli anni diciotto sottoposti a misure penali solo fino a quando non si fosse provveduto con apposita legge, per ottenere una legislazione sull’ordinamento penitenziario specificamente tarata per l’ambito minorile – escluse le circolari ministeriali che hanno tentato di declinare l’organizzazione degli istituti penali minorili (I.P.M.) quanto più possibile in conformità con i principi espressi dalla Convenzione²⁸ – si è dovuto attendere oltre quarant’anni.²⁹ Tale vuoto normativo ha fatto sì che per un lunghissimo tempo, pur venendo garantita la separazione dei minorenni dagli adulti,³⁰ venissero tuttavia applicate le medesime regole penitenziarie previste per questi ultimi, sia con riguardo alla vita negli istituti di pena che per l’accesso alle misure alternative, con grave detrimento per la realizzazione delle esigenze educative, da considerarsi per i condannati minorenni preminenti o almeno da bilanciarsi adeguatamente con la pretesa punitiva

27 Sulle ragioni che hanno condotto a tale situazione e sulla storia della giustizia minorile antecedente all’ordinamento penitenziario del 1975, si veda l’ampia disamina di C. RUGI, “La decarcerazione minorile”, in *Adir – L’altro diritto*, 2000, in particolare al cap. I, reperibile al link: <http://www.adir.unifi.it/rivista/2000/rugi/cap1.htm>.

28 L’organizzazione degli I.P.M. è contenuta in due circolari del Dipartimento di giustizia minorile e di comunità, la n. 60080 del 19.01.1995 e la n. 5391 del 17.02.2006, seguite, da ultimo, dalla circolare n. 1 del 18.03.2013, allegato disciplinare n. 2. Tali atti organizzativi non sarebbero stati sufficienti, tuttavia, a giustificare l’assenza di una normativa apposita a monte, in questo senso. F. DELLA CASA, “Conquiste, rimpianti, incertezze: una lettura diacronica della riforma penitenziaria minorile”, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 marzo 2019, p. 2.

29 Pur non essendo mancati i tentativi di riforma: già negli anni 1976-77, una commissione ministeriale presieduta da Giuseppe Altavista predispose uno schema di disegno di legge in tema di “Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative della libertà relative ai minorenni” (il testo si può leggere in G. LA GRECA, “Una riforma per i minori”, in *Quad. giust.*, 1981, 2, p. 47). Molti i progetti ministeriali presentati, invano, a partire dal 1986, perfezionati alla luce dei dettami della Corte costituzionale, della giurisprudenza minorile e dei principi dettati dalla Convenzione. Tra questi, il progetto redatto nel 2008 dal Dipartimento di giustizia minorile e di comunità diretto da Melita Cavallo, presentato in Parlamento nel 2010 ed assegnato alla Commissione giustizia.

30 Le norme di attuazione del nuovo codice sul processo penale minorile hanno infatti soppresso l’istituto di osservazione (per i minori in custodia cautelare) e la prigione-scuola (per l’esecuzione della pena detentiva) prevedendone la sostituzione con l’istituto penale minorile (I.P.M.) (art. 8, d. lgs. 28 luglio 1989, n. 272).



dello Stato.³¹

Particolarmente interessante l'evoluzione normativa conseguente all'attuazione della Decisione quadro sul mandato di arresto europeo (2002/584/GAI). La norma attuativa prevede infatti – ancorché non specificamente richiesto dalla fonte europea – che la Corte d'appello neghi l'esecuzione del mandato di arresto qualora l'ordinamento dello Stato di emissione non contempli un trattamento carcerario differenziato tra adulti e minorenni (art. 18, lett. i), l. 69/2005). Da qui il paradosso: si è “imposto ai nostri giudici di rifiutare la collaborazione qualora allo Stato di emissione fosse addebitata un'inadempienza identica a quella che, ormai da parecchi decenni, caratterizzava l'ordinamento italiano”.³²

Nei lunghi anni di assenza di una normativa *ad hoc*, è stata la Corte costituzionale a tentare di garantire il principio di specialità per i minori di diciotto anni attraverso una serie di sentenze che hanno in larga parte congelato, attingendo a piene mani da quanto previsto dalle normative internazionali e in particolare dalla CRC, l'applicazione di regole pensate per persone adulte. Per la verità, già con la sentenza n. 25 del 1964, la Corte costituzionale aveva sottolineato la “specialità” della giustizia minorile e la sua “particolare struttura (...) diretta in modo specifico alla ricerca delle forme più adatte per la rieducazione dei minorenni”.³³ La Corte sanciva già allora come il reinserimento della persona minorenne dovesse costituire l'obiettivo primario del sistema giustizia, in virtù dei compiti di protezione della gioventù stabiliti dall'art. 31, comma 2, Cost.

La Corte si era peraltro anche espressa nel 1972 in termini di “interesse del minore”, prefigurando quello che sarebbe stato uno dei concetti chiave della Convenzione ancora da venire,³⁴ e la stessa applicabilità delle regole previste dall'ordinamento penitenziario ordinario era già stata messa in discussione in alcune sue parti.³⁵

31 “La funzione propria di un ordinamento penitenziario speciale per i minori risiede nel bilanciamento tra l'interesse statale alla realizzazione della pretesa punitiva e l'interesse del minore alla rieducazione”, così il documento del Tavolo 14 degli Stati generali sull'esecuzione penale: https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/SGEP_tavolo14_allegato8.pdf.

32 In questi termini F. DELLA CASA, “Conquiste, rimpianti, incertezze”, cit., p. 4.

33 Cfr. Corte cost., 23 marzo 1964 n. 25, in *Giur. it.*, I, 1, 1964, p. 653.

34 Cfr. Corte cost., 29 dicembre 1972, n. 198, in *Giur. cost.*, 1972, p. 2206. Per un commento, si veda ancora C. RUGI, “La decarcerazione minorile”, cit., cap. II.

35 Cfr. Corte cost., 20 aprile 1978, n. 46, in *Giur. Cost.*, 1978, p. 537, in merito ai divieti di concessione della libertà provvisoria, ritenuti non operanti per gli imputati minorenni.



L'entrata in vigore della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza segna tuttavia un deciso cambio di passo nel cammino della giustizia minorile in Italia, come risulta particolarmente evidente, ad esempio, in tema di ergastolo: se infatti nel 1974 la Corte aveva negato, con specifico riferimento alle persone minorenni, la sua illegittimità costituzionale – sulla base dell'assunto per cui la funzione della sanzione “non è certo il solo riadattamento del delinquente, purtroppo non sempre conseguibile” bensì anche la prevenzione e la difesa sociale – nel 1994 la Consulta torna sui suoi passi, escludendo in tale ambito l'applicabilità del carcere a vita anche sulla base di quanto statuito dall'art. 37 CRC.³⁶

In generale, a partire dal 1992, il giudice delle leggi avviava una ricca produzione giurisprudenziale con la sentenza n. 125 del 1992, le cui considerazioni avrebbero orientato le successive pronunce in materia.³⁷ Trattavasi infatti di una sentenza-monito,³⁸ che sollecitava il legislatore a intervenire nel predisporre una normativa speciale. A fronte della perdurante inerzia di quest'ultimo, la Corte costituzionale è successivamente intervenuta su singoli aspetti delle regole penitenziarie, per adattarne i contenuti – o più spesso limitarne l'applicabilità – nei confronti delle persone minorenni.

La Corte costituzionale ha infatti sostanzialmente riscritto la disciplina in tema di permessi premio e di misure alternative,³⁹ sempre però auspicando un celere intervento legislativo. Finanche nel 2017 essa è intervenuta, censuran-

³⁶ Cfr. Corte. cost., 28 aprile 1994, n. 168, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 1254. In dottrina, M. RUOTOLO, “L'illegittimità costituzionale della pena dell'ergastolo nei confronti del minore: un segno di civiltà giuridica”, in *Giur. it.*, 1995, I, c. 358 ss.

³⁷ C. cost., 25 marzo 1992, n. 125, in *Giur. it.*, 1993, I, c. 558, con nota di F. UCCELLA, “Una decisione di “denegata giustizia” per i minori condannati”. La questione concerneva la costituzionalità dello stesso art. 79 o.p. che prevedeva l'applicazione per i minorenni delle medesime regole stabilite per l'esecuzione ordinaria. Il ragionamento della Corte, malgrado non citi espressamente la CRC, si sviluppa attorno alla marcata accentuazione della funzione rieducativa della pena e al criterio di individualizzazione del trattamento, discendenti “da una considerazione unitaria dei principi posti negli artt. 3, 27 co. 3, 30 e 31 Cost., nonché nelle Convenzioni internazionali”.

³⁸ Così, F. DELLA CASA, “Conquiste, rimpianti, incertezze”, cit., p. 3.

³⁹ C. cost., 30 dicembre 1998, n. 450, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 753; C. cost., 22 aprile 1997, n. 109, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2020; C. cost., 17 dicembre 1997, n. 403, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 285; C. cost., 1 dicembre 1999, n. 436, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2557. Su queste, fra tanti, cfr. G. LA GRECA, “Preclusioni automatiche di alternative alla detenzione: problemi di costituzionalità per adulti e per minorenni”; in *Foro it.*, 1998, I, c. 980; M. BOUCHARD, “La parificazione al trattamento degli adulti confligge con la finalità educativa della pena”, in *Guida dir.*, 1998, f. 2, p. 77, G. RANALDI, “Diversificare l'esecuzione penale per gli adulti dall'esecuzione penale per i minori: un'esigenza costituzionale”, in *Giur. cost.*, 1997, p. 2020.



do l'art. 656 c.p.p. e ribadendo la non conformità di rigidi automatismi con l'individualizzazione del trattamento per i minorenni.⁴⁰

Malgrado i correttivi della Corte, permaneva dunque la necessità di prevedere regole tarate sulla minore età delle persone, per la costruzione di progetti educativi adeguati a personalità in evoluzione e ai fini di un reale recupero e reinserimento sociale. Tale necessità ha trovato finalmente una (prima, per certi versi timida) risposta il 10 novembre 2018, quando, in attuazione alla legge delega 23 giugno 2017, n. 103, contenente i criteri per disciplinare l'ordinamento penitenziario minorile, è entrato in vigore il d. lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, che lo istituisce.

L'*iter* che ha condotto all'approvazione di tale norma è stato lungo, ricco di inconvenienti e ostacoli, e il risultato finale ne ha certamente risentito.⁴¹ La normativa regolamenta l'esecuzione esterna e le misure penali di comunità definisce le regole a proposito di interventi educativi e quelle in materia di organizzazione degli istituti penali per minorenni.⁴² Numerose tuttavia le criticità che emergono dal testo; la più grave, segnalata dall'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza nel corso della discussione parlamentare che ne ha preceduto l'adozione, riguarda i meccanismi ostativi di accesso alle misure in relazione ai reati di cui all'art. 4-*bis* o.p., automatismi contrari tanto alla costante giurisprudenza della Corte costituzionale quanto alla stessa legge delega, che alla lettera *e*) dell'art. 85, comma 1, prevedeva l'eliminazione di "ogni automatismo e preclusione per la revoca o per la concessione dei benefici penitenziari".⁴³ Spetterà verosimilmente, ancora una volta, alla Consulta far rientrare la legislazione nell'alveo dei principi costituzionali e

40 C. cost., 22 febbraio 2017, n. 90, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, con nota di F. MANFREDINI, "Verso l'esecuzione penale minorile: la Consulta dichiara illegittime le ipotesi ostative alla sospensione dell'ordine di carcerazione", 2017, p. 216.

41 Per un'ampia disamina delle tappe del percorso normativo e delle modifiche che hanno riguardato i criteri della legge delega prima e il decreto attuativo poi, si rimanda a F. DELLA CASA, "Conquiste, rimpianti, incertezze", cit., p. 5 ss.

42 Il processo che ha portato all'approvazione della norma ha visto peraltro la partecipazione delle ragazze e dei ragazzi detenuti in due I.P.M., a Roma e Napoli, che attraverso l'azione di ascolto istituzionale dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, la quale si è posta quale ponte tra loro e le istituzioni, hanno portato le proprie istanze al cospetto dei decisori politici.

43 Cfr. la nota istituzionale indirizzata ai presidenti delle commissioni giustizia di Camera e Senato, reperibile al seguente link: <https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/nota-riforma-esecuzione-27-07-2018.pdf>. Sul permanere di automatismi e preclusioni, si veda la critica di E. DE CARO, "Le nuove misure alternative e di comunità", in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di P. Gonnella, Giappichelli, 2019, p. 113 ss.



convenzionali. Cionondimeno, l'approvazione di un testo specificamente dedicato ai minorenni impegnati, loro malgrado, a scontare una pena per essere “inciampati” in un reato rappresenta, nel cammino verso una piena conformità della legislazione italiana alla Convenzione, un passo imprescindibile.

4. Uno sguardo sul futuro: la strada della giustizia riparativa

Se tanto cammino è stato fatto, la spinta della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza nel campo della giustizia penale è ancora viva e attuale, e vi è ancora della strada da percorrere che si apre passo dopo passo. La Convenzione lascia infatti intravedere un tracciato ancora in larga parte inesplorato, incoraggiando ad intraprenderlo per progredire nella costruzione di un sistema capace di ritessere realmente il tessuto sociale lacerato da un reato.

L'art. 40 della Convenzione sancisce in apertura per ogni minorenne sottoposto a un procedimento penale, o condannato, il diritto “a un trattamento tale da favorire il suo senso di dignità e di valore personale, che rafforzi il suo rispetto per i diritti umani e le libertà fondamentali degli altri e che tenga conto della sua età e dell'opportunità di promuovere il suo reinserimento e che la persona di minore età assuma un ruolo costruttivo nella società”.

Alcune parole, in particolare, sono indice di uno sguardo che sa andare lontano, e invita gli Stati parte a fare altrettanto: “senso della dignità” e “valore personale”; “rispetto per i diritti e le libertà fondamentali”, “reinserimento e ruolo costruttivo nella società”.

Si tratta nientemeno che dei tratti fondamentali dei percorsi di giustizia riparativa – di *restorative justice*, nell'allocuzione originaria – da intendersi conformemente alle direttive internazionali⁴⁴ quale percorso che consente

⁴⁴ Cfr. in particolare la Risoluzione n. 12/2002 del Consiglio economico e sociale dell'ONU, recante i *Principi base sul ricorso alla giustizia riparativa in ambito penale*, par. 1.2, secondo cui “‘Restorative process’ means any process in which the victim and the offender, and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator”, e la raccomandazione del Consiglio d'Europa del 3 ottobre 2018 in tema di giustizia riparativa in materia penale, CM/Rec/2018(8), la cui definizione – nella traduzione dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, reperibile sul sito del Consiglio d'Europa, suona: “ogni processo che consente alle persone che subiscono un pregiudizio a seguito di un reato e a quelle responsabili di tale pregiudizio, se vi acconsentono liberamente, di partecipare attivamente alla risoluzione delle questioni derivanti dall'illecito, attraverso



alle persone offese e agli autori di un fatto penalmente rilevante, se vi acconsentono, di partecipare attivamente alla risoluzione delle questioni derivanti dall'illecito, attraverso l'aiuto di un soggetto terzo formato e imparziale.

La giustizia riparativa nasce dall'acquisizione di una rinnovata consapevolezza della natura relazionale del reato.⁴⁵ Muove cioè dalla presa di coscienza che il reato, prima che la violazione di una legge, costituisce la rottura di una relazione, personale o sociale, l'infrangimento del patto di fiducia che consente la pacifica convivenza e che si fonda sul riconoscimento dei propri e degli altrui diritti fondamentali. A partire da questa consapevolezza, nasce l'idea "forte" di proporre, come strumento di ricostruzione del patto violato, un incontro fra le persone coinvolte, accompagnato da mediatori esperti. La novità della *restorative justice* è dunque la sua dimensione relazionale, il suo fondarsi sull'incontro di sguardi, vissuti, visuali. È nella relazione che si chiariscono i confini, che si comprende la sofferenza dell'altro mettendosi nei suoi panni, che ci si può sentire riconosciuti, che si può offrire un gesto di riparazione significativo, che segna il passaggio da una responsabilità per qualcosa a una responsabilità verso qualcuno. Questo significa dare rilevanza alla *dignità* della persona minorenni, educarla al rispetto degli altrui *diritti* e *libertà*, permetterle di tornare a svolgere un *ruolo costruttivo* nella società, attraverso una possibilità di riparazione non imposta ma scelta, frutto della comprensione del male causato in un altro. È in questo senso che l'art. 40 dà un'importante spinta perché tale approccio sia sempre più diffuso.

Peraltro anche per la vittima, spesso minorenni anch'essa, non può non notarsi come l'art. 39 della CRC abbia parole analoghe, che invitano ad uno sguardo globale sul reato, capace di *vedere* non solo il minorenni autore del fatto e il suo bisogno di educazione e reinserimento, ma anche la vittima, lesa

l'aiuto di un soggetto terzo formato e imparziale".

45 Per una bibliografia esaustiva, si rimanda a C. MAZZUCATO, "Appunti per una teoria 'dignitosa' del diritto penale a partire dalla *restorative justice*", in *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari – Quad. Dip. Sc. Giur.*, Università Cattolica del S. Cuore, Libellula Edizioni, 2010, p. 99 ss.; M. DONINI, "Per una concezione post-riparatoria della pena – Contro la pena come raddoppio del male", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, p. 1161; A. CERETTI, "Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma", in *Studi in ricordo di Gandomenico Pisapia*, vol. III, Giuffrè, 2000, p. 713 ss. In ambito monografico rimane centrale l'opera di G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparativo su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, 2003. Nella letteratura straniera, fra moltissimi lavori, basti il riferimento a due pietre miliari: J. BRAITHWAITE, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford University Press, 2002; M.S. UMBREIT, *The Handbook of Victim Offender Mediation. An Essential Guide to Practice and Research*, Jossey-Bass, 2001.



nei suoi diritti e bisognosa di essere considerata, riconosciuta, riparata.⁴⁶ I programmi di *restorative justice* possono in questo senso dare un contributo importante, offrendo uno spazio libero di ascolto e di parola per esprimere il proprio vissuto e la propria sofferenza. Non a caso il termine “dignità” ricorre in entrambi gli articoli, per reo e vittima. È questo il terreno di incontro che la giustizia riparativa offre loro, la scoperta e il riconoscimento della propria e altrui dignità, come esseri umani, portatori di diritti – e dunque di doveri – membri di una medesima comunità.

Non deve allora stupire che, oltre ai numerosi documenti internazionali che incoraggiano lo sviluppo e la promozione di tali strumenti,⁴⁷ lo stesso Commento generale n. 24 (2019) raccomandi espressamente l'approdo a tale forma di reazione al reato, sia come ipotesi di *diversion*, quindi in fase processuale, sia nella fase esecutiva della pena.⁴⁸

È questa la sfida più grande per la giustizia minorile che l'Italia è chiamata a cogliere dalla Convenzione. Se da un lato vi sono infatti esperienze, anche consolidate, di mediazione e percorsi analoghi in diverse zone della penisola,⁴⁹ vi è allo stesso tempo molta strada da fare, sia in termini di diffusione di tali esperienze, sia per l'impellente necessità di una normativa che dia uniformità e garanzie⁵⁰ a strumenti i quali – in assenza di una disciplina organica – sono ancora troppo legati a prassi giudiziarie e alla fiducia riposta in essi da singoli operatori.

46 L'art. 39 CRC dice infatti che occorre adottare “ogni adeguato provvedimento per agevolare il riadattamento fisico e psicologico ed il reinserimento sociale di ogni fanciullo vittima” di ogni forma di violenza, e che “tale riadattamento e tale reinserimento devono svolgersi in condizioni tali da favorire la salute, il rispetto della propria persona e la dignità del fanciullo”.

47 Per un'ampia disamina, cfr. C. MAZZUCATO, “La giustizia riparativa per minorenni ‘in conflitto con la legge’”, in *La mediazione penale e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, cit. p. 12.

48 Cfr. ONU, Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (2019), Commento generale n. 24 – I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza nei sistemi della giustizia minorile, cit., in particolare paragrafi 17 e 74. Un altro recente documento delle Nazioni Unite – ONU, *Report of the Independent Expert leading the United Nations global study on children deprived of liberty*, A/74/136, 11 luglio 2019 – al § 113, tra le sei raccomandazioni specifiche agli Stati in tema di giustizia minorile, scandisce: “States should prioritize restorative justice, diversion from judicial proceedings and non-custodial solutions”.

49 Per una panoramica dei servizi di giustizia riparativa collegati con la giustizia minorile, cfr. *La mediazione e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, cit., Cartina n. 1, p. 53.

50 Sulle quali si consenta il rimando a B. BERTOLINI, “I diritti in gioco”, in *La mediazione e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, cit., p. 34 ss.



Un'occasione mancata è costituita dal decreto sulla giustizia riparativa (A.G. n. 29), in attuazione della legge delega 23 giugno 2017, n. 103, sull'ordinamento penitenziario, lasciato decadere. Benché si trattasse di una normativa specificamente riferita alla sola fase esecutiva, avrebbe costituito un importante punto di partenza nonché una importantissima fonte di legittimazione per chi oggi faticosamente pratica in Italia la *restorative justice* tra gli spiragli normativi che lo consentono.⁵¹ Né vale a colmare tale vuoto legislativo il riferimento presente nell'art. 1 del nuovo ordinamento penitenziario minorile,⁵² in quanto – venuto meno il primo decreto, cui doveva collegarsi – rimane privo di contenuti specifici.

È in tale contesto che l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, per favorire il percorso che dovrebbe portare l'Italia a riconoscere e valorizzare tali strumenti in ottemperanza a quanto richiesto dalla Convenzione, ha redatto specifiche raccomandazioni rivolte al legislatore, agli enti locali e agli operatori del sistema minorile in genere. L'auspicio è che tale strada, così sfidante e piena di fascino, possa essere intrapresa in modo congiunto.

⁵¹ Per i quali si rimanda a P. BRONZO, "Giustizia riparativa e procedimento penale minorile", in *La mediazione penale minorile e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, cit., p. 24 ss.

⁵² D. lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, sul quale si veda sopra par. 3.

TECNICHE INTERNAZIONALPRIVATISTICHE A TUTELA DEL SUPERIORE INTERESSE DEL MINORE: FLESSIBILITÀ ALLA RICERCA DEL MIGLIOR RISULTATO NEL CASO CONCRETO

OLIVIA LOPES PEGNA ¹

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Competenza giurisdizionale: flessibilità in funzione della ricerca del giudice “più adatto” a decidere nel caso concreto. – 3. Individuazione della legge applicabile. – 4. Soluzioni *ad hoc* per l’efficacia dei provvedimenti concernenti i minori. – 5. L’applicazione del limite dell’ordine pubblico “tenuto conto del superiore interesse del minore”.

1. Introduzione

È ormai circostanza ben nota quanto la tutela dei diritti umani possa, e anzi, *debba*, incidere su ogni settore del diritto, compreso il diritto internazionale privato, la disciplina volta ad individuare – in presenza di situazioni caratterizzate da uno o più elementi di estraneità – *i*) l’autorità giurisdizionale competente, *ii*) la legge sostanziale applicabile, *iii*) le condizioni per il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni attraverso le frontiere, nonché *iv*) a facilitare la cooperazione “amministrativa” tra autorità centrali nazionali.

Abbandonata l’idea tradizionale di un diritto internazionale privato “neutrale”, è oggi consolidata l’esigenza di garanzia dei diritti anche in relazione agli aspetti interessati da questa branca del diritto, tanto nella fase legislativa, quanto nella fase applicativa-interpretativa. Certamente l’impatto più immediato sul diritto internazionale privato, per gli Stati parte, è quello della Convenzione europea dei diritti umani, anche per la rilevanza assunta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo;² nonché, soprattutto

¹ Professore associato di diritto internazionale, Università di Firenze (olivia.lopespegna@unifi.it).

² Vedi per tutti G. CARELLA (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il*



a partire dalle rilevanti modifiche sulla sua efficacia introdotte con il Trattato di Lisbona, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, limitatamente al suo ambito di applicazione.³

In questo contesto, un ruolo centrale ha assunto, e assume, in particolare nelle materie che interessano le persone di minore età, la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (d'ora in avanti anche "Convenzione" o "CRC").

Il presente lavoro si prefigge lo scopo di evidenziare come abbia inciso, per la sua rilevanza "trasversale", *il superiore interesse del minore* (art. 3 della Convenzione)⁴ sul diritto internazionale privato. A tal fine si prenderanno in esame, per i principali settori di intervento di questo campo del diritto, i due diversi "momenti" di tutela dell'interesse del minore: quello *legislativo*, e quello *attuativo/applicativo* (in particolare da parte delle autorità giurisdizionali). Si cercherà di illustrare come, nel primo momento (quello legislativo), l'interesse del minore entri in gioco come interesse *astratto*: attraverso tecniche legislative che talvolta si discostano dalle soluzioni tradizionali, in particolare introducendo elementi di *flessibilità* nella ricerca di soluzioni favorevoli al raggiungimento del fine ultimo della massima tutela dell'interesse del minore. Nel secondo "momento", quello *attuativo*, invece, l'interesse perseguito non può che essere quello *concreto*: le autorità giurisdizionali saranno tenute all'applicazione delle soluzioni adottate dal legislatore in modo da ricercare la migliore soluzione *nel caso concreto*. Si può ricordare, a tal fine, come la stessa Corte costituzionale, riferendosi alla necessità di rispettare la Convenzione come norma "interposta" (in relazione al parametro stabilito dall'art. 117 Cost.), abbia escluso la legittimità di qualsiasi soluzione che in relazione ad un minore preveda un "automatismo", senza una valutazione del caso concreto.⁵

diritto internazionale privato, Giappichelli, 2009. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza 6 luglio 2010, ric. n. 41615/07, *Neulinger and Shuruk c. Svizzera*, par. 134: "The Court notes that there is currently a broad consensus – including in international law – in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount". Si veda, in questo volume, il contributo di A. ANNONI.

3 N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Franco Angeli, 2018; G. BIAGIONI, *Carta Ue dei diritti fondamentali e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Editoriale scientifica, 2018.

4 Si veda, in questo volume, il contributo di E. LAMARQUE.

5 Corte Cost., sentenza 15 gennaio 2003, n. 7, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, 24. Per una valorizzazione dell'interesse concreto del minore, vedi anche Corte Cost., sentenza 18 dicembre 2017, n. 272, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, p. 632.



La suddetta disamina sarà svolta prendendo in esame, singolarmente, i tre tradizionali settori di intervento del diritto internazionale privato: la competenza giurisdizionale, l'individuazione della legge applicabile e, infine, l'efficacia dei provvedimenti stranieri. L'esame sarà limitato ai principali strumenti normativi che incidono sull'adozione di provvedimenti che riguardano direttamente i minori: in particolare, la materia della protezione delle persone di minore età (intesa in senso lato) e dei rapporti tra figli e genitori.

In seno alla Conferenza dell'Aja,⁶ l'impatto della CRC in materia di protezione dei minori è evidente, in particolare, nel passaggio dalla disciplina posta dalla Convenzione del 1961⁷ a quella del 1996:⁸ il preambolo di quest'ultima Convenzione, infatti, nell'indicare i fini volti proprio a rafforzare la protezione del minore⁹ in situazioni a carattere internazionale, richiama espressamente la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza nel frattempo adottata ed entrata in vigore.

In ambito UE il regolamento principale risulta essere il regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (c.d. Bruxelles II *bis*),¹⁰ che rileva ai fini del presente lavoro in particolare per i provvedimenti in materia di

⁶ Si veda, in questo volume, il contributo di C. BERNASCONI e P. LORTIE.

⁷ Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sulla competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori, resa esecutiva in Italia con legge 24 ottobre 1980 n. 742.

⁸ Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, resa esecutiva in Italia con legge 18 giugno 2015 n. 101. Cfr. P. PICONE, "La nuova Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1996, p. 705 ss.; M.C. BARUFFI, "La Convenzione dell'Aja sulla tutela dei minori nell'ordinamento italiano", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 977 ss. Cfr. anche F. ALBANO (a cura di), *La Convenzione dell'Aja del 1996. Prontuario per l'operatore giuridico*, 2018, disponibile sul sito dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza: <https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/convenzione-aja-1996-prontuario-operatore-giuridico.pdf>.

⁹ La Convenzione è applicabile a tutti i minori fino al raggiungimento dei diciotto anni di età (art. 2). La nozione di misure di protezione ai sensi della Convenzione è molto ampia (art. 3), ed è compresa nel suo ambito anche la responsabilità genitoriale derivante dalla legge (articoli 16-18).

¹⁰ Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000.



responsabilità genitoriale.¹¹ Scopo del regolamento, in questa materia, è proprio quello di rafforzare ed estendere la tutela dei minori.¹² Il considerando n. 33 stabilisce: “Il presente regolamento riconosce i diritti fondamentali e osserva i principi sanciti in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. In particolare, mira a garantire il pieno rispetto dei diritti fondamentali del bambino quali riconosciuti dall’art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”.¹³ Si darà conto anche delle principali novità introdotte dal regolamento di rifusione 2019/1111,¹⁴ recentemente adottato, che sarà applicabile a partire dal 1° agosto 2022.¹⁵

2. Competenza giurisdizionale: flessibilità in funzione della ricerca del giudice “più adatto” a decidere del caso concreto

Generalmente improntato alla ricerca della miglior soluzione nel caso concreto, e – dunque – alla ricerca della miglior tutela del superiore interesse del minore, risulta il criterio volto alla determinazione dell’autorità competente in relazione a provvedimenti che hanno ad oggetto minori in situazioni transfrontaliere. La maggior parte degli strumenti internazionalprivatistici volti a stabilire criteri uniformi di giurisdizione, in relazione a provvedimenti che riguardano i minori, adottano il criterio della *residenza abituale del minore*.¹⁶ Così, in particolare, il regolamento Bruxelles II bis, per quanto con-

11 Il concetto è da intendersi, secondo anche quanto chiarito dalla Corte di giustizia UE, in modo ampio: esso comprende la custodia e l’affidamento in famiglia o presso un istituto. Cfr. Corte di giustizia UE, sentenza del 2 aprile 2009, causa C523/07, A.; sentenza 26 aprile 2012, causa C- 92/12, *Health Service Executive*; sentenza 27 ottobre 2016, causa C-428/15, *Child and family Agency*; sentenza 19 settembre 2018, causa C-325/18, *Hampshire County Council*.

12 Cfr. O. LOPES PEGNA, “L’interesse superiore del minore del regolamento n. 2201/2003 (Bruxelles II-bis)”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, p. 357 ss.

13 Cfr. Corte di giustizia UE, sentenza 5 ottobre 2010, causa C-400/10, *J Mc B.*, par. 60

14 Regolamento (UE) 2019/1111 del Consiglio del 25 giugno 2019 relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (rifusione).

15 In argomento cfr. L. CARPANETO, “La ricerca di una (nuova) sintesi tra interesse superiore del minore ‘in astratto’ e ‘in concreto’ nella riforma del regolamento Bruxelles II-bis”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, p. 944 ss.

16 Quando non sia possibile stabilire la residenza abituale del minore, né fondare la competenza sul criterio dell’art. 12 (proroga della competenza), sono competenti i giudici dello Stato membro in cui si trova il minore (art. 13, par. 1): criterio che è applicabile anche “ai minori rifugiati o ai minori sfollati a livello internazionale a causa di disordini nei loro paesi”



cerne i provvedimenti in materia di responsabilità genitoriale (art. 8),¹⁷ e la Convenzione dell'Aja del 1996 (art. 5) in materia di protezione di minori.¹⁸

Il criterio si fonda su una sorta di *presunzione* in virtù della quale il giudice più adatto (*better placed*) è quello più “vicino” al minore: il criterio della residenza abituale del minore risulta espressamente volto a valorizzare la “vicinanza” (*proximity; proximité*) come elemento per garantire la preminenza dell'interesse del minore (cfr. considerando n. 12 del regolamento).¹⁹ Anche nella giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, il senso e la portata della nozione di residenza abituale deve essere determinato in funzione dell'interesse del minore e, in particolare, del criterio della vicinanza.²⁰ Per la determinazione della residenza abituale nel caso concreto si farà riferimento a tutti quei fattori che denotano una certa integrazione del minore in un ambiente sociale e familiare.²¹

In caso di trasferimento “lecito” di residenza,²² ai sensi della Conven-

(art. 13, par. 2). Analogamente dispone l'art. 6 della Convenzione del 1996.

17 Il criterio resta immutato nel regolamento 2019/1111 (art. 7).

18 La Convenzione abbandona il criterio della cittadinanza che nella Convenzione del 1961 concorreva con quello della residenza abituale (art. 4), creando alcuni problemi applicativi in particolare con riferimento ai minori con doppia cittadinanza. Cfr. Cass. SS.UU., 9 gennaio 2001 n. 1, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, p. 128 ss.; Cass. SS.UU., 19 gennaio 2017 n. 1310, *ibidem*, 2017, p. 1044; Cass. SS.UU., 5 giugno 2017 n. 13192, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, p. 155.

19 Considerando n. 12: “È opportuno che le regole di competenza in materia di responsabilità genitoriale accolte nel presente regolamento si informino all'interesse superiore del minore e in particolare al criterio della vicinanza. Ciò significa che la competenza giurisdizionale appartiene anzitutto ai giudici dello Stato membro in cui il minore risiede abitualmente, salvo ove si verifichi un cambiamento della sua residenza o in caso di accordo fra i titolari della responsabilità genitoriale”. Cfr. Cass. SS.UU., 19 gennaio 2017 n. 1310 cit.; Cass. 5 giugno 2017 n. 13912 cit. Cfr. Cass. SS.UU., sentenza 10 febbraio 2017, n. 3555, in *Famiglia e diritto*, 2017, p. 1094, con nota di E. LAMARQUE, “Residenza abituale del minore, criterio della vicinanza del giudice e *best interests of the child*”. Cfr. ora il considerando n. 20 del regolamento di rifusione, che nella versione italiana sostituisce al termine “vicinanza” il termine “prossimità”.

20 Cfr. Corte di giustizia UE, sentenza 22 dicembre 2010, causa C-497/10 PPU, *Mercredi*; 15 febbraio 2017, causa C-499/15, *W e V c. X*.

21 Cfr., per tutte, Corte di giustizia UE, sentenza 2 aprile 2009, causa C-523/07, *A.*, cit. Cfr. Cass., 17 febbraio 2010 n. 3680, in *Foro it.*, 2011, I, 1536; Cass., 13 febbraio 2012 n. 1984, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, p. 140. Cfr. la giurisprudenza richiamata in S. BARIATTI, I. VIARENGO, F. VILLATA, *La giurisprudenza sui regolamenti europei in materia civile e commerciale e di famiglia*, Wolters Kluwer, 2016, a p. 345 ss.

22 Con riferimento al trasferimento “illecito”, si veda, in questo volume, il contributo di L. CARPANETO.



zione del 1996 sarà competente il giudice della nuova residenza (art. 5).²³ Il regolamento, invece, prevede una ultrattività della competenza del giudice della precedente residenza per un periodo transitorio di tre mesi, per richieste di modifiche di provvedimenti sul diritto di visita emessi prima del trasferimento, quando il titolare del diritto di visita continui a risiedere nello Stato membro della precedente residenza del minore (art. 9).²⁴

Talvolta circostanze concrete suggeriscono, tuttavia, che sia nell'interesse del minore derogare al criterio della sua residenza abituale. Si introduce allora un margine di "flessibilità" per garantire che la giurisdizione sia attribuita "in all cases in a way that serves the best interests of the child".²⁵

In primo luogo, si consente, in alcune ipotesi, la *proroga* della competenza a favore di un giudice diverso da quello di residenza abituale del minore: ad esempio, è possibile la proroga di competenza a favore del giudice adito in materia di divorzio, separazione o annullamento del matrimonio, in relazione alle domande relative alla responsabilità genitoriale che si ricolleghino a tali procedimenti. La proroga è in tal caso ammessa solo a certe condizioni,²⁶ e in particolare solo se "è conforme all'interesse superiore del minore" (art. 12 del regolamento; del tutto analogo l'art. 10 Convenzione del 1996).²⁷ È dunque possibile che il giudice di uno Stato membro decida del divorzio (o della separazione), *senza* tuttavia *decidere sull'affidamento dei figli*, perché non ricorrono le circostanze indicate.²⁸ Inoltre, ai sensi dell'art. 12, par. 3, del regolamento, è consentita la proroga di competenza in favore di un giudice dello Stato membro con cui il minore presenti un "legame sostanziale", per

²³ Cfr. da ultimo Cass. SS.UU., sentenza 13 dicembre 2018 n. 32359, in *Repertorio del Foro italiano*.

²⁴ Cfr. Cass. SS.UU., sentenza 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 474. La disposizione è mantenuta invariata nel regolamento di rifusione (art. 8).

²⁵ Relazione di accompagnamento alla proposta del regolamento COM (2002) 222/final del 17 maggio 2002, p. 8.

²⁶ La proroga è possibile se: almeno uno dei coniugi esercita la responsabilità genitoriale sul figlio, e la competenza è stata accettata, espressamente o in qualsiasi altro modo univoco, dai coniugi e dai titolari della responsabilità genitoriale, ed è conforme all'interesse del minore (art. 12 regolamento; art. 10 Convenzione dell'Aja del 1996).

²⁷ Corsivo aggiunto.

²⁸ Corte di giustizia UE, ordinanza 16 gennaio 2018, causa C-604/17, *P.M. c. A.H.*, punti 29 ss. Cfr., Cass. SS.UU., 20 dicembre 2011 n. 30646, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, p. 126. Cfr. anche Tribunale Tivoli, 6 aprile 2011 n. 514, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 1097 ss.



esempio di cui il minore sia cittadino: anche in tal caso, tuttavia, l'accettazione della giurisdizione da parte dei soggetti interessati non è sufficiente, perché deve essere conforme all'interesse superiore del minore.²⁹

In questi casi, dunque, il superiore interesse del minore costituisce un possibile limite al criterio fondato sulla volontà delle parti: la scelta, ad opera di queste ultime, del giudice cui attribuire la competenza a decidere della questione inerente la responsabilità genitoriale non è presa in considerazione se ritenuta non coincidente con il superiore interesse del minore. Tuttavia, se il minore risiede abitualmente in uno Stato non parte della Convenzione dell'Aja del 1996, *si presume* che la competenza fondata sull'art. 12 sia nell'interesse del minore, in particolare quando un procedimento si riveli impossibile nel paese terzo interessato (art. 12, par. 4).³⁰ Ai sensi di queste disposizioni, è il giudice che si fa garante del perseguimento dell'interesse del minore, di volta in volta, nel caso concreto.³¹

Ulteriore margine di flessibilità si introduce consentendo “in via eccezionale” al giudice che sarebbe competente a conoscere del merito, di *trasferire* il caso, qualora ritenga che l'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro con il quale il minore abbia un legame particolare “*sia più adatt[a]* a trattare il caso, o una sua specifica parte, e *ove ciò corrisponda all'interesse superiore del minore*”³² (art. 15 del regolamento). Ai sensi della Convenzione analoga richiesta può avvenire ove il giudice ritenga che “l'autorità di un altro Stato contraente sarebbe meglio in grado di valutare *in un caso particolare* l'interesse del minore” (art. 8).³³ La Relazione esplicativa chiarisce che l'interesse del minore deve essere valutato in concreto, “in un caso particolare”, come richiesto dalla norma, “ovverosia nel momento in cui vi è una determinata esigenza di protezione”. E il trasferimento deve essere limitato a ciò che risulti necessario “nel caso particolare”. La disposizione del regolamento consente espressamente di derogare anche al principio della *perpetuatio iurisdictionis*, dal momento che dà rilevanza anche al mutamento

29 Sono previste alcune modifiche nel regolamento di rifusione: sono elencate, con carattere esaustivo (cfr. considerando n. 26) le circostanze rilevanti per determinare il legame sostanziale. Inoltre, viene specificato che la competenza attribuita con l'accordo è esclusiva (art. 10).

30 La disposizione può essere letta come una particolare applicazione del *forum necessitatis*.

31 Corte di giustizia UE, sentenza 12 novembre 2014, causa C-656/13, *L. c. C.*, punti 49 e 58; sentenza 19 aprile 2018, causa C-565/16, *Saponaro*, punto 33.

32 Corsivo aggiunto.

33 Corsivo aggiunto.



della residenza abituale del minore intervenuto *successivamente* all'instaurazione del giudizio (art. 15, par. 3, lett. a).³⁴

Pur garantendo un certo grado di flessibilità – caratteristica di istituti assimilabili a quello in esame, quale in particolare quello del *forum non conveniens* anglosassone – le disposizioni in esame non lasciano tuttavia una discrezionalità piena al giudice nell'individuazione dello Stato al quale rivolgere la richiesta di trasferimento. Vengono infatti individuate in modo tassativo³⁵ le autorità che presentano un legame che giustifica tale richiesta.³⁶ La scelta tanto dell'autorità giurisdizionale “deferente” quanto di quella che accetta il trasferimento di competenza deve comunque sempre essere fondata sul perseguimento del superiore interesse del minore (art. 15 par. 1 e par. 5, regolamento; art. 8 par. 1 e par. 4, Convenzione del 1996).³⁷ La Corte di giustizia, oltre a connotare come “eccezionale” il ricorso al trasferimento di competenza, ha anche chiarito che nel compiere le suddette valutazioni il giudice può tener conto delle norme procedurali dell'altro Stato membro, ma non dovrebbe invece prendere in considerazione il diritto sostanziale che sarebbe eventualmente applicabile in tale Stato membro.³⁸

In conclusione, se già il criterio della residenza abituale del minore muove da un intento di tutela del minore, garantendo che sia il giudice più “vi-

34 In senso critico, in particolare per esigenze di garanzia del giusto processo, cfr. S. FINOCCHIARO, “La rimessione della causa dopo una complessa istruttoria contrasta con il giusto processo”, in *Famiglia e minori*, 2009, n. 6, p. 60 ss. In senso contrario alla possibilità di derogare alla *perpetuatio iurisdictionis*, in un caso soggetto invece all'applicazione della Convenzione dell'Aja del 1961, cfr. Cass. SS.UU., 2 agosto 2011 n. 16864, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, p. 684 ss.

35 Corte di giustizia UE, sentenza 27 ottobre 2016, causa C-428/15, *Child and Family Agency* cit., che ha chiarito che queste circostanze hanno carattere tassativo.

36 Si ritiene che esista un legame particolare con lo Stato membro di nuova residenza, dopo che l'autorità è stata adita; della precedente residenza del minore; di cittadinanza del minore; della residenza di uno dei titolari della responsabilità genitoriale; o dove sono situati i beni del minore, quando la causa riguarda detti beni (art. 15, par. 3 del regolamento).

37 Cfr. Tribunale di Arezzo, ordinanza 15 marzo 2011, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, p. 161 ss.; Corte d'appello di Caltanissetta, sentenza 9 aprile-4 maggio 2009, in *Famiglia e minori*, 2009, n. 6, p. 54 ss. Per altri riferimenti si rinvia a S. BARIATTI, I. VIARENGO, F. VILLATA, op. cit., p. 355 ss. In argomento cfr. F. FALCONI, “Il trasferimento di competenza nell'interesse del minore alla luce dell'interpretazione della Corte di giustizia”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, p. 663 ss.

38 Corte di giustizia UE, 27 ottobre 2016, causa C-428/15, *Child and Family Agency*, cit. Nel regolamento di rifusione sono apportate modifiche significative volte a rafforzare la collaborazione tra le autorità giurisdizionali. Inoltre, si introduce anche la possibilità di una richiesta di trasferimento a suo favore formulata da una autorità non competente (art. 13).



cino” ad occuparsi di lui, il caso concreto può imporre deviazioni da tale criterio. Queste “deviazioni” si giustificano solo nei limiti in cui consentano di tutelare meglio il superiore interesse del minore nel caso concreto.³⁹

3. Individuazione della legge applicabile

Il regolamento Bruxelles II *bis* non disciplina la questione della legge applicabile alla responsabilità genitoriale. Fra gli Stati membri che ne sono parte la disciplina uniforme in materia è contenuta nella Convenzione dell’Aja del 1996. Il principio fondamentale alla base della Convenzione è che il giudice competente applica la legge del proprio Stato (art. 15). Il principio della coincidenza fra *forum* e *ius*, come indicato anche nella Relazione esplicativa, ha l’indubbio vantaggio di facilitare il compito dell’autorità competente, “che sarà così chiamata ad applicare il diritto che conosce meglio”. Inoltre, dato che - come abbiamo visto - la competenza sarà di regola esercitata dal giudice “più vicino” al minore, le misure saranno anche più facilmente eseguibili in quanto adottate in virtù dello stesso ordinamento nel quale dovranno avere esecuzione. La legge della residenza abituale del minore regola anche l’attribuzione o l’estinzione della responsabilità genitoriale “di pieno diritto” (art. 16), e il relativo esercizio (art. 17).⁴⁰

L’applicazione della *lex fori* da parte del giudice designato incontra tuttavia delle possibili eccezioni proprio per il perseguimento del migliore interesse (*concreto*) del minore. Ai sensi dell’art. 15, par. 2, “nella misura in cui la protezione della persona o dei beni del minore lo richieda” le autorità “possono eccezionalmente applicare o prendere in considerazione la legge di un altro Stato col quale la situazione presenti uno stretto legame”. La particolarità di questa “clausola d’eccezione” consiste nel consentire al giudice di applicare, o anche solo di *tenere in considerazione*, una legge diversa in funzione del risultato materiale perseguito della protezione del minore o dei

³⁹ Cfr. in tal senso il nuovo tenore dell’art. 12 del regolamento di rifusione, che si riferisce ora in modo esplicito all’ “interesse del minore nel caso specifico”.

⁴⁰ In questo modo viene posto rimedio ad una questione interpretativa legata all’art. 3 della Convenzione dell’Aja del 1961, che stabiliva che il rapporto risultante di pieno diritto dalla legge interna dello Stato di cittadinanza doveva essere riconosciuto negli altri Stati contraenti.



suoi beni:⁴¹ alla logica della ricerca della maggiore prossimità,⁴² si sostituisce dunque quella del perseguimento dell'interesse del minore nel caso concreto.⁴³

Ad una logica analoga sono riconducibili alcune soluzioni adottate nella legge italiana di diritto internazionale privato e processuale, la legge 31 maggio 1995, n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, ad esempio in materia di filiazione.⁴⁴ In particolare dopo le modifiche introdotte a seguito della riforma della materia della filiazione,⁴⁵ con riferimento all'accertamento dello *status filiationis* se in astratto persegue logiche di tutela del minore l'utilizzo di più criteri in concorso alternativo tra loro (cfr. art. 33 della legge),⁴⁶ manca tuttavia una indicazione chiara di quale sia il risultato materiale perseguito in concreto dal legislatore.⁴⁷ Una lettura

41 Cfr. P. LAGARDE, "La nouvelle convention e La Haye sur la protection des mineurs", in *Revue critique du droit international privé*, 1997, p. 217 ss., a p. 230. Generalmente, invece, le clausole d'eccezione operano "secondo una logica internazional-privatistica e non materiale": in questo senso cfr. P. PICONE, *La riforma del diritto internazionale privato*, Cedam, 1998, p. 45. Una disposizione analoga era prevista anche nella convenzione dell'Aja del 1961 (art. 4). Nel senso che l'applicazione di quest'ultima disposizione "dépend du droit matériel, en ce sens qu'elle demande une appréciation préalable du contenu des lois à appliquer afin de vérifier si elles répondent aux intérêts du mineur", cfr. F. POCAR, "La protection de la partie faible en droit international privé", in *Recueil des Cours*, vol. 188, 1994, p. 339 ss., a p. 359.

42 Vedi, ad esempio, l'art. 4, par. 3, regolamento CE n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), che consente al giudice di applicare la legge dello Stato con il quale, dal complesso delle circostanze, il contratto presenta *collegamenti manifestamente più stretti* (c.d. clausola di salvaguardia, cfr. considerando n. 20 del regolamento).

43 In questo senso si esprime la Relazione esplicativa di Lagarde.

44 La filiazione risulta esclusa dalla Convenzione del 1996 (art. 4) e dal regolamento Bruxelles II-bis (art. 1, par. 3, lett. a)).

45 Legge 10 dicembre 2012, n. 210, Disposizioni in materia di riconoscimento di figli naturali; decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione a norma dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 210. Cfr. G. FERRANDO, "La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali", in *Corriere giuridico*, 2013, p. 525 ss.; C.M. BIANCA, "La legge italiana conosce solo i figli", in *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 1 ss. Con riferimento ai profili internazionalprivatistici, cfr. il mio scritto "Riforma della filiazione e diritto internazionale privato" in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 394 ss., a pp. 400-401; E. BERGAMINI, "Problemi di diritto internazionale privato collegato alla riforma dello 'status' di figlio e questioni aperte", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, p. 315 ss.

46 Art. 33 "Filiazione": "Lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino, al momento della nascita".

47 Vedi, più ampiamente, quanto sostenuto nel mio scritto, "Riforma della filiazione e diritto internazionale privato", cit.



coerente con l'art. 13 della stessa legge, porta a ritenere che il risultato più "favorevole" sia quello dello stabilimento del rapporto di filiazione: in ogni caso, anche alla luce del principio della tutela dei "best interests", il favor dovrà essere valutato con principale riferimento all'interesse del minore. Flessibilità in materia era stata introdotta già dal legislatore del 1995, con l'art. 13, comma 3, della legge n. 218, rimasto invariato anche dopo la novella: con riferimento al rinvio, non si adotta una soluzione univoca, ma si consente di tener conto, o non tener conto, del rinvio operato ad altro ordinamento dalle norme di conflitto dell'ordinamento richiamato *solo se* conduce all'applicazione di una legge che consente lo stabilimento della filiazione (c.d. rinvio *in favorem*).⁴⁸

Ulteriore tecnica utilizzata dal legislatore italiano, in particolare a seguito della riforma della filiazione, è quella dell'introduzione di norme di applicazione necessaria:⁴⁹ sono così connotate le norme (italiane) che sanciscono l'unicità dello stato di figlio (art. 35, comma 4); come anche quelle che attribuiscono ad entrambi i genitori la responsabilità genitoriale e stabiliscono il dovere di entrambi i genitori di provvedere al mantenimento del figlio (art. 36-*bis*, lett. a) e b));⁵⁰ più problematico l'inquadramento della terza ipotesi, che si riferisce alle disposizioni che attribuiscono al giudice il potere di adottare provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale in presenza di condotte pregiudizievoli per il figlio (lett. c)).⁵¹ Più in generale, non appare chiaro se sia possibile ricorrere a tali disposizioni anche quando si rientri nell'ambito di applicazione della Convenzione del 1996, dato che questa – a differenza di altri strumenti normativi relativi alla legge applicabile – non fa menzione della possibilità di applicare norme di applicazione necessaria del foro. Occorre tuttavia ricordare che per effetto dell'ampliamento dell'ambito di applicazione della Convenzione,⁵² e del suo carattere

48 In argomento, si rinvia a P. PICONE, "Norme di conflitto alternative italiane in materia di filiazione", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1997, p. 276 ss., in particolare p. 294 ss. Cfr. anche P. VENTURI, "Sul c.d. rinvio *in favorem* nel sistema italiano di diritto internazionale privato", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1999, p. 543 ss.; A. DAVI, "Le renvois en droit international privé contemporain", in *Recueil des cours*, vol. 352, 2012, p. 11 ss., spec. p. 402 ss.

49 Si tratta di quelle norme che si applicano nonostante il richiamo ad altra legge.

50 Cfr. Tribunale di Belluno, 13 febbraio 2014, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 832, che applica la legge italiana anziché quella tunisina.

51 Cfr. il mio scritto "Riforma della filiazione e diritto internazionale privato" cit., a p. 396.

52 Le norme di conflitto sono applicabili dai giudici degli Stati contraenti a tutti i soggetti



universale (art. 20), si è notevolmente ridotto l'ambito di applicazione delle norme di conflitto poste dalla legge n. 218/1995, in relazione anche ai rapporti tra genitori figli.⁵³

4. Soluzioni *ad hoc* per l'efficacia dei provvedimenti concernenti i minori

Per completare il quadro dell'incidenza della protezione del minore nel campo del diritto internazionale privato, non possiamo non domandarci quali siano “i margini di manovra” per introdurre *flessibilità* nel campo della circolazione dei provvedimenti che concernono i minori. Le modalità con cui si può perseguire l'interesse del minore in questo ambito possono passare sia da una semplificazione di tipo “procedurale”, sia dalla considerazione dell'interesse del minore, nel caso concreto, nel momento in cui si valutano possibili motivi di rifiuto del riconoscimento e/o dell'esecuzione.

Quanto al regime di circolazione delle decisioni, il regolamento Bruxelles II *bis* prevede che qualsiasi decisione emessa dal giudice di uno Stato membro relativa alla responsabilità genitoriale sia riconosciuta negli altri Stati membri “senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento” (art. 21). I “motivi di non riconoscimento” delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale sono elencati all'art. 23. Un procedimento di natura monitoria è previsto per far dichiarare, in caso di contestazione, che la decisione deve essere (o non può essere) riconosciuta, e per dare esecuzione alle decisioni relative alla responsabilità genitoriale (art. 28). Per procedere all'esecuzione dei provvedimenti in materia di responsabilità genitoriale negli altri Stati membri occorre presentare un'istanza volta alla dichiarazione di esecutività (art. 28 ss.).⁵⁴ Quindi, il trasferimento del minore in forza di un provvedimento

minori di diciotto anni, indipendentemente dalla loro cittadinanza o residenza in uno Stato contraente.

53 L'art. 36, legge n. 218/1995 relativo ai rapporti tra genitori e figli risulta ora applicabile solo ai figli ultra-diciottenni. Per l'impatto dell'entrata in vigore della Convenzione del 1996, in particolare sull'art. 42, cfr. R. CLERICI, “Sulla riforma dell'art. 42 della legge n. 218/1995”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 642 ss.

54 Il procedimento per ottenere la dichiarazione di esecutività è regolato sulla falsariga del procedimento che era previsto dalla convenzione di Bruxelles del 1968: procedimento di tipo “monitorio”, articolato in una prima fase che si svolge *inaudita altera parte*, ed in una seconda fase - eventuale - in contraddittorio, che si svolge solo in caso di opposizione al provvedimento che dichiara l'esecutività. Per la dichiarazione di esecutività è competente in Italia la corte d'appello.



to di affidamento riconoscibile, ma senza la previa dichiarazione di esecutività nello Stato richiesto costituisce trasferimento illecito.⁵⁵ Dal punto di vista “procedurale” questa disciplina non si differenzia significativamente da altre stabilite per altre materie, potendo variare di volta in volta alcuni aspetti nella procedura, o nei motivi di riconoscimento.

Un regime speciale, particolarmente semplificato, viene invece introdotto per i provvedimenti sul diritto di visita e per alcuni provvedimenti che prescrivono il ritorno (art. 40 ss.).⁵⁶ Questi provvedimenti sono anche *eseguibili* negli altri Stati membri, senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività, dopo che sono stati muniti di un certificato da parte dell'autorità di origine, volto a garantire che siano stati rispettati i diritti di difesa, compreso l'ascolto del minore, nel procedimento *a quo* (art. 41 par. 2; art. 42 par. 2).⁵⁷ La Corte di giustizia ha valorizzato in questo contesto l'ammissibilità di soluzioni flessibili, in ragione del perseguimento dell'interesse del minore: secondo la Corte, “l'interesse superiore del minore può richiedere, in caso di collocazione transfrontaliera caratterizzata da eccezionale urgenza, che venga ammessa una soluzione flessibile riguardo alla durata del procedimento di *exequatur*, se, in mancanza di una simile soluzione, il decorso del tempo può compromettere gli obiettivi che sottostanno alla decisione che dispone la collocazione transfrontaliera”. Perciò una decisione che dispone la collocazione del minore in istituto di custodia in altro Stato membro deve comunque essere dichiarata esecutiva in detto Stato membro prima della sua esecuzione, ma la decisione dell'autorità giurisdizionale dello Stato membro richiesto volta ad ottenere la dichiarazione di esecutività deve essere adottata “in tempi particolarmente brevi e senza che i ricorsi avverso siffatta decisione possano avere effetti sospensivi”.⁵⁸

55 Cfr. Cass., 20 dicembre 2006 n. 27188, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 1093 ss.

56 La disposizione si riferisce espressamente alle decisioni che prescrivono il ritorno emanate da un giudice competente ai sensi del regolamento successivamente all'emanazione di un provvedimento contro il ritorno adottato in base all'art. 13 della convenzione dell'Aja del 1980 (ex art. 11 par. 8 del regolamento). Si veda ancora, in proposito, il contributo di L. CARPANETO.

57 Cfr. Corte di giustizia UE, sentenza 22 dicembre 2010, causa C-491/10, *Aguirre Zarraga*.

58 Corte di giustizia UE, sentenza 26 aprile 2012, in causa C-92/12, *Health Service Executive* cit., paragrafi 127 e 133. Le esigenze di celerità nei procedimenti volti all'adozione e all'esecuzione di provvedimenti che concernono i minori, in particolare in casi di sottrazione, sono state più volte sottolineate anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: cfr., per esempio, la sentenza 25 gennaio 2000, ric. n. 31679/96, *Ignaccolo-Zenide c. Romania*, par. 102.



Anche la Convenzione dell'Aja del 1996 disciplina il regime di circolazione delle decisioni stabilendo il principio del riconoscimento automatico “di pieno diritto” (art. 23). Per la disciplina del procedimento volto alla dichiarazione di riconoscibilità, o non riconoscibilità, delle decisioni, e alla dichiarazione di esecutività delle stesse negli altri Stati parte, la Convenzione rinvia alla legge dello Stato richiesto. Tuttavia, ai sensi dell'art. 61 del regolamento Bruxelles II *bis*, nei rapporti con detta Convenzione, il regolamento si applica, per quanto riguarda il riconoscimento e l'esecuzione di decisioni emesse dal giudice competente di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro, *anche se il minore risiede abitualmente nel territorio di uno Stato non membro parte della Convenzione* (art. 61, lett. b). Il regime del regolamento, dunque, si applica negli Stati membri per tutte le decisioni emesse da uno Stato membro in materia di responsabilità genitoriale.

Non sempre le disposizioni nazionali tengono nella dovuta considerazione esigenze di tutela del minore nel momento “legislativo” volto alla predisposizione degli eventuali motivi di rifiuto del riconoscimento: ciò vale in particolar modo per quelle legislazioni che intendono coprire interamente la materia civile.⁵⁹ Negli strumenti che sono invece diretti a coprire proprio l'ambito della protezione dei minori è più facile rinvenire norme *ad hoc* che tengano conto dell'interesse materiale perseguito volto alla tutela dell'interesse del minore.

I regolamenti Bruxelles II *bis* e 2019/1111, per la parte concernente la responsabilità genitoriale, come anche la Convenzione del 1996, si contraddistinguono proprio per la considerazione che attribuiscono all'interesse del minore nella disciplina del riconoscimento in relazione ai provvedimenti che lo concernono. Tra i motivi di rifiuto del riconoscimento, la tutela del minore, e del suo interesse nel caso concreto, emerge, in primo luogo, nello stabilire un limite al riconoscimento allorquando il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato richiesto, “*tenuto conto dell'interesse superiore del minore*” (art. 23, lett. a) del regolamento; art. 23, lett. d), della Convenzione; art. 39, lett. a) regolamento 2019/1111).⁶⁰ In secondo luogo, quando si prevede che possa costituire ostacolo al riconoscimento il *mancato ascolto del minore* nel procedimento di origine (art. 23, lett. b),

⁵⁹ Cfr. ad esempio gli articoli 64 e seguenti, legge n. 218/1995. Ciò non ha impedito, in sede applicativa, di tener conto dell'interesse del minore nel singolo caso concreto, in particolare nel valutare il limite dell'ordine pubblico. Vedi *infra*, par. 5.

⁶⁰ Vedi *infra*, par. 5.



del regolamento; art. 39, par. 2, regolamento 2019/1111; art. 23, lett. b) della Convenzione).⁶¹

Appare volto alla tutela dell'interesse del minore anche l'espresso riconoscimento della prevalenza della decisione *successiva* emessa nello Stato richiesto (art. 23, lett. e)), oppure emessa in un altro Stato membro o nel paese terzo in cui il minore risieda, e che soddisfi le condizioni del riconoscimento dello Stato membro richiesto (art. 23, lett. f)). Analogamente dispone l'art. 23, lett. e) della Convenzione.⁶² Contrariamente a quello che avviene in altri contesti,⁶³ in questo caso è garantito che sia *sempre* la decisione *successiva* a prevalere.⁶⁴

Importanti novità sono introdotte nel regolamento 2019/1111 di rifusione del regolamento Bruxelles II-bis. Al fine di ridurre tempi e costi dei procedimenti giudiziari transfrontalieri riguardanti i minori (considerando n. 58) si abolisce la dichiarazione di esecutività anche per le decisioni relative alla responsabilità genitoriale (art. 34). Ciò che denota maggiormente la volontà di introdurre maggiore *flessibilità* anche in questo contesto è la disposizione che consente di sospendere il procedimento di esecuzione “se l'esecuzione esporrebbe il minore a un grave rischio di pericoli fisici o psichici a causa di impedimenti temporanei emersi successivamente alla pronuncia della decisione, o in virtù di altri mutamenti significativi delle circostanze” (art. 56,

61 Con riferimento ai principi operanti nel nostro ordinamento, fortemente influenzati dalla CRC e dalla Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 25 gennaio 1996, si rinvia, in questo volume, al contributo di R. CLERICI.

62 Nella Relazione esplicativa di Lagarde si specifica che la prevalenza della decisione incompatibile adottata successivamente è limitata alle misure adottate nello Stato non contraente di abituale residenza del minore, e non anche alle misure adottate ad esempio dallo Stato di cittadinanza, in quanto repute “alla luce del concetto di prossimità, meno appropriate rispetto a quelle dello Stato di residenza abituale ad apprezzare l'interesse superiore del minore”.

63 Ad esempio, l'art. 64, lett. e), legge n. 218/1995, o l'art. 45, lett. c), del regolamento Bruxelles I bis, non specificano se la decisione contraria emessa dal giudice interno debba essere anteriore o posteriore per impedire il riconoscimento. L'art. 45, lett. d) limita invece espressamente il motivo di rifiuto del riconoscimento alle sole decisioni di Stati membri o di Stati terzi incompatibili emesse *precedentemente*. In argomento, anche per una disamina di altre legislazioni nazionali, cfr. P. PICONE, “La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge italiana di riforma della materia”, in *Rivista di diritto internazionale*, 1996, p. 289 ss., spec. p. 357 ss.

64 Cfr. il considerando n. 56 del regolamento di rifusione, dove si legge: “In materia di responsabilità genitoriale, una decisione successiva sostituisce sempre una decisione anteriore con effetti per il futuro nella misura in cui esse siano incompatibili”.



par. 4).⁶⁵ L'esecuzione potrà essere ripresa non appena cessi il grave rischio. Mentre laddove il grave rischio sia di carattere “permanente”, l'autorità competente per l'esecuzione o l'autorità giurisdizionale potrà, su richiesta, rifiutare l'esecuzione della decisione (par. 6). Questo nuovo regime, consentirà di evitare quell'eccesso di “automatismo” che caratterizza talvolta la disciplina vigente,⁶⁶ con il risultato di poter valutare l'interesse del minore *in ciascuna fase*, adattando in modo più efficace le decisioni alle circostanze del caso concreto sussistenti *nel momento* in cui si deve disporre una misura, anche esecutiva.

In tutti gli altri casi, pur in assenza di disposizioni specifiche al riguardo, potrà essere proprio l'obbligo generale stabilito dall'art. 3 della CRC a consentire di “flettere” le norme per favorire il risultato materiale più favorevole al minore. In particolare, ciò potrà avvenire utilizzando il limite dell'ordine pubblico.

5. L'applicazione del limite dell'ordine pubblico “tenuto conto del superiore interesse del minore”

Tanto con riferimento all'individuazione e applicazione della legge applicabile, quanto in relazione all'efficacia delle decisioni, gli ordinamenti, come è noto, non rinunciano alla protezione di valori fondamentali, ponendo un limite all'ingresso di normative, o di decisioni, che producano effetti in contrasto con tali valori.

Anche in relazione a misure che concernono i minori, dunque, opera il limite dell'ordine pubblico. La particolarità con riferimento a tali decisioni consiste nell'esigenza di applicare tale limite, “tenuto conto del superiore interesse del minore”. Così si esprime, con riferimento alla legge applicabile, l'art. 22 della Convenzione dell'Aja del 1996.

⁶⁵ In senso contrario alla possibilità di valutare circostanze sopravvenute in sede di riconoscimento ed esecuzione della decisione, nella disciplina vigente, cfr. invece Corte di giustizia UE, sentenza del 1° luglio 2010, in causa C-211/10, *Povse*, par. 80.

⁶⁶ Cfr. Corte di giustizia UE, sentenza 22 dicembre 2010, causa C-491/10, *Aguirre Zarraga* cit. In argomento cfr. C. HONORATI, “Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, p. 5 ss. Con riferimento alle prospettive di riforma, Id., “La revisione del regolamento Bruxelles II bis: più tutela per i minori e più efficacia nell'esecuzione delle decisioni”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, p. 247 ss., p. 271 ss.



Con riferimento all'efficacia delle decisioni, l'art. 23, lett. a), del regolamento Bruxelles II bis stabilisce che le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non sono riconosciute, tra l'altro, se, “tenuto conto dell'interesse superiore del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto (...)” (la formulazione resta immutata nel regolamento 2019/1111, art. 39).⁶⁷ E analogamente dispone l'art. 23, lett. d) della Convenzione del 1996. Possiamo anche ricordare l'art. 24 della Convenzione del 1993 per quanto concerne l'efficacia delle decisioni in materia di adozione internazionale.

La particolarità di queste disposizioni è quella di introdurre un ulteriore elemento di valutazione in relazione all'ordine pubblico dato, appunto, dal superiore interesse del minore. Questo riferimento viene interpretato come un'indicazione inequivoca nel senso di sancire la preminenza dell'interesse del minore rispetto a tutti gli altri valori che concorrono a dare corpo all'ordine pubblico del foro.⁶⁸ Ciò consente di applicare l'ordine pubblico in funzione del risultato positivo che meglio risponda, di volta in volta, all'interesse del minore *nel caso concreto*.⁶⁹ Ciò che corrisponde anche ad un imperativo imposto dalla giurisprudenza consolidata della Corte europea dei diritti dell'uomo.⁷⁰

Occorre tuttavia sottolineare che anche in contesti normativi che hanno un ambito di applicazione più *generale*, cioè non limitato a provvedimenti concernenti i minori, quando si ponga in dubbio la compatibilità della legge straniera, o del provvedimento o atto pubblico straniero, con l'ordine pubblico, la preminenza dell'interesse del minore discende *direttamente* dall'ob-

67 Corte di giustizia UE, 19 novembre 2015, causa C-455/15, *P. c. Q.*

68 Così F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, “Giurisdizione e riconoscimento di sentenze in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale”, in *Digesto delle discipline pubblicistiche-Aggiornamento*, Torino, 2005, p. 336 ss., a p. 358. Più in generale sul limite dell'ordine pubblico, anche alla luce della più recente giurisprudenza, si rinvia a F. SALERNO, “La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, p. 259 ss.

69 Criticabile, da questo punto di vista, Cass., sentenza 11 novembre 2014, n. 24001, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, p. 427, che con riferimento ad un rapporto sorto a seguito del ricorso a maternità surrogata all'estero, considera rilevante solo l'interesse del minore valutato “a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice su tale punto alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto”.

70 Cfr. Corte europea dei diritti, sentenza 28 giugno 2007, ric. n. 76240/01, *Wagner c. Lussemburgo*, par. 133; 26 settembre 2014, ric. n. 65192/11, *Menesson c. Francia*, par. 81, e in particolare par. 84. Cfr., da ultimo, il parere reso ai sensi del Protocollo n. 16 il 10 aprile 2019, richiesta n. P16-2018-001, par. 38.



bligo di rispettare la CRC, anche laddove la norma di riferimento non ne faccia esplicita menzione. Si pensi alle norme sul riconoscimento di sentenze e provvedimenti stranieri previste dalla legge n. 218/1995 (art. 64 ss.); o al limite dell'ordine pubblico stabilito con riferimento alla legge applicabile (art. 16 legge n. 218/1995), o in relazione alla trascrizione di atti pubblici stranieri (art. 18 D.P.R. 396/2000). Si riscontra nella giurisprudenza italiana, in modo crescente negli ultimi anni, il rispetto di questo canone interpretativo nell'applicare il limite dell'ordine pubblico, in relazione a provvedimenti che incidono sullo *status*, e sulla vita privata e familiare del minore, anche attraverso il richiamo esplicito alla Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, per confermare l'esigenza di tener conto del superiore interesse del minore, nel caso concreto.⁷¹

⁷¹ Cfr., a mero titolo di esempio, Cass., sentenza 30 settembre 2016, n. 19599 in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 813, con riferimento ad un atto di nascita attributivo di *status* di figlio nato da due madri; Cass., sentenza 31 maggio 2018, n. 14007, in *Repertorio del Foro italiano*, con riferimento ad un provvedimento francese di adozione “piena” (*plenaire*) del figlio del coniuge, in una relazione tra due donne (c.d. *step-child adoption*). Cfr. Cass., sentenza 2 febbraio 2015, n. 1843, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 1076, con riferimento ad un provvedimento di *kafala* negoziale. In argomento cfr. G. FERRANDO, “Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli *status filiationis*”, in *Corriere giuridico*, 2017, 2, p. 190 ss. Più in generale, in argomento si rinvia, in questo volume, al contributo di O. FERACI.

LA PROTEZIONE DELLO STATUS DEL MINORE ATTRAVERSO LE FRONTIERE

ORNELLA FERACI¹

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La circolazione dello *status* del minore derivante dal ricorso all'estero a metodi di procreazione artificiale non consentiti dall'ordinamento italiano. – 2.1 Le tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) vietate dalla legge n. 40/2004. – 2.2 La maternità surrogata. – 3. La circolazione dello *status* del minore derivante da provvedimenti stranieri di adozione non consentiti in Italia. – 4. La circolazione dello *status* del minore derivante da istituti di diritto islamico sconosciuti alla tradizione giuridica occidentale: il caso della *kafala*.

1. Introduzione

La protezione derivante dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (di seguito: "Convenzione" o "CRC") si manifesta sia in relazione a fattispecie puramente interne, ossia a situazioni interamente collegate all'Italia (*dimensione puramente interna*), sia in relazione a fattispecie transfrontaliere, che presentano cioè profili di estraneità rispetto all'ordinamento giuridico italiano (*dimensione internazionalprivatistica*).² In questa seconda prospettiva il sistema di tutela offerto dalla Convenzione incide sull'esigenza di coordinamento tra ordinamenti giuridici, indirizzando, sia in astratto, il modo in cui sono formulate le norme di diritto internazionale privato di volta in volta applicabili, sia in concreto, gli esiti pratici derivanti dalla loro applicazione.³

1 Professore associato di diritto internazionale, Università di Siena (ornella.feraci@unisi.it).

2 Sui rapporti tra diritto internazionale privato e CRC si rinvia al contributo, in questo volume, di O. LOPES PEGNA.

3 Si veda, ad esempio, in tema L. CARPANETO, "La ricerca di una (nuova) sintesi tra interesse superiore del minore 'in astratto' e in 'concreto' nella riforma del Regolamento



Questa forma di incidenza “concreta” è particolarmente evidente quando occorre di riconoscere in Italia un rapporto giuridico di filiazione costituito legittimamente all'estero, ossia quando deva essere riconosciuta nel nostro ordinamento la condizione personale (*status*) di un individuo di minore età, quale stabilita in uno Stato straniero in conformità al proprio diritto materiale. Si pensi, ad esempio, ad un minore che, nato all'estero da un/a cittadino/a italiano/a e un/a cittadino/a straniero/a, dopo un certo periodo di soggiorno nello Stato di nascita, abbia l'esigenza di trasferirsi in Italia, ove la famiglia intende stabilire la propria residenza abituale o a un minore, che subito dopo la nascita all'estero, rientri in Italia, Stato di origine dei genitori, ove questi ultimi risiedono. Può anche accadere che cittadini di Stati che ammettono forme di adozioni non consentite nell'ordinamento giuridico italiano adottino un minore che si trovi in stato di abbandono in tale ordinamento e, dopo essersi stabiliti in Italia, chiedano il riconoscimento del provvedimento in Italia. In circostanze del genere, le norme convenzionali, quali soprattutto il principio del superiore interesse del minore, sancito dall'art. 3, par. 1 della Convenzione, devono essere tenute in debita considerazione dalle autorità italiane al fine di stabilire se tale *status* possa circolare nell'ordinamento interno e quali effetti possa ivi produrre. In tali circostanze possono talora sorgere difficoltà di coordinamento tra gli ordinamenti interessati per ragioni legate a contrasti valoriali. Nei casi più gravi questi ultimi possono irrigidirsi fino a condurre all'attivazione del limite internazionalprivatistico dell'ordine pubblico, e, dunque, al diniego del riconoscimento dello *status* straniero in Italia.

La questione appena evocata sottende l'esigenza di stabilire un delicato equilibrio tra le logiche della sovranità statale preposte alla tutela di interessi nazionali di carattere imperativo che modellano le politiche di procreazione e filiazione a livello domestico (protette dal meccanismo dell'ordine pubblico) e l'esigenza di dare stabilità e continuità allo statuto individuale del minore (c.d. continuità transnazionale degli *status* personali e familiari) in modo che quest'ultimo non subisca ingiustificati pregiudizi nella mobilità da uno Stato all'altro.⁴ La discrezionalità di cui godono gli Stati in tema di filiazione e

Bruxelles II-bis”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, p. 944 ss.

4 Sul tema si rinvia, in generale, a R. BARATTA, “La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales”, in *Recueil des cours*, vol. 348, 2010; F. SALERNO, “The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private Inter-



di metodi di procreazione (c.d. margine di apprezzamento statale) – stante anche l'assenza, a livello regionale e globale, di *standard* internazionali comuni⁵ – determina una profonda varietà legislativa a livello nazionale, la quale è all'origine del c.d. turismo procreativo,⁶ ossia della crescente mobilità delle persone attraverso le frontiere (siano esse coppie, dello stesso sesso o di sesso diverso, conviventi, coniugate o *single*) al fine di realizzare all'estero progetti parentali condivisi che non sono consentiti (o sono consentiti ma a condizioni più stringenti) nello Stato di origine.

In questo contesto il presente contributo mira a evidenziare l'impatto delle norme convenzionali, in particolare del principio del superiore interesse del minore enunciato dall'art. 3, par. 1 della CRC,⁷ ma anche, più marginalmente, degli articoli 7 e 8 (sul diritto al nome e all'identità personale),⁸ sulle norme di diritto internazionale privato impiegate, di volta in volta, dall'ordinamento italiano ai fini della circolazione dei rapporti di filiazione stranieri, in relazione alle diverse forme di genitorialità sviluppatesi nella prassi.

Questo sviluppo può essere analizzato lungo tre diverse prospettive: con riguardo alla circolazione dello *status* del minore derivante 1) dal ricorso a tecniche di procreazione artificiale non consentite dalla legislazione italiana

national law", in *Recueil des cours*, 2019, vol. 395.

5 Si vedano in proposito gli studi intrapresi dalla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato su "The Private International Law Issues surrounding the Status of Children, including Issues arising from International Surrogacy Arrangements", che hanno condotto al "Parentage/Surrogacy Project", disponibile al seguente indirizzo <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>. Sull'esigenza di uno strumento convenzionale in materia di maternità surrogata si vedano: K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, "International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level", in *Journal of Private International Law*, 2011, p. 627 ss.; M. ENGEL, "Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?", in *Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities*, a cura di K. Boele-Woelki, N. Dethlof, W. Gephart, Intersentia, 2014, p. 199 ss.

6 Cfr. *ex multis* in proposito: D. SINDRES, "Le tourisme procréatif et le droit international privé", in *Journal du droit international*, 2015, p. 429 ss.; H. FULCHIRON, "La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale", in *Journal du Droit International*, 2012, p. 563 ss.; C.P. KINDREGAN, "International Fertility Tourism: The Potential for Stateless Children in Cross-Border Commercial Surrogacy Arrangements", in *Suffolk Transnational Law Review*, 2013, p. 527 ss. Sui riflessi del turismo procreativo nel diritto internazionale privato: C. CAMPIGLIO, "Valori fondamentali dell'ordinamento interno e scelte di cura transfrontaliere", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 371 ss.

7 Si veda in proposito il contributo in questo volume di E. LAMARQUE.

8 Si veda in proposito il contributo in questo volume di C. HONORATI.



vigente, soprattutto quando esse prescindono in tutto o in parte dal contributo biologico dei genitori intenzionali, 2) da forme di adozione straniera non consentite in Italia nonché 3) dall'impiego di istituti di diritto islamico sconosciuti alla nostra tradizione giuridica (*kafala*). L'esame delle suddette macro-aree restituisce allo studioso del diritto uno scenario giuridico fortemente frammentato ove spesso prendono forma situazioni personali c.d. claudicanti (*limping situations*). Si tratta cioè di fattispecie in cui i minori interessati, per effetto del mancato riconoscimento dello *status*, possono trovarsi in situazioni di apolidia o risultare figli di genitori diversi nello Stato di nascita e nello Stato di origine dei genitori intenzionali (o adottivi) o, addirittura, non aver alcun genitore nello Stato in cui chiedono il riconoscimento del loro *status*. Il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione straniero può incidere talora in modo negativo sulla vita quotidiana e sul benessere psico-fisico dei minori (basti pensare, ad esempio, ai riflessi delle incertezze relative alla loro identità sull'accesso all'istruzione, sui trasferimenti da uno Stato all'altro, sul diritto al ricongiungimento familiare e così via) e può condurre altresì all'insorgenza di complesse controversie circa il loro affidamento, fino alla possibilità che venga dichiarato in Italia il loro stato di adottabilità. In situazioni di parziale riconoscimento della responsabilità genitoriale in favore della coppia interessata (sia essa eterosessuale o omosessuale) sorge poi l'esigenza per il genitore sociale il cui *status* genitoriale non possa essere riconosciuto di attivare rimedi giudiziari ulteriori volti a ricostruire in Italia il proprio legame giuridico con il minore.

2. La circolazione dello *status* del minore derivante dal ricorso a metodi di procreazione artificiale non consentiti dall'ordinamento italiano

Con riguardo al primo profilo di analisi, la prassi giurisprudenziale italiana legata al riconoscimento dello *status* del minore acquisito all'estero per effetto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) secondo modalità vietate dalla legge n. 40/2004 si è sviluppata in modo assai variegato e non sempre coerente, in un dialogo serrato tra tutela del principio del superiore interesse del minore e invocazione del limite internazionalprivatistico dell'ordine pubblico. Solo di recente essa pare essersi consolidata su taluni indirizzi più definiti che segnano una maggiore apertura del no-



stro sistema giuridico verso l'accoglimento di forme familiari non ammesse dall'ordinamento a livello interno.

Il fenomeno qui in esame nasce dai vincoli posti dal sistema giuridico italiano alla procreazione artificiale e dalle conseguenze giuridiche che ne discendono sul piano della filiazione. La legge 19 febbraio 2004 n. 40 recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita⁹ stabilisce infatti limiti di natura sia teleologico-oggettiva che soggettiva per l'accesso alle PMA, sancendo altresì divieti espressi. Riguardo al primo aspetto, il ricorso alle tecniche di PMA è ammesso soltanto quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico, alle ipotesi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico (art. 4, comma 1), nonché ai casi di coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili.¹⁰ Sul piano soggettivo, invece, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita soltanto coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi (art. 5). Resta così precluso il ricorso alle PMA in Italia per le coppie dello stesso sesso,¹¹ per i *single*, nonché per i defunti i cui gameti siano stati prelevati precedentemente al decesso (c.d. fecondazione *post mortem*). Tale divieto è rafforzato dalla previsione di una sanzione amministrativa.¹²

L'art. 8 della legge stabilisce inoltre lo stato giuridico del nato a seguito del ricorso alle PMA consentite disponendo che quest'ultimo acquista lo stato di figlio nato nel matrimonio o di figlio riconosciuto della coppia che ha

9 Sulle PMA e sulle implicazioni internazionalprivatistiche di questo fenomeno si rinvia a C. CAMPIGLIO, "Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale", Cedam, 2003; Id., "Procreazione assistita: regole italiane e internazionali a confronto", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, p. 531 ss., nonché, più di recente, Id., "Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza", *ibid.*, 2014, p. 481 ss.

10 Quest'ultimo aspetto risulta oggi dall'art. 4 della legge n. 40/20014 per effetto della declaratoria di incostituzionalità espressa dalla Corte costituzionale con sentenza 96/2015.

11 A tale proposito, merita segnalare che il suddetto divieto soggettivo è stato confermato di recente dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 221 del 23 ottobre 2019, la quale ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 5 e 12, commi 2, 9 e 10, della legge 40/20014 nella parte in cui limitano l'accesso alle PMA alle sole coppie di sesso diverso e sanzionano, di riflesso, chiunque applichi tali tecniche a coppie composte da soggetti dello stesso sesso.

12 Art. 12, comma 2, legge n. 40/2004.



espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime. Il consenso prestato alla PMA comporta dunque la genitorialità legale (privando il donatore di gameti di qualsiasi relazione giuridica parentale con il nato) ed esclude per il genitore intenzionale la possibilità di far valere il disconoscimento della propria paternità (art. 9).

L'originario divieto di fecondazione eterologa stabilito dall'art. 4, comma 3 della legge n. 40/2004 è stato eliminato negli anni dalla Corte costituzionale,¹³ rendendo così possibile in Italia la fecondazione *in vitro* sia omologa che eterologa (ossia effettuata con materiale genetico proveniente dalla coppia o da soggetti a essa estranei).

Resta, invece, inalterato ed assoluto il divieto di ricorrere in Italia alla pratica della maternità surrogata (o gestazione per altri), il quale è sancito dall'art. 12, comma 6, della legge, ed è addirittura rafforzato da una sanzione penale.¹⁴ Per le sue caratteristiche, la gestazione per altri rappresenta, infatti, una manifestazione estrema della procreazione artificiale poiché essa non solo disconnette il rapporto di filiazione dalla relazione genetica genitore-figlio (radicandosi sulla disponibilità prestata dalla madre surrogata che, contrattualmente, mette a disposizione il proprio corpo a fini gestazionali), ma suscita anche delicati interrogativi di ordine etico. Tale pratica infatti si espone al rischio della commercializzazione degli embrioni umani e dello sfruttamento della madre surrogata, soprattutto in Paesi in cui il consenso alla gestazione può derivare da condizioni di estrema povertà (si pensi alla Thailandia e all'India). Il dibattito giuridico che ruota attorno all'istituto risulta dunque assai complesso poiché esso deve confrontarsi – a valle – con l'esigenza di apprestare un'adeguata tutela del minore, una volta che questi venga ad esistenza per effetto della maternità surrogata, nonché – a monte – con l'esigenza, parimenti essenziale, di garantire una protezione sufficiente dei soggetti che vi sono coinvolti, a partire dalla madre surrogata in ragione

¹³ Il ricorso alla fecondazione eterologa è oggi consentito qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili per effetto della sentenza della Corte Costituzionale 10 giugno 2014 n. 162.

¹⁴ Art. 12, comma 6, legge n. 40/2004: “[c]hiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro”. Tale tecnica procreativa è variamente disciplinata livello statale: in alcuni ordinamenti è ammessa (*surrogacy-friendly jurisdictions*), in altri è vietata, in altri ancora è meramente tollerata, senza essere in alcun modo disciplinata.



della sua intrinseca dignità di essere umano.¹⁵

Esistono invero varie forme contrattuali di maternità surrogata. La maternità surrogata c.d. “tradizionale” designa l’accordo tra genitori committenti (o intenzionali) e una donna fertile che acconsente all’inseminazione con seme del committente (o di donatore anonimo) e alla gestazione: in tale ipotesi la madre surrogata è anche la madre genetica del bambino. La maternità surrogata c.d. “gestazionale”, invece, ha luogo allorché la madre surrogata non è geneticamente legata all’embrione, essendo in tal caso l’ovocita offerto da una donatrice o, più raramente, dalla stessa madre committente e fecondato poi *in vitro* con seme del padre committente o di donatore anonimo. Si distingue inoltre tra contratti di maternità surrogata “commerciali” e contratti “altruistici” a seconda che prevedano o meno il versamento di una somma di denaro a titolo di compenso per la madre surrogata.

Possono fare ricorso a tale pratica sia coppie (coniugate, di fatto, eterosessuali od omosessuali) sia singoli individui affetti da problemi di sterilità o da impossibilità procreativa oggettiva, ma anche coppie fertili in cui, tuttavia, la donna è incapace di portare a termine la gravidanza o non è disposta ad affrontare la gestazione.

Gli orientamenti giurisprudenziali esistenti in tema di riconoscimento di *status* derivanti da tecniche di procreazione artificiale non ammesse dalla legge n. 40/2004 si frammentano in ragione degli elementi soggettivi e oggettivi delle fattispecie di volta in volta in rilievo. Essi infatti si distinguono in base alla natura del genitore intenzionale (*single* o coppia), al suo orientamento sessuale (eterosessuale o omosessuale), alla tipologia di relazione affettiva esistente tra i genitori sociali (matrimonio o convivenza); al tipo di tecnica di procreazione medicalmente assistita (omologa, eterologa, quest’ultima con parziale o totale assenza di legame biologico con il nato, o maternità surrogata).

Inoltre, occorre rilevare che le norme di diritto internazionale privato da

¹⁵ Si vedano, in proposito, la risoluzione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla politica dell’Unione europea in materia (par. 115) che ha condannato la maternità surrogata giudicandola lesiva dei diritti e della dignità della donna, per lo sfruttamento riproduttivo e l’uso del corpo umano per un ritorno economico o di altro genere. Si veda anche la posizione negativa in tema del Consiglio d’Europa, la cui commissione affari sociali, nel 2016, ha respinto il c.d. Rapporto De Sutter, “Human Rights and Ethical Issues related to surrogacy” (2016), favorevole alla pratica. Si veda altresì in Italia la presa di posizione netta e negativa del Comitato per la Bioetica, Mozione sulla maternità surrogata a titolo oneroso, 18 marzo 2016.



applicare ai fini del riconoscimento dello *status* giuridico di figlio in Italia variano a seconda del titolo giuridico che incorpora lo *status*. Quest'ultimo infatti può essere contenuto in un *atto di nascita straniero* rilasciato dalle competenti autorità amministrative locali (ciò che comporta l'esigenza di richiedere in Italia la relativa trascrizione nel registro di stato civile del comune di residenza dei genitori committenti) o in un *provvedimento giudiziale* emesso dall'autorità giurisdizionale dello Stato di nascita del minore (precedente o successivo alla nascita) che attribuisce la paternità e/o la maternità legale ai genitori intenzionali, biologici e non. È ciò che avviene rispetto alla maternità surrogata nel caso del c.d. *parental order* reso dalle autorità giudiziarie britanniche successivamente alla nascita del figlio in favore della madre intenzionale o del c.d. *paternity judgment* emesso dalle autorità dello Stato della California in favore del padre biologico rispetto a una coppia omosessuale maschile al fine di recidere qualsiasi legame parentale tra la madre surrogata e il nato. Con riguardo a progetti genitoriali condivisi maturati all'interno di coppie dello stesso sesso, lo *status* del minore può risultare inoltre da un *provvedimento unico* (ad esempio, un provvedimento di adozione straniero che riconosca la bigenitorialità omoparentale sul minore) o dalla *combinazione di due strumenti distinti*: rispettivamente, dall'atto di nascita (o provvedimento giurisdizionale) straniero attributivo della responsabilità genitoriale in favore del genitore genetico e da un separato provvedimento giurisdizionale straniero di adozione piena o di *step-child adoption* (o adozione co-parentale: adozione di minore da parte del *partner* del genitore biologico) in favore del genitore intenzionale-non biologico.

Il funzionamento delle diverse norme di diritto internazionale privato che vengono in rilievo ai fini del riconoscimento dei vari titoli giuridici stranieri sopra evocati¹⁶ è inoltre condizionato, come si vedrà, dall'esigenza di rispettare i vincoli derivanti per l'ordinamento italiano dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e soprattutto dalla giurisprudenza interpretativa della Corte di Strasburgo. Ciò si manifesta in particolare rispetto al diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), la cui tutela è stata considerata essenziale ai fini della salva-

¹⁶ Ossia, in particolare, le norme italiane di diritto internazionale privato dettate dalla legge 31 maggio 1995, n. 218 in tema di riconoscimento di provvedimenti giurisdizionali stranieri di natura contenziosa (articoli 64 e 65), di volontaria giurisdizione (art. 66) o di provvedimenti stranieri di adozione (art. 41).



guardia della continuità dello *status* del minore attraverso le frontiere.¹⁷

Alla luce di questo complesso scenario giuridico daremo conto in questa sede solo delle principali tendenze in atto e delle caratteristiche essenziali della risposta giurisprudenziale italiana ai problemi relativi al riconoscimento di *status* derivanti da tecniche di procreazione medicalmente assistita non ammesse dalla legislazione italiana.

2.1 Le tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA)

Nel fitto panorama giurisprudenziale italiano relativo al riconoscimento di *status* di figli nati all'estero tramite il ricorso a PMA non consentite in Italia per ragioni oggettive o soggettive¹⁸ si segnalano, in particolar modo, per numero e importanza, le fattispecie coinvolgenti coppie *same-sex* femminili, non potendo di fatto quelle maschili ricorrere all'estero alla sola fecondazione eterologa, ma dovendo, quest'ultime, per ragioni fisiologiche, combinare tale tecnica con la maternità surrogata.¹⁹

Da un'analisi complessiva della giurisprudenza più recente in materia emerge che lo *status* di figlio formato all'estero rispetto a coppie omo-pa-

¹⁷ Sul tema relativo ai rapporti tra CRC e CEDU si veda, in questo volume, il contributo di A. ANNONI.

¹⁸ Cfr. sul tema, *ex multis*: A. DI BLASE, "Riconoscimento della filiazione da procreazione medicalmente assistita: problemi di diritto internazionale privato", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, p. 839 ss.; S. TONOLO, "L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore", in *Rivista diritto internazionale*, 2017, p. 1070 ss.; C. HONORATI, "Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato", in *Cittadinanza, cittadinanza e nuovi status: profili internazionalprivatistici ed europei e sviluppi nazionali. Convegno interinale SIDI di Salerno 18-19 gennaio 2018*, a cura di DI STASI, Napoli, p. 137 ss.

¹⁹ La declaratoria di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa sopra menzionata ha infatti sostanzialmente neutralizzato il fenomeno del turismo procreativo di coppie di sesso diverso rispetto alle PMA. Resta tuttavia significativa la mobilità attraverso le frontiere delle coppie eterosessuali interessate a ottenere un figlio tramite maternità surrogata. In relazione alla procreazione medicalmente assistita *post mortem* è opportuno segnalare la recente sentenza della Cassazione, sez. I, sentenza 15 maggio 2019, n. 13000 ove il giudice di legittimità ha esaminato la condizione giuridica del figlio nato in Spagna a seguito di fecondazione omologa, dopo che il padre aveva prestato il consenso alla procreazione assistita e all'eventuale utilizzo del proprio seme crioconservato ma era deceduto prima della formazione dell'embrione. Essa ha affermato un principio di indubbia rilevanza, ossia che la parificazione ai figli legittimi, prevista dall'art. 8 della legge n. 40/2004 per i nati a seguito di procreazione medicalmente assistita da entrambi i genitori viventi, deve valere anche per i nati da fecondazione omologa dopo il decesso del padre.



rentali femminili viene riconosciuto in Italia rispetto alla *madre gestazionale* in forza del principio in base al quale nell'ordinamento italiano è madre soltanto colei che ha partorito il bambino (*mater semper certa est*), sancito dall'art. 296, comma 3, cod. civ. Tale *status* viene oggi riconosciuto anche in favore della *madre genetica non gestazionale*, ossia rispetto alla donna che ha fornito soltanto il proprio materiale genetico ai fini della fecondazione *in vitro*, senza tuttavia portare avanti la relativa gravidanza, in forza di una lettura dei valori essenziali dell'ordinamento ispirata alla tutela del principio del superiore interesse del minore. Il collegamento genetico unitamente all'esigenza di assicurare il superiore interesse del minore nel caso concreto favorisce così l'efficacia dello *status* personale straniero in questione. Diverso (e tuttora incerto) è, invece, il trattamento del rapporto di filiazione rispetto alla *madre non genetica* quando essa *non* sia neppure *madre gestazionale*. In tal caso, gli esiti possono divergere e sono condizionati dal metodo giuridico con cui se ne afferma la filiazione. La responsabilità parentale della madre puramente intenzionale può infatti essere espressa o in un provvedimento straniero distinto da quello che stabilisce la maternità legale della madre genetica (provvedimento straniero di *step-child adoption*), del quale quindi occorre chiedere il riconoscimento, o può essere costituita *ab initio* in Italia tramite domanda di adozione del figlio della *partner*.

A questo riguardo, alcune posizioni giurisprudenziali di legittimità recenti possono ormai considerarsi espressive di un orientamento tendenzialmente consolidato. In particolare, nel 2016, la prima sezione della Corte di cassazione, con una sentenza divenuta ormai storica per la sua portata innovativa (anche rispetto alla ricostruzione teorica della nozione di ordine pubblico),²⁰ ha autorizzato la trascrizione nei registri di stato civile del comune di Torino di un atto di nascita straniero, validamente formato in Spagna sulla base del diritto locale, concernente un minore nato, tramite il ricorso a PMA, da “due madri” (l'una biologica e l'altra gestante). Le due donne, rispettivamente una cittadina italiana e una cittadina spagnola, si erano regolarmente sposate in Spagna dove avevano successivamente divorziato; la madre italiana era

²⁰ A tale proposito si veda il commento critico: O. FERACI, “Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio ‘nato da due madri’ all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di cassazione n. 19599/2016”, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 169 ss. E, in senso opposto: F. SALERNO, “La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, p. 259 ss.



quindi tornata a vivere in Italia.²¹ Il minore, in quel caso, risultava legato biologicamente ad entrambe le donne, avendo l'una - cittadina italiana - donato il proprio materiale genetico per la fecondazione con gamete maschile di donatore anonimo e avendo, invece, l'altra - cittadina spagnola - portato avanti la gravidanza fino al parto. La Corte di cassazione ha escluso che il riconoscimento in Italia dello *status* del figlio contrastasse con l'ordine pubblico. Da un lato, infatti, la circostanza che il metodo procreativo utilizzato in Spagna non sia ammesso nell'ordinamento italiano non rientra tra i contenuti di ordine pubblico, in quanto esso "rappresenta una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate".²² Dall'altro, il principio *mater semper certa est* non costituisce un principio fondamentale di rango costituzionale riconducibile all'ordine pubblico. Non sarebbe opponibile al riconoscimento nemmeno il preteso divieto delle coppie omosessuali di avere figli, da dedurre, implicitamente, dall'impossibilità per le coppie dello stesso sesso di generare e allevare figli risultante dalla legge 20 maggio 2016, n. 76 recante la disciplina delle unioni civili e delle convivenze di fatto, non esistendo un vincolo o divieto costituzionale in tal senso e venendo invece in rilievo "la fondamentale e generale libertà delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia, a condizioni non discriminatorie rispetto a quelle consentite dalla legge alle coppie di persone di sesso diverso".²³

La Corte di cassazione ha raggiunto tale soluzione valorizzando il principio del superiore interesse del minore, tradotto, nel caso di specie, nel diritto alla conservazione dello *status filiationis*, validamente acquisito all'estero nei confronti della madre genetica (donatrice dell'ovulo), e nella connessa tutela dell'identità personale e sociale del minore, che altrimenti avrebbe patito pregiudizi e incertezze sul piano giuridico (legate, ad esempio, all'acquisto della cittadinanza italiana da parte della madre genetica e ai diritti succes-

21 Corte di cassazione, sentenza 30 settembre 2016 n. 19599, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 813 ss. Tra i molti commenti alla sentenza si vedano quelli di G. CASABURI, "Genitorialità omosessuale, un passo indietro della Consulta e molti altri (avanti ed in giro) della Cassazione", in *Foro italiano*, 2016, p. 3349 ss.; G. FERRANDO, "Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli *status filiationis*", in *Corriere giuridico*, 2017, p. 185 ss.; M.C. BARUFFI, "Co-genitorialità "same-sex" e minori nati con maternità surrogata", in *Famiglia e diritto*, 2017, p. 674 ss.

22 Cfr. par. 10.1 della sentenza.

23 Cfr. par. 12.1 della sentenza.



sori rispetto alla stessa). La Corte, in particolare, ha riconosciuto al principio enunciato dall'art. 3, par. 1 della CRC la natura di principio di "rilevanza costituzionale primaria", sebbene esso non sia direttamente enunciato nella Carta costituzionale.²⁴

Successivamente, la Cassazione ha escluso la contrarietà con l'ordine pubblico della richiesta di rettificazione dell'atto di nascita di un minore figlio di due donne, entrambe cittadine italiane, ma residenti e coniugate all'estero, emesso dall'ufficio di stato civile britannico e regolarmente trascritto nei registri dello stato civile del comune di Venezia, così da assicurare la co-genitorialità anche in favore della madre non biologica.²⁵ Tale pronuncia, radicandosi sul precedente delle "due madri" ha valorizzato il superiore interesse del minore affermando che il giudice italiano doveva far prevalere sui principi di ordine pubblico, che si frappongono alla richiesta di rettifica, i valori sanciti dai principali strumenti internazionali vincolanti per l'Italia in tema di diritti dei minori, in particolare l'art. 3, par. 1 della CRC – letto alla luce anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – e l'art. 24 della Carta di Nizza.

Per effetto della sentenza della Cassazione n. 19599/2016, anche nella giurisprudenza di merito si sono registrate decisioni favorevoli al riconoscimento dell'atto di nascita straniero validamente formato all'estero a seguito di fecondazione eterologa da parte di coppie omosessuali femminili (*trascrizione dell'atto di nascita straniero recante l'indicazione di due madri*).²⁶

Può tuttavia accadere che il rapporto di filiazione risulti dalla combinazione di atti stranieri diversi e non emerga direttamente da un unico provvedimento che affermi la genitorialità di entrambe le *partner* della coppia *same-sex*. In tali ipotesi, l'ordinamento italiano si confronta con la questione

24 Cfr. par. 8.2 della sentenza. In generale, sul tema della continuità internazionale degli *status* familiari si vedano: P. LAGARDE (a cura di), "La reconnaissance des situations en droit international privé", Paris, 2013; F. MARONGIU BONAIUTI, "La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 49 ss.

25 Cass., sentenza 15 giugno 2017 n. 14878, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, p. 408 ss.

26 In tal senso, si vedano, in particolare, Tribunale di Perugia, decreto 9 febbraio 2019; Corte di appello di Perugia, decreto 7 agosto 2018; Tribunale di Napoli, decreto 11 novembre 2016 e, ancora prima, Corte di appello di Torino, decreto 29 ottobre 2014, che si era radicato sul carattere preminente del superiore interesse del minore. Si veda in proposito il commento di E. DI NAPOLI, "La Corte di appello di Torino di fronte alla fecondazione assistita eterologa all'estero", in *GenIUS*, 2015, p. 258 ss.



della ricostituzione del legame familiare straniero attraverso la domanda di *riconoscimento* in Italia di *provvedimenti stranieri* che sanciscono l'*adozione piena* o la *step-child adoption*.²⁷ Sul punto sono sorti dubbi e posizioni divergenti circa la qualificazione del provvedimento e l'individuazione delle norme italiane competenti per la valutazione della riconoscibilità.²⁸ La giurisprudenza più recente sembra orientata nel ritenere il provvedimento di adozione co-parentale straniero soggetto alla disciplina degli articoli 67 ss. della legge 218/1995, richiamati dall'art. 41, comma 1, della stessa normativa e ciò indipendentemente dalla natura di adozione piena o meno del provvedimento nell'ordinamento di origine. Ad esempio, la Corte di appello di Milano²⁹ ha riconosciuto un provvedimento spagnolo che disponeva un'adozione co-parentale piena a favore di una donna italiana, di una minore figlia biologica della coniuge (anch'esse cittadine italiane). Parimenti, la Corte di appello di Napoli³⁰ ha riconosciuto efficacia a due adozioni piene pronunciate con due sentenze emesse dal giudice francese a favore di due donne, l'una cittadina francese e l'altra cittadina italo-francese, ciascuna in favore del figlio biologico dell'altra compagna. In entrambi i casi si è ritenuto che corrispondesse all'interesse del minore, valutato in concreto, conservare l'efficacia di adozione piena attribuita dal provvedimento estero in conformità all'esigenza di garantire la continuità transazionale dello *status* del minore. Più di recente,

27 Sul tema del riconoscimento in Italia di provvedimenti stranieri di *step-child adoption* si rinvia a O. LOPES PEGNA, "Effetti in Italia della adozione co-parentale pronunciata all'estero: vecchie e nuove questioni", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 725 ss.; J. LONG, "L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso", in *Nuova giur.civ. comm.*, 2015, p. 109 ss.; M. GATTUSO, S. SCHILLACI, "Il dialogo tra le corti minorili in materia di *stepchild adoption*", in <http://www.articolo29.it/2017/il-dialogo-fra-le-corti-minorili-in-materia-di-stepchild-adoption/#more-12222>.

28 Non è possibile dare conto in questa sede dei delicati e complessi problemi sopra menzionati. Basti qui ricordare che le incertezze riguardano in linea generale l'applicabilità alla questione in rilievo degli articoli 64 ss. della legge 218/1995 richiamati dall'art. 41 della stessa legge o delle norme della legge 184/1983 dettate in materia di adozione internazionale. Nel primo caso, il provvedimento straniero sarebbe interpretato in termini di adozione nazionale o domestica, nel secondo caso in termini di adozione internazionale. Per una disamina dettagliata delle questioni internazionalprivatistiche rilevanti in tema di riconoscimento di provvedimenti stranieri di adozione si rinvia a C. TUO, "Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere e rispetto delle diversità culturali", in *Riv. dir. int. priv. proc.* 2014, p. 43 ss.

29 Corte di appello di Milano, sentenza 10 dicembre 2015.

30 Corte di appello di Napoli, sentenza 5 aprile 2016.



la Corte di cassazione³¹ ha confermato una decisione della Corte d'appello di Napoli che aveva riconosciuto l'efficacia, nell'ordinamento giuridico italiano, di due sentenze del giudice francese di adozione piena relative a due minori nati dalla coppia *same-sex* con fecondazione artificiale in Francia.

Diversa, invece, è la situazione in cui la compagna della madre genetica (e legale) di un minore chieda all'autorità italiana non già di riconoscere un titolo ottenuto all'estero bensì di costituire in Italia il proprio *status* di madre intenzionale e legale (*parziale costituzione in Italia di uno status filiationis*). Merita di essere segnalata, a questo riguardo, una decisione ove la Corte di cassazione si è pronunciata rispetto alla domanda di *adozione in casi particolari* di una minore, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. *d*), della legge 184/1983 (c.d. adozione "non piena" o "senza effetti di parentela"), proposta dalla *partner* convivente della madre biologica.³² Le due donne avevano fatto ricorso alla fecondazione eterologa in Spagna con seme di donatore anonimo maschile. La Cassazione ha accolto la domanda, supportando un'interpretazione estensiva dell'adozione in casi particolari. Essa, infatti, ha evidenziato che la condizione richiesta dal nostro ordinamento dall'art. 44, lett. *d*) della legge 184/1983, ossia la "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" deve essere interpretata alla luce del quadro costituzionale e convenzionale e, in particolare, dei principi affermati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di minori, in combinato disposto con il principio dei *best interests of the child*.³³ Deve così ritenersi sufficiente l'impossibilità "di diritto" di procedere all'affidamento preadottivo e non solo quella "di fatto", derivante da una situazione di abbandono in senso tecnico-giuridico. A tale adozione possono accedere quindi anche persone singole e coppie di fatto, senza che l'esame dei requisiti e delle condizioni imposte dalla legge possa essere condizionato, anche indirettamente, dall'orientamento sessuale

³¹ Corte di cassazione, ordinanza 31 maggio 2018, n. 14007. Attraverso le pratiche di inseminazione artificiale, ognuna delle due donne aveva partorito un figlio e ciascuna aveva adottato il figlio biologico dell'altra, con adozione piena di diritto francese. Il riconoscimento dei due provvedimenti è stato motivato sulla base della prevalenza del superiore interesse delle minori valutato rispetto all'esigenza del mantenimento della stabilità della vita familiare venutasi a creare con ambedue le figure genitoriali.

³² Corte di cassazione, sentenza 22 giugno 2016 n. 12962, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1203 ss. con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA.

³³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 27 aprile 2010, ric. n. 16318/2007, *Morretti e Benedetti c. Italia*; sentenza 27 gennaio 2015, ric. n. 25358/2012, *Paradiso e Campanelli c. Italia*; sentenza 19 febbraio 2013, ric. n. 19010/2007, *X ed altri c. Austria*.



del richiedente e dalla natura della relazione da questi stabilita con il proprio *partner*.

La Cassazione così ha accolto un indirizzo giurisprudenziale di merito che era già stato inaugurato dal Tribunale per i minorenni di Roma nel 2014.³⁴ La giurisprudenza interna successiva è rimasta tuttavia divisa: mentre alcuni giudici di merito hanno aderito all'orientamento del giudice di legittimità, pronunciandosi in favore dell'adozione co-parentale,³⁵ diversi tribunali se ne sono discostati.³⁶

Può poi verificarsi una situazione diversa, in cui una coppia dello stesso sesso si rechi all'estero per superare il divieto imposto dalla legge 40/2004 in tema di PMA ma rientri poi in Italia per la nascita del figlio. In tal caso non si pone il problema di riconoscere uno *status filiationis* straniero (rispetto ad entrambe le madri della coppia *same-sex*) né tantomeno un'esigenza di ricostruire parzialmente la responsabilità parentale in favore della madre non biologica, ma sorge piuttosto il problema di *creare interamente in Italia* uno *status* di figlio che l'ordinamento giuridico italiano, tuttavia, non prevede.

Si potrebbero allora verificare due ipotesi. Innanzitutto, nel caso di una coppia mista (cittadina straniera e cittadina italiana) o straniera (entrambe cittadine straniere), residente in Italia, lo stabilimento della filiazione dovreb-

³⁴ Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 30 luglio 2014. Tale decisione riguardava una coppia dello stesso sesso femminile che aveva realizzato il proprio progetto parentale in Spagna attraverso il ricorso alla PMA. La coniuge della madre biologica della minore in questione aveva chiesto in Italia la costituzione del proprio legame parentale rispetto alla figlia della *partner*.

³⁵ Si vedano, ad esempio, le sentenze del Tribunale per i minorenni di Venezia del 15 giugno 2017, Tribunale per i minorenni di Bologna, 6 luglio 2017 e 31 agosto 2017 e della Corte d'appello di Napoli, 4 luglio 2018.

³⁶ Si veda Tribunale per i minorenni di Palermo, sentenza 30 luglio 2017 con cui è stata rigettata l'istanza presentata dalla madre intenzionale, sulla base dell'assunto per cui l'applicazione dell'art. 44, lett. *d*) a soggetti non coniugati creerebbe indeterminatezza rispetto agli effetti sulla responsabilità genitoriale. Aderendo ad un'interpretazione fortemente restrittiva degli articoli 48 e 50 della legge 184/83, il Tribunale sostiene che l'accoglimento del ricorso produrrebbe l'effetto di attribuire esclusivamente alla ricorrente l'esercizio della responsabilità genitoriale, con conseguente decadenza dalla stessa della madre genetica. Il giudice rileva, infatti, che il consenso all'adozione prestato dalla madre genetica sarebbe viziato perché inconsapevole di causare la perdita della propria responsabilità. In senso negativo anche: Tribunale per i minorenni di Napoli, sentenza 8 marzo 2018; Tribunale per i minorenni di Torino, sentenza 11 settembre 2015; Tribunale per i minorenni di Milano, sentenza 17 ottobre 2016, che divergono con motivazione diversa dall'interpretazione evolutiva sopra menzionata; tali decisioni sono state poi riformate dalle rispettive Corti di appello (Torino, 27 maggio 2016; Milano, 9 febbraio 2017).



be essere risolto sulla base delle norme di conflitto italiane, per la presenza di elementi di estraneità rispetto al nostro ordinamento. Pertanto, in base all'art. 33, comma 1, della legge 218/1995, la filiazione dovrebbe risultare dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita. La legge nazionale del figlio, in altre parole, consentirà di stabilire la filiazione e regolerà i presupposti e gli effetti dell'accertamento nonché della contestazione dello stato. Tuttavia, l'esistenza nel nostro ordinamento di svariate norme (contenute sia nella legge 40/2004 sia altrove) che non consentono di formare in Italia un tale atto di nascita in favore di una coppia dello stesso sesso pone un ostacolo giuridico non trascurabile. Proprio riguardo a quest'ultimo aspetto, in relazione alla registrazione di un atto di nascita creato in Italia rispetto a un minore nato con PMA da una coppia dello stesso sesso mista femminile (cittadina italiana e cittadina straniera) è stata chiamata a pronunciarsi la Corte costituzionale. Nel 2018, infatti, il Tribunale di Pisa³⁷ ha sollevato varie questioni di legittimità costituzionale rispetto ad alcune norme italiane³⁸ nella parte in cui esse non consentono di formare un atto di nascita in cui vengano riconosciute come genitori di un cittadino di nazionalità straniera due persone dello stesso sesso quando la filiazione sia stabilita sulla base della legge nazionale del figlio, individuata in applicazione dell'art. 33 della legge 218/1995. Sebbene la questione sia stata giudicata inammissibile dal giudice delle leggi per difetti nella motivazione dell'ordinanza di rimessione,³⁹ è interessante notare come il giudice *de quo*, nel rilevare i profili di pretesa incostituzionalità delle norme interne,⁴⁰ abbia fatto leva anche sugli articoli 3, par. 1, e art. 7 della CRC, quali richiamati dall'art. 117, comma 1, Cost. Da un lato, infatti, il Tribunale del rinvio lamentava che le norme censurate non consentono di garantire l'interesse superiore del minore, imponendogli di non vedere formalmente riconosciuta una genitorialità che sussiste in base

37 Tribunale di Pisa, ordinanza 15 marzo 2018, in *Foro it.*, 2018, p. 782 ss.

38 Articoli 449 c.c., 29, comma 2, del D.P.R. 396/2000, dell'art. 250 c.c. e degli articoli 5 e 8 della legge 40/2004.

39 Vedi il comunicato della Corte Costituzionale del 21 ottobre 2019 reperibile su https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20191021182218.pdf. Il testo della sentenza non è stato ancora depositato. Il comunicato si limita a indicare che il Tribunale di Pisa non ha individuato con chiarezza la disposizione contestata sul piano della legittimità costituzionale, né ha dato adeguato conto della sua affermata natura di "norma di applicazione necessaria".

40 Contrasto con articoli 2, 3, 24 e 30 e 117, 1° comma, Cost.



alla legge straniera applicabile (legge dello Stato del Wisconsin); dall'altro, tali disposizioni pongono ostacoli alla realizzazione dell'aspirazione del minore a vivere con due genitori e non consentono di vedere riconosciuta immediatamente alla nascita la filiazione, che sussiste in base alla legge straniera applicabile, impedendo cioè l'immediata formazione dell'atto di nascita e la registrazione del nato.⁴¹

In secondo luogo, potrebbe accadere che la coppia è costituita da cittadine italiane, residenti in Italia (fattispecie puramente interna). A tale riguardo, un indirizzo giurisprudenziale di merito, radicandosi sul principio di diritto enunciato nella sentenza della Cassazione sulle “due madri” e sul principio del superiore interesse del minore, ha imposto alle competenti autorità amministrative la formazione di un certificato di nascita italiano. Si è pronunciata in tal senso la prima decisione italiana sul tema emessa dal Tribunale di Pistoia,⁴² che ha dichiarato l'illegittimità del diniego opposto dal sindaco alla dichiarazione di riconoscimento congiunto del figlio minore da parte di due madri (coppia *same-sex*) e, per l'effetto, ha ordinato allo stesso, nella sua qualità di ufficiale di stato civile, di formare *ab initio* un atto di nascita recante l'indicazione delle due madri, in applicazione diretta della legge 40/2004.⁴³

2.2 La maternità surrogata

In via generale, laddove lo *status* di figlio derivi dal ricorso all'estero a maternità surrogata, gli orientamenti giurisprudenziali più recenti tendono ad assestarsi su due posizioni. Da un lato, l'ordinamento giuridico italiano è tenuto a riconoscere il rapporto di filiazione rispetto al genitore genetico (ossia il *partner maschile* di una coppia eterosessuale o omosessuale),⁴⁴ in

41 Si veda sul punto anche il contributo di C. HONORATI in questo volume.

42 Tribunale di Pistoia, decreto 5 luglio 2018. Sulla sentenza si veda il commento di L. GIACOMELLI, “Il giudice nel silenzio della legge: riconosciuta la doppia maternità in applicazione diretta della legge sulla procreazione assistita”, http://questionegiustizia.it/articolo/il-giudice-nel-silenzio-della-legge-riconosciuta-l_11-07-2018.php. Il figlio era in tal caso nato in Italia da due donne, conviventi stabilmente in Italia, tramite il ricorso in Spagna a fecondazione eterologa.

43 Tale pronuncia si radica su una lettura costituzionalmente orientata della legge 40/2004 (par. 5.3 della sentenza) e sul principio del superiore interesse del minore (par. 5.2 della sentenza).

44 Laddove infatti sia una coppia di sesso diverso a ricorrere alla maternità surrogata all'estero, il genitore biologico potrà essere solo il padre, subentrando la madre surrogata



forza degli obblighi di tutela sanciti dall'art. 8 della CEDU. Dall'altro, esso nega, per contrasto con l'ordine pubblico, il riconoscimento dello *status* parentale con il genitore intenzionale-non biologico (ossia il *partner maschile o femminile* di una coppia omosessuale o eterosessuale), offrendo, tuttavia, in tale ipotesi, come via alternativa per assicurare il superiore interesse del minore, la possibilità per il genitore intenzionale di richiedere all'autorità giudiziaria italiana l'adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44, lett. d) della legge 184/1983. In altre parole, in tale ipotesi, il disvalore collegato alla gestazione per altri che, secondo la Corte costituzionale "... offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane ..." ⁴⁵ risponde a principi di ordine pubblico impermeabili all'ingresso di situazioni giuridiche straniere. Pertanto, soltanto il legame genetico tra genitore-figlio può prevalere sul disvalore intrinseco della pratica, al fine di assicurare l'osservanza del diritto del minore alla propria identità personale, quale sancito dall'art. 8 CEDU e come interpretato alla luce dell'art. 3, par. 1, della CRC. In assenza di una connessione genetica, invece, la forza preclusiva dell'ordine pubblico italiano è assoluta e osta all'efficacia in Italia di qualsiasi provvedimento straniero con esso incompatibile, sia esso un provvedimento giurisdizionale o un provvedimento amministrativo, quale l'atto di nascita. Pertanto, per il genitore intenzionale-non biologico non resta, in tal caso, che attivare una via "domestica", interna all'ordinamento italiano, per formare in Italia (con una veste giuridica diversa) il rapporto di filiazione già esistente nello Stato di nascita del minore.

La conclusione sopra sintetizzata discende, in primo luogo, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo resa rispetto al riconoscimento in Francia di rapporti di filiazione creati all'estero a seguito di maternità surrogata da parte di coppie committenti eterosessuali. ⁴⁶ La Corte

o nel ruolo di mera gestante (essendo la donatrice anonima di gamete femminile la madre genetica) in caso di maternità surrogata gestazionale o nel ruolo di madre gestante e genetica in caso di maternità surrogata tradizionale. Lo stesso può dirsi anche rispetto a coppia *same-sex* maschile.

⁴⁵ Corte Cost., sent. 18 dicembre 2017 n. 272, par. 4.2.

⁴⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 26 giugno 2014, ricorsi n. 65941/11 e n. 65942/11, rispettivamente *Labassee c. Francia* e *Menesson c. Francia*, Cfr. in proposito: A. VETTOREL, "International Surrogacy Arrangements: Recent Developments and Ongoing Problems", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, p. 523 ss.; R. BARRATA, "Recognition of Foreign Personal and Family Status: a Rights Based Perspective", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 413 ss. Sulla giurisprudenza italiana in tema di riconoscimento di status derivanti da maternità surrogata S. TONOLO, "La



di Strasburgo, infatti, nelle note sentenze gemelle *Menesson e Labassee* del 2014 ha stabilito l'obbligo per gli Stati contraenti di riconoscere lo *status* di figlio nato legittimamente all'estero a seguito di maternità surrogata in forza del diritto al rispetto della vita privata sancito dall'art. 8 CEDU (ma non anche del diritto al rispetto della vita familiare), atteso che tale prerogativa implica il diritto di ogni individuo di stabilire i dettagli della propria identità di essere umano, ivi compreso il rapporto di filiazione. Più precisamente, pur riconoscendo un ampio margine di apprezzamento discrezionale ai singoli Stati sul tema della gestazione per altri, la Corte ha ravvisato il superamento del suddetto margine nel difetto di riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione tra il nato e il padre committente allorquando quest'ultimo sia anche padre biologico. In altre parole, l'illegalità della pratica procreativa nello Stato del foro e di origine dei genitori intenzionali (Francia)⁴⁷ non può riverberarsi sulla vita del minore ormai nato e sul suo diritto di avere un'identità personale certa anche a livello transnazionale, per lo meno nei confronti del genitore genetico.

L'importanza del legame biologico tra genitore intenzionale e minori nati a seguito di gestazione per altri ai fini dell'obbligo di riconoscimento dello *status* straniero è stata confermata anche dalla prassi successiva della Corte di Strasburgo. Ciò emerge, in primo luogo, dal caso *Paradiso e Campanelli*,⁴⁸ ove si discuteva circa la compatibilità con la CEDU del rifiuto opposto dalle autorità italiane di trascrivere nei registri di stato civile il certificato di nascita straniero di un minore nato a Mosca a seguito di maternità surrogata gestazionale (commerciale), per sua contrarietà all'ordine pubblico italiano, e il conseguente allontanamento del minore dai genitori committenti (con la dichiarazione dello stato di adottabilità del minore). Non potendosi pronunciare sulla domanda relativa alla riconoscibilità del rapporto di filiazione in Italia per motivi strettamente procedurali,⁴⁹ la Corte europea dei diritti dell'uomo si è espressa sulla seconda doglianza del ricorso. Con una prima

trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 81 ss.

47 La maternità surrogata è espressamente vietata in Francia dall'art. 16-7 del *code civil*, norma di ordine pubblico posta a presidio dell'indisponibilità del corpo umano e dello stato delle persone.

48 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 27 gennaio 2015, ric. n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*.

49 Ossia per il mancato previo esaurimento dei ricorsi di diritto interno.



decisione,⁵⁰ ha ritenuto che la misura di allontanamento del minore dai genitori committenti costituisse una violazione dell'art. 8 della CEDU (in particolare, del diritto al rispetto della vita privata del minore). Successivamente, con pronuncia della Grande Camera,⁵¹ valorizzando la breve durata della permanenza del minore con i genitori intenzionali, ha escluso la violazione del suddetto obbligo convenzionale, ritenendo che le autorità italiane avessero operato un corretto bilanciamento degli interessi in gioco. Va rilevato inoltre che la natura fraudolenta della condotta tenuta dai genitori intenzionali del caso di specie ha inciso sulla valutazione della proporzionalità della misura adottata dalle autorità italiane. Essi, infatti, cittadini italiani eterosessuali sposati in Italia, non erano geneticamente collegati al bambino, essendo stato quest'ultimo concepito in Russia con fecondazione doppiamente eterologa, cioè con gameti maschili e femminili provenienti da donatori anonimi. La coppia aveva altresì simulato, inizialmente, una filiazione naturale al rientro in Italia al fine di ottenere i documenti del minore e la registrazione del certificato di nascita straniero.

In secondo luogo, la valorizzazione del legame genetico ai fini del riconoscimento dello *status filiationis* nella materia in esame discende anche dal recente parere consultivo, reso per la prima volta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, sulla base del Protocollo n. 16 allegato alla CEDU.⁵² La domanda era stata sollevata dalla *Cour de Cassation* francese in relazione al caso *Menesson* su cui già si era pronunciata la Corte di Strasburgo, al fine di fare chiarezza stavolta sulla condizione giuridica della madre intenzionale-non genetica. La Corte ha precisato che il diritto del bambino al rispetto della vita privata richiede, da un lato, che la legislazione nazionale consenta

50 Resa il 27 gennaio 2015, per cui si rinvia a O. FERACI, “Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza *Paradiso e Campanelli C. Italia*”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, p. 420 ss.

51 Resa il 24 gennaio 2017.

52 Parere consultivo reso il 10 aprile 2019 dalla Grande Camera della Corte e richiesto dalla *Cour de Cassation* francese (domanda n. P16-2018-001). Per un primo commento si vedano A. DI BLASE, “Il riconoscimento della genitorialità a favore del genitore non biologico nel parere della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 aprile 2019”, in <http://www.sidiblog.org/2019/05/16/il-riconoscimento-della-genitorialita-a-favore-del-genitore-non-biologico-nelparere-della-corte-europea-dei-diritti-delluomo-del-10-aprile-2019> e R. G. CONTI, “Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata”, http://questionegiustizia.it/articolo/il-parere-preventivo-della-corte-edu-post-prot-16-in-tema-di-maternita-surrogata_28-05-2019.php.



la *possibilità* di riconoscere una relazione genitore-figlio con la madre intenzionale ma, dall'altro, non impone che tale riconoscimento assuma necessariamente la forma della trascrizione nel registro di stato civile del certificato di nascita emesso all'estero (così come deve, invece, avvenire per il padre intenzionale biologico). In tale ipotesi il rapporto con la madre intenzionale può essere costituito in modo separato, attraverso la domanda di adozione del bambino; tuttavia, ciò può avvenire purché la procedura stabilita dalla legislazione nazionale garantisca che essa possa essere attuata tempestivamente ed efficacemente, nel rispetto dell'interesse superiore del bambino. Tale conclusione è stata radicata su due elementi: il principio del superiore interesse dei minori e il margine di apprezzamento degli Stati contraenti nella materia in esame. Per quanto qui di rilievo, la Corte ha avuto modo di precisare che, nel contesto della maternità surrogata, l'interesse superiore del minore non coinvolge soltanto l'esigenza di evitare profili di incertezza giuridica nell'identità del minore (che siano lesivi del suo diritto alla vita privata), ma anche altri fattori importanti che non depongono necessariamente in favore del riconoscimento del rapporto di filiazione con la madre intenzionale, quali la protezione contro il rischio di pratiche abusive collegate alla maternità surrogata (plasticamente evidenti nel caso *Paradiso e Campanelli*) e la possibilità del minore di conoscere le proprie origini.⁵³ Tuttavia, l'obbligo di garantire i *best interests of the child* preclude una generale e assoluta impossibilità di ottenere il riconoscimento del rapporto di filiazione rispetto alla madre committente e impone almeno che ciascuna situazione sia esaminata in concreto alla luce delle particolari circostanze del caso in rilievo.⁵⁴ Nel recepire tale parere la *Cour de Cassation*, con decisione del 4 ottobre 2019, ha ritenuto che nel caso di specie il ricorso all'adozione avrebbe comportato conseguenze manifestamente eccessive con riguardo al diritto al rispetto della vita privata delle minori coinvolte (ormai divenute maggiorenni, essendosi il contenzioso protratto per oltre 15 anni) e che il rispetto dell'art. 8 CEDU, letto alla luce del principio del superiore interesse del minore, debba tradursi nel riconoscimento in Francia del rapporto di filiazione creato legittimamente all'estero con la madre intenzionale tramite la diretta trascrizione dei due atti di nascita stranieri.⁵⁵ Sebbene l'Italia non sia ancora parte del Protocollo

⁵³ Parere, cit., par. 41.

⁵⁴ Parere, cit., par. 42.

⁵⁵ Cour de Cassation (Assemblea plenaria), sentenza del 4 ottobre 2019 n. 648 (10-19.053) reperibile su https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere



e il parere non sia vincolante nemmeno per gli Stati che hanno ratificato lo strumento, non può escludersi, tuttavia, che l'autorevolezza di questa pronuncia possa influenzare i prossimi sviluppi giurisprudenziali italiani rispetto alla posizione del genitore intenzionale non biologico.⁵⁶

In secondo luogo, l'atteggiamento sopra sintetizzato dell'ordinamento italiano nelle situazioni qui in esame discende dall'applicazione del principio di diritto enunciato nel 2019 dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione con una storica decisione.⁵⁷ La Suprema Corte italiana ha, infatti, negato il riconoscimento, per contrasto con l'ordine pubblico, del provvedimento giurisdizionale canadese che attribuiva la co-genitorialità di due minori nati in Canada tramite maternità surrogata gestazionale in favore del genitore intenzionale-non biologico. Secondo le Sezioni Unite, infatti, il divieto della maternità surrogata stabilito dalla legge 40/2004 deve essere inteso come principio di ordine pubblico, essendo quest'ultimo posto a presidio di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante, costituzionalmente tutelata, e l'istituto dell'adozione, garantito con legge ordinaria (n. 184/1983), il quale rappresenta, allo stato, l'unico strumento idoneo in Italia a stabilire un rapporto di filiazione in situazioni in cui manchi qualsiasi legame biologico tra il minore interessato e i genitori. La tutela di tali valori, ritenuti prevalenti sull'interesse concreto dei minori coinvolti, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, non escluderebbe, tuttavia, secondo la Cassazione, la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale intenzionale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184/1983 da parte del padre non biologico.⁵⁸

La sentenza della Cassazione ha annullato così l'ordinanza della Corte di appello di Trento,⁵⁹ la quale, per la prima volta aveva applicato, ad una coppia di due padri, i principi enunciati dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 19599/2016. Tale decisione aveva supportato la logica della continuità trans-

re_22/648_4_43606.html?fbclid=IwAR0eU2euMPvyg9GRCcoF7Y7Tc9ZrQn7IHllolkD-qmcent6NxsyWfp7wUAF5YU.

56 In base all'art. 5 del Protocollo 16 allegato alla CEDU i pareri consultivi non sono vincolanti. Il Protocollo risulta, allo stato, ratificato solo da dieci Stati (Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino, Slovenia e Ucraina).

57 Corte di Cassazione, SS. UU., sentenza 8 maggio 2019 n. 12193.

58 Cfr. par. 13.4 della sentenza.

59 Corte di appello di Trento, ordinanza 23 febbraio 2017, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, p. 792 ss.



nazionale dello *status* anche menzionando, sia pure solo *ad abundantiam*, l'art. 8 della CRC. Le Sezioni Unite hanno raggiunto il convincimento sopra espresso attraverso una valutazione del principio del superiore interesse del minore in astratto (*rectius*, in via preventiva e legislativa, in quanto assorbito dalle componenti dell'ordine pubblico sopra menzionate) e non in concreto.⁶⁰ Esse, in particolare, hanno accolto il ragionamento espresso nell'unico precedente della Cassazione italiana reso nel 2014 in tema di maternità surrogata,⁶¹ ove la Corte aveva negato il riconoscimento del rapporto di filiazione di un minore nato in Ucraina tramite maternità surrogata commerciale e fecondazione “doppiamente” eterologa, determinandone la dichiarazione dello stato di adottabilità. In tal caso nessuno dei due genitori, cittadini italiani eterosessuali, coniugati in Italia, era legato biologicamente al figlio e agli stessi era stata più volte negata l'idoneità ad adottare minori. La coppia aveva altresì violato la stessa legge ucraina sulla maternità surrogata (frode alla legge locale), poiché essa impone che il nato abbia un legame genetico almeno con uno dei genitori intenzionali.

È di tutta evidenza che nella materia qui in esame, per la delicatezza dei valori in gioco, ancora più sensibili di quelli che emergono nel contesto della PMA, il bilanciamento tra ordine pubblico e superiore interesse del minore non deve essere effettuato in modo aprioristico e meccanico, a favore di un polo o dell'altro, ma richiede piuttosto uno scrupoloso apprezzamento di tutti i profili fattuali e giuridici in rilievo nel caso di specie.⁶²

La giurisprudenza di merito più recente si era mostrata sostanzialmente favorevole al riconoscimento dell'atto di nascita straniero di minore nato da maternità surrogata nel quadro di un progetto parentale condiviso da una coppia *same-sex* maschile.⁶³ Tale approccio è destinato tuttavia ad essere

60 Per una valutazione in concreto del superiore interesse del minore rispetto ad un caso di riconoscimento dello *status filiationis* creato all'estero tramite maternità surrogata prima che quest'ultima pratica fosse vietata nell'ordinamento italiano si veda Corte di appello di Bari, 13 febbraio 2009, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 699 ss., e, su di essa C. CAMPIGLIO, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, *ivi*, p. 589 ss.

61 Corte di Cassazione, sentenza 11 novembre 2014 n. 24001, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, p. 427 ss.

62 Si veda in tal senso anche C. HONORATI, “Maternità surrogata, *status* familiari e ruolo del diritto internazionale privato”, *cit.*, p. 155.

63 Tribunale di Pisa, decreto del 23 luglio 2018; Corte di appello di Venezia, ordinanza 28 giugno 2018; Tribunale di Roma, decreto 11 maggio 2018; Tribunale di Livorno, decreto 12 dicembre 2017; Corte di appello di Milano, decreto 28 dicembre 2016.



superato dall'orientamento espresso dalle Sezioni Unite nel maggio 2019, con l'effetto di condurre a un riconoscimento parziale in favore del padre biologico e di costringere il padre intenzionale-non biologico a perseguire la via della domanda in Italia di adozione in casi particolari. Quest'ultimo esito sarebbe peraltro in linea con quanto già deciso dal Tribunale per i minorenni di Roma nel 2015,⁶⁴ quando è stata dichiarata l'adozione in casi particolari in favore del padre intenzionale, rispetto ad una coppia *same-sex* maschile, alla luce di un'interpretazione "convenzionalmente orientata" dell'art. 44, lett. d) della legge 184/1983.

Occorre altresì capire che cosa succederà nella prassi giurisprudenziale italiana rispetto alle domande di riconoscimento di uno *status filiationis* contenuto in un provvedimento straniero di adozione piena in favore dei padri intenzionali. A tale riguardo, infatti, prima della decisione delle Sezioni Unite si era venuto formando un filone giurisprudenziale recente favorevole al riconoscimento della bi-genitorialità.⁶⁵

3. La circolazione dello status del minore derivante da provvedimenti stranieri di adozione non consentiti in Italia

Un aspetto ulteriore della mobilità dello *status* di figlio minore di età attraverso le frontiere concerne la questione del riconoscimento in Italia del provvedimento straniero di adozione parentale disposto a favore di un *single*⁶⁶ o a favore di coppie eterosessuali conviventi o, soprattutto, di coppie dello stesso sesso, laddove queste ultime non abbiano fatto ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistite, ma abbiano assunto all'estero tramite adozione la responsabilità genitoriale rispetto ad un minore in stato di abbandono (*provvedimenti stranieri di adozioni omo-parentali*).⁶⁷ Tali ipotesi

⁶⁴ Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza 23 dicembre 2015. Non essendo stata impugnata dalla Procura competente, la sentenza è divenuta definitiva e si è stabilita, per la prima volta in Italia, una doppia genitorialità di due persone dello stesso sesso di tipo maschile (con gli effetti dell'adozione piena per il genitore biologico e dell'adozione in casi particolari per il genitore non biologico).

⁶⁵ Corte di appello di Milano, ordinanza 5 ottobre 2016.

⁶⁶ C.E. TUO, "Il sistema italiano di riconoscimento delle adozioni internazionali di minori alla luce della CEDU: il caso dei single", in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2015, p. 357 ss.

⁶⁷ G. ROSSOLILLO, "Spunti in tema di riconoscimento di adozioni omoparentali nell'ordi-



danno luogo a forme di adozione non consentite dall'ordinamento italiano, il quale, come visto, ammette l'adozione piena solo in favore di coppie eterosessuali coniugate.⁶⁸

Rispetto alla questione del riconoscimento di adozioni parentali di minori in stato di abbandono pronunciate all'estero nei confronti di singoli, l'atteggiamento della giurisprudenza italiana di legittimità è nel senso di riconoscere tali provvedimenti, non con gli effetti dell'adozione piena propri dello Stato di origine, bensì con gli effetti ridotti dell'adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44, lett. d), legge 184/1983.⁶⁹ Si consentirebbe, altrimenti, una deroga “ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori” e in particolare al principio secondo il quale l'adozione legittimante è riservata solo ai coniugi. Non mancano tuttavia aperture nella giurisprudenza di merito di segno avverso. Ad esempio, il Tribunale per i minorenni di Bologna⁷⁰ ha riconosciuto a ogni effetto in Italia l'adozione (piena o legittimante) di una minore da parte di una cittadina italiana *single* stabilita negli Stati Uniti, sulla base di una lettura dell'ordine pubblico alla luce del superiore interesse della minore. Il riconoscimento di effetti legittimanti rappresenta un indubbio vantaggio per il minore adottato, tenuto conto della maggiore stabilità e pregnanza che l'adozione legittimante, per sua natura irrevocabile, ha rispetto a quella non legittimante. Più di recente, anche il Tribunale per i minorenni di Venezia⁷¹ ha riconosciuto il provvedimento straniero di adozione di una minore in stato di abbandono in Kenya in favore di una cittadina italiana stabilmente residente in tale Stato con effetti di adozione piena rilevando come il riconoscimento in termini di adozione in casi particolari avrebbe determinato la creazione di due *status* diversi nei due

namento italiano”, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2014, p. 245 ss. G. ROSSOLILLO, “Riconoscimento di “status” familiari e adozioni sconosciute all'ordinamento italiano”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 335 ss.

68 Cfr. art. 6 della legge 194/1983. A differenza di molti Paesi occidentali, in Italia l'adozione è quindi preclusa ai singoli e alle coppie conviventi, siano esse eterosessuali o omosessuali.

69 In tal senso si veda Cass. sentenza 14 febbraio 2011, n. 3572.

70 Tribunale per i minorenni di Bologna, decreto 21 marzo 2013. In senso analogo: Tribunale per i minorenni di Genova, decreto 8 settembre 2017. Ha concorso a tale esito la valorizzazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU, così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nei casi *Wagner* (sentenza 28 giugno 2007, ric. n. 76240/01) e *Negrepontis* (sentenza 3 maggio 2011, ric. n. 56759/08).

71 Tribunale per i minorenni di Venezia, decreto 8 giugno 2018.



ordinamenti, incidendo negativamente sulla definizione dell'identità personale dell'adottato e quindi sul superiore interesse del minore.

Il fenomeno delle adozioni straniere omo-parentali può invece riguardare sia provvedimenti di adozione del figlio del *partner* adottivo (*step-child adoption*) sia provvedimenti di adozione congiunta piena. Anche in questi casi la valutazione del superiore interesse del minore ai fini del riconoscimento è cruciale poiché dal diniego possono derivare effetti pregiudizievoli per il minore in Italia: se venisse infatti negata la *step-child adoption* straniera il minore non potrebbe vantare alcun diritto (ad esempio di carattere successorio) nei riguardi del *partner* del genitore adottivo, soprattutto se il rapporto si è ormai consolidato.⁷² Ma vi è di più: il mancato riconoscimento di un provvedimento di adozione piena congiunto priverebbe il minore di qualsiasi tutela in Italia. A tale riguardo, merita di essere segnalata la sentenza della Corte di appello di Genova del 2007,⁷³ che ha dichiarato efficace una sentenza brasiliana che riconosceva l'adozione piena in favore di una coppia di coniugi dello stesso sesso (l'uno cittadino italo-brasiliano e l'altro cittadino franco-brasiliano), residenti in Brasile. Il collegio genovese ha ordinato la trascrizione della decisione e del certificato di nascita nei registri dell'ufficio di stato civile competente, facendo leva sia sul superiore interesse del minore sia sull'esigenza di tutelare la continuità affettiva del minore, il quale aveva ormai trascorso con gli adottanti un periodo di tempo considerevole.

4. La circolazione dello status del minore derivante da istituti di diritto islamico sconosciuti alla tradizione giuridica occidentale: il caso della kafala

Infine, il principio dei *best interests of the child* riveste importanza anche nelle situazioni in cui lo status del minore discenda da istituti di diritto islamico sconosciuti alla tradizione giuridica occidentale. Ciò emerge, in particolare, in relazione alla domanda volta ad ottenere l'efficacia in Italia di un provvedimento straniero che abbia disposto l'omologazione di una *kafala* negoziale o di una *kafala* giudiziale, anche ai fini del conseguimento del

⁷² Cfr. sentenza *Wagner*, cit.

⁷³ Corte di appello di Genova, ordinanza 1° settembre 2017 n. 1319.



diritto al ricongiungimento familiare del minore.⁷⁴

L'istituto della *kafala*⁷⁵ rinviene la propria origine nel divieto di adozione che accomuna gli ordinamenti giuridici di ispirazione coranica. Esso rappresenta un istituto a protezione della persona di minore età espressamente riconosciuto dalla CRC (art. 20, par. 3) ed è assimilato alle misure di protezione dei minori dalla Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori (art. 3, lett. e)).⁷⁶ Per effetto della *kafala*, l'affidatario, in sostituzione del genitore, assume legalmente l'obbligo di provvedere al mantenimento, all'educazione e alla protezione di un minore che si trovi in stato di abbandono o di bisogno (non potendo la famiglia di origine provvedere alla sua cura e assistenza) affidatogli tramite autorizzazione governativa, provvedimento giudiziale o atto notarile senza che ciò determini l'instaurazione di alcun legame di filiazione. La *kafala* può essere istituita giudizialmente o contrattualmente e comporta che un adulto (*kafil*) assuma l'impegno a prendersi cura di un minore abbandonato (*makful*) senza tuttavia recidere i legami giuridici con la famiglia d'origine di quest'ultimo né instaurare con esso un rapporto di filiazione e di parentela. Al raggiungimento della maggiore età il *makful* può decidere se restare nella famiglia del *kafil* o tornare in quella di origine.

Tale misura solleva complessi problemi di qualificazione legati alla non assimilabilità in Italia della *kafala* all'istituto italiano dell'adozione.⁷⁷ Vari sono stati gli orientamenti della giurisprudenza interna in tema di riconoscimento degli effetti di simili provvedimenti in Italia. Talune autorità giudiziarie hanno escluso la riconoscibilità in modo netto,⁷⁸ altri tribunali ne hanno dichiarato la riconoscibilità in termini di adozione (non legittimante) in casi

⁷⁴ Si vedano, ad esempio: Corte di appello di Bari, decreto 16 aprile 2004; Corte di appello di Torino, decreto 28 giugno 2007.

⁷⁵ Sul tema v. C. PERARO, "Il riconoscimento degli effetti della *kafalah*: una questione non ancora risolta", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, p. 541 ss.; C. CAMPIGLIO, "Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana", *Ibid.*, 2008, p. 43 ss., spec. p. 70 ss.

⁷⁶ Su questa Convenzione, si vedano, in questo volume, i contributi di C. BERNASCONI e P. LORTIE e di E. DI NAPOLI.

⁷⁷ Sulla questione relativa alla qualificazione della *kafala* nell'ordinamento giuridico italiano e sulla possibilità di riconoscerla quale adozione legittimante o in casi particolari si rinvia a G. PIZZOLANTE, "La *kafala* islamica e il suo riconoscimento nell'ordinamento italiano", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, p. 947 ss.

⁷⁸ Tribunale di Reggio Emilia, sentenza 9 febbraio 2005.



particolari ai sensi dell'art. 44, lett. *d*), legge 184/1983.⁷⁹ Altri ancora hanno riconosciuto tali provvedimenti come atti di volontaria giurisdizione ai sensi degli articoli 65-66 della legge 218/1995.⁸⁰ Di recente la Cassazione,⁸¹ valorizzando il principio del superiore interesse del minore, ha giudicato non contrastante con l'ordine pubblico il riconoscimento in Italia del provvedimento con cui un tribunale del Marocco aveva disposto l'omologazione di una *kafala* negoziale, contemplando tale istituto una tutela sostitutiva dei minori che per molti aspetti può avvicinarsi all'affidamento. Ancora più di recente, il Tribunale di Mantova⁸² ha riconosciuto piena e diretta efficacia ad un provvedimento di *kafala* emesso da un giudice algerino.

Come visto, l'istituto della *kafala* si confronta spesso con l'ordinamento italiano ai fini della concessione del visto di ingresso in favore di un minore straniero a titolo di ricongiungimento familiare. Anche in questo caso si registra una tendenza, fondata sull'applicazione del criterio-guida del superiore interesse del minore, tesa a equiparare la *kafala* all'affidamento così da consentire il ricongiungimento familiare del minore cittadino extracomunitario affidato a cittadino italiano o cittadino straniero residente in Italia.⁸³ Ciò trova conferma in un recente orientamento della Corte di giustizia dell'Unione europea,⁸⁴ la quale ha chiarito, da un lato, che un minore posto sotto la tutela legale di un cittadino europeo a titolo di *kafala* non rientra nella nozione di "discendente diretto" di un cittadino dell'Unione contenuta nell'articolo 2, punto 2, lett. *c*) della direttiva 2004/38/CE ai fini della libertà di circolazione e soggiorno nel territorio degli Stati membri, non creando la *kafala* alcun rapporto di filiazione. Dall'altro, la Corte ha precisato che lo Stato membro di residenza del cittadino europeo (*kafil*) deve agevolare l'ingresso e il soggiorno di tale minore sul suo territorio laddove sussista una vita familiare effettiva tra i due soggetti. Tale circostanza deve essere rilevata attraverso una valutazione equilibrata e ragionevole di tutte le circostanze attuali e pertinenti del caso di specie, che tenga conto dei diversi interessi in gioco e, in particolare, dell'interesse superiore del minore.

79 Tribunale per i minorenni di Trento, decreti 11 marzo e 10 settembre 2002.

80 Corte di appello di Bari, sentenza 16 aprile 2004.

81 Corte di cassazione, sentenza 2 febbraio 2015, n. 1843.

82 Tribunale di Mantova, decreto 10 maggio 2018.

83 Corte di cassazione, sez I, sentenza 24 novembre 2017, n. 28154; sentenza 2 febbraio 2015, n. 1843; SS.UU., sentenza 16 settembre 2013, n. 21108.

84 Corte di giustizia UE (Grande sezione), sentenza 26 marzo 2019, C-129/18, *SM c. Entry Clearance Officer, UK Visa Section*.

LA SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORI

LAURA CARPANETO ¹

Sommario: 1. La sottrazione internazionale dei minori negli ultimi trent'anni. – 2. L'interazione della CRC con la Convenzione dell'Aja del 1980. – 3. L'interazione della CRC con il regolamento n. 2201/2003 – 4. Il ruolo della CRC in assenza di strumenti di cooperazione giudiziaria. – 5. Conclusioni.

1. La sottrazione internazionale di minori negli ultimi trent'anni

Uno dei diritti fondamentali di ogni bambino è quello di crescere nell'ambito della propria famiglia e sviluppare relazioni affettive con entrambi i genitori.²

Ma, in un contesto di crescente mobilità e di tendenziale aumento dei procedimenti di scioglimento dei matrimoni a carattere internazionale, l'esercizio di tale diritto si rivela talora problematico: sono frequenti casi nei quali un genitore trattiene indebitamente con sé un bambino in uno Stato diverso da quello di residenza abituale ovvero lo allontana da quest'ultimo per portarlo in un altro Stato, senza coordinarsi con l'altro genitore, se non contro la volontà di quest'ultimo.

Si parla al riguardo di sottrazione internazionale di minori, un fenomeno che – malgrado l'intensificarsi della cooperazione giudiziaria a livello internazionale e regionale – non sembra diminuire. Basti pensare che nel mondo, ogni anno circa 100.000 bambini sono vittime di sottrazioni internazionali³

¹ Professore associato di diritto dell'Unione europea, Università di Genova (laura.carpaneto@unige.it).

² Si veda, in questo volume, il contributo di M. BIANCA.

³ Cfr. *Bouncing Back The wellbeing of children in international child abduction cases*, report elaborato all'esito del progetto di ricerca co-finanziato dall'Unione europea nell'ambito del progetto "Enhancing the Well-being of Children in Cases of International Child Abduction (eWELL)", reperibile alla seguente pagina web: http://missingchildreuneurope.eu/Portals/1/Docs/Compiled_research_report_final.pdf.



e che, nell'anno 2018, le (sole) competenti autorità italiane hanno “trattato” quasi 600 fattispecie di sottrazione.

Se in passato, nella maggior parte dei casi a sottrarre era il genitore non affidatario (spesso il padre), non soddisfatto del regime di contatti con il figlio, oggi accade sempre più frequentemente che siano le madri, in un contesto di affidamento condiviso, ad avvertire il bisogno di allontanarsi dalla residenza abituale (a volte anche per sfuggire a situazioni di violenza domestica) e di fare ritorno nel loro Stato di origine, portando con sé il figlio, senza coordinarsi con l'altro genitore.

Un'ulteriore tendenza riconducibile ai recenti cambiamenti sociali è il coinvolgimento nei procedimenti di sottrazione internazionale non soltanto dei genitori dei bambini, ma anche di altri parenti, come ad esempio nonni e zii, che hanno necessità di recuperare i contatti con il minore.

Negli ultimi trent'anni, numerosi sono gli strumenti normativi adottati tanto a livello globale quanto a livello regionale nel tentativo di prevenire, contrastare e anche reagire al fenomeno delle sottrazioni internazionali.

Si tratta, da un lato, di strumenti volti ad affermare e proteggere il diritto della persona di minore età ad avere regolari contatti con i propri familiari e a prevedere in capo agli Stati specifici obblighi positivi di protezione di tale diritto. E, dall'altro, di strumenti volti a garantire, per il tramite della cooperazione giudiziaria e amministrativa tra Stato di residenza abituale del minore e Stato di rifugio (ossia lo Stato in cui il minore si trova a seguito della sottrazione), il rimpatrio del minore illecitamente sottratto.

Nella prima prospettiva, lo strumento di riferimento è la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989 (nel prosieguo anche “CRC”), in vigore sul piano internazionale dal 2 settembre 1990 e oggi ratificata da 196 Stati (firmata, ma non ratificata dagli Stati Uniti).

La CRC considera, come noto, la persona di minore età come soggetto autonomo di diritti e afferma il principio generale secondo il quale, in tutte le azioni che riguardano bambini e ragazzi, l'interesse superiore del minore deve ricevere una considerazione preminente (art. 3).⁴

In merito al problema delle sottrazioni internazionali, la Convenzione prevede una specifica tutela del diritto del bambino a sviluppare relazioni con entrambi i genitori, considerando la famiglia come ambiente naturale per

⁴ Si veda, in questo volume, il contributo di E. LAMARQUE.



la crescita e il benessere dei suoi membri e del minore in particolare.¹

Ma accanto all'affermazione del diritto fondamentale di ogni bambino a non essere separato dai genitori e a intrattenere regolarmente con entrambi rapporti personali e contatti diretti (salvo che ciò non sia contrario al suo interesse preminente),² è altresì prevista una norma volta a favorirne concretamente l'esercizio.

Si fa riferimento all'art. 11 della Convenzione, che, da un lato, afferma un obbligo positivo in capo agli Stati, che sono chiamati ad adottare provvedimenti "combattere il trasferimento e il mancato ritorno illecito di persone di minore età all'estero"³ e, dall'altro, individua proprio nell'intensificazione della cooperazione internazionale mediante la conclusione di accordi bilaterali o multilaterali lo strumento per dare compiuta attuazione al predetto obbligo positivo.

Tra gli strumenti in materia di cooperazione giudiziaria, su scala globale, il più importante resta la Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, che, pur essendo stata adottata qualche anno prima della CRC, trova ispirazione proprio nell'esigenza di garantire protezione ai bambini e nel principio generale secondo il quale i bambini non devono essere in alcun modo considerati come proprietà dei genitori, ma come soggetti autonomi titolari di specifici diritti e bisogni.⁴ La Convenzione dell'Aja è entrata in vigore nel 1983 e oggi ha raggiunto il numero di 100 Stati parte, tra i quali si annoverano tutti i Paesi dell'Unione europea,⁵ nonché altri Paesi del continente europeo e molti Paesi dell'a-

1 Nel preambolo della Convenzione si afferma la convinzione che "la famiglia, in quanto gruppo fondamentale della società e ambiente naturale per la crescita e il benessere di tutti i suoi membri e in particolare delle persone di minore età, dovrebbe ricevere la protezione e l'assistenza necessarie affinché possa assumersi pienamente le sue responsabilità all'interno della comunità".

2 Cfr. art. 9, par. 2 CRC.

3 Cfr. art. 11 CRC sul procedimento che ha condotto alla formulazione attuale dell'art. 11 e sulle differenze tra esso e l'art. 35, dedicato al diverso fenomeno del rapimento (non ad opera di un genitore), della vendita e della tratta dei minori, cfr. S. DETRICK, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague, 1999, pp. 203-212.

4 Cfr. para. 24 dell'Explanatory Report Pérez-Vera, reperibile al seguente indirizzo <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2779> dove si cita espressamente la Raccomandazione 874 (1979) dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, adottata il 4 ottobre 1979 dal titolo "Recommendation on a European Charter on the Rights of the Child", reperibile al seguente indirizzo <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XM-L2HTML-en.asp?fileid=14908&lang=en>.

5 Cfr. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>.



rea occidentale. La Convenzione, adottata sotto l'egida della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato,⁶ si propone il duplice obiettivo di (i) ripristinare quanto prima lo *status quo ante* la sottrazione mediante il rimpatrio immediato del minore, privando di effetto l'illecito comportamento del genitore sottraente, anche con finalità deterrenti e, contemporaneamente, (ii) di garantire l'esercizio dei diritti di affidamento e di visita, in un'ottica di prevenzione.⁷

Se dall'ambito globale si passa poi a quello regionale e, in particolare, dell'Unione europea, gli strumenti esistenti per contrastare il fenomeno della sottrazione internazionale sono potenzialmente più incisivi.

Norma di riferimento è l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali che trova fondamento nella CRC e, accanto al diritto dei bambini di esprimere liberamente la loro opinione in funzione dell'età e del grado di maturità e al diritto a che il superiore interesse dei minori sia considerato preminente in tutti gli atti relativi ai minori stessi, tutela espressamente il diritto del minore ad intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori, in analogia con quanto previsto dall'art. 9 CRC.⁸ E proprio a tale riguardo, nell'esercizio delle competenze previste dall'art. 81 TFUE rispetto alla creazione di uno spazio giudiziario europeo, l'Unione europea si è dotata di uno strumento specifico per contrastare le sottrazioni "intra-europee" (con l'esclusione della Danimarca e, in prospettiva, forse del Regno Unito): il regolamento n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (c.d. regolamento Bruxelles II *bis*). Tale strumento richiama le disposizioni della Convenzione dell'Aja del 1980, integrandole nel senso di un rafforzamento dei meccanismi di cooperazione giudiziaria, facendo leva sul principio di reciproca fiducia che ispira tutta l'attività dell'Unione europea nel settore e che, nel più ristretto contesto regionale europeo, dovrebbe avere maggiori garanzie di successo.

Peraltro, a partire dal Trattato di Lisbona, l'impegno dell'Unione europea rispetto alla protezione dei minori si è decisamente rafforzato ed è quindi destinata a crescere anche l'attenzione al fenomeno delle sottrazioni internazionali. Ciò non soltanto in ragione del fatto che alla Carta dei diritti fonda-

6 Si veda, in questo volume, il contributo di C. BERNASCONI e P. LORTIE.

7 Cfr. paragrafi 16 e 17 del rapporto esplicativo alla Convenzione dell'Aja del 1980 predisposto dalla Prof.ssa Elisa Pérez-Vera, cit.

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



mentali dell'Unione europea è stato attribuito lo stesso valore giuridico dei trattati istitutivi, ma anche perché la tutela dei diritti dei bambini è entrata a far parte degli obiettivi generali che l'Unione persegue (art. 3 TUE) anche nelle relazioni esterne (art. 3 TFUE).

Inoltre, esiste a livello europeo la specifica figura del Mediatore per i minori vittime di sottrazione, istituita nel 1987 proprio allo scopo di fornire assistenza nei casi di sottrazione e nelle controversie sul diritto di visita transfrontaliero ed evolutasi nel tempo, tanto che nel 2018, anche in ossequio al crescente impegno dell'Unione europea nella protezione dei minori, è stata rinominata “Coordinatore del Parlamento europeo per i diritti dei minori”.

Alle fonti sino ad ora richiamate, si aggiunge poi una rete di ulteriori strumenti normativi che gli Stati hanno nel tempo adottato e che contribuiscono ad affrontare e risolvere i problemi nascenti dai casi di sottrazione internazionale. Tra essi, particolare rilievo assumono (i) la Convenzione dell'Aja del 1996 in materia di protezione dei minori, (ii) la Convenzione del Lussemburgo del 1980 sull'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento e di ristabilimento dell'affidamento, (iii) la Convenzione europea di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti dei minori, oltre a numerosi accordi bilaterali.

Dalla ricostruzione del quadro normativo sopra sinteticamente effettuata, la CRC si conferma, a trent'anni dalla sua adozione, il testo normativo di riferimento a livello globale per la tutela dei minori.

Obiettivo di questo contributo è, quindi, di verificarne “l'effetto utile” rispetto allo specifico fenomeno delle sottrazioni internazionali, sia rispetto ai casi nei quali la CRC interagisca con altre fonti e, segnatamente con strumenti di cooperazione giudiziaria, sia rispetto ai casi nei quali tale interazione non si verifichi.

In particolare, da un lato, nell'ambito di ordinamenti come il nostro, nei quali siano in vigore strumenti volti a garantire il rimpatrio del minore, si tratta di considerare come gli strumenti di cooperazione giudiziaria volti al rimpatrio del minore reagiscano al “test di rispetto dei diritti umani” nel momento applicativo.

Dall'altro, laddove non vi siano strumenti specificamente finalizzati a garantire il rimpatrio di un minore a seguito di sottrazione, si tratta di verificare come gli Stati rispondano all'obbligo di garantire il fondamentale diritto del minore di mantenere regolari contatti con entrambi i genitori tutelato dall'art. 9 della CRC. E, quindi, se sia possibile riconoscere effetto diretto ad alcune



disposizione della CRC e, quindi, ravvisare in capo agli Stati un vero e proprio obbligo di avviare forme di cooperazione diplomatica, amministrativa o anche giudiziaria con altri Stati in qualche misura simili a quelle previste dagli strumenti di diritto internazionale menzionati.

2. L'interazione della CRC con il sistema di rimpatrio previsto dalla Convenzione dell'Aja del 1980

Il tema del rapporto tra la Convenzione dell'Aja del 1980 con la CRC altro non è che un'espressione specifica del più generale fenomeno di crescente interazione tra fonti di diritto internazionale privato e processuale e fonti a tutela dei diritti fondamentali degli individui, che ha quale effetto quello di imporre che le prime siano formulate, interpretate ed applicate in modo coerente con le fonti del secondo tipo, risultando in definitiva idonee a superare il test del rispetto dei diritti fondamentali.

Proprio in materia di sottrazione internazionale di minori, la suddetta interazione tra fonti ha senz'altro prodotto un primo effetto positivo: nella giurisprudenza nazionale in materia di sottrazione, indipendentemente dall'esito del procedimento e, quindi, dalla decisione di rimpatriare o meno un minore illecitamente sottratto, emerge una crescente sensibilità delle corti verso l'individuazione di soluzioni che trovino la loro giustificazione (espressamente o anche implicitamente) nell'interesse superiore del minore.⁹

Per altro verso, l'accennata interazione sta mettendo in discussione l'impianto stesso della Convenzione dell'Aja nel momento applicativo.

Regola centrale della Convenzione dell'Aja è, infatti, il rimpatrio immediato del minore illecitamente sottratto nello Stato di precedente residenza abituale del minore, nella convinzione (i) che il ripristino dello *status quo ante* la sottrazione sia la soluzione più rispettosa del superiore interesse del minore, quantomeno in linea di principio e astratta e (ii) che le condizioni di affidamento del minore debbano essere valutate nell'ambito di un eventuale procedimento di merito.

A tale regola, si affiancano eccezioni, di stretta interpretazione, che consentono ai giudici dello Stato di rifugio di negare il rimpatrio ogni volta che

9 Cfr. F. MAOLI, G. SCIACCALUGA, T. VAN HOF, S. LEMBERCHTS, L. CARPANETO, T. KRUGER, W. VANDENHOLE, "Giving a VOICE to the child's best interests. An analysis of case law in the field of international child abduction", in *Eur. Legal Forum*, 2018, pp. 155-160.



(i) sia trascorso un anno dalla sottrazione e il minore si sia integrato nel nuovo ambiente, (ii) la persona, l'istituzione o l'ente cui era affidato il minore non esercitasse effettivamente il diritto di affidamento ovvero avesse consentito anche successivamente al trasferimento o al mancato ritorno, (iii) il rimpatrio rischi di sottoporre il minore ad un grave rischio fisico e psichico o ad una situazione intollerabile, (iv) quando il minore si opponga e abbia raggiunto un'età e una maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere e, infine, (v) nell'ipotesi in cui il rimpatrio determini una violazione dei diritti fondamentali e delle libertà fondamentali.

È proprio il rapporto tra regola generale di rimpatrio immediato ed eccezioni, a risentire in modo particolare dell'accennata interazione tra fonti in materia di cooperazione giudiziaria e CRC. Si pone, infatti, il problema di conciliare due obiettivi non necessariamente convergenti: da un lato, l'esigenza di far tornare il minore illecitamente sottratto nello Stato di sua residenza abituale nel più breve tempo possibile (alla base degli strumenti di cooperazione giudiziaria), nella convinzione che tale soluzione coincida con il superiore interesse di tutti i bambini coinvolti in fattispecie di sottrazione internazionale. Dall'altro, l'esigenza di considerare adeguatamente le conseguenze che il rimpatrio può avere sul bambino vittima di uno specifico caso di sottrazione internazionale e, quindi, di apprezzare e valorizzare l'interesse superiore del minore con riferimento al caso concreto.

Del compito di individuare un nuovo equilibrio tra *best interests of the child* in astratto e in concreto, è stata investita la Corte europea dei diritti dell'uomo (nel prosieguo Corte EDU per brevità) che, all'esito di una tortuosa evoluzione giurisprudenziale,¹⁰ ha individuato una possibile sintesi nel caso *X c. Lettonia*.

Più precisamente, pur confermando le scelte di fondo della Convenzione dell'Aja e, quindi, il rapporto tra regola del rimpatrio immediato ed eccezioni di stretta interpretazione, la Corte ha tuttavia evidenziato innanzitutto la necessità che le eccezioni al rimpatrio siano “genuinamente” tenute in considerazione ed inoltre che specifiche motivazioni, non automatiche e stereotipate,

¹⁰ Si fa riferimento alla sentenza della Grande Camera del 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, ricorso n. 41615/07; sentenza della Seconda Sezione, 12 luglio 2011, *Sneerson e Kampanella c. Italia*, ricorso n. 14737/09 e sentenza della Grande Camera, 26 novembre 2013, *X c. Lettonia*, ricorso n. 27853/09. Sull'argomento, per tutti, si rinvia a P. McELEVAY, “The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising Return or Reflection?”, in *Netherland Int. Law Review*, 2015, pp. 365-405.



siano fornite in merito alla sussistenza o meno degli elementi necessari ad integrare le eccezioni al rimpatrio.

Nella prospettiva delineata dalla Corte e, comunque, nella prospettiva di garantire una più intensa tutela dei diritti fondamentali dei minori coinvolti in fattispecie di sottrazione, si avverte, da parte delle autorità giurisdizionali e amministrative interessate, una maggior sensibilità rispetto al problema di garantire un adeguato coinvolgimento del minore nel procedimento non soltanto in relazione alla scelta fondamentale relativa al rimpatrio, ma anche nel successivo momento dell'individuazione delle modalità e dei tempi del ritorno nello Stato di residenza abituale, così come degli effetti a lungo termine.

Analogamente, l'impatto della CRC sull'applicazione della Convenzione dell'Aja si avverte anche in relazione ad altri profili squisitamente processuali, che necessitano di una interpretazione ed applicazione orientate in funzione del rispetto dei diritti fondamentali delle persone di minore età. Il riferimento è innanzitutto alla tempistica, alla necessità che il procedimento che porta alla decisione sul rimpatrio avvenga in tempi rapidi. Ma anche alla necessità che di tali procedimenti si occupino autorità giurisdizionali altamente specializzate e, quindi, all'opportunità di garantire la concentrazione di tali giudizi innanzi a determinate autorità. Ed ancora alla necessità che, una volta adottato un provvedimento di rimpatrio, sia possibile darvi esecuzione e garantire quindi l'effettivo ritorno del minore presso la sua residenza abituale in termini ragionevoli.¹¹

Sempre nell'ottica di proteggere il superiore interesse del minore nei casi di sottrazione internazionale, si pone, infine, l'esigenza di ridurre, quanto più possibile, la dimensione conflittuale, incentivando quanto più possibile il ricorso alla mediazione.

¹¹ Caso *Shaw c. Ungheria*, 26 luglio 2011, nel quale la Corte ha ravvisato l'esistenza di una violazione dell'art. 8 CEDU nel comportamento delle autorità ungheresi che hanno ommesso di attuare tempestivamente il provvedimento di rimpatrio, con la conseguenza che tra l'ordine di esecuzione del provvedimento di rimpatrio e il rimpatrio stesso della minore in Francia sono trascorsi ben undici mesi. Simili problemi si sono verificati nel caso *Adzic c. Croazia*, 12 marzo 2015.



3. L'interazione tra la CRC e il regolamento n. 2201/2003

Se, come si accennava, dal contesto globale ci si sposta allo spazio giudiziario europeo, la tutela dei minori vittime di sottrazione internazionale è, almeno potenzialmente, più efficace. In questo ambito, infatti, opera il principio della reciproca fiducia, in virtù del quale ogni ordinamento è tenuto a considerare gli altri come idonei a garantire ai minori una protezione dei diritti fondamentali equivalente ed effettiva. In questa prospettiva, il regolamento n. 2201/2003 fa propria la ben consolidata disciplina in materia di sottrazione internazionale della Convenzione dell'Aja, ma la integra con alcune norme che, da un lato, rafforzano le garanzie processuali nell'interesse superiore del minore e, dall'altro, incidono sul delicato bilanciamento individuato nella Convenzione dell'Aja tra regola dell'immediato rimpatrio ed eccezioni alla stessa nell'intento di garantire nella massima misura possibile il rimpatrio del minore illecitamente sottratto nello Stato di precedente residenza abituale.

Quanto al primo profilo, il regolamento n. 2201/2003 innanzitutto conferma anche per i procedimenti di sottrazione la regola generale che attribuisce la giurisdizione ai giudici "più prossimi al minore", ossia a quelli dello Stato di sua residenza abituale. Resta tuttavia possibile che il trasferimento del minore in un altro Stato determini anche un legittimo trasferimento di giurisdizione in favore dei giudici dello Stato di rifugio quando il minore abbia acquisito la residenza abituale in tale Stato e i titolari del diritto di affidamento abbiano accettato la situazione ovvero sia trascorso un anno dal trasferimento e i titolari del diritto di affidamento non abbiano iniziato (o abbiano iniziato senza successo) un procedimento di rimpatrio.

Sempre in merito alle garanzie processuali, il regolamento fa ulteriori passi avanti rispetto alla Convenzione dell'Aja nella prospettiva della tutela del minore: è, infatti, espressamente previsto l'obbligo di ascolto del minore illecitamente sottratto, oltre che delle persone che ne chiedono il rimpatrio e, inoltre, nella consapevolezza che il fattore temporale ha un rilievo cruciale in tutti i procedimenti che riguardano i minori, ma soprattutto in quelli di sottrazione internazionale, introduce un termine perentorio di sei settimane per la conclusione del procedimento di sottrazione.

Ma è senz'altro sul fronte del rimpatrio che il regolamento adotta le soluzioni più dirompenti, proprio facendo leva sul *mutual trust*. Innanzitutto "neutralizza" una delle eccezioni al rimpatrio maggiormente invocate



nell'applicazione della Convenzione dell'Aja, ossia la c.d. *grave risk exception* di cui all'art. 13 lett. b). Nello spazio giudiziario europeo, infatti, anche se esposto a rischi psicofisici per il fatto del ritorno nello Stato di residenza abituale, il minore deve tuttavia essere rimpatriato allorché sia dimostrata l'esistenza di misure adeguate di protezione nello Stato di residenza abituale (art. 11.4).

Inoltre, sempre nel senso di rafforzare la regola del rimpatrio, il regolamento n. 2201/2003 prevede poi la possibilità, in capo ai giudici dello Stato di residenza abituale del minore prima della sottrazione, di “superare” con un ordine di rimpatrio (c.d. *trumping order*) un'eventuale decisione di non ritorno emessa dai giudici dello Stato di rifugio.

In questo modo, sono i giudici dello Stato di residenza abituale, più prossimi al minore, ad avere l'ultima parola sulla sottrazione. Due sono le possibilità: (i) che i giudici dello Stato di residenza abituale condividano la decisione di negare il rimpatrio emessa dai colleghi dello Stato di rifugio e declinino, quindi, la competenza in loro favore;¹² (ii) che non la condividano ed emettano un ordine di rimpatrio, che, una volta munito di apposito certificato, sarà dotato di immediata esecutività, con la conseguenza che il genitore responsabile della sottrazione non potrà in alcun modo opporsi a tale provvedimento.

Invero, la disciplina sopra indicata non è risultata di semplice applicazione: non soltanto la Corte di giustizia dell'Unione europea in più occasioni è stata chiamata a fornirne la corretta interpretazione, ma anche la Corte EDU è stata investita di ricorsi volti ad accertare la sussistenza di violazioni dei diritti fondamentali.

E anzi, proprio l'esigenza di semplificare l'applicazione delle regole previste dal regolamento n. 2201/2003 e al contempo di meglio garantire il rispetto dei diritti fondamentali dei minori vittime di procedimenti di sottrazione intra-europei, ha ispirato il procedimento di revisione della predetta disciplina, culminato con l'adozione del regolamento (UE) 2019/1111, che si applicherà a partire dal 1° agosto 2022.

Sulla scorta della giurisprudenza della Corte EDU, è proprio la ricerca di un nuovo equilibrio tra *best interests of the child* in astratto e in concreto che ha caratterizzato i lavori di revisione della disciplina contenuta nel regola-

¹² Cfr. Corte di Cassazione, 14 luglio 2010, n. 16549 in Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 2011, p. 443.



mento. Con specifico riferimento alla sottrazione internazionale, risulta confermato il pur criticato potere dei giudici di (precedente) residenza abituale del minore di emettere il c.d. *trumping order* e, quindi, di avere l'ultima parola sulla sottrazione. Per contro, la nuova disciplina determina il superamento del rito sommario che caratterizza attualmente il procedimento di sottrazione anche ai sensi della Convenzione dell'Aja, in favore dell'introduzione di un vero e proprio procedimento di merito caratterizzato da una valutazione approfondita della situazione familiare del minore. Si tratta, evidentemente, di un primo effetto dell'accennata interazione, cui si deve immediatamente affiancare anche la crescente necessità di garantire una più corretta partecipazione del minore alla procedura. Non soltanto tramite l'ascolto, ma anche tramite il rispetto del diritto del minore ad essere informato in relazione ai procedimenti che lo riguardano, nonché adeguatamente rappresentato.

Se, da un lato, il nuovo regolamento conferma il *trumping order* e, quindi, la scelta di rafforzare il principio del rimpatrio immediato nell'interesse superiore di tutti i minori sottratti, dall'altro, però, introduce per la prima volta la possibilità di bloccare l'esecuzione dell'ordine di rimpatrio. Più precisamente, ai sensi dell'art. 50 del nuovo regolamento, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni di rimpatrio (così come quelle relative al diritto di visita) possono essere rifiutati se le predette decisioni risultino incompatibili con decisioni successive in materia di responsabilità genitoriale relativa allo stesso minore. Inoltre, secondo quanto previsto dall'art. 56, l'esecuzione di tutte le decisioni emesse sulla base del regolamento (e, pertanto, anche quelle relative al rimpatrio del minore), in casi eccezionali può essere sospesa "temporaneamente" ogni volta che il minore risulti, per effetto dell'esecuzione stessa, esposto a un grave rischio di pericoli psicofisici per impedimenti emersi dopo la pronuncia ovvero per altri mutamenti significativi delle circostanze, ma anche "definitivamente" allorché i rischi abbiano carattere permanente. La soluzione testimonia lo sforzo del legislatore europeo di trovare un assetto nel rapporto tra *best interests of the child* in astratto e in concreto che sia compatibile con la CRC e, quindi, che superi il test di rispetto dei diritti fondamentali da ultimo delineato dalla Corte EDU.



4. L'effetto utile della CRC in assenza di interazione con gli strumenti di cooperazione giudiziaria: verso l'affermazione di un obbligo di rimpatrio?

Nei paragrafi che precedono è stato evidenziato come sempre più intensa sia l'interazione della CRC e, quindi, del principale strumento di tutela dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza con altri strumenti – di portata globale, ma anche regionale – operanti sul diverso fronte della cooperazione giudiziaria in materia civile. E anche come tale interazione sia all'origine delle correnti riflessioni tanto ad opera organi giurisdizionali quanto degli organi legislativi finalizzate a garantire un'interpretazione ed applicazione nuova e maggiormente orientata alla tutela del superiore interesse del minore dei predetti strumenti. È proprio la continua ricerca di un equilibrio tra il *best interests of the child* in astratto e in concreto il motore della giurisprudenza innovativa della Corte EDU, del procedimento di *recast* del regolamento n. 2201/2003 ad opera del legislatore europeo e anche del lavoro di individuazione di *guidelines* e buone pratiche interpretative ed applicative che viene periodicamente svolto dalla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato.

Ed anzi, proprio nell'ambito della Conferenza, è dal 2004 in corso il c.d. *Malta process*, ossia un dialogo tra Stati contraenti della Convenzione dell'Aja del 1980 e del 1996 e Stati non contraenti,¹³ la legislazione dei quali risulti fondata o comunque in qualche misura influenzata dal diritto islamico. Obiettivo di tale dialogo è promuovere la ratifica da parte di questi ultimi delle predette convenzioni così come ad incrementare la cooperazione tra Stati contraenti e non nella risoluzione di controversie internazionali in materia di famiglia rispetto alle quali le convenzioni indicate non possano trovare applicazione.

Al di là del lavoro svolto nell'ambito del *Malta process*, si tratta ora di considerare se la CRC possa spiegare qualche effetto (ed eventualmente quale) rispetto ai casi di sottrazione internazionale di minori che non ricadano nell'ambito applicativo degli strumenti di cooperazione giudiziaria menzionati.

In proposito, viene immediatamente in rilievo l'ambito di applicazione *ratione personae* e, quindi, il caso di sottrazione del minore ultra-sedicenne, che la Convenzione dell'Aja non protegge (né in prospettiva il nuovo regola-

¹³ Sul "Processo di Malta" si veda ancora, in questo volume, il contributo di C. BERNASCONI e P. LORTIE.



mento europeo che, sul punto, si è allineato alla Convenzione).

Si tratta, indubbiamente, di un'ipotesi di rilievo teorico, più che pratico: le analisi statistiche condotte sul tema confermano che l'età media dei bambini sottratti è ben inferiore ai sedici anni. In ogni caso, in tali ipotesi, pur non potendo contare sull'applicazione dei predetti strumenti di rimpatrio, resta comunque possibile il ricorso ad altri strumenti di cooperazione giudiziaria a tutela dei minori (quali, ad esempio, la Convenzione dell'Aja del 1996), individuando la migliore misura di protezione attraverso l'istituto dell'ascolto del minore ultra-sedicenne medesimo, che, nella maggior parte dei casi, avrà senz'altro la possibilità di fornire al giudice elementi di sicuro rilievo per la definizione della controversia che lo ha visto protagonista.

Mentre, in relazione al coinvolgimento di adulti diversi dai genitori, tanto nella posizione di autori quanto di vittime della sottrazione internazionale, è proprio dall'interazione della Convenzione dell'Aja (così come degli altri strumenti di cooperazione giurisdizionale) con la CRC e, in generale con gli strumenti che forniscono una tutela specifica alla famiglia e alle relazioni familiari, che si tende a riconoscere la legittimazione ad agire per il rimpatrio ai soggetti riconducibili al nucleo familiare in senso ampio e, quindi, ad esempio anche ai nonni.

Sul piano pratico, più problematiche paiono invece le fattispecie che esulano dall'ambito di applicazione territoriale o *ratione spatii* degli strumenti di cooperazione giudiziaria volti a garantire il rimpatrio del minore.

In proposito, il primo caso è l'ipotesi nella quale gli strumenti di rimpatrio previsti dalla Convenzione dell'Aja non possano trovare applicazione, perché soltanto uno dei due Stati coinvolti è vincolato da uno dei predetti strumenti.

Invero, nella maggior parte dei casi, accade che sia lo Stato di residenza abituale del minore prima della sottrazione ad essere vincolato dalla Convenzione dell'Aja del 1980 o comunque soggetto all'applicazione del regolamento n. 2201/2003 e, per contro, lo Stato di rifugio non sia vincolato da strumenti di cooperazione giudiziaria civile volti a garantire il rimpatrio del minore. Tra gli Stati non soggetti all'applicazione dei predetti strumenti vi sono molti Stati appartenenti al continente asiatico, al Nord Africa, all'Africa sub sahariana, all'America Latina e ai Caraibi.¹⁴

¹⁴ Sull'argomento, cfr. lo studio curato dalla Law Library of Congress, Global Research Center, Provisions on Child Abduction in Non-Hague Countries, 2015, reperibile al seguente indirizzo: <https://www.loc.gov/law/help/child-abduction/child-abduction-non-hague-countries.pdf>.



Ma può darsi anche il caso che sia il solo Stato di rifugio ad essere vincolato dalla Convenzione. In tale ultima ipotesi, se è vero che lo Stato di residenza abituale non può avvalersi di alcuno strumento di cooperazione giudiziaria, va d'altra parte evidenziato che lo Stato di rifugio è tenuto, in ossequio alla Convenzione dell'Aja, ma anche della CRC, ad attivarsi con ogni strumento utile per garantire protezione al minore e, in particolare, del suo diritto ad avere regolari contatti con entrambi i genitori. Più precisamente, ai sensi dell'art. 2 della Convenzione dell'Aja, lo Stato vincolato dalla Convenzione è in ogni caso soggetto ad assumere un atteggiamento pro-attivo per assicurare, nell'ambito del suo territorio, la realizzazione degli obiettivi della convenzione e, quindi, anche per prevenire che il proprio territorio sia trasformato in un luogo di rifugio per potenziali sottraenti. E tali obblighi di protezione sono ancor più stringenti qualora lo Stato di rifugio sia uno Stato membro dell'Unione europea.

Il secondo caso riguarda, invece, le fattispecie nelle quali né lo Stato di residenza abituale né lo Stato di rifugio siano vincolati da strumenti volti a garantire il rimpatrio del minore o qualche altro strumento di protezione dei minori nelle ipotesi di sottrazione internazionale, malgrado siano vincolati invece dalla CRC.

La Convenzione cerca di incidere sulla sovranità degli Stati in relazione all'ingresso e all'uscita dal proprio territorio e, in nome dell'unità familiare, invita gli Stati a considerare “in modo positivo, umano e rapido” le domande di ricongiungimento familiare.¹⁵

Centrale importanza, al riguardo, assume l'art. 11 laddove afferma che le parti contraenti della CRC sono tenute ad adottare tutte le misure idonee a impedire spostamenti e non ritorni illeciti di fanciulli all'estero e, in tale prospettiva, la conclusione di accordi bilaterali o multilaterali così come l'adesione ad accordi già esistenti viene favorita. Ed è anzi auspicabile che gli Stati garantiscano ai minori una protezione anche più estesa di quella offerta dalla CRC, come si evince dalla clausola di salvezza prevista dall'art. 41 della CRC, dove si afferma che “[n]iente della presente Convenzione deve pregiudicare eventuali disposizioni che favoriscano maggiormente la realizzazione dei diritti della persona di minore età e che possano essere contenute in: (a) La legge di uno Stato parte; o (b) Il diritto internazionale in vigore per

¹⁵ In senso critico sul punto M. FARGE, “La lutte contre les enlèvements internationaux d'enfants”, in *La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, a cura di C. Neirinck – M. Bruggeman, Paris, 2014, pp. 151-165, spec. p. 151.



quello Stato”.

Nessun dubbio, quindi, che, dalla CRC così come da altre norme previste in trattati a protezione dei diritti fondamentali connessi alla famiglia e alle relazioni familiari, discendano obblighi positivi in capo agli Stati. Resta, tuttavia, da verificare se sia possibile ricavare da tali norme obblighi specifici di rimpatrio e/o di avviare forme di cooperazione giudiziaria o anche solo diplomatica a tutela dei bambini vittime di sottrazioni internazionali.

Invero, la Corte EDU non ha avuto esitazione ad interpretare in tal senso l'art. 8 della CEDU che tutela della vita familiare, ricavando da tale norma non soltanto l'obbligo degli Stati di garantire una “pronta risposta alla sottrazione internazionale”,¹⁶ ma anche di adottare “ogni strumento giuridico necessario a garantire in concreto ed effettivamente la protezione del diritto del minore alla vita familiare ed, in particolare, a mantenere contatti regolari con entrambi i genitori”.¹⁷

In prospettiva, resta da verificare se sia possibile massimizzare l'effetto utile della interazione tra le predette fonti e la CRC fino ad affermare l'esistenza non soltanto di un generico obbligo di “pronta risposta alla sottrazione”, ma piuttosto di uno specifico obbligo di rimpatrio, quale strumento privilegiato per garantire nelle ipotesi di sottrazione il diritto a mantenere contatti regolari con entrambi i genitori e, in particolare, con il genitore che ha subito la sottrazione.

5. Conclusioni

L'analisi che precede conferma la centralità delle disposizioni della CRC nella lotta contro il fenomeno delle sottrazioni internazionali grazie all'interazione con gli strumenti di cooperazione giudiziaria esistenti, nonché il suo crescente rilievo anche nelle ipotesi di sottrazioni nelle quali gli strumenti di cooperazione giudiziaria non trovino applicazione.

Invero, nell'interazione con gli strumenti di cooperazione giudiziaria, l'effetto della CRC è stato dirompente: l'ambizioso obiettivo di individuare quanto più possibile la soluzione giusta per il caso di specie e, quindi, di ridisegnare gli equilibri tra *best interests of the child* in generale e astratto,

¹⁶ Caso *Hromadka e Hromadka c. Russia*, 11 dicembre 2014.

¹⁷ Caso *Bajrami c. Albania*, sentenza 12 dicembre 2006.



da un lato, e in particolare in concreto, dall'altro, ha imposto una revisione dell'impianto stesso degli strumenti di cooperazione giudiziaria volti al rimpatrio del minore.

E se sul piano globale tale riflessione, tutt'ora in corso, ha luogo soprattutto nel momento applicativo della disciplina e, quindi, nelle sentenze o attraverso l'elaborazione di strumenti interpretativi di *soft law*, a livello europeo, invece, ha determinando una vera rivoluzione del quadro normativo di riferimento, andando ad incidere tanto sulla regola aurea del rimpatrio immediato (pensata come strumento a tutela di tutti i minori illecitamente sottratti e rivista alla luce della necessità di meglio apprezzare le circostanze specifiche del caso di specie), quanto sulla natura stessa del procedimento giurisdizionale avente ad oggetto l'istanza di rimpatrio (trasformandolo da procedimento a carattere monitorio a procedimento di merito). Ma tale riflessione, a livello europeo, ha investito anche il momento dell'esecuzione: proprio nella materia nella quale è stato sperimentato il livello più intenso di reciproca fiducia attraverso l'eliminazione dell'*exequatur*, anche con un effetto paradigmatico rispetto ad altre materie, l'Unione europea ha introdotto significativi correttivi, che consentono di bloccare – non soltanto in via temporanea, ma anche definitiva - l'esecuzione dell'ordine di rimpatrio.

Ecco che la disciplina europea in materia di sottrazione internazionale – prendendo sempre più le distanze dall'originario impianto normativo della Convenzione dell'Aja – si caratterizzerà, a partire dal 1 agosto 2022, per una prima fase del procedimento, nella quale vale ancora l'imperativo del rimpatrio immediato, ancorché supportato da una valutazione sulla situazione familiare del minore, e una seconda fase nella quale, pur in casi eccezionali e sulla scorta di un cambiamento di circostanze che possa pregiudicare l'interesse superiore del minore nel caso concreto, l'ordine di rimpatrio potrà non trovare esecuzione.

Ma dirompente è anche l'effetto della CRC nelle ipotesi nelle quali gli strumenti di cooperazione giudiziaria non trovino applicazione: è grazie ad un'interpretazione del quadro normativo di riferimento esistente a livello interno quanto più possibile orientata e conforme ai valori della CRC, che la Corte EDU ha potuto riconoscere un obbligo di reazione in capo agli Stati di fronte a fattispecie di sottrazione internazionale di minori.

In prospettiva, il progresso ulteriore ipotizzabile è quello siano forniti più precisi contenuti alla “pronta reazione” cui gli Stati sono stati chiamati nelle



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**

ipotesi di sottrazione internazionale, ravvisando un vero e proprio dovere di rimpatrio quanto più possibile rapido nello Stato di residenza abituale del minore prima della sottrazione.

Pur nella (crescente) diversità dei meccanismi di rimpatrio, tale soluzione resta senz'altro quella che in linea di principio risponde all'interesse superiore dei minori illecitamente sottratti. Determinante, in tal senso, sarà la giurisprudenza in materia di diritti umani e, quindi, nel contesto europeo, senz'altro centrale quella della Corte EDU, anche nell'esercizio della "nuova" funzione interpretativa.

SINERGIE TRA DIRITTO DELL'IMMIGRAZIONE E DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO: IL CASO DEI MINORI STRANIERI NON ACCOMPAGNATI

ESTER DI NAPOLI ¹

Sommario: 1. Introduzione: il diritto internazionale privato come strumento di gestione del fenomeno migratorio minorile. – 2. I minori migranti e il “diritto dell’Aja”. – 3. I minori stranieri non accompagnati nella prospettiva italiana. Identificazione e diritto internazionale privato. – 4. *Segue:* tutela volontaria e diritto internazionale privato. – 5. Considerazioni conclusive e prospettive future.

1. Introduzione: il diritto internazionale privato come strumento di gestione del fenomeno migratorio minorile

Celebrare i trent’anni della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza (in seguito anche “Convenzione” o “CRC”) costituisce l’occasione non solo per verificarne l’applicazione ma altresì per riflettere sulla sua attuazione futura e, dunque, anche sugli sviluppi e gli accorgimenti che, in prospettiva, potrebbero garantirne una migliore efficacia. Si colloca in questo quadro la riflessione intorno alle sinergie esistenti tra il diritto internazionale privato e il diritto dell’immigrazione e, in particolare, alla natura del diritto internazionale privato quale strumento di gestione del fenomeno migratorio minorile.²

¹ Assegnista di ricerca di diritto internazionale, Università di Torino; collaboratrice presso l’Ufficio dell’Autorità garante per l’infanzia e l’adolescenza (dnpstr@unife.it).

² È questo un tema ancora da sviluppare. Oltre ai contributi citati nelle note successive, v. A. BUCHER, “La migration de l’état civil”, in *Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l’honneur de Hans van Loon*, Cambridge, 2013, p. 101 ss.; C. CAMPIGLIO, “Lo statuto personale dei rifugiati: vecchi e nuovi problemi di diritto internazionale privato”, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, p. 833 ss.; V. CHETAIL, “Les relations entre droit international privé et droit international des réfugiés”, in *Journal du droit international*, 2014, p. 141 ss.; G. ESTEBAN DE LA ROSA, “El nuevo derecho internacional privado de la inmigración”, in *Revista de Derecho Internacional Privado*, 2014, p. 101 ss.



Il diritto internazionale privato rientra fra gli strumenti di cui possono servirsi gli Stati, individualmente o cooperando fra loro, per assicurare la *governance* delle migrazioni.³ Le sue norme offrono risposte relativamente nuove per far fronte alle esigenze poste dall'intensificarsi dei fenomeni migratori e dall'evolversi delle loro dinamiche.⁴

In particolare, il diritto internazionale privato si candida a giocare un ruolo ai problemi suscitati dall'aumento del numero delle persone di minore età che si muovono da un Paese all'altro alla ricerca di prospettive di vita migliori. D'altro canto, adottare tecniche di coordinamento più incentrate sulla figura del migrante in quanto individuo (prerogativa, questa, degli strumenti di diritto internazionale privato) piuttosto che sugli interessi statali, risponde alla tensione progressiva, avviata nel 1989 con l'adozione della CRC, volta a porre al centro la persona di minore età e ad elevarla a soggetto titolare di diritti.

“Migrazione” e “migrante” sono termini raramente impiegati nel linguaggio del diritto internazionale privato, nonostante l'obiettivo di quest'ultimo sia la regolamentazione di fattispecie caratterizzate da uno o più elementi di internazionalità;⁵ allo stesso modo, gli studi in tema di diritto dell'immigrazione mostrano scarso interesse nei confronti dei metodi propri della disciplina internazionalprivatistica.⁶ A livello sovranazionale, poi, se le misure di

ción”, in *Revista española de derecho internacional*, 2008, p. 103 ss; H. MUIR WATT, “The Relevance of Private International Law to the Global Governance Debate”, in *Private International Law and the Global Governance*, a cura di H. Muir Watt, D.P. Fernández Arroyo, Oxford University Press, 2014, p. 1 ss.; P. SELMAN, “Intercountry adoption in the millenium ; the ‘quiet migration’ revisited”, in *Population Research and Policy Review*, 2002, p. 286 ss.; V. VAN DEN ECKHOUT, “Private International Law Questions that Arise in the Relation between Migration Law (in the Broad Sense of the Word) and Family Law: Subjection of PIL to Policies of Migration Law?” (20 gennaio 2013), disponibile *online* su SSRN; M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Le Rôle du Droit International Privé Face au ‘Nouveau’ Modèle de Migration ‘Temporaire ou Circulaire’: La Technique de Coopération des Autorités et Quelques Questions Relatives au Statut Personnel des Étrangers Face au Pluralisme”, in *Select Proceedings of the European Society of International Law*, a cura di H. Ruiz Fabri, R. Wolfrum, Jana Gogolin, 2010, p. 112 ss.

3 S. CORNELOUP, “Can Private International Law Contribute to Global Migration Governance?”, in *Private International Law and Global Governance*, a cura di H. Muir Watt, D.P. Fernández Arroyo, 2014, p. 301 ss., spec. p. 301.

4 A. BETTS, *Global Migration Governance*, OUP, 2011, p. 3.

5 Per usare le parole del legislatore europeo: “con implicazioni transnazionali” (art. 81, par. 1 del TFUE).

6 A. FIORINI, “The Protection of the Best Interest of Migrant Children – Private International Law Perspectives”, in *Migrant Children in the XXI Century: Selected Issues of Public and*



diritto dell'immigrazione e di cooperazione giudiziaria in materia civile rinvengono la propria base giuridica nello stesso art. 67 del Titolo V del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (dedicato alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia),⁷ esse trovano però attuazione in distinte disposizioni, rispettivamente agli articoli 77 (Capo 2: "Politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione") e 81 (Capo 3: "Cooperazione giudiziaria in materia civile"). Allo stesso modo, gli strumenti di diritto internazionale privato dell'Unione non si riferiscono mai alla materia dell'immigrazione se non, raramente, per escluderla dal proprio ambito di applicazione.⁸ Recentemente, tuttavia, la discussione in merito all'esistenza di un'interrelazione tra le due discipline ha trovato terreno fertile in seno alle istituzioni europee: in particolare, nel 2017, il Parlamento europeo ha dedicato alcuni studi al tema.⁹

La CRC non prevede disposizioni dedicate espressamente alla generale categoria di persone di minore età coinvolte nei flussi migratori. Tuttavia, vi sono enunciati diritti che rispondono a peculiari esigenze che sorgono nella loro condizione di "movimento", quali l'art. 20 che sancisce il diritto dei minori privati del proprio ambiente familiare di essere accolti, ove necessario

Private International Law, a cura di G. Biagioni e F. Ippolito, Editoriale Scientifica, 2016, p. 379 ss., p. 383.

7 Rispettivamente, art. 67, par. 2 ("[l'UE] garantisce che non vi siano controlli sulle persone alle frontiere interne e sviluppa una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi ...") e par. 4 ("l'Unione facilita l'accesso alla giustizia, in particolare attraverso il principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali in materia civile").

8 V. considerando 10 del preambolo del regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000 (c.d. "Bruxelles II bis"). Nessun riferimento al diritto dell'immigrazione è contenuto nel regolamento (UE) 2019/1111 del Consiglio del 25 giugno 2019 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (rifusione), che sostituirà il precedente dal 1° agosto 2022.

9 S. CORNELOUP, B. HEIDERHOFF, C. HONORATI, F. JAULT-SESEKE, T. KRUGER, C. RUPP, H. VAN LOON, J. VERHELLEN, *Private International Law in a Context of Increasing International Mobility: Challenges and Potential*, Study for the JURI Committee, European Parliament, 2017; S. CORNELOUP, B. HEIDERHOFF, C. HONORATI, F. JAULT-SESEKE, T. KRUGER, C. RUPP, H. VAN LOON, J. VERHELLEN, *Children on the Move: A Private International Law Perspective*, Study for the JURI Committee, European Parliament, 2017; M. ERB KLÜNEMANN, *Potential and Challenges of Private International Law in the Current Migratory Context -Experiences from the Field*, Briefing, European Parliament, 2017.



e in ultima istanza salvo che ciò sia contrario al loro interesse superiore, in comunità dedicate nonché, come già evidenziato altrove in questo volume,¹⁰ l'art. 22, par. 1, che riguarda la protezione delle persone di minore età richiedenti asilo (la disposizione stabilisce espressamente che essa si applica sia ai minori accompagnati dalle proprie famiglie o da altri adulti di riferimento sia ai minori non accompagnati, in seguito anche "MNA"). L'art. 18, inoltre, pone in capo ai genitori e, in mancanza, ai rappresentanti legali, la responsabilità di curare, crescere e guidare nel suo sviluppo la persona di minore età.

D'altronde, applicandosi la Convenzione a tutte le persone di minore età soggette alla giurisdizione degli Stati parte,¹¹ è incontrovertibile che i diritti ivi sanciti riguardano anche i minori migranti. Per fugare ogni dubbio, tuttavia, il Comitato ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza ha chiarito, nel Commento generale n. 6 (2005),¹² che la Convenzione si applica anche ai minori stranieri non accompagnati,¹³ specificando quali siano le loro esigenze e, insieme, le sfide che gli Stati parte devono affrontare per garantire l'efficacia dei diritti ivi contenuti. Il Comitato ha evidenziato come questa categoria di minori sia più vulnerabile e, dunque, più di altre soggetta ad essere vittima di forme di violenza, abuso e sfruttamento, anche sessuale, tratta o ad essere coinvolta in attività criminali (par. 23); in nessun caso il minore straniero non accompagnato può essere espulso o respinto alla frontiera (principio di *non-refoulement*; par. 26 ss.). Inoltre, risponde al superiore interesse del minore straniero privo di adulti di riferimento, da valutarsi caso

10 Si veda il contributo dello *EUROPEAN ASYLUM SUPPORT OFFICE*.

11 L'art. 2 stabilisce che "[g]li Stati parte devono rispettare e assicurare i diritti stabiliti nella presente Convenzione ad ogni persona di minore età nella propria giurisdizione senza discriminazioni di alcun tipo, indipendentemente dalla razza, dal colore, dal sesso, dalla lingua, dalla religione, dall'opinione politica o di altro tipo, dall'origine nazionale, etnica o sociale, dalla proprietà, dalla disabilità, dalla nascita o altro *status* della persona di minore età o del genitore o del tutore legale".

12 COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment n. 6 (2005). Treatment of unaccompanied and separated Children Outside their Country of Origin*, CRC/GC/2005/6.

13 Il Comitato fornisce una definizione di "minori non accompagnati" ("Unaccompanied children" (also called unaccompanied minors) are children, as defined in article 1 of the Convention, who have been separated from both parents and other relatives and are not being cared for by an adult who, by law or custom, is responsible for doing so" – par. 7) e per i minori separati ("Unaccompanied children" (also called unaccompanied minors) are children, as defined in article 1 of the Convention, who have been separated from both parents and other relatives and are not being cared for by an adult who, by law or custom, is responsible for doing so" – par. 8). In italiano, tuttavia, non si usa questa distinzione, per cui ci riferiremo solo a "minori stranieri non accompagnati".



per caso, l'adozione di soluzioni sostenibili e a lungo periodo (*durable solutions*; par. 92).

Il dialogo e la cooperazione tra Stati sono la chiave per un'efficace gestione delle migrazioni e, nell'orizzonte attuale, si traducono in accordi vincolanti¹⁴ e in informali *forum* di discussione.¹⁵ I paragrafi che seguono esprimono un breve ragionamento intorno ai modi in cui gli strumenti di diritto internazionale privato potrebbero incidere, a livello generale, sulla gestione operativa dei movimenti delle persone di minore età attraverso le frontiere e, in particolare, nella prospettiva italiana, sulla tutela dei MNA.¹⁶ Cercheremo altresì di mostrare come strumenti propri del diritto dell'immigrazione possano “vestire gli abiti” di strumenti di diritto internazionale privato. Si muoverà dunque dalla coscienza che diritto dell'immigrazione e diritto internazionale privato parlano un linguaggio simile, sia pure “inconsapevolmente”, e che si prefiggono di raggiungere obiettivi comuni.

2. I minori migranti e il “diritto dell'Aja”

L'attraversamento delle frontiere del minore straniero non accompagnato innesca una serie di interventi di cui deve farsi carico lo Stato, sia esso di destinazione o di transito: tra questi, la sua identificazione (che, a determinate condizioni e in ultima istanza, potrebbe comprendere una procedura di accertamento dell'età), la verifica di peculiari condizioni di vulnerabilità e in generale qualsiasi informazione utile alla sua protezione (ad esempio alla richiesta di protezione internazionale), la nomina di un tutore.¹⁷

L'obiettivo di queste azioni risiede non solo nell'accordare immediata protezione al minore, ma nella più generale garanzia della continuità del suo *status* lungo il percorso migratorio. Principio, quest'ultimo, cui sono sottese le norme di diritto internazionale privato:¹⁸ il riconoscimento dello *status*

14 Una per tutte, la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo statuto dei rifugiati, ma anche le Convenzioni adottate in seno all'Organizzazione internazionale del lavoro.

15 Si veda il *Global Forum on Migration & Development*: <https://gfmf.org/>.

16 Il ragionamento che segue si innesta, in parte, nel quadro del contributo di C. BERNASCONI e P. LORTIE, in questo volume.

17 Nel Commento generale n. 6, il Comitato ha individuato le azioni che, in ordine cronologico, devono essere portate a termine nei confronti dei minori stranieri non accompagnati e che rispondono al loro interesse superiore (par. 31 ss.).

18 Sulla garanzia di continuità degli *status* attraverso le frontiere, v. per tutti F. SALERNO, *The*



personale, invero, costituisce un presupposto per acquisire un determinato *status* migratorio (come, ad esempio, lo *status* di rifugiato). Le azioni di sopra indicate, pertanto, dovrebbero essere lette attraverso le “lenti” (o, meglio, con il supporto) del diritto internazionale privato: questioni di diritto internazionale privato emergono, ad esempio, nel contesto di una procedura di identificazione o di accertamento dell'età di un presunto minore, laddove sia necessario riconoscere un certificato di nascita emesso nello Stato di provenienza ovvero trascrivere un atto di matrimonio, nel contesto di procedure di ricongiungimento familiare o di nomina del tutore legale.

Vi sono diverse organizzazioni internazionali che potrebbero raccogliere l'invito ad una lettura sinergica tra diritto dell'immigrazione e diritto internazionale privato nella promozione della collaborazione tra Stati nel settore della protezione delle persone di minore età in contesti migratori.¹⁹ Tuttavia, l'organizzazione che appare più adeguata a condurre questo sviluppo è la Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato (di seguito anche “Conferenza dell'Aja”), che il Comitato ha a più riprese considerato uno “strumento cruciale” per l'attuazione dei diritti contenuti nella CRC:²⁰ la Conferenza dell'Aja beneficia infatti di un respiro universale (le convenzioni sono aperte anche a Stati non membri) e gli Stati che ad oggi ne sono parte (82 oltre all'Unione europea) appartengono alle tre categorie di Stati d'origine, destinazione e transito interessate ai fenomeni migratori minorili (tra i Paesi d'origine, nella prospettiva italiana, l'Albania e il Marocco).²¹

Nel “diritto dell'Aja”, tra le Convenzioni adottate in seno alla Conferenza nel settore della protezione dell'infanzia e dell'adolescenza, quella che mostra maggiori potenzialità è la 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, adottata all'Aja

Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law, in *Recueil des Cours*, vol. 395, 2019, p. 1 ss. Vedi anche, in questo volume e sia pure in un'altra prospettiva, il contributo di O. FERACI.

19 L'art. 22, par. 2 della CRC impone agli Stati parte di collaborare con le Nazioni Unite e altre organizzazioni governative e o non governative per tutelare le persone di minore età richiedenti asilo e per rintracciarne i familiari in modo da consentirne il ricongiungimento. Tra le organizzazioni internazionali menzionate conviene ricordare anche la Commissione internazionale per lo stato civile (www.cieci1.org).

20 H. VAN LOON, “Protecting Children Across Borders: The Interaction Between the CRC and the Hague Children's Conventions”, in *The United Nations Convention on the Rights of the Child. Taking Stock After 25 Years and Looking Ahead*, cit., p. 31 ss., p. 41.

21 V. paragrafo successivo.



il 19 ottobre 1996 (“Convenzione del 1996”),²² che il Comitato indica, nel Commento generale n. 6, quale riferimento normativo principale per i minori stranieri non accompagnati (par. 15).

La Convenzione del 1996 si applica “ai minori dal momento della loro nascita fino al raggiungimento dell’età di 18 anni” (art. 2) e le misure di protezione che rientrano nell’ambito di applicazione possono vertere, tra le altre, sull’attribuzione, l’esercizio e la revoca della responsabilità genitoriale, il diritto di affidamento, la tutela, la curatela e altri istituti analoghi, il collocamento del minore in una famiglia di accoglienza o in un istituto, o la sua assistenza tramite *kafala* o istituto analogo (art. 3). Tuttavia, l’esclusione delle “decisioni sul diritto d’asilo e in materia di immigrazione” contenuta all’art. 4, lett. j) potrebbe indurre a pensare che la disciplina dei minori stranieri non accompagnati non vi sia ricompresa. La relazione esplicativa, tuttavia, specifica che l’esclusione riguarda le *decisioni*, in quanto rientranti nel potere sovrano degli Stati, vale a dire esclusivamente la *concessione* del diritto d’asilo o del permesso di soggiorno. Di contro, la *protezione* e la *rappresentanza* dei minori che facciano richiesta di asilo o del permesso di soggiorno rientrano nell’ambito di applicazione della Convenzione. L’art. 6 della Convenzione istituisce inoltre un *forum necessitatis* per i “minori rifugiati e i minori che, a seguito di gravi disordini nel proprio paese, siano trasferiti a livello internazionale”: per questa categoria sono competenti le autorità dello Stato contraente sul cui territorio essi si trovano. Anche in questo caso, la relazione esplicativa chiarisce che le persone di minore età interessate sono coloro che hanno abbandonato i propri Paesi per via delle condizioni ivi sussistenti, e che sono spesso non accompagnati e, in ogni caso, temporaneamente o definitivamente privati del loro ambiente familiare.

La Convenzione del 1996, che conta ad oggi 52 Stati parte,²³ è entrata in vigore sul piano internazionale il 1° gennaio 2002 ed è stata eseguita in Italia con legge 18 giugno 2015, n. 101, a oltre dieci anni dalla firma. È entrata in vigore nel nostro Paese il 1° gennaio 2016.

22 V. *La Convenzione dell’Aja del 1996. Prontuario per l’operatore giuridico*, a cura di F. Albano, 2018, spec. la reperibile *online* sul sito www.garanteinfanzia.org. Il volume contiene la prima traduzione all’italiano della relazione esplicativa redatta da P. Lagarde. Sull’applicazione della Convenzione dell’Aja del 1996 ai minori stranieri non accompagnati: P. LORTIE, C. ARMSTRONG HALL, “Tools in International Law for the Protection of Unaccompanied and Separated Children”, in *International Family Law, Policy and Practice*, 2017, p. 5 ss.

23 Dato aggiornato al 20 ottobre 2019 (www.hcch.net).



Nonostante la sua manifesta rilevanza, la Convenzione del 1996 è poco conosciuta, come dimostrano non solo la scarsità di giurisprudenza in materia, ma anche l'assenza di alcuni strumenti attuativi che la renderebbero efficace nel nostro ordinamento (come l'individuazione della competenza o delle fasi della procedura per il rilascio della dichiarazione di esecutività ai sensi degli articoli 23-28) e, soprattutto, strumentale al raggiungimento di alcuni obiettivi attualmente consegnati a farraginosi meccanismi ascrivibili al diritto dell'immigrazione. Il legislatore italiano non ha neppure adottato provvedimenti per la predisposizione del certificato (sebbene di natura facoltativa) di cui all'art. 40. La Convenzione stabilisce infatti che le autorità che hanno adottato misure di protezione possono rilasciare al titolare della responsabilità genitoriale e ad ogni persona alla quale sia affidata la protezione della persona o dei beni del minore, su sua richiesta, un certificato attestante la sua qualità e i poteri che le sono conferiti.

È soprattutto il meccanismo della cooperazione "amministrativa" tra autorità centrali nazionali, previsto agli articoli 29-39 della Convenzione del 1996, lo strumento su cui far leva per attuare l'art. 22, par. 2 della CRC.

L'art. 31 della Convenzione del 1996 prevede che "l'autorità centrale di uno Stato contraente adotti, direttamente o tramite autorità pubbliche o altri organismi, tutte le disposizioni idonee a: a) agevolare le comunicazioni e offrire l'assistenza ...; b) agevolare, con la mediazione, la conciliazione o ogni altra modalità analoga, accordi amichevoli sulla protezione della persona o dei beni del minore, nelle situazioni in cui si applica la convenzione; c) aiutare, su richiesta di un'autorità competente di un altro Stato contraente, a localizzare il minore quando sembra che questi sia presente sul territorio dello Stato richiesto e abbia bisogno di protezione". Le "autorità pubbliche o altri organismi" menzionati nel testo, come si legge nella relazione esplicativa, non sono qualificati: ciò consente alle autorità centrali di ricorrere, senza limitazioni, agli organismi che ritengano opportuni nel settore della protezione dei minori (come, nell'esempio della relazione esplicativa, il Servizio sociale internazionale). L'art. 31, lett. c) dovrebbe dunque rendere più agevole la localizzazione dei minori irreperibili.²⁴

L'art. 33, infine, stabilisce l'unica procedura di consultazione obbligatoria prevista dalla Convenzione, che ha luogo quando l'autorità competente

²⁴ Al 30 settembre 2019, il numero dei minori stranieri non accompagnati irreperibili era pari a 5.053 (www.lavoro.gov.it).



individuata dalle norme sulla giurisdizione di cui agli articoli 5-10 prospetta il collocamento del minore in una famiglia di accoglienza o in un istituto, o la sua assistenza legale tramite *kafala*, e detto collocamento deve avvenire all'estero, in un altro Stato contraente. Tale consultazione conferisce un potere di controllo sulla decisione all'autorità dello Stato di accoglienza e consente di determinare in anticipo le condizioni di soggiorno del minore nello Stato di accoglienza, in particolare per quanto riguarda le leggi in materia di immigrazione in vigore in tale Stato o la ripartizione dei costi derivanti dall'esecuzione della misura di collocamento.

Letto nella prospettiva del diritto dell'immigrazione, il lavoro di scambio e ricerca di informazioni in capo alle autorità centrali potrebbe svilupparsi, ad esempio, nel contesto di procedure di ricongiungimento familiare e di rimpatrio volontario assistito tra Stati contraenti, laddove si renda necessario svolgere indagini familiari. È questa la lettura della Convenzione che gli Stati parte dovrebbero promuovere, in attesa che intervenga una spinta “dall'alto” in questa direzione. Invero, nel contesto della Conferenza dell'Aja, a più riprese a partire dal 1994,²⁵ il discorso intorno all'impiego del “diritto dell'Aja” come strumento integrante la gestione del fenomeno migratorio minorile è stato oggetto di confronto, ma il tema non ha trovato, ad oggi, ulteriori sviluppi.²⁶ In Francia, per esempio, in una circolare del 2016 volta a chiarire alcuni aspetti organizzativi relativi ai minori privati del proprio ambiente familiare, i Ministeri dell'interno, degli affari sociali, della famiglia, dell'educazione e della giustizia hanno indicato la Convenzione del 1996 come strumento utile a reperire informazioni circa la situazione della persona di minore età e della sua famiglia, laddove il minore origini da uno Stato membro dell'Unione oppure da uno Stato contraente della Convenzione.²⁷

25 V. ad esempio HCCH, *Hague Recommendations on Refugee Children* (21 ottobre 1994); *Some Reflections on the Utility of Applying Certain Techniques for International Co-operation Developed by the Hague Conference on Private International Law to Issues of International Migration* (23 marzo 2007); *Conclusions and Recommendations of the workshop “Role of The Hague Conventions in Cross-Border Child Protection in South Asia* (29-31 maggio 2018).

26 Il documento dedicato a *The Application of the 1996 Hague Child Protection Convention to Unaccompanied and Separated Children*, datato 7 luglio 2017 e pubblicato sul sito della Conferenza, è stato poi rimosso.

27 Ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche; ministère de la justice; ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes; ministère de l'intérieur; secrétariat d'Etat chargée de la famille, de l'enfance des personnes âgées et de l'autonomie, *Circulaire interministérielle relative à la mobilisation de services de*



Tuttavia, laddove siano coinvolte persone di minore età non accompagnate in contesti intra-europei, piuttosto che la Convenzione del 1996, dovrebbe trovare applicazione il regolamento (CE) n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (c.d. “Bruxelles II bis”), che dal 1° agosto 2022 sarà sostituito dal regolamento (UE) 2019/1111, e, dunque, la cooperazione tra autorità centrali designate ai sensi del regolamento.²⁸

3. I minori stranieri non accompagnati nella prospettiva italiana. Identificazione e diritto internazionale privato

Nel 2017, l'Italia ha adottato la legge 7 aprile 2017, n. 47 recante “disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati” (c.d. “legge Zampa”, dal nome della prima firmataria),²⁹ il primo intervento normativo in Italia e in Europa che affronta tutti gli aspetti della protezione dei minori stranieri non accompagnati.³⁰ Approvata il 29 marzo 2017 all'esito di un difficile *iter* legislativo avviato nel 2013 ed entrata in vigore il 6 maggio 2017, la l. n. 47/2017 ha apportato modifiche al d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142 di attuazione delle direttive 2013/33/UE (c.d. “direttiva accoglienza”) e 2013/32/UE (c.d. “direttiva procedure”) e al Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e le norme sulla condizione dello straniero (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286: “TU sull'immigrazione”). La norma persegue l'obiettivo di rafforzare la tutela dei minori stranieri che giungono in Italia senza adulti di riferimento da una parte, consolidando strumenti già esistenti nel nostro ordinamento, anche attraverso la codificazione di principi acquisiti (uno per tutti, il divieto di respingimento richiamato dal Comitato

l'Etat auprès des conseils départementaux concernant les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et les personnes se présentant comme tels, 25 janvier 2016, p. 3; la circolare è reperibile *online* a questo indirizzo: http://www.justice.gouv.fr/publication/mna/circ_intermin20160125.pdf.

²⁸ V. art. 53 ss. del regolamento n. 2201/2003 e art. 76 ss. del regolamento n. 2019/1111.

²⁹ In G.U. n. 93 del 21.04.2017.

³⁰ M.L. TOMASELLI, “Prime note sulla legge 4 aprile 2017, n. 47, in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati”, in *Immigrazione.it*, 19 maggio 2017; C. CASCONI, “Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/17 (disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati): luci ed ombre”, in *Diritto Immigrazione, Cittadinanza*, 2017, p. 1 ss.



ONU nel Commento generale n. 6); dall'altra, tracciando “nuovi” scenari, procedurali (l'accertamento dell'età – art. 5) e sostanziali (la tutela volontaria – art. 11).

La legge n. 47/2017 costituisce piena attuazione delle disposizioni della CRC sopra richiamate e, così, pur appropriandosi di una definizione di “minore straniero non accompagnato” che arretra, sul piano del diritto, rispetto alla definizione assunta a livello europeo (che ha espunto l'aggettivo “straniero”),³¹ rende efficace, nel nostro ordinamento, il principio del superiore interesse del minore sancito all'art. 3 della CRC.³²

La nuova legge punta a snellire e a rendere più efficace il sistema di prima assistenza e accoglienza dei minori non accompagnati, nonché la loro “tracciabilità”: l'art. 4 prevede che il periodo di permanenza nelle strutture di prima accoglienza sia ridotto da sessanta a trenta giorni, mentre l'art. 9, in attuazione dell'art. 19, comma 5, del d.lgs. n. 142/2015, istituisce presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali il “Sistema informativo nazionale dei minori non accompagnati (SIM)”, nel quale sono destinate ad essere canalizzate e messe a sistema le cartelle sociali dei minori non accompagnati. La cartella sociale fotografa la storia del minore e, si legge nell'art. 9, contiene tutte le informazioni utili ad individuarne una soluzione di lungo periodo, nel suo superiore interesse.

L'art. 5 della legge, rubricato “Identificazione dei minori stranieri non accompagnati”, individua le condizioni alle quali promuovere l'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati e ne definisce la procedura. L'identificazione prende avvio attraverso un colloquio sociale, alla presenza di un mediatore culturale, volto ad approfondire la storia personale e familiare del (presunto) minore e a fare emergere ogni elemento utile alla sua protezione. Le fasi del colloquio, precisa il primo comma della disposizione, devono essere stabilite con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri “da adottare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore del-

31 L'art. 2 prevede che “[a]i fini della presente legge, per minore straniero non accompagnato presente nel territorio dello Stato si intende il minore non avente cittadinanza italiana o dell'Unione europea che si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato o che è altrimenti sottoposto alla giurisdizione italiana, privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano”.

32 E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, 2016, Franco Angeli, spec. pp. 111-125, nonché, in questo volume, il contributo della stessa autrice.



la presente disposizione”: ad oggi il decreto non è stato ancora emanato. Laddove, all’esito della procedura di identificazione “in senso ampio” del minore, permangono “dubbi fondati” in merito all’età dichiarata, la procura della Repubblica presso il tribunale per i minorenni competente può disporre esami socio-sanitari volti all’accertamento dell’età (identificazione “in senso stretto”).³³

Essere identificato come “minore” costituisce il presupposto essenziale affinché una persona possa beneficiare delle misure di protezione alle quali ha diritto in quanto minore: può accadere, tuttavia, che nello Stato di destinazione o transito la minore età non venga erroneamente riconosciuta. Ciò potrebbe comportare, ad esempio, il respingimento nello Stato di provenienza, in contrasto con l’affermato principio di *non-refoulement*.³⁴

In attuazione del superiore interesse del minore, nonché per rendere pienamente efficace il diritto all’identità di cui è titolare la persona di minore età che attraversa le frontiere,³⁵ anche la procedura di identificazione (in cui è da intendersi ricompreso, in senso stretto, l’accertamento dell’età) dovrebbe assumere una prospettiva di diritto internazionale privato. Si aprono dunque due scenari: da una parte, la decisione di attribuzione della minore età emessa dal competente tribunale per i minorenni dovrebbe circolare in quanto tale ed essere riconosciuta nello Stato d’arrivo. Dall’altra, laddove non fossero sussistiti i “dubbi fondati” necessari all’apertura di un accertamento giudiziale dell’età, le informazioni risultanti dalla procedura di identificazione “in senso ampio” dovrebbero comunque essere riconosciute nello Stato richiesto. In quest’ultima circostanza, la “cartella sociale” del MNA dovrebbe costituire il

33 Per una disamina sulla procedura di accertamento dell’età v. E. DI NAPOLI, “Riflessioni a margine della ‘nuova’ procedura di accertamento dell’età del minore straniero non accompagnato ai sensi dell’art. 5 della l. 47/2017”, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2017 e la bibliografia ivi citata. Si veda, in questo volume, il contributo dello *EUROPEAN ASYLUM SUPPORT OFFICE*.

34 Nell’aprile 2018, alcune organizzazioni non governative hanno denunciato il respingimento verso l’Italia, da parte delle autorità francesi, di molti MNA: a molti di loro erano già stati identificati come minori e in alcuni casi le autorità francesi avevano attribuito arbitrariamente un’età maggiore rispetto a quella già dichiarata dalle autorità italiane. V. AUTORITÀ GARANTE PER L’INFANZIA E L’ADOLESCENZA, *I movimenti dei minori non accompagnati alle frontiere settentrionali. Documento di studio e proposta*, cit., p. 34 ss.

35 Queste riflessioni bene si incardinano nel quadro dell’attuazione degli *UN Development Goals 2030*, obiettivi di indirizzo adottati in seno alle Nazioni Unite, nel contesto di un foro di discussione informale, e, in particolare, il *goal* n. 16.9 che prevede che gli Stati sono chiamati “By 2030, [to] provide legal identity for all (...)”.



veicolo di circolazione di tali informazioni. Da tale strumento, debitamente sviluppato per garantirne la comprensione all'estero (ad esempio attraverso la previsione di moduli multilingue, almeno in inglese e in francese),³⁶ dovrebbero scaturire effetti probatori che consentano allo Stato richiesto di allinearsi alle informazioni ivi contenute (alla stregua, a titolo esemplificativo, del certificato successorio europeo istituito con regolamento n. 650/2012).³⁷

4. Segue: tutela volontaria e diritto internazionale privato

L'art. 11 della l. n. 47/2017, che eleva la figura del tutore volontario a guida chiave per la protezione del minore straniero non accompagnato, è la disposizione più innovativa della legge.³⁸ La norma prevede che i tutori volontari – privati cittadini intenzionati a mettersi a disposizione – siano selezionati e formati da parte dei garanti per l'infanzia e l'adolescenza delle regioni e delle province autonome di Trento e Bolzano, con i quali i presidenti dei tribunali per i minorenni (presso cui gli elenchi dei tutori volontari sono depositati e che sono competenti per l'abbinamento e la nomina)³⁹ sot-

36 V. MINISTERO DELL'INTERNO, Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione (FAMI) 2014-2020, *Linee guida per le strutture di prima accoglienza. Procedure operative standard per la valutazione del superiore interesse del minore*, reperibili online (<http://www.libertacivilimmigrazione.dlci.interno.gov.it>).

37 Regolamento (UE) n. 650/2012 del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, art. 62 ss.

38 Sul "sistema" della tutela volontaria dopo la l. n. 47/2017 v. F. ALBANO, "La tutela volontaria dei minori stranieri non accompagnati. Un istituto in evoluzione", in *La Magistratura*, 2018, p. 40 ss.; E. DI NAPOLI, "La tutela volontaria dopo la legge n. 47/2017", in *La protezione dei minori non accompagnati al centro del dibattito europeo ed italiano. Atti del workshop Ferrara 26 novembre 2017*, a cura di A. Annoni, Jovene, 2018, p. 73 ss.; A. DI PASCALE, C. CUTTITTA, "La figura del tutore volontario dei minori stranieri non accompagnati nel contesto delle iniziative dell'Unione europea e della nuova normativa italiana", in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1/2019, reperibile online. Sul ruolo del tutore di MNA richiedenti asilo, v. S. ARNOLD, M. GOEMAN, K. FOURNIER, "The Role of the Guardian in Determining the Best Interest of Separated Children Seeking Asylum in Europe: A Comparative Analysis of Systems of Guardianship in Belgium, Ireland and the Netherlands", in *European Journal of Migration*, 2014, p. 467 ss.; K. DE GRAEVE, "Classed Landscapes of Care and Belonging: Guardianships of Unaccompanied Minors", in *Journal of Refugee Studies*, 2017, p. 71 ss.

39 Solo alcuni mesi prima la Corte di cassazione aveva stabilito che l'apertura della tutela fosse di competenza del giudice tutelare: v. Cass., sez. VI civile, ordinanza 12 gennaio 2017, n. 685, in *Foro it.*, 2017, pp. 522 - 529, con nota di B. POLISENO, "La protezione internazionale



toscrivono protocolli d'intesa per promuoverne e facilitarne la designazione. Laddove i garanti territoriali non siano stati nominati, è l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza ("Autorità garante") a provvedere alle funzioni di sensibilizzazione, selezione e formazione. La l. n. 47/2017 è stata modificata dal d.lgs. 22 dicembre 2017, n. 220 recante disposizioni integrative e correttive del d.lgs. n. 142/2015 che, da una parte, ha specificato che il tribunale per i minorenni è competente all'adozione del decreto sull'attribuzione dell'età all'esito di una procedura di accertamento e, dall'altra, ha attribuito all'Autorità garante la competenza sul monitoraggio dell'attuazione dell'art. 11. Questa disposizione persegue l'obiettivo del potenziamento nonché del generale miglioramento del sistema italiano di tutela legale dei minori stranieri non accompagnati (favorendo la tutela privata a quella pubblica),⁴⁰ per far fronte all'emergenza migratoria⁴¹ attraverso la codificazione di una *best practice* preesistente sul territorio.⁴²

Il legislatore italiano ha conferito un ruolo chiave al tutore volontario nel processo di integrazione dei minori stranieri non accompagnati presenti in Italia: egli stesso, invero, costituisce strumento di inclusione "dal basso", intorno al quale gravitano tutti gli altri meccanismi di inclusione del ragazzo (o dei ragazzi, fino a un massimo di tre) affidatogli in tutela.

del minore straniero non accompagnato e il farraginoso sistema di competenza".

40 UFFICIO DEL PUBBLICO TUTORE DEI MINORI, *Orientamenti per i tutori legali dei minori di età*, 2009, in <http://garantedirittipersonaminori.consiglio Veneto.it>. Per uno sguardo sulle prassi della tutela legale in Italia v. AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA, "La tutela: un istituto in evoluzione. Raccolta dati sperimentale elaborata con il contributo del Ministero della giustizia e dei garanti delle regioni e delle province autonome, in *Relazione al Parlamento 2016*, disponibile *online*, pp. 142-175. La *European Union Agency for Fundamental Rights*, a quasi un anno dall'adozione della l. n. 47/2017, ha elevato la tutela volontaria a *best practice* nell'UE (v. <https://fra.europa.eu/en/news/2018/innovative-italian-legislation-updates-approach-guardianship> - 5 aprile 2018).

41 Report statistici della Direzione Generale dell'Immigrazione e delle Politiche di Integrazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali indicano che solo nel 2016 erano giunti in Italia circa 26.000 minori non accompagnati, il doppio rispetto al 2015. Al 30 settembre 2019, i minori stranieri non accompagnati erano 6.798 (<https://www.lavoro.gov.it>).

42 G. TURRI, "Un tutore per i minori stranieri non accompagnati", in *Minorigiustizia*, 1/2005, p. 129 ss., che prima dell'entrata in vigore della l. n. 47/2017 sottolineava come "una tutela dotata di senso non è quella esercitata come compito burocratico da un dipendente o funzionario dell'ente locale, o come onere accessorio alle incombenze educative di cui si fa carico la struttura di accoglienza. Fortunatamente, il sistema ci spinge alla ricerca di tutori-persone, spogli di altre incombenze, se non quelle della tutela, e disposti a svolgere il loro compito con mente e cuore" (p. 131). L'A. porta ad esempio l'esperienza trentina di formazione e selezione dei tutori volontari, avviata nel 2003.



L'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza ha potuto verificare la strumentalità della tutela volontaria all'inclusione, per il tema che qui interessa,⁴³ in uno studio dedicato ai minori stranieri non accompagnati alle frontiere settentrionali italiane.⁴⁴ L'analisi della situazione dei MNA che proseguono il loro viaggio oltre i confini italiani senza affidarsi ai meccanismi a tal scopo preposti ha mostrato come spesso la spinta ad abbandonare il nostro Paese sia dovuta alla sfiducia nel nostro sistema di protezione. Diffidenza maturata, in particolare, a causa delle difficoltà che i minori riscontrano sin dall'arrivo, soprattutto riguardo ai problemi di comprensione dei meccanismi di cui potrebbero avvalersi per raggiungere familiari residenti in altri Paesi ovvero per tornare a casa senza correre alcun rischio. Alla diffidenza iniziale segue lo sconforto e il senso di abbandono, che conducono ad affidarsi in ultima istanza a metodi non “strutturati” per proseguire il viaggio in Stati esteri: è necessario, pertanto, che il “sistema” della tutela volontaria sia predisposto progressivamente con un respiro ampio, in maniera che, sin dall'identificazione del minore straniero non accompagnato, faccia leva su logiche proprie sia del diritto dell'immigrazione che del diritto internazionale privato, in un'ottica unitaria.

L'esigenza di un approccio integrato e trasversale – anche nella prospettiva del diritto – alla storia dei minori stranieri non accompagnati si mostra quanto più necessario con riferimento alla situazione dei MNA che guardano all'Italia come Paese di transito: tutte le misure di protezione richiedono una rivisitazione in chiave transfrontaliera, in considerazione degli elementi di internazionalità che caratterizzano la migrazione.

Pertanto, al momento dell'apertura della tutela volontaria dinanzi al tribunale per i minorenni in cui si trova il ragazzo, il decreto di nomina dovrebbe recare indicazione della base giuridica per cui è individuata la propria competenza giurisdizionale. La logica cui attenersi è quella che precede l'individuazione del giudice competente ai sensi del menzionato regolamento n.

43 L'Autorità garante ha altresì verificato il rilievo che riveste il tutore volontario nel sistema di protezione e accoglienza dei minori stranieri non accompagnati nei corsi di formazione svolti, da settembre 2017 ad oggi, nelle regioni prive di garante e, più recentemente, nel contesto della nuova competenza attribuita dal d.lgs. n. 220/2017 nell'ambito del progetto FAMI volto al “Monitoraggio della tutela volontaria per minori stranieri non accompagnati in attuazione dell'art. 11, legge 47/2017”.

44 AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA, *I movimenti dei minori non accompagnati alle frontiere settentrionali. Documento di studio e proposta*, 2019, disponibile sul sito www.garanteinfanzia.org.



2201/2003, che include, nel proprio ambito di applicazione materiale l'attribuzione, l'esercizio, la delega, la revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale, includendo in questo scenario “la tutela, la curatela ed altri istituti analoghi” (art. 1, par. 2, lett. b)). Il regolamento 2019/1111, che lo sostituirà a partire dal 1° agosto 2022, chiarisce espressamente che la regola sulla giurisdizione basata sulla presenza del minore laddove non sia possibile individuarne la residenza abituale dovrebbe applicarsi altresì ai minori rifugiati e ai minori sfollati a livello internazionale a causa di disordini nei rispettivi *Stati membri* di residenza abituale. Laddove, tuttavia, prima dello sfollamento il minore risiedesse abitualmente in un Paese terzo, si dovrebbe applicare la norma di competenza relativa ai minori rifugiati e sfollati a livello internazionale di cui alla Convenzione dell'Aja del 1996 (considerando 25 del preambolo).

La funzione tutoria è informata ad un'imprescindibile logica di prossimità: laddove il minore si sposti, è necessario trasferire la tutela in capo al nuovo tutore volontario più vicino al ragazzo. Non è chiaro come si articoli la procedura di trasferimento sul territorio italiano,⁴⁵ in ogni caso, ad oggi, le riflessioni intorno alle modalità del trasferimento della tutela non vanno oltre i confini del Paese. Tuttavia, nel caso in cui il minore straniero non accompagnato voglia ricongiungersi all'estero con un familiare, lo *status* di tutore volontario dovrebbe essere reso fruibile anche nello Stato di destinazione, per il tempo necessario al trasferimento transfrontaliero della tutela sino a quando non ne sia nominato un altro.⁴⁶ sarebbe questa la prerogativa del certificato previsto all'art. 40 della Convenzione dell'Aja del 1996, un certificato avente valore probatorio e riconosciuto in tutti gli Stati contraenti che eviterebbe costi e controversie.

5. Considerazioni conclusive e prospettive future

Nel quadro dell'attuazione dei diritti sanciti nella CRC, il discorso intorno alla natura strumentale del diritto internazionale privato al raggiungimento di obiettivi propri del diritto dell'immigrazione mostra scenari di sviluppo

⁴⁵ AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA, *I movimenti dei minori non accompagnati alle frontiere settentrionali. Documento di studio e proposta*, cit., p. 33.

⁴⁶ In una diversa prospettiva, v. L.F. PERIS CANCIO, *Tutela senza confini per i minori non accompagnati*, 2018, Maggioli.



che si stagliano almeno su due piani.

Da un lato, e nella prospettiva della cooperazione “sostanziale” tra Stati, il Consiglio d’Europa sta elaborando due raccomandazioni dedicate alla tutela legale e all’accertamento dell’età dei minori stranieri non accompagnati:⁴⁷ entrambe, nel rafforzare la considerazione che gli Stati parte devono avere nei confronti dei diritti delle persone di minore età in situazioni migratorie, prospettano anche soluzioni di diritto internazionale privato (ad esempio, il riconoscimento di decisioni di attribuzione dell’età all’esito di un accertamento giudiziale). Soprattutto sul tema della tutela legale dei MNA, a livello di cooperazione “informale”, invece, prosegue l’*iter* verso la creazione di una *European Guardianship Network*, preannunciata dalla Commissione europea nel 2017,⁴⁸ volta a favorire lo sviluppo e lo scambio di buone prassi e orientamenti in materia. Il mandato, le funzioni e gli obiettivi della rete saranno definiti anche sulla scorta dell’esperienza sviluppata nel contesto della rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale,⁴⁹ e potrà avvalersi, altresì, dell’esperienza di cooperazione “amministrativa” maturata in seno alle autorità centrali nazionali designate sulla base degli strumenti di diritto internazionale privato rilevanti (in particolare, il regolamento n. 2201/2003 e la Convenzione dell’Aja del 1996).⁵⁰

Nella prospettiva italiana, le riflessioni svolte di sopra, che illustrano come vi sia stata un’evoluzione consistente intorno all’idea di interconnessione e strumentalità tra le due discipline, suggeriscono tuttavia che tanto ancora rimane da fare.

A livello di attuazione normativa (da parte delle istituzioni), bisogna cer-

47 Dal settembre 2016, in seno al Consiglio d’Europa è stato istituito un Comitato (*Ad hoc Committee on the Rights of the Child* – CAHENF) per vegliare sull’attuazione della Strategia sui diritti dell’infanzia per il periodo 2016-2021. Il CAHENF ha articolato il lavoro in due gruppi: il gruppo redazionale CAHENF-*Safeguard*, dedicato al tema della protezione dei minori nei contesti migratori e CAHENF-IT, dedicato ai diritti dei minori nell’ambiente digitale, con l’obiettivo di raccogliere *best practice* ed elaborare strumenti di *soft law*.

48 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *La protezione dei minori migranti*, 12 aprile 2017, COM(2017) 211 final.

49 Su cui v. P. FRANZINA, “Il ruolo della rete giudiziaria europea nell’applicazione e nello sviluppo degli strumenti della cooperazione giudiziaria in materia civile”, in *Verso un “ordine comunitario” del processo civile. Pluralità di modelli e tecniche processuali nello spazio europeo di giustizia - Atti del Convegno interinale 2007 della Società Italiana di Diritto Internazionale (SIDI)*, a cura di N. Boschiero e P. Bertoli, 2008, p. 185 ss.

50 V. considerando 25 del regolamento n. 2201/2003 e considerando 86 del regolamento 2019/1111.



tamente “investire” di più nella Convenzione dell’Aja del 1996. L’Italia ha designato come corrispondente autorità centrale la Presidenza del Consiglio dei ministri (senza però comunicare alcunché alla Conferenza dell’Aja, che non ha potuto darne notizia sul sito):⁵¹ ad oggi, tuttavia, tale competenza non è stata attivata e l’autorità centrale non risulta operativa. Sarebbe tuttavia opportuno che, per motivi di uniformità ed efficienza, anche amministrativa, le autorità centrali italiane siano concentrate in capo ad un unico ministero e, nella specie, al Ministero della giustizia.⁵²

Nella Convenzione del 1996 (ma anche negli strumenti di cooperazione giudiziaria dell’UE applicabili) bisogna investire anche a livello operativo, ossia nella prospettiva dei soggetti coinvolti nell’applicazione di tali strumenti (magistrati e avvocati, ma anche operatori delle comunità di accoglienza, assistenti sociali, psicologi etc.).⁵³ L’applicazione di uno strumento normativo passa attraverso la diffusione della sua conoscenza: è indispensabile promuovere la sensibilizzazione, nei confronti di tutti gli operatori coinvolti nel sistema di protezione dei minori stranieri non accompagnati, sui meccanismi su cui poggiano tali strumenti, in modo tale da incoraggiarli, sin dalla loro formazione, ad un approccio sinergico tra diritto internazionale privato e diritto dell’immigrazione, come unico “sistema integrato”.

In questo quadro in movimento, in cui alle conquiste si alternano altrettante sfide sul piano dell’efficacia della CRC, l’Autorità garante per l’infanzia e l’adolescenza riveste in prospettiva un ruolo di impulso, nella cornice delle competenze attribuitele.⁵⁴ Nello scenario della futura *European Network*

51 V. qui: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/authorities1/?cid=70> (ultimo accesso il 20 ottobre 2019).

52 Necessità, questa, segnalata dall’Autorità garante per l’infanzia e l’adolescenza nel primo parere al V e VI rapporto governativo al Comitato sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza ai sensi dell’art. 3, comma 1, lett. i) della propria legge istitutiva, disponibile al sito <http://www.garanteinfanzia.org>. Il nuovo regolamento 2019/1111 rafforza il ruolo delle autorità centrali, suggerendone una migliore efficienza prevede invero che “[g]li Stati membri dovrebbero prendere in considerazione la possibilità di designare per il presente regolamento la stessa autorità centrale designata per le convenzioni dell’Aia del 1980 e del 1996. Gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché le autorità centrali siano dotate di risorse finanziarie e umane adeguate per poter adempiere ai compiti loro incombenti a norma del presente regolamento” (considerando 72).

53 J. WILLIAMS, “The Role of Professions in Effective Implementation of the CRC”, in *The United Nations Convention on the Rights of the Child. Taking Stock After 25 Years and Looking Ahead*, cit., p. 142 ss.

54 Sulle competenze dell’Autorità garante per l’infanzia e l’adolescenza, v. F. ALBANO, “L’Autorità garante per l’infanzia e l’adolescenza: una realtà in divenire”, in *Minorigiusti-*



on *Guardianship*, in ragione della competenza al monitoraggio del “sistema” di tutela volontaria *ex art. 11 l. n. 47/2017* a seguito della novella del d.lgs. n. 220/2017, l’Autorità garante potrebbe parteciparvi in qualità di *Guardianship Authority*. Ma soprattutto, l’Autorità garante potrebbe contribuire con corsi di formazione (in collaborazione con le università e gli ordini professionali) ed eventi di diffusione, allo “scatto culturale” che favorisca una lettura congiunta del diritto internazionale privato e del diritto dell’immigrazione, con l’obiettivo ultimo di attuare efficacemente il principio del superiore interesse della persona di minore età in contesti caratterizzati da uno o più elementi di transnazionalità e, dunque, per definizione migratori.

zia, 3/2018, pp. 98-106, nonché il contributo di F. ALBANO in questo volume. V. anche V. SEDLETZKI, “Closing the Gap between Social and Formal Accountability: Exploring the Role of Independent Human Rights Institutions for Children”, in *The United Nations Convention on the Rights of the Child. Taking Stock After 25 Years and Looking Ahead*, cit., p. 166 ss.

L'AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA A TRENT'ANNI DALL'ADOZIONE DELLA CRC: BILANCI E PROSPETTIVE

FILOMENA ALBANO ¹

Sommario: 1. Introduzione: un'Autorità dinamica. – 2. Struttura, compiti, facoltà e “poteri” dell'Autorità garante, anche alla luce di una lettura evolutiva della l. n. 112/2011. – 3. Le nuove competenze. – 4. Criticità aperte e prospettive future.

1. Introduzione: un'Autorità dinamica

Il 20 novembre 2019, la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (di seguito “Convenzione” o “CRC”) celebra trent'anni. È anche nel quadro di questo importante anniversario che si rende opportuna una riflessione intorno all'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza (di seguito anche “Autorità garante” o “Agi”),² l'istituzione

¹ Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza. Il presente contributo costituisce uno sviluppo dell'articolo “L'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza: una realtà in divenire” comparso in *Minorigiustizia*, 3/2018, pp. 98-106.

² Ogni informazione relativa all'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza è reperibile sul sito ufficiale www.garanteinfanzia.org. Per un commento alla legge istitutiva, alle funzioni e alla struttura dell'Autorità garante v. tra gli altri: P. DE STEFANI, L. STRUMENDO, “Il Garante dell'infanzia e dell'adolescenza”, in P. Zatti, IV (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, Giuffrè, 2012, p. 257 ss.; R. FUSTANEO, “I diritti civili dei minori dopo l'istituzione dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza”, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2013, p. 451 ss.; L. LENTI, “L'autorità garante dei diritti dei minori: vicende e prospettive”, in *La mediazione per la garanzia dei diritti dei bambini. L'esperienza dell'ufficio del Pubblico Tutore dei minori del Veneto*, a cura di L. Strumendo, C. Arnosti, M. Bonamici, Milano, 2009, pp. 13-33; G. MORANI, “Un nuovo organo monocratico, autonomo e indipendente: l'Autorità garante dell'infanzia e dell'adolescenza”, in *Il diritto della famiglia e delle persone*, 2012, p. 490 ss.; A. NEGRI, “Il Garante dell'infanzia e dell'adolescenza (l. 12 luglio 2011, n. 112)”, in *Studium Juris*, 2012, p. 402 ss. In una prospettiva internazionale, v. V. SEDLETZKI, “Closing the Gaps between Social and Formal Accountability: Exploring the Role of Independent Hu-



volta a salvaguardarne e promuoverne, in Italia, l'effettiva e corretta applicazione.

La necessità di un organismo nazionale indipendente a garanzia dei diritti delle persone di minore età trae origine dalla Convenzione e in particolare dalla raccomandazione del Comitato preposto al suo monitoraggio e previsto dalla stessa convenzione (art. 43) che, nel Commento generale n. 2 (2002) sul ruolo delle istituzioni indipendenti per i diritti umani per la promozione e la tutela dei diritti dell'infanzia, richiama tale impegno tra quelli assunti dagli Stati che l'hanno ratificata.

In risposta a questa esigenza espressa in ambito internazionale, a distanza di quasi vent'anni dalla legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione nel nostro Paese, è stata istituita l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza (con legge 11 luglio 2011, n. 112, d'ora in avanti anche "legge istitutiva"),³ con l'obiettivo di tutelare e promuovere i diritti e gli interessi delle persone di minore età presenti nel nostro Paese, a prescindere dalla loro origine nazionale, etnica o sociale.

Dalla sua creazione, tante cose sono cambiate.

Il contesto normativo di riferimento si è progressivamente allargato, poiché alla legge istitutiva si sono aggiunte norme che ne hanno ampliato le competenze e, in parte, modificato la struttura,⁴ e si sono consolidate e intensificate le attività collegate alle competenze originarie.⁵

L'Autorità garante si definisce progressivamente, permeata dalla stessa liquidità che ripercorre la realtà post-moderna⁶ e, pur assecondandone il movimento, rimane ancorata ai diritti previsti dalla Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Assume oggi un ruolo ancora più significativo, in un'era come l'attuale – orfana del concetto tradizionale di "spazio" inteso come territorio – nella quale i diritti rischiano di dilatarsi e scomparire:⁷ con la sua dimensione istituzionale, essa abbraccia il linguaggio universale dei

man Rights Institutions for Children", in *The United Nations Convention on the Rights of the Child. Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead*, a cura di T. Liefwaard and J. Sloth-Nielsen, 2017, Brill|Nijhoff, p. 166 ss.

3 In GU n. 166 del 19 luglio 2011.

4 V. *infra*, par. 3.

5 V. *infra*, par. 2. Il graduale intensificarsi delle attività è evidente se si guarda al progresso delle Relazioni che l'Autorità presenta al Parlamento entro il 30 aprile di ogni anno, con riferimento all'anno solare precedente (art. 3, comma 1, lett. p) della l. n. 112/2011).

6 Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma, 2002.

7 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012.



diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e li traduce sul piano dell'effettività.

Tuttavia, se tante cose sono cambiate, altrettante ancora devono cambiare.⁸

A quasi dieci anni dalla sua istituzione, l'Autorità garante deve attuare un consistente numero di competenze con esigue risorse umane, strumentali e finanziarie.

I poteri e i compiti di cui risulta titolare, il più delle volte, si inseriscono nell'ambito di un rapporto che richiede di essere procedimentalizzato, non risultando in alcun modo strutturato il raccordo con i soggetti destinatari delle azioni. Tutto ciò segna profondamente il modo di agire dell'Autorità garante e comporta un impegno immenso non solo per conoscere e monitorare le azioni avviate dagli altri soggetti (tavoli di lavoro, osservatori, procedimenti normativi e altro), ma anche per esercitare efficacemente le competenze di cui è titolare.

La mancanza di ruolo organico e l'assenza di poteri cogenti rischiano di pregiudicare autonomia e indipendenza dell'Autorità garante ed incidono negativamente sull'efficacia della sua azione. Il riconoscimento del proprio ruolo di autorità terza e indipendente non è completato e il profilo di indipendenza deve essere rafforzato. Preoccupazione, questa, fatta propria anche dal Comitato Onu sui diritti dell'infanzia e l'adolescenza nelle raccomandazioni indirizzate all'Italia a febbraio 2019.⁹

Muovendo da tali premesse, questo contributo illustra lo sviluppo delle competenze attribuite all'Autorità garante sin dalla sua legge istitutiva, soffermandosi sulle criticità riscontrate nell'attuazione e "assestamento" di tali funzioni e si apre a scenari futuri.

2. Struttura, compiti, facoltà e "poteri" dell'Autorità garante, anche alla luce di una lettura evolutiva della l. n. 112/2011

L'Autorità garante è l'unica amministrazione indipendente monocratica in Italia,¹⁰ il cui titolare è nominato con determinazione adottata d'intesa dai

⁸ V. *infra*, par. 4.

⁹ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Italy*, 28 February 2019, CRC/C/ITA/CO/5-6.

¹⁰ La struttura organizzativa dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza è stata modificata, per ragioni di razionalizzazione delle risorse, con decreto del Garante n. 33/2013 e



Presidenti della Camera e del Senato.¹¹

È un'Autorità garante che opera “con poteri autonomi di organizzazione, con indipendenza amministrativa e senza vincoli di subordinazione gerarchica” (art. 1 della legge istitutiva) e che non risulta incardinata nell'organizzazione del Governo di cui, pertanto, non costituisce espressione.

La legge istitutiva indica i requisiti di indipendenza del titolare dell'Autorità garante e stabilisce la durata del mandato in quattro anni.¹² La legge istitutiva prevede la rinnovabilità dell'incarico per una sola volta. Tuttavia, tale possibilità è superata dall'art. 23, comma 3, del dl 6 dicembre 2011 n. 201, convertito con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214, che ha uniformato la disciplina del mandato dei componenti delle Autorità indipendenti, stabilendo la non rinnovabilità delle cariche di vertice, in ossequio ai canoni di indipendenza e imparzialità

L'Ufficio è composto da dipendenti di ministeri o di altre amministrazioni pubbliche in posizione di comando nel numero massimo di dieci unità, temporaneamente aumentato (sino al 31 dicembre 2020) a venti unità;¹³ la sede e i locali sono messi a disposizione dalla Presidenza del Consiglio dei ministri (art. 5).

La lettura combinata degli articoli 3 e 4 della legge istitutiva delinea, sia pure in modo ampio ed elastico, lo spettro dei compiti posti in capo all'Autorità garante che, in estrema sintesi, possono essere ricondotti a due principali linee di azione: la promozione, da un lato, e la verifica, dall'altro, della piena attuazione dei diritti e degli interessi delle persone di minore età.

Alcuni compiti hanno un contenuto generico (l'Autorità garante “promuove”, “verifica”, “diffonde”, “favorisce”); altri sono definiti in modo più puntuale e specifico (l'Autorità garante: “diffonde la cultura della mediazione”; “formula osservazioni e proposte sull'individuazione dei livelli es-

risulta connotata da un modello basato su un unico ufficio di diretto supporto al Garante, a sua volta articolato in quattro aree organizzative (Segreteria del Garante; Area diritti; Affari generali; Stampa e Comunicazione). Per uno sguardo d'insieme v. la Relazione svolta dalla Corte dei conti, *La gestione dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza (2014-2016)*, Deliberazione 29 gennaio 2018, n. 2/2018/G, reperibile *online*.

11 Si veda, da ultimo, la determinazione del 3 marzo 2016 del Presidente del Senato della Repubblica e della Presidente della Camera dei Deputati, in GU n. 53 del 4 marzo 2016.

12 “Il titolare dell'Autorità garante dura in carica quattro anni e il suo mandato è rinnovabile una sola volta” (art. 2, comma 2); il comma 3 dello stesso articolo sancisce l'incompatibilità professionale del titolare con ogni altra attività professionale, imprenditoriale o di consulenza.

13 Art. 1, comma 216, legge 27 dicembre 2017, n. 205.



senziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”; “predisporre il parere sul rapporto che il Governo presenta periodicamente al Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza”; “presenta annualmente una relazione sull'attività svolta”).

Per realizzare queste azioni, la legge istitutiva le attribuisce specifici strumenti, tra cui la possibilità di promuovere studi e ricerche a livello nazionale, chiedere informazioni, accedere a banche dati e archivi, fare delle proposte per rafforzare l'apparato legislativo relativo all'esercizio dei diritti dei minori e procedere a visite e ispezioni nei luoghi in cui siano presenti persone di minore età, queste ultime purché previamente concordate con le amministrazioni competenti.

Nei fatti, l'Autorità garante svolge un ruolo che comporta la costante valutazione dello stato di attuazione dei diritti fondamentali delle persone di minore età attraverso atti c.d. di *soft law*, che perseguono un obiettivo di *moral suasion* e indirizzano l'azione delle istituzioni, sul piano normativo e dell'azione del governo.

A tal fine, la legge istitutiva le attribuisce un incisivo potere di segnalazione di ogni iniziativa volta ad assicurare la piena promozione dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza con particolare riferimento al diritto alla famiglia, all'educazione, all'istruzione, alla salute. L'Autorità garante segnala altresì situazioni nelle quali ravvisi la violazione, o un rischio di violazione, di tali diritti. Tali segnalazioni hanno come destinatari il governo, le regioni, gli enti locali e territoriali interessati, la procura della Repubblica e gli organismi a cui è attribuito il potere di controllo o di sanzione.

L'azione di indirizzo si rivolge anche agli organi che esercitano il potere legislativo: l'Autorità garante esprime il proprio parere sugli atti normativi del governo e sui progetti di legge all'esame delle Camere che riguardano il settore dell'infanzia e dell'adolescenza. Infine, esercita una funzione di indirizzo anche in ambito internazionale, attraverso la predisposizione del proprio parere sul rapporto che il governo periodicamente presenta al Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, nonché attraverso la partecipazione a consessi europei da cui originano linee-guida e raccomandazioni volte a indirizzare le azioni e le politiche degli Stati.

Tuttavia, se è vero che le sono affidati molti compiti e viene dotata di vari strumenti, è altrettanto vero che una mera interpretazione letterale di tali disposizioni difficilmente consente di attribuirle, come vedremo, veri e propri



poteri.¹⁴ L'elasticità con cui sono redatti tali articoli consente, da una parte, di costituire un sostrato operativo adeguato al perseguimento dello scopo generale di “assicurare piena attuazione e la tutela dei diritti e degli interessi delle persone di minore età” (art. 1, comma 1); dall'altra, essa rischia di pregiudicare l'incisività del ruolo dell'Autorità garante stessa, la quale, priva di un'organizzazione e di un sistema strutturato, deve definire, volta per volta e con le poche risorse a disposizione, i propri interventi. Ciò è tanto più chiaro se si pensi che la partecipazione dell'Autorità garante, ad esempio, all'adozione di atti normativi nell'ambito di competenza, è prevista in forma di possibilità e solo dalla propria legge istitutiva, non altrove.¹⁵

L'Autorità garante ha messo a punto le proprie competenze e le facoltà verificandone l'efficace esecuzione e, nel tempo, consolidando una prassi attuativa che, in parte, ha scalfito la lettera della norma, conferendole maggiore incisività. Quest'opera di assestamento, che ha progressivamente sviluppato sia pure in forma non strutturata una rete necessaria, non solo istituzionale, intorno all'Autorità garante, ha consentito di affermarne la figura e di rafforzare la consapevolezza circa la sua esistenza. Tuttavia, il ruolo da essa ricoperto all'interno del sistema italiano è ancora in via di definizione e richiede un'ulteriore opera di sistematizzazione. Si è ritenuto opportuno prendere ad esempio alcuni ambiti di intervento entro i quali si è sviluppata l'attività dell'Autorità garante, per poi analizzarne le criticità.

A livello internazionale, nel 2017, l'Autorità garante ha espresso per la prima volta il proprio parere sul rapporto che il Governo presenta periodicamente al Comitato ONU sui diritti dell'infanzia e l'adolescenza: come previsto dalla l. n. 112/2011, il parere è stato allegato al rapporto.¹⁶ La stesura e l'invio del parere al Comitato hanno richiesto uno stretto dialogo tra le amministrazioni dello Stato competenti e l'audizione che ha seguito la trasmissione del parere, nel giugno 2018, ha costituito occasione per rafforzare la

¹⁴ L'art. 3 è rubricato “Competenze dell'Autorità garante. Istituzione e compiti della Conferenza nazionale per la garanzia dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza”; l'art. 4 reca il titolo “Informazioni, accertamenti e controlli”.

¹⁵ L'art. 3, comma 3, della l. n. 112/2011 stabilisce che “[l]'Autorità garante può esprimere pareri al Governo sui disegni di legge del Governo medesimo nonché sui progetti di legge all'esame delle Camere e sugli atti normativi del Governo in materia di tutela dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza” - il corsivo è aggiunto).

¹⁶ Il parere, pubblicato in inglese sul sito del Comitato ONU (www.ohchr.org), è reperibile in italiano – oltreché sul sito dell'Autorità garante – come appendice alla Relazione parlamentare per l'attività condotta nel 2017, presentata al Senato il 13 giugno 2018 (p. 114 ss.).



sinergia con la società civile con cui l'Autorità garante si è pure confrontata.

A livello interno, si è registrata la partecipazione, da parte dell'Autorità garante e solo grazie ad una capillare opera di monitoraggio dell'attività normativa, al processo di adozione degli atti normativi del Parlamento e del Governo in tema di infanzia e adolescenza. Molti progetti hanno inoltre assicurato forme idonee di partecipazione dei ragazzi,¹⁷ rafforzando altresì il metodo di ascolto istituzionale dell'Autorità.¹⁸

Da ultimo, ma non per questo meno rilevante, merita una menzione l'attività della Conferenza nazionale per la garanzia dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (“Conferenza di garanzia”), presieduta dall'Autorità garante e composta dai garanti delle regioni e delle province autonome, o da figure analoghe, che le regioni possono istituire con i medesimi requisiti di indipendenza, autonomia e competenza esclusiva in materia di infanzia e adolescenza previsti per l'Autorità garante (art. 3, commi 6 e 7, l. n. 112/2011).

La nascita dell'Autorità garante è avvenuta in un contesto istituzionale composito di garanti territoriali istituiti da apposite leggi, in quasi tutte le regioni e le province autonome, impegnati nell'attuazione dei diritti delle persone di minore età. In considerazione di ciò, il Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, nelle osservazioni conclusive adottate nel 2003¹⁹, ha raccomandato all'Italia di sviluppare “appropriati raccordi tra le istituzioni nazionali e regionali” (par. 15). Ciononostante, la legge istitutiva ha previsto solo che l'Autorità garante assicuri “idonee forme di collaborazione”, nel rispetto delle competenze e dell'autonomia organizzativa delle regioni, delle province autonome di Trento e di Bolzano (art. 3, comma 6) e, su queste basi e a tal fine, ha istituito la Conferenza di garanzia, cui è affidato esclusivamente il compito di promuovere “linee comuni di azione dei garanti regionali”, da adottarsi all'unanimità, nonché di consentire “lo scambio di dati e in-

¹⁷ Tra le tante iniziative condotte dall'Autorità garante, merita particolare menzione la Consulta dei ragazzi, istituita nel 2018 e composta da diciotto ragazzi – nove maschi e nove femmine – provenienti da scuole medie e superiori, rappresentanze studentesche, gruppi scout, oratori e federazioni sportive; tra loro anche un minore straniero non accompagnato. Il primo tema di confronto ha avuto ad oggetto l'età minima del consenso per i minorenni al trattamento dei dati personali, in particolare quando si iscrivono a un servizio sul web, ed i risultati del ciclo di audizioni sono confluiti nel parere inviato alle istituzioni. Tutti i progetti dell'Autorità garante sono reperibili *online*.

¹⁸ Art. 3, comma 1, lett. d).

¹⁹ Comitato sui diritti dell'infanzia. Osservazioni conclusive 2003. Analisi del rapporto presentato dall'Italia ai sensi dell'art. 44 della Convenzione, sui diritti dell'infanzia.



formazioni riguardanti la condizione delle persone di minore età”. Pertanto, diversamente da quanto richiesto dal Comitato, attualmente non esiste uno specifico raccordo fra le figure di garanzia territoriali e l’Autorità garante.

Situazione, questa, resa ancora più complessa dall’assenza di un quadro omogeneo di competenze degli organismi di garanzia territoriali, nonché dei requisiti di nomina. L’esame delle leggi istitutive dei garanti territoriali evidenzia invero che tali figure di garanzia spesso non possiedono i medesimi requisiti di “indipendenza, autonomia e competenza esclusiva in materia di infanzia e adolescenza previsti per l’Autorità garante”, diversamente da quanto prevede, invece, la legge n. 112/2011. Inoltre non tutti i garanti territoriali sono dotati di autonomia organizzativa e finanziaria e a volte risultano incardinati nell’ambito organizzativo del consiglio ovvero, in taluni casi, della rispettiva giunta.

Da ciò l’esigenza di dare effettiva attuazione alla legge n. 112/2011, prevedendo quantomeno un allineamento delle normative regionali e delle province autonome in merito ai suddetti requisiti, tra di loro e con quella nazionale, ma anche per definire in modo chiaro le competenze loro attribuite ed evitare così eventuali sovrapposizioni.

3. Le nuove competenze

Le competenze attribuite all’Autorità garante dalla propria legge istitutiva sono state ampliate con l’adozione della l. 7 aprile 2017, n. 47 recante disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati (anche “MNA”)²⁰ e della l. 29 maggio 2017, n. 71 recante dispo-

²⁰ In GU n. 93 del 21 aprile 2017. Sulle competenze attribuite dalla l. n. 47/2017 all’Autorità garante v. già F. ALBANO, “Minori stranieri non accompagnati nella prospettiva dell’Autorità garante per l’infanzia e l’adolescenza”, in *Minorigiustizia*, 2017, p. 55 ss. Per alcuni commenti alla l. n. 47/2017, v. tra gli altri, C. CASONE, “Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/17 (disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati): luci ed ombre”, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, consultabile *online*; A. DEL GUERCIO, “I minori non accompagnati nel diritto europeo tra obblighi di protezione e diritti negati”, in *Minorigiustizia*, 2017, p. 138 ss.; M.L. TOMASELLI, “Prime note sulla legge 4 aprile 2017, n. 47, in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati”, in *Immigrazione.it*, 19 maggio 2017; R. MASONI, “Protezione dei minori stranieri non accompagnati nella l. n. 47/2017: un primo commento”, in *Persona & Danno*, 13 maggio 2017, consultabile *online*. In particolare, sull’accertamento dell’età, v. E. DI NAPOLI, *Riflessioni a margine della “nuova” procedura di accertamento dell’età del minore straniero non accompagnato ai sensi dell’art. 5 della l. n. 47/2017*, in *Diritto, Cittadinanza e Immigrazione*, 2017, disponibile *online*; J. MOYERSON, *Minori non accompagnati: l’articolata ed ostica questione dell’accertamento*



sizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo.²¹

La l. n. 47/2017 ha attribuito una competenza diretta ai garanti preposti alla tutela dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza nelle rispettive regioni e province autonome, nonché, in via temporanea nelle regioni prive di garante, all'Autorità garante. Anche la legge n. 47/2017 è testimonianza di una realtà giuridica in movimento, che accompagna lo spostamento dei flussi migratori minorili e predispone “in corsa” i suoi strumenti. Che tale disciplina sia in divenire e che richieda una concreta attuazione perché se ne possa verificare l'efficacia ed affinarne i meccanismi, lo testimonia la novella apportata con il d.lgs. 22 dicembre 2017, n. 220²² che – a soli sei mesi dalla sua entrata in vigore – l'ha modificata significativamente.

La centrale novità della l. n. 47/2017 risiede nel suo art. 11, che istituisce elenchi di tutori volontari presso i tribunali per i minorenni.²³ I tutori volontari sono privati cittadini “selezionati e adeguatamente formati da parte dei garanti regionali e delle province autonome di Trento e di Bolzano per l'infanzia e l'adolescenza, disponibili ad assumere la tutela di un minore straniero non accompagnato o di più minori, nel numero massimo di tre”. Laddove non vi sia il garante territoriale, è competente nella selezione e formazione l'Autorità garante, con il supporto di associazioni esperte nel settore delle migrazioni e dei minori, nonché degli enti locali, dei consigli degli ordini professionali e delle università; il d.lgs. n. 220/2017 ha previsto altresì la competenza dell'Autorità garante nel monitoraggio dell'attuazione dell'art. 11. In ragione delle menzionate competenze, la legge di stabilità ha attribuito all'Autorità garante la possibilità di avvalersi, temporaneamente, di ulteriori dieci unità di personale in posizione di comando.²⁴

dell'età, in *Minorigiustizia*, 2017, p. 78 ss.; E. ROZZI, *L'accertamento dell'età e l'accoglienza dei minori non accompagnati all'esame della Corte Edu*, *ibid.*, p. 220 ss.

21 In GU n. 127 del 3 giugno 2017.

22 In GU n. 12 del 16 gennaio 2018.

23 F. ALBANO, “La tutela volontaria dei minori stranieri non accompagnati. Un istituto in evoluzione”, in *La Magistratura*, 2018, p. 40 ss.; E. DI NAPOLI, “La tutela volontaria dopo la legge n. 47/2017”, in *La protezione dei minori non accompagnati al centro del dibattito europeo ed italiano. Atti del workshop Ferrara 26 novembre 2017*, a cura di A. Annoni, Jovene, 2018, p. 73 ss.

24 Legge 27 dicembre 2017, n. 205, Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020 (in GU n. 302 del 29 dicembre 2017).



4. Criticità aperte e prospettive future

Alla luce dell'interpretazione evolutiva del quadro normativo entro il quale si colloca e opera l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, sono essenzialmente due i piani sui quali appare opportuno sollecitare un intervento legislativo: il livello strutturale e il livello operativo, inerente, quest'ultimo, ai suoi poteri e alle azioni che da essi derivano. Entrambi i livelli risultano strettamente collegati ai profili di indipendenza e autonomia. Anche su questi aspetti è recentemente intervenuto il Comitato ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, che – richiamando precedenti osservazioni – ha raccomandato all'Italia di provvedere ad attribuire completa indipendenza e autonomia all'Autorità garante e di aumentarne le risorse umane, tecniche e finanziarie.²⁵

In coerenza con tali raccomandazioni e con quanto espresso dall'Autorità garante nelle ultime relazioni parlamentari, è urgente e necessario completare il percorso avviato nel 2011 con la legge istitutiva, attraverso il rafforzamento del ruolo di autorità terza e indipendente.

Sul piano strutturale, le criticità aperte riguardano il profilo finanziario, organizzativo nonché il piano relativo al personale. Invero, nonostante il bilancio sia autonomo, le spese per il funzionamento dell'Ufficio dell'Autorità garante sono a carico di un fondo *ad hoc* stanziato nel bilancio della Presidenza del Consiglio dei ministri. Anche il regolamento di organizzazione è definito con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri e non con provvedimento proprio.

Prioritariamente, si rende pertanto necessario potenziare l'Ufficio attraverso la costituzione di un ruolo organico dotato di risorse umane stabili e adeguate, in grado di garantire continuità all'azione dell'Autorità garante ed evitare le fisiologiche interruzioni che attualmente si verificano a causa dell'avvicendamento del personale.

Inoltre, la figura dell'Autorità garante dovrebbe, al pari delle altre autorità indipendenti e in aderenza alle raccomandazioni del Comitato, avere natura collegiale. Dovrebbe altresì durare in carica almeno cinque anni senza possibilità di rinnovo.

²⁵ “Independent monitoring: The Committee recalls its previous recommendation (CRC/C/ITA/CO/3-4, para. 13), and recommends that the State party: (a) Provide full independence and autonomy to the Authority for Children and Adolescents; (b) Increase the human, technical and financial resources for the Authority ...” (par. 10).



Quanto al piano operativo, le più volte lamentate limitazioni dell'autonomia e indipendenza fanno riferimento al potere regolamentare riconosciuto sia in termini di organizzazione interna, come detto, che di disciplina del settore di competenza. In effetti, l'Autorità garante, pur titolare di un potere/dovere di segnalazione nei confronti del Governo e degli enti locali, si muove sui binari della *moral suasion* e opera con strumenti di *soft law*. L'intervento legislativo richiesto dovrebbe riconoscere una forza maggiore all'azione dell'Autorità garante e conferire incisività ai suoi atti, strutturandone la partecipazione al processo legislativo e dotandola, ad esempio, di poteri di visita senza necessità di previa autorizzazione. Al medesimo fine sarebbe inoltre necessario rendere obbligatoria la richiesta del parere dell'Autorità garante sugli atti normativi in corso di adozione e sugli atti di amministrazione attiva volti a definire le politiche dell'infanzia e dell'adolescenza e prevedere, sia in questi casi così come per le segnalazioni e le proposte espresse dall'Autorità garante *motu proprio*, l'obbligo in capo ai destinatari di motivare, entro un tempo definito, le ragioni per cui se ne discostano.

Considerata la posizione di terzietà, l'alta specializzazione acquisita nel corso degli anni sulle questioni che riguardano l'infanzia e l'adolescenza e in aderenza alle raccomandazioni del Comitato²⁶, l'Autorità garante dovrebbe poter sostenere le persone di minore età che sono parte di un procedimento giudiziario e intervenire liberamente in giudizio, fornendo consulenze su questioni inerenti i diritti dell'infanzia in qualità di *amicus curiae* o di interveniente.

Si colloca ancora sul piano operativo la riflessione sull'attuale assetto distributivo delle competenze tra Autorità garante e garanti territoriali. In questo contesto e come già detto, l'art. 3, comma 6, della l. n. 112/2011, istitutivo della Conferenza di garanzia, rammenta la possibilità per le regioni e le province autonome di istituire i rispettivi garanti “con i medesimi requisiti di indipendenza, autonomia e competenza esclusiva in materia di infanzia e adolescenza previsti per l'Autorità garante”.

La legge istitutiva deve trovare effettiva attuazione, attraverso l'armonizzazione dei requisiti di indipendenza e di competenza esclusiva delle figure di garanzia territoriali con quelli previsti per l'Autorità garante. Occorre altresì definire in modo chiaro i compiti e i poteri dei garanti territoriali e

²⁶ COMITATO SUI DIRITTI DELL'INFANZIA E DELL'ADOLESCENZA, Commento generale n. 2 (2003), *Il ruolo delle istituzioni nazionali indipendenti per i diritti umani in materia di promozione e protezione dei diritti dell'infanzia*, CRG/GC/2002/2, paragrafi 14 e 19, lettere p) e r).



dell'Autorità nazionale per evitare sovrapposizioni o duplicazioni di interventi. Per garantire l'effettiva attuazione dei diritti delle persone di minore età previsti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza – e affinché l'Autorità garante non risulti davvero un'arma spuntata²⁷ – bisogna ripensare a un sistema che assicuri un adeguato raccordo tra questa e i garanti regionali e delle province autonome, e qualora tale strada non risulti percorribile dotare l'Autorità garante di articolazioni periferiche che operino stabilmente sul territorio.

²⁷ R. FUSTANEO, "I diritti civili dei minori dopo l'istituzione dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza", cit., p. 452.



ALLEGATO

**CONVENZIONE SUI DIRITTI
DELL'INFANZIA E DELL'ADOLESCENZA**

CONVENZIONE SUI DIRITTI DELL'INFANZIA E DELL'ADOLESCENZA

Adottata e aperta alla firma, alla ratifica e all'adesione
con risoluzione 44/25 dell'Assemblea generale
il 20 novembre 1989
entrata in vigore il 2 settembre 1990, ai sensi dell'art. 49 *

Preambolo

Gli Stati parte della presente Convenzione,

Considerando che, conformemente ai principi proclamati nella Carta delle Nazioni Unite, il riconoscimento della dignità intrinseca e dei diritti uguali e inalienabili di tutti i membri della famiglia umana è il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo,

Tenendo presente che i popoli delle Nazioni Unite hanno ribadito, nella Carta, la loro fiducia nei diritti umani fondamentali e nella dignità e nel valore della persona umana, e hanno deciso di promuovere il progresso sociale e migliori standard di vita in una più ampia libertà,

Riconoscendo che le Nazioni Unite, nella Dichiarazione universale dei diritti umani e nei Patti internazionali sui diritti umani, hanno proclamato e concordato che ad ognuno sono riconosciuti tutti i diritti e le libertà ivi enunciati, senza distinzioni di alcun tipo, come la razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro tipo, l'origine nazionale o sociale, la proprietà, la nascita o altro *status*,

Ricordando che, nella Dichiarazione universale dei diritti umani, le Nazioni Unite hanno proclamato che le persone di minore età hanno diritto a cure e assistenza particolari,

* Traduzione dall'inglese a cura di Alessandra Bernardon ed Ester di Napoli, Ufficio dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza.



Convinti che la famiglia, in quanto gruppo fondamentale della società e ambiente naturale per la crescita e il benessere di tutti i suoi membri e in particolare delle persone di minore età, dovrebbe ricevere la protezione e l'assistenza necessarie affinché possa assumersi pienamente le sue responsabilità all'interno della comunità,

Riconoscendo che la persona di minore età, per lo sviluppo completo e armonioso della sua personalità, dovrebbe crescere in un ambiente familiare, in un'atmosfera di felicità, amore e comprensione,

Considerando che la persona di minore età dovrebbe essere pienamente preparata a vivere una vita individuale nella società e cresciuta nello spirito degli ideali proclamati nella Carta delle Nazioni Unite e, in particolare, nello spirito di pace, dignità, tolleranza, libertà, uguaglianza e solidarietà,

Tenendo presente che la necessità di estendere particolare attenzione alla persona di minore età è stata affermata nella Dichiarazione di Ginevra sui diritti del fanciullo del 1924 e nella Dichiarazione sui diritti del fanciullo adottata dall'Assemblea generale il 20 novembre 1959 e riconosciuta nella Dichiarazione universale dei diritti umani, nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (in particolare negli articoli 23 e 24), nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (in particolare nell'art. 10) e negli statuti e strumenti pertinenti di agenzie specializzate e organizzazioni internazionali che si occupano del benessere delle persone di minore età,

Tenendo presente che, come indicato nella Dichiarazione sui diritti del fanciullo, "il bambino, a causa della sua immaturità fisica e mentale, ha bisogno di garanzie e cure speciali, compresa un'adeguata protezione giuridica, sia prima che dopo la nascita",

Ricordando le disposizioni della Dichiarazione sui principi sociali e giuridici relativi alla protezione e al benessere dei fanciulli, con particolare riferimento al collocamento familiare e all'adozione a livello nazionale e internazionale; le regole minime standard delle Nazioni Unite per l'amministrazione della giustizia minorile (le regole di Pechino); e la Dichiarazione sulla protezione di donne e bambini in situazioni di emergenza e conflitti armati,

Riconoscendo che, in tutti i Paesi del mondo, ci sono persone di minore età



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**

che vivono in condizioni particolarmente difficili e che necessitano di speciale considerazione,

Tenendo debitamente conto dell'importanza delle tradizioni e dei valori culturali di ciascun popolo per la protezione e lo sviluppo armonioso della persona di minore età,

Riconoscendo l'importanza della cooperazione internazionale per migliorare le condizioni di vita delle persone di minore età in ogni Paese, in particolare in quelli in via di sviluppo,

Hanno convenuto quanto segue:

PARTE I

Articolo 1

Ai fini della presente Convenzione, per persona di minore età si intende ogni essere umano di età inferiore ai diciotto anni salvo che, ai sensi della legge applicabile, la maggiore età sia raggiunta prima.

Articolo 2

1. Gli Stati parte devono rispettare e assicurare i diritti stabiliti nella presente Convenzione ad ogni persona di minore età nella propria giurisdizione senza discriminazioni di alcun tipo, indipendentemente dalla razza, dal colore, dal sesso, dalla lingua, dalla religione, dall'opinione politica o di altro tipo, dall'origine nazionale, etnica o sociale, dalla proprietà, dalla disabilità, dalla nascita o altro *status* della persona di minore età o del genitore o del tutore legale.

2. Gli Stati parte devono adottare tutte le misure appropriate per assicurare che la persona di minore età sia protetta da ogni forma di discriminazione o punizione sulla base dello *status*, delle attività, delle opinioni espresse o delle convinzioni dei suoi genitori, tutori legali o familiari.



Articolo 3

1. In tutte le azioni riguardanti le persone di minore età, intraprese da istituzioni di assistenza sociale pubbliche o private, tribunali, autorità amministrative od organi legislativi, l'interesse superiore della persona di minore età (*best interests of the child*) deve essere considerato preminente.

2. Gli Stati parte si impegnano a garantire alla persona di minore età la protezione e le cure necessarie per il suo benessere, tenendo conto dei diritti e doveri dei genitori, tutori legali o altre persone legalmente responsabili e, a tal fine, devono adottare tutte le misure legislative e amministrative appropriate.

3. Gli Stati parte devono assicurare che le istituzioni, i servizi e le strutture responsabili dell'assistenza o della protezione delle persone di minore età si conformino agli *standard* stabiliti dalle autorità competenti, in particolare con riferimento alla sicurezza, alla salute, al numero e all'idoneità del personale, nonché con riferimento ad un controllo competente.

Articolo 4

Gli Stati parte devono adottare tutte le misure legislative, amministrative e ogni altra misura appropriata per l'attuazione dei diritti riconosciuti nella presente Convenzione. Per quanto riguarda i diritti economici, sociali e culturali, gli Stati parte devono adottare tali misure fino al massimo delle loro risorse disponibili e, ove necessario, nel quadro della cooperazione internazionale.

Articolo 5

Gli Stati parte devono rispettare le responsabilità, i diritti e i doveri dei genitori o, se del caso, dei membri della famiglia allargata o della comunità secondo quanto previsto dagli usi locali, dei tutori legali o di altre persone legalmente responsabili della persona di minore età, volti a fornire, compatibilmente con le sue capacità in evoluzione, direzione e guida adeguate nell'esercizio, da parte della persona di minore età, dei diritti riconosciuti nella presente Convenzione.



Articolo 6

1. Gli Stati parte riconoscono ad ogni persona di minore età il diritto alla vita.
2. Gli Stati parte devono assicurare nella massima misura possibile la sopravvivenza e lo sviluppo della persona di minore età.

Articolo 7

1. La persona di minore età deve essere registrata immediatamente dopo la nascita e deve avere il diritto, dalla nascita, a un nome, deve avere il diritto di acquisire una nazionalità e, per quanto possibile, il diritto di conoscere e di ricevere cure dai propri genitori.
2. Gli Stati parte devono assicurare l'attuazione di questi diritti in conformità con la propria legislazione nazionale e gli obblighi derivanti dai pertinenti strumenti internazionali in questo campo, in particolare laddove la persona di minore età sarebbe altrimenti apolide.

Articolo 8

1. Gli Stati parte si impegnano a rispettare il diritto della persona di minore età di conservare la sua identità, inclusi nazionalità, nome e relazioni familiari come riconosciuto dalla legge senza interferenze illecite.
2. Laddove la persona di minore età sia illegalmente privata di alcuni o di tutti gli elementi della propria identità, gli Stati parte devono fornire assistenza e protezione adeguate, al fine di ristabilirne rapidamente l'identità.

Articolo 9

1. Gli Stati parte devono assicurare che la persona di minore non sia separata dai suoi genitori contro la loro volontà, salvo che le autorità competenti soggette al controllo giurisdizionale stabiliscano, in conformità con la legge e le procedure applicabili, che tale separazione è necessaria nell'interesse superiore della persona di minore età. Tale determinazione può essere necessaria in un caso particolare come quello di abuso o abbandono della persona



di minore età da parte dei genitori, o nel caso in cui i genitori vivano separatamente e debba essere presa una decisione in merito al luogo di residenza della persona di minore età.

2. In tutti i procedimenti a norma del paragrafo 1 del presente articolo, tutte le parti interessate devono avere la possibilità di partecipare al procedimento e di far conoscere le proprie opinioni.

3. Gli Stati parte devono rispettare il diritto della persona di minore età separata da uno o entrambi i genitori di mantenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con entrambi, salvo che ciò sia contrario all'interesse superiore della persona di minore età.

4. Qualora tale separazione derivi da qualsiasi azione avviata da uno Stato parte, come la privazione della libertà, la detenzione, l'esilio, la deportazione o la morte (inclusa la morte derivante da qualsiasi causa mentre la persona è in custodia dello Stato) di uno o entrambi i genitori o della persona di minore età, tale Stato parte deve, su richiesta, fornire ai genitori, alla persona di minore età o, se del caso, a un altro membro della famiglia, le informazioni essenziali relative al luogo in cui si trova il/i membro/i assente/i della famiglia, a meno che tali informazioni non siano dannose per il benessere della persona di minore età. Gli Stati parte devono assicurare inoltre che la presentazione di tale richiesta non comporti di per sé conseguenze negative per la/e persona/e interessata/e.

Articolo 10

1. Conformemente all'obbligo degli Stati parte di cui all'art. 9, par. 1, le richieste, da parte di una persona di minore età o dei suoi genitori, per entrare o uscire da uno Stato parte ai fini del ricongiungimento familiare, devono essere trattate dagli Stati parte in modo positivo, umano e rapido. Gli Stati parte devono assicurare inoltre che la presentazione di tale richiesta non comporti conseguenze negative per i richiedenti e per i loro familiari.

2. La persona di minore età i cui genitori risiedano in Stati diversi deve avere il diritto di mantenere regolarmente, salvo in circostanze eccezionali, relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori. A tal fine e in conformità



con l'obbligo degli Stati parte di cui all'art. 9, par. 1, gli Stati parte devono rispettare il diritto della persona di minore età e dei suoi genitori di lasciare qualsiasi Paese, incluso il loro, e di entrare nel proprio Paese. Il diritto di lasciare qualsiasi Paese deve essere soggetto solo alle restrizioni prescritte dalla legge e necessarie a proteggere la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la salute pubblica o la morale o i diritti e le libertà altrui e che siano compatibili con gli altri diritti riconosciuti nella presente Convenzione.

Articolo 11

1. Gli Stati parte devono adottare misure per combattere il trasferimento e il mancato ritorno illecito di persone di minore età all'estero.
2. A tal fine, gli Stati parte devono promuovere la conclusione di accordi bilaterali o multilaterali o l'adesione ad accordi esistenti.

Articolo 12

1. Gli Stati parte devono assicurare alla persona di minore età capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni in tutte le questioni che la riguardano, dando a tali opinioni il giusto peso secondo la sua età e maturità.
2. A tal fine, la persona di minore età deve avere, in particolare, la possibilità di essere ascoltata in tutti i procedimenti giudiziari e amministrativi che la riguardano, direttamente o tramite un rappresentante o un organo appropriato, compatibilmente con le norme procedurali nazionali.

Articolo 13

1. La persona di minore età deve avere il diritto alla libertà di espressione; tale diritto deve includere la libertà di cercare, ricevere e impartire informazioni e idee di ogni tipo, indipendentemente dalle frontiere, oralmente, per iscritto o in forma stampata, in forma d'arte o attraverso qualsiasi altro mezzo di comunicazione di sua scelta.
2. L'esercizio di tale diritto può essere soggetto a determinate restrizioni, che



devono essere solo quelle previste dalla legge e necessarie:

- (a) per il rispetto dei diritti o della reputazione altrui; o
- (b) per la protezione della sicurezza nazionale o dell'ordine pubblico, della salute pubblica o della morale.

Articolo 14

1. Gli Stati parte devono rispettare il diritto della persona di minore età alla libertà di pensiero, coscienza e religione.
2. Gli Stati parte devono rispettare i diritti e i doveri dei genitori e, ove applicabile, dei tutori legali, di guidare la persona di minore età nell'esercizio del suo diritto compatibilmente con le sue capacità in evoluzione.
3. La libertà di manifestare la propria religione o le proprie convinzioni personali può essere soggetta solo alle limitazioni prescritte dalla legge e necessarie a proteggere la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico, la salute pubblica o la morale o i diritti e le libertà fondamentali altrui.

Articolo 15

1. Gli Stati parte riconoscono i diritti della persona di minore età alla libertà di associazione e alla libertà di riunione pacifica.
2. L'esercizio di tali diritti può essere soggetto unicamente alle limitazioni stabilite dalla legge e necessarie in una società democratica nell'interesse della sicurezza nazionale o pubblica, dell'ordine pubblico, della protezione della salute pubblica o della morale o della protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Articolo 16

1. Nessuna persona di minore età deve essere soggetta a interferenze arbitrarie o illecite nella propria *privacy*, famiglia, domicilio o corrispondenza, né ad attacchi illeciti al proprio onore e reputazione.



2. La persona di minore età ha il diritto alla protezione della legge contro tali interferenze o attacchi.

Articolo 17

Gli Stati parte riconoscono l'importante funzione svolta dai *mass media* e devono assicurare che la persona di minore età abbia accesso a informazioni e materiale provenienti da fonti nazionali e internazionali, in particolare quelle volte alla promozione del suo benessere sociale, spirituale e morale e della salute fisica e mentale.

A tal fine, gli Stati parte devono:

- (a) incoraggiare i *mass media* a diffondere informazioni e materiale di beneficio sociale e culturale per la persona di minore età e conformemente allo spirito dell'art. 29;
- (b) incoraggiare la cooperazione internazionale nella produzione, nello scambio e nella diffusione di tali informazioni e materiale provenienti da fonti culturali nazionali e internazionali;
- (c) incoraggiare la produzione e la diffusione di libri per persone di minore età;
- (d) incoraggiare i *mass media* a tenere particolarmente conto delle esigenze linguistiche della persona di minore età appartenente a una minoranza o autoctona;
- (e) incoraggiare lo sviluppo di linee guida appropriate per la protezione della persona di minore età da informazioni e materiale che pregiudichino il suo benessere, tenendo conto delle disposizioni degli articoli 13 e 18.

Articolo 18

1. Gli Stati parte devono adoperarsi al massimo per garantire il riconoscimento del principio secondo cui entrambi i genitori hanno responsabilità comuni per l'educazione e lo sviluppo della persona di minore età. I genitori o, a seconda dei casi, i tutori legali, hanno la responsabilità primaria per l'e-



ducazione e lo sviluppo della persona di minore età. La loro preoccupazione principale sarà l'interesse superiore della persona di minore età.

2. Allo scopo di garantire e promuovere i diritti stabiliti nella presente Convenzione, gli Stati parte devono fornire un'adeguata assistenza ai genitori e ai tutori legali nell'esercizio delle loro responsabilità nella crescita delle persone di minore età e devono assicurare lo sviluppo di istituzioni, strutture e servizi per la cura delle persone di minore età.

3. Gli Stati parte devono adottare tutte le misure appropriate per garantire che i figli minorenni di genitori lavoratori abbiano il diritto di beneficiare di servizi e strutture di assistenza all'infanzia ai quali abbiano diritto.

Articolo 19

1. Gli Stati parte devono adottare tutte le misure legislative, amministrative, sociali ed educative appropriate per proteggere la persona di minore età da ogni forma di violenza fisica o mentale, lesione o abuso, abbandono o trattamento negligente, maltrattamento o sfruttamento, compreso l'abuso sessuale, mentre è sotto la responsabilità dei genitore/i, dei tutore/i legali o di qualsiasi altra persona.

2. Tali misure di protezione dovrebbero, se del caso, includere procedure efficaci per l'istituzione di programmi sociali volti al sostegno necessario alla persona di minore età e a coloro che ne hanno la cura, nonché procedure per altre forme di prevenzione e per l'identificazione, la segnalazione, la presa in carico, l'indagine, il trattamento e i seguiti di casi di maltrattamento nei confronti delle persone di minore età sin qui descritti e, se del caso, per il coinvolgimento giudiziario.

Articolo 20

1. La persona di minore età temporaneamente o permanentemente privata del proprio ambiente familiare, o alla quale, nel suo interesse superiore, non possa essere concesso di rimanere in tale ambiente, deve avere il diritto a protezione e assistenza speciale da parte dello Stato.

2. Gli Stati parte, in conformità con le proprie leggi nazionali, devono garan-



tire a tale persona di minore età forme alternative di cura.

3. Tale cura potrebbe includere, tra l'altro, l'affidamento, la *kafala* di diritto islamico, l'adozione o, se necessario, il collocamento in istituti adatti alla cura delle persone di minore età. Si deve tenere debitamente conto dell'opportunità di continuità nell'educazione della persona di minore età e del suo *background* etnico, religioso, culturale e linguistico.

Articolo 21

Gli Stati parte che riconoscono e/o autorizzano il sistema di adozione devono garantire che l'interesse superiore della persona di minore età sia considerato preminente e devono:

(a) Garantire che l'adozione della persona di minore età sia autorizzata solo dalle autorità competenti che stabiliscono, in conformità con la legge e le procedure applicabili e sulla base di tutte le informazioni pertinenti e attendibili, che l'adozione sia consentita in considerazione dello *status* della persona di minore età nei confronti dei genitori, parenti e tutori legali e che, se necessario, le persone interessate abbiano dato il loro consenso informato all'adozione sulla base della consulenza laddove necessaria;

(b) Riconoscere che l'adozione internazionale possa essere considerata come un mezzo alternativo di cura della persona di minore età, nel caso in cui la stessa non possa essere collocata in una famiglia affidataria o adottiva o non possa altrimenti trovare un'assistenza adeguata nel suo Paese di origine;

(c) Garantire che la persona di minore età interessata dall'adozione internazionale abbia garanzie e *standard* equivalenti a quelli esistenti in caso di adozione nazionale;

(d) Adottare tutte le misure appropriate per garantire che, nel contesto dell'adozione internazionale, il collocamento non comporti un guadagno finanziario improprio per coloro che vi sono coinvolti;

(e) Promuovere, se del caso, gli obiettivi del presente articolo concludendo accordi o intese bilaterali o multilaterali e adoperarsi, in tale ambito, per ga-



rantire che il collocamento della persona di minore età in un altro Paese sia effettuato da autorità o organi competenti.

Articolo 22

1. Gli Stati parte devono adottare le misure appropriate per assicurare che una persona di minore età richiedente lo *status* di rifugiato o che sia considerata rifugiata in conformità con il diritto internazionale o nazionale e le procedure applicabili, sia essa non accompagnata o accompagnata dai suoi genitori o da qualsiasi altra persona, riceva un'adeguata protezione e assistenza umanitaria nel godimento dei diritti applicabili sanciti nella presente Convenzione e in altri strumenti internazionali in tema di diritti umani o umanitari di cui tali Stati sono parte.

2. A tal fine, gli Stati parte devono fornire, secondo quanto ritenuto opportuno, la cooperazione in tutti gli sforzi delle Nazioni Unite e di altre organizzazioni intergovernative o non governative competenti che cooperano con le Nazioni Unite per proteggere e assistere tale persona di minore età e per rintracciare i genitori o altri membri della famiglia di qualsiasi persona di minore età rifugiata al fine di ottenere le informazioni necessarie per il ricongiungimento con la sua famiglia. Nei casi in cui non sia possibile rintracciare genitori o altri membri della famiglia, alla persona di minore età deve essere garantita la stessa protezione di qualsiasi altra persona di minore età permanentemente o temporaneamente privata del proprio ambiente familiare per qualsiasi motivo, come stabilito nella presente Convenzione.

Articolo 23

1. Gli Stati parte riconoscono che una persona di minore età con disabilità mentale o fisica dovrebbe godere di una vita piena e dignitosa, in condizioni che le garantiscano dignità, ne promuovano l'autosufficienza e ne facilitino la partecipazione attiva alla comunità.

2. Gli Stati parte riconoscono il diritto della persona di minore età con disabilità di ricevere cure speciali e devono incoraggiare e assicurare, in base alle risorse disponibili, l'estensione dell'assistenza per la quale sia stata presentata domanda e che sia appropriata alle condizioni della persona di minore età



e dei genitori o delle altre persone che se ne prendono cura, alla persona di minore età avente diritto e a chi è responsabile della sua cura.

3. Riconoscendo le esigenze specifiche di una persona di minore età con disabilità, l'assistenza estesa conformemente al paragrafo 2 del presente articolo deve essere fornita gratuitamente, se possibile, tenendo conto delle risorse finanziarie dei genitori o delle altre persone che se ne prendono cura e deve essere idonea a garantire che la persona di minore età con disabilità abbia un accesso effettivo e riceva educazione, formazione, servizi di assistenza sanitaria, servizi di riabilitazione, preparazione all'impiego e opportunità ricreative in modo tale da consentire alla persona di minore età di raggiungere la massima integrazione sociale e lo sviluppo individuale possibili, compreso il suo sviluppo culturale e spirituale.

4. Gli Stati parte devono promuovere, nello spirito della cooperazione internazionale, lo scambio di informazioni appropriate nel campo della prevenzione sanitaria e del trattamento medico, psicologico e funzionale delle persone di minore età con disabilità, compresa la diffusione e l'accesso alle informazioni relative ai metodi di riabilitazione, educazione e servizi professionali, con l'obiettivo di consentire agli Stati parte di migliorare le proprie capacità e competenze e di ampliare la propria esperienza in questi settori. A tale proposito, si deve prestare particolare attenzione alle esigenze dei Paesi in via di sviluppo.

Articolo 24

1. Gli Stati parte riconoscono il diritto della persona di minore età al godimento del più alto livello di salute possibile e a strutture per il trattamento delle malattie e per la riabilitazione. Gli Stati parte si devono adoperare affinché nessuna persona di minore età sia privata del proprio diritto di accesso a tali servizi di assistenza sanitaria.

2. Gli Stati parte devono perseguire la piena attuazione di questo diritto e, in particolare, devono adottare le misure appropriate al fine di:

(a) Ridurre la mortalità neonatale e infantile;



(b) Assicurare a tutte le persone di minore età l'assistenza medica e sanitaria necessarie, con particolare attenzione allo sviluppo dell'assistenza sanitaria primaria;

(c) Combattere le malattie e la malnutrizione, anche nell'ambito dell'assistenza sanitaria primaria, attraverso, tra l'altro, l'applicazione di tecnologie facilmente accessibili e la fornitura di cibi nutrienti adeguati e acqua potabile, tenendo conto dei pericoli e dei rischi di inquinamento ambientale;

(d) Assicurare alle madri un'adeguata assistenza sanitaria prenatale e postnatale;

(e) Garantire che tutti i segmenti della società, in particolare genitori e figli, siano informati, abbiano accesso all'educazione e siano supportati nell'uso delle conoscenze di base su salute e alimentazione delle persone di minore età, vantaggi dell'allattamento al seno, igiene e risanamento ambientale e prevenzione degli incidenti;

(f) Sviluppare prevenzione sanitaria, orientamento per i genitori e formazione e servizi in materia di pianificazione familiare.

3. Gli Stati parte devono adottare tutte le misure efficaci e appropriate al fine di abolire le pratiche tradizionali che pregiudicano la salute delle persone di minore età.

4. Gli Stati parte si impegnano a promuovere e incoraggiare la cooperazione internazionale al fine di conseguire progressivamente la piena realizzazione del diritto riconosciuto nel presente articolo. A tale proposito, si deve prestare particolare attenzione alle esigenze dei Paesi in via di sviluppo

Articolo 25

Gli Stati parte riconoscono alla persona di minore età collocata dalle autorità competenti a fini di cura, protezione o trattamento della propria salute fisica o mentale, il diritto a una revisione periodica del trattamento fornitole e di tutte le altre circostanze rilevanti al suo collocamento.



Articolo 26

1. Gli Stati parte devono riconoscere ad ogni persona di minore età il diritto di beneficiare della sicurezza sociale, compresa la previdenza sociale, e devono adottare le misure necessarie per raggiungere la piena realizzazione di questo diritto in conformità con la propria legislazione nazionale.

2. I benefici dovrebbero, eventualmente, essere garantiti tenendo conto delle risorse e delle situazioni della persona di minore età e delle persone responsabili per il suo mantenimento, nonché di ogni altra considerazione pertinente alla domanda di prestazione presentata dalla persona di minore età o per suo conto.

Articolo 27

1. Gli Stati parte riconoscono il diritto di ogni persona di minore età ad un tenore di vita adeguato al suo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale e sociale.

2. Il/i genitore/i o le altre persone responsabili per la persona di minore età hanno la responsabilità primaria di garantire, nell'ambito delle proprie competenze e capacità finanziarie, le condizioni di vita necessarie per lo sviluppo della persona di minore età.

3. Gli Stati parte, in conformità con le condizioni nazionali e con i loro mezzi, devono adottare le misure appropriate per aiutare i genitori e le altre persone responsabili per la persona di minore età al fine di attuare questo diritto e, in caso di necessità, devono fornire assistenza materiale e programmi di supporto, in particolare per quanto riguarda l'alimentazione, l'abbigliamento e l'alloggio.

4. Gli Stati parte devono adottare tutte le misure appropriate per garantire il recupero del mantenimento in favore della persona di minore età dai genitori o da altre persone che ne hanno la responsabilità finanziaria, sia all'interno dello Stato parte sia dall'estero. In particolare, quando la persona che ha la responsabilità finanziaria della persona di minore età vive in uno Stato diverso da quello della persona di minore età, gli Stati parte devono promuovere



l'adesione ad accordi internazionali o la conclusione di tali accordi, nonché la stipula di altri accordi appropriati.

Articolo 28

1. Gli Stati parte riconoscono il diritto all'educazione della persona di minore età e, al fine di garantire l'efficacia di tale diritto progressivamente e sulla base delle pari opportunità, devono, in particolare:

- (a) Rendere l'educazione primaria obbligatoria e gratuita per tutti;
- (b) Incoraggiare lo sviluppo di diverse forme di educazione secondaria, compresa l'educazione generale e professionale, renderle disponibili e accessibili a tutte le persone di minore età e adottare misure adeguate come l'introduzione dell'educazione gratuita e l'offerta di assistenza finanziaria in caso di necessità;
- (c) Rendere l'educazione superiore accessibile a tutti in base alle attitudini di ciascuno, con ogni mezzo appropriato;
- (d) Rendere le informazioni e gli orientamenti educativi e professionali disponibili e accessibili a tutte le persone di minore età;
- (e) Adottare misure per incoraggiare la frequenza regolare nelle scuole e la riduzione dei tassi di abbandono scolastico.

2. Gli Stati parte devono adottare tutte le misure appropriate per assicurare che la disciplina scolastica sia amministrata in modo coerente con la dignità umana della persona di minore età e in conformità con la presente Convenzione.

3. Gli Stati parte devono promuovere e incoraggiare la cooperazione internazionale in materia di educazione, in particolare al fine di contribuire all'eliminazione dell'ignoranza e dell'analfabetismo in tutto il mondo e facilitare l'accesso alle conoscenze scientifiche e tecniche e ai moderni metodi di insegnamento. A tale proposito, si deve prestare particolare attenzione alle esigenze dei Paesi in via di sviluppo.



Articolo 29

1. Gli Stati parte concordano che l'educazione della persona di minore età deve essere diretta a:

(a) Lo sviluppo della personalità, dei talenti e delle capacità mentali e fisiche della persona di minore età, sino alle loro massime potenzialità;

(b) Lo sviluppo del rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali e dei principi sanciti dalla Carta delle Nazioni Unite;

(c) Lo sviluppo del rispetto per i genitori della persona di minore età, per la sua identità culturale, la sua lingua e i suoi valori, per i valori nazionali del Paese in cui vive, del Paese da cui possa originare e per le civiltà diverse dalla sua;

(d) La preparazione della persona di minore età ad una vita responsabile in una società libera, nello spirito di comprensione, pace, tolleranza, uguaglianza dei sessi e amicizia tra tutti i popoli, gruppi etnici, nazionali e religiosi e tra le persone di origine autoctona;

(e) Lo sviluppo del rispetto per l'ambiente naturale.

2. Nessuna parte del presente articolo o dell'art. 28 deve essere interpretata in modo da interferire con la libertà delle persone e degli organismi di istituire e dirigere istituzioni educative, sempre nel rispetto del principio di cui al paragrafo 1 del presente articolo e ai requisiti che l'educazione impartita in tali istituti deve essere conforme agli *standard* minimi che possono essere stabiliti dallo Stato.

Articolo 30

Negli Stati in cui esistono minoranze etniche, religiose o linguistiche o persone di origine indigena, ad una persona di minore età appartenente a tale minoranza o che è indigena non deve essere negato il diritto, in comunità con altri membri del suo gruppo, di godere della propria cultura, di professare e praticare la propria religione o di usare la propria lingua.



Articolo 31

1. Gli Stati parte riconoscono il diritto della persona di minore età al riposo e al tempo libero, il diritto di impegnarsi in attività ludiche e ricreative adeguate alla sua età e di partecipare liberamente alla vita culturale e artistica.

2. Gli Stati parte devono rispettare e promuovere il diritto della persona di minore età di partecipare pienamente alla vita culturale e artistica e devono incoraggiare l'organizzazione, in condizioni adeguate e di uguaglianza, di attività culturali, artistiche, ricreative.

Articolo 32

1. Gli Stati parte riconoscono il diritto della persona di minore età di essere protetta dallo sfruttamento economico e dallo svolgimento di qualsiasi lavoro che possa essere pericoloso o interferire con la sua educazione o essere dannoso per la sua salute o per il suo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale o sociale.

2. Gli Stati parte devono adottare misure legislative, amministrative, sociali ed educative volte ad assicurare l'attuazione del presente articolo. A tal fine, e tenendo conto delle disposizioni pertinenti di altri strumenti internazionali, gli Stati parte devono in particolare:

- (a) Prevedere un'età minima o più età minime per l'ammissione al lavoro;
- (b) Prevedere un'adeguata regolamentazione degli orari e delle condizioni di lavoro;
- (c) Prevedere adeguate pene o altre sanzioni per garantire l'effettiva applicazione del presente articolo.

Articolo 33

Gli Stati parte devono adottare tutte le misure appropriate, comprese misure legislative, amministrative, sociali ed educative, per proteggere le persone di minore età dall'uso illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope come defini-



to nei trattati internazionali pertinenti e per impedire l'utilizzo delle persone di minore età nella produzione illecita e traffico di tali sostanze.

Articolo 34

Gli Stati parte si impegnano a proteggere la persona di minore età da ogni forma di sfruttamento e abuso sessuale. A tal fine, gli Stati parte devono, in particolare, adottare tutte le misure nazionali, bilaterali e multilaterali appropriate per prevenire:

- (a) L'incitamento o la coercizione della persona di minore età a qualsiasi attività sessuale illecita;
- (b) Lo sfruttamento di persone di minore età nella prostituzione o altre pratiche sessuali illecite;
- (c) Lo sfruttamento di persone di minore età in spettacoli e materiali pornografici.

Articolo 35

Gli Stati parte devono adottare tutte le misure nazionali, bilaterali e multilaterali appropriate per impedire il rapimento, la vendita o la tratta di persone di minore età per qualsiasi scopo o in qualsiasi forma.

Articolo 36

Gli Stati parte devono proteggere la persona di minore età da ogni altra forma di sfruttamento che pregiudichi qualsiasi aspetto del suo benessere.

Articolo 37

Gli Stati parte devono assicurare che:

- (a) Nessuna persona di minore età sia sottoposta a tortura o altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti. Né la pena capitale né l'ergastolo senza possibilità di liberazione devono essere irrogati per reati commessi da persone di età inferiore ai diciotto anni;



(b) Nessuna persona di minore età sia privata della propria libertà illecitamente o arbitrariamente. L'arresto, la detenzione o l'incarcerazione di una persona di minore età devono essere conformi alla legge e devono essere utilizzati solo come misura di ultima istanza e per il periodo di tempo appropriato più breve;

(c) Ogni persona di minore età privata della libertà deve essere trattata con umanità e rispetto per la dignità intrinseca della persona umana e in un modo che tenga conto delle esigenze delle persone della sua età. In particolare, ogni persona di minore età privata della libertà deve essere separata dagli adulti a meno che ciò non sia considerato nel suo superiore interesse e deve avere il diritto di mantenere i contatti con la propria famiglia attraverso corrispondenza e visite, salvo circostanze eccezionali;

(d) Ogni persona di minore età privata della libertà deve avere diritto al tempestivo accesso all'assistenza legale e ad altra assistenza adeguata, nonché il diritto di contestare la legalità della privazione della libertà davanti a un tribunale o altra autorità competente, indipendente e imparziale, e ad una decisione tempestiva su tale azione.

Articolo 38

1. Gli Stati parte si impegnano a rispettare e garantire il rispetto delle norme di diritto internazionale umanitario applicabili nei conflitti armati che sono rilevanti per la persona di minore età.

2. Gli Stati parte devono adottare tutte le misure possibili per garantire che le persone che non hanno compiuto l'età di quindici anni non prendano parte direttamente alle ostilità.

3. Gli Stati parte devono astenersi dal reclutare qualsiasi persona che non abbia raggiunto l'età di quindici anni nelle proprie forze armate. Nel reclutare persone che hanno raggiunto l'età di quindici anni ma che non hanno raggiunto l'età di diciotto anni, gli Stati parte devono adoperarsi per dare priorità a coloro che hanno l'età maggiore.

4. In conformità con i loro obblighi previsti dal diritto internazionale umanitario di proteggere la popolazione civile nei conflitti armati, gli Stati parte



devono adottare tutte le misure possibili per garantire la protezione e l'assistenza alle persone di minore età colpite da un conflitto armato.

Articolo 39

Gli Stati parte devono adottare tutte le misure appropriate per promuovere il recupero fisico e psicologico e il reinserimento sociale di una persona di minore età vittima di: qualsiasi forma di abbandono, sfruttamento o abuso; tortura o qualsiasi altra forma di trattamento o punizione crudele, disumana o degradante; o conflitti armati. Tale recupero e reinserimento devono aver luogo in un ambiente che favorisce la salute, il rispetto di sé e la dignità della persona di minore età.

Articolo 40

1. Gli Stati parte riconoscono il diritto di ogni persona di minore età sospettata, accusata o riconosciuta colpevole di un reato, a un trattamento tale da favorire il suo senso di dignità e di valore personale, che rafforzi il suo rispetto per i diritti umani e le libertà fondamentali degli altri e che tenga conto della sua età e dell'opportunità di promuovere il suo reinserimento e che la persona di minore età assuma un ruolo costruttivo nella società.

2. A tal fine, e tenendo conto delle pertinenti disposizioni degli strumenti internazionali, gli Stati parte, in particolare, devono assicurare che:

(a) Nessuna persona di minore età debba essere sospettata, accusata o riconosciuta colpevole di un reato a causa di atti o omissioni non vietati dalla legge nazionale o internazionale al momento in cui sono stati commessi;

(b) Ogni persona di minore età sospettata o accusata di aver commesso un reato abbia almeno le seguenti garanzie:

(i) Essere ritenuto innocente fino a prova contraria ai sensi di legge;

(ii) Essere informato tempestivamente e direttamente delle accuse a suo carico e, se del caso, attraverso i suoi genitori o tutori legali, e ricevere assistenza legale o altra assistenza adeguata nella preparazione e presentazione della propria difesa;



(iii) Far determinare la questione senza indugio da un'autorità competente, indipendente e imparziale o da un organo giudiziario nel contesto di un equo processo in conformità con la legge, in presenza di assistenza legale o altra assistenza adeguata e, a meno che sia ritenuto non essere nell'interesse superiore della persona di minore età, in particolare, tenendo conto della sua età o situazione, dei suoi genitori o tutori legali;

(iv) Non essere obbligato a rendere testimonianza o a confessare la propria colpevolezza; interrogare o fare interrogare testimoni contrari e ottenere la comparsa e l'interrogatorio dei testimoni a favore a condizioni di parità;

(v) Se si ritiene che abbia violato la legge penale, fare in modo che la presente decisione e le eventuali misure imposte conseguentemente vengano riviste da un'autorità o un organo giudiziario competente di grado superiore, indipendente e imparziale, in conformità alla legge;

(vi) Avere l'assistenza gratuita di un interprete se la persona di minore età non è in grado di comprendere o parlare la lingua utilizzata;

(vii) Far rispettare pienamente la propria *privacy* in tutte le fasi del procedimento.

3. Gli Stati parte devono cercare di promuovere l'istituzione di leggi, procedure, autorità e istituzioni specificamente applicabili alle persone di minore età sospettate, accusate o riconosciute colpevoli di reato e, in particolare:

(a) la determinazione di un'età minima al di sotto della quale le persone di minore età debbano essere considerate incapaci di commettere un reato;

(b) Ove opportuno e auspicabile, l'adozione di misure relative a tali persone di minore età senza ricorrere a procedimenti giudiziari, a condizione che i diritti umani e le garanzie giuridiche siano pienamente rispettati.

4. Deve essere prevista una varietà di disposizioni concernenti, ad esempio, le cure, l'orientamento e la supervisione; la consulenza; l'esecuzione penale esterna; affidamento; programmi di educazione e formazione professionale e altre alternative all'assistenza istituzionalizzata per garantire che le persone di minore età siano trattate in modo adeguato al loro benessere e proporzio-



nato sia alla loro situazione sia al reato.

Articolo 41

Niente della presente Convenzione deve pregiudicare eventuali disposizioni che favoriscano maggiormente la realizzazione dei diritti della persona di minore età e che possano essere contenute in:

- (a) La legge di uno Stato parte; o
- (b) Il diritto internazionale in vigore per quello Stato.

PARTE II

Articolo 42

Gli Stati parte si impegnano a far conoscere ampiamente i principi e le disposizioni della Convenzione, con mezzi appropriati e attivi, sia agli adulti che alle persone di minore età.

Articolo 43

1. Allo scopo di esaminare i progressi compiuti dagli Stati parte nel raggiungimento degli obblighi assunti nella presente Convenzione, è istituito un Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, che svolge le funzioni di seguito previste.

2. Il Comitato è composto da diciotto esperti di alta levatura morale e riconosciuta competenza nel settore oggetto della presente Convenzione.¹¹ I membri del Comitato sono eletti dagli Stati parte tra i loro cittadini e devono prestare servizio a titolo personale, in base ad un'equa distribuzione geografica, nonché ai principali sistemi giuridici.

¹¹ 1 L'Assemblea generale, nella sua risoluzione 50/155 del 21 dicembre 1995, ha approvato la modifica dell'art. 43, par. 2, della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, sostituendo la parola "dieci" con la parola "diciotto". L'emendamento è entrato in vigore il 18 novembre 2002, accettato dalla maggioranza dei due terzi degli Stati parte (128 su 191).



3. I membri del Comitato sono eletti a scrutinio segreto da un elenco di persone nominate dagli Stati parte. Ciascuno Stato parte può nominare una persona tra i propri cittadini.

4. Le elezioni iniziali per il Comitato si svolgono entro e non oltre sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente Convenzione e, successivamente, ogni due anni. Almeno quattro mesi prima della data di ciascuna elezione, il Segretario generale delle Nazioni Unite invia una lettera agli Stati parte invitandoli a presentare le loro candidature entro due mesi. Il Segretario generale successivamente prepara un elenco in ordine alfabetico di tutte le persone nominate, indicando gli Stati parte che le hanno nominate, e lo sottopone agli Stati parte della presente Convenzione.

5. Le elezioni si tengono nel corso delle riunioni degli Stati parte convocate dal Segretario generale presso la sede delle Nazioni Unite. In tali riunioni, per le quali due terzi degli Stati parte costituiscono un *quorum*, le persone elette nel Comitato sono coloro che ottengano il maggior numero di voti e la maggioranza assoluta dei voti dei rappresentanti degli Stati parte presenti e votanti.

6. I membri del Comitato sono eletti per un mandato di quattro anni. Sono eleggibili a rielezione se ricandidati. Il mandato di cinque membri eletti alla prima elezione scade alla fine di due anni; immediatamente dopo la prima elezione, i nomi di questi cinque membri sono scelti a sorte dal Presidente della riunione.

7. Se un membro del Comitato muore o si dimette o dichiara che per qualsiasi altra causa non può più ricoprire le funzioni all'interno del Comitato, lo Stato parte che ha nominato il membro nomina un altro esperto tra i suoi cittadini per concluder il mandato, previa approvazione del Comitato.

8. Il Comitato stabilisce il proprio regolamento.

9. Il Comitato elegge i propri funzionari per un periodo di due anni.

10. Le riunioni del Comitato si tengono normalmente presso la sede delle Nazioni Unite o in qualsiasi altro luogo adatto, come stabilito dal Comitato. Il Comitato si riunisce di norma ogni anno. La durata delle riunioni del Comitato è determinata e, se necessario, rivista da una riunione degli Stati parte



della presente Convenzione, previa approvazione dell'Assemblea generale.

11. Il Segretario generale delle Nazioni Unite fornisce il personale e le strutture necessarie per l'effettivo svolgimento delle funzioni del Comitato ai sensi della presente Convenzione.

12. Con l'approvazione dell'Assemblea generale, i membri del Comitato istituito ai sensi della presente Convenzione ricevono emolumenti dalle risorse delle Nazioni Unite alle condizioni stabilite dall'Assemblea.

Articolo 44

1. Gli Stati parte si impegnano a presentare al Comitato, tramite il Segretario generale delle Nazioni Unite, relazioni sulle misure che hanno adottato in attuazione dei diritti qui riconosciuti e sui progressi realizzati nel godimento di tali diritti:

(a) Entro due anni dall'entrata in vigore della Convenzione per lo Stato parte interessato;

(b) Successivamente ogni cinque anni.

2. Le relazioni presentate ai sensi del presente articolo devono indicare eventuali fattori e difficoltà che incidono sul grado di adempimento degli obblighi previsti dalla presente Convenzione. Le relazioni devono contenere inoltre informazioni sufficienti per fornire al Comitato una comprensione globale dell'attuazione della Convenzione nel Paese interessato.

3. Uno Stato parte che ha presentato al Comitato una relazione iniziale completa non è tenuto, nelle sue successive relazioni presentate in conformità al paragrafo 1 (b) del presente articolo, a ripetere le informazioni di base fornite in precedenza.

4. Il Comitato può richiedere agli Stati parte ulteriori informazioni relative all'attuazione della Convenzione.

5. Il Comitato deve presentare all'Assemblea generale, attraverso il Consi-



glio economico e sociale, ogni due anni, relazioni sulle sue attività.

6. Gli Stati parte devono rendere le loro relazioni ampiamente disponibili al pubblico nei rispettivi Paesi.

Articolo 45

Al fine di promuovere l'effettiva attuazione della Convenzione e incoraggiare la cooperazione internazionale nel settore oggetto della Convenzione:

(a) Le agenzie specializzate, il Fondo delle Nazioni Unite per l'infanzia e altri organi delle Nazioni Unite devono avere il diritto di essere rappresentati quando l'attuazione di tali disposizioni della presente Convenzione, che rientrano nell'ambito del loro mandato, è presa in considerazione. Il Comitato può invitare le agenzie specializzate, il Fondo delle Nazioni Unite per l'infanzia e altri organi competenti, qualora ritenga opportuno fornire consulenza di esperti sull'attuazione della Convenzione in settori che rientrano nell'ambito dei rispettivi mandati. Il Comitato può invitare le agenzie specializzate, il Fondo delle Nazioni Unite per l'infanzia e altri organi delle Nazioni Unite a presentare relazioni sull'attuazione della Convenzione in settori che rientrano nell'ambito delle loro attività;

(b) Il Comitato trasmette, se lo ritiene opportuno, alle agenzie specializzate, al Fondo per l'infanzia delle Nazioni Unite e ad altri organi competenti, tutte le relazioni degli Stati parte che contengono una richiesta o indicano la necessità di consulenza o assistenza tecnica, insieme ad eventuali osservazioni e suggerimenti del Comitato su tali richieste o indicazioni;

(c) Il Comitato può raccomandare all'Assemblea generale di richiedere al Segretario generale di intraprendere per suo conto studi su questioni specifiche relative ai diritti delle persone di minore età;

(d) Il Comitato può formulare suggerimenti e raccomandazioni generali sulla base delle informazioni ricevute ai sensi degli articoli 44 e 45 della presente Convenzione. Tali suggerimenti e raccomandazioni generali sono trasmessi a qualsiasi Stato parte interessato e segnalati all'Assemblea generale, unitamente alle eventuali osservazioni degli Stati parte.



PARTE III

Articolo 46

La presente Convenzione è aperta alla firma di tutti gli Stati.

Articolo 47

La presente Convenzione è soggetta a ratifica. Gli strumenti di ratifica saranno depositati presso il Segretario generale delle Nazioni Unite.

Articolo 48

La presente Convenzione rimane aperta all'adesione di qualsiasi Stato. Gli strumenti di adesione sono depositati presso il Segretario generale delle Nazioni Unite.

Articolo 49

1. La presente Convenzione entra in vigore il trentesimo giorno successivo alla data del deposito del ventesimo strumento di ratifica o di adesione presso il Segretario generale delle Nazioni Unite.

2. Per ogni Stato che ratifica o aderisce alla Convenzione dopo il deposito del ventesimo strumento di ratifica o di adesione, la Convenzione entra in vigore il trentesimo giorno successivo al deposito, da parte di tale Stato, del suo strumento di ratifica o di adesione.

Articolo 50

1. Ogni Stato parte può proporre un emendamento e presentarlo al Segretario generale delle Nazioni Unite. Il Segretario generale deve quindi comunicare la modifica proposta agli Stati parte, con la richiesta di indicare se favoriscono una conferenza degli Stati parte allo scopo di esaminare e votare le proposte. Nel caso in cui, entro quattro mesi dalla data di tale comunicazione, almeno un terzo degli Stati parte favorisca tale conferenza, il Segretario generale convoca la conferenza sotto gli auspici delle Nazioni Unite. Qualsiasi



emendamento adottato dalla maggioranza degli Stati presenti e votanti alla conferenza è sottoposto all'Assemblea generale per l'approvazione.

2. Un emendamento adottato in conformità con il paragrafo 1 del presente articolo entra in vigore quando è stato approvato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite e accettato dalla maggioranza dei due terzi degli Stati parte.

3. Quando una modifica entra in vigore, è vincolante per gli Stati parte che l'hanno accettata, rimanendo gli altri Stati parte ancora vincolati dalle disposizioni della presente Convenzione e da eventuali precedenti modifiche che abbiano accettato.

Articolo 51

1. Il Segretario generale delle Nazioni Unite riceve e diffonde a tutti gli Stati il testo delle riserve formulate dagli Stati al momento della ratifica o dell'adesione.

2. Non è consentita una riserva incompatibile con l'oggetto e lo scopo della presente Convenzione.

3. Le riserve possono essere ritirate in qualsiasi momento mediante notifica in tal senso indirizzata al Segretario generale delle Nazioni Unite, che provvede poi ad informare tutti gli Stati. Tale notifica ha effetto alla data in cui è ricevuta dal Segretario generale.

Articolo 52

Uno Stato parte può denunciare la presente Convenzione mediante notifica scritta al Segretario generale delle Nazioni Unite. La denuncia diventa effettiva un anno dopo la data di ricezione della notifica da parte del Segretario generale.

Articolo 53

Il Segretario generale delle Nazioni Unite è designato come depositario della presente Convenzione.



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**

Articolo 54

L'originale della presente Convenzione, di cui i testi arabo, cinese, inglese, francese, russo e spagnolo fanno ugualmente fede, è depositato presso il Segretario generale delle Nazioni Unite. In fede di che, i plenipotenziari sottoscritti, debitamente autorizzati dai rispettivi governi, hanno firmato la presente Convenzione.



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

Via di Villa Ruffo, 6
00196 Roma
(+39) 06 6779 6551
segreteria@garanteinfanzia.org
www.garanteinfanzia.org

ISBN 978-88-944476-2-0