

**UNIVERSITA' DI PISA**

Dipartimento di Giurisprudenza



UNIVERSITÀ DI PISA

Corso di laurea magistrale in giurisprudenza  
(classe LMG-01)

**II PRINCIPIO DEL  
BEST INTEREST OF THE CHILD E LA SUA APPLICAZIONE NELLA  
GIURISPRUDENZA DELL'UNIONE EUROPEA ED ITALIANA**

Il Candidato  
Gloria Nieri

Il Relatore  
Angioletta Sperti

A.A. 2015/ 2016



## *Indice*

<b>Introduzione</b>	<i>p. 6</i>
---------------------	-------------

### **PRIMO CAPITOLO**

#### **Il principio del *best interest of the child* nella tradizione anglo americana ed europea**

<b>1. Brevi cenni sul principio del superiore interesse del minore.</b>	<i>p. 9</i>
<b>1.1. Il <i>best interest of the child</i> nella tradizione anglo americana.</b>	<i>p.13</i>
<b>1.2. Il <i>best interest of the child</i> nel sistema dell' Unione Europea e nel sistema costituzionale italiano.</b>	<i>p.18</i>
<i>Il principio del best interest of the child nel sistema dell'Unione Europea.</i>	<i>p.19</i>
<i>Il principio del best interest of the child nel sistema costituzionale italiano.</i>	<i>p.23</i>

### **SECONDO CAPITOLO**

#### **Il principio del *best interest of the child* nella giurisprudenza dell'Unione Europea.**

<b>1. Corte di giustizia e Corte Europea dei diritti dell'uomo a confronto.</b>	<i>p.28</i>
<b>1.1. Sottrazione internazionale del minore</b>	<i>p.29</i>
<i>Premessa</i>	<i>p.29</i>
<i>La tutela astratta dell'interesse del minore nella giurisprudenza di Lussemburgo.</i>	<i>p.32</i>
<i>La tutela concreta dell'interesse del minore nella giurisprudenza di Strasburgo.</i>	<i>p.34</i>
<b>2. Il principio del <i>best interest of the child</i> nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea.</b>	

2.1. Il mancato richiamo al principio dei <i>best interests</i> in sentenze nelle quali avrebbe potuto giocare un ruolo determinante.	p.37
2.2. L'utilizzo prudente e misurato del principio <i>best interest of the child</i> nelle sentenze della Corte di Giustizia.	p.43
3. Il principio del <i>best interest of the child</i> nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo.	p.48
3.1. Interesse del minore e fattore tempo: nel processo e nell'esecuzione.	p.59
<i>Giusto processo</i>	p.66
<i>Ascolto del minore.</i>	p.67
3.2. Conclusioni	p.69

## TERZO CAPITOLO

### Il principio del *best interest of the child* nella giurisprudenza italiana.

1. Il principio del <i>best interests of the child</i> nella giurisprudenza della Corte costituzionale.	p.71
2. Il principio del <i>best interest of the child</i> nella giurisprudenza dei tribunali minorili.	p.76
2.1. Il principio del <i>best interest of the child</i> e l'adozione del minore da parte delle coppie omosessuali.	p.78
2.1.1. Premessa	p.78
2.1.2. Il riconoscimento della <i>step – child adoption</i> in favore delle coppie omosessuali.	p.81
2.1.3. Conclusioni	p.90
<i>Approfondimento</i>	p.92

<b>Bibliografia</b>	<i>p.95</i>
<b>Giurisprudenza citata</b>	<i>p.98</i>
<b>Siti internet consultati</b>	<i>p.102</i>
<b>Ringraziamenti</b>	<i>p.103</i>

## INTRODUZIONE

Storicamente la società non è mai stata particolarmente sensibile al maltrattamento dei minori, nell'antichità erano praticati correntemente i sacrifici dei bambini e neonati destinati agli dei; dall'antica Grecia alla Cina, l'uccisione di bambini deformi o non desiderati era comunemente accettata e praticata e nell'antica Roma l'ordinamento giuridico stabiliva il diritto di vita o di morte del pater familias sui propri figli. Tale condizione di sottomissione, propria dei minori nella famiglia patriarcale, rispecchiava due opinioni: anzitutto quella per cui i bambini erano proprietà dei genitori e si riteneva naturale che questi ultimi avessero pieno diritto di trattare i figli come pensavano fosse giusto, e conseguentemente quella secondo cui i genitori erano considerati responsabili dei figli, per cui un trattamento severo veniva giustificato dalla convinzione che potesse essere necessaria una punizione fisica per mantenere la disciplina, trasmettere le buone maniere e correggere le cattive inclinazioni.

Il concetto di "protezione" del bambino comparì la prima volta nell'anno 529 d.C. , quando Giustiniano promulgò una legge che prevedeva l'istituzione di case per orfani e bambini abbandonati. Nel Medioevo il concetto di nucleo familiare, inteso come entità adatta ad offrire protezione ed educazione al fanciullo, era ben diverso da oggi, in quanto nell'ambito socio-culturale e tradizionale del tempo era normale l'allontanamento del bambino dalla famiglia in età assai precoce (verso i sette anni); da quell'età in poi i compiti educativi erano affidati ad istituzioni al di fuori della famiglia. Nella scuola, oltre che in famiglia, le pesanti punizioni corporali costituivano lo strumento pedagogico più utilizzato.

I fanciulli furono probabilmente la categoria che risentì più fortemente delle grandi trasformazioni della società europea dal XVII al XIX secolo. Il progressivo impoverimento delle classi popolari e il diffondersi dell'urbanesimo aumentarono enormemente il numero dei minori abbandonati, orfani o illegittimi, la maggior parte dei quali veniva raccolta da mendicanti e costretta all'accattonaggio e al furto. Spesso i bambini venivano storpiati o mutilati per suscitare maggiore compassione e quindi ottenere elemosine più generose.

Nel XVIII secolo, l'attenzione nei confronti dell'infanzia divenne maggiore sia in Inghilterra, dove famosi romanzieri inglesi (Scott e Dickens) denunciarono il comportamento della società verso i bambini, e, grazie alle loro opere, venne sensibilizzata la coscienza pubblica, sia in Francia, dove, in seguito alla Rivoluzione francese, la Costituzione del 1793 proclamò che "il bambino non possiede che diritti". Nonostante questi sviluppi, la protezione dei minori non venne attuata per ancora un secolo.

Nel XIX secolo sorsero in Europa numerosi istituti per orfani e bambini abbandonati dove essi vivevano in una condizione di grave disagio psichico e fisico. La gravità dei maltrattamenti subiti da questi bambini istituzionalizzati può essere ricavata dai dati che emergono dai registri di questi istituti, che evidenziano un decesso per stenti, incuria e maltrattamento fisico ogni quattro ricoverati e la

denuncia di tale situazione sensibilizzò la pubblica opinione e il maltrattamento dei minori venne considerato finalmente un problema sociale.

All'inizio del Novecento pedagogia, psicologia e sociologia cominciarono a porsi il problema dell'infanzia e dei suoi bisogni e al bambino furono riconosciuti esigenze e bisogni affettivi e psicologici, fu affermato che i diritti dei minori devono essere tutelati non solo dai genitori, ma da tutta la società.

In quest'ottica, nel 1924 fu approvata a Ginevra la Dichiarazione dei diritti del fanciullo, in cui è affermato che il minore deve essere posto in condizione di svilupparsi in maniera normale sia sul piano fisico che spirituale, che i bambini hanno il diritto di essere nutriti, curati, soccorsi e protetti da ogni forma di sfruttamento.

In seguito, nel 1959, è stata proclamata dall'Assemblea generale dell'Onu la Carta dei diritti del fanciullo, nella quale è stato ribadito il diritto di nascita, il diritto all'istruzione, al gioco o alle attività ricreative, la protezione dalle discriminazioni razziali o religiose e il poter vivere in un clima di comprensione e tolleranza. Tali obiettivi non sono stati ancora completamente raggiunti e nel gennaio 1986 il Parlamento europeo ha approvato una Risoluzione nella quale si ritrovano le stesse raccomandazioni del precedente documento, con una particolare attenzione al problema dell'abuso sull'infanzia e sulla necessità di protezione del minore. Il Consiglio d'Europa, nel gennaio 1990, ha espresso la necessità di misure preventive a sostegno delle famiglie in difficoltà e misure specifiche di informazione, di individuazione delle violenze, di aiuto e terapia a tutta la famiglia e di coordinamento tra i vari servizi.

Da questo breve percorso storico tracciato sulla tutela del bambino, possiamo inserirci la nascita del principio del *best interest of the child* che rappresenta il principio informatore di tutta la normativa a tutela del fanciullo, garantendo che in tutte le decisioni che lo riguardano il giudice deve tenere in considerazione il superiore interesse del minore.

Ogni pronuncia giurisprudenziale, pertanto, è finalizzata a promuovere il benessere psicofisico del bambino e a privilegiare l'assetto di interessi più favorevoli a una sua crescita e maturazione equilibrata e sana. Pertanto i diritti degli adulti cedono dinanzi ai diritti del fanciullo, con l'ulteriore conseguenza che essi trovano tutela solo nel caso in cui questa coincida con la protezione della prole. Si potrebbe quindi dire che i diritti degli adulti, nel settore familiare, acquistano una portata funzionale alla protezione del bambino, soggetto debole della relazione e pertanto bisognoso di maggiore tutela.

Un aspetto da tener comunque presente è che il principio del *best interest of the child* non guida soltanto l'azione dei giudici ma anche l'azione del legislatore, il quale, infatti, deve predisporre delle norme, generali ed astratte, per assicurare al minore lo sviluppo della sua personalità e istituti *ad hoc* per la loro tutela.

In sintesi, il principio del superiore interesse del minore si trova ovunque: nelle carte internazionali e sovranazionali dei diritti, nella legislazione, nel dibattito parlamentare e in ogni provvedimento giurisdizionale che si occupa della situazione di un bambino o di un adolescente.

La particolarità di questo principio, è che basta richiamarlo per mettere tutti a tacere. Infatti chi oserebbe dire che l'interesse di minore non venga prima di ogni altro interesse? Tuttavia è vero anche, come sostenuto dalla Corte Costituzionale nella sentenza n°85 del 2013, una corretta interpretazione costituzionale non contempla la tirannia di un diritto o di un valore su tutti gli altri. Di fatti “la costituzione italiana richiede un continuo bilanciamento tra principi e diritti fondamentali senza pretese di assolutezza per nessuno di essi: tutti i diritti fondamentali tutelati dalla costituzione si trovano in un rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri.”

Ecco con questa tesi cercherò di analizzare il paradigma del *best interests of the child* nella tradizione anglo americana ed europea, mettendo in evidenza anche l'uso di tale principio da parte delle corti europee ed italiane.

Il primo capitolo, per tanto, sarà dedicato ad un confronto tra la tradizione europea continentale dei diritti dei bambini e la tradizione anglo americana dei *children's rights*. Emergerà da questo raffronto, una distanza tra le due tradizioni dovute da un diverso modo di vedere la soggettività del minore. Noteremo come neanche la Convenzione Onu del 1989 riuscirà a far riavvicinare i due mondi, anzi sarà accusata dalla dottrina anglo americana di essere incoerente, in quanto i numerosi diritti dei bambini contenuti nella stessa richiederebbero decisioni assunte da altri. Di fatti nell'ottica del mondo anglo americano puoi essere titolare diritti solo se sei in grado di provvedere a te stesso senza il bisogno che altri facciano delle scelte per te.

Il secondo capitolo, invece, mette in evidenza l'uso del principio del *best interest* da parte della Corte di Lussemburgo e di Strasburgo. Soprattutto, ci soffermeremo sul diverso approccio delle due giurisprudenze europee in caso di sottrazione internazionale di minore.

Il terzo capitolo, infine, è dedicato all'analisi dell'uso del principio del superiore interesse del minore da parte della Corte Costituzionale italiana e dai Tribunali minorili. Tuttavia essendo particolarmente vasta la giurisprudenza minorile su tale tema, analizzeremo soltanto le sentenze in tema di *step-child adption* in favore delle coppie omosessuali.

## PRIMO CAPITOLO

### Il principio del *best interest of the child* nella tradizione anglo americana ed europea.

#### 1. Brevi cenni sul principio del superiore interesse del minore.

Il principio del *best interest of the child* si è venuto a sviluppare già a partire dall'800 nel diritto privato di famiglia, sia nei sistemi di common law e sia nei sistemi di civil law, anche se poi con la sua evoluzione non è rimasto confinato in tale campo, ma , oggi, lo ritroviamo anche in altri settori giuridici come nel diritto penale per esempio. Possiamo dire che il principio del superiore interesse del minore nasce come un'eccezione rispetto alla regola.

Anticamente, infatti, il diritto privato di famiglia dei vari ordinamenti, risolveva il conflitto sull'assegnazione del figlio in caso di divorzio dei genitori, preferendo sempre il padre rispetto alla madre. La regola dunque era di escludere come genitore affidatario la madre. Il presupposto giuridico della regola della preferenza paterna era duplice: per prima cosa, a quei tempi, la società considerava la donna inferiore rispetto all'uomo, e per secondo si riteneva che gli interessi del figlio e quelli del genitore maschio coincidessero<sup>1</sup>.

Come già accennato, la dottrina dei *best interests of the child* nasce per consentire eccezioni alla rigida applicazione di questa regola nella scelta del genitore affidatario in caso di scioglimento del matrimonio e poi si estenderà, in seguito, anche all'adozione dei minori. Inizialmente però questa eccezione viene ammessa in rare occasioni, per lo più in casi estremi, come quando il padre non è in grado di provvedere al figlio perché ad esempio era un alcolizzato oppure perché era un violento. Con il passare del tempo questa eccezione, di non affidare il figlio al padre, viene prevista per legge nei paesi di civil law come, per esempio, in Francia, mentre nei paesi di common law le eccezioni si affermano a livello giurisprudenziale. Con lo sviluppo della società ci si è resi conto che la vecchia regola dell'affidamento paterno, non abbia più ragione di esistere: in primo luogo perché la donna ha assunto un posizione egualitaria rispetto all'uomo e per secondo non sempre l'interesse del genitore paterno coincide con l'interesse del minore, tanto che ad oggi ci sono molti casi in cui i due interessi sono in conflitto. Dunque possiamo concludere che il paradigma dei *best interests of the child* nasce come una sorta di autolimitazione del potere degli adulti sui minori indotta dai cambiamenti nella società ed il suo effetto pratico sarà quello di sostituire l'affidamento paterno con l'affidamento materno<sup>2</sup>. Diciamo in realtà, oggi , l'affidamento del figlio non verrà concesso a priori alla madre, in quanto vi è una valutazione del giudice, in cui terrà di conto anche degli interessi dei minori, che porterà a scegliere quale genitore effettivamente meglio può provvedere ai suoi bisogni e alla sua formazione.

<sup>1</sup> E. Lamarque, *Prima i bambini*, Franco Angeli, Milano, 2016 pp. 65-66.

<sup>2</sup> G. Van Buern, *The international law on the Rights of the child*, cit., p. 45.

Ma che cos'è l'interesse del minore? È una nozione confusa e ambigua, sfuggente e indeterminata, idonea a essere impiegata con modalità molto fortemente condizionate dalle scelte di valore di chi vi ricorre. È una nozione che nella giurisprudenza si espande instancabilmente, fino a essere diventata onnipervasiva, con il pericolo che la sua menzione si riduca a clausola di stile. Ma è anche una nozione che si trasforma, che cambia continuamente contenuto.

La sua crescente diffusione nella giurisprudenza di tutti i livelli si iscrive in una linea di tendenza che va pericolosamente dilagando nel diritto d'oggi: fare sempre più ricorso a clausole generali, di solito postulate come modalità di maggiore efficacia per perseguire il valore della giustizia nel caso concreto, sottovalutando così i gravi rischi che ne derivano per un altro valore non meno importante, la certezza del diritto<sup>3</sup>.

Facciamo alcune osservazioni. Un rilevante fattore di confusione è dato dal lessico. La parola inglese *best* è un evidente superlativo relativo: indica che tra più possibilità in gioco, dev'essere scelta quella che più e meglio si conforma a ciò che è bene per il minore. Nel corrispondente testo francese degli strumenti internazionali, però, questo aggettivo è purtroppo reso *consupérieur*, parola di ben diverso valore semantico. In italiano si è accolta la parola francese, con il risultato che superiore appare come una sorta di via di mezzo fra un superlativo assoluto e un superlativo relativo, anche per l'uso ampiamente retorico che ne facciamo di solito, quasi a voler dire: il minore prima di tutto.

Il dato lessicale ha un importante risvolto pratico: l'interesse del minore è soggetto a bilanciamento? La risposta dovrebbe essere positiva, come la nostra corte costituzionale, l'ha affermato in una sentenza del 2013 la n° 85<sup>4</sup>, proprio al fine di evitare che si vengano a creare *diritti tiranni*, e cioè quei diritti che pretendono sempre di prevalere, in un eventuale bilanciamento, indipendente dagli altri interessi in gioco. Ma questa risposta non è proprio così scontata proprio perché se noi diamo per buona la traduzione dei *best interests of the child* come interesse superiore del minore, vorrebbe dire che in un qualsiasi bilanciamento prevarrebbe sempre l'interesse del minore, in quanto posto in una posizione di supremazia rispetto agli interessi. Ma fortunatamente nelle prassi giurisprudenziali occidentali, ma anche grazie al testo della convenzione del ONU 1989<sup>5</sup>, si è sempre giunti a sostenere che gli interessi del minori vanno presi in

<sup>3</sup> E. Lamarque *Prima I bambini*, cit. p.73.

<sup>4</sup> Corte cost. sent. 85 del 2013 afferma che “la costituzione italiana richiede un continuo bilanciamento tra principi e diritti fondamentali senza pretese di assolutezza per nessuno di essi”: “tutti i diritti fondamentali tutelati dalla costituzione si trovano in un rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistematica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme espressione della dignità della persona.

<sup>5</sup> Art. 3 della convenzione dell'Onu del 1989, al primo paragrafo afferma che in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente.

considerazione ma non per questo debbano per forza prevalere sempre, perché in alcuni casi si potrebbe più privilegiare l'interesse della giustizia e della società in generale a scapito di quello del minore.

La più grave ambiguità che presenta, però, l'interesse del minore riguarda le sue funzioni. Per un verso è indicato come finalità prioritaria sul piano della politica del diritto: in questa veste detta l'orientamento cui devono attenersi sia il legislatore, nel redigere le norme di legge, sia l'interprete, che dovrebbe sempre darne una lettura orientata a privilegiare l'interesse del minore. Per un altro verso permette al giudice di disapplicare singole regole di diritto, venendo così a fungere da valvola di sfogo rispetto a eventuali rigidità del sistema legislativo: gli consente di dare a un singolo, determinato caso concreto una decisione «giusta», cioè tale da realizzare il maggior benessere per quel determinato minore.

Diciamo però che il vero problema del *best interest* è la sua indeterminatezza come criterio per decidere casi concreti e controversi nei quali si discute del destino di un minore. Un'indeterminatezza, dovuta dal fatto di avere significati diversi e anime diverse, che acconsentirebbe all'arbitrio dei giudici o degli organi amministrativi, da una parte di facilitare gli usi disonesti, volti cioè a venire incontro ai desideri dell'adulto spacciandoli per l'interesse del minore, e, dall'altra parte, acconsentirebbe all'interprete di adire a qualsiasi valore, spacciando la realizzazione di quel valore come interesse del minore.

Tuttavia questa indeterminatezza ed ambiguità del principio dei *best interests* è legata al problema del relativismo culturale, in quanto ogni cultura che impone di misurarsi con diverse concezioni di migliore interesse del minore e dunque, con una possibile interpretazione del principio secondo cui esso «autorizzerebbe gli Stati (...) a introdurre misure che altrove nel mondo sono percepite come gravemente lesive dei minori stessi, oppure a non introdurre divieti che invece in altre parti del globo sono ritenuti necessari» (le punizioni corporali, da alcune culture ritenute utili all'educazione del minore; la mancata previsione dell'obbligo scolastico per le bambine, ove si ritenga che la loro formazione possa essere meglio assicurata dal pieno apprendimento delle attività casalinghe)<sup>6</sup>. Si deve aggiungere che in realtà, il problema del relativismo culturale, si presenta anche a parti invertite. Ad esempio, quando l'ordinamento pretende di applicare a minori stranieri la normativa prevista per i minori italiani, senza considerare che le condizioni di vita nel paese di provenienza o l'esperienza della migrazione hanno prodotto una precoce crescita della persona e che le esigenze sono pertanto estremamente differenti da quelle cui il sistema italiano risponde, dando così vita ad enormi fenomeni di dispersione e fughe dai centri di accoglienza e dalle scuole che tutto assicurano fuorché il perseguimento dei loro migliori interessi<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> E. Lamarque, *Prima i bambini*, cit. pp. 73 ss.

<sup>7</sup> Per i dovuti approfondimenti, sia consentito qui fare riferimento a T. Guarnier, *La condizione giuridica dei minori stranieri non accompagnati in Italia: inadeguatezze e rischi del sistema di accoglienza*, in M.C. De Cicco, A. Latino (a cura di), *Temi attuali sui diritti sociali in un'ottica multidisciplinare*, Napoli, 2016, 267 ss.

Un altro problema legato al relativismo giuridico è la diversa visione del minore accolta dall'ordinamento, dalla società e dalla cultura di riferimento. Il principio dei *best interests of the child* pone infatti uno scontro tra la concezione di matrice polacca, del pedagogo Korczak<sup>8</sup>, nella quale si ritiene che i minori godono di diritti fondamentali e la titolarità deriva dal fatto di essere persone<sup>9</sup>, e quella di matrice anglo americana, dove la fondatrice di *Save the Children* la sig.ra. Jebb<sup>10</sup>, sosteneva che i bambini, invece, non sono titolari di diritti in senso pieno, ma sono un riflesso degli obblighi di protezione ed assistenza verso l'infanzia che gravano su tutta l'umanità. Entrambe queste concezioni, comunque, influenzeranno la Convenzione Onu sui diritti del Fanciullo del 1989.

Questa Convenzione, sarà un documento molto importante perché riconosce, per la prima volta espressamente, che anche i bambini, le bambine e gli adolescenti sono titolari di diritti civili, sociali, politici, culturali ed economici, che devono essere promossi e tutelati da parte di tutti; ma lo sarà anche perché per la prima volta sulla scena internazionale compare il principio del *best interest of the child*, il quale viene delineato come criterio guida dell'intera dichiarazione e riferendolo sia all'azione dei pubblici poteri, in particolari dei legislatori nazionali, che quella dei privati, i genitori innanzitutto, responsabili dell'educazione dei minori. Se questo documento che, da una parte ha realizzato notevoli conquiste, dall'altra parte non sono mancate le critiche da parte degli autori anglo americani, in quanto hanno ritenuto inaccettabile che in uno stesso documento fossero concessi diritti e protezione, considerato che si pongono come alternativi. Per la tradizione anglo americana infatti, come vedremo fra poco, il titolare di un diritto fondamentale è colui che è capace di autodeterminarsi e quindi autonomamente può esercitare i suoi diritti senza bisogno dell'intervento di terzi soggetti. Invece, ed è proprio qui che poggia la critica, molti diritti contenuti nella Convenzione prevedono decisioni prese da altri in vista del benessere del minore, un esempio potrebbe essere l'art.3<sup>11</sup>, oggetto di critica dalla dottrina anglo

<sup>8</sup> J. Korczak, nella sua opera *Il diritto del bambino al rispetto*, sostiene che il bambino è già persona e che in quanto tale gode del diritto al rispetto, e cioè del diritto ad avere riconosciuta la propria dignità di essere umano e di tutti i diritti fondamentali che da questa sua condizione discendono.

<sup>9</sup> La scoperta del bambino come persona umana, con la conseguente necessità di assicurargli il rispetto e i diritti dovuti a ogni persona, è la più importante acquisizione dei gradi pedagogici della prima metà del 900. L'intuizione è presente anche negli scritti di Maria Montessori. Infatti la Montessori nella sua opera *Il bambino in famiglia* scriveva che "mai le leggi dimenticarono i diritti dell'uomo come dinanzi al bambino perché il bambino come personalità importante in se stessa ... non fu mai considerato". E ancora la Montessori sosteneva nell'altra sua opera *Il segreto dell'infanzia*, che la "situazione in cui si trova il bambino è simile a quella d'un uomo privo di diritti civili e d'un ambiente proprio: un essere relegato al margine della società che tutti possono trattare senza rispetto, insultare e castigare, in forza di un diritto conferito dalla Natura: il diritto dell'uomo".

<sup>10</sup> Per ogni riferimento bibliografico si veda, C. Mullan *The Woman Who Saved the Children. A Biography of Eglantyne Jebb, Founder of Save the Children* Oneworld Publications 2009.

<sup>11</sup> art.3 *Convenzione Onu* del 1989 1. In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente.

2. Gli Stati parti si impegnano ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo

americana, in quanto garantisce sia diritti e sia protezione al fanciullo. In realtà, se noi analizziamo meglio la Convenzione Onu del 1989, disegna il bambino come possessore di diritti fondamentali, ma solo in ragione della sua qualità di essere umano e non in ragione della sua capacità di esercitarli, quindi in realtà non ci sarebbe una contraddizione, perché diritti e protezione si pongono sempre come alternativi.

### **1.1. Il *best interest of the child* nella tradizione anglo americana.**

Dopo aver delineato in maniera generale il nostro principio del *best interest of the child* cerchiamo di analizzarlo all'interno della tradizione anglo americana. Si deve premettere che, il mondo anglo americano che guarda ai *children's rights* discute e si divide sui diritti dei minori a partire dal problema cruciale se tali diritti siano o meno configurabili, anche se poi la dottrina si accontenta di definire alcuni doveri morali a carico degli adulti e della società nei confronti di bambini ed adolescenti.

Le due posizioni assunte nel dibattito anglo americano risultano antitetiche perché da una parte emerge l'idea che la richiesta di una più incisiva protezione dei bambini e degli adolescenti da parte degli organi pubblici, risulti incompatibile, con l'altra posizione di rivendicazione della titolarità di diritti fondamentali, in capo ai minori. Durante gli anni 70, all'epoca della *civil rights revolution*, i diritti dei bambini e degli adolescenti diventano in America quelli di una *last minority* parente delle lotte dei neri, donne e omosessuali, sostenuti come gruppo sociale debole e oppresso dagli attivisti di un movimento politico di liberazione che otterrà in seguito analoghe conquiste anche per gli animali.

Il diverso modo di vedere dei diritti in capo ai minori, ritrova la sua ragion d'essere nella tradizione costituzionale anglo americana che "sostanzialmente prescinde dal tema della dignità umana come dote innata di ogni persona, causa e giustificazione di ogni suo diritto fondamentale"<sup>12</sup>. L'individuo, infatti, è inteso come "entità che si autodetermina", soprattutto negli Usa vengono esaltati i tratti dell'indipendenza e dell'autonomia individuale del *rights bearer*. La sua immagine, diverge profondamente, dall'immagine della persona titolare di diritti tratteggiata dagli ordinamenti costituzionali europei, che è tale indipendentemente dalla sua capacità di compiere scelte sulla propria vita, e che, non viene mai riguardata come isolata portatrice di pretese, e in particolare della pretesa di determinare in completa autonomia le proprie scelte, bensì è inserita in una

benessere, in considerazione dei diritti e dei doveri dei suoi genitori, dei suoi tutori o di altre persone che hanno la sua responsabilità legale, e a tal fine essi adottano tutti i provvedimenti legislativi e amministrativi appropriati.

3. Gli Stati parti vigilano affinché il funzionamento delle istituzioni, servizi e istituti che hanno la responsabilità dei fanciulli e che provvedono alla loro protezione sia conforme alle norme stabilite dalle Autorità competenti in particolare nell'ambito della sicurezza e della salute e per quanto riguarda il numero e la competenza del loro personale nonché l'esistenza di un adeguato controllo.

<sup>12</sup> E.J. Eberle, *Dignity and Liberty. Constitutional Visions in Germany and the United States*, pp. 1 a 41 ss.

dimensione sociale che incide sulla stessa consistenza dei suoi diritti, determinandone i limiti in ragione anche di beni della collettività<sup>13</sup>.

La nozione anglo americana di titolare di diritti, non comprende dunque, quelle persone che si trovano in una situazione di dipendenza da altri, come possono essere i bambini ma anche gli anziani, e disabili<sup>14</sup>. Ed ecco qui il perché i minori non vengono visti come titolari di diritti fondamentali, in quanto non hanno la capacità di provvedere a se stessi, ed hanno bisogno che altri facciano delle scelte per loro.

Comunque negli Usa, anche gli *advocates* dei *children's rights*, fanno propria la concezione dei diritti individuali predominante nella loro tradizione, che li definisce nei termini di “*claims by autonomous, self determining and self interested individuals*”<sup>15</sup>, e cioè pretese azionabili da parte di individui autonomi e capaci di scegliere ciò che è meglio per la loro vita, e semplicemente ne chiedono l'estensione anche ai minori di età. Costoro, praticamente, recepiscono la teoria dei diritti nota come *will theory*, secondo la quale il diritto individuale consiste nella preminenza del potere di scelta del suo titolare sulla volontà di altri individui dal quale derivano obblighi giuridici a loro carico, e la forzano per riferirla a individui che mancano della necessaria competenza a compiere scelte<sup>16</sup>. Invece l'opposta teoria *interests theory*, ritiene che la funzione dei diritti sia di proteggere gli interessi del suo titolare, adulto o minore che sia, e non la volontà. Queste sono solo due delle teorie alternative che vorrebbero in qualche modo estendere i diritti ai bambini<sup>17</sup>.

Tuttavia la maggior parte della dottrina anglo americana, non vuole rinunciare alla tradizionale configurazione dei diritti in termini di pretese di autodeterminazione e, di conseguenza, ritengono una forzatura questo modo di intendere i diritti dei minori compiuta dai liberazionisti, in quanto non considerano le esigenze dei bambini e i complessi problemi dell'infanzia che richiedono di essere affrontati, e quindi non possono fare altro che opporsi all'idea che i bambini siano titolari di veri diritti, proprio perché hanno bisogno che altri facciano delle scelte per loro.

Le posizioni assunte, rispetto ai *children's rights*, quindi, sono due.

Da una parte abbiamo l'orientamento dell'*autonomy* o della *self determination* che ritiene che anche ai minori deve essere data la possibilità di compiere in autonomia le scelte che li riguardano, di determinare essi stessi il modo migliore di condurre la propria vita, e per raggiungere questo obiettivo è necessario eliminare ogni condizione di dipendenza ed oppressione rispetto agli adulti. Minore ed adulto, quindi, si trovano in una posizione di parità, in relazione ad ogni ambito della vita privata, a partire dalle decisioni quotidiane sul mangiare,

<sup>13</sup> E. Lamarque, *Prima i bambini*, cit. p. 42.

<sup>14</sup> M. A. Glendon, *Rights Talk. The Improperishment of Political Discourse*, pp. 66-75.

<sup>15</sup> M. Minow, *Making all the difference. Inclusion, exclusion and American law* cit. p. 289.

<sup>16</sup> E. Lamarque, *Prima i bambini*, cit. p. 44.

<sup>17</sup> Ad es. T.D. Campbell, *The rights of the minor: as person as child, as juvenile, as future adult, in children, rights and law*, a cura di P. Alston S. Parker e J. Seymour, Clarendon Press, 1992, pp 3 e ss., distingue tra “*intrinsic rights*” e “*instrumental and remedial rights*”, ritenendo che ai minori spetti la piena titolarità dei primi e non dei secondi.

dormire, lavarsi ecc. fino a quelle relative alla scelta del dove e con chi vivere, si spinge fino alla sfera sessuale e si estende anche alle libertà economiche, come per es. la proprietà e la possibilità di scegliere se andare o meno a scuola.

Dall'altra parte, invece, abbiamo l'orientamento della *protection*, secondo il quale i minori devono essere protetti da loro stessi allo scopo di assicurare i loro interessi fino a quando non saranno in grado di assumersi le loro responsabilità. Questo orientamento ritiene che abbandonare il minore ai suoi diritti, può cagionargli un danno, ed è per questo preferiscono un intervento di sostegno e di assistenza a carico degli adulti e dell'intera società<sup>18</sup>. Di questo pensiero sono anche gli psicanalisti, come J. Goldstein, A.J. Solnit e Anna Freud che in una notissima trilogia di volumi<sup>19</sup>, relativi soprattutto all'affidamento dei figli nei casi di divorzio, intitolati rispettivamente, "*beyond*", "*before*" e "*in*" *the best interests of the child*, ritengono che riconoscere diritti ai minori significa minacciare di distruggere il sistema familiare e la sua autonomia, perché in caso di conflitto tra la volontà dei figli e quella dei genitori, la decisione verrebbe presa dalle corti. L'unica soluzione, secondo questi autori, per evitare l'intromissione dei pubblici poteri nel legame genitore e figlio, è quella di riconoscere più ampie libertà ai genitori nella gestione del figlio. Un altro dato per cui si potrebbe sostenere che dare diritti ai minori sia un rischio, sta anche nel fatto che non saprebbero come utilizzarli e soprattutto non sarebbero a conoscenza di quali diritti siano titolari. Infatti è stato fatto uno studio in America, dove sono state sottoposte, a dei bambini e a degli adolescenti, delle domande proprio sulla questione dei diritti, e le loro risposte hanno dimostrato che effettivamente i ragazzi non sanno ragionare sui diritti e tanto meno utilizzarli, per tutta una serie di motivi che non stiamo ora a riepilogare<sup>20</sup>. Ma allora, anche sulla base di questi studi, forse, è vero che i bambini, non devono essere dati *rights*, ma al contrario, *protection*<sup>21</sup>. A tale scopo altri soggetti, pubblici o privati, devono essere incaricati di decidere per loro e al posto loro in che cosa consistono i loro *best interest*, e cioè quali scelte realizzano al meglio il loro *welfare* o il loro *well being*.

Adesso che abbiamo posto le nostre premesse cerchiamo di capire come configurare il *best interest of the child* nella tradizione anglo americana. Per quanto si è detto finora, è chiaro che in ambito anglo americano il paradigma dei *best interests* in primo luogo implica che a compiere le scelte che riguardano il minore non sia lui stesso, ma un altro soggetto, e in secondo luogo, richiede che costui decida per il bene del minore e non per il proprio. In questo senso,

<sup>18</sup> O. O'Neill, *Children's rights and Children's Lives, in Ethics*, XVII,1988 e poi in *Children, Right and the law*, cit. p.25.

<sup>19</sup> I tre volumi sono intitolati, rispettivamente *Beyond the best interests of the child*(1973), *Before the best interests of the child*(1980) e *In the best interests of the child*(1986) di A. Freud, A.J. Solnit, J. Goldstein.

<sup>20</sup> <http://www.adcl.org.pt/observatorio/pdf/Adolescentandchildrensknowledgeaboutrights.pdf>  
Comunque si deve stare cauti nell'interpretare i risultati ottenuti perché per esempio, non sappiamo se vi è stata un' influenza di competenza verbale sulla capacità dei bambini di verbalizzare le loro conoscenze sui diritti. Vi sono tuttavia recenti prove che suggeriscono che ci sono stati dei cambiamenti evolutivi sulla conoscenza giuridica dei bambini.

<sup>21</sup> E. Lamarque *Prima i bambini*, cit. p. 52

l'espressione *best interest of the child*, indica il criterio che deve essere seguito, da coloro che effettuano la scelta, per realizzare il *welfare* o il *well being* di un bambino<sup>22</sup>. Naturalmente questa concezione dei *best interests of the child* appartiene all'orientamento della *protection* perché per l'orientamento della *self determination*, che esclude ogni ingerenza di altri soggetti nelle decisioni che riguardano la vita del minore, il *best interest* risultata antitetico e viene visto come simbolo dell'oppressione e della *protection*.

In definitiva il paradigma dei *best interests* ha la precisa funzione di fornire delle garanzie all'individuo che non è in grado di provvedere da solo al proprio bene e alla propria felicità, e serve per separare gli interessi di tutte le persone incapaci dagli interessi dei loro tutori<sup>23</sup>. Se l'individuo non ha la capacità di scegliere per sé, è necessario che altri soggetti scelgano al suo posto, e il nostro principio serve proprio a imporre a chi compie la scelta di farla sempre a vantaggio del minore. Ed è per questo motivo che nell'ambiente anglo americano la *self determination* e *best interests* sono istanze rigidamente alternative, che non possono coesistere: i primi sono il riflesso dell'autonomia dell'individuo, i secondi sono il riflesso della sua dipendenza<sup>24</sup>.

Tuttavia ci sono stati dei tentativi, soprattutto da parte degli autori inglesi, di affievolire questa contrapposizione. Ad es. l'inglese Eekelar, propone la *dynamic self determinism*, il cui fine è di assicurare i *best interests* di un minore senza negarli al contempo il possesso di diritti, e ciò si realizzerebbe garantendo al minore la possibilità di contribuire a determinare il contenuto della decisione altrui che lo riguarda (*self determination*) e a rivederla in relazione al passare del tempo e al mutare delle condizioni (*dynamic*). Oppure ci sono i numerosi scritti di Freeman, noto autore inglese, che propone un "paternalismo modificato e limitato"<sup>25</sup>, che riconosce ampi spazi ove sia possibile alla garanzia dei diritti, intesi sempre come la possibilità del minore di compiere scelte per la propria vita, oppure di partecipare alle scelte altrui tramite il diritto a essere ascoltato (di cui all'art.12 Convenzione Onu).

L'America invece, a differenza degli inglesi che cercano delle alternative (e ciò forse dipende dal fatto, che l'Inghilterra ha dovuto fare i conti con la CEDU, la quale considera i bambini come titolari di diritti e addirittura gli è data anche la possibilità di ricorrere autonomamente alla Corte di Strasburgo), rimane ferma alla contrapposizione tra protezionisti e liberazionisti.

Un'ultima questione da esaminare consiste nel problema della *paramountcy*, o prevalenza degli interessi del minore, che è stato oggetto di discussione anche in ambito anglo americano.

<sup>22</sup> Spesso le espressioni *welfare* o *well being* vengono usate come sinonimi rispetto ai *best interests*.

<sup>23</sup> L. M. Kopelman, *The best interests standards for incompetent or incapacitated persons of a ages*, in *Childhood obesity*, 2007 pp.187

<sup>24</sup> F. Orr, *Do children require special protection under international human rights law?* in *King's student L. Rev.*, 2014, p.50.

<sup>25</sup> Freeman V. Pocar e P. Ronfani, *il giudice e i diritti dei minori*, editori Laterza, 2004, p.19

Prima di affrontare il dibattito anglo americano, tuttavia, è meglio analizzare da dove nasce il problema della *paramountcy*. Di fatto la *paramountcy* si viene a delineare nella Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959, nella quale si affermava che nell'adozione di leggi relative ai minori i *best interests of the child* dovevano essere “ *the Paramount consideration* “ e cioè la considerazione decisiva , prevalente su ogni altra. Nella Convenzione Onu del 1989 invece all'art.3 i delegati sono stati molto più cauti nell'affermare il principio del *best interest of the child* , infatti esso deve rappresentare “ *a primary consideration*”<sup>26</sup>. I lavori preparatori, confermano che l'attenuazione della *paramountcy* sia stata voluta dai delegati, che hanno corretto la formulazione proposta dalla dichiarazione del 1959, proprio perché intendevano sostenere che l' interesse del minore non avrebbe dovuto sempre prevalere. Tutti furono d'accordo, infatti , nel dire che “in certe situazioni interessi concorrenti, come quelli della giustizia, devono ottenere una maggiore considerazione rispetto a quelli del bambino”<sup>27</sup>. I delegati sostituirono quindi l'aggettivo del sostantivo “*consideration*” mettendo “*primary*” al posto di “*paramount*” e , dopo averne discusso, preferirono l'articolo indeterminativo “*a*” all'articolo determinativo “*the*”, in modo da chiarire che il benessere del minore o dei minori deve essere sempre oggetto di grande attenzione, ma non già l'unico a prevalere<sup>28</sup>. Solo in relazione all'istituto dell'adozione, per gli Stati che lo prevedono, la Convenzione ritorna a parlare di assoluta prevalenza degli interessi del minore, affermando, all'art.21 quanto segue: *States Parties the recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the Paramount consideration*<sup>29</sup>.

Il problema della *paramountcy*, o prevalenza degli interessi del minore, come abbiamo detto in precedenza, è stato oggetto di discussione anche in ambito anglo americano per ciò che riguarda la formulazione dei testi normativi nazionali che, nel riferirsi ai *best interests of the child*, possono di volta in volta assegnare loro un valore determinate, oppure, principale, oppure considerarli semplicemente come uno dei tanti elementi su cui fondare la decisione.

Un dibattito sul punto si è sviluppato soprattutto nel Regno Unito perché il *Children Act* del 1989 stabilisce che quando una corte è chiamata a risolvere una qualsiasi questione relativa all'allevamento e all'educazione dei figli, “*the child's welfare shall be the Paramount consideration*”. Un simile *paramountcy*

<sup>26</sup> E. Lamarque, *Prima i bambini*, cit. p. 80

<sup>27</sup> Ricorda questo passaggio della discussione tenutasi nel 1989 all'interno del *Working group P. Alston, Il principio del “migliore interesse”: verso una riconciliazione tra cultura e diritti umani* cit. p. 110.

<sup>28</sup> La discussione sulla formulazione dell'art.3 della Convenzione termina in questo modo inequivocabile: “*consensus was reached to make the interests of the child only “a” primary consideration in all action*. La dottrina inglese è ben consapevole di cosa significhi la scelta lessicale in favore di quell'articolo e di quell'aggettivo. Tra i molti che si soffermano sul punto si vedano T. Hammarberg, *The principle of the best interest of the child – What it means and what it demands from adults*, Speech in Warsaw 30 May 2008, in <https://wcd.coe.int/View.Doc.jsp?id=1304019>, p.2; M. Freeman, *Article 3. The best interest of the child*, cit. pp. 60 ss.

<sup>29</sup> E. Lamarque, *Prima i bambini*, cit. p. 81

*principale*, gode nell'opinione pubblica e nelle motivazioni giurisdizionali un grande consenso, anche se le sue basi teoriche sono fragili.

Di fatti, l'autrice inglese Reece, ha provato a ricercare la ratio di una simile *paramountcy*, ritenendo che fosse necessario trovare una base giustificativa in una situazione dove gli interessi di una sola persona pretendono di fare da padroni<sup>30</sup>. Un primo argomento a favore della *paramountcy*, punta sul fatto che i bambini in media sono più vulnerabili degli adulti. Ma, l'autrice ribatte, che il fatto che ai bambini debba essere data più protezione non equivale a dire e non implica che si debba sempre e comunque privilegiare la loro posizione a scapito di quella degli adulti, una volta che si è fornito loro tutto il sostegno di cui hanno bisogno. Infatti se noi legassimo la *paramountcy* alla sola vulnerabilità della persona essa dovrebbe valere per tutti i soggetti deboli, come gli anziani per esempio. Per costoro, invece, si parla di diritti sociali all'assistenza e in generale alla rimozione degli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della loro persona, ma non si ipotizza che le eventuali pretese o diritti costituzionali delle altre persone debbano sistematicamente scivolare in secondo piano di fronte a qualsiasi soggetto debole. Di fatti nessuno si sognerebbe di parlare di un principio superiore del disabile. Un altro argomento a favore della *paramountcy* è quello che ai bambini deve essere data l'opportunità di diventare adulti di successo. Ma anche questo argomento viene respinto dall'autrice inglese per varie ragioni e soprattutto perché predilige le persone e la società future a discapito delle persone e della società presenti. Un terzo argomento è che sono gli adulti ad avere invitato i bambini alla festa della vita e quindi se ne devono assumere tutte le conseguenze. Ma, anche qui, l'autrice osserva che non è per nulla auto evidente che chi genera sia meno importante di chi è stato generato. La conclusione dell'autrice è che nessuna di queste ragioni giustifica davvero il principio dell'assoluta prevalenza dell'interesse del minore, e forse sarebbe meglio abbandonare definitivamente il principio della *paramountcy* e rimpiazzarlo con una costruzione concettuale che riconosca che il bambino è semplicemente uno dei partecipanti di un processo in cui rilevano gli interessi di tutti coloro che vi sono coinvolti<sup>31</sup>.

## **1.2. Il *best interest of the child* nel sistema dell'Unione Europea e nel sistema costituzionale italiano.**

Premessa nella concezione europea continentale, i minori godono di tutti i diritti fondamentali dell'uomo e la titolarità di questi diritti deriva semplicemente dall'essere persona. Data questa premessa cerchiamo di inquadrare il nostro principio nel sistema dell'Unione Europea e nel sistema costituzionale italiano.

*Il principio del best interest of the child nel sistema dell'Unione Europea.*

<sup>30</sup> H. Reece, *The paramountcy principale. Consensus or Construct? in Current Legal Problems*, 49,1996, in particolare p.275

<sup>31</sup> H. Reece, *The paramountcy principale. Consensus or Construct? pp. 275 ss*

L'Unione Europea in passato non aveva posto molta attenzione ai diritti dei minori, mentre recentemente ha iniziato ad attuare una strategia per promuovere e salvaguardare i diritti dei minori nelle politiche interne ed esterne dell'Unione, sostenendo gli sforzi degli Stati membri in tal senso<sup>32</sup>.

La Comunicazione della Commissione europea al Parlamento<sup>33</sup> "Verso una strategia dell'Unione europea sui diritti dei minori" afferma che "I diritti dei minori sono parte integrante dei diritti dell'uomo, che l'Unione Europea è tenuta a rispettare in virtù dei trattati internazionali ed europei in vigore, come la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo e i protocolli facoltativi, gli Obiettivi di sviluppo del Millennio e la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu). La stessa Unione Europea ha riconosciuto espressamente i diritti dei minori nella Carta dei diritti fondamentali, in particolare all'art. 24.<sup>34</sup> Tale Comunicazione individua quattro problemi da affrontare: l'esclusione sociale dei bambini Rom, il traffico di minori, la pedopornografia su internet e la somministrazione ai minori di farmaci non sperimentali ad uso pediatrico<sup>35</sup>.

Negli ultimi anni sono state attivate numerose iniziative nella UE sia a livello di politiche (interne ed esterne) che di programmi concreti, su una serie di temi come ad esempio la tratta dei bambini e la prostituzione infantile, la violenza contro i minori, la discriminazione, la povertà infantile, l'esclusione sociale, il lavoro minorile e gli sforzi per abolirlo, la salute, l'istruzione, la migrazione e l'integrazione<sup>36</sup>.

La Comunicazione del 2006 ha inaugurato il primo Forum europeo per i diritti dei minori, che ha visto la partecipazione diretta di minori e di altri interlocutori chiave per uno scambio di informazioni e buone pratiche, per prendere iniziative efficaci in favore dei minori. L'apporto dei bambini al Forum costituisce un elemento fondamentale, attuando in modo concreto sia l'art. 24 della Carta di Nizza sia l'art. 12 della Convenzione di New York che riconoscono ai minori il diritto di esprimere liberamente la loro opinione. Il Forum ha approvato la Dichiarazione di Berlino, con cui i Ministri degli stati membri, i mediatori dei diritti dei minori, la rete degli osservatori dell'infanzia (ChildONEurope) e i rappresentanti delle Istituzioni europee, del Consiglio d'Europa, dell'Unicef e della società civile decidono di sostenere la commissione Europea nel suo impegno a favore dei diritti dei minori nelle politiche interne ed esterne dell'Unione Europea<sup>37</sup>. Il Forum ha finora affrontato i temi della violenza

<sup>32</sup> MORO A. C., Manuale di diritto minorile (a cura di Luigi Fadiga), op. cit. p. 15

<sup>33</sup> Commissione delle Comunità Europee, COM (2006) 367 del 4 luglio 2006

<sup>34</sup> TURRI G., I grandi principi europei di tutela dei minori, in *Minori giustizia*, 2, 2008, Angeli, Milano, 2008, p.7

<sup>35</sup> MORO A. C., Manuale di diritto minorile (a cura di Luigi Fadiga), op. cit. p. 15

<sup>36</sup> DI CAGNO Simonetta, *Minori: verso una strategia europea*, in *Nuove esperienze di giustizia minorile: quadrimestrale internazionale di studi e documenti del Dipartimento per la Giustizia Minorile*, 1, 2008, p. 16

<sup>37</sup> MORO A. C., Manuale di diritto minorile (a cura di Luigi Fadiga), op. cit. p. 16; DI CAGNO Simonetta, *Minori: verso una strategia europea*, op. cit. p. 17

all'infanzia, della partecipazione dei ragazzi ai lavori del Forum (2008), del lavoro minorile (2009). Tra le priorità strategiche della Commissione Europea figura "l'efficace tutela dei diritti dei minori contro lo sfruttamento economico e tutte le forme di abuso"<sup>38</sup>.

Vediamo come l'Unione Europea è passata da una considerazione sui minori insufficiente ad una considerazione troppo eccessiva, rispetto alle competenze normative che le spetterebbero. Da notare che quando l'Unione ha esercitato le proprie competenze normative sul tema, ha quasi sempre richiamato il principio dei *best interests of the child*, espressione che fa il suo ingresso ufficiale nella normativa Europea nel 1998<sup>39</sup> e da allora quasi tutti gli atti normativi di diritto primario o derivato che considerano e disciplinano la situazione di persone minori di età contengono un riferimento testuale al principio.

Nel sistema normativo europeo il principio dei *best interests of the child* ha due possibili versioni; da una parte ha la funzione di costruire regole generali della disciplina, dall'altra serve come motivo di deroga da parte del giudice alle regole generali qualora la specifica situazione del singolo minore lo richieda.

Nel primo caso i *best interests of the child* sono intesi come interessi, o benessere, di tutti i minori, considerati in modo generale meritevoli di un certo trattamento, che si presume adeguato ai loro particolari bisogni; nel secondo come interessi, o benessere, del singolo minore. Interessi o benessere da prendere in considerazione, in questo secondo caso, solo nel momento in cui si tratta di assumere determinazioni concrete sulla specifica condizione, anche eventualmente distaccandosi da ciò che era stato presunto come un bene per ogni minore astrattamente considerato.

Questa doppia anima del principio si evidenzia con estrema chiarezza nell'art.24 della Carta dei diritti fondamentali(detta anche Carta di Nizza), intitolato i *diritti del minore*, che infatti dispone quanto segue:

- 1- I minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità.
- 2- 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.
- 3- Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse.

Notiamo come il par. 2 e 3 impongono alle istituzioni dell'Unione e ai singoli Stati membri quando agiscono in esecuzione del diritto dell'Unione il rispetto dell'interesse del minore. Il par.2 però lo enuncia in forma di regola a cui devono ispirarsi gli atti relativi ai minori intesi come categoria, il par.3 lo considera nella

<sup>38</sup> Obiettivi strategici 2005-2009–Europa 2010: un partenariato per il rinnovamento europeo – Prosperità, solidarietà e sicurezza, COM (2005) 12 definitivo del 26.01.2005, punto 2.3

<sup>39</sup> Atto del Consiglio 98/C 221/01 adottato sulla base dell'allora art. K3 del trattato sull'Unione Europea, art.3, par.2 lett. b) e art.15 par.2 lett. a)

prospettiva opposta, e cioè come motivo di deroga per il singolo minore alla regola, contenuta nel medesimo paragrafo e nella generalità dei casi presunta conforme all'interesse di ogni bambino astrattamente considerato, secondo la quale egli deve poter intrattenere relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori.

L'art.24 della carta di Nizza si colloca all'interno della concezione europea continentale dei diritti dei minori, che si riferisce a veri e propri *rights* dei *children*, in quanto, a differenza della tradizione anglo americana, i bambini godano, al pari di tutte le altre persone, di tutti i diritti enunciati dalla carta.

Da segnalare che la maggior distanza tra la Carta e la concezione anglo americana dove, come si è visto, il principio dei *best interest* e necessità di *protection* e *well being* del minore sono sostanzialmente sinonimi, e nessuno di essi assume rilievo di diritto fondamentale. Nella Carta di Nizza, invece, la *protection* e *well being* sono diritti fondamentali specifici del minore, che vincolano il diritto derivato dell'Unione e la legislazione degli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione(par.1 art.24); al contrario il principio dei *best interest of the child* ha la funzione di criterio guida per la decisione dei casi concreti(par.2 art.24).

Ritornando alla visione dei *best interest of the child*, che emerge dall'art.24 della Carta dei diritti fondamentali, per la costruzione di una regola generale(par.2) e della costruzione della deroga alla regola(par.3), questa prospettiva verrà ripresa anche dagli atti normativi di diritto derivato che avranno come destinatari o comunque che prendono in considerazione le persone minori di età.

Per quanto riguarda l'uso dei *best interest of the child* in funzione della costruzione di una regola di condotta, si può dire che nella legislazione europea esso si manifesta in due modi. In alcune occasioni il richiamo al principio serve a giustificare una regola europea che non lascia spazio alla discrezionalità degli organi nazionali, amministrazioni o giudici, chiamati a darvi esecuzione. E' ciò che accade ad es. nel regolamento di *Bruxelles II* sulla responsabilità genitoriale con riguardo alle norme sulla competenza del giudice in caso di sottrazione internazionale del minore da parte di uno dei genitori, nella quale la rigida attribuzione della competenza al giudice dell'abituale residenza del minore viene giustificata proprio affermando che è il criterio della vicinanza a soddisfare l'interesse superiore del minore<sup>40</sup>.

Altre volte invece rappresenta soltanto il criterio orientativo rivolto agli Stati membri per dare esecuzione o attuazione alle norme europee. Un simile uso del principio si riscontra soprattutto nei due più recenti e coevi atti normativi, un regolamento e una direttiva, sulla protezione internazionale dei cittadini non europei, nei quali compare una previsione del genere: "l'interesse superiore del minore deve costituire un criterio fondamentale nell'attuazione, da parte degli Stati membri" di ciascuno dei due atti normativi, relativi rispettivamente ai criteri e

<sup>40</sup> Dodicesimo Considerando del Reg. 27 Novembre 2003, n° 2003/2201/CE, cit.

ai meccanismi per determinare la competenza per l'esame delle domande e all'accoglienza dei richiedenti<sup>41</sup>.

Venendo ora alla legislazione europea che utilizza i *best interests* in funzione derogatoria, salta subito all'occhio che le regole derivate in nome dei *best interests* sono proprio le regole che sono state costruite tramite la prima prospettiva. Facendo in questo modo il legislatore europeo sembra prendere atto che non sempre ciò che è certamente un bene per tutti minori, intesi come categoria, coincide con il bene per il singolo bambino. Ad es. lo stesso regolamento di *Bruxelles II* prevede il trasferimento della competenza a conoscere il merito della controversia in materia di responsabilità genitoriale dal giudice competente "a una autorità giurisdizionale più adatta a trattare il caso ma solo se corrisponde all'interesse superiore del minore"<sup>42</sup>.

Merita a questo punto, per terminare la trattazione dei *best interests of the child* nel sistema dell'Unione Europea, fare un piccolo accento alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, del 1950. Tale Convenzione non prevede espressamente il nostro principio, ma è stato teorizzato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, facendo riferimento all'art.8 secondo paragrafo della CEDU<sup>43</sup>. Il principio dell'interesse superiore del minore, si presenta, per la Corte europea dei diritti dell'uomo, in due aspetti: da una parte serve per restringere il diritto del genitore a condurre una vita familiare con il figlio ogniqualvolta sia in pericolo lo sviluppo e la salute di quest'ultimo; dall'altra parte serve per rafforzare il diritto del figlio minore a preservare le relazioni personali con il genitore allo scopo di ricostruire la famiglia di origine appena possibile<sup>44</sup>.

### *Il principio del best interest of the child nel sistema costituzionale italiano.*

<sup>41</sup> Così l'art.6, par.1, del Reg. 26 giugno 2013 n°2013/604/UE cit. Di tenore analogo agli art. 11 par.2 e 23, par.1 della Dir. 26 giugno 2013 n° 2013/33/UE cit.; mentre l'art.23, par.2, della medesima direttiva interviene a guidare a discrezionalità degli stati membri fornendo alcuni indicatori per la determinazione dell'interesse del minore(secondo tale norma, infatti, "nel valutare l'interesse superiore del minore, gli Stati membri tengono debito conto, in particolare, dei seguenti fattori: a) la possibilità di ricongiungimento familiare; b) il benessere e lo sviluppo sociale del minore, con particolare riguardo ai trascorsi del minore; c) le considerazioni in ordine all'incolumità e alla sicurezza, in particolare se sussiste il rischio che il minore sia vittima della tratta di essere umani; d) l'opinione del minore, secondo la sua età e maturità").

<sup>42</sup> art. 5, par.1, del Reg. CE 27 Novembre 2003, n° 2003/2201/CE, cit.

<sup>43</sup> ARTICOLO 8 CEDU Diritto al rispetto della vita privata e familiare.

1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla 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.

<sup>44</sup> Questo modo di vedere il principio del superiore interesse del minore, emerge nella sentenza Gnahre del 2003, dove un padre lamentava la difficoltà di mantenere contatti regolari con il figlio dato in affidamento ad un'altra famiglia, ma emerge anche nella sentenza Clemeno del 2008 un caso nel quale dall'affidamento ad un'altra famiglia il tribunale nazionale italiano era poi passato a dare il minore in adozione.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, vi è da notare, che le disposizioni della Carta costituzionale, hanno realizzato il passaggio da un sistema in cui il minore era pressoché esclusivamente considerato un soggetto da formare ai fini del suo inserimento nel sistema produttivo, a una concezione del minore inteso come persona umana da tutelare nelle sue fondamentali esigenze evolutive dell'identità personale<sup>45</sup>. La concezione patrimonialistica dei rapporti di famiglia, prevalente nell'ordinamento giuridico precostituzionale, impediva infatti una considerazione autonoma del minore come persona; di conseguenza, egli era ritenuto "oggetto" dei diritti degli adulti e, in quanto privo di capacità d'agire, era interamente assoggettato alla potestà familiare, riservata al padre, cui spettava ogni valutazione circa il superiore interesse della famiglia<sup>46</sup>. La scarsa attenzione sia del codice civile del 1865 che del codice del 1942 ai diritti di personalità del minore, contrariamente a quanto previsto per gli interessi di natura patrimoniale, è confermata dalla mancanza di una norma che attribuisse espressamente al minore un autonomo diritto all'istruzione, al mantenimento e all'educazione, realizzando in tal modo una protezione meramente indiretta<sup>47</sup>. Le esigenze di armonico sviluppo della personalità del minore non risultavano adeguatamente tutelate *a fortiori* in caso di incapacità di entrambi i genitori, essendo a tal fine insufficiente la possibilità, sia pure prevista, di ricorrere a istituti, quali l'affiliazione e l'adozione, la cui disciplina tendeva comunque a privilegiare gli interessi dei soggetti adulti che vi facevano ricorso rispetto a quelli del soggetto in formazione<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Per un quadro completo dell'evoluzione della condizione del minore nella famiglia e nella società, cfr. G. ASSANTE, P. GIANNINO, F. MAZZIOTTI, *Manuale di diritto minorile*, Bari, 2000, p. 3; M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO, M. R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Bologna, 2002, p. 257; F. BUSNELLI, F. GIARDINA, *La protezione del minore nel diritto di famiglia italiano*, in GI, p. 196; B. A. CHIMENTI, *Interesse del minore d'età e profili di rilevanza del consenso*, in GC, 1998, I, p. 1285; F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, p. 58; A. C. MORO, *I diritti inattuati del minore*, Brescia, 1983, p. 36.

<sup>46</sup> Basti pensare che nel *Code Napoléon* del 1804 - vigente in Italia negli anni del dominio Napoleonico - la *puissance paternelle* si spingeva fino al punto di ricomprendere, nell'ambito del *droit de correction* riconosciuto al padre per la realizzazione di interessi privati e a carattere familiare, il potere di far mettere in carcere il figlio, decisione sulla quale il giudice non poteva effettuare alcun controllo nel merito.

<sup>47</sup> Come sottolineato in dottrina, è essenziale la differenza tra il riconoscimento di un diritto originario e autonomo in capo al minore e l'imposizione di obblighi a carico dei genitori: solo nel primo caso l'ordinamento è tenuto ad assicurare piena attuazione a quei diritti, potendosi limitare nella seconda ipotesi a prevedere sanzioni a carico del trasgressore. Cfr. A. C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2008, p. 4.

<sup>48</sup> L'affiliazione era considerata un'alternativa al riconoscimento dei figli, nei casi in cui questo fosse precluso, ma altresì un modo di sfruttamento della manodopera minorile; l'adozione era volta principalmente ad assicurare a coloro che non avevano figli la possibilità di una continuità patrimoniale dopo la morte. Solo con la legge 431/1967, che ha inserito nel titolo VIII del libro I del codice civile un nuovo capitolo terzo intitolato "Dell'adozione speciale", il centro di gravità dell'adozione si sposta dall'interesse dell'adottante a quello dell'adottato e le esigenze di crescita

Profondamente diverso risulta invece l'approccio ideologico sotteso alla Costituzione del 1948 che, pur non prevedendo una disciplina specifica per i minori, inaugura un *favor minoris* che costituirà la base di un complessivo sistema di promozione dei diritti del minore, considerato nella sua condizione di soggetto in formazione<sup>49</sup> e ritenuto meritevole di protezione, a prescindere dalla nazionalità, dalla capacità di inserirsi nel processo produttivo e dallo sviluppo di un sufficiente grado di autonomia. I

I sistema di garanzie costituzionali in favore del minore non è limitato alle disposizioni inserite tra i principi fondamentali della Repubblica (artt. 2 -3)<sup>50</sup>, ma si completa con le previsioni di cui agli artt. 30-31<sup>51</sup>, 32, 34, 37 e 38, co.3, Cost., che, anziché delineare forme episodiche di tutela in favore di soggetti istituzionalmente deboli, si pongono quali elementi costitutivi di una strategia di intervento legislativo, dove il *favor minoris* si concretizza nella promozione dei diritti del minore<sup>52</sup>.

La lettura coordinata di tali norme ha permesso alla dottrina di individuare un vero e proprio "statuto dei diritti costituzionali del minore", che coesiste, nell'ambito della normativa costituzionale, con l'insieme dei doveri che altri soggetti, quali la famiglia e le istituzioni pubbliche, assumono quando entrano in relazione con il minore, al fine di favorire il sereno sviluppo della sua personalità. La promozione della personalità del minore diventa dunque, in particolare ai sensi degli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 cost., il fine preminente da cui discendono il diritto-dovere dei genitori di educare i figli e il dovere dello Stato di predisporre le condizioni in cui possa meglio realizzarsi «la soluzione ottimale "in concreto" per

del minore in un ambiente idoneo sono finalmente tutelate attraverso la previsione del diritto ad avere una nuova famiglia rispetto a quella originaria.

<sup>49</sup> Nel sistema precostituzionale, il minore era invece destinatario di una serie di norme speciali che tendevano a separarlo ed emarginarlo dal contesto sociale di riferimento; sul punto, cfr. G.PALMERI, Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori, Napoli, 1994, p. 4.

<sup>50</sup> In particolare, l'art. 2 della Costituzione, riconoscendo e garantendo i diritti inviolabili dell'uomo, sancisce il diritto di ogni essere umano, a prescindere dalla maturità psicofisica raggiunta, a realizzare pienamente la propria personalità e l'art. 3 Cost., impegnando la Repubblica a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana, afferma, tra gli altri, il diritto del minore ad avere le necessarie occasioni di sviluppo per una completa realizzazione della sua persona.

<sup>51</sup> I principi affermati in tali articoli e relativi al rapporto genitori - figli hanno poi trovato attuazione con la riforma del diritto di famiglia del 1975, che ha comportato una modifica nella disciplina della patria potestà, sostituita dalla potestà dei genitori e concepita non più come diritto, bensì, in una prospettiva pluralistica, come funzione nell'interesse dei figli, vale a dire come assunzione di responsabilità nei loro confronti.

<sup>52</sup> M. BESSONE, Artt.30-31. Rapporti etico-sociali, in Commentario alla Costituzione, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1976, p. 86 ss. Per un'analisi approfondita delle norme costituzionali relative al soggetto minore d'età, cfr. inoltre S. BARTOLE, R. BIN, Commentario breve alla Costituzione, Padova, 2008, p. 311 ss; R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Commentario alla Costituzione, Torino, 2006, I, p. 628 ss.

l'interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior "cura della persona"<sup>53</sup>.

La "rivoluzione copernicana" nel modo d'intendere la condizione minorile, realizzata dal Costituente, ha permesso in seguito alla giurisprudenza costituzionale di elaborare il principio del preminente interesse del minore, secondo cui, gli interessi di ogni altro soggetto coinvolto in un rapporto con il minore stesso devono essere sempre subordinati alla tutela dell'interesse del minore. Cerchiamo adesso di analizzare il nostro principio.

Nel sistema costituzionale italiano il principio del *best interest of the child* si presenta come un principio complesso perché da una parte esige rigidità, e cioè l'esistenza di istituti e di regole legislative inderogabili a tutela dei diritti fondamentali dei minori di età considerati astrattamente nel loro insieme come un gruppo sociale o come una categoria; ma dall'altra parte pretende flessibilità perché obbliga ad attribuire al giudice la possibilità di scegliere di volta in volta, "la soluzione più idonea per lo sviluppo educativo del minore, e cioè la soluzione realmente migliore, più adeguata, per quel singolo determinato minore di cui in momento egli si sta occupando". Questo modo di vedere il principio del superiore interesse del minore emerge nella sentenza costituzionale del 1981 la n°11<sup>54</sup>, e che segna anche l'ingresso del *best interest* nel nostro ordinamento.

La versione originaria del principio del superiore interesse del minore, consiste, allora, nella difficile ma necessaria sintesi tra le due opposte esigenze di rigidità e di flessibilità delle regole.

Entrambe devono essere sempre tenute presenti, soppesate e infine poste in ragionevole bilanciamento tra loro, e di conseguenza, resta vietato ogni irragionevole e ingiustificato squilibrio nell'una o nell'altra direzione.

Se nella versione originaria l'interesse del minore doveva essere oggetto di bilanciamento con gli altri interessi in gioco, ad oggi abbiamo una visione del *best*

<sup>53</sup> Sentenza della Corte Costituzionale del 10 febbraio 1981, n. 11, in cui la Corte, dopo aver considerato gli effetti del riconoscimento di una posizione preferenziale alla situazione soggettiva del minore sulla disciplina legislativa delle varie forme di adozione, dichiara «l'illegittimità costituzionale dell'art.314/17, 1° co., del codice civile, nella parte in cui, anche quando l'adozione ordinaria è pronunciata da giudice diverso da quello competente per l'adozione speciale, dispone che lo stato di adottabilità cessa per adozione ordinaria».

<sup>54</sup> Nella sentenza n°11 del 1981, la Corte Costituzionale italiana, riteneva "che la riforma del 1967 aveva spostato il centro di gravità dell'adozione dall'interesse dell'adottante a quello dell'adottato(...)e tale spostamento del centro di gravità dell'istituto era imposto ancor prima sul piano superiore della normativa costituzionale, per il combinato disposto degli art.2 e 30 della costituzione. Questo norme, riconoscendo come fine preminente lo svolgimento della personalità in tutte le sedi proprie, assumano a valore primario la promozione della personalità del soggetto umano in formazione e la sua educazione ne luogo a ciò più idoneo: da ravvisare in primissima istanza nella famiglia di origine, e, soltanto in caso di incapacità di questa, in una famiglia sostitutiva. L'art. 30 cost., secondo comma, prevede infatti il dovere del legislatore e dell'autorità pubblica in generale di predisporre quegli interventi che pongono rimedio nel modo più efficace al mancato svolgimento dei loro compiti da parte dei genitori di sangue: e cioè alle funzioni connesse al dovere-diritto di mantenere, istruire ed educare i figli. Ma la finalità di una educazione sostitutiva al meglio comporta la soddisfazione del bisogno di famiglia avvertito con forza dal minore, che richiede per la sua crescita normale affetti individualizzati e continui, ambienti non precari, situazioni non conflittuali".

*interest of the child*, che si identifica, come osservato dalla dottrina<sup>55</sup>, con la “necessità costituzionale che, in riferimento ad ogni rapporto giuridico sostanziale o processuale nel quale è coinvolto un minorenne, il legislatore e l’interprete, ciascuno nel proprio ambito, operino un bilanciamento degli interessi tale per cui l’interesse concreto di quest’ultimo prevalga sempre su quello di ogni altro soggetto”.

Questo modo di vedere, discende dall’errata traduzione dell’art.3 par. 1 della Convenzione dell’Onu del 1989, “in tutte le azioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l’interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente”<sup>56</sup>. Se noi uniamo però questa errata traduzione col fatto che nel nostro ordinamento i bambini sono titolari diritti fondamentali, ci rendiamo conto si darebbe origine ad un diritto fondamentale *tiranno*, nel senso capace di alterare qualsiasi bilanciamento, di schiacciare ogni altra pretesa costituzionalmente garantita, con l’ulteriore particolarità che il diritto sarebbe tale non tanto in ragione del valore e del bene tutelato, quanto del soggetto che né titolare. Si arriverebbe quindi al rovesciamento della prospettiva anglo americana: non solo da noi i minori sono titolari di diritti fondamentali, ma tutti indistintamente i loro diritti dovrebbero essere riconosciuti e garantiti a preferenza di ogni pretesa di rango costituzionale di altre persone. E questa conclusione non varrebbe solo per i bilanciamenti in concreto affidati ai giudici ma sconfinerebbe anche sul piano delle politiche del

<sup>55</sup> E. Lamarque, *Art.30 cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. I, Torino 2006, 630. Proprio all’art.30 cost. <si legge la centralità da riconoscere all’interesse dei figli, anche, rispetto alla posizione dei genitori, chiaramente espressa nella formula “nei casi di incapacità dei genitori la legge provvede a che siano assolti i loro compiti”>: così R. Amagliani, *Principi costituzionali in materia di famiglia*, in Aa. Vv., *Principi fondamentali*, a cura di L. Ventura, A. Morelli, Milano 2015, 634. In altre occasioni la stessa E. Lamarque, ha sottolineato come il principio del superiore interesse del minore vada “maneggiato con cautela”, onde evitare che possa divenire un *passepourtout* buono a legittimare ogni sorta di decisione: “Ciò che conta, a mio parere, è inquadrare correttamente l’ambito in cui si colloca il principio del superiore, o preminente, interesse del minore, e considerarlo come espressione esclusiva dell’istanza di speciale protezione. Il principio, in quest’ottica, esige in fondo solo questo: che i pubblici poteri operino in modo tale che il minore possa sempre stare il meglio possibile, compatibilmente con le difficoltà in cui può suo malgrado venirsi a trovare. Di qui la necessità che la valutazione debba essere condotta caso per caso, con approfondimento delle concrete situazioni di fatto.” La stessa autrice ha poi evidenziato come la traduzione letterale dall’inglese possa presentare delle ambiguità in quanto il termine “interesse”(…) richiama l’idea di una posizione individuale di vantaggio o di pretesa in potenziale competizione con quella di soggetti sicuramente portatori, appunto, di altri interessi; mentre l’aggettivo di grado superlativo relativo “superiore” o “preminente” evoca un confronto tra la posizione del minore e quella di tutte le altre persone. Più utile e opportuno (...) è chiamarlo invece criterio, o principio, del *massimo benessere possibile del minore* nel caso concreto”.

<sup>56</sup> Nella versione originaria dell’art.3 par. 1 della convenzione Onu *i best interests of the child*, devono rappresentare “*a primary consideration*”. I lavori preparatori confermano che l’attenuazione della *paramountcy* sia stata espressamente voluta dai delegati, proprio perché intendevano sostenere che gli interessi del minore non avrebbero dovuto sempre e comunque prevalere. Tutti furono d’accordo, infatti nel dire che “in certe situazioni” “interesse 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 (E’ un passaggio della discussione tenutasi nel 1989 all’interno del *Working group*).

diritto, fino a condizionare l'opera del legislatore. In Italia, infatti, anche le azioni legislative si dichiarano nell'interesse superiore dei minori e dell'infanzia, con l'effetto di imporre al vertice della gerarchia della priorità e degli obbiettivi del legislatore il già abusato e non meglio delineato principio del cosiddetto *favor minoris*.

Tuttavia in due occasioni abbastanza recenti la nostra Corte costituzionale ha voluto ribadire, con forza, che una corretta interpretazione costituzionale non contempla la tirannia di un valore o di un diritto, e ha ricordato che la “Costituzione italiana, come le altre costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi: tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistematica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. Se così non fosse si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe ‘tiranno’ nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionali riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona”<sup>57</sup>.

<sup>57</sup> Corte cost. sent. n°85 del 2013 e Corte cost., sent. n°10 del 2015

## SECONDO CAPITOLO

### Il principio del *best interest of the child* nella giurisprudenza dell'Unione Europea.

#### 1. Corte di giustizia e Corte Europea dei diritti dell'uomo a confronto.

Dopo aver brevemente delineato il nostro principio nei sistemi anglo americani ed europei, cerchiamo adesso di vedere come esso venga applicato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di Giustizia.

Dobbiamo premettere che le due corti non si comportano nel medesimo modo dinanzi al principio del *best interest of the child*. Di fatti la Corte di Giustizia fa un utilizzo del principio molto contenuto dal punto di vista quantitativo, omettendone di servirsene in alcune importanti occasioni, e straordinariamente misurato, quasi di *low profile*. da un punto di vista qualitativo<sup>58</sup>. Ma anche in quelle sentenze in cui il principio del *best interest* trova spazio, la Corte di Giustizia mantiene un equilibrio e una moderazione che difficilmente si ritrovano nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale, attinge al principio con grande libertà e lo pone spesso in una posizione di superiorità su altri beni e diritti. La Corte di Lussemburgo, invece, preferisce bilanciare il principio dei *best interests of the child* con gli altri diritti e interessi di pari rango. Ciò pare paradossale, se si pensa che la Corte di Giustizia dispone del principio dell'interesse del minore come parametro "costituzionale" espresso, in quanto previsto dall' art.24 della Carta dei diritti fondamentali al secondo paragrafo<sup>59</sup>, al contrario della Corte Europea dei diritti dell'uomo, che deve ricavare tale principio dall'interpretazione dell'art. 8 CEDU, in quanto non previsto espressamente all'interno della Convenzione. Il paradosso deriva dal fatto che la Corte di Giustizia è realmente tenuta a utilizzare il *best interest* sia come strumento interpretativo, sia come limite agli atti normativi dell'Unione e degli Stati membri quando agiscono in esecuzione del diritto dell'Unione. Da ciò sembra che se un principio nasce nella giurisprudenza si sviluppa insofferente a ogni limite e refrattario a ogni ragionevole contenimento, come accade nella giurisprudenza di Strasburgo. Se invece è consacrato in un testo scritto pare funzionare in senso contrario, perché produce l'effetto di un suo ridimensionamento<sup>60</sup>.

A questo punto potremmo analizzare un diverso modo di atteggiarsi delle due corti europee dinanzi alla sottrazione internazionale del minore dove abbiamo una giurisprudenza di Lussemburgo che da una tutela astratta dell'interesse del minore, al contrario della giurisprudenza di Strasburgo che invece concede una tutela concreta.

<sup>58</sup> E. Lamarque *Prima i Bambini*, cit. p. 125

<sup>59</sup> Art. 24 della carta dei diritti fondamentali 2 par. afferma 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.

<sup>60</sup> E. Lamarque *Prima i Bambini*, cit. p. 126

## 1.1. Sottrazione internazionale del minore

### *Premessa*

La Convenzione de l'Aja, si prefigge di contrastare il fenomeno della sottrazione dei minori (di sedici anni), per lo più da parte del genitore non affidatario e titolare del diritto di visita, imponendo agli Stati parti di disporre il rientro immediato del minore nello Stato di residenza abituale<sup>61</sup> quando esso sia stato "illecitamente trasferito o trattenuto" in uno Stato diverso. In sostanza, la Convenzione impone di ristabilire lo *status quo* quando la sottrazione dal (o il non ritorno al) luogo di residenza abituale siano avvenuti senza il consenso preventivo (od anche successivo al trasferimento o trattenimento) di chi esercita in modo effettivo, individualmente o congiuntamente con altri, il "*droit de garde*" (*rights of custody*, diritto di custodia o di affidamento) secondo i termini definiti negli art. 3, 5 e 13<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Dovrebbe dirsi, più precisamente, che lo Stato è quello nel quale il titolare (o i titolari) del diritto di affidamento ha (o hanno) fissato legittimamente la residenza del minore. Circa la determinazione di tale titolarità, v. G. CARELLA, *La Convenzione*, cit., pp.783 ss.

<sup>62</sup> Art. 3: "Il trasferimento o il mancato rientro di un minore è ritenuto illecito: a) quando avviene in violazione dei diritti di custodia assegnati ad una persona, istituzione o ogni altro ente, congiuntamente o individualmente, in base alla legislazione dello Stato nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro e: b) se tali diritti vanno effettivamente esercitati, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o avrebbero potuto esserlo se non si fossero verificate tali circostanze. Il diritto di custodia citato al capoverso a) di cui sopra può in particolare derivare direttamente dalla legge, da una decisione giudiziaria o amministrativa, o da un accordo in vigore in base alla legislazione del predetto Stato". Si deve poi tener conto di quanto stabilisce l'art. 5 della Convenzione, per il quale: "Ai sensi della presente Convenzione: a) 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* (cors. agg.); b) il "diritto di visita" comprende il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo". Al riguardo è importante notare che il concetto di "diritto di custodia" (*droit de garde*, *rights of custody*; nella versione italiana, non ufficiale, figurano indifferentemente i termini *custodia* o *affidamento*) va inteso in senso autonomo e coerente con la scopo della Convenzione (v. le conclusioni e raccomandazioni della Commissione speciale per il funzionamento pratico della Convenzione, sesta riunione del giugno 2011, reperibile al sito internet [www.hcch.net](http://www.hcch.net)), tanto che, come deciso in *Abbott v. Abbott*, 130 S.Ct. 1983(2010), deve ritenersi ricompreso nel concetto di custodia anche il caso del diritto di visita cui inerisca un diritto di determinazione della residenza del minore. Sul punto, cfr. L.J. SILBERMAN, *The Hague Convention on Child Abduction and Unilateral Relocations by Custodial Parents: A Perspective from The United States and Europe – Abbot, Neulinger, Zarraga*, in *Oklahoma Law Review*, vol. 63, 2011, pp. 733 ss. (reperibile al sito internet: [giudihhttp://ssrn.com/abstract=1995567](http://ssrn.com/abstract=1995567)). Per l'ampia nozione di "affidamento" sul piano internazionale, ed espressioni equivalenti, nonché per i vari istituti che vi sono ricompresi, v. A. CANNONE, *L'affidamento dei minori nel diritto internazionale privato e processuale*, Bari, 2000. L'autonomia della nozione di affidamento è anche affermata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel quadro del regolamento 2201/2003: v. la sentenza del 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *J. McB c. L.E.*, spec. pt. 41. Il consenso del titolare del diritto di custodia/affidamento è posto quale condizione di liceità del trasferimento o trattenimento, in paese diverso dallo Stato di residenza abituale, dall'art. 13, il quale però, coerentemente con quanto stabilito all'art. 3, rende rilevante il consenso solo se il diritto di custodia/affidamento viene effettivamente esercitato (o avrebbe potuto esserlo effettivamente, se non fosse intervenuta la sottrazione: v. art. 3). Sull'effettività dell'esercizio del diritto, v. G. CARELLA, *La Convenzione dell'Aja*, cit., pp. 783 ss., che giustamente mette in rilievo come l'art. 13 incida sull'onere della prova, ponendo a carico di chi si oppone al ritorno del minore nello Stato di residenza abituale la prova della mancanza di tale effettività. Non convince, però, la deduzione (p. 786) che l'effettività di cui all'art. 3 sia semplicemente presunta (cfr. in

Nell'ambito dell'Unione europea, gli istituti e le regole procedurali stabiliti dalla Convenzione vanno ad innestarsi nella disciplina del regolamento 2201/2003, che si pone come prevalente (art. 60) tra gli Stati membri rispetto a quella de L'Aja, la quale rimane applicabile, ma integrata dal regolamento e nella misura in cui non è da esso derogata.

L'obiettivo della disciplina del regolamento, al pari di quello della Convenzione, è di ottenere il ritorno del minore nel più breve tempo possibile, lasciando ad un momento successivo la decisione in materia di affidamento. Il regolamento (art. 11, par. 1) considera l'ipotesi che il titolare del diritto di affidamento chieda, ai sensi della Convenzione, agli organi giudiziari dello Stato membro in cui il minore è stato trasferito (o illecitamente trattenuto) di ordinare il ritorno del minore nel paese dove questi aveva la residenza abituale.

La procedura e le condizioni fissate dalla Convenzione per l'emanazione dell'ordine di ritorno restano sostanzialmente inalterate e ad esse deve farsi riferimento anche nell'ambito di applicazione del regolamento. La richiesta deve essere presentata entro l'anno dal trasferimento (o del mancato ritorno). Rispettato tale termine, e verificati i presupposti per l'adozione del provvedimento (artt. 3, 8, 14 e 15 della Convenzione), il giudice adito dovrà ordinare il ritorno immediato nel termine di sei settimane. L'adozione del provvedimento sarà peraltro impedita qualora ricorrano le circostanze ostative indicate negli artt. 12, 13 e 20 della Convenzione. Secondo l'art. 12, il ritorno deve essere ordinato anche se la richiesta è presentata dopo il termine di un anno; tuttavia l'integrazione del minore nel nuovo ambiente sociale assume, in questo caso, la rilevanza di motivo ostativo del provvedimento. Più importanti ancora le due cause di diniego previste, in aggiunta a quanto si è già rilevato, dall'art. 13: 1) opposizione del minore al ritorno, quando è opportuno tener conto della sua opinione in considerazione della sua età e del suo grado di maturità; 2) esistenza di un fondato rischio che il ritorno provochi un danno fisico o psichico al minore, o comunque lo ponga in una situazione intollerabile. Si noti, però, che già a quest'ultimo riguardo interviene subito il regolamento con una disposizione (art. 11, par. 4) modificativa del disposto della Convenzione, stabilendo che i rischi di un danno al minore non possono essere invocati se viene dimostrato che sarà adeguatamente protetto dopo il suo ritorno. Rileva infine anche l'art. 20, che prevede come causa di diniego il contrasto dell'ordine di ritorno con i principi fondamentali dello Stato richiesto in materia di protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Dove il regolamento più incide nel sistema della Convenzione, sino ad alterarlo

senso contrario, Cass. civ. sez. I, 19 maggio 2010, n. 12293, in *Foro it.*, 2011, I, col. 2766 ss., con ampia argomentazione fondata sulla necessità di accertare se la tutela del diritto di custodia, asseritamente violato, corrisponda effettivamente all'interesse superiore del minore). Neppure convince l'altra affermazione (*ibidem*) secondo cui, se provata la mancanza di effettività, e venuto meno l'*obbligo* di ordinare il ritorno, ve ne sarebbe comunque la *facoltà*. In realtà, se così fosse, l'inversione dell'onere della prova in sede di opposizione al ritorno non avrebbe alcun senso. Vero è, invece, che il provvedimento non può essere adottato in difetto dell'essenziale presupposto di cui all'art. 3, anche perché la mancanza di effettività della custodia è quanto meno sintomo di un disinteresse alla situazione del minore (cfr. *Cass.cit.*), effettività che non a caso è posta dall'art. 13 sullo stesso piano del consenso al trasferimento del minore quale fatto impeditivo dell'ordine di ritorno. Del resto, che l'effettività dell'esercizio del diritto di custodia sia un presupposto essenziale dell'ordine di ritorno, è dimostrato dalla circostanza che la Convenzione – come si evince dall'art. 19 (la decisione sul ritorno non pregiudica il merito del diritto di custodia), nonché dall'art. 17, il quale esclude ogni efficacia impeditiva a qualsiasi decisione di affidamento presa o riconosciuta nello stato richiesto dell'ordine di ritorno- tutela la situazione di fatto della residenza del minore indipendentemente da qualsiasi titolo giuridico.

profondamente, è quando il giudice adito ai sensi della Convenzione rifiuta di ordinare il ritorno per uno dei motivi indicati al suo art.13.

Il regolamento mette allora a disposizione un meccanismo cooperativo (anche per il tramite delle Autorità centrali) fra tale giudice e quello dello Stato di residenza abituale (o quello comunque dotato di competenza), prevedendo che quest'ultimo sia informato del rifiuto anche se non è già stato adito dall'affidatario, dovendo poi esso invitare le parti interessate a presentare le proprie conclusioni entro tre mesi. Sarà quindi chi afferma la lesione del diritto di affidamento che dovrà decidere se richiedere il ritorno o fare acquiescenza, posto che "in caso di mancato ricevimento delle conclusioni entro il termine stabilito, l'autorità giurisdizionale archivia il procedimento". (art. 11, parr. 6 e 7). È a questo punto, quando anche il giudice dello Stato di residenza viene richiesto di ordinare il ritorno, che interviene una disposizione del regolamento a risolvere l'eventuale conflitto con il giudice dello Stato dove il minore è stato trasferito o trattenuto. Dispone, infatti, l'art. 11, par. 8: "Nonostante l'emanazione di un provvedimento contro il ritorno in base all'art. 13 della convenzione del 1980, una successiva decisione che prescrive il ritorno del minore emanata da un giudice competente ai sensi del presente regolamento è esecutiva conformemente alla sezione 4 del capo III, allo scopo di assicurare il ritorno del minore".

Il braccio di ferro tra le due giurisdizioni interessate è dunque risolto a favore del giudice della residenza abituale (per lo più il solo competente). Questo risultato è ottenuto attraverso una singolare alterazione del regime della Convenzione, ed è conseguenza del modo in cui è strutturata e disciplinata dal regolamento l'esecuzione della decisione. È qui che il problema della giustizia compare.

Secondo il regolamento, le decisioni esecutive sul ritorno del minore, adottate nello Stato (per lo più) di residenza abituale – nonostante il giudice dello Stato di trasferimento o trattenimento si sia rifiutato di ordinare il ritorno per uno dei motivi previsti dall'art. 13 della Convenzione –, hanno efficacia esecutiva immediata, al pari di quelle sul diritto di visita (art. 41), in qualunque altro Stato membro (42, par. 1)<sup>63</sup>. Il regolamento, infatti, dispone che la decisione sul ritorno, ex art. 11, par. 8, è riconosciuta ed eseguibile in un altro Stato membro senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al riconoscimento se la decisione è stata "certificata" nello Stato membro d'origine<sup>64</sup>.

Come prevede l'art. 42, par. 2, questa certificazione altro non è che una attestazione amministrativa formata dallo stesso giudice che ha emanato la decisione, attestazione redatta secondo il modello stabilito nell'allegato IV e che deve essere rilasciata d'ufficio a condizione che le parti abbiano avuto la

<sup>63</sup> Nel senso che l'esecutività non sia subordinata ad una decisione definitiva sull'affidamento del minore, v. Corte di Giustizia dell'Unione europea, sent. 1° luglio 2010, causa C-211/10 PPU, *Povse c. Alpage* (spec. pt. 56-66) e in precedenza sent. 11 luglio 2008, in causa C-195/08 PPU, *Rinau*.

<sup>64</sup> Con gli artt. 41 e 42 del reg. 2001/2003, che creano l'artificio del "certificato", s'inaugura il percorso della dottrina ufficiale dell'Unione che, in omaggio ai principi del mutuo riconoscimento e della reciproca fiducia tra gli organi giurisdizionali degli Stati membri, persegue tenacemente l'obiettivo di generalizzare l'abolizione dell'*exequatur* nella circolazione delle decisioni in tutto lo spazio giuridico europeo, obiettivo che troverà subito dopo attuazione nel regolamento 805/2004 che istituisce il titolo esecutivo europeo. Al riguardo, v. T. BALLARINO – L. MARI, *Uniformità e riconoscimento. Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea*, in *Riv. dir. int.*, 2006, pp. 7 ss.

possibilità di essere ascoltate, il minore abbia avuto anch'esso la possibilità di essere ascoltato, salvo che il giudice abbia escluso l'audizione per ragioni di età o di maturità, e la decisione tenga conto dei motivi e prove addotti per rifiutare il ritorno ai sensi dell'art. 13 della convenzione de L'Aja (inclusa, eventualmente, l'indicazione delle misure disposte a protezione del minore). Da notare che il certificato, quando non ne sia contestata l'autenticità, può solo essere rettificato per errori formali o materiali, ma non impugnato (24° *considerando* del regolamento e art. 43).

Quanto all'esecuzione, l'art. 47 del regolamento prescrive, poi, l'applicazione della legge dello Stato d'esecuzione come per le decisioni pronunciate in tale Stato. Si prevede inoltre che una decisione esecutiva non può essere eseguita se incompatibile con un'altra decisione, esecutoria ai sensi del regolamento, emessa posteriormente dai giudici dello Stato d'origine della decisione di ritorno<sup>65</sup>. Il sistema della certificazione è inteso ad evidenziare e sancire la regolarità della decisione sotto ogni profilo, e implicitamente anche quello della compatibilità con l'ordine pubblico dello Stato richiesto, essendo esclusa ogni possibilità di opposizione o impugnazione. In pratica, l'autore della decisione che ordina il ritorno impartisce agli organi dello Stato richiesto, con il certificato, anche l'ordine inoppugnabile di eseguirla.

Adesso dobbiamo chiederci se il "combinato disposto" della Convenzione de L'Aja e del regolamento 2201/2003 tenga di conto del contesto reale in cui si manifesta il triste fenomeno della sottrazione internazionale dei minori e se l'intervento degli organi giudiziari nell'applicazione delle regole sia effettivamente conforme a giustizia.

#### *La tutela astratta dell'interesse del minore nella giurisprudenza di Lussemburgo.*

Iniziamo la nostra analisi dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, rigida interprete delle disposizioni del regolamento.

La corte di Lussemburgo afferma che quando "sia stato pronunciato e certificato l'ordine di ritorno nonostante il rifiuto del giudice del paese in cui il minore è illecitamente trattenuto (art.11 par. 8), l'opposizione al riconoscimento del provvedimento è vietata, ed al giudice adito spetta solo di constatare l'esecutività del provvedimento, attuando immediatamente l'esecuzione secondo le proprie norme procedurali, cioè quelle e *soltanto* quelle che disciplinano *le modalità di esecuzione*, non potendo sospendere quest'ultima per nessun motivo, ogni decisione al riguardo essendo riservata al giudice dello Stato membro d'origine"<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> Corte di giustizia, sent. dell'11 luglio 2008, *Rinau*, cit. e sent. del 1° luglio 2010, *Povse c. Alpage*, cit., la quale chiarisce (ptt. 76-78) che l'incompatibilità rileva *soltanto* rispetto alle eventuali decisioni di annullamento, riforma o revoca, anche implicita, pronunciate successivamente dai giudici competenti dello Stato membro di origine. È quindi inopponibile una decisione emessa successivamente nello Stato di esecuzione, che attribuisca un affidamento provvisorio e sia considerata esecutiva in tale Stato (pt. 79).

<sup>66</sup> Corte di giustizia, sent. del 1° luglio 2010, *Povse c. Alpage*, cit., ptt. 73-75, 82. Nella sent. 11 luglio 2008, *Rinau*, cit., la Corte ha altresì chiarito che una volta ordinato il ritorno è irrilevante, in ordine alla decisione che rifiuta il ritorno del minore, qualunque vicenda processuale che si svolga successivamente nel paese tenuto all'esecuzione.

Secondo la Corte di Giustizia, all'esecutività immediata della decisione "certificata", che ordina il ritorno, non è possibile opporre alcunché: neppure un mutamento delle circostanze relative alla situazione del minore, quand'anche tale da rendere l'esecuzione gravemente lesiva del suo superiore interesse. Infatti competente a decidere sugli effetti delle nuove circostanze, sospendendo eventualmente la decisione sul ritorno, è solo il giudice dello Stato d'origine<sup>67</sup>.

Un altro rigido principio fissato dalla Corte di Giustizia è il seguente: all'esecuzione di una decisione di ritorno "certificata" non è consentito opporsi invocando una violazione dell'art.24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da parte del giudice dello Stato d'origine della decisione. L'esecuzione, inoltre, va disposta anche nel caso in cui il giudice richiesto consti che il minore non è stato ascoltato dal giudice che ha ordinato il ritorno, e consti invece che esso si oppone al rientro nel paese di residenza abituale.

Secondo la Corte, spetta solo al giudice dello Stato d'origine decidere sull'audizione (art. 42 par. 2 lett. a), che non costituisce un obbligo ma soltanto una possibilità oggetto di decisione discrezionale del giudice: eventuali violazioni del diritto del minore ad essere ascoltato potranno essere fatte valere solo dinanzi ai giudici dello Stato d'origine, dal momento che il regolamento si fonda sul principio della reciproca fiducia tra gli Stati membri<sup>68</sup>.

Notiamo come la Corte di Giustizia non ha dovuto compiere eccessivi sforzi interpretativi per integrare la Convenzione de l'Aja con la disciplina detta dal regolamento 2201/2003. La Corte si attiene al testo, nel quale la questione delicata della sottrazione internazionale del minore è affrontata come semplice problema di determinazione della competenza a decidere sul "ritorno".

Due sono le considerazioni che orientano le decisioni della giurisprudenza comunitaria.

La prevenzione del trasferimento illecito è un valore preminente e assoluto che si persegue attraverso la ferma applicazione delle regole fissate dalla Convenzione de l'Aja come integrata dal regolamento. L'interesse superiore del minore è già concretizzato nella legge, cristallizzato nelle regole di competenza e nell'efficacia esecutiva automatica attribuita alla decisione di ritorno "nonostante il rifiuto". La giustizia risiede nell'applicazione puntuale di tali regole, di per sé idonea a soddisfare l'interesse superiore del minore. La legge, tuttavia, contempla un interesse astratto. Ecco, dunque, che se, vi è da tutela anche l'interesse specifico e concreto del singolo minore, tale tutela è realizzabile e consentita solo

<sup>67</sup> Sent. 1° luglio 2010, *Povse c. Alpage*, cit. pt. 79; il principio che solo il giudice dello Stato d'origine ha competenza per decidere, anche in via provvisoria, in merito all'affidamento, è affermato dalla Corte di Giustizia anche nella sentenza del 23 dicembre 2009, causa C-403/09 PPU, *Deti'cek c. Sgueglia*.

<sup>68</sup> Sentenza del 22 dicembre 2010, causa C-491/10 PPU, *Zarraga c. Pelz*, nella quale la Corte di Giustizia ribadisce che la decisione che prescrive il ritorno del minore, emanata dal giudice competente ai sensi del regolamento, qualora sia esecutiva nello Stato d'origine e "certificata" ex art. 42, è riconosciuta e automaticamente dotata di efficacia esecutiva in un altro Stato membro, senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento, ogni questione sulla validità del certificato, come anche sulla legittimità della decisione, dovendo essere proposta al giudice dello Stato d'origine (ptt. 48-51).

nello Stato di residenza abituale del minore. Solo al giudice di tale stato compete l'attuazione dell'interesse superiore del minore in quanto concreto interesse del singolo. Tale assetto, per la Corte di Giustizia, non deve essere modificato in nome di una superiore tutela personalistica da accordare al singolo minore coinvolto nella vicenda di illecito trasferimento.

Il *superiore e concreto* interesse del minore è dunque affidato, all'automatismo del riconoscimento dell'esecutorietà della decisione dello Stato d'origine. La giustizia del sistema è garanzia di giustizia della decisione del caso concreto: *fiat iustitia et pereat mundus*<sup>69</sup>.

*La tutela concreta dell'interesse del minore nella giurisprudenza di Strasburgo.*

Fino ad epoca recente, in realtà, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condiviso l'idea che la prevenzione dei trasferimenti illeciti dei minori, obiettivo generale ed astratto della Convenzione de l' Aja, fosse da considerare la finalità primaria nella protezione accordata a tali soggetti dalla CEDU. La corte ha ritenuto che il rispetto degli obblighi posti a carico degli Stati dalla Convenzione de l'Aja fosse di per sé idoneo ad attuare l'interesse superiore del minore in concreto e in termini coerenti con il divieto di ingerenza nella vita privata e familiare sancito dall'art.8 CEDU, al quale la giurisprudenza ha ricondotto la tutela dei minori nelle relazioni familiari. Di fatti, numerose sono state le pronunce che hanno accertato la violazione di tale norma per mancato rispetto della Convenzione de l'Aja quanto all'obbligo di emanare l'ordine di ritorno o di darvi esecuzione, nell'assunto che il ripristino dello *status quo* imposto dalla Convenzione, a discapito del genitore non affidatario, concretizzasse proprio la *ratio* del rispetto della vita familiare del genitore affidatario imposto dall'art.8 CEDU<sup>70</sup>.

Con la recente sentenza *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*<sup>71</sup>, del 2010, la Corte Europea dei diritti dell'uomo abbandona tale prospettiva unificatrice e si pone alla verifica autonoma, alla luce dell'art.8, del rispetto dell'interesse superiore del minore nel caso concreto, facendo quindi completa astrazione dell'assetto degli obblighi stabiliti a carico degli Stati dalla Convenzione de l'Aja. In questo caso era l'autore del trasferimento illecito<sup>72</sup> che reclamava la protezione offerta dall'art.8 CEDU e la Corte di Strasburgo rilevava che un'automatica applicazione

<sup>69</sup> <http://ojs.uniurb.it/index.php/studi-A/article/viewFile/152/144> (p. 15)

<sup>70</sup> <http://ojs.uniurb.it/index.php/studi-A/article/viewFile/152/144> (p. 16)

<sup>71</sup> Sent. del 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, ric. n° 41615/07. La sentenza rovescia le conclusioni cui era giunta la sentenza di una Camera della corte dell'8 gennaio 2009. Ampiamente, al riguardo, M. Marchegiani, op cit., pp 992 ss.

<sup>72</sup> Il caso *Neulinger e Shuruk c. Svizzera* riguardava la vicenda di un minore, figlio di una cittadina svizzera e di un israeliano. Il bambino viveva in Israele e nei suoi confronti il tribunale israeliano aveva disposto il divieto di uscita dal Paese, a fronte del timore materno che il bambino potesse essere rapito da suo padre ed essere condotto in una comunità ultraortodossa all'estero e praticante un proselitismo intenso. La madre dopo il divorzio, fuggì con il figlio in Svizzera, e il tribunale svizzero dispose il rientro in Israele. La corte di Strasburgo sanzionò la Svizzera, imponendo di tenere conto il *best interest* del minore.

del regime previsto dalla Convenzione de l'Aja non è di per rispettosa dell'art.8, e riteneva necessario che si dovesse valutare il caso concreto per stabilire se l'interesse superiore del minore fosse stato attuato. Molto importante, per la Corte, è anche la valutazione del merito della vicenda di illecito trasferimento, da svolgere attraverso un esame approfondito di ogni elemento pertinente, al fine di stabilire se il rientro del minore sia effettivamente necessario a tutela del suo superiore interesse e non per una mera applicazione meccanica della Convenzione.

Anche le pronunce successive, al caso *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, hanno confermato questa nuova impostazione del rapporto fra l'art.8 della CEDU e la Convenzione del 1980<sup>73</sup>.

Nel caso *Sneersone e Kampanella c. Italia*<sup>74</sup>, la Corte Europea dei diritti dell'uomo impone di verificare in concreto l'interesse superiore del minore, ma aggiunge anche che un provvedimento di ritorno emesso da un giudice italiano ai sensi del regolamento 2201/2003, dopo una decisione di rifiuto di ritorno ai sensi dell'art. 13 della Convenzione de l'Aja, non può essere considerato conforme allo standard di tutela imposto dall'art.8, soprattutto per non aver considerato a sufficienza le conseguenze che sarebbero derivate al minore nel caso di rientro in Italia, paese da cui era stato trasferito in Lettonia ad opera della madre unica affidataria. E' chiaro che con queste pronunce, la Corte Europea dei diritti dell'uomo smentisce l'impostazione astratta e dogmatica propria della Corte di Giustizia.

Dalla giurisprudenza di Strasburgo si evince un insegnamento molto importante. L'interesse del minore, proprio perché va considerato superiore, è sottratto ad una prestabilita ed astratta configurazione ad opera del legislatore. L'interesse, infatti, è materia di accertamento concreto. Se l'esecutorietà, non può essere messa in discussione, ciò è incompatibile con la pretesa dei diritti fondamentali di vedersi rispettati nel caso concreto. La quantità di verità della legge che astrattamente protegge l'interesse del minore e la quantità di giustizia della decisione che rispetta meccanicamente la legge non sono sufficienti.

Verità e giustizia, infatti, esigono che l'interesse superiore del singolo sia accertato e protetto nel momento in cui il problema della protezione si pone. E' il tempo dell'accertamento che definisce quale sia lo modalità di azione corrispondente all'interesse da proteggere, ed è al tempo dell'azione che si

<sup>73</sup> Cfr. le decisioni di irricevibilità 26 ottobre 2010, *Raban c. Romania*, ric. n. 25437/08; 2 novembre 2010, *Van den Berg e Sarri*, ric. n. 7239/08; 15 maggio 2012, *M.R e L.R. c. Estonia*, ric. n. 13420/12, nonché le sentenze del 12 luglio 2011, *Sneersone e Kampanella c. Italia*, ric. n. 14737/09; 21 febbraio 2012, *Karrer c. Romania*, ric. n. 16965/10; 3 maggio 2012, *Uyanik c. Turchia*, ric. n. 60328/09.

<sup>74</sup> Nel caso *Sneersone e Kampanella c. Italia*, del 12 luglio 2011, la madre lettone, dopo la separazione dal padre del minore, decise di lasciare l'Italia e di ritornare in Lettonia. L'Italia è stata condannata dalla corte di Strasburgo, per violazione dell'art.8, in quanto ha imposto il rientro del minore dalla Lettonia senza interpellare la madre lettone e senza valutare attentamente il trauma psicologico che avrebbe potuto prodursi sul minore nel distacco dalla madre, ma anche per non aver valutato l'ipotesi, diverse dal rientro in Italia, per garantire il contatto tra padre e figlio.

provvede alla sua tutela<sup>75</sup>. L'automatismo per la corte di Strasburgo non può realizzare in maniera efficace l'interesse del minore<sup>76</sup>.

A questo punto sarebbe interessante analizzare qualche caso di sottrazione internazionale di cui si è occupata proprio la Corte di Strasburgo, la quale ha utilizzato l'art.8 CEDU per giudicare il rispetto, da parte degli Stati, non solo della CEDU, ma anche degli atti che fuoriescano dal contesto del Consiglio d'Europa, come la Convenzione de l'Aja o il Regolamento (CE) 2201/2003. La Corte in questo modo non solo produce un riavvicinamento tra fonti di diversa provenienza (internazionale e dell'UE), ma valuta anche se le Corti interne abbiano tenuto di conto in maniera effettiva del *best interest* del minore.

Pensiamo al caso *Shaw contro Ungheria*<sup>77</sup>, del 2011, dove la Corte Europea dei diritti dell'uomo è stata chiamata a valutare se le autorità ungheresi avessero assicurato un effettivo rispetto del diritto di un genitore (in tal caso, il padre di cittadinanza irlandese e residente in Francia) al ritorno in patria della figlia, illegittimamente sottratta dalla madre (cittadina ungherese), ai sensi del Regolamento CE 2201/2003 e della Convenzione de l'Aja (1980). La Corte ha dichiarato che le autorità nazionali avevano violato l'art.8 CEDU, dal momento che erano trascorsi undici mesi dall'ordine di far rientrare la bambina in Francia e la sottrazione da parte della madre. Le uniche misure che erano state adottate consistevano nella richiesta di rientro volontario della bambina e nell'imposizione di una multa modesta alla madre. Inoltre, il padre non aveva potuto esercitare i suoi diritti di difesa, a fronte del fatto che l'Ungheria aveva illegittimamente declinato la competenza in materia, nonostante fosse stata emessa una sentenza definitiva ai sensi dell'art.41 del Regolamento 2201/2003<sup>78</sup>.

Sempre sull'art.8 CEDU si è basato il giudizio della Corte nel caso *Karrer contro Romania*<sup>79</sup>, del 2011, nel quale è stata rilevata la carenza delle corti rumene nel valutare il *best interest* del minore. Il caso riguardava la richiesta di un padre, fondata sulla Convenzione de l'Aja, di far rientrare in Austria la figlia sottratta dalla madre e portata in Romania. I tribunali rumeni avevano ritenuto che il ritorno della minore in Austria avrebbe determinato un insopportabile stress

<sup>75</sup> <http://ojs.uniurb.it/index.php/studi-A/article/viewFile/152/144> (p. 18)

<sup>76</sup> E' anche la nostra Corte costituzionale a darci questa indicazione. Nella sentenza n°31 del 2012, la Corte censura l'automatismo con il quale la legge penale impone la perdita della potestà genitoriale nel caso di condanna per alterazione dello stato di figlio legittimo (art. 567 c.p.). Tale corte, infatti, ritiene irrazionale non consentire al giudice di verificare se la perdita della potestà sia effettivamente nell'interesse superiore del minore. Dicendo dunque che la norma penale (art. 567 c.p.) che commina la perdita della potestà genitoriale è costituzionalmente illegittima perché preclude al giudice ogni possibilità di valutare l'interesse del minore nel caso concreto, la Consulta si rivela in singolare sintonia con la Corte Europea dei diritti dell'uomo, lontana dal dogmatismo astratto di quella di Lussemburgo.

<sup>77</sup> Corte CEDU, *Shaw c. Ungheria*, ricorso n° 6457/09, sentenza del 26 luglio 2011

<sup>78</sup> L'art.41 del Regolamento 2201/2003 disciplina il "diritto di visita" e prevede che se tale diritto è conferito in forza di una decisione esecutiva emessa in uno stato membro, esso è riconosciuto ed è eseguibile in un altro Stato membro senza che sia necessaria alcuna dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento se la decisione è stata certificata nello Stato membro d'origine.

<sup>79</sup> Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Karrer c. Romania*, ricorso n°16965/10, sentenza del 21 febbraio 2012

psicologico e fisico per la stessa, ma i giudici di Strasburgo hanno sanzionato tale posizione, notando che il padre non aveva mai avuto la possibilità di essere davvero sentito davanti alle Corti della Romania e che i procedimenti avevano avuto una durata di undici mesi, anziché concludersi in sei settimane, come richiesto dalla Convenzione de l'Aja. I giudici hanno statuito, quindi, che le corti nazionali nei casi di sottrazione internazionale dei minori dovevano compiere una valutazione completa della situazione familiare del minore, e di rispettare i diritti sostanziali previsti dall'art. 8 CEDU, accanto ai diritti procedurali, dal momento che il *best interest* non può non essere garantito entro le norme del giusto ed equo processo<sup>80</sup>.

Inoltre, Il fatto di non considerare tutti i rischi del ritorno di un minore nel luogo di residenza del genitore richiedente, nonché il passare del tempo tra l'iniziale domande e la decisione finale e il fatto di trascurare l'eventuale integrazione del minore nel luogo in cui era stato condotto, è stato ritenuto violazione del medesimo art. 8 CEDU da parte della Corte Europea dei diritti dell'uomo (caso *B. v. Belgio*<sup>81</sup> del 2012 relativo alla richiesta di rientro di un figlio negli Stati Uniti, in quanto condotto in Belgio dalla madre senza autorizzazione di un tribunale o senza consenso del padre).

Dopo aver trattato del confronto delle due corti europee dinanzi al *best interest of the child*, prima a livello generale e poi soffermandosi sulla sottrazione internazionale di un minore, cerchiamo di analizzare la tutela offerta dalle due corti all'interesse superiore del minore.

## **2. Il principio del *best interest of the child* nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea.**

La giurisprudenza di rilievo per questo studio può essere divisa in due filoni. Innanzitutto abbiamo un gruppo di sentenze nelle quali la Corte di Giustizia serba, in modo consapevole, un rigoroso silenzio sul principio dei *best interests*. E poi ci sono quelle sentenze in cui il principio dei *best interests* trova spazio negli argomenti della corte.

### **2.1. Il mancato richiamo al principio dei *best interests* in sentenze nelle quali avrebbe potuto giocare un ruolo determinante.**

L'esame della giurisprudenza può iniziare da quelle sentenze che vedono la Corte di Giustizia tacere sul nostro principio, ma nelle quali sarebbe stato quasi scontato trovarlo richiamato in motivazione, o addirittura posto a fondamento

<sup>80</sup> Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Ilker Ensar Uyanik c. Turchia*, ricorso n°60328/09, sentenza del 3 maggio 2012. Si trattava di un caso relativo alla sottrazione di una minore, che viveva negli Stati Uniti, verso la Turchia da parte del padre.

<sup>81</sup> Corte Europea dei diritti dell'uomo, *B. c. Belgio*, ricorso n°4320/11, sentenza del 10 luglio 2012.

della stessa soluzione della questione pregiudiziale<sup>82</sup>. La cosa interessante da notare è che sono tutte decisioni posteriori all'adozione della Carta di Nizza.

E' opportuno, per comprendere al meglio questa giurisprudenza, dividere la nostra analisi in due parti.

In una prima parte si possono collocare alcune sentenze che trattano argomenti diversi, ma che sono tutte accomunate, oltre che dalla circostanza di pronunciarsi su rapporti giuridici coinvolgenti persone minori di età senza fare alcun cenno al principio dei *best interest*, dal fatto di costituire ognuna nel proprio ambito importanti *leading case*<sup>83</sup>.

Tra le prime decisioni abbiamo la sentenza *Garcia Avello*<sup>84</sup> del 2003, sul diritto del figlio minore di mantenere il doppio cognome assunto in forza del diritto e della tradizione di uno degli Stati membri di cui sono cittadini anche qualora le autorità amministrative dello Stato membro in cui risiedono, e di cui sono cittadini, vi si oppongono. La Corte di Giustizia accorda il mantenimento del doppio cognome appoggiandosi al divieto di discriminazione sulla base della nazionalità. In realtà la Corte avrebbe potuto raggiungere lo stesso risultato facendo entrare in gioco, il diritto fondamentale al proprio nome, oppure la necessità di tutelare la situazione personale e familiare delle persone minori di età delle quali si discuteva, ignorando così il cenno al principio del superiore interesse del minore.

Abbiamo poi la sentenza *Pupino*<sup>85</sup> del 2005, in materia di incidente probatorio per l'assunzione anticipata della deposizione di bambini in età infantile vittime di maltrattamenti, nella quale la Corte di Giustizia afferma l'obbligo di interpretare il codice di procedura italiano in senso conforme alla decisione

<sup>82</sup> E. Lamarque, *Prima i Bambini*, cit. p. 126

<sup>83</sup> E. Lamarque, *Prima i Bambini*, cit. p. 127

<sup>84</sup> Corte di Giustizia, sentenza 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*. Il caso riguardava una coppia sposata, che risiedeva in Belgio, in cui il sig. Garcia Avello era cittadino spagnolo, mentre la sig.ra I. Weber era cittadina belga. I due figli nati dalla loro unione, possiedono la doppia cittadinanza (belga e spagnola). Secondo il diritto belga i minori prendono il cognome del padre, mentre per il diritto spagnolo i figli prendono sia cognome della madre che quello del padre. Di fatti i coniugi chiesero all'ufficio dello stato civile belga di aggiungere al cognome del padre anche quello della madre seguendo le tradizioni spagnole. Ma autorità belga respinse la richiesta in quanto, in Belgio, il figlio porta solo il cognome del padre.

<sup>85</sup> Corte di Giustizia, sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*. Il caso riguardava un insegnante che era stata dichiarata, dall'autorità nazionale, responsabile del reato di "abuso dei mezzi di disciplina" ai sensi dell'art.571 c.p.p. nei confronti di alcuni dei suoi alunni di età inferiore a cinque anni, in particolare per averli percosi regolarmente, per averli minacciati di somministrare loro tranquillanti e di mettere loro cerotti sulla bocca e per aver impedito loro di recarsi in bagno. La corte di Giustizia, però, non si occupò della responsabilità penale dell'insegnante, ma sullo svolgimento del procedimento e sulle modalità di assunzione della prova. La corte, infatti, richiedeva ai giudici nazionali di garantire ai minori un livello tutela adeguato al momento della deposizione. Gli art. 2 e 8, n. 4, di tale decisione quadro, infatti, "obbligano ciascuno Stato membro ad agire per garantire alle vittime un trattamento rispettoso della loro dignità personale durante il procedimento, ad assicurare che le vittime particolarmente vulnerabili beneficino di un trattamento specifico che risponda in modo ottimale alla loro situazione e a garantire, ove sia necessario proteggere le vittime, in particolare le più vulnerabili, dalle conseguenze della loro deposizione in udienza pubblica, la facoltà da parte loro, in base ad una decisione del giudice, di rendere testimonianza in condizioni che consentano di conseguire tale obiettivo e che siano compatibili con i principi fondamentali del proprio ordinamento".

quadro relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, e dunque di acquisire la deposizione delle vittime minorenni, definite particolarmente vulnerabili, secondo le modalità che permettono di garantire loro un livello di tutela adeguato. Anche in questo caso la Corte di Giustizia omette ogni riferimento al nostro principio, e ciò appare ancor più sorprendente in quanto l'avvocato generale aveva ricordato che a livello internazionale è riconosciuta la necessità di tutela del minore e al tal fine aveva fatto riferimento esplicito sia alle norme internazionali, tra cui l'art.3 della Convenzione ONU del 1989 che enuncia il principio del *best interest*, sia l'art.24 della Carta dei diritti fondamentali<sup>86</sup>.

Un'altra sentenza interessante, riguarda la direttiva sul commercio elettronico, la *Dynamic Medien*<sup>87</sup> del 2008, nella quale la Corte di Giustizia riconosce che la

<sup>86</sup> Corte di Giustizia, sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, Pupino, e parr. 56-57 delle conclusioni dell'avv. generale Kokott dell'11 novembre 2004.

<sup>87</sup> Corte di Giustizia, sentenza 14 febbraio 2008, causa C-244/06, Dynamic Medien. Il caso riguardava l'Avides Media che vende supporti audio e video per corrispondenza tramite il suo sito internet una piattaforma di commercio elettronico. Il giudizio verte sull'importazione da parte di tale società, dal Regno Unito in Germania, di cartoni animati giapponesi, denominati "Anime", in versione DVD o videocassetta. Prima di essere importati tali programmi sono stati oggetto di controllo da parte del *British board of film classification (BBFC)*. In applicazione delle disposizioni sulla tutela dei minori in vigore nel Regno Unito, tale organismo ha verificato a quale pubblico fossero indirizzati tali supporti video e li ha classificati nella categoria "vietato ai minori di quindici anni". I supporti video in questione sono provvisti di un adesivo del BBFC che indica che la loro visione è consentita ad adolescenti di quindi anni o più. La Dynamic Medien, concorrente dell'Avides Media, adiva il Tribunale di Coblenza, con un procedimento sommario, al fine di inibire a quest'ultima società la vendita per corrispondenza dei supporti video in questione. Secondo la Dynamic Medien, la legge sulla tutela dei minori vieta la vendita per corrispondenza dei supporti video che non sono stati oggetto di controllo in Germania, in applicazione di tale legge, e che sono sprovvisti dell'indicazione relativa all'età a partire dalla quale ne è consentita la visione, risultante da una decisione di classificazione adottata da un'autorità regionale superiore o da un organismo nazionale di autoregolamentazione (in prosieguo: l'«autorità competente»). Con decisione 8 giugno 2004, il detto giudice ha ritenuto che la vendita per corrispondenza di supporti video provvisti della sola indicazione di età minima fissata dal BBFC fosse contraria alle disposizioni della legge sulla tutela dei minori e che costituisse un comportamento anticoncorrenziale. In data 21 dicembre 2004, l'Oberlandesgericht Koblenz, pronunciandosi nell'ambito di un procedimento cautelare, ha confermato tale decisione. Il Tribunale di Coblenza, investito della controversia nel merito, dovendo esaminare la conformità del divieto previsto dalla legge sulla tutela dei minori con l'art. 28 CE e con le disposizioni della direttiva 2000/31, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali: « 1) Se il principio della libera circolazione delle merci, ai sensi dell'art. 28 CE, osti ad una normativa tedesca che vieta di vendere per corrispondenza supporti video (DVD, videocassette) privi dell'indicazione che gli stessi sono stati sottoposti in Germania ad una verifica dell'idoneità ai minori. 2) In particolare: se il divieto di commercializzare per corrispondenza tali supporti video costituisca una misura di effetto equivalente ai sensi dell'art. 28 CE. 3) In caso di soluzione affermativa: se un simile divieto sia giustificato, ai sensi dell'art. 30 CE e della direttiva [2000/31], anche nel caso in cui il supporto video sia stato sottoposto ad una verifica di idoneità ai minori in un altro Stato membro (...), e ciò sia indicato sullo stesso; o se un simile controllo da parte di un altro Stato membro (...) costituisca un mezzo meno restrittivo ai sensi di detta disposizione». La corte alla fine dichiara che l'art. 28 CE non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nella causa principale, che vieta la vendita e la cessione per corrispondenza di supporti video non sottoposti al controllo e alla classificazione, ai fini della tutela dei minori, da parte di un'autorità regionale superiore o di un organismo nazionale di autoregolamentazione volontaria, nonché sprovvisti dell'indicazione, proveniente da tale autorità o da tale organismo, dell'età a partire dalla quale ne è consentita la visione, salvo che risulti che la procedura di controllo, classificazione e contrassegno di supporti video prevista da tale normativa

tutela dei minori di età è un interesse legittimo che giustifica la limitazione della libera circolazione delle merci e salva così la normativa nazionale che vieta la vendita e la cessione per corrispondenza di supporti video non sottoposti al controllo da parte dell'organismo nazionale incaricato di indicare l'età a partire dalla quale è consentita la visione. Ma anche in questo caso la Corte omette ogni riferimento al principio del *best interest of the child* dimostrando di non volersene servire in modo approssimativo. Infatti fonda la sua decisione, sia sulla previsione della direttiva che consente agli Stati di regolare un determinato servizio della società dell'informazione allo scopo di assicurare, tra gli altri obiettivi, la tutela dei minori, sia sulle convenzioni internazionali relative alla protezione dei minori, in particolare rispetto ai media, sia e soprattutto sulla disposizione dell'art.24 della Carta dei diritti fondamentali, par. 1, laddove stabilisce che i minori hanno "diritto" alla tutela e alle cure necessarie per il loro benessere.

La dimensione di diritto fondamentale attribuita dalla Carta alle particolari necessità di protezione e cura dei minori, in ossequio alla concezione europea dei diritti dei minori, e la scissione di tale diritto dal diverso principio del *best interest*, operata dalla Carta stessa nel momento in cui divide l'uno dall'altro inserendoli in due paragrafi diversi del medesimo art.24 della Carta dei diritti fondamentali<sup>88</sup>, hanno dunque un senso per la corte di Giustizia: solo un diritto fondamentale della persona minore di età, e non già lo sfuggente principio guida del *best interest*, può giustificare la restrizione di una delle libertà fondamentali dei trattati, quale quella della libera circolazione delle merci<sup>89</sup>.

A chiusura di questa prima parte dei silenzi della Corte di Giustizia si possono ricordare due casi altrettanto importanti, e cioè le due sentenze del 2014<sup>90</sup> che negano, sulla base della normativa europea, il congedo di maternità alla madre

non sia facilmente accessibile, ovvero non possa concludersi entro termini ragionevoli, ovvero il diniego non possa formare oggetto di ricorso esperibile in via giurisdizionale.

<sup>88</sup> Articolo 24 (Carta dei diritti fondamentali) Diritti del bambino:

1. I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità.
2. In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente.
3. Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ci sia contrario al suo interesse.

<sup>89</sup> E. Lamarque, *Prima i Bambini*, cit. p. 129

<sup>90</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 18 marzo 2014, causa C-167/12, CD e Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 18 marzo 2014, causa C-363/12 Z. Queste due sentenze riguardavano due donne che entrambe lavorano alle dipendenze di un ospedale, e che nell'impossibilità di avere un figlio ricorsero alla maternità surrogata. Tuttavia i loro datori di lavoro negarono il congedo di maternità, il quale era previsto solo per parto naturale oppure per l'adozione. Per la Corte di Giustizia la direttiva 92/85/CEE, del 19 ottobre 1992, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (decima direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1 della direttiva 89/391/CEE), deve essere interpretata nel senso che gli Stati membri non sono tenuti a riconoscere un diritto al congedo di maternità ai sensi dell'articolo 8 di detta direttiva a una lavoratrice che, in qualità di madre committente, abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, nemmeno quando, dopo la nascita, essa effettivamente allatti, o comunque possa allattare, il bambino.

committente che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata<sup>91</sup>. In quelle due occasioni il giudice europeo non fu sfiorato dal pensiero di ciò che invece in Italia è patrimonio acquisito, come riconosciuto dalla Corte costituzionale, e cioè che l'istituto del congedo obbligatorio di maternità della donna lavoratrice ha come scopo, oltre che quello di tutelare la salute della donna, ma soprattutto quello di proteggere il rapporto del figlio con la madre nel primo periodo di ingresso del figlio nella vita della donna, “ e ciò non soltanto quanto attiene ai bisogni più propriamente biologici, ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale e affettivo collegate allo sviluppo della personalità del bambino<sup>92</sup>”.

Nella giurisprudenza di Lussemburgo il richiamo alla tutela privilegiata dei bisogni essenziali del bambino nella più tenera età non trova alcun spazio proprio laddove sembrerebbe maggiormente indispensabile. Anche in queste ultime sentenze il silenzio sembra voluto e consapevole perché nelle conclusioni dell'avv. generale Kokott (C-167/12) era ben presente il riferimento al diritto fondamentale del figlio, a maggior ragione in quanto neonato, di intrattenere una relazione personale e un contatto con la madre ai sensi dell'art.24 par. 3 della Carta dei diritti fondamentali.

Nella seconda parte della nostra trattazione si possono collocare, invece, quelle sentenze della Corte di Giustizia che danno vita alla “saga” della cittadinanza europea<sup>93</sup>, l'orientamento cioè che in casi eccezionali emancipa la tutela dei diritti derivati dallo *status* di cittadino europeo dal requisito della mobilità transazionale<sup>94</sup>.

In quelle sentenze emerge con estrema chiarezza che secondo la Corte di Giustizia sono eccezionali soltanto le situazioni che vedono come protagonisti i cittadini europei in tenera età, bisognosi della presenza continua di persone che si

<sup>91</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 18 marzo 2014, causa C-167/12, CD e Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 18 marzo 2014, causa C-363/12 Z. Già in precedenza la stessa Corte di Giustizia aveva significativamente ritenuto che il “diritto alla protezione e alle cure” del bambino, enunciato dal par.1 dello stesso art. 24 della Carta, “ non implica necessariamente il riconoscimento in capo a tali minori di un diritto individuale ad ottenere un congedo parentale per i loro genitori. E' sufficiente che siffatto diritto sia conferito ai genitori stessi. A loro spettano infatti il diritto e il dovere di garantire l'educazione dei figli e sono loro che, a questo titolo, possono decidere il modo migliore di assolvere la loro responsabilità di genitori scegliendo di usufruire o no di un congedo parentale” (Corte di Giustizia, sentenza 16 settembre 2010, causa C-149/10 Chatzi). Citazione ripresa dal libro di E. Lamarque, *Prima i bambini*, Franco Angeli, Milano, 2016 pp. 129-130 (note).

<sup>92</sup> Queste parole sono state utilizzate dalla Corte Costituzionale nella sentenza n°116 del 2011, relativa al congedo di maternità nell'ipotesi di parto prematuro. Analoghe considerazioni nella motivazione della sentenza, sempre della Corte Costituzionale, n°205 del 2015, relativa all'indennità di maternità della madre libera professionista nel caso di adozione nazionale di un bambino maggiore di sei anni.

<sup>93</sup> L. Trucco, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi alle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013, pp. 79 ss. e 146 ss.

<sup>94</sup> G.F. Ajello e S. Lamonaca, *Diritto di soggiorno dei familiari del cittadino europeo: erosione del limite delle situazioni puramente interne e delimitazione del nucleo essenziale del diritto di cittadinanza*, in Riv. ital. dir. pubbl. com., 2012, p. 343

prendano cura di loro, e in particolare dei loro genitori<sup>95</sup>, i quali non possono essere allontanati dal territorio dell'Unione perché ciò costringerebbe i minori a seguirli, facendo perdere loro tutte le prerogative collegate alla cittadinanza europea. In tali sentenze però non si ritrova *mai* un riferimento al principio dei *best interest* di cui all'art.24, par.2, della Carta, né un richiamo al par. 3 dello stesso articolo, che richiede che ai figli minori siano sempre garantiti contatti regolari e costanti con i genitori. Con queste sentenze si espande la portata dell'art.20 TFUE<sup>96</sup>.

Con la sentenza *Zambrano*<sup>97</sup> del 2011 la Corte di Giustizia ritiene che due bambini in tenera età che non abbiano mai esercitato il proprio diritto alla libera circolazione, cittadini dell'Unione figli di un genitore cittadino di uno Stato terzo, non possono essere comunque privati del godimento reale ed effettivo dei diritti connessi al loro status, e cioè essere costretti di fatto ad abbandonare il territorio dell'Unione, a seguito della decisione di uno Stato membro che neghi al padre il soggiorno e il permesso di lavoro. Il fatto di richiamare i diritti connessi alla cittadinanza, notiamo come sia nella sentenza e sia nelle conclusioni dell'avvocato generale non troviamo un richiamo all'art.24 della Carta dei diritti fondamentali, che una diversa linea argomentativa avrebbe potuto far emergere, almeno come argomento *ad adiuvandum*.

Per la dottrina però la decisione presa nella sentenza *Zambrano* è strettamente collegata alla specificità del caso concreto, e cioè dal fatto che si tratti di minori in tenera età e dunque dipendenti dal loro genitore da doverlo necessariamente

<sup>95</sup> L. Montanari, *La nuova tappa nella definizione della portata della cittadinanza europea: alcune riflessioni sulle sentenze Ruiz Zambrano e Mc-Carthy*, in *La comunità internazionale*, 2011, p.441 e soprattutto p. 455

<sup>96</sup> Articolo 20 TFUE (ex articolo 17 del TCE)

1. È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non sostituisce quest'ultima.

2. I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati. Essi hanno, tra l'altro: a) il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri; b) il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiedono, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato; c) il diritto di godere, nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui hanno la cittadinanza non è rappresentato, della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato; d) il diritto di presentare petizioni al Parlamento europeo, di ricorrere al Mediatore europeo, di rivolgersi alle istituzioni e agli organi consultivi dell'Unione in una delle lingue dei trattati e di ricevere una risposta nella stessa lingua.

Tali diritti sono esercitati secondo le condizioni e i limiti definiti dai trattati e dalle misure adottate in applicazione degli stessi.

<sup>97</sup> Corte di Giustizia, sentenza 8 marzo 2011, causa C-34/09. Il caso *Ruiz Zambrano*, fu promosso contro l'*Office National de l'emploi (ONEm)* belga. La vicenda concerneva un colombiano che entrava in Belgio con un visto, ma alla scadenza non regolarizzava la sua situazione. Avendo due figli di nazionalità belga, chiedeva la concessione di un diritto di residenza e lavoro per stare accanto ai figli, adducendo il fatto che in caso contrario, ossia in caso di espulsione del padre, avrebbero dovuto seguirlo. La corte di Lussemburgo ha affermato che uno Stato membro dovesse riconoscere il diritto di residenza e lavoro a cittadini di Paesi terzi, i cui figli fossero cittadini comunitari, altrimenti si sarebbe impedito a tali minori il godimento dei diritti attribuiti loro dallo status di cittadini dell'Unione, fra i quali quello di soggiorno dei familiari a carico.

seguire fuori dal territorio dell'Unione, qualora il genitore fosse obbligato ad uscirvi. La giurisprudenza successiva conferma questa impressione. Nella sentenza *McCarthy*<sup>98</sup>, infatti, la Corte di Giustizia non ravvisa una violazione del diritto di un cittadino dell'Unione, che non abbia ancora esercitato la propria libertà di circolazione e di soggiorno di poter comunque avvalersi dei diritti di cittadinanza di cui all'art.20 TFUE. Questo perché la signora McCarthy, è una cittadina europea adulta che secondo la Corte di Giustizia non si trova costretta a lasciare il territorio dell'Unione europea se lo stato membro non riconosce a suo marito, cittadino di uno Stato terzo, un diritto di soggiorno, al contrario di quello che avrebbero dovuto fare i figli piccoli del sig. Zambrano se lo Stato membro avesse allontanato il loro padre.

Un'altra decisione interessante potrebbe essere la sentenza *Dereci*<sup>99</sup> dove la Corte di Giustizia ripete il principio enunciato nella sentenza *Zambrano* e ricorda che il criterio relativo alla privazione del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo status di cittadino dell'Unione si riferisce a ipotesi nelle quali il cittadino si trova obbligato di fatto, ad abbandonare il territorio dell'Unione europea. Ma al contrario delle precedenti pronunce, la Corte di Giustizia, prima di rimettere ai giudici nazionali ogni valutazione sulla singola situazione concreta, li richiama al rispetto della Carta dei diritti fondamentali, di cui ricorda però soltanto l'art.7<sup>100</sup> sul diritto al rispetto della vita privata e familiare. L'assenza di un richiamo all'art.24 della Carta sembra forse più incomprensibile rispetto ad altre occasioni.

Dobbiamo chiederci, allora, il perché la Corte di Giustizia, tace sul principio del *best interest*. Secondo l'autrice del libro *Prima i bambini*, Elisabetta Lamarque, il silenzio della Corte sarebbe dovuto dal fatto che il nostro principio o più in generale i diritti dei minori, sarebbero dotati di un potenziale eversivo capace di scardinare regole codificate e interi istituti. Inoltre sarebbe troppo rischioso utilizzare i diritti dei minori per dilatare le competenze dell'Unione andando così a comprimere la sovranità degli Stati membri. La stessa Carta dei diritti fondamentali, infatti, non ammette di essere invocata per introdurre nuove competenze per l'Unione. Per la Corte di Giustizia è quindi più opportuno tacere quando possono venire in gioco principi più adatti a servire la causa dell'integrazione europea, come nel caso della cittadinanza dell'Unione di cui all'art.20 TFUE<sup>101</sup>.

## **2.2. L'utilizzo prudente e misurato del principio *best interest of the child* nelle sentenze della Corte di Giustizia.**

<sup>98</sup> Corte di Giustizia, sentenza 5 maggio 2011, causa C-434/09 McCharty.

<sup>99</sup> Corte di Giustizia, Grande sezione, sentenza 15 novembre 2011, causa C-256/11, Dereci.

<sup>100</sup> Articolo 7 Carta dei diritti fondamentali. Rispetto della vita privata e della vita familiare.

Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni.

<sup>101</sup> E. Lamarque, *Prima i bambini*, cit. pp. 134 ss.

Veniamo ora alle pronunce, che non sono molte, della Corte di Giustizia che richiamano il principio dei *best interests* le quali, si segnalano per la moderazione con cui se ne servono.

Vi è da dire, che molto spesso il principio è utilizzato non tanto perché è contenuto nella Carta dei diritti fondamentali, e quindi in un atto normativo sovraordinato a quello che la Corte di Giustizia è chiamata nel singolo caso a interpretare, quanto piuttosto perché è un criterio presente nello stesso atto normativo diritto derivato che viene in rilievo in quel momento. In questi casi il richiamo all'art.24 della carta è soltanto indiretto, in quanto la Corte di Giustizia procede a una semplice interpretazione sistematica dell'atto normativo di diritto derivato, cercando una coerenza interna all'atto stesso e leggendo la disposizione da interpretare alla luce delle altre presenti nel medesimo atto normativo, tra le quali compare per l'appunto il nostro principio.

Emblematiche sono alcune pronunce in tema di sottrazione internazionale dei minori, in cui la Corte di Giustizia attinge principalmente al principio del superiore interesse del minore enunciato nello stesso regolamento *Bruxelles II*, sia nei suoi "Considerando<sup>102</sup>", sia nelle sue diverse disposizioni, e a volte appunto senza neppure affiancarvi il richiamo all'art.24 par. 2 della carta<sup>103</sup>.

E' chiaro che un'interpretazione sistematica svolta per intero a livello del diritto derivato non può dare luogo a una giurisprudenza creativa come quella che si avrebbe assumendo il principio del preminente interesse del minore come norme sovraordinata di livello sostanzialmente costituzionale.

Il risultato di questo modo di procedere è una giurisprudenza essenzialmente conservativa delle norme esistenti e solo a tratti moderatamente innovativa, che riconosce che il complesso delle previsioni contenute nel regolamento *Bruxelles II* risponde bene all'obiettivo di tutelare il bene dei figli minori, e che estende in via interpretativa la portata di qualche sua specifica disposizione soltanto quando è strettamente necessario per mantenere la coerenza delle scelte normative, oppure al solo scopo di regolare alcuni aspetti sfuggiti al legislatore europeo. Di quel regolamento, in particolare, la Corte di Giustizia mostra di apprezzare sia la regola secondo cui competenti sono i giudici dello Stato in cui effettivamente i minori

<sup>102</sup> In particolare il Considerando dodicesimo (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 di 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) tredicesimo (nell'interesse del minore, il presente regolamento consente al giudice competente, a titolo eccezionale e in determinate condizioni, di trasferire il caso al giudice di un altro Stato membro se quest'ultimo è più indicato a conoscere del caso. Tuttavia, in questo caso, il giudice adito in seconda istanza non dovrebbe essere autorizzato a trasferire il caso a un terzo giudice) e trentatreesimo (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'articolo 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) del Regolamento CE 27 Novembre 2003 n° 2201/2003.

<sup>103</sup> Corte di Giustizia, sentenza 2 aprile 2009, causa C-523/07; Corte di Giustizia, sentenza 9 novembre 2010, causa C-296/10; Corte di Giustizia, sentenza 11 luglio 2008, causa C-195/08.

risiedono, in quanto maggiormente idonei a valutare la loro situazione concreta (criterio della vicinanza), a tal punto che la estende in via interpretativa anche alla domanda relativa alle obbligazioni alimentari nei confronti dei figli minori, ritenendola intrinsecamente legata all'azione per responsabilità genitoriale<sup>104</sup>, sia la regola che sottopone a rigide condizioni, sempre nell'interesse del minore, la possibilità di prorogare la competenza in favore di altro giudice, affermando in particolare che l'accordo sulla proroga da parte dei titolari della responsabilità genitoriale non può presumersi sussistere per procedimenti diversi da quello nel quale è stato presentato<sup>105</sup>. E ancora la Corte di Giustizia condivide la scelta rigorosa compiuta dal legislatore europeo che impone che alla sottrazione illecita di un minore da parte di uno dei genitori si debba sempre reagire richiedendo l'immediato ritorno del minore, e che ammette che il riesame della sua situazione ai fini di una eventuale diversa decisione sulla responsabilità genitoriale possa seguire solo in un secondo momento, a rientro avvenuto e sempre da parte del giudice competente secondo i criteri generali previsti dal regolamento<sup>106</sup>.

Si può, adesso, passare alle sentenze che richiamano l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali. In quelle sentenze alcune volte il principio dei *best interest*, di cui al par. 2 dell'art.24, è preso in considerazione non in sé e per sé, ma piuttosto quale fondamento e insieme limite del diritto del minore a intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, enunciato al par. 3 del medesimo articolo, oppure dell'altro diritto del minore, di cui al par. 1 sempre all'art.24, a che la propria opinione sia ascoltata e presa in considerazione<sup>107</sup>.

Interessante potrebbe essere il caso *J. McB*<sup>108</sup>, in quanto conferma che nella giurisprudenza della Corte di Giustizia il principio dei *best interests* tende ad

<sup>104</sup> Corte di Giustizia, sentenza 16 luglio 2015, causa C-184/14, A. e B. , resa su rinvio della Cassazione Italiana.

<sup>105</sup> Corte di Giustizia, sentenza 1 ottobre 2014, c.436/13, E. e B.

<sup>106</sup> C. Honorati, *Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, pp.33 ss. sottolinea come la giurisprudenza della Corte di Giustizia sia "granitica" nella difesa del principio di mutuo riconoscimento "anche a costo di apparire poco sensibile ai diritti fondamentali".

<sup>107</sup> E. Lamarque, *Prima i bambini*, cit. pp. 139 ss.

<sup>108</sup> Corte di Giustizia, sentenza 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, J. McB. Il caso riguardava una coppia che aveva convissuto *more uxorio* per più di 10 anni ed avevano avuto 3 figli. I rapporti tra i genitori degenerano. In particolare per la condotta violenta del padre e perché la madre spesso scappava con i figli in un centro di accoglienza per donna in Inghilterra. Il padre nel 2009 chiese l'affidamento dei figli ai giudici irlandesi e il loro ritorno in Irlanda. "Secondo l'art.24 del regolamento n°2201/2003 il diritto di affidamento è conferimento, in linea di principio, esclusivamente alla madre e che al padre naturale possa essere riconosciuto un diritto di affidamento solo in forza di una decisione giudiziaria. Un tale assetto permette, infatti, al giudice nazionale competente di prendere una decisione sull'affidamento del minore e sul diritto di visita alla luce di tutti i dati pertinenti, quali le circostanze della nascita del minore, la natura del rapporto tra genitori e del rapporto tra ciascun genitore e il bambino nonché l'attitudine di ciascun genitore ad assumere l'onere dell'affidamento. Di fatti con la Corte conclude che il regolamento CE del Consiglio 27 novembre 2003, n°2201, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, deve essere interpretato nel senso che non osta alla normativa di uno stato membro che subordini l'acquisizione, da parte del padre naturale di un minore, del diritto di affidamento al previo

oggettivarsi, agendo come fondamento e limite degli altri due diritti del minore enunciati dalla Carta. La Corte, infatti, afferma che “uno di tali diritti fondamentali del bambino è quello, sancito dall’art.24 par.3 della Carta, di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, il rispetto del quale si identifica innegabile con un interesse superiore di qualsiasi bambino”. La sentenza *J. McB* stabilisce che il regolamento *Bruxelles II* non osta con la normativa di uno Stato membro che subordini l’acquisizione, da parte del padre naturale di un minore, del diritto di affidamento sul figlio previo ottenimento di una decisione del giudice nazionale in quel senso. Secondo la Corte tale assetto permette, infatti, di tenere conto dell’interesse del minore e “segnatamente” di assicurare il suo diritto a mantenere relazioni con entrambi genitori perché consente al giudice nazionale competente “di prendere una decisione sull’affidamento del minore e sul diritto di visita alla luce di tutti i dati pertinenti”, quali “le circostanze della nascita del minore, la natura del rapporto tra genitori e del rapporto tra ciascun genitore e il bambino nonché l’attitudine di ciascun genitore ad assumere l’onere dell’affidamento”.

Un’altra sentenza, da poter analizzare, è *Aguirre Zarraga* dove l’interesse del minore di cui al par. 2 dell’art.24 della Carta agisce contemporaneamente come fondamento e come limite dell’altro diritto previsto dallo stesso articolo, al par.1, quello a essere ascoltato. La Corte di Giustizia, in quella pronuncia, impone di interpretare il regolamento *Bruxelles II* alla luce di entrambe quelle previsioni della Carta, e dunque richiede che il giudice disponga l’audizione del minore illecitamente sottratto, precisando tuttavia che “ pur rimanendo un diritto del minore, l’audizione non può costituire un obbligo assoluto, ma deve essere oggetto di una valutazione delle esigenze legate all’interesse superiore del minore in ogni caso di specie<sup>109</sup>. E’ importante notare che anche questa volta la soluzione

ottenimento di una decisione del giudice nazionale competente che gli attribuisca tale diritto, idoneo a rendere illecito il trasferimento del minore da parte della madre o il suo mancato ritorno”.

<sup>109</sup> Corte di Giustizia, sentenza 22 dicembre 2010, causa C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*. Il caso tratta di una coppia di coniugi che dopo qualche anno divorziarono. Al padre fu assegnato il diritto di affidamento del minore mentre alla madre venne concesso il diritto di visita, in quanto il padre meglio poteva garantire il mantenimento dell’ambiente familiare, scolastico e sociale della minore. La madre, disobbedendo all’ordine del tribunale, secondo il quale la minore non poteva lasciare il territorio spagnolo, la condusse in Germania. Il padre, quindi, sollecitava il ritorno della minore in Spagna. Dopo una serie di vicende legali il giudice tedesco chiede alla Corte di Giustizia se il giudice competente dello Stato membro dell’esecuzione possa, in via eccezionale, opporsi all’esecuzione di una decisione che prescrive il ritorno di un minore e che è stata oggetto di un certificato rilasciato in base all’art.42 del regolamento n°2201/2003 dal giudice dello Stato membro d’origine, a motivo del fatto che quest’ultimo avrebbe attestato di aver ottemperato all’obbligo di sentire la minore prima di emettere la propria decisione, nell’ambito di un procedimento di divorzio, sull’assegnazione del diritto di affidamento relativo alla medesima, quando invece tale audizione non avrebbe avuto luogo, e ciò in violazione del predetto art.42, interpretato conformemente all’art.24 della Carta dei diritti fondamentali. Secondo la Corte di Giustizia il giudice competente dello Stato membro dell’esecuzione non può opporsi all’esecuzione di una decisione certificata che prescrive il ritorno di un minore illecitamente trattenuto con la motivazione che il giudice dello Stato membro d’origine che ha emanato tale decisione avrebbe violato l’art. 42 del regolamento (CE) del Consiglio 27 novembre 2003, n. 2201, 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, interpretato conformemente all’art. 24 della Carta dei diritti fondamentali

finale presentata dalla Corte di Giustizia non è eversiva, nel senso che non fa saltare i meccanismi rigidi sulla competenza giurisdizionale previste dal regolamento a tutela della posizione dei minori sottratti. La Corte infatti afferma che l'accertamento della sussistenza della violazione del diritto fondamentale del minore a essere sentito compete solo ai giudici dello Stato membro d'origine. Di conseguenza, il giudice dello Stato membro dell'esecuzione resta sempre tenuto a eseguire il provvedimento rilasciato dal giudice dello Stato membro di origine, e ciò anche se ritiene che tale provvedimento sia viziato da una grave violazione di quel diritto fondamentale.

Per concludere la nostra trattazione sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia merita segnalare una sentenza davvero molto importante, perché per la prima volta la Corte ha interpretato il diritto derivato UE alla luce dell'articolo 24 della Carta da quando è diventato uno strumento giuridicamente vincolante nell'ambito del Trattato di Lisbona. Di fatti, ha utilizzato il principio di cui all'art.24 par. 2 della Carta dei diritti fondamentali, per colmare in via interpretativa una delle lacune del regolamento sulla determinazione dello Stato competente in materia di asilo, che è un atto normativo da sempre fortemente criticato sotto il profilo del rispetto dei diritti umani<sup>110</sup>.

Il caso *MA & altri c UK*<sup>111</sup>, del 2013, riguardava tre bambini che richiedevano asilo nel Regno Unito, dopo aver precedentemente richiesto asilo nei Paesi Bassi e in Italia. A causa di ambiguità per il suo significato, la Corte d'appello del Regno Unito ha presentato una domanda pregiudiziale relativa all'articolo 6 del regolamento di Dublino II<sup>112</sup>, e cioè la norma applicabile per la determinazione dello Stato membro che deve esaminare la domanda d'asilo presentata da un bambino. Allora Corte di Giustizia, in sostanza, era stato chiesto di identificare lo Stato che era responsabile della richiesta di asilo di un minore che aveva presentato la domanda in più di uno Stato membro e non ha familiari presenti nel territorio dell'Unione Europea. Confermando le Conclusioni dell'Avvocato generale, la Corte ha ritenuto che l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente in tutte le decisioni ai sensi del regolamento Dublino II, a norma dell'articolo 24 della Carta dei diritti fondamentali. Il ragionamento che sostiene questa interpretazione è semplicissimo: i minori non accompagnati costituiscono una categoria di persone particolarmente vulnerabili e un rapido accesso a una procedura di asilo e la prevenzione di inutili ritardi nella

dell'Unione europea, poiché l'accertamento della sussistenza di una siffatta violazione compete esclusivamente ai giudici dello Stato membro d'origine.

<sup>110</sup> In questi termini A. Del Guercio, *Superiore interesse del minore e determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo nel diritto dell'Unione Europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p.247

<sup>111</sup> Corte di Giustizia, sentenza 6 giugno 2013, causa C-648/11, MA e altri

<sup>112</sup> Articolo 6 Regolamento Dublino II

Se il richiedente asilo è un minore non accompagnato, è competente per l'esame della domanda di asilo lo Stato membro nel quale si trova legalmente un suo familiare, purché ciò sia nel miglior interesse del minore.

In mancanza di un familiare, è competente per l'esame della domanda lo Stato membro in cui il minore ha presentato la domanda d'asilo.

procedura di Dublino sono centrali per i loro interessi. Il che implica che in linea di principio essi non siano trasferiti verso un altro Stato membro e quindi non si applica il regolamento di Dublino II<sup>113</sup>.

### **3. Il principio del *best interest of the child* nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo.**

Come è noto, il principio del *best interest of the child*, non è indicato espressamente all'interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma emerge e prende forma nella prassi della Commissione e poi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Ciò è dovuto grazie all'applicazione combinata di due principi interpretativi generali della Cedu: quello secondo cui il testo della Cedu deve essere interpretato in modo dinamico ed evolutivo; e quello che impone di leggere i diritti convenzionali in maniera tale da renderli pratici ed effettivi invece che teorici ed illusori, e che di conseguenza configura, accanto agli originali obblighi negativi degli Stati, obblighi positivi di intervento dei poteri pubblici per assicurare l'effettiva tutela delle posizioni garantite<sup>114</sup>.

La Corte europea dei diritti dell'uomo riconduce il *best interest* del minore all'art. 8 Cedu<sup>115</sup> che protegge la vita privata e familiare.

All'inizio la tutela dell'interesse superiore del minore si pone, ai sensi dell'art. 8 paragrafo secondo, come capace di giustificare le interferenze dell'autorità pubblica nel diritto alla vita familiare dei genitori garantito dal primo paragrafo del medesimo articolo. Il secondo paragrafo afferma che "non può esservi ingerenza di un' autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale

<sup>113</sup> Il regolamento di Dublino II (343/2003) è il documento principale adottato dall'Unione in tema di diritto d'asilo. È stato sottoscritto anche da paesi non membri, come la Svizzera. Il regolamento impedisce di presentare una domanda di asilo in più di uno stato membro, e prevede che la domanda la esamini lo stato dove il richiedente ha fatto ingresso nell'Unione. L'Europa ha adottato anche il sistema Eurodac, un archivio comune delle impronte digitali dei richiedenti asilo usato dalla polizia per controllare se sono state presentate diverse domande. I richiedenti asilo hanno diritto a rimanere nel paese di arrivo anche se non hanno regolari documenti d'ingresso e a essere assistiti. Se la richiesta d'asilo viene respinta, il richiedente può fare appello. Per quanto riguarda gli obiettivi principali del regolamento di Dublino è: di impedire ai richiedenti asilo di presentare domande in più Stati membri (cosiddetto *asylum shopping*); di ridurre il numero di richiedenti asilo "in orbita", che sono trasportati da Stato membro a Stato membro. Tuttavia, poiché il primo paese di arrivo è incaricato di trattare la domanda, questo mette una pressione eccessiva sui settori di confine, dove gli Stati sono spesso meno in grado di offrire sostegno e protezione ai richiedenti asilo. Attualmente, coloro che vengono trasferiti in virtù di Dublino non sempre sono in grado di accedere a una procedura di asilo. Questo mette a rischio le garanzie dei richiedenti asilo di ricevere un trattamento equo e di vedere le proprie richieste d'asilo prese in adeguata considerazione.

<sup>114</sup> M. Woolf, *Coming of age? The principle of "the best interests of the child"*, cit., p. 206

<sup>115</sup> Articolo 8 della Cedu: Diritto al rispetto della vita privata e familiare.

1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla 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.

ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla 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”.

In questo modo, l'interesse superiore del minore agisce come criterio per valutare provvedimenti dei pubblici poteri in vario modo limitativi del diritto del genitore a godere di una vita familiare con il figlio quali: la restrizione della possibilità del genitore di incontrare il figlio, la presa in carico del figlio da parte del servizio pubblico ecc.

Per ammettere l'interferenza alla vita privata (e limitare così l'interesse del minore) si devono rispettare tre principi (stabiliti proprio al secondo paragrafo dell'art.8) quali: principio di legalità, finalità e necessità nella società democratica.

Il primo principio da dover rispettare è il *principio di legalità*, per il quale ogni misura che incida sulla riservatezza deve essere previsto dalla legge. Secondo l'interpretazione estensiva della clausola, fatta propria dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>116</sup>, il termine “ legge ” non è riferibile in senso stretto all'atto legislativo emanato dal Parlamento, ma abbraccia, indipendentemente dal *nomen juris*, tutte le disposizioni aventi valore o forza di legge, anche i documenti di tipo regolamentare, governativo, internazionale, amministrativo. Tale fonte deve possedere, poi, determinate caratteristiche, quali l'accessibilità pubblica (non si può considerare “legge” un atto segreto), la prevedibilità (devono essere evidenti le conseguenze delle previsioni, le sanzioni e gli effetti della sua applicazione), la chiarezza ( la legge deve essere sufficientemente comprensibile a tutti), la precisione ( le regole contenute nella legge devono essere dettagliate, prevedendo così un'adeguata difesa dall'arbitrio), la completezza delle disposizioni e la tassatività, in modo da evitare o limitare il più possibile interpretazioni estensive<sup>117</sup>.

Il secondo principio, è il *principio di finalità*. Nel secondo paragrafo sono indicati gli scopi della restrizione del diritto in esame, da considerarsi tassativi, ovvero obbiettivi legittimi, determinati, espliciti e pertinenti, quali la sicurezza nazionale; l'ordine pubblico; il benessere economico del paese; la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Il terzo principio, è il principio della *necessità nella società democratica*, secondo il quale è ammissibile un'interferenza nella vita privata solo se, per raggiungere un determinato scopo, non siano possibili mezzi diversi o meno lesivi di quello prescelto, con la conseguente esclusione di tutti i mezzi eccessivi e ridondanti. Esso si estrinseca in un principio di proporzionalità dei mezzi allo scopo perseguito<sup>118</sup>.

Applicando questi principi la Corte verifica se le autorità interne abbiano agito in virtù di una base normativa, per perseguire fini legittimi e soprattutto se si siano avvalsi di mezzi proporzionati allo scopo di limitare il diritto del genitore a godere di una vita familiare con il proprio figlio. Secondo la Corte di Strasburgo, il margine di apprezzamento di cui godono le autorità nazionali varia a seconda

<sup>116</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Kruslin c. Francia*, ricorso n°11801/85, sentenza del 24 aprile 1990.

<sup>117</sup> Michele De Salvia e Mario Remus, *Ricorrere a Strasburgo. Presupposti e procedura.*, Giuffrè editore, 2016, pp. 160 ss.

<sup>118</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Olsson c. Svezia*, ricorso n°13441/87, sentenza del 30 ottobre 1992.

della natura delle restrizioni e dell'importanza degli "interessi", appunto, in gioco: è un margine ampio quando si tratta di decidere se è necessario disporre l'intervento dei servizi sociali, lo è molto meno per altre misure, quali le limitazioni del diritto di accesso al figlio, e qualsiasi altro provvedimento che possa avere come effetto quello di danneggiare o interrompere la relazione con il figlio<sup>119</sup>, a maggior ragione ove le conseguenze siano irreversibili, come nel caso della dichiarazione dello stato di adottabilità<sup>120</sup>.

Molto frequentemente, i parametri a cui la Corte di Strasburgo raffronta i limiti posti da un'autorità pubblica al diritto alla vita familiare del genitore sono proprio lo sviluppo e la salute, fisica o psicologica, del minore di volta in volta coinvolto.

Un esempio a tale proposito potrebbe essere il caso *Errico c. Italia* del 2009. La sentenza riguardava il sig. G.E. il quale si lamentava di essere stato separato dalla figlia, accolta in una casa famiglia, in quanto il tribunale di Napoli aveva deciso di disporre l'allontanamento della minore in seguito ad una procedura penale aperta nei confronti del padre per presunti abusi sessuali sulla figlia. Proprio in questa decisione la Corte afferma che il sospetto di un abuso sessuale nei confronti di un minore può ragionevolmente indurre le autorità nazionali a prendere importanti decisioni tali da incidere sulla vita familiare, e soprattutto nei rapporti genitori e figlio, se ciò permette di tutelare la salute psicofisica del minore<sup>121</sup>.

Altre volte, la Corte, per valutare le ingerenze pubbliche nel diritto alla vita familiare del genitore fa riferimento a interessi del minore non specificati o addirittura a "un bisogno sociale imperioso".

Un esempio in questo senso potrebbe essere il caso *Zhou c. Italia* del 2014<sup>122</sup>. La ricorrente era una cittadina cinese, che dopo il parto, fu posta dai servizi sociali in una casa famiglia con il figlio. La ricorrente riuscì a trovare lavoro all'ospedale

<sup>119</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Elsholz c. Germania*, ricorso n° 25735/94, sentenza del 13 luglio 2000. Il caso riguardava di un figlio nato fuori dal matrimonio, il padre aveva riconosciuto la paternità. Tuttavia i rapporti tra il padre e la madre erano tesi, tanto che quest'ultima impediva al ricorrente di visitare il proprio figlio. La Corte ricorda che il godimento reciproco da parte di un genitore e bambino della reciproca compagnia costituisce un elemento fondamentale della vita familiare, e le misure nazionali che ostacolano tale godimento devono essere giustificate. La corte al termine di questa causa conclude per la violazione dell'art.8 Cedu in quanto le autorità nazionali avevano oltre passato il loro margine di apprezzamento. Di fatti al paragrafo 49 della sentenza la corte ricorda che " il Il margine di apprezzamento da accordare alle autorità nazionali competenti varierà secondo la natura delle questioni e l'importanza degli interessi in gioco. Così, la Corte riconosce che le autorità godono di un ampio margine di apprezzamento, in particolare al momento di valutare la necessità di prendere un minore. Tuttavia, un esame più rigoroso è chiamata per quanto riguarda eventuali ulteriori limitazioni, ad esempio restrizioni imposte da dette autorità in materia di diritti parentali di accesso, e di eventuali garanzie legali per oggetto di assicurare un'efficace protezione del diritto dei genitori e dei bambini al rispetto della loro la vita familiare. Tali ulteriori limitazioni comportano il pericolo che le relazioni familiari tra i genitori e un bambino sarebbe stato effettivamente ridotti ".

<sup>120</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *X c. Croazia*, ricorso n° 11223/04, sentenza 17 luglio 2008. La Corte ritiene, all'unanimità, che una madre, per quanto privata della capacità d'agire a causa della propria tossicodipendenza e di una grave forma di schizofrenia paranoide, non possa essere esclusa dalla procedura d'adozione concernente la figlia con la quale aveva mantenuto costanti rapporti di visita. Di conseguenza i comportamenti assunti dalle autorità pubbliche croate sono in contrasto con il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

<sup>121</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Errico c. Italia*, ricorso n° 29768/05, sentenza del 5 marzo 2009, in particolare paragrafi 47 e ss.

<sup>122</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Zhou c. Italia*, ricorso n° 33773/11, sentenza 21 gennaio 2014.

di Padova. Tuttavia, gli orari erano molto variabili e non poteva occuparsi da sola del bambino; di conseguenza, d'accordo con i servizi sociali, il figlio fu affidato a una famiglia durante la giornata. Tre mesi dopo la famiglia affidataria informò i servizi sociali che non era più disposta ad accogliere il figlio durante la giornata. Qualche mese dopo senza informare i servizi sociali, la ricorrente decise di affidare il figlio a una coppia di vicini quando si recava al lavoro. Non essendo d'accordo sulla scelta della coppia i servizi sociali, senza proporre alcuna alternativa, come ad esempio la ricerca di una coppia idonea, a loro parere, ad assicurare la custodia temporanea del minore in assenza della madre, segnarono la situazione della ricorrente al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni di Venezia. In particolare, sostenevano che i vicini della ricorrente erano anziani e che sussisteva il sospetto che avessero pagato la ricorrente per poter custodire il minore in sua assenza. Il procuratore, quindi, chiese al tribunale di avviare una procedura di adottabilità per il bambino in quanto la madre non era in grado di occuparsi del minore. Proprio in questa sentenza la Corte ricorda che "la dichiarazione dello stato di adottabilità di un bambino costituisce una ingerenza nell'esercizio del diritto della ricorrente al rispetto della sua vita familiare. Ed una tale ingerenza è compatibile con l'articolo 8 solo se soddisfa le condizioni cumulative di essere prevista dalla legge, di perseguire uno scopo legittimo e di essere necessaria in una società democratica. La nozione di necessità, infatti, implica che l'ingerenza si basi su un bisogno sociale imperioso e che sia in particolare proporzionata al legittimo scopo perseguito<sup>123</sup>." Alla fine la Corte ha ritenuto che ci sia stata una violazione dell'art.8 Cedu perché le autorità italiane sono venute meno ai loro obblighi prima di prevedere la soluzione di una rottura del legame familiare e non si sono adoperate in maniera adeguata e sufficiente per fare rispettare il diritto della ricorrente di vivere con il figlio. In particolare la necessità fondamentale di preservare per quanto possibile il legame tra la ricorrente, che si trovava peraltro in situazione di vulnerabilità, e il figlio non sia stata debitamente presa in considerazione. Di fatti le autorità giudiziarie si sono limitate a prendere in considerazione alcune difficoltà, che avrebbero potuto essere superate per mezzo di un'assistenza sociale mirata. La ricorrente non ha avuto alcuna possibilità di riallacciare dei legami con il figlio: di fatto, i periti non hanno valutato le possibilità effettive di un miglioramento delle capacità della ricorrente di occuparsi del figlio, tenuto conto anche del suo stato di salute.

Tuttavia indipendentemente dalle formule utilizzate, quando l'intervento dell'autorità pubblica può giungere a comprimere del tutto il diritto degli adulti a vivere con i figli, la Corte europea dei diritti dell'uomo tende in concreto ad autorizzare l'uso dei *best interests* in funzione di limite a tale diritto soltanto di fronte a fatti di eccezionale gravità, rimediabili solo con l'allontanamento dei figli e non con un qualsiasi altro intervento di sostegno e assistenza sociale<sup>124</sup>.

<sup>123</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Zhou c. Italia, ricorso n° 33773/11, sentenza 21 gennaio 2014, paragrafo 47.

<sup>124</sup> Tra le numerose pronunce in questo senso si veda, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Soares De Melo c. Portogallo*, ricorso n°72850/14, sentenza 16 febbraio 2016. In questo caso la ricorrente, sig.ra Lialiana Sallette Soares de Melo, si lamentava di una violazione del suo diritto al rispetto della vita familiare a causa dell'applicazione di un ordine di posizionamento per l'adozione di rispetto dei suoi sette bambini più piccoli. A questo proposito la ricorrente aveva introdotto, senza successo, varie applicazioni e ricorsi. Inoltre riteneva che i tribunali avevano basato le loro decisioni sul fatto che essa non aveva rispettato i suoi impegni per un'adeguata pianificazione familiare. La Corte dichiarò che vi era stata una violazione dell'articolo 8 della Convenzione. Ricontrò, infatti, che le misure adottate dai tribunali nazionali nell'ordinare il collocamento dei

Riassumendo, dunque, il superiore interesse del minore costituisce innanzitutto uno “ scopo legittimo ” ai sensi del secondo paragrafo dell’art.8 Cedu che autorizza i pubblici poteri a disporre misure limitative del diritto alla vita familiare del genitore che la Corte europea valuta come “ necessarie in una società democratica ” purchè esse, oltre ad essere previste da legge, soddisfino un criterio di stretta proporzionalità<sup>125</sup>.

Tuttavia questo schema di ragionamento ad oggi è stato abbandonato, e nella giurisprudenza di Strasburgo si è progressivamente affiancato un altro approccio, che utilizza i *best interests* non in contrapposizione ai diritti degli adulti e in funzione di mera protezione dei soggetti deboli, ma al contrario per rafforzare la tutela degli stessi diritti fondamentali dei minori.

Di conseguenza la Corte europea invoca i *best interests* in funzione di supporto e rinforzo ai diritti fondamentali di cui anche il minore è titolare ai sensi della stessa Cedu<sup>126</sup>.

Molto importante in questo senso è il caso *Gnahorè* del 2000 dove per la prima volta la Corte europea afferma che l’interesse del minore presenta due aspetti: da una parte il profilo classico, già sviluppato nella giurisprudenza precedente, di restringere il diritto del genitore a condurre una vita familiare con il figlio qualora siano in pericolo lo sviluppo e la salute di quest’ultimo; dall’altra parte un profilo nuovo, di tutela rafforzata del diritto dello stesso figlio minore a preservare le sue relazioni personali con il genitore allo scopo di ricostruire, se e non appena possibile, la famiglia di origine, salvo che ricorrano circostanze eccezionali che ne dimostrino la totale inadeguatezza<sup>127</sup>.

figli della ricorrente, ai fine di una loro adozione e la perdita di potestà genitoriale e di tutti i contatti con i figli da parte della ricorrente era dovuta dal fatto che la madre si era rifiutata di sottoporsi alla procedura di sterilizzazione mediante la legatura delle tube. La Corte ha pertanto ritenuto che l'ordine di posizionamento non era stato adeguato al fine legittimo perseguito o necessario in una società democratica, tenendo presente la mancanza di un comportamento violento, l'esistenza di forti legami affettivi e il fallimento dei servizi sociali per affrontare deprivazione materiale della richiedente. Inoltre la Corte ha osservato che questa procedura di collocamento non solo ha causato la disgregazione della famiglia, ma anche i rapporti tra i fratelli in quanto sono stati posti in tre istituti diversi. La Corte, infine, ha dichiarato che le autorità nazionali dovrebbero riconsiderare la situazione della ricorrente, al fine di adottare delle misure, più consoni per il migliore interesse dei bambini.

<sup>125</sup> E. Lamarque, *Prima i bambini*, cit. p. 94

<sup>126</sup> Articolo 1 Cedu. Obbligo di rispettare i diritti dell’uomo

Le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione.

Ciò significa che i diritti e le libertà sanciti all’interno della Convenzione, essendo riconosciuti ad ogni persona, sono garantiti anche ai minori di età.

<sup>127</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, 2000, *Gnahorè c. Francia*, ricorso n° 40031/98, par. 59. Il ricorrente è padre di tre bambini dei quali si occupava da solo; i figli furono allontanati dal giudice competente per sospetti maltrattamenti ai danni del più piccolo, ma anche perché i minori soffrivano per l'autoritarismo del padre e per la mancanza di risposte ai loro bisogni affettivi ed educativi, situazione aggravata dalla mancanza della figura materna alla quale il padre non era in grado di sopperire. Il ricorrente lamentò la violazione dell'art. 8 della Convenzione poiché il figlio minore era stato allontanato da lui ed era stato affidato ad una famiglia della quale egli inizialmente neppure aveva conoscenza; aveva potuto avere con il figlio soltanto incontri sporadici, a causa del sospetto di maltrattamenti a cui il bambino sarebbe stato sottoposto da parte di lui (ipotesi di reato dalla quale egli era stato in seguito peraltro scagionato per insufficienza di prove) e che tali provvedimenti limitativi non erano stati revocati nonostante l'intervenuta archiviazione del caso. La Corte non ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 8 della Convenzione: infatti, il provvedimento di affidamento del minore ai Servizi Sociali era stato

La stessa prospettiva è stata accolta anche nella sentenza *Clemeno* del 2008. Una bambina era stata allontanata dal nucleo familiare ed affidata ai servizi sociali in ragione del sospetto che il padre avesse abusato di lei e di una sua cugina. I giudici di Strasburgo hanno constatato la violazione dell'articolo 8 CEDU, relativo al diritto al rispetto della vita privata e familiare, in riferimento al regime concreto di tale allontanamento, che escludeva per ordine dell'autorità qualsiasi contatto tra famiglia e figlia, ed alla decisione presa dalle autorità nazionali di dichiarare lo stato di adottabilità della minore. La Corte ha infatti affermato che nei casi di allontanamento di minori dal nucleo familiare, solo la presenza di circostanze del tutto eccezionali può condurre all'interruzione di ogni rapporto con la famiglia d'origine, mentre deve essere fatto ogni sforzo per mantenere i legami familiari e per ricostruire, al momento opportuno, la famiglia stessa, tanto più che il padre della minore, dapprima condannato, era stato poi prosciolto dalle accuse<sup>128</sup>.

Da allora la Corte europea sottolinea il doppio volto del principio dei *best interests of the child*, come limite ai diritti convenzionali degli adulti quando le esigenze di protezione del minore lo richiedono e, insieme, come puntello del diritto del minore a godere della vita familiare con i propri genitori.

Ed è proprio nel contesto in cui il principio del *best interest* viene invocato a sostegno dello stesso diritto del minore alla vita familiare, che entra in gioco l'orientamento giurisprudenziale relativo agli obblighi positivi dello Stato, secondo cui i pubblici poteri nazionali devono garantire il diritto alla vita familiare non solo astenendosi dall'interferire, ma anche intervenendo attivamente con azioni tempestive e appropriate.

In particolare gli Stati hanno un obbligo positivo di riunire figli e genitori, di articolare a tal fine progetti e di attuarli con provvedimenti concreti ed efficaci<sup>129</sup>:

giustificato, anteriormente alla ordinanza di non luogo a procedere, dalla sussistenza di un reale pericolo per la sicurezza del minore, ed era stato confermato, successivamente all'archiviazione del caso, per il fatto che il padre non presentava sufficienti garanzie materiali ed educative per assicurare la salute e la sicurezza del bambino, e perché il minore, che dimostrava una positiva evoluzione in seno alla famiglia di accoglienza, aveva manifestato la volontà di rimanere presso di essa; quanto alle restrizioni degli incontri tra padre e figlio, la Corte ha ritenuto che le stesse fossero giustificate dal preminente interesse del minore, che si dimostrava turbato durante le visite del padre e dimostrava avversione alle visite nonché in considerazione del fatto che il ricorrente, più volte invitato a collaborare sottoponendosi a cure psichiatriche, si era sempre sottratto alle stesse.

<sup>128</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 2008, *Clemeno e altri c. Italia*, ricorso n° 19537/03, par. 33

<sup>129</sup> Anche l'affidamento del minore alla pubblica autorità deve avere come obiettivo finale la ricostituzione dell'unione familiare. Deve, infatti, essere effettuato un equo bilanciamento tra l'interesse del minore a rimanere lontano dai genitori e quello dei genitori a vedersi riuniti ai propri figli, posto che l'interesse del minore deve sempre prevalere su quello dei genitori. Poiché criterio determinante è l'interesse del minore, la decisione di prolungare l'affidamento al servizio sociale può non essere in contrasto con lo stesso e, quindi, non violare l'articolo 8 della Convenzione. Perché ciò si verifichi, debbono però sussistere circostanze eccezionali o esigenze di particolare importanza. Nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 giugno 2010, ricorso n° 67/04 *Dolhamre c. Svezia*, la Corte ha considerato come i genitori non avessero anteposto l'interesse dei figli minori al loro, dal momento che avevano rifiutato i programmi del Servizio Sociale volti alla ricostituzione dell'unione familiare, attraverso incontri in modalità protetta e, nel corso dei contatti anche telefonici coi due figli più piccoli, avevano provocato in loro gravi traumi. Pertanto, la Corte EDU ha ritenuto che prolungare l'affidamento alla pubblica autorità e limitare visite e contatti fossero misure giustificate e aderenti all'interesse del minore e non sussistesse violazione dell'art. 8.

quello di vivere uniti e di essere ricongiunti se separati o comunque di godere di un rapporto stabile e significativo costituisce infatti contenuto del diritto alla vita privata e familiare che figli e genitori vantano nei confronti delle pubbliche autorità ai sensi dell'art. 8, esigibile nei modi specificati dalla stessa giurisprudenza CEDU e la cui violazione è censurata dalla Corte di Strasburgo<sup>130</sup>.

Nell'ambito dei procedimenti separativi della coppia genitoriale, incombe all'autorità nazionale prima di tutto l'obbligo di prevedere, disciplinandoli, i rapporti del figlio con il genitore non convivente prevalentemente, con celerità e determinazione e senza discriminazioni fondate ad es. sulle tendenze sessuali<sup>131</sup> o sul credo religioso<sup>132</sup>. Le decisioni relative all'idoneità del genitore

<sup>130</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 13 marzo 2007, ricorso. n° 39177/05, V.A.M. v. Serbia: "even though the primary object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by public authorities, there are, in addition, positive obligations inherent in effective "respect" for family life. In both contexts, regard must be had to the fair balance which has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (see Keegan v. Ireland, judgment of 26 May 1994, Series A no. 290, p. 19, § 49). In relation to the State's obligation to implement positive measures, the Court has held that Article 8 includes for parents a right that steps be taken to reunite them with their children and an obligation on the national authorities to facilitate such reunions (see, among other authorities Ignaccolo-Zenide v. Romania, no. 31679/96, § 94, ECHR 2000-I; Nuutinen v. Finland, no. 32842/96, § 127, ECHR 2000-VIII; Iglesias Gil and A.U.I. v. Spain, no. 56673/00, § 49, ECHR 2003-V)". Traduzione: "Anche se l'oggetto primario dell'articolo 8, è quello di proteggere l'individuo contro l'azione arbitraria da parte delle autorità pubbliche, ci sono, inoltre, obblighi positivi inerenti ad un" rispetto "per la vita familiare. In entrambi i contesti, si deve tener conto per il giusto equilibrio che deve essere colpito tra gli interessi concorrenti dell'individuo e della comunità nel suo insieme; in entrambi i contesti lo Stato gode di un certo margine di apprezzamento (vedi Keegan c. Irlanda, sentenza del 26 maggio 1994 serie A n. 290, pag. 19, § 49). In relazione al l'obbligo dello Stato di attuare misure positive, la Corte ha dichiarato che l'articolo 8 prevede per i genitori un diritto che siano compiuti passi per riunirsi con i loro figli e l'obbligo per le autorità nazionali per facilitare tali riunioni (Vedi, tra le altre Ignaccolo-Zenide v Romania, n° 31679/96, § 94, CEDU 2000-I,.... Nuutinen v Finlandia, no 32842/96, § 127, CEDU 2000-VIII; Iglesias Gil e AUI v. la Spagna, n° 56673/00, § 49, CEDU 2003-v) ".

<sup>131</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 21 dicembre 1999, ricorso n° 33290/96, Salgueiro Da Silva Mouta c. Portogallo: il ricorrente era un padre omosessuale separato dalla madre; la figlia venne affidata alla madre che impedì al padre ogni rapporto. Il padre ottenne quindi l'affidamento della figlia in I grado ma la Corte d'Appello riformò la decisione in ragione della sua palesata omosessualità rivolgendo al padre l'invito ad evitare che la figlia durante le visite potesse venirne a conoscenza. La Corte di Strasburgo ritenne la decisione basata su un'illegitima discriminazione, non tollerata dalla Convenzione di Roma, rilevando che nelle decisioni delle autorità portoghesi l'omosessualità del ricorrente aveva pesato in maniera determinante, realizzandosi una iniqua diversità di trattamento tra i due ex coniugi tutta basata sull'orientamento sessuale del padre. La Corte ritenne sussistente la violazione dell'art. 8 in combinato disposto con l'art. 14( divieto di discriminazione ) essendosi operata un'indebita ingerenza nella vita privata familiare del ricorrente.

<sup>132</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 16 dicembre 2003, ricorso n° 64927/01, Palau-Martinez c. Francia: la Corte ritenne violato l'art. 8, diritto alla vita privata e familiare - in combinato disposto con l'art. 14 - divieto di discriminazione- in quanto le autorità francesi avevano fondato la decisione solo su aspetti di carattere generale, senza nessun elemento concreto e diretto a dimostrare la reale influenza delle pratiche religiose della madre sull'educazione e sulla vita quotidiana dei bambini tale da influire negativamente sul loro diritto alla libertà religiosa. La Corte d'Appello, nel giudizio di divorzio, aveva affidato i due minori al padre escludendo la madre in ragione della sua appartenenza ai testimoni di Geova; in primo grado il divorzio era stato pronunciato per responsabilità esclusiva del marito e i bambini erano stati affidati alla madre con diritto di visita del padre. La Corte d'Appello aveva motivato la propria decisione asserendo che le regole educative imposte ai bambini dagli adepti dei testimoni di Geova sarebbero essenzialmente criticabili in ragione della loro durezza e che fossero intollerabili le obbligazioni imposte anche ai bambini di pratiche di proselitismo. Pertanto, l'interesse dei minori sarebbe contrario a "...regole e

all'accudimento del figlio, o alla relazione con lo stesso non possono fondarsi su discriminazioni di carattere generale e relative alla condizione personale di quel particolare genitore, ma su elementi concreti, obiettivi e ragionevoli che valgano ad escludere nel caso concreto la sua idoneità.

Perché l'obbligo positivo dello Stato sia soddisfatto, non è però nemmeno sufficiente solo l'assunzione di provvedimenti che prevedano astrattamente la frequentazione e la disciplinino: infatti, la Corte ha più volte specificato che non sussiste violazione dell'art. 8 solo se i provvedimenti sono congrui rispetto al risultato e tali siano anche tutti i comportamenti dei vari soggetti che a diverso titolo di responsabilità debbono renderli effettivi nelle concrete dinamiche del nucleo familiare.

La congruità del comportamento delle autorità nazionali ai sensi dell'art. 8 viene insomma valutata in base alla concreta funzionalità di tutti i passaggi posti in essere dalle stesse in un disegno teleologicamente strutturato e connesso in ogni sua parte alla riunificazione del nucleo familiare e/o all'implementazione con modalità adeguate dei rapporti del figlio con il genitore che non vive con lui. Non è insomma sufficiente la previsione astratta di incontri: è necessario che 'step by step' le autorità abbiano concretamente ideato prima, e efficacemente attuato poi, un progetto concreto e adatto al singolo caso.

Ciò ha un rilievo particolare sia per quel che riguarda il contenuto sia per quanto riguarda l'esecuzione dei provvedimenti che prevedono la riunione dei genitori con i figli o il concreto svolgersi della loro relazione e del diritto di visita e frequentazione<sup>133</sup>. Le misure debbono essere evidentemente adeguate e lo sono in ragione anche della loro frequenza e celerità poiché il passaggio del tempo ha conseguenze irrimediabili per le relazioni tra il minore e il genitore che non convivono<sup>134</sup>.

Nei provvedimenti in tema di tutela del diritto di visita del genitore non convivente con il figlio, il motivo conduttore è che il diritto alla relazione deve essere regolamentato e protetto dalle autorità nazionali che debbono attivarsi affinché tale interesse si realizzi nella concreta dinamica esistenziale del nucleo familiare considerato. Insomma, l'ingerenza dello Stato che deve qualificarsi indebita ai sensi dell'art. 8 si verifica non solo quando le pubbliche autorità pongono in essere provvedimenti invasivi e intrusivi della sfera di libertà e

divieti imposti da una religione strutturata come una setta...." La Cassazione aveva rigettato il ricorso della madre.

<sup>133</sup> V.A. M. c. Serbia cit.: "In cases concerning the enforcement of decisions in the sphere of family law, the Court has repeatedly found that what is decisive is whether the national authorities have taken all necessary steps to facilitate the execution as can reasonably be demanded in the special circumstances of each case (see, mutatis mutandis, Hokkanen v. Finland, Ignaccolo-Zenide, Nuutinen v. Finland; Sylvester v. Austria, nos. 36812/97 and 40104/98, 24 April 2003)." Traduzione: "Nei casi riguardanti l'esecuzione delle decisioni in materia di diritto di famiglia, la Corte ha più volte rilevato che ciò che è decisivo è se le autorità nazionali hanno adottato tutte le misure necessarie per facilitare l'esecuzione come si può ragionevolmente essere richiesto nelle circostanze particolari di ogni caso (vedere, mutatis mutandis, Hokkanen v Finlandia, Ignaccolo-Zenide, Nuutinen v Finlandia, Sylvester contro l'Austria, n° 36812/97 e 40104. / 98, 24 aprile 2003)."

<sup>134</sup> V.A. M. c. Serbia cit.: "In this context, the adequacy of a measure is to be judged by the swiftness of its implementation, as the passage of time can have irremediable consequences for relations between the child and the parent who do not cohabit (see Ignaccolo-Zenide)." Traduzione: "In questo contesto, l'adeguatezza di una misura deve essere giudicato dalla rapidità della sua attuazione, come il passare del tempo può avere conseguenze irrimediabili per i rapporti tra il bambino e il genitore che non convivono (vedi anche Ignaccolo-Zenide)"

autonomia dei nuclei familiari, ma anche quando omettono di attivarsi in modo funzionale allo sviluppo del legame genitore/figlio. In concreto lo Stato deve assumere decisioni e porre in essere misure atte e adeguate in concreto a riunire il genitore con il figlio<sup>135</sup>.

Il principio trovò sua declinazione nel noto caso *Scozzari e Giunta c. Italia*<sup>136</sup> nel quale la Corte ritenne sussistente la violazione dell'art. 8 censurando, tra l'altro<sup>137</sup>, l'esiguo numero degli incontri tra madre e figli e l'eccessiva distanza temporale tra gli stessi, che non consentiva un riacciamento dei rapporti tra la ricorrente ed i minori, e stigmatizzò l'eccessiva libertà e discrezionalità con cui i servizi sociali avevano fissato il calendario degli incontri, modificando la portata delle decisioni del giudice che, dal canto suo, aveva ommesso di vigilare sull'attività dei servizi stessi<sup>138</sup>.

Da parte dell'autorità nazionale, insomma, deve essere fatto tutto il possibile per consentire la realizzazione del diritto di visita del genitore non convivente con il figlio: altrimenti si realizza una violazione dell'art. 8 della Convenzione.

Alcune recenti pronunce sono particolarmente interessanti in tema di cosiddetta sindrome da alienazione parentale<sup>139</sup>: si tratta del fenomeno delle manovre

<sup>135</sup> In tema di provvedimenti di potestà e di adottabilità, il principio univoco espresso dalla giurisprudenza della Corte europea è che l'allontanamento del minore dalla famiglia e la sua sistemazione in affidamento ad altra famiglia o ad una comunità deve essere una misura temporanea che deve essere revocata quando le circostanze lo permettono per consentire la riunione del genitore con il figlio. L'interesse del minore richiede che soltanto circostanze eccezionali possano condurre ad una rottura del legame familiare e che tutto deve essere fatto con l'obiettivo di mantenere le relazioni personali e ricostituire in seguito la famiglia.

<sup>136</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 13 luglio 2000, ricorso n° 39221/98 e 41963/9, *Scozzari e Giunta c. Italia*: riguarda una famiglia turbata dalle violenze del marito nei confronti della moglie con conseguenze pregiudizievoli per la psiche dei due figli; il Tribunale per i Minorenni disponeva dapprima il ricovero dei bambini e della madre presso la Caritas; in seguito disponeva la sospensione della potestà genitoriale, l'allontanamento dei bambini anche dalla madre (ritenuta affetta da gravi disturbi della personalità) ed il collocamento dei minori presso una comunità. La prima ricorrente, madre dei minori, che agiva anche a nome dei figli, sosteneva che la sospensione della potestà genitoriale, l'allontanamento dei figli ed il loro collocamento in comunità, nonché il ritardo con cui le Autorità le avevano permesso di incontrarli ed il numero insufficiente di incontri organizzati, avevano violato l'art. 8 della Convenzione. La seconda ricorrente, nonna materna dei minori, denunciava la medesima violazione per il fatto che le Autorità avevano scartato l'ipotesi di affidarle i nipoti ed avevano tardato ad organizzare degli incontri tra lei ed i bambini.

<sup>137</sup> La Corte censurò anche l'assenza di limiti di durata del collocamento dei minori presso la comunità. L'affidamento etero familiare di un bambino, secondo i principi espressi dalla Corte, deve essere, infatti, considerato una misura temporanea da sospendere appena possibile ed ogni atto di esecuzione deve concordare con il suo scopo ultimo: riunire nuovamente il genitore naturale ed il figlio.

<sup>138</sup> Il Tribunale per i minorenni di Firenze, secondo la Corte europea, non aveva dato prova della prudenza e della vigilanza richieste in un contesto così delicato e difficile, in pregiudizio dei diritti della madre, ma anche dei superiori interessi dei figli; per questo la Corte ha ritenuto sussistente il danno morale subito dalla prima ricorrente (la madre) a causa del numero insufficiente degli incontri con i figli, del ritardo con il quale si erano svolti, dell'assenza di spiegazioni riguardanti le scelte dell'Autorità e degli ostacoli al riacciamento dei rapporti derivanti dalla condotta delle persone che avevano avuto l'affidamento dei minori all'interno della comunità. Per quanto riguarda la seconda ricorrente, nonna dei bambini, la Corte non ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 8 in ragione delle rilevanti difficoltà di quest'ultima ad occuparsi dei minori.

<sup>139</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 10 febbraio 2011, *Tsikakis c. Germania*, ricorso 1521/06: nella crisi di relazione tra genitori, anche in quella più conflittuale, non deve venire mai meno il diritto di visita del genitore non affidatario nei confronti del figlio minore. Determina quindi una violazione dell'articolo 8 della Convenzione, il comportamento del genitore che, attuando dinamiche alienanti nei confronti dell'altro, impedisca a quest'ultimo ed al proprio figlio

pressorie e manipolatorie sul figlio minore da parte di uno dei genitori al fine di alienarlo progressivamente all'altro, fino a che il figlio, appiattendosi sulle posizioni del genitore alienante, fa proprio il rifiuto del genitore alienato che viene estromesso dalla sua vita<sup>140</sup>.

La Corte europea se ne occupò, tra gli altri casi, proprio a proposito del nostro Paese già nel caso *Bove c. Italia*<sup>141</sup>. E' tornata anche recentemente sull'argomento nei confronti del nostro Paese nel caso *Piazzì c. Italia*<sup>142</sup> che riguarda un procedimento per l'affidamento di figli minori caratterizzato da alta conflittualità tra i coniugi; l'autorità giudiziaria aveva conferito espressa delega ai servizi sociali in ordine all'esecuzione del successivo provvedimento, ma gli incontri tra figlio minore e genitore non erano avvenuti. La Corte di Strasburgo precisa che i servizi sociali debbono agire tempestivamente, attuando misure sufficienti ed adeguate per far rispettare il diritto di visita del genitore non affidatario. In ogni caso,

di incontrarsi, limitando di fatto l'esercizio del diritto di visita a venti ore totali nell'arco di 10 anni di separazione. S. A. R. GALLUZZO, L'osservatorio comunitario in Famiglia, persone successioni, 2007, 6, 571 esamina 6 provvedimenti: CEDU, sent. 9 gennaio 2007 def. 9 aprile 2007, ric. n. 266 34/03, Kriz c. Repubblica Ceca; CEDU, sent. 18 luglio 2006 def. 11 dicembre 2006, ric. n. 26141/03, Fiala c. Repubblica Ceca; CEDU, sent. 18 luglio 2006 def. 18 ottobre 2006, ric. n. 7550/04, Reslová c. Repubblica Ceca; CEDU, sent. 9 gennaio 2007 def. 9 aprile 2007, ric. n. 27726/03, Mezl c. Repubblica Ceca; CEDU, sent. 18 luglio 2006 def. 11 dicembre 2006, ric. n. 27145/03, Pedovic c. Repubblica Ceca; CEDU, sent. 18 gennaio 2007 def. 18 aprile 2007, ric. n. 14044/05, Zavrelv Repubblica Ceca; sentenze che riguardano tutte la tutela del diritto del genitore non convivente con il figlio e nelle quali viene riscontrata violazione degli artt. 6 e 8 della Convenzione in ragione dell'inattività o dell'inadeguata attività delle Autorità Nazionali a tutela dei rapporti tra genitore non convivente e figlio minore.

<sup>140</sup> La sindrome da alienazione genitoriale è una ipotetica e controversa dinamica psicologica disfunzionale che, secondo le teorie dello psichiatra statunitense Richard Gardner, si attiverebbe sui figli minori coinvolti in contesti di separazione e divorzio conflittuale dei genitori, non adeguatamente mediate. La PAS è oggetto di dibattito ed esame ( sia in ambito scientifico sia giuridico ) fin dal momento della sua proposizione nel 1984; essa non è, infatti, riconosciuta come un disturbo psicopatologico dalla grande maggioranza della comunità scientifica e legale internazionale. Richard Gardner definisce la PAS come un disturbo che insorge normalmente nel contesto delle controversie per la custodia dei figli, definito in tre gradi, in ordine crescente di influenza, ciascuno da trattare con uno specifico approccio sia psicologico sia legale. Ancora, secondo Gardner, la PAS sarebbe frutto di una supposta «programmazione» dei figli da parte di un genitore patologico (genitore cosiddetto «alienante»), sorta di lavaggio del cervello che porterebbe i figli a perdere il contatto con la realtà degli affetti, e a esibire astio e disprezzo ingiustificato e continuo verso l'altro genitore (genitore cosiddetto «alienato»). Le tecniche di «programmazione» del genitore «alienante» comprenderebbero l'uso di espressioni denigratorie riferite all'altro genitore, false accuse di trascuratezza nei confronti del figlio, violenza o abuso (nei casi peggiori, anche abuso sessuale), la costruzione di una «realtà virtuale familiare» di terrore e vessazione che genererebbe, nei figli, profondi sentimenti di paura, diffidenza e odio verso il genitore «alienato». I figli, quindi, si alleerebbero con il genitore «sofferente»; si mostrerebbero come contagiati da tale sofferenza e inizierebbero ad appoggiare la visione del genitore «alienante», mostrando ( in modo apparentemente autonomo ) astio, disprezzo e denigrazione verso il genitore «alienato». Gardner sosteneva che tale «programmazione» distruggerebbe la relazione fra figli e genitore «alienato» in quanto i primi giungerebbero a rifiutare qualunque contatto, anche solamente telefonico, con quest'ultimo. Perché si possa parlare di PAS è necessario tuttavia che detti sentimenti di astio, disprezzo o rifiuto non siano giustificati, giustificabili, o rintracciabili in reali mancanze, trascuratezze o addirittura violenze del genitore «alienato» ([https://it.wikipedia.org/wiki/Sindrome\\_da\\_alienazione\\_genitoriale](https://it.wikipedia.org/wiki/Sindrome_da_alienazione_genitoriale)).

<sup>141</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 30 giugno 2005, ricorso n. 30595/02, *Bove c. Italia*. La Corte ritenne che le Autorità Nazionali non avessero posto in essere attività ragionevole per realizzare il diritto di visita del padre nei confronti del figlio e anzi, lo avessero onerato di incombenze inutili con conseguente vi fosse stata inattività da parte delle Autorità Nazionali. In quel caso escluse vi fosse stata violazione dell'art. 8.

<sup>142</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 2 novembre 2010, ric. n. 36168/09, *Piazzì c. Italia*.

devono adoperarsi per ripristinare gli incontri con il figlio minore, specie se si sia stabilito che ciò corrisponda al suo superiore e preminente interesse, e vi siano circostanze ostili al genitore non affidatario, idonee a consolidare nel tempo situazioni di fatto, assolutamente distanti dalle decisioni assunte con provvedimento del Tribunale (nella specie, si trattava di minore sotto l'influenza esclusiva del genitore collocatario, che poneva in essere agiti inquadrabili nell'ambito di una sindrome da alienazione parentale, come tali riconosciuti nella perizia psicologica espletata nel corso del procedimento).

Tuttavia nel caso *V.A.M c. Serbia*<sup>143</sup>, la Corte europea ha ritenuto che nei casi di rifiuto radicato del figlio minore a incontrare il genitore alienato non siano esperibili rimedi coercitivi nei confronti del figlio stesso, mentre precedentemente<sup>144</sup> aveva affermato che tali rimedi non sono da escludere se il rapporto con il genitore che non ne ha la custodia e che viene rifiutato è nell'interesse del figlio stesso. D'altra parte Strasburgo ha invece affermato che non può essere invece escluso l'uso di sanzioni nei confronti del genitore convivente che, con il suo illegittimo comportamento, ostacoli il rapporto con l'altro genitore<sup>145</sup>, ma deve trattarsi anche di misure adeguate e tali da stimolare effettivamente la ripresa degli incontri. In realtà, si legge nella stessa decisione, i tentativi di esecuzione (sia del provvedimento interinale di visita sia di quello definitivo) erano stati molteplici ma tutti vani. Secondo la Corte europea, il giudice nazionale aveva fallito nell'utilizzare gli strumenti di esecuzione pure esistenti ed aveva onerato la ricorrente di incumbenti tanto inutili quanto non previsti; non aveva, infine, fatto ricorso agli strumenti coercitivi pure previsti dalla legge<sup>146</sup>. La Corte di Strasburgo ha quindi ritenuto sussistente la violazione dell'art. 8 della Convenzione con riguardo alle specifiche circostanze del caso,

<sup>143</sup> *V.A. M. c. Serbia* cit. Il caso, che riguarda una famiglia legittima (padre e madre sono sposati con una figlia e separati), è emblematico per la sua incidenza statistica. Si tratta, infatti, di uno dei sempre più frequenti casi di Sindrome da Alienazione Parentale: negazione, da parte del genitore convivente, di ogni rapporto del figlio minore con l'altro genitore. Con un'unica particolarità che lo distingue dalla maggioranza dei casi: nel presente il genitore che esclude l'altro è il padre e la ricorrente è la madre. Questa lamenta che per circa otto anni non ha potuto vedere o avere contatti con la figlia. La Corte esclude misure coercitive nei confronti del figlio. "Infine, la Corte ha dichiarato che, anche se le misure coercitive contro i bambini non sono desiderabili in questo delicato settore, l'uso di sanzioni non deve essere esclusa in caso di comportamenti illeciti da parte del genitore con il quale i bambini vivono (vedi anche *Ignaccolo-Zenide*)".

<sup>144</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 27 giugno 2000, ricorso n° 32842/96, *Nuutinen c. Finlandia*

<sup>145</sup> *V.A.M. c. Serbia* cit.; *Fiala c. Repubblica Ceca* cit

<sup>146</sup> *V.A. M. c. Serbia* cit.: "Further, throughout the period at issue, the Municipal Court failed to make use of the available domestic procedural tools to have the respondent served formally, being content instead occasionally to order the applicant to provide the respondent's address even though she was clearly not under a legal obligation to do so. Finally, despite the respondent's consistent attempts to avoid taking part in any proceedings, it would appear that the Municipal Court had not even considered the use of coercion pursuant to the relevant enforcement procedure rules". Traduzione: "Inoltre, per tutto il periodo in questione, il Tribunale comunale non è riuscito a fare uso degli strumenti procedurali nazionali disponibili per avere il convenuto servito formalmente, accontentandosi invece di tanto in tanto per ordinare al richiedente di fornire l'indirizzo del rispondente, anche se era chiaro che non l'obbligo legale di farlo. Infine, nonostante i tentativi costanti della resistente per evitare di prendere parte ad un procedimento, sembrerebbe che la Corte comunale non si era nemmeno preso in considerazione l'uso di la coercizione ai sensi delle pertinenti norme procedura di esecuzione".

incluso l'inutile decorso del tempo, ed alla luce del criterio fondamentale del miglior interesse della minore<sup>147</sup>.

In altro recentissimo caso è stata ad esempio ritenuta insufficiente l'applicazione della sola sanzione pecuniaria a carico del genitore non affidatario del minore ma collocatario di fatto dello stesso e che aveva impedito le relazioni tra il minore e l'altro genitore<sup>148</sup>.

Non solo: in caso di separazione dei genitori, l'effettivo esercizio del diritto di visita dei figli minori deve essere riconosciuto anche ai nonni<sup>149</sup> in quanto anche le relazioni tra nonni e nipoti rientrano nell'ambito di protezione dell'articolo 8 della Convenzione. Pertanto, pur in presenza di animosità tra i genitori e, in generale, tra le loro famiglie, deve essere garantito l'effettivo esercizio del diritto di visita tra genitori non affidatari e minore e tra quest'ultimo ed i suoi nonni. Anche in questo caso il criterio che costituisce contenuto e al contempo limite della tutela di cui all'art. 8 è il superiore e preminente interesse del minore: in caso di sua pretermissione o travisamento, si ha violazione dell'articolo 8 della Convenzione.

### **3.1. Interesse del minore e fattore tempo: nel processo e nell'esecuzione.**

Una particolare attenzione è dedicata dalla giurisprudenza della Corte europea al fattore tempo. Esso rileva in modo particolare considerato che il figlio minore è persona in età evolutiva: da una parte la prognosi sul suo sviluppo psico-fisico deve essere quindi operata in una prospettiva di maturazione complessiva nel lungo periodo, essendo di per sé una valutazione a breve termine contraria al di lui interesse; dall'altra l'inutile decorso del tempo senza che il minore possa ricongiungersi ai propri genitori, se adeguati e idonei, da addebitarsi alla lunghezza processuale o all'inadeguatezza delle misure attuate, è di per sé contrario all'interesse del minore perché intrinsecamente inconciliabile con le sue tappe evolutive e, quindi, dannoso per il suo corretto sviluppo psico-fisico.

<sup>147</sup> V.A. M. c. Serbia cit.: "Having regard to the facts of the case, including the passage of time, the best interests of S.M., the criteria laid down in its own case-law and the parties' submissions, the Court, notwithstanding the State's margin of appreciation, concludes that the Serbian authorities have failed to make adequate and effective efforts to execute the interim access order of 23 July 1999. There has, accordingly, been a breach of the applicant's right to respect for her family life and a violation of Article 8 of the Convention." Traduzione: "Tenuto conto delle circostanze del caso, compreso il passare del tempo, l'interesse superiore SM, i criteri stabiliti nella propria giurisprudenza e argomenti delle parti, la Corte, nonostante il margine dello Stato di apprezzamento, conclude che le autorità serbe non sono riuscite a compiere sforzi adeguati ed efficaci per eseguire l'ordine di accesso provvisorio, del 23 luglio 1999. ci deve, di conseguenza, una violazione del diritto del ricorrente al rispetto della sua vita familiare e una violazione dell'articolo 8 della Convenzione. "

<sup>148</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 11 gennaio 2011, ricorso n° 49868/08, Bordeianu c. Moldavia. In questo caso era il padre a impedire il rapporto della figlia con la madre. La corte osserva che l'ammenda non può costituire una misura sufficiente ed adeguata a garantire l'esecuzione del diritto di visita del genitore non convivente con il figlio minore.

<sup>149</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 2 novembre 2010, ricorso n° 14565/05, Nistor c. Romania. Il bambino era presso i nonni paterni che hanno impedito sistematicamente il suo rapporto con la mamma e i nonni materni. La Corte nota che i ricorrenti, dopo vari tentativi di visita del bambino, sono rimasti inattivi, ma che tale inattività non vale a esonerare le Autorità dagli obblighi loro incombenenti di mettere in esecuzione un provvedimento di visita: tanto più quando la situazione è conflittuale, le Autorità debbono intervenire.

Utilizzando la considerazione che un illustre giurista ha svolto per il diritto finanziario<sup>150</sup>, si può dire che il tempo del diritto civile è l'anno, quello del diritto di famiglia il mese, quello del diritto minorile la settimana se non il giorno.

Sotto il primo profilo è particolarmente interessante la decisione *Görgülü c. Germania*<sup>151</sup>, che riguarda un minore nato da una convivenza cessata prima della sua nascita, non riconosciuto dal padre in quanto la madre non gli aveva dato più notizie di sé e aveva chiesto alla nascita di non essere nominata; inserito felicemente fino all'età di 8 mesi in una famiglia di affidatari, quando il padre lo rintraccia, lo riconosce e ne chiede l'affidamento e misure atte a costruire una relazione con lui: si verifica un contrasto tra giudice di I grado (che assume tutta una serie di provvedimenti favorevoli al ricongiungimento tra il figlio e il padre) e giudice di II grado (che invece li riforma essendo favorevole alla permanenza del bambino in seno alla famiglia affidataria). Sia il Tribunale sia la Corte di appello affermano di decidere tenendo presente il *best interest of the child*: ma il Tribunale ritiene che lo stesso coincida con il ripristino e l'intensificazione progressiva, finalizzata all'affidamento, dei rapporti del figlio con il padre, mentre la Corte d'Appello, al contrario, ritiene che sradicare il piccolo dalla famiglia nella quale è inserito quasi dalla nascita comporterebbe una grave lesione del suo interesse. Entrambi i giudici affermano che la tutela dell'interesse del minore coincida con la tutela del suo diritto alla salute psico-fisica: ma per il primo giudice tale diritto sarebbe leso dalla protratta assenza di rapporti congrui del minore con il padre, ritenuti necessari per una corretta formazione dell'identità personale del bambino; mentre per il giudice di appello, invece, il fatto che il periodo di tempo nel quale il minore è stato inserito nel nucleo familiare affidatario coincida con quello della sua vita, fa sì che lo sradicamento comporterebbe necessariamente un grave trauma psico-fisico.

La Corte europea, adita dal padre, rileva che il danno va valutato nel lungo termine e non nel breve periodo e ritiene che quello che deriverebbe da una radicale rescissione del legame del minore con il padre sarebbe più significativo di quello, immediatamente traumatico ma meno lesivo in una prospettiva futura, dello sradicamento dalla famiglia affidataria.

In altra prospettiva, il "fattore tempo" rileva per la migliore attuazione dell'interesse del minore per quel che concerne la durata del processo e dell'esecuzione: il presupposto è che la crescita di un minore pretende che l'assunzione e l'attuazione dei provvedimenti sia celere e proporzionata. Provvedimenti astrattamente corretti, ma non attuati nei tempi necessari in relazione alla rapida evoluzione delle esigenze psico-fisiche di un minore, costituiscono violazione dei diritti tutelati dall'art. 8 della Convenzione perché di per sé strutturalmente contrari al suo interesse. È difatti evidente che, ove sussistano relazioni personali che riguardano in particolare una persona minore di età che è in rapida evoluzione, la tempestività di decisione e di esecuzione sono sinonimo di efficacia e adeguatezza. Nei procedimenti separativi della coppia genitoriale, l'intempestività o l'inadeguatezza di regole certe e precise per il rapporto con il genitore non convivente, la ritardata o incongrua o mancata

<sup>150</sup> P. FERRO - LUZZI, *Il tempo nel diritto degli affari*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2003, 3, pp. 407 ss.

<sup>151</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 26 febbraio 2004, ricorso n° 74969/01, *Görgülü v. Germany*. Cfr. M.G. RUO, *Riflessioni a margine della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2006, fasc. 3, pp. 1482-1500.

esecuzione dei provvedimenti assunti, ha come effetto che si radichino fenomeni quali l'alienazione dal genitore non convivente, la disaffezione da lui, che comportano di per sé un danno che può essere anche grave ed irreparabile al sano sviluppo psico-fisico del bambino stesso.

Le procedure relative all'affidamento dei minori esigono un trattamento di urgenza in ragione delle conseguenze irrimediabili che tempi lunghi provocano nel bambino e nel genitore da lui separato: lo Stato deve adempiere all'obbligo di ricongiunzione "nel più breve tempo possibile", criterio da interpretarsi alla luce della Convenzione dell'Aja del 1980 e di quella dell'ONU del 1989. Il "breve tempo" è da commisurarsi quindi alle esigenze della persona in età evolutiva, il cui sano e corretto sviluppo psico-fisico non consente dilazioni nell'attuazione dei suoi diritti fondamentali, tra cui quello di crescere ed essere educato dal genitore adeguato<sup>152</sup>.

Molteplici le decisioni in tale senso. Nella recentissima sentenza *Bordeianu c. Moldavia* dell'11 gennaio 2011, la Corte europea ha affermato senza mezzi termini che decisioni in materia di affidamento di figli minori, non eseguite in tempi rapidi, favoriscono la PAS<sup>153</sup>, fino a cancellare la relazione tra genitore (alienato) e figlio<sup>154</sup>. Infatti un'esecuzione incongrua nelle modalità e nella tempistica determina il prevalere della pregiudizievole situazione di fatto su quella in concreto accertata come legittima e amplifica gli agiti inquadabili in una

<sup>152</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 26 giugno 2003, ricorso n°48206/99, *Maire c. Portogallo*. Nel caso la madre portoghese sottraeva il figlio al padre francese affidatario. La madre veniva riconosciuta colpevole per sottrazione di minore e condannata. Nonostante il padre avesse tempestivamente introdotto il procedimento per la restituzione del minore, trascorrevano oltre un anno prima che vi si potesse ricongiungere. La Corte ha ritenuto che nell'art. 8 della Convenzione sia ricompreso il diritto del genitore a ricongiungersi al figlio e il corrispondente obbligo delle autorità nazionali a provvedervi. Ma ha anche espressamente rilevato come a tale obbligo debba provvedersi nel più breve tempo possibile, dovendo peraltro essere interpretato alla luce della Convenzione dell'Aja del 1980 e di quella di New York del 1989. Nella sentenza *Covezzi-Morselli c. Italia* cit., la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto, insieme d'altre censure, che sussistesse violazione dell'art. 8 della Convenzione per essere trascorsi ben dodici mesi dall'inizio di un procedimento il cui oggetto era la tutela di 4 minori abusati sessualmente dal padre con la connivenza della madre; si trattava di due minori maltrattati ed abusati, allontanati dal nucleo familiare e inseriti in una comunità. Frequentazione e visita da parte della madre naturale, pur disposta dalla autorità giudiziaria, furono ostacolate e vanificate dai servizi territoriali con un'incongrua esecuzione. La Corte sottolinea l'inadeguatezza degli incontri, la distanza cronologica ed il loro esiguo numero, stigmatizzando l'episodicità degli stessi, la libertà e la piena discrezionalità che i servizi avrebbero avuto nel fissare il calendario di detti incontri, mettendo in rilievo che non è certamente il persistere di uno stato di separazione che può contribuire a riacciare le relazioni familiari 'già sottoposte a dura prova'. Sempre l'Italia è stata ritenuta responsabile della violazione dell'art. 8 della Convenzione nella nota sentenza *Corte europea dei diritti dell'uomo Scozzari e Giunta c. Italia*, cit., che trattava di due minori maltrattati ed abusati, allontanati dal nucleo familiare e inseriti in una comunità: nel caso frequentazione e visita da parte della madre naturale, pur disposte dalla autorità giudiziaria, furono ostacolate e vanificate dai servizi territoriali con un'incongrua esecuzione.

<sup>153</sup> La sindrome da alienazione genitoriale (o PAS, dall'acronimo di *Parental Alienation Syndrome*).

<sup>154</sup> Il genitore collocatario di fatto impediva la relazione tra minore e altro genitore. Il Tribunale sanzionò con la sola pena pecuniaria tale comportamento, che impedì l'esecuzione rapida della sentenza di affidamento amplificando una sindrome da alienazione parentale in danno del genitore a favore del quale è stata pronunciata la sentenza.

sindrome da alienazione parentale, a danno del genitore a favore del quale è stata pronunciata la sentenza ma soprattutto della persona minore di età stessa. Il tutto è aggravato quando la situazione non venga riconosciuta dalle autorità competenti le quali, nel processo decisionale, omettono di avvalersi del parere di esperti: può infatti determinarsi l'impossibilità di ricostituzione della relazione tra genitore e figlio, in palese violazione dell'articolo 8 della Convenzione<sup>155</sup>.

Nella sentenza *Mincheva c. Bulgaria*, del 2 settembre 2010 la Corte europea ha stigmatizzato la mancata diligenza delle autorità nazionali nell'adottare misure idonee a garantire l'effettiva protezione del diritto dell'individuo al rispetto della propria vita privata e familiare, osservando che tali misure (di per sé idonee e aderenti all'interesse del minore) non erano state attuate in tempi ragionevoli e rapidi; il che aveva avuto conseguenze irrimediabili per le relazioni tra il bambino ed il genitore non affidatario, favorendo un processo di alienazione genitoriale a danno del genitore non affidatario. La Corte ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 6 della Convenzione (da solo ed in combinato disposto con l'articolo 13), in ragione del susseguirsi di udienze di mero rinvio a motivo dei vizi di regolarità nella citazione delle parti ad integrazione del contraddittorio, sottolineando come i tempi processuali dilatati determinino situazioni di fatto che possono avere conseguenze pregiudizievoli per le relazioni tra il genitore non affidatario ed il figlio, impedendo altresì l'esperimento di (eventuali) altre azioni idonee per il raggiungimento degli obiettivi auspicati.

Il principio è d'altronde consolidato e risalente nel tempo: univoche in tale senso le sentenze *Maire c. Portogallo*<sup>156</sup>, *Covezzi-Morselli c. Italia*<sup>157</sup>, *Scozzari e Giunta c. Italia*<sup>158</sup>, *Hokkanen c. Finlandia*<sup>159</sup>.

<sup>155</sup> In questo senso, precedentemente Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 13 luglio 2000, ricorso n° 25735/94, E.c. Germania.

<sup>156</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Maire c. Portogallo*, cit.: la madre portoghese sottraeva il figlio al padre francese affidatario. La madre veniva riconosciuta colpevole per sottrazione di minore e condannata. Nonostante il padre avesse tempestivamente introdotto il procedimento per la restituzione del minore, trascorreva oltre un anno prima che vi si potesse ricongiungere. La Corte ha ritenuto che nell'art. 8 della Conv. sia ricompreso il diritto del genitore a ricongiungersi al figlio e il corrispondente obbligo delle autorità nazionali a provvedervi. Ma ha anche espressamente rilevato come a tale obbligo debba provvedersi nel più breve tempo possibile, dovendo peraltro essere interpretato alla luce della Convenzione dell'Aja del 1980 e di quella di New York del 1989. Il 'breve tempo' è da commisurarsi quindi alle esigenze della persona in età evolutiva, il cui sano e corretto sviluppo psico-fisico non consente dilazioni nella attuazione dei suoi diritti fondamentali, tra i quali quello di crescere ed essere educato dal genitore adeguato.

<sup>157</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Covezzi-Morselli c. Italia*, cit.: la Corte ha ritenuto, insieme ad altre censure, che sussistesse violazione dell'art. 8 della Conv. per essere trascorsi ben 12 mesi dall'inizio di un procedimento il cui oggetto era la tutela di 5 minori abusati sessualmente dal padre con la connivenza della madre.

<sup>158</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Scozzari-Giunta c. Italia*, cit.: si trattava di due minori maltrattati ed abusati, allontanati dal nucleo familiare e inseriti in una comunità. Frequentazione e visita da parte della madre naturale, pur disposta dalla Autorità Giudiziaria, furono ostacolate e vanificate dai Servizi Territoriali con un'incongrua esecuzione. La Corte sottolinea l'inadeguatezza degli incontri, la distanza cronologica ed il loro esiguo numero, stigmatizzando l'episodicità degli stessi, la libertà e la piena discrezionalità che i Servizi avrebbero avuto nel fissare il calendario di detti incontri, mettendo in rilievo che non è certamente il persistere di uno stato di separazione che può contribuire a riallacciare le relazioni familiari 'già sottoposte a dura prova'.

Più recentemente, nella già citata sentenza *Piazzi c. Italia* del 2 novembre 2010, la Corte europea ha affermato che, quando in un procedimento per l'affidamento di figli minori caratterizzato da alta conflittualità tra i coniugi l'autorità giudiziaria conferisca espressa delega ai servizi sociali in ordine all'esecuzione del successivo provvedimento, questi devono agire tempestivamente, attuando misure sufficienti ed adeguate per far rispettare il diritto di visita del genitore non affidatario<sup>160</sup>. In ogni caso, devono adoperarsi per ripristinare gli incontri con il figlio minore, specie se si sia stabilito che ciò corrisponda al suo superiore e preminente interesse, e vi siano circostanze ostili al genitore non affidatario, idonee a consolidare nel tempo situazioni di fatto, assolutamente distanti dalle decisioni assunte con provvedimento del Tribunale<sup>161</sup>.

Vi sono tuttavia anche dei casi nei quali i tempi processuali lunghi possono non concretizzare violazione dell'art. 8. Ma si tratta di casi eccezionali, nei quali i tempi non solo non influiscono negativamente sulla qualità delle relazioni tra genitori non affidatari o non collocatari e figli minori, ma anzi sono necessari al loro corretto ripristino. Così nella sentenza *Serghides c. Polonia*, sempre del 2 novembre 2010<sup>162</sup>: la considerevole durata di un procedimento contenzioso (che seguiva un procedimento attivato ai sensi della Convenzione dell'Aja del 25.10.80) non è stata considerata rilevante ai fini della violazione dell'articolo 8 della Convenzione, in cui si dovevano determinare nuove modalità di visita del figlio minore col genitore non affidatario, dato che si era determinato un fisiologico deteriorarsi delle relazioni tra padre e figlio. Si è infatti riconosciuto che la qualità della relazione tra genitore e figlio era mutata proprio in ragione dell'aperta e pregressa conflittualità tra i coniugi; il genitore non affidatario non si era attivato attraverso la richiesta di rimedi in via cautelare, volti a ricostituire il rapporto con il minore; l'autorità giudiziaria non era rimasta inattiva, ma aveva

<sup>159</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 23 settembre 1994, ricorso n° 19823/92, *Hokkanen c. Finlandia* già cit.: il caso riguardava un padre che aveva temporaneamente affidato la propria figlia di venti mesi ai nonni materni a seguito del decesso della madre della minore. Tale affidamento sarebbe dovuto essere temporaneo, mentre dopo pochi mesi i nonni comunicarono di non voler riconsegnare la bambina al padre. Solo dopo due procedimenti aventi ad oggetto l'affidamento e la tutela della minore e dopo diversi procedimenti amministrativi relativi al diritto di visita, il ricorrente vide riconosciuta la tutela sulla figlia, ma negato l'affidamento. Trascorsero quindi quasi 2 anni e mezzo prima di veder riconosciuto e tutelato il diritto di visita del ricorrente. La Corte, in proposito osserva che le Autorità Locali non hanno posto in essere sforzi ragionevoli per facilitare il ricongiungimento, rilevando come il difetto di tutela del diritto di visita dal 1990 al 1995, sostanzialmente una lesione al suo diritto al rispetto della vita familiare, garantito dall'art. 8 Convenzione.

<sup>160</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 21 settembre 2010, ricorso n° 49337/07, *Mijuskovic c. Montenegro*: viola l'articolo 8 della Convenzione e, in particolare, il diritto al rispetto della vita familiare la mancata esecuzione in tempi rapidi di una sentenza che disponga l'affidamento del minore.

<sup>161</sup> Nella specie, si trattava di minore sotto l'influenza esclusiva del genitore collocatario, che poneva in essere agiti inquadabili nell'ambito di una sindrome da alienazione parentale, come tali riconosciuti nella perizia psicologica espletata nel corso del procedimento. La Corte europea nota esplicitamente che sarebbe stato necessario un lavoro preparatorio da parte delle Autorità Nazionali per aiutare il figlio ad accogliere il genitore non convivente, lavoro preparatorio non considerato dalle Autorità montenegrine.

<sup>162</sup> Decisione assunta con quattro voti favorevoli e tre contrari.

disposto le attività processuali da svolgersi entro termini congrui all'uopo fissati<sup>163</sup>.

Tempi processuali lunghi sono ad es. giustificati anche se le scelte in ordine alle modalità di affidamento dei figli minori sono particolarmente complesse: nella sentenza *Z. c. Slovenia*, del 30 novembre 2010<sup>164</sup>, si dà atto che il procedimento per l'affidamento di figli minori non aveva avuto un'irragionevole durata (tre anni e cinque mesi per due gradi di giudizio) data la sua particolare complessità (nella specie, madre affetta da disturbi della personalità e padre con a suo carico una denuncia per sospetti abusi sessuali), avendo le autorità nazionali disposto, nel preminente interesse del minore e tenendo conto della stessa vulnerabilità del bambino, la nomina di tre esperti per l'accertamento della idoneità genitoriale, nonché otto audizioni.

Tempi processuali lunghi sono giustificati anche quando deve essere costruita la relazione tra i genitori e il minore, nel di lui preminente interesse. Nella sentenza *Trdan e C. c. Slovenia*, del 7 dicembre 2010<sup>165</sup>, si tratta di accertamento della paternità biologica e della conseguente disciplina del rapporto padre/figlio. La durata complessiva di tre anni e dieci mesi per due gradi di giudizio non è stata considerata violativa dell'art. 8 in quanto l'attività processuale era stata complessa, tempestiva, incalzante, congrua<sup>166</sup>; tutte le decisioni avevano comportato un equo bilanciamento degli interessi essendo state assunte nell'interesse del minore. Ricorrendo tali circostanze, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che la relazione tra genitore e figlio non dovesse considerarsi negata o sacrificata, avuto riguardo alla naturale emotività tra i genitori del minore, che dovevano costruire una relazione volta a favorire, quanto meno, i contatti tra il minore ed il padre – genitore non collocatario<sup>167</sup>.

<sup>163</sup> Nella specie, come dimostrato dagli atti del giudizio, audizioni delle parti e dei testimoni, quattro pareri di esperti e quattro indagini sociali nell'abitazione del bambino.

<sup>164</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 30 novembre 2010, *Z. c. Slovenia*, ricorso n°43155/05.

<sup>165</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 7 dicembre 2010, ricorso n° 28708/06, *Trdan e C. c. Slovenia*.

<sup>166</sup> Comprende undici provvedimenti provvisori relativi alle modalità di esercizio del diritto di visita (che sono stati a loro volta impugnati), sei udienze ed una indagine psico – sociale sui genitori del minore; il primo provvedimento provvisorio era sia ottenuto tre mesi dopo l'instaurazione del procedimento e la prima udienza dopo quattro mesi.

<sup>167</sup> Al contrario, nella sentenza del 30 maggio 2006, ricorso n° 34141/96, *R. c. Finland*, la violazione è stata ritenuta sussistente perché, in ragione dell'avvicinarsi dei provvedimenti e delle modalità dell'esecuzione, la Corte europea ha ritenuto che l'allontanamento del minore dalla famiglia avesse sin dall'inizio natura di allontanamento di lungo termine e apparisse evidentemente finalizzato al collocamento del bambino in una famiglia sostitutiva in quanto gli incontri con il ricorrente erano stati subito limitati dai servizi con compromissione sin dall'inizio della riunificazione. Le restrizioni il rapporto, infatti, lungi dal facilitare la possibile riunificazione della famiglia, avevano avuto l'effetto di comprometterla definitivamente. In nessuno stadio del procedimento inoltre è risultato che i servizi avessero monitorato la relazione tra padre e figlio durante le visite a casa, nonostante la richiesta in tal senso del ricorrente. Si trattava di un procedimento in materia di decadenza della potestà: in questo caso il bambino è stato prima posto in istituto, con misure restrittive di visita dei genitori, e poi collocato in una nuova famiglia. Il progetto di riunificazione con la madre naturale è fragile e coltivato con scarsa convinzione dai servizi territoriali; i legami si allentano mentre, intanto, crescono quelli con la famiglia affidataria. Le Autorità nazionali ritengono, nella loro discrezionalità, che sia quindi nell'interesse del minore rescindere definitivamente il legame parentale. La Corte europea preliminarmente ricorda i

In definitiva se da una parte i tempi lunghi del processo e dell'esecuzione sono da presumere in contrasto con il superiore interesse del minore alla relazione con il genitore non convivente<sup>168</sup>, dall'altra sono da considerare giustificati quando, per la complessità della situazione<sup>169</sup>, nella concreta dinamica endo ed extraprocessuale, dagli approfondimenti istruttori, dal succedersi dei provvedimenti finalizzati alla costruzione della relazione e dalla seria successione dei comportamenti concludenti ed univoci dei servizi sociali, monitorati sapientemente dal giudice, ne deriva che tutta l'attività è stata svolta con correttezza alla costruzione o ricostruzione della relazione<sup>170</sup>. È l'inerzia processuale ed extraprocessuale coniugata con il protrarsi del tempo che comporta violazione dell'art. 8 perché ex se contraria all'interesse del minore, soprattutto se ha avallato dinamiche alienanti<sup>171</sup> che sono scaturite nel rifiuto del genitore da parte del minore<sup>172</sup>.

principi guida in tema di 'care order': tali provvedimenti debbono essere dismessi non appena le circostanze lo permettano e debbono essere finalizzati alla riunificazione del genitore naturale con il minore. L'obbligo positivo di assumere provvedimenti di forza crescente al fine di riunificare i minori con i genitori inizia immediatamente, contestualmente con l'allontanamento, anche se deve essere bilanciato con il dovere prioritario di considerare l'interesse del minore tutelandone la salute psico-fisica. Dopo un considerevole periodo di tempo, l'interesse del minore di non modificare la propria situazione familiare può prevalere rispetto a quello dei suoi genitori alla riunificazione. Conseguentemente le autorità nazionali, se usufruiscono di un significativo margine di discrezionalità nel valutare la necessità di allontanare il minore dalla famiglia e collocarlo in istituto, tuttavia debbono valutare con estrema attenzione misure restrittive al diritto di visita dei genitori, in quanto comportano di per sé il pericolo di compromettere definitivamente la relazione minore-genitori. Per evitare ciò, che costituisce violazione dell'art. 8 della Convenzione, tali misure vanno valutate e riviste di tempo in tempo: le possibilità di riunificazione diminuiranno infatti progressivamente e saranno infine distrutte se i genitori biologici del minore e il bambino non avranno possibilità di incontrarsi o tali possibilità saranno così rarefatte da impedire l'evolversi di legami affettivi tra il minore e i suoi genitori.

<sup>168</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 1 febbraio 2011, Karoussis c. Portogallo, ricorso n° 23205/2011: tempo procedurali eccessivamente lunghi nei procedimenti ai sensi della Convenzione dell'Aja del 25.10.80 e del Reg. CE n. 2201/2003 favoriscono la rottura dei legami tra genitori e figli minori e violano il diritto di questi ultimi alla biogenitorialità. Il mancato rispetto delle indicazioni procedurali previste nell'art. 11 del Reg. CE n. 2201/2003 determina una violazione dell'articolo 8 e un grave pregiudizio per il benessere del bambino: Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 1 febbraio 2011, Dore c. Portogallo, ric. 775/08.

<sup>169</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza Z. c. Slovenia, cit.: tempi processuali lunghi sono giustificati se le scelte in ordine alla modalità dell'affidamento di figli minori sono particolarmente complesse.

<sup>170</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza Trdan e C. c. Slovenia, cit. Nelle famiglie monogenitoriali, il riconoscimento del diritto di visita del padre biologico non è pregiudicato da tempi processuali lunghi quando deve essere ricostituita anche la relazione tra i genitori del minore, nel suo preminente interesse.

<sup>171</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza Mijuskovic c. Montenegro, cit. Il decorrere del tempo, quando siano in atto dinamiche alienanti di un genitore (non affidatario) nei confronti dell'altro cui siano stati affidati con sentenza, osta all'interesse preminente del minore, lasciando (erroneamente) prevalere la situazione di fatto su quella accertata in concreto dal Giudice.

<sup>172</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza Mincheva c. Bulgaria, cit., ha riconosciuto oltre alla violazione dell'art. 8, anche la violazione dell'art. 6 in combinato disposto con l'art. 13 ribadendo che l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento di minori deve avvenire in tempi ragionevoli e rapidi, dal momento che il trascorrere del tempo può avere conseguenze

D'altra parte, se l'inutile e ingiustificato decorso del tempo nel ricongiungimento del minore con i genitori a motivo dei comportamenti della pubblica autorità è quindi sintomatico di per sé della violazione dell'art. 8 Convenzione, la Corte europea avverte che tale inutile decorso del tempo non può essere considerato successivamente motivo ostativo per non attuare il ricongiungimento stesso<sup>173</sup>.

### *Giusto processo*

I tempi della decisione e dell'esecuzione, che non possono essere dilatati in quanto di per sé lesivi dell'interesse del minore e violativi dell'art. 8, conducono la Corte europea ad affermare che i processi che riguardano la relazione dei minori con i loro genitori "must be fair", debbono avere cioè le caratteristiche dell'equo processo individuate dall'art. 6. Infatti la ragionevole durata di un procedimento deve essere valutata alla luce delle circostanze del caso e in relazione ai criteri di complessità della questione, del comportamento dei ricorrenti e delle autorità competenti, come anche in relazione agli interessi in gioco per i ricorrenti<sup>174</sup>. Nei procedimenti riguardanti le relazioni familiari dei minori, si è già visto che la Corte ritiene particolarmente importante che le questioni, e in particolare quelle relative all'affidamento del minore e della relazione con il genitore non convivente prevalentemente, siano risolte velocemente<sup>175</sup>. Spetta infatti agli Stati organizzare il sistema giudiziario in modo

irrimediabili per le relazioni tra il bambino ed il genitore non affidatario (nella specie, la mancata diligenza delle autorità nazionali ha favorito un processo di alienazione genitoriale a danno del genitore non affidatario). Con riferimento al principio secondo il quale il procedimento minorile "must be fair", in tutti i procedimenti aventi ad oggetto la determinazione delle modalità di affidamento di un minore, viola l'articolo 6 della Convenzione (da solo ed in combinato disposto con l'articolo 13), il susseguirsi di udienze di mero rinvio a motivo dei vizi di regolarità nella citazione delle parti ad integrazione del contraddittorio, dal momento che i tempi processuali dilatati determinano situazioni di fatto che possono avere conseguenze pregiudizievoli per le relazioni tra il genitore non affidatario ed il figlio, impedendo altresì l'esperimento di (eventuali) altre azioni idonee per il raggiungimento degli obiettivi auspicati.

<sup>173</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Dabrowska c. Polonia*, cit.: i tempi processuali, nei procedimenti che riguardano i minori, devono essere rapidi. Non deve essere il semplice trascorrere del tempo e la situazione di fatto che si crea in questo arco temporale a determinare la modalità di affidamento di un minore. Le autorità nazionali devono facilitare l'esecuzione di tali decisioni. La Corte EDU ribadisce che l'effettivo rispetto della vita familiare importa che le relazioni future tra i genitori (separati) ed i figli non debbano essere determinate dal mero trascorrere del tempo. L'elemento temporale, infatti, assume una importanza fondamentale, dal momento che sussiste sempre il pericolo che un eventuale ritardo procedurale farà prevalere la situazione di fatto su quella di diritto. Tanto la procedura, quanto l'esito della stessa e – soprattutto – la sua esecuzione devono, pertanto, avere tempi rapidi.

<sup>174</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 29 luglio 2004, ricorso n°63627/00, *Volesky c. Repubblica Ceca*. La Corte europea non ravvisa violazione dell'art. 8. Si tratta di diritto di visita del genitore non convivente al figlio, ma l'Autorità Nazionale aveva disposto -ed era stata eseguita- terapia familiare, sostegno psicologico, incontri organizzati padre/figlio. La Corte di Strasburgo rileva come le Autorità nazionali abbiano fatto tutto ciò che era ragionevole fare e che la coercizione sul minore avrebbe avuto effetti contrari al suo miglior interesse.

<sup>175</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 09 novembre 1999, ricorso n° 43743/98, *Gros c. Francia*; CEDU, sent. 4 aprile 2006, ricorso n° 8153/04, *Marsalek c. Repubblica Ceca*.

che ciascuno possa ottenere una decisione definitiva sulle questioni relative a diritti e obbligazioni di carattere civile.

È quindi strettamente connesso con il rispetto dell'art. 8, il rispetto di regole che rendano il processo giusto ai sensi dell'art. 6 della Convenzione. Ciò che è determinante a tale fine è se, avuto riguardo alle particolari circostanze del caso, e segnatamente alla grave natura delle decisioni che vi sono state assunte, i genitori e il minore siano stati coinvolti nell'iter decisionale, riguardato come un'unità, in un grado sufficiente a garantire loro di rappresentare e tutelare i propri interessi<sup>176</sup>. È essenziale che le parti siano messe su un piano di assoluta parità, in condizione di accedere agli atti, di seguire con modalità adeguate le questioni, al fine di avere nel concreto la possibilità di provvedere in modo adeguato alla cura e protezione dei bambini<sup>177</sup>.

Elementi significativi e qualificanti del processo che riguarda la relazione tra i figli minori e i genitori, nei processi separativi di questi ultimi, ricavabili dalla giurisprudenza della Corte europea<sup>178</sup> sono l'ascolto del minore e la rilevanza da attribuire ad esso ai fini del decidere, le audizioni delle parti, le pubbliche udienze, l'assistenza legale, l'accesso agli atti, l'ammissione delle prove richieste dalle parti, la reclamabilità dei provvedimenti di urgenza.

#### *Ascolto del minore.*

L'opinione del minore relativamente alla di lui situazione familiare va ascoltata, considerata, indagata anche con l'ausilio di esperti, in particolare nei procedimenti con alta conflittualità tra i genitori<sup>179</sup> nei quali va attentamente

<sup>176</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, V.A.M. c. Serbia, cit.: "Moreover, it is the Court's well established case-law that Article 8 contains implicit procedural requirements. What is to be determined is whether, having regard to the particular circumstances of the case and notably the serious nature of the decisions to be taken, the parents have been involved in the decision-making process, seen as a whole, to a degree sufficient to provide them with the requisite protection of their interests (*Elsholz v. Germany [GC]*, n° 25735/94, ECHR 2000-VIII, P., C. and S. v. the United Kingdom, and *Venema v. the Netherlands*, n° 35731/97, ECHR 2002-X, with references to *W. v. the United Kingdom*, judgment of 8 July 1987, Series A n° 121)". Traduzione: "Inoltre, è ben consolidata giurisprudenza della Corte che l'articolo 8 contiene i requisiti procedurali implicite. Ciò che è da stabilire è se, tenuto conto delle particolari circostanze del caso e in particolare la gravità delle decisioni da prendere, i genitori sono stati coinvolti nel processo decisionale, visto nel suo insieme, in misura sufficiente per fornire loro la protezione necessaria dei loro interessi (*Elsholz c. Germania [GC]*, n° 25735/94, CEDU 2000-VIII, P., C. e S. c. Regno Unito, e *Venema c. Paesi Bassi*, n° 35731/97, CEDU 2002-X, con riferimenti a *W. c. Regno Unito*, sentenza 8 luglio 1987, n° 121)".

<sup>177</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Dolhamre c. Svezia*, 6 agosto 2010 ricorso n° 67/04.

<sup>178</sup> M.G. RUO, *Diritti umani, famiglia e minori* e M. G. RUO, *Ascolto e interesse del minore e giusto processo*, periodico *Minori giustizia*, 2008.

<sup>179</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 25 gennaio 2011, ricorso n° 18830/07, *Plaza c. Polonia*: le decisioni in materia di affidamento di figli minori, nei procedimenti ad alto grado di conflittualità tra i coniugi, devono essere orientate dal criterio del preminente interesse del minore, e particolare riguardo, pertanto, deve essere prestato alla situazione psicologica del bambino, prendendo in considerazione anche la sua volontà. La Corte non ravvisa violazione dell'articolo 8 della Convenzione, in quanto il padre non affidatario, in spregio degli accordi raggiunti col coniuge in un procedimento di separazione: veda il figlio in presenza di terzi che possano minare la serenità del minore; si apposti all'uscita della scuola senza avvisare l'affidatario, turbando ulteriormente il bambino; promuova azione per disconoscimento della paternità ma, al contempo, insista per vedere il proprio figlio, ponendo in essere un comportamento quantomeno

valutata la sua situazione psicologica con seria considerazione della sua volontà. Il che però non vuol dire affatto che il giudice a tale volontà debba conformarsi, dovendo vagliarla sempre in base al criterio del superiore interesse del minore stesso, che può essere anche diverso dalla sua volontà.

Emblematico a questo proposito il caso *C. c. Finlandia*<sup>180</sup> nel quale l'ex convivente (donna) della madre premorta e il padre svizzero si contendono due minori che avevano vissuto in Finlandia con la madre e la di lei convivente. Nel corso del procedimento i minori vengono sentiti più volte, sia in sede giudiziaria sia dai servizi sociali e sono assolutamente irremovibili nel dichiarare di voler vivere con la ex convivente della madre defunta. Tribunale e Corte di Appello rilevano che i bambini non appaiono avere alcuna autonomia di giudizio, che l'influenza dell'ex convivente della madre è tale che gli stessi si trovano nell'impossibilità di avere un pensiero indipendente e che, viceversa, l'interruzione dei rapporti con il padre e con la di lui famiglia potrebbe avere risvolti rischiosi per il loro sviluppo psico-fisico; li affidano così al padre. Di diverso avviso è la Suprema Corte finlandese che ribalta criteri e prospettive, affermando che la decisione sull'affidamento deve evitare che la volontà dei minori sia forzata e che non sarebbe nel loro interesse modificare l'affidamento contro la loro volontà, cassando così la decisione precedentemente assunta e disponendo il loro affidamento alla ex convivente della madre. La Corte europea, alla quale ricorre il padre, rileva invece come l'autorità nazionale abbia accordato un peso eccessivo alla volontà dei minori, senza considerare le conseguenze che la privazione del rapporto paterno può comportare su di loro e senza dare il giusto peso alle manipolazioni da loro subite da parte della convivente. Ritiene quindi sussistente violazione dell'art. 8<sup>181</sup>.

Nel caso *Eski c. Austria*<sup>182</sup>, l'autorità nazionale ha consentito l'adozione della minore al marito della madre, nonostante il mancato assenso del padre della

dubbio in ordine alla concomitante richiesta di poter trascorrere del tempo con lo stesso. La Corte ha osservato come l'operato dei Giudici nazionali, avuto riguardo sempre all'alta conflittualità tra i coniugi, abbia tenuto in alta considerazione l'interesse preminente del minore, nominando (e avvalendosi) più volte (di) esperti, disponendo incontri tra i genitori e col minore, monitorati da supervisori, e suggerendo incontri di terapia familiare al fine di alleviare le tensioni e suggerire le modalità per una corretta attuazione del diritto di visita.

<sup>180</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 9 maggio 2006, ricorso n° 18249/02, C. c. Finlandia.

<sup>181</sup> Corte di Giustizia, sent. 23 dicembre 2009, C-403/09, Deticek c. Sgueglia. Nei procedimenti concernenti l'esercizio della responsabilità genitoriale, ai sensi del Regolamento di Bruxelles n. 2201/2003, le decisioni devono essere assunte nel rispetto dei diritti fondamentali del bambino come tutelati dall'articolo 24 della Carta di Nizza. In particolare, devono essere presi in considerazione i suoi bisogni. E bisogna tenere presente che una misura che impedisca al minore di intrattenere relazioni personali e contatti diretti con i suoi due genitori potrebbe essere giustificata solo da un altro interesse del minore di importanza tale da comportare il prevalere dell'interesse sotteso al citato diritto fondamentale. La Corte di Giustizia Europea, su rinvio pregiudiziale di un giudice sloveno, con espresso riferimento all'art. 24 della Carta di Nizza, ha chiarito che l'art. 20 del Reg. CE 2201/2003 non consente a un giudice di uno stato membro di adottare un provvedimento provvisorio in materia di responsabilità genitoriale in teso a concedere l'affidamento di un minore che si trova nel territorio di tale Stato ad uno dei suoi genitori, nel caso in cui un giudice di un altro Stato membro, competente in forza di detto Regolamento a conoscere del merito della controversia relativa all'affidamento, abbia già emesso una decisione che affida provvisoriamente il minore all'altro genitore, e tale decisione sia stata dichiarata esecutiva nel territorio del primo Stato membro.

<sup>182</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 25 gennaio 2007 ricorso n° 21949/03.

stessa, certamente anche in quanto questi aveva avuto un comportamento violento e contrario al benessere psico-fisico della minore, ma anche in quanto la bambina (di nove anni e mezzo) aveva dichiarato di sentire il marito della madre come padre.

Nel caso *Elsholz c. Germania*<sup>183</sup> la Corte europea rileva che l'autorità nazionale ha prestato eccessivo peso alla volontà del minore di non voler rivedere e frequentare il padre, dovendo invece disporre indagini più approfondite come richiesto dal padre ricorrente.

### 3.2. Conclusioni

Il principio del superiore interesse del minore, come ormai ci è noto, non è contenuto nel testo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ciononostante è indicato dalla Corte europea come aspetto essenziale del diritto di ciascuno al rispetto della propria vita privata e soprattutto della propria vita familiare (art. 8, par. 1 Cedu).

Più precisamente, il diritto al rispetto della vita familiare significa, prima di tutto, che l'autorità pubblica non interferisca nei rapporti personali che intercorrono tra genitori e figli (obbligazioni negative dello Stato); ma significa anche che l'autorità debba porre in essere tutti gli interventi di sostegno necessari affinché le persone siano messe in grado di godere effettivamente della relazione familiare reciproca (obbligazione positiva dello Stato).

Oggetto di tutela della Corte di Strasburgo, quindi, non è tanto l'interesse del minore considerato in sé e per sé, quanto invece il suo diritto di intrattenere con i genitori una relazione affettiva reciproca, avente carattere familiare.

E' un diritto che ha una caratteristica particolare, e che per tale motivo spesso è qualificato come relazionale, cioè un diritto a un rapporto<sup>184</sup>: siccome questo non può che essere reciproco, il diritto relazionale che spetta al figlio, spetta al tempo stesso a ciascuno dei suoi genitori.

E' pertanto frequente, nella lettura delle sentenze della Corte, che sia difficile tracciare una linea distintiva chiara e precisa tra l'interesse alla continuità della relazione reciproca che è proprio del minore e il corrispondente interesse che è proprio del genitore<sup>185</sup>.

Di fatti spesso la Corte, nel guardare al diritto relazione reciproco dei genitori e dei figli, si pone soprattutto dal punto di vista dei genitori: è una conseguenza forse inevitabile del fatto che sono loro i ricorrenti, che la causa è impostata da loro, che al suo centro vi sono la loro visione dei fatti, le loro richieste e le loro argomentazioni.

<sup>183</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 13 luglio 2000, ricorso n° 25735/94, *Elsholz c. Germania*

<sup>184</sup> Sulla nozione di diritto relazionale cfr., per tutti, Sergio, *La giustizia minorile. Dalla tutela del minore alla tutela civile dei diritti relazionali*, nel *Trattato dir. fam.*, diretto da Zatti, VI, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, a cura di Lenti, Giuffrè, 2012, 26.

<sup>185</sup> Per un maggiore approfondimento rinvia a *Note critiche in tema di interesse del minore* di L. Lenti, *Rivista di diritto civile*, Vol. 62, 2016.

In questo modo un eventuale inadempimento dello Stato alle sue obbligazioni, che i genitori asseriscono, sia indagato dalla Corte in modo attento e analitico con riguardo sia alle loro condotte sia ai comportamenti dell'autorità pubblica nei loro confronti.

Le ragioni della protezione poi eventualmente accordata al loro diritto relazionale sono esplicitate in modo ben circostanziato e soprattutto concreto, con l'indicazione dei singoli comportamenti delle autorità nazionali che meritano cesura<sup>186</sup>.

Riguardo ai figli minori l'indagine della Corte sembra meno attenta alle loro peculiarità personali e ai loro bisogni. Le ragioni della protezione che poi eventualmente viene accordata al loro diritto relazionale si limitano spesso a indicazioni astrette, generiche e poco circostanziate.

Tuttavia quando i figli minori hanno raggiunto un grado sufficiente di capacità di "giudizio", le ragioni della protezione eventualmente accordate dalla Corte sono invece espresse in modo concreto e individualizzato, attenta anche alla specificità della loro condizione personale. E proprio in questi casi che la Corte di Strasburgo ritiene che siano i minori stessi ad essere i migliori interpreti del proprio interesse: attribuendo un ruolo spesso decisivo alle loro scelte.

<sup>186</sup> Un esempio potrebbe essere la sentenza della Corte europea diritti dell'uomo, del 16 luglio 2015, ricorso n° 9056/14, *Akinnibosun c. Italia*, in particolare paragrafi 76-83.

## TERZO CAPITOLO

### Il principio del *best interest of the child* nella giurisprudenza italiana.

#### 1. Il principio del *best interests of the child* nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

La prima volta che l'espressione "preminente interesse del minore" compare in una pronuncia della Corte Costituzionale italiana risale al 1981 con la sentenza n° 11. La questione era incentrata intorno alla legge sull'adozione speciale dei minori del 1967: tale riforma normativa risultava particolarmente innovativa, in quanto aveva spostato il "centro di gravità"<sup>187</sup> dell'adozione, dall'interesse dell'adottante a quello dell'adottato. Questa variazione del "centro di gravità" fu realizzata grazie al combinato disposto degli art. 2 e 30 della Costituzione.

Tali norme, infatti, assegnano una posizione preferenziale alla situazione soggettiva del minore, attribuendo un valore primario alla promozione della personalità del soggetto in formazione e alla sua educazione nei luoghi ritenuti maggiormente conformi a questo compito. In questo senso, la famiglia d'origine risulta il luogo privilegiato e, solo in casi di inefficienza, subentra la possibilità di ricorrere ad una famiglia sostitutiva. Le disposizioni citate, pertanto, prevedono il carattere funzionale del diritto dei genitori di sangue, che si realizza in relazione alla loro capacità di svolgere i compiti previsti dal primo comma dell'art.30<sup>188</sup>, insieme al carattere di effettività proprio dello svolgimento di un simile incarico.

Dal secondo comma dell'art. 30<sup>189</sup>, si può evincere il carattere dell'adeguatezza, che prevede l'obbligo in capo al legislatore e all'autorità pubblica in generale, di fronte alle eventuali impossibilità da parte dei genitori biologici, predisporre ogni misura che possa porre rimedio al mancato o parziale adempimento dei doveri genitoriali<sup>190</sup>.

La materia dell'adozione, quindi, è l'ambito in cui la Corte ha enucleato, dal sistema costituzionale, il principio del *best interest of the child* che poi, in seguito, verrà accolto anche in altri campi: la peculiarità del nuovo indirizzo si incentra sulla tutela dell'interesse del minore, considerata come priorità assoluta rispetto agli interessi di ogni altro soggetto coinvolto con il minore stesso.

<sup>187</sup> Corte Costituzionale, sentenza n° 11 del 10 febbraio 1981, paragrafo 5 (considerato in diritto). "Si sul dire che la riforma del 1967 ha spostato il centro di gravità dell'adozione dall'interesse dell'adottante a quello dell'adottato. Ed è innegabile che a livello legislazione ordinaria la legge n° 431 del 1967 ha alterato a favore del minore l'equilibrio che poteva ormai riconoscersi, nell'adozione ordinaria per i minori, tra l'interesse di chi si continua attraverso un figlio – erede e l'interesse del minore ad essere allevato ed educato in condizioni più vantaggiose."

<sup>188</sup> Art. 30 Costituzione primo comma

E' dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli anche se nati fuori dal matrimonio.

<sup>189</sup> Art. 30 Costituzione terzo comma

Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti.

<sup>190</sup> Così Corte Costituzionale, sentenza n° 11 /1981, cit., a cui seguono tra le altre le sentenze n° 197, 198 e 199 del 1 luglio 1996.

Interessante potrebbe essere in questo senso, la sentenza n° 198 del 1986 della Corte Costituzionale, sempre in tema di adozione, dove ricorda ai giudici che il criterio ispiratore debba sempre essere quello della “ adeguatezza in concreto, nel superiore interesse del minore: in vista del quale la legge, in determinate situazioni, abbandona le soluzioni rigide, prevedendo che la valutazione circa la prevalenza dell’una o dell’altra delle esigenze in gioco ( presenza di entrambe le figure dei genitori da un lato; valorizzazione dei rapporti affettivi di fatto istauratosi dall’altro) sia effettuata in concreto dal giudice nell’esclusivo interesse del minore”<sup>191</sup>. E’ sulla realizzazione in concreto del *best interest* del minore che, di fatti, si incentrano le verifiche demandate ai Tribunali, cui è fatto carico di indagare, tra l’altro, l’idoneità dell’adottante sul piano educativo, sulla rispondenza all’interesse del minore dei motivi che spingono l’adottante a desiderarne l’adozione e sulla possibilità di una idonea convivenza tra i due<sup>192</sup>.

Dopo essersi imposto come criterio da seguire in materia di adozione, l’interesse del minore inizia a trovare accoglimento anche in altri ambiti, come nei procedimenti per dichiarazione di paternità naturale.

Con la sentenza n° 341 del 1990 la Corte dichiara l’illegittimità dell’art. 274 c.c.<sup>193</sup>, affermando che il riconoscimento non è più un atto discrezionale del genitore naturale, essendo possibile adesso costituire un rapporto giuridico di filiazione anche contro la volontà del genitore naturale che non riconosce il figlio: il minore ha cioè il diritto di vedere costituito il proprio rapporto di filiazione, portando in giudizio la prova biologica circa la paternità o maternità<sup>194</sup>.

E’ necessario aggiungere che tale valutazione deve essere compiuta dall’angolo visuale del minore in riferimento ad entrambe le figure genitoriali, a cui consegue l’ampliamento della sfera affettiva del minore stesso. L’esistenza dell’ interesse del minore può essere esclusa solo nelle ipotesi in cui si riscontrino, nel genitore del quale si intenda far dichiarare la paternità, gli estremi di una condotta tanto

<sup>191</sup> Corte costituzionale, sentenza n° 198 del 1 luglio 1986 paragrafo 6.

<sup>192</sup> Art.57 della l. n° 184/1983, così come modificato dalla l. n° 149/2001.

Il tribunale verifica:

- 1) se ricorrono le circostanze di cui all’art.44
- 2) se l’adozione realizza il preminente interesse del minore  
A tal fine il tribunale per i minorenni, sentiti i genitori dell’adottando, dispone l’esecuzione di adeguate indagini da effettuarsi, tramite i servizi locali e gli organi di pubblica sicurezza sull’adottante, sul minore e sulla di lui famiglia.  
L’indagine dovrà riguardare in particolare:
  - a) l’idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore, la situazione personale ed economica, la salute, l’ambiente familiare degli adottanti;
  - b) i motivi per i quali l’adottante desidera adottare il minore;
  - c) la personalità del minore;
  - d) la possibilità di idonea convivenza, tenendo conto della personalità dell’adottante e del minore.

<sup>193</sup> Corte Costituzionale, sentenza n° 341 del 1990. “ Per questi motivi la Corte Costituzionale dichiara l’illegittimità dell’art. 274 primo comma c.c. nella parte in cui, se si tratta di minore infrasedicene non prevede che l’azione promossa dal genitore esercente la potestà sia ammessa solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all’interesse del figlio.”

<sup>194</sup> M. T. Ambrosini, *Dichiarazione giudiziale di paternità ed interesse del minore*, in, 1, *Diritto della famiglia e delle persone*, 1990, 796, nota a Corte Cost. n° 341/1990.

pregiudiziale da far emergere fondati rischi sugli equilibri affettivi, sull'educazione e la collocazione del minore.

Con la sentenza n° 385 del 2005, la Corte ha avuto modo di ampliare la portata del significato di interesse del minore in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità<sup>195</sup>: in merito alla sollevata questione di legittimità costituzionale degli art. 70 e 72 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n° 251 ( “*Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità*”), la Consulta, dichiarando l’illegittimità delle norme impugnate che riservavano solo alla madre il diritto a percepire l’indennità, e che determinavano un’ingiustificata disparità di trattamento fra i coniugi, durante la prima fase, particolarmente delicata, dell’inserimento del minore in famiglia. La Corte rammenta che questi istituti si sono nati a salvaguardia della maternità ma essi sono destinati alla difesa del superiore interesse del bambino che “ va valutato non solo per ciò che attiene ai bisogni più propriamente fisiologici, ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono collegate allo sviluppo della sua personalità.<sup>196</sup>” Anche gli ultimi orientamenti giurisprudenziali sembrano confermare a piano questa linea interpretativa che, per garantire il superiore interesse del minore, prevede che i genitori debbano poter godere delle medesime tutele al fine della compiuta attuazione dei diritti di rango costituzionale, quali sono quelli connessi alla formazione della famiglia e alla cura della prole.

La corte costituzionale ha avuto modo di affrontare la questione dell’interesse del minore anche nel caso di divieto di accesso alla detenzione domiciliare delle madri condannate per reati gravi. Di fatti con la sentenza n° 239 del 2014, ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 4 bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n° 354 ( “ *Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà* ” ), che impediva alle madri condannate per reati di particolare gravità, che non collaborino con la giustizia, l’accesso alla pena alternativa della “ detenzione domiciliare speciale ”. I giudici costituzionali hanno stabilito che la predetta norma violava gli art. 30 e 31 cost. i quali proteggono rispettivamente il diritto – dovere dei genitori di “ mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio” e la maternità, l’infanzia e la gioventù, “ favorendo gli istituti necessari a tale scopo ”. La Corte, infatti,

<sup>195</sup> Il 17 maggio 2004, il Tribunale di Sondrio sollevava, in riferimento agli artt. 3, 29, secondo comma, 30, primo comma, e 31 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale degli artt. 70 e 72 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 nella parte in cui non consentono al padre libero professionista, affidatario in preadozione di un minore, di beneficiare, in alternativa alla madre, dell’indennità di maternità durante i primi tre mesi successivi all’ingresso del bambino nella famiglia. Suddetto tribunale, in funzione di giudice del lavoro, viene adito da un libero professionista il quale, essendo affidatario di un minore, unitamente alla moglie, in forza di provvedimento di affidamento preadottivo emesso dal Tribunale di Milano, aveva chiesto all’Ente di previdenza dei Periti industriali cui era iscritto, di beneficiare dell’indennità di maternità per i primi tre mesi successivi all’ingresso del bambino in famiglia, in alternativa alla madre, anch’ella libera professionista, vedendo respinta la propria istanza sul rilievo che il diritto a detta indennità fosse previsto dall’art. 70 del d.lgs. n. 151 del 2001 a favore delle sole libere professioniste.

<sup>196</sup> Citazione da Corte cost., sentenza n° 179 del 2 aprile 1993, ripresa dai giudici della Consulta nella sentenza n° 285 del 20 luglio 2010.

chiarisce che in casi come questi accedere alla “ detenzione domiciliare speciale” non costituisce “ un beneficio tendente al reinserimento sociale del condannato ”, ma mira piuttosto a tutelare “ il preminente interesse del figlio minore a recuperare al più presto un normale rapporto di convivenza con la madre al di fuori dell’ambiente carcerario ”<sup>197</sup>. Nel caso contrario, infatti, qualora una madre fosse costretta a vivere separata dal proprio figlio, l’esito sarebbe quello di addossare al minore le gravi responsabilità penali della madre. La Consulta, richiamando la Convenzione Onu sui diritti dell’infanzia, ricorda che l’interesse del bambino è “ preminente ” su ogni altro e, sulla scorta di quanto affermato in una propria precedente pronuncia, sottolinea che i minori “ non devono essere eccessivamente penalizzati dalla differenza di situazione delle rispettive madri in riferimento alla gravità dei reati commessi ed alla quantità di pena già espiata ”<sup>198</sup>. Per la corte ciò che deve assumere rilievo è l’interesse del minore ad instaurare un “ rapporto quanto più possibile normale ” con la madre<sup>199</sup>. Tuttavia la Consulta fa una precisazione molto importante, che malgrado l’interesse del minore abbia un elevato rango, esso non forma oggetto di protezione assoluta, non essendo esente dal bilanciamento con interessi contrapposti, come per esempio l’esigenza di protezione della società dal crimine. Comunque affinché possa prevalere sull’interesse del minore, la sussistenza di questa esigenza sociale non deve essere verificata astrattamente, bensì in concreto<sup>200</sup>.

Infine merita segnalare che la Corte costituzionale ha affrontato il principio del superiore interesse del minore anche nell’ambito del diritto penale minorile e più precisamente sulle tipologie sanzionatorie che possono essere inflitte agli infradiciottenni. Di fatti rispetto alle possibili sanzioni che possono essere irrogate, la Corte ormai da tanto ha affermato il principio del trattamento diversificato in presenza di un soggetto reo minorenne. Tanto che, dal combinato disposto dell’art.27 terzo comma cost.<sup>201</sup> e dell’art.3 cost.<sup>202</sup>, la Consulta con la sentenza n° 168 del 1994 ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della pena

<sup>197</sup> Corte costituzionale, sentenza n° 239 del 22 ottobre 2014, paragrafo 1 (considerato in diritto).

<sup>198</sup> Corte costituzionale, sentenza n° 177 del 12 giugno 2009, paragrafo 2.2 (considerato in diritto).

<sup>199</sup> Corte costituzionale, sentenza 239/2014 cit., paragrafo 5 (considerato in diritto).

<sup>200</sup> Corte costituzionale, sentenza 239/2014 cit., paragrafo 9 (considerato in diritto).

<sup>201</sup> Art. 27 terzo comma costituzione

Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.

<sup>202</sup> Art. 3 costituzione

Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. E’ compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

detentiva a vita per il minore, ritenendo che il vincolo di protezione del minore possa essere rispettato solo tramite l'utilizzo di pene di tipo rieducativo<sup>203</sup>.

Sempre in ambito penale merita segnalare, la sentenza della Corte costituzionale del 2002 con la quale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 32 comma 1 del D.P.R. 22 settembre 1988 n° 448 ( “ *Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni* ” ), come modificato dall'art. 22 della legge n° 63 del 1 marzo 2001, nella parte in cui non prevede che, in caso di contumacia o irreperibilità dell'imputato minorenne, il giudice potesse, nell'interesse preminente dello stesso, emettere comunque sentenza di proscioglimento ex art. 425 c.p.p., ovvero sentenza di proscioglimento per concessione del perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto<sup>204</sup>. La Corte dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'articolo in questione, sottolinea come la disciplina censurata viola l'art. 10 cost.<sup>205</sup>, perché irragionevolmente preclude di dare applicazione al principio di cui all'art. 3 della Convenzione, secondo il quale, come abbiamo visto nei capitoli precedenti, in tutte le decisioni relative ai fanciulli deve essere ritenuto preminente l'interesse del minore e nel caso di specie quello di evitare di essere sottoposto ad un dibattimento senza alcuna utilità<sup>206</sup>. Inoltre ad essere violato sarebbe anche l'art. 31 cost., in quanto

<sup>203</sup> Corte costituzionale, sentenza n° 168 del 28 aprile 1994 paragrafo 5 (considerato in diritto): “La censura di illegittimità costituzionale muove proprio dalla riconosciuta esigenza "di un sistema punitivo che per il minore risulti sempre più diversificato sia sul piano sostanziale che su quello processuale...": non si comprende - afferma il rimettente - la previsione di un articolato sistema normativo per il minore (dal processo penale minorile come tale, agli istituti peculiari quale quello della "messa alla prova", mirato ad accelerare l'uscita del giovane dal circuito penale;dalla esigenza di specializzazione del giudizio attraverso la presenza dei componenti esperti del collegio, al principio di adeguamento del processo all'esigenza educativa e risocializzante ex art. 1 del d.P.R. n. 448 del 1988) se poi, accanto a questo complesso di norme, finalizzate tutte ad un trattamento spiccatamente differenziato in ragione della specificità della condizione del minore, permane la possibilità di irrogare la pena perpetua, possibilità contrastante con le accennate esigenze di recupero, le quali, se sono richieste per ogni condannato, diventano imprescindibili per un soggetto "in evoluzione".”

<sup>204</sup> Corte costituzionale, sentenza n° 195 del 16 maggio 2002, paragrafo 1.1 (considerato in diritto).

<sup>205</sup> Art. 10 Cost.

L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali.

Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge.

Non è ammessa l'extradizione dello straniero per reati politici.

<sup>206</sup> Corte costituzionale, sentenza 195/2002 cit., paragrafo 1.5 (Considerato in diritto): “ la disciplina censurata violerebbe l'art. 10 Cost., perchè irragionevolmente preclude di dare applicazione al principio di cui all'art. 3 della convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176,

andrebbe a vanificare le esigenze deflative dell'udienza preliminare minorile e le finalità educative del processo nei confronti dei minorenni, privilegiando strategie tecnico difensive individuali a discapito della possibilità di una rapida fuoruscita dal circuito penale<sup>207</sup>.

Per finire un'altra decisione della Corte Costituzionale che mette in risalto l'interesse del minore in un procedimento penale, è la sentenza n° 1 del 2015 con la quale ha dichiarato l'incostituzionalità della composizione monocratica del giudice minorile nel rito abbreviato instaurato dopo il decreto di giudizio immediato<sup>208</sup>. Per la Consulta è irragionevole, alla luce dell'art. 3 comma 1 Cost., sacrificare l'interesse del minore, alla cui tutela è preordinata la struttura collegiale dell'organo decisorio, sulla base della scelta meramente discrezionale del pubblico ministero di esercitare l'azione penale con la richiesta di giudizio immediato anziché con la richiesta di rinvio a giudizio<sup>209</sup>. La composizione collegiale dell'organo preposto alla decisione anche per la presenza degli esperti contribuisce ad apportare alla valutazione complessiva del minore ulteriori elementi oltre a quello meramente giuridico / processuale. Si tratta di una decisione che rispecchia perfettamente lo spirito che anima l'intero procedimento minorile volto alla funzione educativa e del recupero sociale del minore- più che alla repressione - tramite una più ampia valutazione effettuata anche con i membri "esperti" del collegio che in quanto professionisti specializzati garantiscono una adeguata valutazione della personalità e delle esigenze educative dell'imputato non ancora diciottenne.

## **2. Il principio del *best interest of the child* nella giurisprudenza dei tribunali minorili.**

Il principio del miglior interesse del minore è l'obbiettivo primario dei tribunali minorili, i quali esercitano la loro giurisdizione in materia penale, amministrativa e civile ogni qualvolta è coinvolto un minore di età. In tutte le materie di propria competenza, i tribunali minorili, si avvalgono della collaborazione dei servizi socio-assistenziali e delle aziende sanitarie; l'intervento sul minore o sulle famiglie non risulta pertanto caratterizzato da spirito sanzionatorio, ma, più

secondo cui in tutte le decisioni relative ai fanciulli deve essere ritenuto preminente l'interesse del minore, nel caso di specie quello di evitare di essere sottoposto ad un dibattimento del tutto inutile, nonchè l'art. 31 Cost., in quanto vanifica le esigenze deflative dell'udienza preliminare minorile e le finalità educative del processo nei confronti dei minorenni, privilegiando "strategie tecnico-difensive individuali [...] a discapito della possibilità di una rapida fuoruscita dal circuito penale".

<sup>207</sup> Corte costituzionale, sentenza 195/2002 cit., paragrafo 1.5 (considerato in diritto)

<sup>208</sup> Corte costituzionale, sentenza n° 1 del 22 gennaio 2015. " Per questi motivi la corte costituzionale *dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 458 del codice di procedura penale e dell'art. 1, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448 (Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni), nella parte in cui prevedono che, nel processo minorile, nel caso di giudizio abbreviato richiesto dall'imputato in seguito a un decreto di giudizio immediato, la composizione dell'organo giudicante sia quella monocratica del giudice per le indagini preliminari e non quella collegiale prevista dall'art. 50-bis, comma 2, del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 (Ordinamento giudiziario).

<sup>209</sup> Corte costituzionale, sentenza 1/2015 cit., paragrafo 1.2 (considerato in diritto).

spesso, propositivo di migliori condizioni di vita e di migliori relazioni familiari, attraverso l'attivazione dei servizi necessari in una determinata situazione.

In materia penale il tribunale minorile è competente a giudicare tutti i reati commessi dal minore di 18 anni, applicando le regole stabilite nel codice penale minorile.

In materia amministrativa il tribunale minorile pone interventi educativi in favore del minore (artt. 25<sup>210</sup> e 25 bis<sup>211</sup> del R.D. 1404/34).

In materia civile invece il tribunale minorile non ha una competenza esclusiva, come negli altri due ambiti di giurisdizione, poiché ci sono anche altri giudici che decidono questioni riguardanti la tutela dei minori (ad es. Tribunale ordinario, nelle materie della separazione e del divorzio). In linea generale comunque al tribunale spettano gli interventi a tutela dei minori i cui genitori non adempiono in modo adeguato o non adempiono affatto ai loro doveri nei confronti dei figli (l'art. 147 del codice civile fissa tali doveri in quelli di mantenimento, educazione ed istruzione). Il Tribunale, inoltre, può porre dei limiti all'esercizio della potestà genitoriale, emanando prescrizioni ai genitori del minore ed attivando l'intervento dei servizi socio-sanitari per sostenere e controllare le condizioni di vita del minore in famiglia (art. 333 c.c.). Può, allontanare il minore dalla casa familiare (artt. 330, 333 e 336 c.c.) ed affidarlo, temporaneamente, ad altra famiglia o istituto o anche a persone singole (artt. 2 e 4 della legge n. 184 del 1983). Nei casi più gravi, può dichiarare i genitori decaduti dalla responsabilità sui figli (art. 330

<sup>210</sup> Art. 25 R.D. 1404/1034 così come modificato dalla l. 25 luglio 1956, n. 888. Misure applicabili ai minori irregolari per condotta o per carattere.

Quando un minore degli anni 18 dà manifeste prove di irregolarità della condotta o del carattere, il procuratore della Repubblica, l'ufficio di servizio sociale minorile, i genitori, il tutore, gli organismi di educazione, di protezione e di assistenza dell'infanzia e dell'adolescenza, possono riferire i fatti al Tribunale per i minorenni, il quale, a mezzo di uno dei suoi componenti all'uopo designato dal presidente, esplica approfondite indagini sulla personalità del minore, e dispone con decreto motivato una delle seguenti misure:

- 1) affidamento del minore al servizio sociale minorile;
- 2) collocamento in una casa di rieducazione od in un istituto medico-psico-pedagogico.

Il provvedimento è deliberato in Camera di consiglio con l'intervento del minore, dell'esercente la patria potestà o la tutela, sentito il pubblico ministero. Nel procedimento è consentita l'assistenza del difensore. Le spese di affidamento o di ricovero, da anticiparsi dall'Erario, sono a carico dei genitori. In mancanza dei genitori sono tenuti a rimborsare tali rette gli esercenti la tutela, quando il patrimonio del minore lo consente.

<sup>211</sup> Art. 25 bis. R.D. 1404/1934 così come modificato dalla l. 3 agosto 1988, n° 269. Minori che esercitano la prostituzione o vittime di reati a carattere sessuale.

1. Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, qualora abbia notizia che un minore degli anni diciotto esercita la prostituzione, ne dà immediata notizia alla procura della Repubblica presso il tribunale per i minorenni, che promuove i procedimenti per la tutela del minore e può proporre al tribunale per i minorenni la nomina di un curatore. Il tribunale per i minorenni adotta i provvedimenti utili all'assistenza, anche di carattere psicologico, al recupero e al reinserimento del minore. Nei casi di urgenza il tribunale per i minorenni procede d'ufficio.

2. Qualora un minore degli anni diciotto straniero, privo di assistenza in Italia, sia vittima di uno dei delitti di cui agli articoli 600-bis, 600-ter, 601, secondo comma, del codice penale, il tribunale per i minorenni adotta in via di urgenza le misure di cui al comma 1 e, prima di confermare i provvedimenti adottati nell'interesse del minore, avvalendosi degli strumenti previsti dalle convenzioni internazionali, prende gli opportuni accordi, tramite il Ministero degli affari esteri, con le autorità dello Stato di origine o di appartenenza.

c.c.) e, quando il minore viene a trovarsi in una situazione di abbandono morale e materiale, dichiararne lo stato di adottabilità e inserirlo definitivamente in un'altra famiglia, disponendo l'interruzione dei rapporti del minore con la famiglia di origine (artt. 8 e ss della legge n. 184 del 1983). Oltretutto, può autorizzare, per gravi motivi, il minore che abbia compiuto gli anni sedici a contrarre matrimonio (art. 84 c.c.). Una competenza specifica è, inoltre, prevista dal nuovo testo dell'art. 317 bis c.c. circa l'emanazione dei provvedimenti " più idonei " ad assicurare agli ascendenti il diritto a mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni. Per concludere il collegio giudicante minorile decide anche sull'idoneità all'adozione internazionale e nazionale delle coppie aspiranti e provvede a rendere efficaci in Italia i provvedimenti stranieri di adozione. Sempre in questo ramo del diritto privato di famiglia, i tribunali minori, hanno permesso alle coppie omosessuali la possibilità di adottare il figlio del partner estendendogli la disciplina delle adozioni particolari già prevista per le coppie eterosessuali.

Ora, proprio per la vasta giurisprudenza ordinaria in cui il principio del preminente interesse del minore può venire in gioco, in questa sede cercheremo di analizzare, solo, come esso venga applicato nell'adozioni particolari richieste da famiglie omogenitoriali.

## **2.1. Il principio del *best interest of the child* e l'adozione del minore da parte delle coppie omosessuali.**

### **2.1.1. Premessa**

Il principio del superiore interesse del minore ha assunto un ruolo cardine nel diritto minorile, ed ha ispirato progressivamente le pronunce dei giudici nazionali e sovranazionali.

Il principio del *best interest of the child* fonda il riconoscimento al minore di "specifici diritti e la predisposizione di garanzia sostanziali e procedurali astrattamente idonee a realizzarli"<sup>212</sup>, benché la sua portata e la sua declinazione possono essere individuati solo con riferimento al caso concreto.

Il superiore interesse del minore è ormai norma positiva dell'ordinamento internazionale (come abbiamo visto è consacrato all'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo ma anche nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo all'art.25 par. 2), dell'ordinamento europeo ( art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), nonché nel nostro ordinamento interno( art. 11 comma 1 della l. 184 del 1983<sup>213</sup>), ma, come abbiamo avuto modo di notare

<sup>212</sup> J. Long, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006, p. 53

<sup>213</sup> Art. 11 primo comma della l. 184/1983 come modificato dalla l. 28 marzo 2001 n° 149. Quando dalle indagini previste nell'articolo precedente risultano deceduti i genitori del minore e non risultano esistenti parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore, il tribunale per i minorenni provvede a dichiarare lo stato di adottabilità, salvo che esistano istanze di adozione ai sensi dell'articolo 44. In tal caso il tribunale per i minorenni decide nell'esclusivo interesse del minore

nel capitolo precedente, non figura nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. I giudici di Strasburgo, sono, comunque, riusciti a valorizzare il principio dell'interesse del minore, anche in assenza di espliciti riferimenti testuali, inserendolo tra i criteri che ispirano la giurisprudenza relativa all'art. 8 par. 2 della Cedu.

Anche le corti italiane, fanno da lungo tempo costante ricorso al principio del *best interest*, quale canone generale dell'ordinamento che deve guidare il giudice nella decisione sull'affidamento del figlio minore in sede di separazione personale tra i coniugi. Inizialmente, però, l'assenza di criteri di riferimento aveva orientato i giudici ad affidare i figli minori al padre, in quanto allora era l'unico esercente la patria potestà, o, al coniuge a cui non veniva attribuita la colpa della separazione. A queste regole, si era iniziato a contrapporre il principio dell'interesse del minore, divenuto con la legge di riforma del diritto di famiglia, del 1975, l'unico criterio per decidere sull'affidamento<sup>214</sup>.

Nel tempo, i campi di applicazione di tale principio si sono moltiplicati e diversificati, ma esso rimarrà sempre di grande rilevanza sia nell'ambito tradizionale dell'affidamento e quello attualissimo dell'adozione, con il quale si giunge a garantire tutela, anche se solo indiretta, ai nuovi modelli di famiglia che si vengono ad affermare.

Il principio dell'interesse superiore del minore ormai coinvolge una molteplicità di aspetti: in primo luogo, quello materiale, da intendersi come capacità di assicurare al minore stabilità e sicurezza economica; in secondo luogo, quello spirituale, da riferirsi, invece, alla capacità di corrispondere alle esigenze ed alle istanze di natura affettiva del minore; di più recente emersione, è l'aspetto sociale del principio *de quo*, il quale impone di tenere in debita considerazione i legami che il minore ha già instaurato<sup>215</sup>, e che pertanto formano un *background* relazionale da preservare.

Dobbiamo fare a questo punto una precisazione, il nostro ordinamento individua due modelli di adozione: l'adozione piena o legittimante, pronunciabile solo a favore di coppie unite in matrimonio, che si fonda sulla condizione di abbandono del minore e che costituisce un rapporto di filiazione tra gli adottanti e l'adottato, con la simultanea rescissione di ogni legame dell'adottato con la famiglia d'origine ( art. 6<sup>216</sup> e 7<sup>217</sup> della l. 184 del 1983 ) e l'adozione in casi

<sup>214</sup> J. Long, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali* p. 58-59

<sup>215</sup> Corte costituzionale sentenze 11/1981 e 198/1996 cit.

<sup>216</sup> Art.6 della l. 184/1983

1. L'adozione è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni. Tra i coniugi non deve sussistere e non deve avere avuto luogo negli ultimi tre anni separazione personale neppure di fatto.

2. I coniugi devono essere affettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendano adottare.

3. L'età degli adottanti deve superare di almeno diciotto e di non più di quarantacinque anni l'età dell'adottando.

4. Il requisito della stabilità del rapporto di cui al comma 1 può ritenersi realizzato anche quando i coniugi abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio per un periodo di tre anni, nel caso in cui il tribunale per i minorenni accerti la continuità e la stabilità della convivenza, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso concreto.

particolari o non legittimante, che può essere disposta con effetti più limitati, anche nei confronti di persone singole, e che si fonda su presupposti completamente diversi, afferenti tanto alla condizione del minore, quanto alla relazione tra il minore e l'adottante ( art. 44 della l. 184 del 1983<sup>218</sup>), Quest'ultimo

5. I limiti di cui al comma 3 possono essere derogati, qualora il tribunale per i minorenni accerti che dalla mancata adozione derivi un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore.

6. Non è preclusa l'adozione quando il limite massimo di età degli adottanti sia superato da uno solo di essi in misura non superiore a dieci anni, ovvero quando essi siano genitori di figli naturali o adottivi dei quali almeno uno sia in età minore, ovvero quando l'adozione riguardi un fratello o una sorella del minore già dagli stessi adottato.

7. Ai medesimi coniugi sono consentite più adozioni anche con atti successivi e costituisce criterio preferenziale ai fini dell'adozione l'aver già adottato un fratello dell'adottando o il fare richiesta di adottare più fratelli, ovvero la disponibilità dichiarata all'adozione di minori che si trovino nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate.

8. Nel caso di adozione dei minori di età superiore a dodici anni o con handicap accertato ai sensi dell'articolo 4 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, lo Stato, le regioni e gli enti locali possono 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(10).

(10) Articolo così sostituito dall'art. 6, L. 28 marzo 2001, n. 149. La Corte costituzionale, con sentenza 18 marzo-1° aprile 1992, n. 148 (Gazz. Uff. 8 aprile 1992, n. 15 - Serie speciale), aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, secondo comma, nella parte in cui non consentiva l'adozione di uno o più fratelli in stato di adottabilità, nel caso in cui per uno di essi l'età degli adottanti superasse di più di quarant'anni l'età dell'adottando e dalla separazione fosse derivato ai minori un danno grave per il venir meno della comunanza di vita e di educazione; con sentenza 18-24 luglio 1996, n. 303 (Gazz. Uff. 31 luglio 1996, n. 31 - Serie speciale), aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, secondo comma, nella parte in cui non prevedeva che il giudice potesse disporre l'adozione, valutando esclusivamente l'interesse del minore, nel caso in cui l'età di uno dei coniugi adottanti superasse di oltre quaranta anni l'età dell'adottando, pur rimanendo la differenza di età compresa in quella di solito intercorsa tra genitori e figli, se dalla mancata adozione fosse derivato un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore; con sentenza 28 settembre-9 ottobre 1998, n. 349 (Gazz. Uff. 14 ottobre 1998, n. 41 - Serie speciale), aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, secondo comma, nella parte in cui non prevedeva che il giudice potesse disporre l'adozione, valutando esclusivamente l'interesse del minore, nel caso in cui l'età di uno dei coniugi adottanti non superasse di almeno diciotto anni l'età dell'adottando, pur rimanendo la differenza di età compresa in quella di solito intercorsa tra genitori e figli, se dalla mancata adozione fosse derivato un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore; con sentenza 5-9 luglio 1999, n. 283 (Gazz. Uff. 14 luglio 1999, n. 28, Serie speciale), aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, secondo comma, nella parte in cui non prevedeva che il giudice potesse disporre l'adozione, valutando esclusivamente l'interesse del minore, nel caso in cui l'età dei coniugi adottanti superasse di oltre quaranta anni l'età dell'adottando, pur rimanendo la differenza di età compresa in quella che di solito intercorsa tra genitori e figli, se dalla mancata adozione fosse derivato un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore.

<sup>217</sup> Art. 7 della l. 184 / 1983

1. L'adozione è consentita a favore dei minori dichiarati in stato di adottabilità ai sensi degli articoli seguenti.

2. Il minore, il quale ha compiuto gli anni quattordici, non può essere adottato se non presta personalmente il proprio consenso, che deve essere manifestato anche quando il minore compia l'età predetta nel corso del procedimento. Il consenso dato può comunque essere revocato sino alla pronuncia definitiva dell'adozione.

3. Se l'adottando ha compiuto gli anni dodici deve essere personalmente sentito; se ha un'età inferiore, deve essere sentito, in considerazione della sua capacità di discernimento (11).

(11) Articolo così sostituito dall'art. 7, L. 28 marzo 2001, n. 149.

<sup>218</sup> Art. 44 della l. 184 / 1983

modello di adozione, è consentita per l'appunto, solo in casi particolari, tassativamente previsti, che sono: l'adozione di minori orfani da parte di parenti fino al sesto grado o di persone legate al minore da rapporto stabile e duraturo precedente alla perdita dei genitori ( art. 44, primo comma, lett. a); l'adozione di minore da parte del coniuge di uno dei genitori ( art. 44, primo comma, lett. b); l'adozione di minore in situazione di handicap, anche da soggetti diversi ( art. 44, primo comma, lett. c introdotto con la l. 149 del 2001); l'adozione di minore “ quando sia constatata l'impossibilità di affidamento preadottivo ” ( art. 44, primo comma, lett. d).

### **2.1.2. Il riconoscimento della *step – child adoption* in favore delle coppie omosessuali.**

Con riferimento ai nuovi modelli di famiglia, la giurisprudenza italiana negli ultimi ha fatto ricorso, con sempre maggiore frequenza, all'art. 44 della l. 184 del 1983. Interessante, è che dopo lo stralcio dell'art. 5 della legge sulle unioni civili ( l. 76 del 2016), che avrebbe introdotto nel nostro ordinamento l'istituto della *step – child adoption*, l'applicazione dell'art. 44 della legge sulle adozioni si è rivelata funzionale all'estensione degli istituti tradizionali ai nuovi modelli sociali che vanno attestando.

In una recente pronuncia, sentenza n° 299 del 30 luglio 2014<sup>219</sup>, il Tribunale per i Minorenni di Roma ha osservato che “ se la realizzazione dell' interesse del

1. I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7:
    - a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, quando il minore sia orfano di padre e di madre;
    - b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge;
    - c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre;
    - d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo.
  2. L'adozione, nei casi indicati nel comma 1, è consentita anche in presenza di figli legittimi.
  3. Nei casi di cui alle lettere a), c), e d) del comma 1 l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato. Se l'adottante è persona coniugata e non separata, l'adozione può essere tuttavia disposta solo a seguito di richiesta da parte di entrambi i coniugi.
  4. Nei casi di cui alle lettere a) e d) del comma 1 l'età dell'adottante deve superare di almeno diciotto anni quella di coloro che egli intende adottare (51).
- (51) Articolo così sostituito dall'art. 25, L. 28 marzo 2001, n. 149. In precedenza, la Corte costituzionale, con sentenza 31 gennaio-2 febbraio 1990, n. 44 (Gazz. Uff. 7 febbraio 1990, n. 6 - Serie speciale), aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 44, quinto comma, nella parte in cui, limitatamente al disposto della lettera b) del primo comma, non consentiva al giudice competente di ridurre, in presenza di validi motivi per la realizzazione dell'unità familiare, l'intervallo di età a diciotto anni.

<sup>219</sup> Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 30 luglio 2014. Il caso riguardava due mamme ed una bambina. Soltanto la mamma biologica é riconosciuta dallo Stato e per tale ragione la mamma sociale chiede di essere ammessa alla sua adozione. In seguito ad un approfondito esame della situazione di fatto (nel provvedimento si dà atto dell'indagine socio-psicologica condotta, dell'ascolto dei genitori ed anche del responsabile della scuola della bimba), il tribunale rileva come la bambina sia nata da un progetto genitoriale comune delle due donne, le quali sono conviventi da dieci anni, sono iscritte nel registro comunale delle unioni di fatto e sono pure coniugate in Spagna, dove é stata pure concepita la bambina. La scelta della mamma biologica é avvenuta soltanto in ragione della sua più giovane età. Cresciuta dalla coppia, la bimba, oggi di

minore costituisce il limite invalicabile dell'applicazione dell'istituto ( previsto dall'art. 44, primo comma, lett. d ), essi rappresentano anche un'importante chiave interpretativa dello stesso”.

La decisione del Tribunale per i Minori di Roma, di sostanziale portata innovativa, è stata confermata prima in Appello e poi in Cassazione, ed ha ritenuto che, in applicazione del principio del superiore interesse del minore, si acconsente all'adozione co-parentale da parte del genitore sociale nelle famiglie omogenitoriali.

Il Tribunale per i Minori, in questa sentenza, è stato molto attento sia a valorizzare il “ legame inscindibile” tra il minore e la co-madre, e sia alla dimensione sociale dell'adozione, in quanto sottolinea come la minore sia pienamente inserita nel contesto educativo e familiare. Ma non è tutto, in quanto, ha interpretato il superiore interesse del minore in relazione “ al benessere psico-sociale dei membri del gruppo familiare” sottolineando come “ non sono né il numero, né il genere dei genitori a garantire di per sé le condizioni di sviluppo migliori per i bambini, bensì la loro capacità di assumere questi ruoli e le responsabilità educative che ne derivano ”<sup>220</sup>.

cinque anni, riconosce pienamente nelle due donne i propri genitori, chiamandole entrambe mamma. È evidente come, a fronte della costruzione di una solida relazione di amore e di responsabilità materna, il dato biologico appaia del tutto secondario tanto per la bambina che per i genitori, come accade d'altra parte in ogni caso di fecondazione eterologa anche nell'ambito di coppie eterosessuali.

Le relazioni dei servizi sociali danno atto che la bambina è perfettamente inserita ed è priva di qualsiasi emergenza negativa: in concreto ed in poche parole, la bambina cresce amata e serena. A fronte di tale chiara situazione di fatto, il tribunale della capitale osserva come allo stesso non tocchi costruire alcuna nuova realtà giuridica o creare “nuovi diritti”, ma soltanto di vagliare la rilevanza giuridica della situazione già esistente, verificando quale fattispecie giuridica trovi applicazione alla luce del superiore principio dell'esclusivo interesse della minore. I giudici rinviengono nell'art. 44, lett. d della Legge 4 maggio 1983, n. 184 l'istituto giuridico applicabile nel caso *de quo*.

Questa norma, si ricorda nella decisione, è stata già interpretata dalla giurisprudenza nel senso di consentire l'adozione da parte di singoli o di coppie non sposate nel caso in cui sussista di fatto una relazione genitoriale col minore. Se tale adozione è consentita alle coppie eterosessuali non sposate ed ai singoli, sarebbe allora certamente illegittimo, perché discriminatorio, non consentirla anche per le coppie omosessuali o per singoli gay o lesbiche.

Il tribunale rileva, difatti, come la giurisprudenza abbia già chiarito che l'orientamento sessuale del genitore non incide negativamente sulla crescita dei figli e come non vi sia alcuna ragione per dubitare della capacità genitoriale di coppie formate da due donne o da due uomini. La soluzione adottata dal tribunale lungi dal rappresentare una interpretazione creativa o particolarmente ardita, appare imposta da una stringente logica di sistema, che pone in questo ambito l'interesse superiore del bambino al centro di ogni pronuncia, prescindendo da pregiudizi e chiusure ideologiche. La *stepchild adoption*, ovvero l'adozione del figlio biologico del partner, è stata ammessa per le coppie gay e lesbiche in Danimarca già da oltre vent'anni ed è oggi istituto aperto alle coppie dello stesso sesso in buona parte dei Paesi europei (non soltanto negli undici Paesi che hanno riconosciuto il matrimonio fra persone dello stesso sesso, ma anche, ad esempio in Germania), oltre che in molti Stati americani e Canada, e data la sua rilevanza per la tutela dei bambini, era stato inserito in buona parte dei progetti di legge già pendenti in Parlamento, fra cui anche quelli provenienti dal partito di maggioranza relativa. Dunque la decisione romana anticipa quanto già promesso dalla politica, assicurando da subito per questi bambini una ragionevole soluzione di stampo europeo.

<sup>220</sup> A. Sperti, *La tutela del superiore interesse del minore alla luce dei principi costituzionali e del diritto costituzionale comparato nell'adozione del secondo genitore*, Riv. Genius, 2015/1, p. 238

Il collegio giudicante minorile, oltretutto a messo in evidenza anche il motivo per cui nel caso di specie non è stata applicata la lett. b dell'art. 44 ma la lett. d.

Per i giudici di Roma, infatti, non costituisce ostacolo all'adozione in casi particolari il fatto che la ricorrente non sia coniugata con la madre, in quanto, il requisito del coniugio è previsto solo alla lettera b della norma. Si ricorda nella sentenza che, in giurisprudenza sussistono molti casi di applicazione della lettera d dell'art. 44 a conviventi non coniugati e, per analogia, è illogico escluderne l'applicazione al caso di specie sul presupposto che le due conviventi non risultano coniugate per lo Stato italiano. Notiamo come il Collegio fuga, ogni dubbio sul fatto che l'adozione debba rispecchiare il modello della famiglia tradizionale unita dal vincolo matrimoniale, secondo il criterio dell'*imitatio naturae*, seguendo la scia del percorso già tracciato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n° 145 del 1969<sup>221</sup>, con riferimento agli artt. 3, 29 e 30 Cost. Al riguardo, viene rilevato che la stabilità del vincolo matrimoniale è attualmente confutata dalla rilevante percentuale di separazioni e divorzi e, pertanto, il matrimonio non può considerarsi come un indice di stabilità della coppia.

Per tali ragioni, secondo il tribunale minorile di Roma, non applicare l'art. 44 lett. d alla fattispecie concreta costituirebbe una grave violazione: della ratio legis della stessa disposizione, visto che l'interesse del minore ad essere accudito, istruito e mantenuto non può non realizzarsi solo perché i genitori sono omosessuali<sup>222</sup>, dell'art. 3 della Costituzione, in quanto una lettura dell'art. 44 lett. d che discriminasse gli omosessuali sarebbe contraria alla disposizione costituzionale stessa<sup>223</sup>, e della Cedu<sup>224</sup>. A sostegno di tale tesi, i giudici di Roma,

<sup>221</sup> Corte costituzionale, sentenza n° 145 del 1969. Il carattere di "adeguatezza deve presiedere alla individuazione della famiglia sostitutiva quando trovi applicazione l'art. 30, secondo comma, della Costituzione il che comporta la ricerca della soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior cura della persona"

<sup>222</sup> Anche la Corte di Cassazione ha ritenuto che costituisca solo un pregiudizio ritenere che sia dannoso per un bambino vivere in una famiglia omosessuale. Di fatti nella sentenza del 11 Gennaio 2013 n° 601, ritiene che, non è sufficiente asserire che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del minore il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale ma occorre dimostrare le presunte ripercussioni negative, sul piano educativo e della crescita del bambino, allegando certezze scientifiche o dati di esperienza. Diversamente, si finisce per dare per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino.

<sup>223</sup> Va ricordato che la Corte Costituzionale con sentenza n.138/2010 definisce la formazione sociale come ogni forma di comunità semplice o complessa: quindi anche una coppia omosessuale, intesa come la stabile convivenza di due persone dello stesso sesso, è una formazione sociale ed i suoi componenti hanno diritto a vivere la loro condizione di coppia, con i connessi diritti e doveri. Per tali ragioni non sussistono differenze tra una coppia eterosessuale e una coppia omosessuale tale da negare a quest'ultimi la possibilità dell'adozione in virtù dell'art. 44 lett. d.

<sup>224</sup> Possiamo richiamare a titolo esemplificativo la sentenza *X e Altri c. Austria*, della Corte europea dei diritti dell'uomo, del 19 febbraio 2013 che ha ritenuto discriminatoria, ex artt. 14 e 8 della Cedu, una legge austriaca che non consentiva la "*second parent adoption*" in caso di coppie omosessuali. Il caso riguardava due cittadine austriache che vivono insieme avendo creato un rapporto stabile e il figlio di una di loro. Nato dal precedente matrimonio nel 1995, il bambino è stato affidato alla custodia di sua madre e coabita con la nuova compagna della stessa. Volendo creare un rapporto giuridico tra la nuova compagna e il bambino, le donne concludevano un

asseriscono che, non sussistono certezze scientifiche o dati di esperienza riguardo all'effetto pregiudizievole per un minore di crescere nell'ambito di una coppia omosessuale; anzi dalle relazioni dei servizi sociali è emerso che la bambina sta crescendo in maniera sana, serena e ben integrata nell'ambito sociale e familiare.

Comunque, la causa oggetto di decisione, riguardava l'istanza di adozione speciale proposta dalla seconda madre di una minore nata in una coppia omosessuale che, per il concepimento della bambina, aveva fatto ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita. La domanda di adozione speciale della madre sociale ha trovato accoglimento nei primi due gradi di giudizio, ma il procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'Appello ha proposto ricorso per Cassazione, deducendo come cesura l'impossibilità dell'applicazione dell'art. 44, primo comma, lett. d della l. 184 del 1983, data l'assenza di uno stato di abbandono della bambina.

Per la Corte di Cassazione il ricorso è stato ritenuto infondato in quanto l'impossibilità di dichiarare l'adottabilità della minore deriva dal fatto che la stessa è adeguatamente curata e accudita dalla madre biologica e che, in virtù dello stabile rapporto di convivenza tra le due donne, la minore ha instaurato una relazione di tipo genitoriale con la seconda madre " tale da acquisire un'autonoma rilevanza e da giustificare il riconoscimento giuridico attraverso una forma legale corrispondente alla quotidianità della minore ", la quale, secondo le perizie psicologiche effettuate, sperimenta già con l'aspirante madre adottiva un rapporto

accordo di adozione. Si rivolgevano quindi al tribunale per far riconoscere l'accordo, ma le veniva opposto un rifiuto. In base all'art. 182.2 del codice civile austriaco infatti la persona che adotta «rimpiazza» il genitore naturale dello stesso sesso, interrompendo quindi il legame con quel genitore. Nel caso in questione, quindi, l'adozione non avrebbe creato un nuovo legame o rimpiazzato quello con il padre, ma avrebbe reciso quello con la madre naturale del bambino. Consapevoli di tale rompicapo giuridico, le ricorrenti hanno proposto istanza alla Corte costituzionale affinché dichiarasse tali disposizioni incostituzionali sulla base del fatto che comportavano una discriminazione basata sull'orientamento sessuale. Nel giugno 2005, la Corte Costituzionale ha dichiarato il ricorso irricevibile, in quanto il giudice distretto non si era ancora pronunciato sul merito della questione. Nel mese di ottobre 2005, il tribunale distrettuale ha rifiutato di approvare l'accordo di adozione. Conforme è stato anche il giudizio, nel febbraio 2006, della Corte Regionale. A giudizio della Corte distrettuale, il modello su cui si basa la legge austriaca, pur non dando una definizione precisa di genitori, presuppone che si tratti di persone di sesso opposto. Quindi, in un caso come quello che le era stato sottoposto, il bambino aveva già due genitori, non c'era pertanto bisogno di sostituire ad uno di loro un genitore adottivo. Infine, nel settembre 2006, la Corte Suprema ha respinto il ricorso per cassazione delle ricorrenti, ritenendo che l'adozione di un bambino da parte del partner di sua madre fosse giuridicamente impossibile. La Suprema Corte ha dichiarato inoltre che le disposizioni corrispondenti del codice civile non presentavano alcun aspetto di incostituzionalità. Invocando l'art. 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in combinato disposto con l'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e famiglia), le ricorrenti lamentavano di fronte alla Cedu una discriminazione basata sull'orientamento sessuale. Nella sentenza la Corte europea afferma che l'Austria ha violato i diritti dei ricorrenti perchè li ha discriminati sulla base dell'orientamento sessuale dei partner, visto che in Austria l'adozione dei figli dei compagni è possibile per le coppie eterosessuali non sposate. I giudici di Strasburgo hanno affermato che il governo austriaco non è riuscito a dimostrare che la differenza di trattamento tra coppie gay ed eterosessuali è necessaria per proteggere la famiglia o gli interessi dei minori. Tuttavia la Corte ha nel contempo sottolineato che gli Stati non sono tenuti a riconoscere il diritto all'adozione dei figli dei partner alle coppie non sposate, in quanto manca ancora il consenso tra gli stati.

di intimità e positività<sup>225</sup>. L'impossibilità di affidamento preadottivo è rilevante in fatto e in diritto, e la valutazione di quale modalità permetta la realizzazione del superiore interesse del minore spetta unicamente al giudice di merito. Per di più, l'art. 44 della l. 184 del 1983 ha come scopo quello di favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore e i parenti o le persone che già si prendono cura di lui, “prevedendo la possibilità di un'adozione con effetti più limitati rispetto all'adozione legittimante, ma con presupposti meno rigorosi. Viene data rilevanza giuridica a tutte quelle situazioni in cui, pur essendo preminente la finalità di tutela del minore, mancano i presupposti per l'adozione con effetti legittimanti.”

La contestazione del Procuratore generale presso la Corte d'Appello di Roma risultava dall'adesione ad una tesi restrittiva secondo cui, in mancanza di una preliminare dichiarazione di adottabilità del minore, difettano le condizioni per l'adozione, anche se speciale. Stando alla ricostruzione del Procuratore l'impossibilità di affidamento preadottivo dovrebbe consistere unicamente in una impossibilità di fatto e non anche di diritto. La Corte di Cassazione ricorda che questa ricostruzione del Procuratore risale agli anni 80, dove la giurisprudenza applicava l'art. 44 ai minori adottabili, ma non collocabili in affidamento preadottivo in quanto affetti da problemi di natura psicologica o sanitaria. Successivamente, si ricorda invece, che la giurisprudenza di merito ha attribuito alla disposizione in esame una portata più ampia “riconoscendo che l'impossibilità di affidamento preadottivo può essere una impossibilità non solo di fatto, che consente di realizzare l'interesse preminente dei minori in stato di abbandono ma non collocabili in affidamento preadottivo, ma anche un'impossibilità di diritto, che permette di tutelare l'interesse dei minori anche non in stato di abbandono attraverso il riconoscimento di rapporti di genitorialità più compiuti e completi”<sup>226</sup>. In particolare nella giurisprudenza minorile, si è radicata l'interpretazione estensiva, secondo la quale, nell'ipotesi contemplata dall'art. 44 primo comma lett. d, si può prescindere dalla condizione generale di abbandono del minore. Tale ricostruzione ha trovato conferma nella sentenza della Corte Costituzionale la n° 383 del 7 ottobre 1999, dove ha riconosciuto all'art. 44 primo comma lett. d “valore di clausola residuale volta a disciplinare le situazioni non rientranti nei parametri di cui all'art.7, primo comma, relativi alle condizioni necessarie per procedere all'adozione legittimante”<sup>227</sup>.

Sempre il Tribunale per i Minorenni di Roma, con una sentenza del 23 dicembre 2015, ha accolto la domanda d'adozione in casi particolari del padre sociale di un minore, la mancata impugnazione da parte del pubblico ministero ha poi reso immediatamente definitiva la pronuncia del giudice di primo grado.

Dalla lettura della sentenza, emerge che, il vero soggetto della decisione è proprio il minore: “(il bambino) è nato e cresciuto con il ricorrente e il suo compagno, suo padre biologico, instaurando con loro un legame inscindibile che,

<sup>225</sup> Corte di Cassazione, prima sezione civile, sentenza n° 12962 del 22 giugno 2016 p.14

<sup>226</sup> Tribunale Minorile di Roma, sentenza 299/2014

<sup>227</sup> Corte di Cassazione, sentenza n° 12062/2016, p. 15 e ss. e p. 29 e ss.

a prescindere da qualsiasi “classificazione giuridica”, nulla ha di diverso rispetto ad un vero e proprio vincolo genitoriale<sup>228</sup>.”

La decisione di disporre l’adozione deriva dalla constatazione che, in caso contrario, il minore “dovrebbe vivere una doppia rappresentazione di sé, una giuridica e una sociale, motivo di sicuro pregiudizio per la sua identità” e dunque del suo preminente interesse. Il giudice ha dunque inteso tutelare, nella nuova e più ampia accezione del principio del superiore interesse del minore, lo status di figlio del minore stesso, tanto più che la concreta esperienza di vita del bambino, l’esistenza di “rapporti familiari consolidati”, la presenza di “vincoli e legami affettivi, umani e solidali” e di una “comunione materiale e spirituale” sono tutti elementi che depongono a favore della “rilevanza giuridica, anche ai fini dell’adozione, di ogni modello familiare, ove si accerti che esso sia luogo di sviluppo e promozione della personalità del minore, il cui superiore interesse deve sempre prevalere”<sup>229</sup>

Un passaggio importante di questa sentenza sta nella identificazione della posizione soggettiva del genitore sociale che chiede all’ordinamento il riconoscimento della propria relazione con il figlio biologico del partner.

In questo senso, il Tribunale per i minorenni di Roma fa un’importante affermazione secondo cui “ il desiderio di avere dei figli, naturali o adottati, rientra nell’ambito del diritto alla vita familiare, nel “vivere liberamente la condizione di coppia” riconosciuto come diritto fondamentale, ed anzi ne è una delle espressioni più rappresentative<sup>230</sup>.”

Da questa premessa si giunge all’affermazione dell’irrelevanza dell’orientamento sessuale ai fini dell’indagine sull’idoneità di un soggetto ad assumere la responsabilità genitoriale nei confronti di un bambino, con il superamento di ogni trattamento differenziato non giustificato dalla esclusiva considerazione dell’interesse superiore del fanciullo<sup>231</sup>.

La sentenza oggetto di esame, giunge così a sviluppare l’importante affermazione di principio contenuta nella sentenza n. 601 del 2013 della prima sezione civile della Corte di cassazione, che già aveva separato con molta chiarezza il dato dell’orientamento sessuale dalla idoneità genitoriale, il cui accertamento deve seguire criteri autonomi ed incentrati esclusivamente sull’interesse del fanciullo.

In quest’ottica, per i giudici minorili “il benessere psicosociale dei membri dei gruppi familiari non è tanto legato alla forma che il gruppo assume, quanto alla qualità dei processi e delle dinamiche relazionali che si attualizzano al suo interno”; di conseguenza, “ciò che è importante per il benessere psicofisico dei bambini è la qualità dell’ambiente familiare che i genitori forniscono loro indipendentemente dal fatto che siano dello stesso sesso<sup>232</sup>.”

Ne consegue che, nel momento in cui sia garantito alle coppie non coniugate l’accesso all’adozione speciale di cui all’art. 44, lett. d, tale garanzia non può venire meno in ragione dell’orientamento sessuale del richiedente e del tipo di

<sup>228</sup> Tribunali per i Minorenni di Roma, sentenza del 23 dicembre 2015 p. 15 e ss.

<sup>229</sup> Tribunale per i Minorenni di Roma, sentenza del 2015, p.13

<sup>230</sup> Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza 2015, cit. p. 12

<sup>231</sup> A. Schillaci, commento, *La sentenza perfetta. Paternità omosessuale e diritti del bambino*, riv. Genius, 2016/1.

<sup>232</sup> Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 2015, cit., pp. 16 e 17

coppia in cui il bambino sia stato accolto e cresciuto: a tale esito conduce una virtuosa combinazione tra il principio di non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale e la considerazione del superiore interesse del fanciullo.

Inoltre, essendo questo il primo caso di co-adozione da parte di un padre sociale, è poi emersa la delicata questione delle origini del bambino, nato in Canada con surrogazione di maternità. In merito, il Tribunale minorile di Roma ha provveduto a ricostruire in modo accurato le dinamiche di relazione tra la coppia e la gestante, sia prima che dopo la nascita del bambino, nonché le forme del rapporto tra il bambino e la donna che lo ha partorito e “ la serena consapevolezza che il bambino mostra (nei limiti della sua tenera età, e grazie all'azione educativa dei papà) delle vicende che lo hanno portato al mondo.”

In punto di diritto, il Tribunale si richiama alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>233</sup>, affermando, in particolare, che la “ scissione tra la valutazione che l'ordinamento riconnetta al ricorso alla gestazione per altre e il diverso e autonomo profilo della tutela del bambino che in tal modo sia venuto al mondo. “ Fermo restando (...) il margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato in relazione alla disciplina interna della gestazione per altre, la discrezionalità dello Stato stesso non può estendersi fino a pregiudicare un rapporto (quello tra il genitore sociale ed il bambino) che coinvolge un aspetto fondamentale dell'identità degli individui<sup>234</sup>.” Quindi, riprendendo gli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, il Tribunale di Roma afferma che “ i bambini generati con ricorso alla maternità surrogata sono soggetti ad uno stato di incertezza giuridica, ove il loro Stato di appartenenza non riconosca la loro identità al suo interno, privandoli ingiustificatamente della figura genitoriale di riferimento e mettendoli nella condizione di fornire una duplice rappresentazione di sé, valida in un caso solo socialmente e nell'altro solo legalmente<sup>235</sup>.” Le modalità con cui il bambino è stato generato, quindi, non possono essere d'ostacolo al riconoscimento del rapporto giuridico che lo lega al padre sociale, “ a ciò opponendosi l'interesse del bambino alla stabilità e continuità degli affetti, che prevale su ogni considerazione relativa al rilievo dell'ordine pubblico interno o internazionale”. Il giudice afferma, in sostanza, che il ricorso all'adozione co-parentale in coppie omogenitoriali a favore di figli generati facendo ricorso alla maternità surrogata è questione diversa dall'ammissibilità di tecniche di procreazione assistita da parte dell'ordinamento.

Altra sentenza importante in tema di adozione co-parentale delle coppie omogenitoriali, proviene dalla Corte d'Appello di Milano, che con la decisione del 16 ottobre 2015, ha ordinato la trascrizione del provvedimento straniero di adozione di una minore da parte della madre sociale.

Il Tribunale aveva rilevato l'impossibilità di trascrivere sia il matrimonio celebrato in Spagna tra la madre biologica e l'aspirante madre sociale, sia il loro

<sup>233</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 27 gennaio 2015; *Menesson c. Francia* del 26 giugno 2014; *Labassee c. Francia* del 26 giugno 2014

<sup>234</sup> Tribunale per i Minorenni di Roma, sentenza 2015, p. 14

<sup>235</sup> Tribunale per i Minorenni di Roma, sentenza 2015, p.15

successivo divorzio. Ciononostante, è stata ritenuta meritevole di accoglimento la domanda di trascrizione nei registri dello stato civile dell'ordinanza del giudice spagnolo che aveva dichiarato l'adozione piena della minore, attribuendole il doppio cognome. Il giudice d'appello di Milano ricorda che, ai sensi degli artt. 65 e 66 della l. 218 del 1995, i provvedimenti stranieri sull'esistenza di rapporti di famiglia producono direttamente effetti nell'ordinamento italiano, senza bisogno di ulteriori procedimenti, quando siano efficaci nell'ordinamento dello Stato in cui sono stati pronunciati e non siano contrari all'ordine pubblico dello Stato medesimo. Pertanto, considerato che il provvedimento di adozione pronunciato dal giudice spagnolo ha efficacia in quell'ordinamento e non è contrario all'ordine pubblico spagnolo, quello stesso provvedimento può esplicare i suoi effetti anche nell'ordinamento italiano, tanto più che esso è pienamente conforme all'ordine pubblico internazionale, che riconosce e garantisce il superiore interesse del minore quale principio generale di diritto. Né osta all'adozione il successivo divorzio delle due madri in quanto, se è vero che il nostro ordinamento accorda maggior favore alle coppie coniugate in forza del requisito della stabilità che il matrimonio dovrebbe assicurare alla famiglia (art. 6 l. 184 del 1983), è altrettanto vero che la legge italiana sulle adozioni ammette che l'adozione possa essere disposta, nel preminente interesse del minore, anche nei confronti del solo coniuge che, per libera scelta, durante il periodo di affidamento preadottivo alla coppia, abbia deciso di porre termine alla convivenza coniugale e di separarsi (art. 25 l. 184 del 1983). Si può quindi inferire la non contrarietà all'ordine pubblico nazionale dell'adozione piena da parte di persona singola. Inoltre, per giurisprudenza ormai costante, neanche nell'ordinamento italiano sussiste un divieto assoluto di adozione di minore in casi particolari da parte di persona non coniugata (così, Tribunale per i Minori di Bologna, decreto 21 marzo/17 aprile 2013).

Considerato, poi, che l'adozione di minore nell'ambito di una coppia omosessuale non è astrattamente contraria all'interesse del minore (Corte Cass., sent. n. 601 del 2013), la Corte d'Appello di Milano non ritiene contrario all'ordine pubblico un provvedimento straniero di adozione legittimante tra “una persona non coniugata e il figlio riconosciuto del partner, anche dello stesso sesso, una volta valutato in concreto che il riconoscimento dell'adozione (...) corrisponde al superiore interesse del minore al mantenimento della vita familiare costruita con ambedue le figure genitoriali e al mantenimento delle positive relazioni, affettive ed educative, che si sono consolidate in forza della protratta convivenza”.

Un'altra sentenza interessante da analizzare potrebbe essere quella del 30 dicembre 2015, con la quale il Tribunale per i Minorenni di Roma riconosce l'adozione incrociata di due minori di una coppia omosessuale.

Il caso trattava di due donne, conviventi e unite da una relazione sentimentale da circa 10 anni, e chiedevano al Tribunale di disporsi nei confronti di entrambe l'adozione della figlia della propria convivente. La coppia ha avuto due figlie ricorrendo alla fecondazione eterologa all'estero: nel 2008 vi si era sottoposta la

meno giovane e, successivamente, nel 2011 l'altra donna. Le donne, tramite ricorso, chiesero l'adozione sostenendo di aver costituito un nucleo familiare solido e ben strutturato e che le bimbe sono state cresciute come sorelle<sup>236</sup>.

Nel ricorso veniva sottolineato come “ il fatto che la rispettiva compagna, pur essendo madre sociale della propria figlia, non abbia alcun riconoscimento giuridico pregiudichi notevolmente le bambine in quanto solo la madre può accompagnarle a scuola e/o dal pediatra”. La madre sociale verrebbe esclusa dalla vita della figlia della compagna perché giuridicamente non può vantare alcun diritto sulla bambina che sente sua figlia, pur non essendo stata generata da lei<sup>237</sup>.

Il Tribunale nell'affrontare la richiesta, ricorda che l'adozione in casi particolari è stata prevista dal legislatore per “ favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore e i parenti o le persone che già si prendono cura del minore stesso, prevedendo la possibilità di un'adozione con effetti più limitati rispetto a quella legittimante, ma con presupposti meno rigorosi ”. Inoltre aggiunge, che “ nessuna limitazione è prevista espressamente, o può derivarsi in via interpretativa, con riferimento all'orientamento sessuale dell'adottante o del genitore dell'adottando, qualora tra di loro vi sia un rapporto di convivenza ”. Chiarisce poi il giudice che, ovviamente, tutto l'impianto della normativa richiamata deve sempre ispirarsi alla realizzazione dell'interesse del minore<sup>238</sup>.

Nel dettaglio, l'articolo 44 primo comma lett. d della legge n. 184 del 1983 come modificato dalla legge n. 149 del 2001, stabilisce che il minore possa essere adottato, anche quando non ricorrano le condizioni per l'adozione piena, quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo. “ La norma, specificano i Giudici, non può e non deve essere interpretata nel senso di prevedere come presupposto l'impossibilità di affidamento preadottivo solo di fatto, ma anche, come nel caso di specie, di diritto”. L'unico presupposto è quindi l'impossibilità dell'affidamento preadottivo senza ulteriori specificazioni. Una diversa interpretazione non consentirebbe “ il perseguimento dell'interesse preminente del minore in situazioni, come quella di cui qui trattasi, in cui la figlia di persona convivente con l'adottante abbia con quest'ultima un rapporto del tutto equivalente a quello che si instaura normalmente con un genitore, al quale però l'ordinamento negherebbe qualsiasi riconoscimento e tutela”<sup>239</sup>.

In conclusione, nel caso in esame, per il tribunale sussisteva l'impossibilità dell'affidamento preadottivo di diritto, in quanto le minori rispettivamente adottande delle ricorrenti non si trovano in una situazione di abbandono e mai potrebbero essere collocate in affidamento preadottivo. Viene quindi a realizzarsi il presupposto previsto dalla legge. Per i giudici minorili questa conclusione deve anche applicarsi al caso di conviventi dello stesso sesso, in quanto la norma citata non fa alcuna differenza tra coppie conviventi eterosessuali o omosessuali. Una diversa interpretazione andrebbe a contrastare con i principi costituzionali e quelli

<sup>236</sup> Tribunale per i Minorenni di Roma, sentenza del 30 dicembre 2015, p. 2

<sup>237</sup> Tribunale per i Minorenni di Roma, sentenza 2015, cit., p. 3

<sup>238</sup> Tribunale per i Minorenni di Roma, sentenza 2015, cit., p.7

<sup>239</sup> Tribunale per i Minorenni di Roma, sentenza 2015, cit., pp. 9 e ss.

della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>240</sup>. Invero, “ negare alle bambine i diritti e i vantaggi che derivano ” dal rapporto in esame costituirebbe certamente una scelta non corrispondente all'interesse delle minori che occorre sempre valutare in concreto. Sulla base di tali argomenti, il Tribunale per i minori di Roma ha accolto il ricorso delle due donne disponendo l'adozione delle minori.

### 2.1.3. Conclusioni

Dalla rassegna della più recente giurisprudenza italiana in tema di co-adozione emergono due aspetti innovativi.

Il primo è rappresentato dalla centralità assunta dall'aspetto sociale dell'adozione in casi particolari, che comporta un ampliamento dell'orizzonte di riferimento nella valutazioni compiute dal giudice in ordine alla tutela del principio del superiore interesse del minore. L'aspetto sociale non viene vagliato solo in riferimento al lato affettivo del minore, ma anche in riferimento al mantenimento di quel benessere psico-sociale che il minore e tutti gli altri membri del gruppo familiare sperimentano, nel presupposto che tale condizione non dipenda dalla forma che il gruppo assume, ma dalla qualità dei processi e delle dinamiche relazionali che si instaurano all'interno.

Il secondo aspetto è rappresentato dal nuovo rilievo attribuito alla tutela dello status di figlio nella ricostruzione del contenuto del principio del superiore interesse del minore. Quando sia in gioco un legame di parentela che coinvolge un aspetto fondamentale dell'identità dell'individuo, il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione inciderebbe negativamente sulla vita familiare dei minori, i cui interessi devono sempre essere considerati preminenti. Gli effetti del rifiuto di riconoscere il legame di parentela si produrrebbero sui genitori, ma si estenderebbero inevitabilmente sui minori, lasciando questi ultimi in uno stato di incertezza giuridica che ne minerebbe l'identità all'interno della società di riferimento (per es., difficoltà nell'ottenimento della cittadinanza, difficoltà di accedere all'asse ereditario, etc). In quest'ottica, l'obiettivo del giudice non è quello di affermare surrettiziamente il diritto alla genitorialità delle coppie omosessuali, né quello di valorizzare gli elementi di fatto ai fini dell'individuazione della portata della nozione di famiglia, ma piuttosto quello di accordare tutela all'autonomo diritto del minore alla propria vita familiare in ossequio al principio del superiore interesse del minore stesso.

Inoltre da notare, che nonostante nel nostro ordinamento manchi una legge che riconosca la *step-child adoption* in favore delle coppie omosessuali, i Tribunali minorili nelle loro sentenze hanno sempre specificato che non concedono un diritto *ex novo* a queste coppie, e cioè creando una situazione prima inesistente, ma anzi garantiscono una copertura giuridica ad una situazione di fatto già esistente da molti anni, nell'esclusivo interesse di un minore che è stato amorevolmente allevato dalle due donne(o dai due uomini), nelle quali

<sup>240</sup> Tribunale per i Minorenni di Roma, sentenza 2015, cit., p. 12 e ss.

riconoscono la loro “mamma(o i loro babbo)”, ovvero i riferimenti affettivi primari. L’art. 44, primo comma, lett. d della l. 184 del 1983 costituisce l’apposito strumento per questo fine, in quanto si configura come una “porta aperta” sui cambiamenti che la nostra società ci propone con una continuità ed una velocità a cui il legislatore fatica a stare dietro, ma che il giudice minorile non può restare indifferente, se in ogni suo provvedimento deve, effettivamente, garantire l’interesse superiore del minore<sup>241</sup>.

Quindi nel silenzio dei legislatori i giudici continueranno a concedere l’adozione particolare, attraverso l’art. 44, primo comma, lett. d della legge 184 del 1983.

Interessante è che anche alla Corte Costituzionale, recentemente, è arrivata la questione di legittimità sul riconoscimento di queste adozioni in favore delle coppie omosessuali, su ricorso del Tribunale per i Minorenni di Bologna, ma l’ho dichiarato inammissibile<sup>242</sup>. Da notare, che l’inammissibilità, però, non è dovuta

<sup>241</sup> Un esempio in questo senso può essere la sentenza del Tribunale dei Minorenni di Roma del 30 dicembre 2015 p. 15.

<sup>242</sup> Corte costituzionale, sentenza n° 76 del 24 febbraio 2016. La Corte Costituzionale ha detto no al ricorso, presentato dal Tribunale minorile di Bologna, sul caso di due donne sposate negli Usa e trasferitesi a Bologna, che chiedevano il riconoscimento dell’adozione di due figlie. L’Avvocatura dello Stato aveva chiesto che il ricorso fosse dichiarato **inammissibile**, sottolineando che più volte a tutela dei minori i tribunali hanno accolto l’istanza di adozione di coppie gay, applicando la norma che disciplina le adozioni nei casi particolari. Secondo la Corte Costituzionale “ la questione è inammissibile, non già per gli argomenti addotti dall’Avvocatura generale dello Stato, peraltro inconferenti rispetto alle questioni di legittimità costituzionale sollevate”, ma per altre ragioni. “ In primo luogo, trascurando di compiere una corretta ricognizione del quadro normativo di riferimento, il Tribunale per i minorenni affronta in modo contraddittorio la questione relativa all’esistenza della propria potestas iudicandi sulla fattispecie sottoposta a giudizio. Nel suo iter logico-argomentativo, il giudice rimettente opera, infatti, un immediato ma indistinto riferimento all’art. 41 della legge 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato), in tema di riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozione. L’articolo appena citato, tuttavia, nei suoi due commi, prevede due ben diversi procedimenti per giungere a tale riconoscimento. Il comma 1 stabilisce, quale regola di carattere generale, un riconoscimento “automatico” dei provvedimenti stranieri in materia di adozione, attraverso il rinvio agli artt. 64, 65 e 66 della medesima legge, relativi, rispettivamente, alle sentenze straniere, ai provvedimenti stranieri e ai provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione. Il comma 2, invece, stabilendo che «[r]estano ferme le disposizioni delle leggi speciali in materia di adozione dei minori», opera un riferimento alla disciplina contenuta nella legge n. 184 del 1983 e dunque, anzitutto, agli artt. 35 e 36 di tale legge, i quali prevedono che il riconoscimento in parola sia subordinato ad un vaglio da parte del Tribunale per i minorenni. Il giudice a quo non distingue tra questi due diversi procedimenti di riconoscimento. Dapprima, infatti, egli afferma che la sentenza statunitense di adozione – che è chiamato a riconoscere – risponde a «tutte le condizioni di carattere procedurale e processuale» previste dagli artt. 64, 65 e 66 della legge n. 218 del 1995, quelle a cui rinvia il comma 1 dell’art. 41 della medesima legge; immediatamente dopo, però, aggiunge che l’adozione non può essere dichiarata efficace in Italia perché non risponde ai requisiti previsti dalla normativa interna in materia di adozione di minori, in particolare, a quelli previsti agli artt. 35 e 36 della legge n. 184 del 1983, richiamati dal comma 2 del citato art. 41. La contraddittorietà di tale percorso argomentativo risulta evidente, poiché l’applicazione della legislazione speciale in materia di riconoscimento della sentenza di adozione internazionale di minori – che richiede un previo vaglio giudiziale, ad opera del Tribunale per i minorenni – non può che escludere il contemporaneo rinvio alle disposizioni ordinarie sul riconoscimento “automatico” dei provvedimenti stranieri”. In secondo luogo, per la Consulta, “ Il Tribunale per i minorenni di Bologna ritiene evidentemente determinante il fatto che la ricorrente sia – al momento del ricorso – cittadina italiana. Non considera, tuttavia, che, al momento dell’adozione, ella era solo cittadina americana e che l’adozione pronunciata negli Stati Uniti

alla questione del riconoscimento della *step-child adoption* in favore della coppia omosessuale, ma al fatto che i giudici minorili avevano commesso un errore procedurale, in quanto secondo la Consulta, “Il Tribunale di Bologna aveva erroneamente trattato la decisione straniera come un’ipotesi di adozione da parte di cittadini italiani di un minore straniero (cosiddetta adozione internazionale), mentre si trattava del riconoscimento di una sentenza straniera, pronunciata tra stranieri”. Quindi attualmente, per lo stato dei fatti, non possiamo dire che la *step-child adoption* sia incostituzionale perché ancora la Corte Costituzionale non si è pronunciata direttamente sull’argomento.

### *Approfondimento*

Spesso gli argomenti adottati, dai giuristi o dai politici, per negare la *step-child adoption* in favore delle coppie omosessuali, sta nell’inidoneità della coppia di dare una presenza maschile e femminile al bambino, considerati essenziali per il minore. La giurisprudenza, tuttavia, ritiene che non ci siano conseguenze negative a far crescere un bambino in una coppia omosessuale, e ciò è confermato anche da alcune ricerche scientifiche realizzate negli Stati Uniti d’America.

La *New Yorker Columbia University* ha analizzato lo sviluppo dei figli nelle famiglie omosessuali: su 77 studi accademici internazionali, 73 hanno concluso che i figli di coppie omosessuali non si sviluppano in maniera diversa dai bambini cresciuti in famiglie eterosessuali. I 4 studi rimanenti non sarebbero attendibili perché hanno preso in considerazione casi di bambini di genitori separati e solo successivamente al divorzio dei genitori eterosessuali hanno vissuto in famiglie omogenitoriali<sup>243</sup>.

Nel presentare la ricerca la *New Yorker Columbia University* spiega che gli studi sono stati selezionati da uno staff della *Columbia Law School* con il contributo di esperti in materia. I criteri per la selezione sono stati molto rigidi e basati sulla credibilità, e soprattutto gli studi dovevano essere stati pubblicati su una rivista scientifica. L’obiettivo di questo resoconto non era quello di scegliere le ricerche che condividano una particolare posizione ma di farsi un’idea generale dello stato attuale delle conoscenze degli studiosi su un dato argomento.

d’America nel 2004 riguardava una bambina di cittadinanza americana. Ha quindi erroneamente ricondotto la fattispecie oggetto del proprio giudizio ad una disposizione – appunto il citato art. 36, comma 4 – volta ad impedire l’elusione, da parte dei soli cittadini italiani, della rigorosa disciplina nazionale in materia di adozione di minori in stato di abbandono, attraverso un fittizio trasferimento della residenza all’estero. L’inadeguata individuazione, da parte del giudice rimettente, del contesto normativo determina, dunque, un’erronea qualificazione dei fatti sottoposti al suo giudizio, tale da riverberarsi sulla rilevanza delle questioni proposte (ex plurimis, ordinanze n. 264 del 2015 e n. 116 del 2014)”. Per questi motivi la corte ha dichiarato “ l’inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), sollevate, in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 della Costituzione, quest’ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, dal Tribunale per i minorenni di Bologna.”

<sup>243</sup> <http://www.ilpost.it/2016/02/04/i-figli-delle-coppie-omosessuali-studi/>

Queste ricerche hanno concluso che i figli delle coppie “ arcobaleno” non si sviluppano in maniera diversa dai bambini cresciuti in famiglie eterosessuali.

Di fatti da una delle ricerche, considerate dall’Università Americana, condotta da un professore italiano, Roberto Baiocco, associato alla facoltà di medicina e psicologia della Sapienza di Roma, si dimostra che i bambini cresciuti da genitori omosessuali hanno un livello di regolazione delle emozioni e di benessere psicologico simile a quello dei bambini cresciuti da genitori eterosessuali.

Ma c’è di più. In un’altra ricerca condotta dall’Università di Melbourne in Australia, inserita nel resoconto della *New Yorker Columbia University*, emerge che i bambini delle coppie omosessuali, sono spesso sottoposti a discriminazioni, ma questo determina in loro un maggior desiderio di comunicare e affrontare con i loro genitori quello che subiscono. E il modo in cui le discriminazioni vengono affrontate in famiglia ha su di loro effetti positivi: favorendo la loro apertura mentale e rafforzando il loro carattere ed anche il loro legame con i genitori.

Ma forse è lo studio Olandese che porta con se un dettaglio maggiormente interessante in quanto fa notare che non ci sono differenze nello sviluppo di un bambino cresciuto in una famiglia omogenitoriale e un bambino cresciuto in una famiglia eterosessuale. Infatti quello che davvero influisce sulla crescita dei bambini è l'accettazione sociale della situazione della loro famiglia che essi vedono intorno a sé, non l'orientamento sessuale dei genitori. Quindi non è l'identità sessuale del genitore che interferisce nella qualità della relazione genitore-figlio, quanto invece la stigmatizzazione omofoba della comunità che li circonda che può portare conseguenze negative al benessere del minore.

In sintesi possiamo affermare che se i bambini di coppie omosessuali crescono in un ambiente rispettoso e tollerante, si sviluppano esattamente come tutti gli altri.

Vorrei concludere questo approfondimento con una testimonianza, che mi ha molto colpito, poiché emerge la determinazione e l’ amore con cui una minore protegge la propria famiglia, ma anche la fragilità e il rammarico conseguenti alle discriminazioni subite da parte dei coetanei.

*“Barack Obama, sono Sophia Bailey Klugh. La tua amica che ti ha invitato a cena. Se non te lo ricordi va bene lo stesso. Ma volevo solo dirti che sono felice che sei d’accordo che due uomini possano amarsi perché ho due papà e loro si amano. Ma a scuola gli altri bambini pensano che sia disgustoso e strano e questo ferisce il mio cuore e i miei sentimenti. Scrivo a te perché sei il mio eroe. Se tu fossi me e avessi due papà che si amano, e i bambini a scuola ti prendessero in giro per questo motivo, cosa faresti?”<sup>244</sup>*

Sophie, una bambina di dieci anni, figlia di due genitori dello stesso sesso, e scrive questa lettera a Obama, Presidente degli Stati Uniti d’America, per ringraziarlo di essere a favore delle unioni gay. In questo modo Obama risponde alla piccola:

<sup>244</sup> <http://www.ilpost.it/2012/11/07/la-lettera-di-obama-sui-genitori-gay/>

*“In America non esistono due famiglie che siano uguali. Noi celebriamo questa diversità. E riconosciamo che a prescindere che si abbiano due papà o una mamma quello che conta più di tutto è l’amore reciproco che ci dimostriamo. Tu sei molto fortunata ad avere due genitori che si prendono cura di te. Loro sono fortunati ad avere una figlia eccezionale come te. Le nostre differenze ci uniscono. Tu e io abbiamo l’enorme fortuna di vivere in un paese dove si nasce uguali qualunque sia il nostro aspetto, ovunque siamo cresciuti o chiunque siano i nostri genitori. Una buona regola è trattare gli altri nel modo in cui speri che loro trattino te. Ricorda ai tuoi compagni di scuola questa regola se ti dicono qualcosa che ferisce i tuoi sentimenti”.*

## BIBLIOGRAFIA

- A. C. MORO, *I diritti inattuati del minore*, Brescia, 1983, p. 36.
- A. C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2008, p.4 e pp. 15-16
- A. CANNONE, *L'affidamento dei minori nel diritto internazionale privato e processuale*, Bari, 2000.
- A. DEL GUERCIO, *Superiore interesse del minore e determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo nel diritto dell'Unione Europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p.247
- A. FREUD, A.J SOLINIT e J. GOLDESTEIN, *Beyond the best interests of the child(1973)*, *Before the best interests of the child(1980)* e *In the best interests of the child(1986)*.
- A. SCHILLACI, *La sentenza perfetta. Paternità omosessuale e diritti del bambino*, riv. Genius, 2016/1.
- A. SPERTI, *La tutela del superiore interesse del minore alla luce dei principi costituzionali e del diritto costituzionale comparato nell'adozione del secondo genitore*, Riv. Genius, 2015/1, p. 238
- B. A. CHIMENTI, *Interesse del minore d'età e profili di rilevanza del consenso*, in GC, 1998, I, p. 1285
- C. HONORATI, *Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, pp.33 ss.”.
- C. MULLAY *The Woman Who Saved the Children. A Biography of Eglantyne Jebb, Founder of Save the Children* Oneworld Publications 2009.
- DI CAGNO SIMONETTA, *Minori: verso una strategia europea*, in *Nuove esperienze di giustizia minorile: quadrimestrale internazionale di studi e documenti del Dipartimento per la Giustizia Minorile*, 1, 2008, p. 16 e 17
- E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, Franco Angeli, Milano, 2016
- E. LAMARQUE, *Art.30 cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, vol. I, Torino 2006, 630.
- E.J. EBERLE, *Dignity and Liberty. Constitutional Visions in Germany and the United States*, pp. 1 a 41 ss.
- F. BUSNELLI, F. GIARDINA, *La protezione del minore nel diritto di famiglia italiano*, in GI, p. 196
- F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, p. 58
- F. ORR, *Do children require special protection under international human rights law?* in *King's student L. Rev.*, 2014, p.50.
- G. ASSANTE, P. GIANNINO, F. MAZZIOTTI, *Manuale di diritto minorile*, Bari, 2000, p. 3
- G.F. AJELLO e S. LAMONACA, *Diritto di soggiorno dei familiari del cittadino europeo: erosione del limite delle situazioni puramente interne e delimitazione del nucleo essenziale del diritto di cittadinanza*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2012, p. 343
- G.PALMERI, *Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori*, Napoli, 1994, p. 4.
- G. VAN BUERN, *The international law on the Rights of the child*, cit., p. 45.

- H. REECE, *The paramountcy principale. Consensus or Costruct? in Current Legal Problems*, 49,1996, in particolare p.275 e ss.
- J. KORCZACK, *Il diritto del bambino al rispetto*, editore Edizioni dell'Asino, 2011.
- J. LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006, p. 53-59
- L.J. SILBERMAN, *The Hague Convention on Child Abduction and Unilateral Relocations by Custodial Parents: A Perspective from The United States and Europe – Abbot, Neulinger, Zarraga*, in *Oklahoma Law Review*, vol. 63, 2011, pp. 733 ss. (reperibile al sito internet: <http://ssrn.com/abstract=1995567>).
- L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, *Rivista di diritto civile*, Vol. 62, 2016.
- L. MONTANARI, *La nuova tappa nella definizione della portata della cittadinanza europea: alcune riflessioni sulle sentenze Ruiz Zambrano e McCarthy*, in *La comunità internazionale*, 2011, p.441 e soprattutto p. 455
- L. M. KOPELMAN, *The best interests standards for incompetent or incapacitated persons of a ages*, in *Childhood obesity*,2007 pp.187
- L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi alle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013, pp. 79 ss. e 146 ss.
- M. A. GLENDON, *Rights Talk. The Improverishment of Political Discourse*, pp. 66-75.
- M. BESSONE, *Artt.30-31. Rapporti etico-sociali*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1976, p. 86 ss.
- M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G.FERRANDO, M. R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Bologna, 2002, p. 257
- M. FREEMAN, *Article 3. The best interest of the child*, cit. pp. 60 ss.
- M. FREEMAN V. POCAR e P. RONFANI, *il giudice e i diritti dei minori*, editori Laterza, 2004, p.19.
- M. G. RUO, *Riflessioni a margine della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2006, fasc. 3, pp. 1482-1500.
- M. G. RUO, *Diritti umani, famiglia e minori*, periodico *Minori giustizia*, 2008.
- M. G. RUO, *Ascolto e interesse del minore e giusto processo*, periodico *Minori giustizia*, 2008.
- M. DE SALVIA E M. REMUS, *Ricorrere a Strasburgo. Presupposti e procedura.*, Giuffrè editore, 2016, pp. 160 ss.
- M. MINOW, *Making all the difference. Inclusion, exclusion and American law* cit. p. 289.
- M. MONTESSORI, *Il bambino in famiglia*, editore Garzanti libri, 2000 .
- M. MONTESSORI, *Il segreto dell'infanzia*, editore Garzanti libri, 1999.
- M. T. AMBROSINI, *Dichiarazione giudiziale di paternità ed interesse del minore*, in, 1, *Diritto della famiglia e delle persone*, 1990, 796, nota a Corte Cost. n° 341/1990.
- M. WOOLF, *Coming of age? The principle of "the best interests of the child"*, cit., p. 206
- O. O'NEILL, *Children's rights and Children's Lives*, in *Ethics*, XVII,1988 e poi in *Children, Right and the law*, cit. p.25.

- P. Alston, *Il principio del “migliore interesse”*: verso una riconciliazione tra cultura e diritti umani”, Clarendon Press, Oxford, p. 110.
- P. FERRO - LUZZI, *Il tempo nel diritto degli affari*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2003, 3, pp. 407 ss.
- R. AMAGLIANI, *Principi costituzionali in materia di famiglia*, in Aa. Vv., *Principi fondamentali*, a cura di L. VENTURA, A. MORELLI, Milano 2015, 634.
- R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, I, p. 628 ss.
- S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 311 ss
- SERGIO, *La giustizia minorile. Dalla tutela del minore alla tutela civile dei diritti relazionali*, nel *Trattato dir. fam.*, diretto da Zatti, VI, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, a cura di Lenti, Giuffrè, 2012, 26.
- T. BALLARINO – L. MARI, *Uniformità e riconoscimento. Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea*, in *Riv. dir. int.*, 2006, pp. 7 ss.
- T. D. CAMPBELL, *The rights of the minor: as person as child, as juvenile, as future adult, in children, rights and law*, a cura di P. Alston S. Parker e J. Seymour, Clarendon Press , 1992, pp 3 e ss.
- T. GUARNIER, *La condizione giuridica dei minori stranieri non accompagnati in Italia: inadeguatezze e rischi del sistema di accoglienza*, in M.C. De Cicco, A. Latino (a cura di), *Temi attuali sui diritti sociali in un’ottica multidisciplinare*, Napoli, 2016, 267 ss.
- T. HAMMARBERG, *The principle of the best interest of the child – What it means and what it demands from adults*, Speech in Warsaw 30 May 2008, in <https://wcd.coe.int/View.Doc.jps?id=1304019>, p.2
- TURRI G., *I grandi principi europei di tutela dei minori* , in *Minori giustizia*, 2, 2008, Angeli, Milano, 2008, p.7

## **GIURISPRUDENZA CITATA**

### **Sentenze della Corte Costituzionale**

Corte costituzionale, sentenza n°145 del 1969  
Corte costituzionale, sentenza n°11 del 1981  
Corte costituzionale, sentenza n°198 del 1986  
Corte costituzionale, sentenza n°341 del 1990  
Corte costituzionale, sentenza n°179 del 1993  
Corte costituzionale, sentenza n°168 del 1994  
Corte costituzionale, sentenze n°197-198 e 1999 del 1996  
Corte costituzionale, sentenza n°195 del 2002  
Corte costituzionale, sentenza n°385 del 2005  
Corte costituzionale, sentenza n°177 del 2009  
Corte costituzionale, sentenza n°138 del 2010  
Corte costituzionale, sentenza n°285 del 2010  
Corte costituzionale sentenza n°116 del 2011  
Corte costituzionale, sentenza n°31 del 2012  
Corte costituzionale, sentenza n°85 del 2013  
Corte costituzionale, sentenza n°239 del 2014  
Corte costituzionale, sentenza n°1 del 2015  
Corte costituzionale, sentenza n°10 del 2015  
Corte costituzionale, sentenza n°205 del 2015  
Corte costituzionale, sentenza n°76 del 2016

### **Sentenze della Corte di Giustizia**

Corte di giustizia, sentenza del 1° luglio 2010, *Povse c. Alpago*.  
Corte di giustizia, sentenza 11 luglio 2008, *Rinau*  
Corte di giustizia, sentenza del 23 dicembre 2009, causa C-403/09 PPU, *Deiček c. Sgueglia*  
Corte di giustizia, sentenza del 22 dicembre 2010, causa C-491/10 PPU, *Zarraga c. Pelz*.  
Corte di Giustizia, sentenza 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*.  
Corte di Giustizia, sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*.  
Corte di Giustizia, sentenza 14 febbraio 2008, causa C-244/06, *Dynamic Medien*.  
Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 18 marzo 2014, causa C-167/12, *CD*  
Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 18 marzo 2014, causa C-363/12 *Z*.  
Corte di Giustizia, sentenza 16 settembre 2010, causa C-149/10 *Chatzi*.  
Corte di Giustizia, sentenza 8 marzo 2011, causa C-34/09 *Ruiz Zambrano*  
Corte di Giustizia, sentenza 5 maggio 2011, causa C-434/09 *McCharty*.  
Corte di Giustizia, Grande sezione, sentenza 15 novembre 2011, causa C-256/11, *Dereci*.  
Corte di Giustizia, sentenza 2 aprile 2009, causa C-523/07  
Corte di Giustizia, sentenza 9 novembre 2010, causa C-296/10  
Corte di Giustizia, sentenza 11 luglio 2008, causa C-195/08.

Corte di Giustizia, sentenza 16 luglio 2015, causa C-184/14, A. e B.  
Corte di Giustizia, sentenza 1 ottobre 2014, c.436/13, E. e B.  
Corte di Giustizia, sentenza 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, J. McB.  
Corte di Giustizia, sentenza 22 dicembre 2010, causa C-491/10 PPU, Aguirre Zarraga.  
Corte di Giustizia, sentenza 6 giugno 2013, causa C-648/11, MA e altri

### **Sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo**

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, ric. n° 41615/07.  
Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 12 luglio 2011, *Sneersone e Kampanella c. Italia* .  
Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 26 luglio 2011, *Shaw c. Ungheria*, ricorso n° 6457/09.  
Corte Europea dei diritti dell'uomo, sentenza 21 febbraio 2012, *Karrer c. Romania*, ricorso n°16965/10.  
Corte Europea dei diritti dell'uomo, sentenza 3 maggio 2012, *Ilker Ensar Uyanik c. Turchia*, ricorso n°60328/09, sentenza del 3 maggio 2012.  
Corte Europea dei diritti dell'uomo, *B. c. Belgio*, ricorso n°4320/11, sentenza del 10 luglio 2012.  
Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 24 aprile 1990 *Kruslin c. Francia*, ricorso n°11801/85.  
Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 30 ottobre 1992, *Olsson c. Svezia*, ricorso n°13441/87.  
Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 13 luglio 2000, *Elsholz c. Germania*, ricorso n° 25735/94.  
Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 17 luglio 2008, *X c. Croazia*, ricorso n° 11223/04.  
Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 5 marzo 2009, *Errico c. Italia*, ricorso n° 29768/05.  
Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 21 gennaio 2014, *Zhou c. Italia*, ricorso n° 33773/11.  
Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 16 febbraio 2016, *Soares De Melo c. Portogallo*, ricorso n°72850/14.  
Corte europea dei diritti dell'uomo, 2000, *Gnahorè c. Francia*, ricorso n° 40031/98.  
Corte europea dei diritti dell'uomo, 2008, *Clemeno e altri c. Italia*, ricorso n° 19537/03.  
Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 8 giugno 2010, ricorso n° 67/04 *Dolhamre c. Svezia*.  
Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 13 marzo 2007, ricorso. n° 39177/05, *V.A.M. v. Serbia*.  
Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 21 dicembre 1999, ricorso n° 33290/96, *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portogallo* .  
Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 16 dicembre 2003, ricorso n° 64927/01, *Palau-Martinez c. Francia*.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 13 luglio 2000, ricorso n° 39221/98 e 41963/9, *Scozzari e Giunta c. Italia*.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 10 febbraio 2011, *Tsikasis c. Germania*, ricorso 1521/06.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 30 giugno 2005, ricorso n. 30595/02, *Bove c. Italia*.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 2 novembre 2010, ric. n. 36168/09, *Piazzi c. Italia*.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 27 giugno 2000, ricorso n° 32842/96, *Nuutinen c. Finlandia*.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 11 gennaio 2011, ricorso n° 49868/08, *Bordeianu c. Moldavia*.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 2 novembre 2010, ricorso n° 14565/05, *Nistor c. Romania*.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 26 giugno 2003, ricorso n°48206/99, *Maire c. Portogallo*.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 13 luglio 2000, ricorso n° 25735/94, *E.c. Germania*.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 23 settembre 1994, ricorso n° 19823/92, *Hokkanen c. Finlandia*.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 21 settembre 2010, ricorso n° 49337/07, *Mijuskovic c. Montenegro*.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 30 novembre 2010, *Z. c. Slovenia*, ricorso n°43155/05.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 7 dicembre 2010, ricorso n° 28708/06, *Trdan e C. c. Slovenia*.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 maggio 2006, ricorso n° 34141/96, *R. c. Finlandia*,

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 1 febbraio 2011, *Karoussis c. Portogallo*, ricorso n° 23205/2011.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 29 luglio 2004, ricorso n°63627/00, *Volesky c. Repubblica Ceca*.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 09 novembre 1999, ricorso n° 43743/98, *Gros c. Francia*.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 4 aprile 2006, ricorso n° 8153/04, *Marsalek c. Repubblica Ceca*.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 25 gennaio 2011, ricorso n° 18830/07, *Plaza c. Polonia*

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 9 maggio 2006, ricorso n° 18249/02, *C. c. Finlandia*.

Corte di Giustizia, sentenza 23 dicembre 2009, C-403/09, *Deticek c. Sgueglia*.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 25 gennaio 2007 ricorso n° 21949/03.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 26 febbraio 2004, ricorso n° 74969/01, *Görgülü v. Germany*.

Corte europea diritti dell'uomo, sentenza 16 luglio 2015, ricorso n° 9056/14, *Akinnibosun c. Italia*

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 19 febbraio 2013, *X e Altri c. Austria*, ricorso n° 19010/07.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia* del 26 giugno 2014, ricorsi n° 65192/11 e 65941/11.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 27 gennaio 2015, ricorso n° 25358/12.

### **Sentenze del Tribunale minorile italiano**

Tribunale per i minori di Roma, 30 luglio del 2014

Corte d'Appello Milano, sezione minorile, 16 ottobre del 2015

Tribunale per i minori di Roma, 23 dicembre del 2015

Tribunale per i minori di Roma, 30 dicembre del 2015

### **Sentenze della Corte di Cassazione italiana**

Corte di Cassazione, sentenza n° 601 del 11 gennaio 2013

Corte di Cassazione, sentenza n° 12962 del 22 giugno 2016

## ***SITI INTERNET CONSULTATI***

<http://www.cortecostituzionale.it>

<http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>

<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>

<http://www.adcl.org.pt/observatorio/pdf/Adolescentandchildrensknowledgeaboutrights.pdf>

<http://ojs.uniurb.it/index.php/studi-A/article/viewFile/152/144>

[https://it.wikipedia.org/wiki/Sindrome\\_da\\_alienazione\\_genitoriale](https://it.wikipedia.org/wiki/Sindrome_da_alienazione_genitoriale)

<http://www.ilpost.it/2016/02/04/i-figli-delle-coppie-omosessuali-studi/>

<http://www.ilpost.it/2012/11/07/la-lettera-di-obama-sui-genitori-gay/>

## **RINGRAZIAMENTI**

*Sembra strano oggi essere arrivata qui, alla realizzazione di questo desiderio. Se sono arrivata fino a questo punto il merito non è esclusivamente mio, ma anche di tutti coloro che mi circondano; non posso fare altro, quindi, di ringraziare tutti per il sostegno, l'incoraggiamento e i consigli attraverso i quali ho potuto conseguire questo traguardo.*

*In primis desidero ringraziare la Prof.ssa Angioletta Sperti, relatrice della tesi, per la grande disponibilità e cortesia dimostratami, nonché per il prezioso aiuto fornito nella stesura della presente tesi.*

*Il mio ringraziamento più grande va ai miei genitori, che si sono dimostrati sempre disponibili e pazienti, quasi oltre ogni limite, incoraggiandomi a guardare sempre avanti anche nei momenti difficili e mettendomi nelle condizioni di affrontare il cammino di vita e universitario nei migliori dei modi.*

*Un doveroso ringraziamento anche a mio fratello per il suo sostegno morale e la grande pazienza che ha avuto nei mie confronti; ma soprattutto per essere stato il mio esempio da seguire in tutto il percorso universitario.*

*Un clamoroso e doveroso ringraziamento va a mio zio e ai miei nonni per il loro continuo sostegno morale e per aver contribuito alla mia formazione e alla mia educazione.*

*Un ringraziamento speciale va a tutti i miei amici che con affetto sincero e pazienza, hanno condiviso le tappe di questo percorso. In particolare voglio ringraziare Laura e Martina che mi sono sempre state sempre vicine incitandomi e sostenendomi in tutto questo cammino.*

*Un ringraziamento speciale va alla mia insegnante, Laura Liberati, che mi ha sempre sostenuto ed incoraggiata fin dalle scuole elementari, arricchendomi di insegnamenti non solo intellettuali ma anche morali.*

*Un pensiero ai miei nonni, Alberto e Albina, che non potranno essere presenti fisicamente a questo giorno così importante per me, ma lo saranno sicuramente con il cuore.*