



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

DOTTORATO IN DIRITTI UMANI: EVOLUZIONE, TUTELA E LIMITI

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE, DELLA SOCIETÀ E DELLO SPORT

IUS 08/ IUS 13/ IUS 21

«The best interests of the child»:
un'analisi giurisprudenziale comparata
per un approfondimento concettuale

IL DOTTORE

VINCENZO LORUBBIO

IL COORDINATORE

ALDO SCHIAVELLO

IL TUTOR

ANDREA SACCUCCI

IL CO-TUTOR

MICHELE CARDUCCI

CICLO XXV
ANNO CONSEGUIMENTO TITOLO - 2015

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO I - IL “BEST INTERESTS OF THE CHILD”: GENESI E SVILUPPO DI UN CONCETTO RIVOLUZIONARIO

1.1	I minori negli strumenti normativi internazionali prima della Convenzione ONU sui diritti dell’infanzia del 1989	7
1.2	La Convenzione del 1989: lavori preparatori, portata e limiti	11
1.3	Le norme della Convenzione	13
1.4	L’emersione del principio del “ <i>Best interests of the child</i> ”	24
1.5	Il Comitato ONU sui diritti dell’infanzia	27
1.6	Il ruolo dei “ <i>General Comments</i> ”	30

CAPITOLO II - IL “BEST INTERESTS OF THE CHILD” NELL’INTERPRETAZIONE DELLE CORTI EUROPEE

Sezione I

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo

	Introduzione	35
2.1	<i>Right to know their origins:</i> diritto all’identità e a conoscere le proprie origini nella giurisprudenza della Corte E.D.U.	41
2.1.1	Il legame con l’articolo 8 CEDU	43

2.1.2	<i>Basic principle of child's interest</i>	46
2.1.3	Conoscenza delle origini <i>versus</i> parto anonimo	48
2.1.4	La ricerca di un giusto equilibrio	49
2.1.5	« <i>Does the right to know imply an obligation to divulge?</i> »	51
2.1.6	Alcune differenze interpretative	55
2.1.7	Il diritto dei terzi interessati	58
2.8	Quale interesse per il minore?	60
2.9	L'Italia alla prova di Strasburgo	62
2.10	Prospettive future	65
2.2	“<i>Right to establish and develop relationships with other human beings</i>”: <i>diritto del minore straniero al ricongiungimento familiare e limiti all'espulsione. Considerazioni preliminari</i>	67
2.2.1	Lo spostamento del punto di equilibrio	69
2.2.2	Una svolta significativa	71
2.2.3	Il principio del <i>best interests</i> , in linea di principio	76
2.2.4	La lunga strada verso l'integrazione	78
2.2.5	L'espulsione del minore straniero	81
2.2.6	Divieto assoluto di espulsione del minore?	83
2.2.7	Prospettive future	87
2.3	“<i>Child's right to have a family or parent's right to have child?</i>” Interesse del minore, affidamento e adozione tra antichi problemi e “nuovi” diritti	88
2.3.1	Il caso <i>Scozzari e Giunta</i> e il problema delle violazioni strutturali	90
2.3.2	Il problema dell'adozione omo-genitoriale	93
2.4	“<i>Right to maintain a stable relationship with both parents</i>”: applicazione del concetto di “<i>best interests of the child</i>” in tema di sottrazione internazionale di minori e ruolo della <i>Convenzione dell'Aja 1980</i> e del Regolamento <i>Bruxelles II</i>	101

2.4.1	Un obbligo <i>non</i> assoluto	104
2.4.2	<i>Nemo auditur propriam turpitudinem allegans</i> , la fine di un'antica concezione?	106
2.4.3	Un legame fondamentale	110
2.4.4	Il caso <i>Neulinger</i>	114
2.4.5	Una procedura attenta alle esigenze dell'uomo	123
2.4.6	Quale destino per la Convenzione dell'Aja?	126
2.4.7	La Convenzione di L'Aja 1980 e il Regolamento Bruxelles II: un difficile coordinamento	130

Sezione II

La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea

2.5	L'apporto della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea	133
2.6	Alcune ulteriori conferme	136
2.7	Il caso <i>Purrucker</i>	138
2.8	Il caso <i>Zarraga</i> . L'eterna dicotomia tra principio di legalità e rispetto dei diritti fondamentali	142
2.9	Il caso <i>Povse</i> . Strasburgo e Lussemburgo trovano "un'intesa".	147
2.10	Conclusioni	151

CAPITOLO III -

IL "BEST INTERESTS OF THE CHILD" ("INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO") NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE INTERAMERICANA DEI DIRITTI DELL'UOMO

-	Introduzione	154
3.1	La giurisprudenza di San José e l'Opinión consultiva 17/2002	157

3.2	“Gross and sistematic violations” e “Interés superior del niño”: l’interesse del minore tra regimi dittatoriali, sparizioni forzate e omicidi di massa	161
3.2.1	Il primo caso: “ <i>los niños de la calle</i> ”	162
3.2.2	I Massacri di Mapiripàn e di Ituango	
3.2.3	Da carnefici a vittime: il terrore come risposta al terrore	170
3.3	“Structural violence” e “Interés superior del niño”: il fenomeno delle pratiche di violenza istituzionalizzate contro determinati gruppi sociali	174
3.3.1	Il diritto alla nazionalità e ad una uguale protezione	181
3.3.2	Quale protezione per i figli delle popolazioni indigene?	185
3.3.3	Minori indigeni ed obblighi dello Stato nei procedimenti penali	190
3.4	I “nuovi diritti” e l’“Interés superior del niño”: l’ottica della Corte interamericana dei diritti dell’uomo	192
3.4.1	Interesse superiore del minore e genitore omosessuale	193
3.4.2	Interesse superiore del minore, tra adozione e monogenitorialità	201
3.5	Conclusioni	207

CAPITOLO IV – L’IMPLEMENTAZIONE DOMESTICA DEL “BEST INTERESTS OF THE CHILD” IN AMERICA LATINA E IN ITALIA

Sezione I

Il “*best interests of the child*” in America Latina

	Introduzione	212
4.1.1	I minori nel sistema giuridico brasiliano	213
4.1.2	“O melhor interesse da criança” nella giurisprudenza del Superior Tribunal de Justiça (TSJ)	216

4.1.3	Il rapporto con la Corte interamericana	223
4.1.4	I minori nel sistema giuridico argentino	225
4.1.5	L' " <i>interés superior del niño</i> " nella giurisprudenza della Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina	229
4.1.6	" <i>Interés superior del niño</i> " e diritto all'ascolto tra conoscenza delle origini e responsabilità penale	234
4.1.7	I diritti dei minori in America Latina e il controllo di convenzionalità	238

Sezione II

Il " *best interests of the child*" in Italia

	Introduzione	241
4.2.1	La giurisprudenza costituzionale e lo spostamento del centro di gravità	242
4.2.2	La differenza di età tra adottante e adottato	244
4.2.3	Interesse del minore e dichiarazione giudiziale di paternità	246
4.2.4	Tutela e sostegno della maternità e della paternità	248
4.2.5	Assegnazione della casa familiare	250
4.2.6	Processo penale ed interesse del minore	251
4.2.7	Gli ultimi sviluppi	254
4.3	La giurisprudenza di legittimità	259
4.4	La giurisprudenza di merito	265
4.5	Prospettive future	270
	CONCLUSIONI	275
	BIBLIOGRAFIA	281

INTRODUZIONE

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

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

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

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

Sebbene la Dichiarazione di Ginevra del 1924ⁱⁱⁱ e la Dichiarazione ONU del 1959^{iv} fossero specificamente sorte a presidio dei diritti dell'infanzia, queste non

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

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

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

erano innanzitutto rivolte agli Stati, ma ai soggetti (genitori ed operatori sociali e giuridici) e in più non erano concepite come strumenti atti a valorizzare il bambino in quanto titolare, ma solo in quanto destinatario passivo di diritti: bisognerà attendere circa cinquant'anni per assistere al riconoscimento del minore come titolare di posizioni giuridiche soggettive e sarà la Convenzione ONU sui diritti dei minori (CRC), firmata a New York nel 1989, a suggellare l'introduzione dell'idea del bambino come «soggetto» di diritti^v.

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

Ma la vera innovazione del nuovo impianto normativo convenzionale è senz'altro costituita dall'introduzione del concetto di *"best interests of the child"*.

L'articolo 3 della CRC, infatti, sancisce espressamente che: *«In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration»*.

Il principio del superiore interesse del minore viene elevato, pertanto, a criterio preponderante in tutte le controversie concernenti i minori: tale criterio può operare come dispositivo interpretativo nell'applicazione dei diritti dei minori e anche come standard residuale in aree non regolate espressamente dal diritto^{vi}.

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

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

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

^{vi} J. Eekelaar, *Interests of the child and the child's wishes*, in P. Alston (eds), *The best interests of the child*, Oxford, 1994, 57.

Il criterio del superiore interesse del minore, così, costituisce la prevalente linea guida in base alla quale devono orientarsi le decisioni delle autorità amministrative e giudiziarie^{vii}.

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

Nell'arco di pochi anni dalla sua solenne introduzione, il principio del "*best interests of the child*" è stato recepito all'interno di numerose convenzioni e documenti a tutela dell'infanzia, sia livello internazionale che all'interno dei singoli Stati, e il suo utilizzo ha iniziato a caratterizzare le decisioni dei giudici ad ogni latitudine.

Il contesto nel quale il superiore interesse del minore ha trovato maggiore accoglimento ed ha iniziato ad assumere connotati meno indeterminati è senz'altro quello relativo alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: tuttavia, a fronte di un ricorso sempre più frequente alla formula stereotipata del "*best interests of the child*", si è assistito nel corso degli anni a decisioni giudiziarie dagli effetti anche molto contrastanti tra loro.

Proprio la perdurante indeterminatezza del contenuto da attribuire al principio del superiore interesse del minore nel caso concreto si pone come problema alla base del tentativo di approfondimento concettuale della presente ricerca.

Tuttavia, al fine di rendere l'analisi quanto più obiettiva possibile, si è appositamente tralasciato di paragonare e sviluppare le diverse definizioni teoriche relative al principio in questione, volendo privilegiare un determinato approccio empirico: rilevare in che modo e in quali contesti, i giudici delle due maggiori Corti regionali del mondo (la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo) utilizzano il criterio del "*best interests of the child*" e comprendere se sia possibile rintracciare un nucleo di caratteristiche comuni al suo utilizzo, con l'obiettivo di rinvenire il contenuto sostanziale di tale concetto, all'interno dei diversi ambiti tematici e nei differenti luoghi geografici.

^{vii} G. Ferrando, *Il nuovo diritto di famiglia*, Bologna, 2007, 10.

A tal riguardo, le problematiche emerse differiscono in maniera notevole a seconda del contesto: in Europa, si è avuto modo di constatare che i giudici fanno riferimento al principio del superiore interesse del minore in almeno quattro contesti differenti e, più precisamente, in relazione al diritto del minore in caso di adozione o affido, al diritto del minore a conoscere le proprie origini, al diritto del minore straniero e infine al diritto del minore in caso di sottrazione internazionale. Relativamente a quest'ultimo ambito si è ritenuto opportuno analizzare anche alcune pronunce della Corte di Giustizia dell'UE, nelle quali la stessa fa uso del principio del superiore interesse del minore, con riferimento al Regolamento Ue n. 2201/2003, relativo alla "competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale tra gli Stati membri dell'Unione" (c.d. "Regolamento Bruxelles II"), palesando, tra l'altro, una prospettiva molto differente da quella della "gemella" Corte di Strasburgo.

Nel contesto latinoamericano, invece, il principio del superiore interesse del minore subisce un considerevole sviluppo solo in seguito all'introduzione dell'Opinión Consultiva OC-17/02 sulla "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", resa dalla Corte di San José nel 2002: i giudici della Corte interamericana, pertanto, iniziano a servirsi del criterio dell "*interés superior del niño*" relativamente a casi di sparizioni forzate e omicidi di massa, in relazione al fenomeno delle pratiche di violenza istituzionalizzate contro determinati gruppi sociali e, solo più di recente, con riferimento alle richieste di adozioni da parte di persone omosessuali o single.

La seconda parte del lavoro di ricerca, invece, ha come obiettivo quello di andare a verificare se e come la giurisprudenza delle due corti regionali dei diritti umani va ad incidere sulle pronunce dei tribunali interni nella valutazione dell'interesse del minore.

A questo scopo, relativamente al contesto latinoamericano, si è deciso di analizzare la giurisprudenza dei due Paesi più rappresentativi, vale a dire Brasile e Argentina: dopo aver brevemente analizzato i due contesti normativi di riferimento, si è proceduto con l'analisi della casistica di riferimento del "Superior Tribunal de Justiça" in Brasile e della "Corte Suprema de Justicia" in Argentina, cercando di verificare la rispondenza dei percorsi logici seguiti dai giudici a livello

interno con quelli tracciati dalla Corte interamericana, e riflettendo in merito alla possibilità di effettuare un reale controllo di convenzionalità sulle pronunce dei tribunali domestici dell'America Latina.

In Europa, invece, si è posta l'attenzione sul contesto italiano, andando ad esaminare il ruolo del principio del superiore interesse del minore sia all'interno della giurisprudenza costituzionale (Corte costituzionale), che nella giurisprudenza di legittimità (Corte Suprema di Cassazione) ed, infine, anche in alcune rilevanti pronunce di merito (Tribunale ordinario e Tribunale dei Minorenni).

In quest'ultima parte si è dato risalto anche al delicato compito svolto dai giudici che si occupano dei diritti dei minori: infatti, data la prossimità dell'autorità giudiziaria al caso concreto e la possibilità che i giudici hanno di interagire direttamente con il minore e con il contesto che lo circonda, questi rivestono un ruolo centrale nella tutela dei diritti dei bambini e degli adolescenti, tanto da poter essere considerati, insieme al nucleo familiare, i primi garanti della tutela del superiore interesse dei minori.

CAPITOLO I

IL “*BEST INTERESTS OF THE CHILD*”: GENESI E SVILUPPO DI UN CONCETTO RIVOLUZIONARIO



1.1 I minori negli strumenti normativi internazionali prima della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia del 1989.

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

Ma è solo con l'inizio del XX secolo, che l'esigenza di tutelare i diritti del soggetto in formazione inizia ad assumere una portata internazionale; nel 1912 a l'Aja, in seno ad una Conferenza di diritto internazionale privato viene approvata una specifica Convenzione sulla tutela del minore; nel 1913, invece, su iniziativa del governo belga, viene convocata a Bruxelles la prima Conferenza internazionale per la protezione dell'infanzia e nella stesso contesto viene partorita l'idea di costituire un ufficio internazionale come sede permanente di cooperazione².

Il dramma della prima guerra mondiale, tuttavia, mise un freno a questo slancio innovatore a livello transfrontaliero sul delicato tema dei diritti dei minori, che verrà recuperato alla fine del conflitto grazie all'intervento dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL): nel 1919, infatti l'OIL apre alla ratifica della Convenzione n.5 che limitava l'età minima per l'accesso dei minori al lavoro in industria a 14 anni; la Convenzione n. 59 del 1937 la eleverà a 15 anni; in seguito all'introduzione della Convenzione n. 6 viene vietato il lavoro notturno dei minori in industria; nel 1920, infine, viene aperta alla ratifica la Convenzione n. 7 relativa all'età minima per l'ammissione al lavoro marittimo dei minori, fissata sempre a 14 anni, fatta salva la possibilità di deroghe. Inoltre, l'opera di tutela nei confronti dei minori intrapresa dall'OIL continuerà nei successivi anni andando a precisare quali mansioni possono essere ricoperte dagli stessi, quale sia il limite dell'orario

¹ Cfr. G. Oestreich, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss*, Berlino, 1978. Nella terza parte del Programma, il punto 8 recita quanto segue: «*Abschaffung aller Preß-, Vereins- und Koalitions-gesetze; Einführung des Normalarbeitstages; Einschränkung der Frauen- und Verbot der Kinderarbeit*».

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

di lavoro, spingendo in definitiva gli Stati ad assicurare politiche orientate alla definitiva abolizione del lavoro in età precoce³.

Il primo documento che adotta il linguaggio dei diritti al fine di tutelare il minore⁴ è la Dichiarazione dei diritti del fanciullo, approvata a Ginevra, dalla Società delle Nazioni, il 24 settembre del 1924⁵: questa, conosciuta anche come Dichiarazione di Ginevra, costituisce il primo vero tentativo di enucleare una serie di diritti fondamentali dei minori considerati come la base per un adeguato sviluppo umano⁶.

Già nel suo Preambolo, la Dichiarazione prevede che «uomini e donne di tutte le nazioni, riconoscendo che l'umanità deve offrire al fanciullo quanto di meglio possiede, dichiarano ed accettano come loro dovere» quello di assistere i minori tramite il perseguimento dei cinque principi in seguito enunciati, e più nello specifico: 1) assicurare al fanciullo i mezzi necessari per un suo sviluppo materiale e spirituale; 2) nutrire il fanciullo affamato; curare il fanciullo ammalato; aiutare il fanciullo il cui sviluppo è arretrato; recuperare il fanciullo che ha commesso un reato; 3) fornire assistenza prioritaria al fanciullo in tempo di miseria; 4) proteggere il minore da ogni forma di sfruttamento; 5) allevare il

³ Sul punto v. F. Pizzi, *Migrare da soli - Minori stranieri non accompagnati e istanze pedagogico-educative*, Milano, 2014, 43. In merito all'attività svolta dall'OIL a tutela dell'infanzia nei primi decenni del novecento, c'è chi ha rilevato, tuttavia, che la tutela degli interessi del minore lavoratore sia avvenuta «tramite l'ottica del diritto e non quella del riconoscimento dei diritti». La considerazione è di A. Pisanò, *I diritti umani come fenomeno cosmopolita*, Milano, 2011, 193.

⁴ A. Pisanò, *I diritti umani come fenomeno cosmopolita*, cit., 199.

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

⁶ A.C. Moro A. C., *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2014, 9

fanciullo nella consapevolezza che i suoi talenti vanno messi a servizio degli altri uomini⁷.

A ben vedere il legislatore del 1924, dato il periodo storico, non poteva fare a meno di considerare in maniera prioritaria la sopravvivenza, la salute ed il recupero del fanciullo.⁸

Da notare che il minore, nella Dichiarazione del 1924, non è considerato come titolare di diritti, quanto piuttosto come destinatario di una tutela speciale che impone doveri, non agli Stati, ma in capo a «uomini e donne di tutte le nazioni».

Il sorgere di una nuova concezione che vede gli Stati come primi garanti della tutela dei diritti dell'uomo si manifesta in maniera compiuta con l'avvento della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo⁹, la quale segna il vero inizio della cosiddetta "età dei diritti"¹⁰.

Ed infatti, nel solco della Dichiarazione del 1924, ma con chiare influenze derivanti dalla Dichiarazione universale del 1948, si colloca la Dichiarazione dei diritti del fanciullo approvata all'unanimità dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, il 20 Novembre 1959, con risoluzione n. 1386, contenente un preambolo e dieci principi formulati in termini di veri e propri diritti dei bambini¹¹.

Nel Preambolo della nuova Dichiarazione viene stabilito che: «*Considerato che il fanciullo, a causa della sua immaturità fisica ed intellettuale ha bisogno di particolare protezione e di cure speciali, compresa una adeguata protezione giuridica, sia prima che dopo la nascita; ... Considerato che l'umanità ha il dovere di dare al fanciullo il meglio di se stessi, l'Assemblea Generale proclama la presente Dichiarazione dei diritti del*

⁷ Per un focus relativo ai lavori preparatori della Dichiarazione e degli altri documenti a tutela dell'infanzia che l'hanno succeduta v. P.E. Veerman, *The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood*, Leiden 1992, 155-209.

⁸ Cfr. A. Tarantino, *Il rispetto della vita. Aborto, tutela del minore ed eutanasia*, Napoli, 1998, 120

⁹ La Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo firmata a Parigi il 10 dicembre 1948, com'è noto, segna l'inizio del diritto internazionale dei diritti umani, aprendo in maniera decisa al riconoscimento della soggettività giuridica di ogni essere umano. La stessa è stata fonte di uno sterminato numero di spunti dottrinari dal 1948 ad oggi e la letteratura di riferimento è, pertanto, sterminata. Per una lettura ermeneutica focalizzata sui lavori preparatori della Dichiarazione universale, che aiuta a comprendere il dibattito celato dietro la stesura di ciascun articolo, si rinvia all'eccellente lavoro ricostruttivo curato da W. Schabas, *The Universal Declaration of Human Rights: the travaux préparatoires*, Cambridge – New York, 2013.

¹⁰ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 56.

¹¹ Cfr. S. Detrcik, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, 1999, 14.

*fanciullo affinché esso abbia una infanzia felice e possa godere, nell'interesse suo e di tutta la società, dei diritti e delle libertà che vi sono enunciati; invita i genitori, gli uomini o le donne in quanto singoli, come anche le organizzazioni non governative, le autorità locali e i governi nazionali a riconoscere questi diritti*¹².

I dieci principi rilevano, tra l'altro, che il fanciullo deve beneficiare di una speciale protezione e godere di nuove possibilità e facilitazioni, in base alla legge e ad altri provvedimenti, così da essere in grado di crescere in modo sano e normale sul piano fisico, intellettuale e morale, spirituale e sociale, in condizioni di libertà e dignità: il fanciullo deve aver diritto ad una alimentazione, ad un alloggio, a svaghi e a cure mediche adeguate; il fanciullo, per lo sviluppo armonioso della sua personalità, necessita di amore e di comprensione e deve, per quanto possibile, crescere sotto le cure e le responsabilità dei genitori e, in ogni caso, in un'atmosfera d'affetto e di sicurezza materiale e morale; ed, infine, il fanciullo ha diritto ad un'educazione e ad essere protetto contro ogni forma di negligenza, di crudeltà e di sfruttamento¹³.

Rilevante è sicuramente la precisazione che il minore, a causa della sua immaturità, fisica ed intellettuale, necessita di una particolare protezione fisica ed intellettuale e di un'adeguata protezione giuridica sia prima che dopo la nascita: una tale considerazione simboleggia l'inizio del passaggio da un diritto «sui» minori ad un diritto «per» i minori¹⁴.

È, infine, necessario rilevare che la Dichiarazione dei diritti del fanciullo, pone obblighi in capo agli Stati solamente dal punto di vista politico e non anche da quello giuridico: tuttavia, la sua importanza consiste nell'aver specificato i valori che devono costituire, necessariamente, canoni di interpretazione e di applicazione delle disposizioni legislative vigenti negli ordinamenti interni¹⁵.

¹² Il testo completo della Dichiarazione è contenuto in M.R. Saulle, *Codice internazionale dei diritti del minore*, cit., 24-26; mentre per il discorso relativo ai lavori preparatori della Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959 v. P.E. Veerman, *The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood*, cit. 159-180

¹³ Cfr. C. Zanghi, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2002 398-407

¹⁴ A.C. Moro, *Il bambino è un cittadino*, Milano, 1991, 19

¹⁵ *Ibidem*

1.2 La Convenzione del 1989 sui diritti dell'infanzia: lavori preparatori, portata e limiti.

Proprio alla fine del 1978, in preparazione dell'Anno Internazionale del bambino la cui proclamazione, ufficializzata il 1° gennaio 1979 dal Segretario Generale delle Nazioni Unite, Kurt Waldheim, aveva come obiettivo quello di sensibilizzare l'opinione pubblica in merito alle urgenti problematiche relative all'infanzia, tra cui la malnutrizione e l'insoddisfacente grado di istruzione dei minori, il Governo polacco propose all'ONU di redigere una vera e propria Convenzione sui diritti dell'Infanzia¹⁶.

La Polonia, che già in occasione della Dichiarazione del 1959, palesò la necessità di adottare una Convenzione a presidio dei diritti dei minori, segnalava la necessità di armonizzare tutte le norme esistenti sul piano internazionale relative ai fanciulli, eccessivamente lacunose e priva di effettività, tramite l'introduzione di uno strumento giuridico internazionale che vincolasse gli Stati firmatari¹⁷.

Il percorso che condusse alla redazione della Convenzione, tuttavia, fu tutt'altro che privo di ostacoli: la Commissione per i diritti umani dell'ONU decise di consultare sia gli Stati che le organizzazioni competenti e costituì un *working group* permanente con il compito di elaborare la struttura della Convenzione, sulla base dell'originaria bozza elaborata dalla Polonia: il gruppo di lavoro, composto da 43 rappresentanti degli Stati membri della Commissione sui Diritti dell'Uomo, da Organizzazione intergovernative (es. UNICEF) e da altre ONG dotate di statuto consultivo presso il Consiglio Economico e Sociale dell'ONU, organizzò

¹⁶ Per una ricostruzione in chiave storica delle tappe che hanno condotto alla redazione della CRC del 1989 sui commenti che seguirono alla sua introduzione, tra gli altri v. L. J. LeBlanc, *The Convention on the Rights of the Child*, Lincoln and London, 1995.

¹⁷ Il problema del rispetto dei diritti dei minori era avvertito come molto urgente dal governo polacco, dal momento che la Polonia subì una grave strage di bambini ed adolescenti a causa della seconda guerra mondiale. Sul punto v. Cfr. A. Lopatka, *Report on guiding ideas of the Convention*, in *La protezione internazionale dei diritti del fanciullo*, Trieste, 1993, 57 in cui l'autore afferma che «Poland submitted a draft Convention on the rights of the child with a view to inspiring a change in approach to the child. It wanted to disseminate universally a concept of child as holder of rights, rather than merely as a subject of care, to consolidate respect for child's personality and dignity his pride and the right to sustained physical and intellectual development»

riunioni periodiche dal 1980 al 1989 nella sede di Ginevra¹⁸.

La proposta iniziale del governo polacco fu gradualmente sostituita dai testi delle ONG e, alla fine del 1980, fu concepito un nuovo testo; ciononostante, i lavori proseguirono per altri otto anni sia a causa di problemi organizzativi che per via di posizioni contrastanti all'interno dei gruppi di lavoro¹⁹.

Solo alla fine del 1988 veniva realizzato il testo definitivo, ma anche in questo caso non senza punti di divergenza che, tuttavia, non impedirono alla Convenzione, al termine della discussione finale, di presentarsi come una sintesi equilibrata delle diverse posizioni emerse durante i lavori preparatori: e, infatti, durante le discussioni relative alla stesura dei diversi articoli, emerse in maniera evidente la diversità tra le due principali posizioni politiche e culturali allora esistenti, vale a dire quella del c.d. blocco di influenza sovietica, che aveva come priorità il rispetto per i diritti economico-sociali e quella dei Paesi Occidentali, maggiormente propensi a favorire i diritti civili e politici. Ma l'assoluta novità che emerse in sede di preparazione è che, a differenza dei lavori preparatori che caratterizzarono Dichiarazione dei diritti del bambino del 1959, in questo caso i Paesi in via di sviluppo giocarono un ruolo determinante, intervenendo in maniera sistematica nelle discussioni, fornendo una propria prospettiva originale e portando a sostanziali modifiche dell'elaborato finale.

Tale pluralità di vedute antropologiche e giuridiche, con il costante richiamo alla tutela dei diritti delle minoranze etniche, linguistiche, culturali, ha consentito di considerare con puntualità le specificità delle esigenze dei minori che versano in queste particolari condizioni, esprimendo, in definitiva, un esteso consenso in merito a quali siano i doveri della comunità internazionale nei confronti dell'infanzia: la Convenzione, pertanto, si presenta come un trattato dal respiro universale (come dimostreranno le successive ratifiche da parte della quasi totalità degli Stati del mondo) nonostante diverse perplessità espresse in dottrina²⁰.

¹⁸ Cfr. S. Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague, 1999, 16-20.

¹⁹ Cfr. E. Verhellen, *Convention on the Rights of the Child: Background, Motivation, Strategies, Main themes*, Leuven, 2000, 9 ss.

²⁰ Vedi, tra gli altri, I.Barrière-Brousse, *L'Enfant et les Conventions Internationales*, in 4, *Journal de Droit International*, 1996, 884 ss., la quale afferma che, il nuovo spirito di internazionalizzazione del diritto dell'Infanzia espresso nella Convenzione del 1989, nasconde il fatto che «il gioco di riserve, i limiti giuridici, politici, economici o sociologici relativi al recepimento delle regole internazionali poste dalla

Il testo della Convenzione del 1989, dunque, venne approvato dalla Commissione e, tramite il Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite (ECOSOC), venne sottoposto all'Assemblea Generale che lo approvò all'unanimità durante la seduta del 20 novembre dello stesso anno, decidendo che la stessa entrasse in vigore a trenta giorni dalla ventesima ratifica²¹.

1.3 Le norme della Convenzione

La Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia, pertanto, costituisce l'approdo finale di un lungo e complesso iter di elaborazione cominciato nel 1980 con la creazione di uno specifico gruppo di lavoro nato con lo specifico compito di elaborare quel documento che sarà poi definitivamente adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con la risoluzione 44/25 del 20 Novembre 1989 ed entrata in vigore il 2 Settembre del 1990²².

La Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza è composta da 54 articoli che delineano una serie di diritti civili e politici, ma anche di diritti economici, sociali e culturali che gli Stati firmatari si impegnano a garantire tramite la ratifica della stessa²³.

*Convenzione, escludono la possibilità di considerare come realizzati o in via di realizzazione, gli obiettivi proposti». Criticando l'ambiguità con cui la stessa ha tentato di coniugare culture come quella di tradizione islamica, vincolata ai precetti contenuti nella Shari'a, basata su un modello di famiglia poligama e patriarcale che mal si concilia con il principio di non discriminazione proclamato dall'art.2 della Convenzione. O ancora, P. Cendon, *Il bambino e le cose*, Milano, 1993, 5 ss, sottolinea la genericità e la non incisività della Convenzione la quale eluderebbe il problema principale della predisposizione di linee guida in grado di determinare un efficace sistema di rimedi contro gli illeciti verso i minori. Interessante ed originale anche il punto di vista di A.P. Garibo, *La convenzione internazionale sui diritti del fanciullo: diritto cosmopolita?* In 1, *Ragion Pratica*, 2009, 153 ss., in cui l'autrice parla di «maschera di legittimità» in riferimento al presunto universale consenso sul contenuto della Convenzione, tra Paesi in cui, in realtà, dietro ad un'analoga terminologia, si celano contenuti molto differenti.*

²¹ Cfr. E. Verhellen, *Convention on the Rights of the Child: Background, Motivation, Strategies, Main themes*, Leuven, 2000, 12.

²² Per una sintetica ma completa ricostruzione dei dieci anni di lavori preparatori della Convenzione ONU sui diritti dei minori si rinvia a N. Cantwell, *Origini, sviluppo e significato*, in V. Belotti – R. Ruggiero (a cura di), *Vent'anni di infanzia. Retorica e diritti dei bambini dopo la Convenzione dell'Ottantanove*, Milano, 2008, 39 ss.

²³ Ad oggi la Convenzione del 1989 è lo strumento internazionale che ha ricevuto maggior consenso internazionale dal momento che la stessa è stata ratificata da tutti gli Stati del mondo ad eccezione di Stati Uniti e Somalia. Inoltre, nel corso degli anni sono stati approvati ed entrati in vigore tre protocolli opzionali alla Convenzione. Questi sono il Protocollo Opzionale sul coinvolgimento dei minori nei conflitti armati (Optional Protocol on the involvement of children in Armed Conflict)

In generale, si può ritenere che, pur esprimendo limiti relativi ad una tutela considerata spesso minimale, la Convenzione non si limita a codificare diritti, ma sviluppa in maniera ampia e dettagliata le norme internazionali che devono essere applicate ai soggetti minori di età²⁴.

La principale novità di questo strumento normativo rispetto alle due precedenti dichiarazioni consiste, infatti, proprio nella sua effettività: infatti, le norme contenute nella Convenzione obbligano, non solo moralmente ma anche giuridicamente, gli Stati a porre in essere tutti i necessari provvedimenti per rendere effettivo il godimento dei diritti ivi enunciati. Con la Convenzione, pertanto, assistiamo al pieno riconoscimento dei diritti civili di soggetti che sono capaci di agire autonomamente, anche se con le loro specificità, e questi diritti non sono solamente diritti di protezione e tutela ma veri e propri diritti di libertà, esercitabili nei confronti di tutti coloro che possono ostacolarne l'attuazione²⁵.

Partendo dalla definizione di «child» che la Convenzione adotta, non si può non rilevare che l'accezione con cui il termine è utilizzato è diversa da quella riconducibile alla parola «bambino», ovvero di un individuo nell'età compresa tra la nascita e l'inizio dell'adolescenza: l'art.1 della Convenzione, infatti, specifica che il termine si riferisce ad «ogni essere umano al di sotto del diciottesimo anno di età, a meno che, secondo le leggi del suo Paese, non abbia raggiunto prima la maggiore età»²⁶.

Il termine utilizzato in Italia per parlare in maniera congiunta di bambino e di adolescente è senza dubbio il termine «minore»: tuttavia, sebbene terminologicamente più appropriato, tale definizione appare quanto meno criticabile, dal momento che essa sottolinea la situazione di “minorità” e

e il Protocollo Opzionale sulla vendita di bambini, la prostituzione minorile e la pornografia rappresentante minori (Optional Protocol on the Sale of Children, child prostitution and child pornography) del 2000; il Terzo Protocollo Opzionale è relativo alla procedura di presentazione di comunicazioni (Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure) ed è entrato in vigore nel 2014. Il testo dei protocolli è reperibile sul sito treaties.un.org.

²⁴ Cfr. N. Cantwell, *Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant*, in *Défense des Enfants International, Normes internationales relatives aux droits de l'enfant*, tomo I, Ginevra, 1995, 2.

²⁵ Cfr. V. Belotti – R.Ruggiero (a cura di), *Vent'anni di infanzia. Retorica e diritti dei bambini dopo la Convenzione dell'Ottantanove*, cit., 13-15.

²⁶ Avremo modo di vedere che la traduzione dall'inglese della parola «child» abbia portato non poche difficoltà in molti Paesi: oltre all'Italia, dove ufficialmente la Convenzione utilizza il termine “fanciullo”, in Paesi di lingua francese, viene utilizzato il termine “enfant”; in quelli di lingua spagnola si parla di “niño”; nei Paesi lusofoni, invece, è invalso l'uso del termine “criança”.

incompletezza del bambino, contrapposta alla pienezza della “maggiorità” dell’adulto²⁷.

Passando ad analizzare il contenuto della Convenzione, il quadro del minore che ne emerge è quello di un soggetto che è allo stesso tempo una persona autonoma ma che necessita di tutela: spesso in dottrina si è sottolineato che diritti con i quali la Convenzione ONU del 1989 cerca di rispondere alle reali esigenze dei soggetti minori di età sono sintetizzabili con la formula delle «3P», vale a dire le iniziali dei tre vocaboli inglesi “protection”, “provision”, “participation” (“protezione”, “cura” e “partecipazione”): la formula usata è indicativa della volontà di concedere ai minori la possibilità di esprimere liberamente la propria personalità in ambito familiare e sociale, ricevendo al contempo tutte le protezioni e l’assistenza necessaria affinché la loro partecipazione possa concretamente realizzarsi²⁸.

Del concetto di “protection”, pertanto, farebbero parte i diritti ad essere esentati da determinate attività e ad essere protetti contro il maltrattamento, la negligenza e contro le altre forme di sfruttamento (art.19); nel concetto di “prevision” sarebbero contenuti i diritti che consentono l’accesso a beni e servizi, come il diritto al cibo e alla salute (artt. 6, 24), il diritto all’educazione (art. art. 28, 29) e il diritto a godere della sicurezza sociale; infine, caratterizzerebbero la “participation”, il diritto a partecipare attivamente ad alcune situazioni e il diritto ad essere coinvolti nei processi decisionali che li riguardano direttamente (art. 12-17)²⁹.

Pertanto, la Convenzione, nel riconoscere il bambino non solo come oggetto di tutela e assistenza, in quanto portatore di bisogni, ma anche come soggetto di diritto, realizza quella che è stata definita una vera e propria “rivoluzione culturale”, introducendo di fatto una nuova concezione dell’infanzia e dell’adolescenza basata sulla piena titolarità dei diritti dei minorenni, che la famiglia, la società e lo Stato sono obbligati a tutelare ed incentivare³⁰.

²⁷ A.C. Moro, *Il bambino è un cittadino*, Milano, 1991, 21

²⁸ Per un approfondimento circa i contenuti della c.d. “3p theory” vedi, tra gli altri, J. Habashi, *Constitutional Analysis: A Proclamation of Children's Right to Protection, Provision, and Participation*, Leiden, 2010.

²⁹ E. Verhellen, *Contenuto, entrata in vigore e monitoraggio*, in V. Belotti – R.Ruggiero (a cura di), *Vent’anni di infanzia. Retorica e diritti dei bambini dopo la Convenzione dell’Ottantanove*, cit., 60-63.

³⁰ F. Mazzucchelli – L. Sartori, *Emergenza educazione. Costituzione e diritto formativo*, Milano, 2009, 66.

Nel Preambolo, la Convenzione sostiene la fede dei Popoli delle Nazioni Unite nei diritti umani fondamentali, nella dignità e nel valore dell'uomo, nel comune impegno di promuovere il progresso sociale e un migliore tenore di vita in una maggiore libertà e ribadisce (sulla scorta della Dichiarazione universale) che i diritti in questione devono spettare a tutti gli individui senza alcuna distinzione di razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica o di altro genere, origine nazionale o sociale, ricchezza, nascita o altra condizione. Sempre nel Preambolo, poi, si rileva la centralità della comunità familiare ai fini dello sviluppo del minore e la conseguente necessità che l'istituto familiare trovi l'assistenza e la protezione necessaria in tutti gli Stati aderenti, al fine di poter assumere le sue responsabilità all'interno della società: vengono così riconosciuti, accanto ai diritti dei minori, anche i diritti della famiglia, non solo nei riguardi dei figli ma anche rispetto alla comunità nazionale, venendo ormai la famiglia considerata, non solo come soggetto privato, ma anche come esercente il ruolo e le funzioni di soggetto pubblico³¹.

Nella prima parte della Convenzione (art. 1-41) vengono enunciati i diritti spettanti al minore, mentre la seconda parte (art. 42-45) riguarda le garanzie predisposte per la tutela effettiva dei diritti, tramite l'istituzione del Comitato per I diritti del fanciullo (di cui si parlerà diffusamente in seguito); la terza e ultima parte è, invece, dedicata alle modalità di ratifica e alla relativa efficacia della Convenzione, nonché alla possibilità dell'eventuale recesso da parte degli Stati e alla facoltà degli stessi di proporre proposte di modifica.

La Convenzione, inoltre, considera sempre il bambino all'interno del contesto del suo nucleo familiare e, pertanto, il rispetto dei diritti della famiglia risulta funzionale al regolare sviluppo della sua personalità: si spiega, così, l'insistenza in tutta una serie di norme, verso il rispetto dei diritti dei genitori inteso come modalità per agevolare l'emersione e la tutela degli interessi dei figli³².

³¹ Cfr. A.C. Moro, *Il bambino è un cittadino*, Milano, 1991, 22.

³² A questo proposito di grande interesse è il lavoro di G.B. Melton, *The child's right to a family environment: Why children's rights and family values are compatible*, 12, *American Psychologist*, 1996, 1234-1238, che in risposta alle critiche sollevate in seguito all'introduzione della Convenzione ONU del 1989, a proposito dei possibili conflitti di interessi tra i diritti dei genitori e quelli dei figli, dimostra con basi scientifiche, la convergenza esistente tra la tutela dei diritti del minore e lo sviluppo della vita familiare.

All'art. 2, ad esempio, viene posto l'accento sulla protezione del minore contro ogni forma di discriminazione o punizione poste in essere in base alle condizioni, alle attività, alle opinioni o al credo dei genitori; e ancora, la considerazione che sia necessario tenere in considerazione i diritti e i doveri dei genitori al fine di predisporre la protezione e le cure necessarie al benessere del minore (art. 3 n.1); l'art. 9, poi, riconosce che il bambino non possa essere separato dai genitori contro la loro volontà a meno che non si verificano situazioni particolari in cui le autorità competenti ritengano che la separazione sia opportuna per tutelare l'interesse del figlio, e tale situazione si verifica solo quando i genitori maltrattano o trascurano il fanciullo, oppure, nel caso in cui questi vivano separati, quando è necessario prendere una decisione con riguardo al luogo di residenza del fanciullo; sempre la stessa norma (art. 9 n.2, 3 e 4) sottolinea che in tali procedure le parti devono avere la possibilità di partecipare al procedimento al fine di esporre le proprie ragioni e che il bambino, anche dopo la separazione dei genitori, ha diritto a mantenere stabili relazioni con entrambi i genitori, salvo quando sia contrario al suo interesse, ed anche di conoscere le informazioni essenziali concernenti il luogo dove si trovano il familiare o i familiari quando tale separazione sia conseguenza di un provvedimento statale, come nel caso di detenzione; all'art. 10, invece, si insiste ancora con l'importanza di favorire con uno spirito positivo, con umanità e diligenza il ricongiungimento familiare allorché uno dei due genitori vivi in uno Stato differente da quello dove è collocato il nucleo familiare; entrambi i genitori, poi, hanno uguali responsabilità nell'educazione e nello sviluppo del bambino e, pertanto, lo Stato deve fornire un'opportuna assistenza ai genitori nell'assolvimento di tale obbligo (art. 18); il bambino, privato temporaneamente o definitivamente del proprio ambiente familiare (o che non continuare a vivere in tale ambiente) ha il diritto a ricevere protezione e ad aiuti speciali dello Stato, mediante affidamento, Kafala³³, adozione

³³ La Kafala è lo strumento principale di protezione dell'infanzia in alcuni Paesi islamici, per certi versi paragonabile all'affido, anche se le due figure non sono totalmente assimilabili. La kafala si può paragonare all'affido, anche se non vi è completa corrispondenza tra i due istituti: nella prassi, chi si assume l'onere della tutela del minore ha anche l'obbligo di provvedere al suo mantenimento, all'educazione ed alla sua protezione, fino al compimento della maggiore età; tuttavia il minore non riceve il cognome dei genitori a cui è affidato e non si instaura alcun tipo di rapporto ereditario tra i due, dal momento che la Kafala non fa cessare i rapporti tra il minore e la famiglia d'origine. Per un approfondimento sull'istituto giuridico della Kafala v. A. Cilardo, *Il minore nel diritto islamico. Il nuovo istituto della kafala*, in A. Cilardo (a cura di), *La tutela dei minori di*

e, in via residuale, tramite sistemazione in adeguati istituti per l'infanzia; l'art. 21, infine, è interamente dedicato all'istituto dell'adozione, la quale dovrà essere autorizzata solo dalle autorità competenti nel rispetto delle leggi e delle procedure e sulla base di informazioni affidabili relative al caso in esame; l'adozione internazionale viene considerato uno strumento alternativo di assistenza al minore solo qualora non sia possibile l'adozione o l'affido nel Paese di origine, fornendo allo stesso misure di tutela equivalenti a quelle esistenti per l'adozione nazionale; gli Stati devono impegnarsi per garantire che l'adozione internazionale non comporti fonte di profitto materiale indebito; sempre gli Stati devono stipulare tra di loro accordi bilaterali o multilaterali al fine di migliorare l'attuazione delle adozioni internazionali.

La Convenzione del 1989, inoltre, riconosce al minore una serie di diritti civili che sono a lui riconosciuti in quanto essere umano, primo tra tutti il diritto alla vita.

È l'art. 6 a prevedere che con tale termine si intenda sia la vita fisica ma anche il globale sviluppo della personalità: dal punto di vista della salute fisica, l'art. 24 riconosce il diritto del minore di «godere del miglior stato di salute possibile» e anche di «beneficiare di servizi medici e di riabilitazione»³⁴.

Sempre l'art. 24 (n.2 e 3) impegna gli Stati a fare il possibile per diminuire il tasso di mortalità tra gli infanti e tra i bambini; a riconoscere a tutti i bambini la necessaria assistenza e le cure mediche opportune; a contrastare malattie e malnutrizione; a garantire alle madri adeguate cure prima e dopo la nascita del bambino; ad impegnarsi affinché tutti ricevano informazioni in merito «alla salute e sulla nutrizione del minore, sui vantaggi dell'allattamento al seno, sull'igiene e sulla salubrità dell'ambiente e sulla prevenzione degli incidenti e benefico di un aiuto che consenta loro di mettere in pratica tali informazioni»; a sviluppare modalità prevenzione sanitaria, fornendo assistenza con opportuni servizi in materia di pianificazione familiare³⁵.

cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici, Napoli 2011, 236-237. Sul rapporto tra la disciplina prevista dalle Convenzioni Europee e le decisioni delle Corti Italiane in merito alla Kafala v. T. Tomeo, *La Kafala*, in <http://www.comparazionedirittocivile.it>, 7-12

³⁴ Sul diritto alla salute del minore v. A. Bobbio, *I diritti sottili del bambino*, Roma, 2007, 61-67

³⁵ Per un commentario sull'art. 24 della CRC v. A. Eide –W. B. Eide, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 24: The Right to Health*, Leiden, 2006.

Rispetto all'integrità fisica del minore, l'art. 19 Convenzione stabilisce che gli Stati debbano prendere tutte le misure legislative, amministrative, sociali ed educative, al fine di proteggere il bambino da qualsivoglia forma di violenza, danno, abuso fisico o mentale, trascuratezza o trattamento negligente, sfruttamento, compreso l'abuso sessuale. E lo stesso impegno viene previsto all'art. 33, per proteggere i minori dall'uso di sostanze stupefacenti, narcotici e sostanze psicotrope al fine di prevenire il loro impiego sia nella produzione illecita che nel traffico di queste sostanze³⁶.

Un altro importante aspetto è sicuramente quello relativo al divieto di ogni sfruttamento sessuale o violenza sessuale sui minori: l'art. 34 impegna gli Stati a prendere misure nazionali, bilaterali o multilaterali al fine di prevenire l'induzione e la coercizione del bambino nel coinvolgimento di qualsivoglia attività sessuale illegale, lo sfruttamento dei bambini nella prostituzione o per spettacoli o materiale pornografico; stesso impegno è richiesto agli Stati per prevenire rapimento, vendita, o traffico di bambini sotto qualsiasi forma (art. 35) e al fine di evitare ogni altro tipo di sfruttamento dei minori (art. 36).

Inoltre, la Convenzione pone attenzione anche a quelli che possiamo definire diritti della personalità del minore: pertanto, l'art. 7 riconosce il diritto ad essere registrato immediatamente dopo la nascita e il diritto ad avere un nome, una nazionalità, oltre ad essere messo nelle condizioni, nei limiti del possibile, di conoscere i propri genitori ed essere accudito da loro; l'art. 8 prevede ancora che il minore abbia il diritto a conservare la propria identità, nonché la nazionalità, il suo nome e le relazioni familiari; l'art. 12 prevede il diritto a formarsi un'opinione e che la stessa possa essere tenuta in debito conto nel corso dei procedimenti che lo riguardano; ancora l'art. 13 sancisce il diritto alla libertà di espressione e l'art. 14 alla libertà di coscienza e di religione, l'art. 15 alla libertà di associazione e di riunione e l'art. 16 tutela il suo diritto alla privacy contro tutte le forme di arbitraria interferenza.

³⁶ Per un commento all'art. 19 CRC e sulle sue possibilità di implementazione v. S. Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, cit., 320-326. Un commentario all'art. 33 è stato realizzato da D.Barrett - P.E. Veerman, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 33: Protection from Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, Leiden, 2012.

Conclusa la disamina degli articoli relativi ai cosiddetti diritti civili del minore, possiamo ora ad esaminare quelli che potremmo definire come diritti sociali dei soggetti minori di età che la Convenzione riconosce e tutela, primo tra tutti il diritto all'istruzione³⁷.

L'art. 28 della Convenzione impegna tutti gli Stati aderenti a rendere l'insegnamento primario obbligatorio e gratuito per tutti; favorire lo sviluppo di forme di istruzione secondaria al fine di renderle fruibili da tutti i bambini; adottare misure adeguate come la gratuità dell'insegnamento e l'offerta di aiuti finanziari lì dove fosse necessario; garantire a tutti, con tutti i mezzi adeguati, l'accesso all'insegnamento superiore in relazione delle capacità di ognuno; impegnarsi affinché l'informazione e l'orientamento scolastico e professionale siano aperte e accessibili a tutti i bambini ed adottare tutte le misure per promuovere la regolarità della frequenza scolastica e la diminuzione del tasso di abbandono scolastico.

Complementare all'art. 28, risulta l'art. 29 della Convenzione: quest'ultimo specifica che gli obiettivi dell'educazione del fanciullo consistono nello sviluppo della personalità dello stesso, nonché di tutti i suoi talenti e abilità mentali e fisiche; inculcare nei minori il rispetto per i diritti umani e le libertà fondamentali; sviluppare nel fanciullo il rispetto verso i propri genitori, la propria identità, la propria lingua e i valori culturali, nonché il rispetto dei valori nazionali propri e altrui; preparare il bambino ad assumersi le proprie responsabilità della vita in uno spirito di comprensione, pace, tolleranza, uguaglianza tra i sessi e di amicizia tra tutti i popoli; infine, sviluppare sin dall'infanzia il rispetto dell'ambiente naturale.

Relativamente al diritto all'istruzione e all'educazione è importante sottolineare che nel periodo nel quale la Convenzione prendeva forma (fine anni '80 del '900) il tasso di abbandono scolastico nel mondo occidentale era molto elevato dal momento che oltre 40 milioni di bambini non completava neanche il ciclo elementare³⁸.

³⁷ Il commentario all'art. 28 CRC relativo al diritto all'istruzione è stato realizzato da M. Verheyde, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 28: The Right to Education*, Leiden, 2006.

³⁸ Cfr. A.C. Moro, *Il bambino è un cittadino*, cit., 27

Continuando con i diritti sociali, l'art. 17 prevede il diritto ad una corretta informazione, impegnando gli Stati ad incoraggiare i mass media a diffondere informazioni che abbiano utilità sociale e culturale per l'infanzia; incoraggiare la produzione e la diffusione di materiale educativo utile per i bisogni linguistici dei bambini appartenenti a minoranze o indigeni; favorire l'elaborazione di principi destinati a proteggere il fanciullo dalle informazioni e dai materiali che potrebbero nuocere al suo benessere³⁹.

L'art. 26 prevede, ancora, che il bambino possa beneficiare di tutte le misure di mutualità e di sicurezza sociale con il pieno sostegno dell'attività statale, mentre l'art. 27 stabilisce il diritto del minore ad uno standard di vita adeguato al suo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale e sociale ed il relativo obbligo dello Stato di prendere le misure opportune affinché i genitori possano assicurare tale diritto; l'art. 31, invece, segnala l'importanza del diritto del minore al riposo e allo svago e la possibilità che lo stesso deve ricevere per poter giocare liberamente e per poter partecipare alla vita culturale e artistica; infine, l'art. 32 prevede che il bambino debba essere protetto dallo sfruttamento economico e da lavori che possano comprometterne la salute mentale e fisica: a tal fine gli Stati con ogni misura di tipo legislativo, amministrativo, sociale o educativo dovranno 1) stabilire un'età minima di ammissione all'impiego; 2) prevedere un'adeguata regolamentazione degli orari di lavoro e delle condizioni d'impiego; 3) prevedere sanzioni appropriate per garantire l'attuazione effettiva del contenuto di tale norma⁴⁰.

Un'altra caratteristica molto rilevante della Convenzione ONU del 1989 è quello di tutelare le particolari situazioni di svantaggio nelle quali i minori possono versare e che necessitano dell'intervento da parte degli Stati: l'art. 22, per esempio, tutela il minore rifugiato, prevedendo che lo Stato prenda le misure opportune affinché questo, con o senza l'accompagnamento dei genitori, possa ricevere la protezione adeguata e una reale assistenza umanitaria e godere, così, dei diritti

³⁹ Per un commento all'art 17 dell CRC v. S. W. Sacino, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 17: Access to a Diversity of Mass Media Sources*, Leiden, 2012.

⁴⁰ Per un commento dell'art. 32 CRC relativo al Diritto del minore alla protezione dallo sfruttamento economico v. L. Swepston, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 32: Protection from Economic Exploitation*, Leiden, 2012.

riconosciuti dalla Convenzione; consentire allo stesso di rintracciare i propri genitori e di permettere la riunificazione del nucleo familiare⁴¹.

L'art. 23 della Convenzione si occupa invece dei minori diversamente abili, sia a livello fisico che mentale: la norma prevede che essi debbano godere di una vita completa e soddisfacente tale da garantire la loro dignità e la partecipazione alla vita della comunità; gli Stati, inoltre, devono riconoscere al minore disabile tutte le cure speciali di cui lo stesso ha bisogno e l'assistenza, finché possibile, deve essere gratuita e finalizzata ad assicurare al bambino l'opportuna educazione, i servizi di cura sanitaria, i servizi di riabilitazione, la preparazione ad un impiego e le occasioni di svago che possano facilitare l'inclusione sociale del minore⁴².

Un'altra categoria di minori "a rischio" è sempre stata quella dei bambini coinvolti nei conflitti armati, ecco perché la Convenzione dedica l'art. 38 proprio a questa categoria di soggetti: la norma in questione impegna gli Stati a prendere ogni possibile misura per garantire cura e protezione ai minori coinvolti in un conflitto armato e statuisce che i bambini sotto i 15 anni non debbano in nessun caso prendere parte alle ostilità, e che agli adolescenti tra i 15 e i 18 anni siano reclutati solo in seguito ai soggetti maggiori di età⁴³.

⁴¹ Per un inquadramento aggiornato della problematica dei diritti dei minori rifugiati, delle legislazioni vigenti e dei limiti riscontrati nella prassi v. J. Pobjoy, *A Child Rights Framework for Assessing the Status of Refugee Children* in S. S. Juss – C. Harvey (ed.), *Contemporary Issues in Refugee Law*, Northampton, 2013, 91-137; T. Kaime, *The Normative Framework for Children's Rights in Refugee Situations*, Leiden, 2013, 401-426; relativamente al contesto europeo v. C. Smyth, *European Asylum Law and the Rights of the Child*, Abingdon, 2014.

⁴² La tematica dei diritti delle persone diversamente abili ha assunto una tale importanza nel corso degli anni tanto da spingere l'ONU ad elaborare una Convenzione specifica per questa categoria di soggetti. Nel dicembre 2006, infatti, l'Assemblea delle Nazioni Unite ha approvato la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità. L'articolo 7 della stessa, intitolato, "Minori con disabilità", stabilisce che «1. Gli Stati Parti adottano ogni misura necessaria a garantire il pieno godimento di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali da parte dei minori con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri minori. 2. In tutte le azioni concernenti i minori con disabilità, il superiore interesse del minore costituisce la considerazione preminente. 3. Gli Stati Parti garantiscono ai minori con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri minori, il diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni su tutte le questioni che li riguardano e le loro opinioni sono debitamente prese in considerazione, tenendo conto della loro età e grado di maturità, assicurando che sia fornita adeguata assistenza in relazione alla disabilità e all'età, allo scopo di realizzare tale diritto». Per un'analisi dettagliata alla predetta Convenzione, v., tra gli altri, O. M. Arnardóttir – G. Quinn (ed.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives*, Leiden, 2007.

⁴³ Il commentario relativo all'art. 38 dedicato ai minori vittime di conflitto armato è stato realizzato da F. Ang, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 38: Children in Armed Conflicts*, Leiden, 2005.

La Convenzione, inoltre, ha previsto una tutela speciale anche per tutelare i minori che hanno commesso reati e che sono, quindi, soggetti a trattamento sanzionatorio: viene, pertanto, ribadito, all'art. 37, che nessun minore può essere soggetto a trattamenti inumani e degradanti e contestualmente viene sancito il divieto per la pena capitale e l'ergastolo per i reati commessi da minori di anni 18; si ribadisce, inoltre, che nessun minore può essere detenuto illegalmente o arbitrariamente e che l'arresto e la detenzione devono essere posti in essere sempre in conformità con la legge, dovendo comunque costituire un'*extrema ratio*; il minore privato della libertà deve essere trattato con umanità e rispetto per la sua dignità di persona umana; la detenzione del minore dovrà avvenire in un luogo differente dai luoghi dove sono detenuti gli adulti, a meno che una soluzione differente non sia preferibile avendo riguardo per il suo superiore interesse, e il minore deve poter mantenere i contatti con la propria famiglia; infine, il bambino deve poter ricevere l'opportuna assistenza legale⁴⁴.

Molto rilevante è la considerazione contenuta nella Convenzione circa la finalità dell'intervento penale con riguardo alla situazione del minore soggetto a detenzione: la detenzione, infatti, dovrà avere un obiettivo rieducativo, e pertanto, bisognerà in ogni modo di cercare di preparare la reintegrazione del minore nella società nella quale questo dovrà assumere un ruolo costruttivo; inoltre, la Convenzione, con l'art. 40, impegna gli Stati a definire un'età minima prima della quale i minori devono essere considerati non in grado di violare norme penali e a prevedere una pluralità di strumenti alternativi al trattamento istituzionale al fine di garantire ai minori di essere trattati in modo proporzionato alla loro condizione e allo specifico reato commesso⁴⁵.

Da ultimo, va sottolineato al fine di rendere effettiva la tutela dei diritti fin qui sintetizzati e garantire che i diritti dei minori siano, non solo riconosciuti in maniera formale, ma anche praticamente attuati, ha previsto il sistema di controllo del Comitato sui diritti dell'infanzia, composto da 10 membri eletti dagli Stati parte

⁴⁴ Per commento completo ed asustivo all'art 37 relativo al Divieto di tortura e privazione della libertà del minore, v. W. Schabas – H. Sax, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 37: Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment and Deprivation of Liberty*, Leiden, 2006

⁴⁵ Un focus relativo alla concezione della giustizia penale minorile che emerge dall'art. 40 della Convenzione è realizzato da, G. Van Bueren, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 40*, Leiden, 2006

della Convenzione al quale gli stati sottopongono periodici rapporti in merito alle misure adottate per implementare i dettami convenzionali⁴⁶.

In conclusione, si può senz'altro affermare che la Convenzione ONU del 1989 costituisce un grande passo in avanti nella lunga strada verso una reale e concreta tutela dei diritti dell'infanzia: con questo strumento si passa dalle mere dichiarazioni di intenti delle comunità delle genti ad impegni concreti e dettagliati in capo gli Stati aderenti, con la possibilità di monitorare l'effettivo rispetto dei diritti dei minori tramite un vero e proprio meccanismo di controllo⁴⁷.

1.4 L'emersione del principio del “*Best interests of the child*”.

Ma la vera chiave interpretativa per comprendere ed implementare tutti i diritti riconosciuti al minore dalla Convenzione, ci viene suggerita da una norma che risulta essere la perfetta sintesi della condivisa volontà del legislatore del 1989, nonché l'espressione più adeguata della filosofia che sta alla base di questo documento: il riferimento è all'art. 3 della Convenzione in cui viene affermato che «*In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration*»⁴⁸.

L'art. 3 della Convenzione, quindi, afferma che in tutte le decisioni che riguardano il minore, siano esse promosse da istituzioni di assistenza sociale, pubbliche o private, o che abbiano carattere legislativo, amministrativo o

⁴⁶ Se ne parlerà in maniera dettagliata più avanti (paragrafo 1.4)

⁴⁷ A.C. Moro, *Il bambino è un cittadino*, Milano, 1991, 32-33

⁴⁸ Come è noto, la dottrina sviluppatasi per tentare di dare un contenuto al principio del *best interests of the child* è vastissima. Si vedano, tra gli altri, J. Eekelaar, *Interests of the child and the child's wishes*, in P. Alston (eds), *The best interests of the child*, Oxford, 1994, 57; I. Gaber – J. Aldridge, *In the Best Interests of the Child: Culture, Identity, and Transracial Adoption*, Londra, 1994; C. Breen, *The Standard of the Best Interests of the Child*, The Hague, 2002; M. Freeman, *Article 3 – The best interests of the child*, Leiden – Boston, 2007; T. Buck, *International Child Law*, London, 2014. E nella dottrina italiana, tra i molti, M. Dogliotti, *Che cosa è l'interesse del minore?* In 6, *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1992, 1093-1101; A. Beghè Loreti (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti dei fanciulli*, Padova, 1995; G. Turri, *La valutazione dell'interesse del minore. Profili giuridici e profili psicologici*, in 1, *Questione Giustizia*, 2000, 705-719; C. Focarelli, *La convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»*, in 4, *Rivista di diritto internazionale*, 2010, 981-993; R. Rivello, *L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità*, in 3, *Minorigiustizia*, 2011, 15-27.

giudiziario, l'interesse superiore del minore deve costituire il principale criterio di riferimento, elevando, così, lo stesso a principio generale⁴⁹

L'affermazione della centralità del fanciullo, tramite il ricorso al superiore interesse del minore (enunciato per la prima volta nel secondo principio della Dichiarazione del 1959⁵⁰), diviene così una vera e propria "stella polare"⁵¹ in tutte le decisioni riguardanti i soggetti minori di età.

Una norma di tale portata, che per il carattere di generalità avrebbe potuto trovare la sua naturale collocazione all'interno del Preambolo, va considerata come parametro ermeneutico per la comprensione di tutte le altre norme enunciate nella Convenzione e anche come canone interpretativo di tutte le legislazioni che nei vari Stati viene posta in essere a tutela del soggetto minore⁵².

Il principio del *best interests of the child* è, poi, enunciato in altre sette occasioni all'interno della Convenzione, relativamente a materie più specifiche e più precisamente: nell'art.9 par.1, viene contemplato il divieto di separazione del minore dai genitori contro la loro volontà, a meno che questa non sia necessaria, avuto riguardo del suo superiore interesse, e nel par.3 dello stesso articolo, la Convenzione impegna gli Stati all'obbligo di rispettare il diritto del minore separato da uno o da entrambi i genitori di mantenere stabili relazioni e rapporti personali con gli stessi, a meno che questo non risulti nel suo superiore interesse; l'art. 18 prevede che i genitori si assumano la responsabilità e provvedano allo sviluppo del minore nel suo migliore interesse; l'art. 20, ancora, impone l'assistenza statale per tutti quei minori che, in maniera temporanea o definitiva, siano privati del loro ambiente familiare, avendo cura del loro interesse superiore; l'art. 21 prevede che gli Stati diano primaria considerazione al superiore interesse del minore relativamente alle legislazioni interne sulle adozioni; l'art. 37 lett. c. obbliga gli

⁴⁹ L. Purdy, *In Their Best Interest? The Case Against Equal Rights for Children*, Ithaca, 1992; J. Goldstein - A.J. Solnit - A. Freud, *The Best Interests of the Child: The Least Detrimental Alternative*, New York, 1998; J.E. Artis, *Judging the Best Interests of the Child: Judges' Accounts of the Tender Years Doctrine*, in *Law and Society Review*, 2004, 769-806

⁵⁰ Il testo del secondo principio della Dichiarazione prevedeva che « *The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interests of the child shall be the paramount consideration.*»

⁵¹ A. Pisanò, *I diritti umani come fenomeno cosmopolita*, cit., 212

⁵² Cfr. A.C. Moro, *Il bambino è un cittadino*, cit., 34

Stati a tenere separati dagli adulti i minori detenuti, a meno che non sia nel loro superiore interesse una soluzione diversa; infine, l'art. 40, par. 2, lett. b., iii) attribuisce al minore il diritto ad essere giudicato senza indugio, a meno che, a causa della «sua età o della sua situazione», non sia nel suo superiore interesse evitare di godere di tale privilegio.

A fronte di una tale vastità di specificazioni, tuttavia, il principio del superiore interesse del minore è stato fortemente criticato in dottrina sin dal momento dell'introduzione della Convenzione, accusato di risultare eccessivamente vago⁵³: c'è chi ha parlato, con riferimento a quest'ultimo, di concetto fatato⁵⁴, chi di pozione magica⁵⁵, chi lo ha definito una vuota tautologia⁵⁶ o ancora come una sorta di *paspartout* discrezionale⁵⁷, in nome del quale vengono prese decisioni molto diverse tra loro, attingendole al soggettivismo e alla discrezionalità.

Per la verità, la prima ambiguità relativa all'espressione "superiore interesse del minore" è innanzitutto terminologica: ed invero, nella formulazione utilizzata nella Dichiarazione del 1959, nella sua versione inglese, si stabiliva che «*the best interests of the child shall be the paramount consideration*», vale a dire che la considerazione relativa all'interesse superiore del minore dovesse essere "la" considerazione decisiva in ogni questione relativa a bambini o adolescenti⁵⁸.

Allorquando l'espressione venne ripresa durante i lavori preparatori per la Convenzione del 1989, la prima proposta del governo polacco fu appunto quella di utilizzare l'espressione «*the paramount consideration*»: tuttavia, i delegati degli altri Paesi criticarono tale espressione e proposero di sostituirla con la dicitura «a

⁵³ Cfr. Y. Benhamou, *La Convention de New York, le droit international et le juge français*, in 2, *La Semaine Juridique Edition Générale*, 11 Janvier 1995, 321, in cui l'autore afferma che la nozione di interesse superiore sia difficilmente definibile in concreto aprendo pertanto a possibili e differenti interpretazioni da parte dei giudici.

⁵⁴ P. Ronfani, *L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?* In 1, *Sociologia e diritto*, 1997, che riprende la celebre espressione di Jean Carbonier, contenuta in *note sous cour d'appel de Paris*, 30 avril 1959, D. 1960.673, spéc. p. 675.

⁵⁵ I. Thery, *Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique?*, in 2, *Esprit*, 1994.

⁵⁶ M. Dogliotti, *Che cos'è l'interesse del minore*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 1992, 1093.

⁵⁷ G. Dosi, *Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 1995, 1604.

⁵⁸ C. Focarelli, *La convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»*, cit., 986

primary consideration», che fu quella introdotta nella stesura definitiva della Convenzione⁵⁹.

Una tale opzione rivelerebbe la volontà di considerare il superiore interesse del minore come una considerazione sicuramente preminente ma non decisiva in tutte le situazioni: risulterebbe, pertanto, necessario operare un bilanciamento tra i vari interessi coinvolti di volta in volta nei casi di specie, e tra questi, l'interesse del minore potrà o meno prevalere a seconda della sua rilevanza rispetto agli interessi delle altre parti⁶⁰.

Tuttavia, se nel testo inglese della Convenzione viene rimarcata la pluralità («interests») di interessi superiori del minore da valutare come «primary consideration», nel testo francese la situazione è fortemente differente: qui infatti, il termine «interesse» è usato al singolare («intérêt») e la sua valutazione risulta una «considération primordiale». Seguendo il testo inglese, di conseguenza, l'interprete è chiamato ad operare un bilanciamento tra i diversi interessi esistenti in capo al minore e tra gli interessi di questo e gli interessi degli altri soggetti coinvolti; valutando il testo francese, invece, l'interprete non potrà far altro che far prevalere l'interesse superiore del minore, senza operare alcun tipo di bilanciamento. Passando poi a valutare il contesto in cui l'interesse del minore si colloca, la situazione non è meno complessa: ed infatti, rilevando che l'art. 3, par.1, parla di «interessi» del minore, è necessario, secondo alcuni, comprendere il rapporto che si instaura tra tali interessi e gli eventuali «diritti» che si possono attribuire ai minori in base alla stessa Convenzione e, poi, definire «*dal punto di vista di chi*» il superiore interesse del minore debba essere stabilito⁶¹.

Quel che è certo è che la Convenzione richiede che il giudice tenga in considerazione non un concetto astratto, relativo alla generica categoria dei minori, quanto piuttosto il concreto interesse del minore, nella unicità della sua

⁵⁹ M. Freeman, Article 3 – *The best interests of the child*, Leiden – Boston, 2007, 25-26

⁶⁰ P. Alston, *The Best Interests Principle : towards a Reconciliation of Culture and Human Rights*, in *International Journal of Law and Family*, 1994, 11; M. Freeman, Article 3 – *The best interests of the child*, cit., 26-27.

⁶¹ Cfr. C. Focarelli, *La convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»*, cit., 987-989.

vicenda esistenziale e nel particolare contesto in cui egli vive e che, in base a questo, prenda la decisione che meglio promuove i suoi diritti⁶².

1.5 Il Comitato ONU sui diritti dell'infanzia.

L'altra rilevante novità introdotta dalla Convenzione, come accennato in precedenza, è senza dubbio l'introduzione del Comitato ONU sui diritti dell'infanzia, un vero e proprio meccanismo di controllo in grado di monitorare il rispetto dei diritti dei minori e l'implementazione degli stessi da parte degli Stati aderenti. Tale sistema garantisce, infatti, che i diritti enunciati nella Convenzione non siano solo formalmente riconosciuti ma siano anche attuati e garantiti in concreto⁶³.

Come prevede l'art. 43, questo organismo è composto da diciotto esperti⁶⁴ «di alta moralità e in possesso di una competenza riconosciuta nel settore oggetto della presente Convenzione»: i suoi membri vengono eletti dagli Stati parte tra una lista di soggetti designati dagli stessi Stati, e partecipano a titolo personale secondo un criterio di ripartizione geografica, in considerazione dei principali ordinamenti giuridici. Per poter realizzare un lavoro lungo e complesso, considerato che la Convenzione è stata ratificata da 191 paesi, il Comitato ha previsto di riunirsi tre volte l'anno nella sede di Ginevra.

Il ruolo primario rivestito da tale organismo è quello di esaminare i *reports* che gli Stati «si impegnano a sottoporre al Comitato ogni cinque anni, sulle misure da essi adottate per applicare i diritti riconosciuti nella Convenzione e sui progressi compiuti nella realizzazione di questi diritti» come previsto dall'art. 44 della CRC. In questi rapporti i governi, attenendosi alle direttive indicate dallo stesso

⁶² G. Ferrando, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in 1, *Politica del diritto*, 1998, 169-170

⁶³ Sull'istituzione, la struttura e il funzionamento del Comitato ONU sui diritti dell'infanzia, v. M. Verheyde - G. Goedertier, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Articles 43-45: The UN Committee on the Rights of the Child*, Leiden, 2006. Sullo specifico ruolo svolto dal Comitato relativamente al diritto internazionale umanitario, v. D. Weissbrodt - J. C. Hansen - N.H. Nesbitt, *The Role of the Committee on the Rights of the Child in Interpreting and Developing International Humanitarian Law*, in 24, *Harvard Human Rights Journal*, 2011, 115-153.

⁶⁴ Nel 2003, il numero dei membri del Comitato è stato aumentato dai 10 originari, ai 18 attuali per poter sopperire alle esigenze di lavoro dovute all'enorme numero di ratifiche ricevute dalla Convenzione ONU e di conseguenza al numero di rapporti inviati periodicamente al Comitato.

Comitato, devono indicare ogni genere di iniziativa compiuta al fine di migliorare le condizioni di vita dei bambini e i relativi provvedimenti legislativi e amministrativi adottati; inoltre, i governi sono tenuti a fornire dettagli in merito alle misure adottate per implementare le norme degli articoli più rilevanti come per esempio l'art. 2 relativo alla "non-discriminazione" o l'art.3 sul "superiore interesse del minore".

Al fine di ottenere un quadro maggiormente significativo rispetto alla situazione dell'infanzia in un determinato Paese, gli esperti possono usufruire della documentazione sul lavoro compiuto dalle diverse Organizzazioni non governative, le quali si avvalgono di un'analisi approfondita, spesso più rispondente alle richieste del Comitato; le ONG, inoltre, hanno la facoltà di presentare rapporti alternativi, suggerendo differenti percorsi di azione al fine di migliorare la situazione dei minori che vivono nei diversi Paesi. Tali studi risultano talvolta indispensabili, dal momento che è molto infrequente che un report ufficiale possa fornire un quadro esaustivo e totalmente descrittivo della reale situazione della tutela dei diritti dei bambini.

I *reports* dei governi seguono la struttura definita dallo stesso Comitato ONU, il quale predispone le linee guida per la redazione dei rapporti periodici, raggruppando i diversi articoli della Convenzione all'interno dei seguenti gruppi tematici: I. Misure generali di attuazione (articoli 4, 42, 44 para 6); II. Definizione di minore (articolo 1); III. Principi generali (articoli 2, 3, 6, 12); IV. Diritti civili e libertà (articoli 7, 8, 13-17, 37 a); V. Ambiente familiare e misure alternative (articoli 5, 9-II, 18 para 1-2, 9-II, 19 21, 25, 27 para 4, 39); VI. Salute ed assistenza (articoli 6, 18 para 3, 23, 24, 26, 27 para 1-3); VII. Educazione, gioco, attività culturali (articoli 28, 29, 31); VIII. Misure speciali per la tutela dei minori (articoli 22, 38, 39, 40, 37b-d, 32-36)⁶⁵.

Il Comitato, in seguito all'analisi del singolo rapporto, fornisce alcune osservazioni in merito alle situazioni che necessitano di ulteriore approfondimento e saranno riesaminati nei successivi reports; nella dichiarazione finale, poi, i membri del Comitato rilevano quelli che considerano gli aspetti

⁶⁵ Gruppo di Lavoro per la Convenzione sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza, *L'implementazione ed il sistema di monitoraggio della CRC*, disponibile su http://images.savethechildren.it/IT/f/img_publicazioni/img107_b.pdf

positivi e negativi rispetto alle misure adottate in favore dei minori da un determinato Paese.

L'altro importante compito del Comitato sui diritti dell'infanzia è senza dubbio quello di suggerire agli Stati nuove modalità per promuovere la diffusione dello spirito della Convenzione e dei diritti contenuti nella stessa all'interno dei diversi Paesi, o su come poter migliorare in ambito scolastico, medico e sociale, le condizioni di vita dei bambini. Gli esperti hanno inoltre il compito di dialogare in maniera continuativa e dinamica oltre che con i diversi delegati degli Stati, anche con i membri della società civile, i quali devono essere costantemente informati circa il contenuto dei *reports* presentati, oltre che sulle osservazioni conclusive del Comitato. E proprio grazie alle indicazioni fornite dal Comitato, in determinati Paesi sono stati introdotti all'interno del dettato costituzionale alcuni articoli della Convenzione, sono state approvate nuove leggi o regolamenti a tutela dell'infanzia o sono stati realizzati nuovi percorsi educativi negli istituti scolastici al fine di sensibilizzare sul tema dei diritti dei minori⁶⁶.

Appare pertanto evidente che, anche se il Comitato è privo di un vero e proprio potere sanzionatorio, consistendo il suo compito nel monitorare l'implementazione che gli Stati fanno dei principi espressi nella Convenzione, il suo lavoro risulta fondamentale affinché i diritti dei minori possano godere di una maggiore effettività: a tal proposito il Comitato ha, inoltre, individuato quattro principi generali, trasversali a tutti i principi espressi dalla CRC, ed in grado di fornire un orientamento ai governi per la sua attuazione: la non discriminazione (art. 2- "tutti i diritti sanciti dalla CRC si applicano a tutti i minori senza alcuna distinzione"); il superiore interesse del minore (art. 3 - "in tutte le decisioni il superiore interesse del minore deve avere una considerazione preminente"); il diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo (art. 6 - "...non solo il diritto alla vita ma garantire anche la sopravvivenza e lo sviluppo"); la partecipazione e il

⁶⁶ L'ultimo e molto rilevante esempio è stata l'approvazione (quasi all'unanimità) da parte del Parlamento della Tunisia, il 14 Gennaio 2014, in merito all'inserimento nella nuova carta costituzionale di un articolo che prevede la tutela dei diritti dell'infanzia. Il nuovo articolo 47 della Costituzione tunisina stabilisce infatti che: «*Children are guaranteed the rights to dignity, health, care and education from their parents and the state. The state must provide all types of protection to all children without discrimination and in accordance with their best interest*». Il testo integrale della nuova costituzione della Tunisia è reperibile su https://www.constituteproject.org/constitution/Tunisia_2014.pdf

rispetto per l'opinione del minore (art. 12 – “per determinare in che cosa consiste il superiore interesse del minore, il suo diritto di essere ascoltato e che la sua opinione sia presa in considerazione”)⁶⁷.

1.6 Il ruolo dei “General Comments”

Infine, un altro ruolo di grande rilievo è sicuramente svolto dai “*general comments*” del Comitato Onu sui diritti dell'infanzia: tali commenti si propongono di offrire agli Stati parti della Convenzione ONU, le indicazioni e le raccomandazioni utili ai fini di corretta applicazione dei principi espressi nel documento internazionale del 1989.

Dal 2001 al 2014 il Comitato ha espresso ben 14 “*general comments*” su altrettante questioni tematiche, e più precisamente: Commento Generale n. 1 “Le finalità dell'educazione”, 17 aprile 2001; Commento Generale n. 2 “Il ruolo delle istituzioni nazionali indipendenti per i diritti umani in materia di promozione e protezione dei diritti dell'infanzia”, 13-31 gennaio 2003; Commento Generale n. 3 “HIV/AIDS e diritti dell'infanzia”, 17 marzo 2003; Commento Generale n. 4 “Salute e sviluppi degli adolescenti nel contesto della Convenzione sui diritti dell'infanzia”, 19 maggio - 6 giugno 2003; Commento generale n. 5 “Le misure generali di attuazione della Convenzione sui diritti dell'infanzia” (artt. 4, 42, 44, par. 6), 19 settembre - 3 ottobre 2003; Commento Generale n. 6 “Trattamento dei bambini separati dalle proprie famiglie e non accompagnati, fuori dal loro paese d'origine”, 3 giugno 2005; Commento Generale n. 7/Rev.I. “Implementazione dei diritti del minore nella prima infanzia”, 20 settembre 2006; Commento Generale n. 8 “Il diritto del minore ad essere protetto da punizioni corporali e da altre punizioni crudeli o degradanti”, 2 marzo 2007; Commento Generale n. 9 “I diritti dei minori con disabilità”, 27 febbraio 2007; Commento Generale n. 10 “I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in materia di giustizia minorile”, 15 gennaio - 2 febbraio 2007; Commento Generale n. 11 “I bambini autoctoni e i loro diritti sotto la Convenzione”, 12 febbraio 2009; Commento Generale n. 12 “Il diritto del minore ad essere ascoltato”, 1 luglio 2009; Commento Generale n. 13 “Il diritto del minore alla libertà da ogni forma di violenza”, 8 aprile 2011; Commento Generale n. 14 “Il

⁶⁷ Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, *Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*, in <http://www.garanteinfanzia.org/diritti>

diritto del minore al rispetto del suo superiore interesse come primaria considerazione”, 29 maggio 2013; Commento Generale n. 15 “sul diritto del minore di godere del miglior stato di salute”, 17 aprile 2013; Commento Generale n. 16 “Gli obblighi degli Stati relativi all'impatto del settore delle imprese sui diritti dell'infanzia”, 17 aprile 2013; Commento Generale n. 17 “sul diritto del minore a godere di riposo, tempo libero, gioco, attività ricreative, e di vita culturale ed artistica”, 17 aprile 2013⁶⁸.

Ai fini della nostra ricerca molto rilevante risulta il commento generale, numero 14 del 29 maggio 2014, riguardante l'interesse superiore del minore, che ha come principale obiettivo quello di rafforzare la comprensione e l'implementazione del criterio dell'interesse superiore del minore, inteso come considerazione preminente in tutte le decisioni che riguardano i bambini e gli adolescenti: il “*best interests of the child*” viene definito dal Comitato, nel testo del commento, come un concetto in evoluzione che comprende varie questioni che mutano continuamente⁶⁹, ma che è comunque caratterizzato da una triplice valenza.

Il superiore interesse del minore viene, infatti, prima di tutto considerato come diritto sostanziale: il diritto del minore a che il suo interesse superiore sia considerato in maniera prioritaria quando entra in conflitto con altri interessi può essere riferito sia al minore singolo che ad un gruppo di minori identificato o non identificato. L'art. 3 par.1, infatti, crea un intrinseco obbligo in capo agli Stati, dal momento che esso è direttamente applicabile (*self-executing*) e può essere invocato dinanzi ad un tribunale interno. Il secondo ruolo svolto dal “*best interests of the child*” è quello di fondamentale principio legale interpretativo: qualora infatti una previsione legale si presti a molteplici interpretazioni, deve essere scelta quella che meglio serve l'interesse superiore del minore e, a tal fine, i diritti sanciti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli opzionali forniscono il quadro tale l'interpretazione. Infine, la terza ed ultima valenza del “*best interests of the child*” è

⁶⁸ Tutti i testi dei commenti generali sono disponibili sul sito dell'Alto Commissariato per i diritti umani, all'indirizzo http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=II

⁶⁹ Al punto II del General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1) viene specificato, infatti, che “*The best interests of the child is a dynamic concept that encompasses various issues which are continuously evolving*”.

quella di natura procedurale: quando una pronuncia giurisprudenziale coinvolge un minore o più minori, questa deve contenere obbligatoriamente una valutazione dell'impatto (positivo o negativo) della decisione in questione sulla vita degli stessi. Inoltre, la motivazione di una sentenza deve dimostrare che l'interesse del minore è stato esplicitamente preso in considerazione: riguardo a ciò, gli Stati parte hanno l'obbligo di mostrare come il diritto in questione sia stato rispettato nella decisione specifica, il che significa mostrare in che modo è stato considerato il "best interest" del minore, su quali criteri lo stesso è stato fondato e come il "best interest" è stato bilanciato con gli altri interessi in gioco⁷⁰.

Il commento, infine, si chiude con una serie di suggerimenti forniti dal Comitato su come valutare nel concreto il superiore interesse del minore: nel commento si apprende che gli elementi da tenere sempre in considerazione sono: 1) l'opinione del minore; 2) l'identità del minore; 3) la salvaguardia del contesto familiare ed il mantenimento delle relazioni significative 4) la cura, la protezione e la sicurezza del minore; 5) il diritto alla salute; 6) il diritto all'educazione⁷¹.

Appare, adesso, chiara l'utilità dei commenti generali del Comitato dell'infanzia, che sebbene non vincolanti, forniscono una chiave interpretativa molto dettagliata agli operatori (siano essi familiari, servizi sociali, o giudici) i quali avranno un valido ausilio allorquando si troveranno coinvolti a vario titolo nelle dinamiche che ineriscono alla tutela dei diritti dei minori.

Tuttavia, come vedremo in maniera dettagliata nel corso dei capitoli, la mera applicazione delle linee guida non può in alcun modo sostituire né la responsabilità educativa della famiglia né la responsabilità umana e professionale dell'operatore sociale o del giudice chiamato a giudicare nel caso concreto: i diritti riconosciuti all'uomo in formazione, infatti, sono strettamente connessi con i suoi bisogni di crescita umana e, pertanto, è necessario riconoscere che non sempre l'ordinamento giuridico o le strutture amministrative di protezione possono rispondere in maniera soddisfacente alle fondamentali esigenze di una persona, e, a maggior ragione, a quelle di un minore⁷².

⁷⁰ Cfr. punto 6 del General comment No. 14 (2013) cit.

⁷¹ ibidem, punti 52-79 .

⁷² Cfr. A.C. Moro, *Il bambino è un cittadino*, cit., 59.

CAPITOLO II

II “*BEST INTERESTS OF THE CHILD*”

NELL’INTERPRETAZIONE DELLE CORTI

EUROPEE



Sezione I –

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Introduzione

In seguito all'entrata in vigore della Convenzione ONU sui diritti dell'Infanzia del 1989, ratificata dall'Italia il 5 settembre 1991 (L.176/1991), molteplici sono stati gli interrogativi emersi dal punto di vista ermeneutico.

Come abbiamo visto, in merito al concetto di *best interest of the child*, a causa dell'ampiezza della formula utilizzata e dell'indeterminatezza che facilmente si presta ad interpretazioni ideologicamente segnate, molteplici e a volte aspre sono apparse le critiche sollevate in dottrina.

Un apporto determinante nel lavoro di comprensione di un concetto tanto discusso è stato sicuramente fornito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: lo sviluppo della tradizione per via giurisprudenziale del *best interest of the child* nell'ambito della Convenzione europea ha contribuito a riempire di significato tale espressione, conferendole connotati sempre più precisi.

La giurisprudenza della Corte EDU documenta come la relazione tra lo standard del *best interest* e la Convenzione si sviluppi prevalentemente in relazione ai casi concernenti l'articolo 8⁷³, norma che tutela la vita privata e familiare di un soggetto.

La norma in questione afferma che sia le azioni positive dello Stato sia le omissioni nei confronti dell'individuo, possono integrare gli estremi di un'interferenza nella vita privata e familiare di un soggetto, a meno che non trovino una giustificazione ai sensi del comma 2 dello stesso articolo: l'interferenza in tal senso deve essere prevista dalla legge e deve consistere in una misura che, in una società democratica, risulti necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine

⁷³ Per un rapporto aggiornato sulla relazione tra i diritti dei minori e l'art. 8 CEDU vedi K. Hughes, *The Child's Right to Privacy and Article 8 European Convention on Human Rights* in Michael Freeman (Ed), *Current Legal Issues: Law and Childhood Studies* (14), Oxford, 2012, 456-486; precipuamente sul rapporto tra art. 8 CEDU e principio del *best interests of the child* vedi C. Breen, *The standard of best interests of the child*, Leiden, 2002, 242 ss.

pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui⁷⁴.

L'intento originario di questa norma consiste nel proteggere i diversi interessi dei membri di una famiglia dalle possibili ingerenze dello Stato⁷⁵.

La Corte, quindi, ha iniziato a ritenere che il superiore interesse del minore costituisca una considerazione prioritaria innanzitutto con riferimento alle questioni di custodia dei bambini, nelle dispute tra i genitori ed in relazione al diritto di accesso del genitore non affidatario.

I giudici di Strasburgo hanno immediatamente segnalato che, anche nei casi di crisi coniugali, il mantenimento del legame tra il bambino ed entrambi i genitori assume un'importanza fondamentale: è quanto emerge già a partire dal caso *W c. Regno Unito*⁷⁶ del 1987, primo caso in assoluto in cui la Corte si serve di questo innovativo parametro.

Un'altra decisione che ci fornisce dettagli interessanti in merito al contenuto del superiore interesse, diventato tra l'altro uno dei *leading cases* sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, è certamente il caso *Olsson c. Svezia (2)*⁷⁷ del 1992, sempre relativo alla presa in cura di soggetti minorenni.

In questa sede la Corte europea ribadisce il proprio ruolo spiccatamente sussidiario⁷⁸ rispetto al diritto interno: quest'ultimo è ritenuto maggiormente idoneo a stabilire portata e limiti dei diritti e degli interessi dei minori, data la maggiore vicinanza ai soggetti coinvolti e l'immediatezza nello svolgimento dei processi, restando l'intervento del tribunale internazionale posteriore ed eventuale, in casi non fronteggiabili a livello interno.

Ed infatti, fino al 1999, sono solamente 13 i casi presentati dinanzi alla Corte di Strasburgo in cui questa si trova ad esaminare il superiore interesse del minore;

⁷⁴ Commento all'art. 8 CEDU su S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 307 ss.

⁷⁵ E' quanto si può evincere anche dai *Travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 9.08.1956, consultabili sul sito <http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART8-DH%2856%2912-ENI674980.pdf>

⁷⁶ *W. c. Regno Unito*, 8.07.1987, in www.echr.coe.int

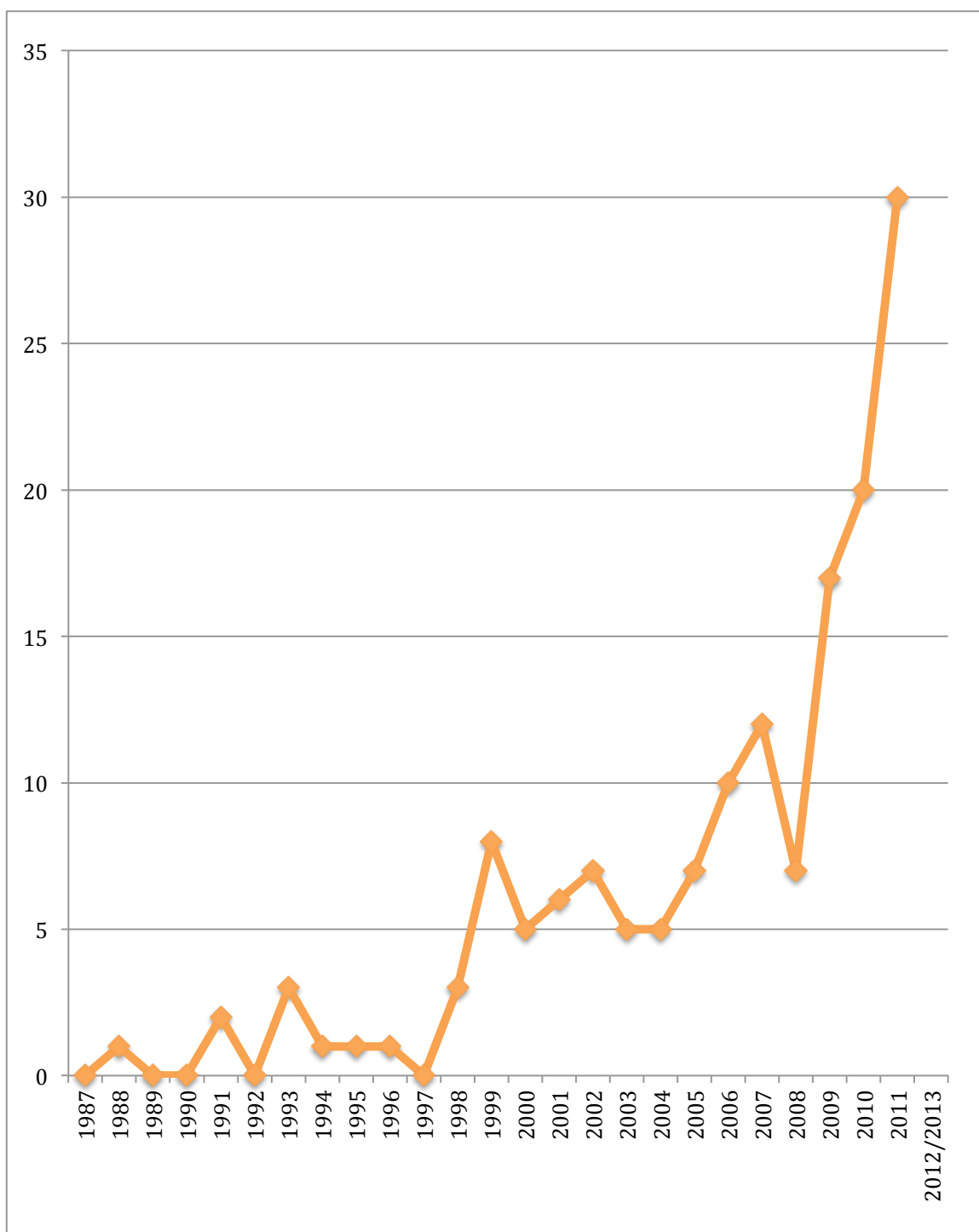
⁷⁷ *Olsson c. Svezia*, 27/11/1992.

⁷⁸ Così si esprime C. Breen, *The standard of best interests of the child*, cit., 253; per una considerazione più generale sul ruolo sussidiario della Convenzione europea vedi J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, 2009; e ancora A. Di Stefano, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e principio di sussidiarietà*, Catania, 2009.

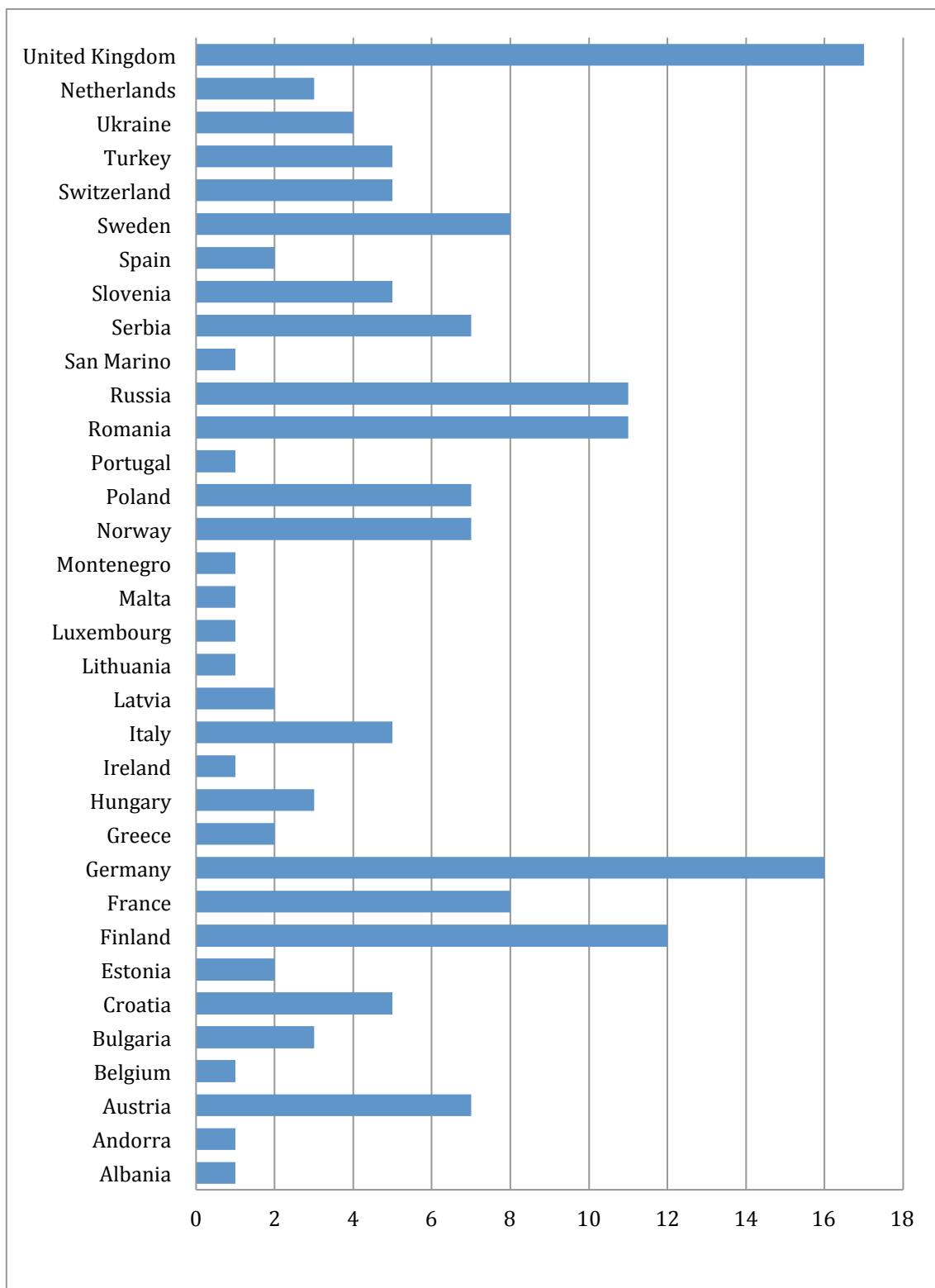
dal 2000 in poi, tuttavia, assistiamo ad un aumento continuo ed esponenziale di controversie relative al *best interest*: in quattordici anni (2000-2014) i casi sono diventati 165, passando dai 2 casi (tra l'altro strettamente connessi) nel 1999 ai 22 del 2012, e il *trend* sembra destinato a consolidarsi dato che il 2013 ha fatto registrare un record di 14 casi solo negli ultimi sei mesi⁷⁹.

Il tutto si evince in maniera lampante dalla descrizione dei grafici seguenti, esplicativi dello sviluppo della situazione dal 1987 al 2013 che ha coinvolto, anche se in misura molto differente, un gran numero di Stati aderenti al Consiglio d'Europa.

⁷⁹ I dati si riferiscono unicamente alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo in cui figura l'esatta dicitura "*best interests of the child*", e non anche a quelle in cui la stessa fa uso di locuzioni simili quali "*Child's best interest*", "*Welfare of the child/children*", "*Superior interests of the child/children*" ecc.



Numero di sentenze relative al “Best interests of the child”:
andamento - 1987/2013



Numero di sentenze relative al "Best interests of the child":
divisione per Stati - 1987/2013

Ma a cosa dobbiamo un tale macroscopico aumento di controversie? Difficile dare una risposta esauriente a questo interrogativo. Tuttavia, il primo fattore è senz'altro costituito dall'entrata in vigore del Protocollo II, (1/11/1998), che consente a tutte le persone fisiche e giuridiche che si considerano vittime di violazioni di diritti fondamentali da parte di Stati contraenti di ricorrere direttamente alla Corte europea dei diritti dell'uomo, senza il preventivo filtro della Commissione⁸⁰: questo ha portato, in linea generale, un aumento molto notevole di ricorsi pendenti a Strasburgo, passati dai 7771⁸¹ del 1998 agli oltre 99900⁸² del 2013 per un aumento superiore al 1000%.

Ma la sola questione relativa al semplificato accesso alla Corte europea non appare sufficiente a dare ragione della globalità del fenomeno: c'è un ulteriore fattore che, a parer di chi scrive, ha contribuito a realizzare una spinta considerevole verso questo proliferarsi di decisioni concernenti i diritti dei minori: l'introduzione della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996, entrata in vigore il 1 Luglio del 2000. La ratifica del suddetto strumento rende effettivo il riconoscimento dei diritti del fanciullo già operato dalla Convenzione ONU di New York del 1989 sottolineando l'importanza dei diritti processuali del minore i quali renderebbero più effettivi e visibili i suoi diritti sostanziali⁸³: adesso l'accento è totalmente spostato sull'idea di autonomia del minore, il quale deve essere messo nelle condizioni migliori per fronteggiare le possibili controversie familiari, avendo il diritto di essere consultato, di esprimere la propria opinione, di nominare un proprio rappresentante speciale, di chiedere la designazione di un avvocato, di avere, insomma, tutti i diritti spettanti ad una parte processuale⁸⁴.

⁸⁰ F. Angelini, *L'ordine pubblico nel diritto internazionale*, Padova, 2007, 147

⁸¹ Il dato è reperibile sul sito della Corte europea dei diritti dell'uomo http://www.echr.coe.int/Documents/10years_NC_1998_2008_ENG.pdf

⁸² Il dato è reperibile sul sito della Corte europea dei diritti dell'uomo http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_pending_2013_BIL.pdf

⁸³ G. Sergio, *La ratifica della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli: una tappa decisiva verso il riconoscimento della soggettività dei minori nelle relazioni familiari*, in 2, *Psicologia e Giustizia*, 2003.

⁸⁴ Art.3, 4, 5 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, Strasburgo, 25/01/1996. È interessante notare che nella suddetta Convenzione si fa un ampio uso della formula del "best interests of the child" menzionata ben 7 volte.

2.1 *Right to know their origins*: diritto all'identità e a conoscere le proprie origini nella giurisprudenza della Corte E.D.U.

La presa di coscienza della condizione di figlio adottivo e la ricerca delle proprie radici rappresentano senza dubbio alcuni degli aspetti più complessi e controversi di tutte le dinamiche legate all'adozione, intersecando aspetti così diversi come quello psicologico, morale, sociale e, *last but not least*, giuridico.

Non di rado, infatti, insorge nelle persone adottate, in età adolescenziale o post adolescenziale, l'esigenza di conoscere se stessi riconoscendo le proprie radici, tanto che la necessità di rispondere alla domanda «chi sono io» e «da dove vengo» implica la necessità di capire se e come accordare gli strumenti, anche giuridici, per soddisfare tale legittima aspirazione.⁸⁵

Il concetto di "*diritto a conoscere le proprie origini*" non trova esplicita menzione in nessuna delle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁸⁶; tuttavia un'attenta analisi delle fonti internazionalistiche relative ai diritti dei minori ci mostra come questa esigenza sia stata considerata implicitamente come diritto soggettivo.

L'articolo 7 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia (Convention on the Rights of the Child – CRC) - siglata a New York il 20 novembre 1989 - al primo comma afferma: «*il fanciullo è registrato immediatamente al momento della sua nascita e da allora ha diritto a un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori e a essere allevato da essi*». Rilevante risulta essere anche l'art. 30 della Convenzione dell'Aja per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale del 1993, secondo cui: «*le competenti Autorità dello Stato contraente devono assicurare la conservazione di ogni informazione disponibile sull'origine del bambino e, in particolare, sull'identità dei suoi genitori e sull'anamnesi sanitaria. Le competenti Autorità dello Stato contraente devono assecondare con l'opportuna assistenza e guida, l'accesso dell'adottato o del suo*

⁸⁵ Cfr. M. Petrone, *Il diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, Milano, 2004, p. 85

⁸⁶ Cfr. Y. Ronen, *Redefining the child's right to identity*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 18, 2004, 159 ss.

rappresentante legale a tali informazioni nei limiti consentiti dalla legge dello Stato interessato».

Inoltre anche il Parlamento Europeo tramite la Raccomandazione n. 1443 del 2000 «per il rispetto dei diritti del bambino nell'adozione internazionale», aveva spronato gli Stati ad assicurare il diritto del minore adottato di conoscere le proprie origini al massimo al compimento della maggiore età, e ad eliminare dalle proprie legislazioni nazionali ogni misura ostativa al raggiungimento di tal fine; ma una prova ancora più consistente relativa all'esistenza del summenzionato diritto è contenuta nell'articolo 22 comma 3 della recente Convenzione europea sull'adozione dei minori firmata a Strasburgo nel 2008, che sostituisce la precedente Convenzione del 1967⁸⁷.

In questa viene dichiarata in maniera incontrovertibile la prevalenza del diritto del minore a conoscere le proprie origini sul diritto all'anonimato dei suoi genitori⁸⁸: obiettivo della Convenzione è, pertanto, quello di prendere in considerazione le evoluzioni avvenute negli ultimi anni nella società e nel diritto («*relevant developments in this area during the last decades*»⁸⁹). In verità l'accesso dibattito apertosi in dottrina dimostra come la natura di questo presunto diritto sia tutt'altro che condivisa, costituendo ancora una *vexata questio*⁹⁰.

Ciò che si evince da una prima esegesi testuale, comunque, è che di certo non siamo di fronte ad un diritto assoluto: in tutti gli strumenti internazionali elencati, ricorrono sempre espressioni quali «*nella misura del possibile*», «*così come riconosciute dalla legge*», «*avendo riguardo alla circostanza*» che lasciano aperta la possibilità di effettuare sempre, nel caso concreto, un bilanciamento con tutti gli altri diritti in

⁸⁷ Per un *excursus* storico dell'adozione nelle normative internazionali e per una panoramica sulla situazione attuale v. A. Bisio, I. Roagna, *L'adozione internazionale di minori. Normativa interna e giurisprudenza europea*, Milano, 2009.

⁸⁸ Art. 22. Co.3: «*The adopted child shall have access to information held by the competent authorities concerning his or her origins. Where his or her parents of origin have a legal right not to disclose their identity, it shall remain open to the competent authority, to the extent permitted by law, to determine whether to override that right and disclose identifying information, having regard to the circumstances and to the respective rights of the child and his or her parents of origin. Appropriate guidance may be given to an adopted child not having reached the age of majority.*».

⁸⁹ Dal Preambolo della Convenzione europea sull'adozione dei minori.

⁹⁰ cfr. P. Gosso, *L'adottato alla ricerca delle proprie origini. Spunti di riflessione*, in 1, *Famiglia e diritto*, 2011, 204 ss. e A. Liuzzi, *Il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: una vexata quaestio*, in *Famiglia e diritto*, 1, 2002, 89 ss.

gioco, vale a dire quelli della madre, quelli del padre naturale, quelli della famiglia adottiva e della società nel suo insieme.⁹¹

Ma per poter cogliere la ragione dell'avvertita e capillare necessità di dare una forma concreta alla tutela dell'interesse, finora mai considerato, a conoscere le proprie origini, bisogna muovere dall'evoluzione del concetto di adozione nella recente storia giuridica del vecchio continente: tale interesse, infatti, si sviluppa in maniera parallela al progressivo mutare della concezione di questo istituto. L'adozione moderna, affermatasi in seguito al primo confitto planetario, era sorta come strumento di politica sociale avente come scopo quello di inserire in una nuova famiglia un minore abbandonato e si basava sull'idea del trapianto definitivo e completo di questo, con la contestuale recisione di ogni legame, *de jure* e *de facto*, con la famiglia d'origine.

La recente inversione di tendenza mostra, invece, come l'entrata in crisi questa concezione abbia coinciso con l'inizio di una rapida e diffusa approvazione delle prime leggi che riconoscevano all'adottato il diritto di accedere alle informazioni concernenti le sue origini.⁹²

2.1.1 Il legame con l'articolo 8 CEDU.

La prima volta che la Corte di Strasburgo si è trovata di fronte ad un ricorso relativo alla questione della ricerca delle origini biologiche di un soggetto è datata 7 luglio 1989.

Nella causa *Gaskin contro Regno Unito*⁹³, i giudici della CEDU sono stati chiamati a pronunciarsi per stabilire quale fosse il margine di discrezionalità riconosciuto allo Stato in questione, nell'apprezzamento delle circostanze di cui al secondo comma dell'art. 8 della Convenzione; si trattava di una richiesta di un

⁹¹ S. Besson, *Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 21, 2007, 150 ss.

⁹² Sul punto v. J. Long, *La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata (La)*, 2, 2004, 284-285, in cui l'autrice parla di *cultura del rapporto biologico*, nata su pressione delle *lobbies* di adottati negli U.S.A. e presente in forma più o meno latente in Europa Occidentale e nel resto dell'America.

⁹³ *Gaskin v. United Kingdom*, testo in lingua inglese e francese reperibile, come tutte le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, tramite il motore di ricerca HUDOC sul sito <http://hudoc.echr.coe.int>. La pronuncia è pubblicata in lingua italiana in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1989, 488.

cittadino inglese, affidato in tenera età ai servizi assistenziali dell'infanzia, di ottenere l'accesso al proprio fascicolo, sul quale però vigeva il segreto, in base alle prescrizioni della legislazione nazionale. Il fine di tale ricerca era quello di reperire informazioni sulle condizioni in cui egli aveva vissuto e sugli abusi che aveva subito da parte dei soggetti affidatari, in modo tale da poter superare le asperità comportamentali che ne erano derivate e che lo avevano portato fino a commettere reati quando era ancora minorenne.

Dopo aver esaurito il ricorso a tutti i gradi di giustizia interni, il Sig. Gaskin ha presentato ricorso a Strasburgo: la Corte, interessata a conoscere la vicenda dalla Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo⁹⁴, sancisce che l'art. 8 è la norma da assumere a parametro della propria valutazione, in quanto il dossier detenuto dai servizi sociali andava a sostituire i ricordi e l'esperienza dei genitori del bambino⁹⁵ e avrebbe permesso a questi di conoscere alcuni aspetti altamente personali della sua infanzia, del suo sviluppo e della sua storia, tali da rappresentare la sua principale (se non unica) fonte di informazione sul proprio passato e sugli anni della sua formazione⁹⁶.

In questo caso specifico, quindi, la Corte ha ritenuto che il mancato accesso ai dati riguardanti le origini del soggetto costituisca una violazione dell'articolo 8: in merito a questo articolo si è discusso non tanto delle obbligazioni negative degli Stati ad evitare le ingerenze arbitrarie dei poteri pubblici sulla vita privata e

⁹⁴ Secondo la procedura in uso prima dell'entrata in vigore del Protocollo n. 11, in base all'allora vigente art. 25 della Convenzione europea. Dall'entrata in vigore di questo Protocollo, la competenza appartiene direttamente alla nuova Corte permanente dei diritti dell'uomo di Strasburgo, la quale si pronuncia a titolo esclusivo sui ricorsi individuali inoltrati per violazione della CEDU.

⁹⁵ Gaskin v. U.K., cit., § 36. Il ricorrente era orfano di madre dall'età di un anno e da quel momento era stato affidato, una volta ricevuto il rifiuto del padre di prendersene cura, al Comune di Liverpool, secondo la procedura prevista del Children Act del 1948, peregrinando tra servizi sociali e famiglie affidatarie fino al raggiungimento della maggiore età. Per il sig. Gaskin non esisteva altro modo di riordinare i confusi ricordi dei primi anni della propria vita che quello di accedere alle informazioni che, in quegli anni, erano state raccolte dal personale medico e socio-assistenziale o in ambienti prossimi alla famiglia in cui era in affido. La risposta del Governo inglese alla sua richiesta di accesso consistette nel far recapitare al richiedente copia di una parte sola del fascicolo, rifiutando la concessione della restante parte sulla quale era stato posto il vincolo di segretezza dei soggetti da cui quelle informazioni erano state raccolte sia in merito alla propria identità che sui fatti ivi descritti.

⁹⁶ *Ibidem*

familiare dei cittadini, quanto piuttosto delle *positive obligations*⁹⁷ - cioè dell'obbligo di predisporre un sistema in grado di offrire adeguata protezione all'individuo garantendogli un effettivo rispetto della sua vita familiare - considerate ormai implicite dalla Corte nell'interpretazione dell'art. 8, che impone di tener conto del giusto equilibrio tra l'interesse generale e gli interessi dell'individuo.

A partire da ciò, davvero innovativa e singolare risulta l'affermazione della Corte quando parla dell'esistenza di un «*vital interest*» di cui i soggetti godono quando si trovano nella medesima posizione del ricorrente: questo «interesse primordiale»⁹⁸, protetto dalla Convenzione, consiste nel ricevere le informazioni di cui questi necessitano per conoscere e comprendere la loro infanzia e i loro anni di formazione. Sotto quest'ultimo aspetto, un sistema come quello britannico, che sottopone al consenso dell'informatore l'accesso ai fascicoli, è in linea di principio compatibile con gli obblighi di cui all'articolo 8, tenendo conto del margine di apprezzamento statale in materia.

La Corte ritiene, tuttavia, che in un sistema del genere gli interessi del singolo che intenda accedere a documenti relativi alla sua vita privata e familiare debbano essere garantiti anche quando l'informatore non è reperibile o si rifiuta di dare il consenso. Per questo motivo, i giudici della Corte, affermano che il principio di proporzionalità, sarebbe rispettato solo se si prevedesse l'introduzione di un'*independent authority* con il preciso compito di decidere se l'accesso debba essere concesso o meno nei casi in cui non ci sia il consenso dell'altra parte; procedura che, in questo caso, non era esercitabile dal ricorrente, ragion per cui la Corte ha rilevato la lesione del suo diritto alla vita privata e familiare.⁹⁹

Il caso *Gaskin* quindi pare affermare un principio di carattere generale secondo il quale i soggetti richiedenti dovrebbero essere messi nelle condizioni di scoprire

⁹⁷ Cfr. *Marckx c. Belgio*, 13.06.1979, § 31. In questa sentenza del 1979 per la prima volta viene esplicitato che il divieto di ingerenza non si compone solamente di obblighi negativi ma si estende fino a richiedere allo Stato comportamenti positivi per garantire il rispetto dell'interesse protetto. Per una recente lettura delle *positive obligations* nella giurisprudenza CEDU, vedi G. Pentassuglia, *The Strasbourg Court and Minority Groups: Shooting in the Dark ora a New Interpretive Ethos?* in 1, *International Journal on Minority and Group Rights*, 2012, 7-13; e più nello specifico in merito agli obblighi positivi di protezione della salute nella CEDU, si guardi A. Saccucci, *Gli obblighi positivi di protezione della salute nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in 3, *Diritti Umani: cronache e battaglie*, 2011, 15-25

⁹⁸ S. Stefanelli, *Parto anonimo e conoscenza delle origini* in *Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 2009, 2 ss.

⁹⁹ Cfr. *Gaskin v. U.K.*, cit., § 49

ciò che attiene al loro vissuto, in quanto contenuto nei registri delle autorità locali¹⁰⁰. Ma se da una parte la Corte sottolinea l'urgenza di istituire un'autorità indipendente per i fini sopra indicati, restano tuttavia oscure le linee guida e criteri che queste dovrebbero seguire nei casi concreti¹⁰¹; così come oscura rimane la linea di demarcazione tra vita privata e vita di famiglia.

2.1.2 *Basic principle of child's interest*

Se sull'attinenza della tutela fornita dall'art. 8 alle questioni relative alla paternità era ormai stato sciolto ogni dubbio con giurisprudenza costante¹⁰², tuttavia, il caso *Mikulic* contro Croazia¹⁰³, costituisce una novità di notevole importanza in quanto, proprio in questa sede, la Corte specifica che ai fini dell'esistenza di un «vita familiare» (concetto rimasto latente nel caso *Gaskin*), non è necessaria una relazione fondata sul matrimonio, bensì è sufficiente la presenza di un legame di fatto da cui scaturisca una relazione caratterizzata da sufficiente costanza; la Corte, poi, prosegue precisando i connotati di ciò che invece, ritiene essere «vita privata», affermando che questa nozione include l'integrità fisica e psicologica di un individuo e che arriva ad inglobare alcuni aspetti dell'identità fisica e sociale, comprendendo anche, in una certa misura, il diritto dell'individuo di stringere relazioni con i suoi simili.¹⁰⁴

Il rispetto della vita privata, a norma dell'art. 8, quindi «*esige che ciascuno possa stabilire i dettagli della propria identità di essere umano, e che il diritto di un individuo a*

¹⁰⁰ J. Fortin, *Rights brought Home for Children*, in *Modern law review*, 62, 1999, 362.

¹⁰¹ R. Pickford, *The Gaskin case and confidential personal information – whose secret?* in *Journal of Child Law*, 4, 1992, 33.

¹⁰² Cfr. Keegan c. Irlanda, § 45; Rasmusse c. Danemark, § 33.

¹⁰³ Il caso *Mikulic* c. Croazia del 7.2.2002, vede una richiesta di risarcimento per i danni morali patiti, presentata dalla ricorrente, una minorenne di origine croata di cinque anni, la cui doglianza era relativa alla mancata possibilità di ottenere l'accesso all'informazione sull'identità del padre naturale. Il ricorso imputava la causa del mancato accesso ai dati, all'eccessiva durata (4 anni e 4 mesi) della procedura giudiziale relativa alla costituzione del rapporto di filiazione con il (supposto) padre biologico e la concomitante impossibilità di effettuare un ricorso ai fini di velocizzare la procedura ed ottenere la comparizione in giudizio del genitore; questi in maniera sistematica evitava di sottoporsi agli esami ematologici, su tutti il test del DNA, che erano stati stabiliti dai giudici ai fini dell'accertamento del rapporto biologico di filiazione.

¹⁰⁴ Cfr. *Mikulic* c. Croazia, cit., § 53

*tali informazioni è essenziale a causa della loro incidenza sulla formazione della sua personalità».*¹⁰⁵

La Corte, infine, ribadisce ancora l'esistenza di questo «interesse primordiale» a ricevere le informazioni necessarie per scoprire la verità su un aspetto così importante dell'identità personale ma, d'altra parte, ricorda come la tutela di terzi impedisca che costoro possano essere costretti a mettersi a disposizione per l'effettuazione di test medici di qualsiasi tipo, compreso il test del DNA. Esaminando la situazione generale dei Paesi aderenti alla Convenzione, viene sottolineato come in Europa si adottino soluzioni molto diverse in relazione al problema che si verifica quando un padre putativo rifiuta di conformarsi all'ordine di un Tribunale di sottoporsi alle prove necessarie per accertare i fatti, soluzioni che prevedono sanzioni molto differenti, dalla multa alla reclusione della persona in questione, passando per la presunzione di paternità; il rifiuto può inoltre costituire in alcuni paesi oltraggio alla Corte, determinando l'azione penale.

Ma pur nel rispetto del margine di discrezionalità concesso agli Stati, la Corte afferma che, nel giudicare un ricorso per stabilire la paternità, i Tribunali sono tenuti ad avere riguardo al «*basic principle of the child's interests*»¹⁰⁶.

E' proprio a partire dal criterio del superiore interesse del minore che la Corte constata come la procedura adottata nel caso di specie non permetta un giusto equilibrio tra il diritto del richiedente di eliminare ogni incertezza riguardo alla sua identità personale senza inutili ritardi e quello di suo padre a non sottoporsi al test del DNA, ritenendo che la tutela degli interessi in gioco non sia proporzionata.

L'inefficienza del sistema croato, nel quale è il libero apprezzamento del giudice a valutare in termini di prova il reiterato rifiuto, è stato considerato in violazione della Convenzione, determinando un risarcimento del danno morale subito dalla minore. La Corte puntualizza, infatti, che la «nascita e in particolare le circostanze della nascita» rientrano nella vita privata del bambino e di conseguenza dell'adulto il cui rispetto è garantito dall'art.8.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Cfr. Mikulic c. Croazia, cit., § 54

¹⁰⁶ Cfr. Mikulic c. Croazia, cit., § 65

¹⁰⁷ Cfr. Mikulic c. Croazia, cit., § 29

2.1.3 Conoscenza delle origini *versus* parto anonimo.

Nelle sentenze esaminate finora, la circostanza che ponesse il problema della ricostruzione dell'identità biologica dell'individuo dipendeva, ora dalla sostituzione della genitorialità biologica con una genitorialità sociale attraverso l'affidamento, ora dal mancato riconoscimento volontario del figlio da parte del padre naturale.

A un anno esatto dal caso *Mikulic*, la Corte è chiamata nuovamente a pronunciarsi sul medesimo argomento, questa volta però in relazione all'ammissibilità della pratica del parto anonimo.¹⁰⁸

La madre della ricorrente in questione, di cittadinanza francese, aveva partorito, avvalendosi della facoltà giuridica dell'anonimato presso una struttura sanitaria pubblica¹⁰⁹

¹⁰⁸ Il caso è Odièvre c. Francia, 13.2.2003.

¹⁰⁹ Il parto anonimo in Francia è disciplinata dalle seguenti prescrizioni normative:

Art. 57 - Code civil français:

1. *...Si le père et la mère de l'enfant naturel, ou l'un d'eux, ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet.*

2. *Les prénoms de l'enfant sont choisis par son père et sa mère. La femme qui a demandé le secret de son identité lors de l'accouchement peut faire connaître les prénoms qu'elle souhaite voir attribuer à l'enfant. À défaut ou lorsque les parents de celui-ci ne sont pas connus, l'officier de l'état civil choisit trois prénoms dont le dernier tient lieu de nom de famille à l'enfant.*

Art. L222-6 – Code de l'action sociale et des familles: 1. *Toute femme qui demande, lors de son accouchement, la préservation du secret de son admission et de son identité par un établissement de santé est informée des conséquences juridiques de cette demande et de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire. Elle est donc invitée à laisser, si elle l'accepte, des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité. Elle est informée de la possibilité qu'elle a de lever à tout moment le secret de son identité et, qu'à défaut, son identité ne pourra être communiquée que dans les conditions prévues à l'article L. 147-6. Elle est également informée qu'elle peut à tout moment donner son identité sous pli fermé ou compléter les renseignements qu'elle a donnés au moment de la naissance.* 2. *Les prénoms donnés à l'enfant et, le cas échéant, mention du fait qu'ils l'ont été par la mère, ainsi que le sexe de l'enfant et la date, le lieu et l'heure de sa naissance sont mentionnés à l'extérieur de ce pli. Ces formalités sont accomplies par les personnes visées à l'article L. 223-7 avisées sous la responsabilité du directeur de l'établissement de santé. À défaut, elles sont accomplies sous la responsabilité de ce directeur.* 3. *Les frais d'hébergement et d'accouchement des femmes qui ont demandé, lors de leur admission dans un établissement public ou privé conventionné, à ce que le secret de leur identité soit préservé, sont pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance du département siège de l'établissement.* 4. *Sur leur demande ou avec leur accord, les femmes mentionnées au premier alinéa bénéficient d'un accompagnement psychologique et social de la part du service de l'aide sociale à l'enfance.* 5. *Pour l'application des deux premiers alinéas, aucune pièce d'identité n'est exigée et il n'est procédé à aucune enquête.*

6. *Les frais d'hébergement et d'accouchement dans un établissement public ou privé conventionné des femmes qui, sans demander le secret de leur identité, confient leur enfant en vue d'adoption sont également pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance du département, siège de l'établissement*

La Francia, infatti, è uno dei pochi paesi europei a prevedere una corposa disciplina del *accouchement anonyme*, notoriamente conosciuto come *accouchement sous X*, il quale prevede che al momento del parto la madre possa chiedere che sia mantenuto il segreto sulla sua ammissione nella struttura sanitaria e sulla sua identità.

Nel caso *Odièvre* sul banco degli imputati è la ragionevolezza stessa del sistema francese in merito al bilanciamento adottato tra il diritto a conoscere le proprie origini naturali e la protezione dell'interesse materno a mantenere il parto anonimo, in modo tale da evitare aborti, parti in precarie condizioni igienico-sanitarie e senza assistenza medica e altri rischi non secondari, oltre che per la madre, anche per la famiglia adottiva e per gli altri membri della famiglia biologica, i quali hanno tutti diritto al rispetto della loro vita privata e familiare¹¹⁰. L'ammissibilità *ex lege* del parto anonimo si impone, quindi, come cardine decisivo della più estesa questione inerente alla vicenda dell'accesso alle informazioni sull'origine dell'adottato, in quanto esclude a priori la possibilità di un bilanciamento al momento della successiva richiesta del figlio¹¹¹, oltre a poter costituire, come vedremo meglio in seguito, una concreta fonte di limitazione del diritto alla vita e del diritto alla salute.

2.1.4 La ricerca di un giusto equilibrio.

Pascale Odièvre lamenta, quindi, una violazione dell'articolo 8 dal momento che la segretezza delle informazioni e il diniego di accesso le hanno impedito di

¹¹⁰ Subito dopo la nascita la bambina fu affidata alla Direction de l'action sanitaire et sociale (DASS) e data in adozione quattro anni dopo alla famiglia Odièvre, da cui prese appunto il cognome. La ricorrente, diventata adulta, mossa dalla volontà di ricostruire le proprie origini biologiche, consultò la documentazione a sé relativa presso i servizi sociali francesi, da cui apprese alcune informazioni non identificative relative alla propria famiglia naturale, tra cui la notizia dell'esistenza di ben sei fratelli, figli della sua genitrice. Fu questo uno tra i motivi che spinse la signora Odièvre a far richiesta alla DASS affinché le fornisse elementi significativi in merito allo stato civile dei suoi genitori biologici; tuttavia la direzione sanitaria negò l'accesso ai documenti, giustificando la propria decisione con il fatto che un tale atto avrebbe costituito una lesione del diritto alla privacy dei suoi parenti. Per questi motivi la ricorrente si rivolse al Tribunal de Grande Instance di Parigi chiedendo di ottenere l'autorizzazione all'accesso dell'intero atto di nascita eliminando l'obbligo di segreto apposto su quell'atto; tuttavia, i giudici del tribunale rifiutarono persino di entrare nel merito della richiesta, in quanto contrastante con la legge vigente in materia, che non consentiva una ricerca di questo tipo in caso di parto anonimo.

¹¹¹ Sul punto v. J. Long, *La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini*, cit., 284.

ricostruire la propria personale individualità e di intessere rapporti significativi con la sua famiglia d'origine, e la contestuale violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8, vale a dire del diritto alla non discriminazione «*on the ground of birth*»¹¹² poiché impossibilitata ad ereditare dalla propria madre biologica.

La III^a sezione della Corte EDU, ai sensi dell'art. 30 della Convenzione, rinuncia alla propria competenza in favore della Grande Camera, vista la complessità del caso in questione.

Preliminarmente la Corte precisa che lo scopo della ricorrente non è quello di rimettere in discussione il rapporto con i suoi genitori adottivi, ma di scoprire le circostanze in cui è nata ed è stata abbandonata, ivi compresa l'identità dei suoi genitori naturali e dei fratelli. Per questo motivo ha ritenuto necessario esaminare il caso dal punto di vista della vita privata, non da quello della vita familiare, dal momento che la domanda della ricorrente fa leva sul diritto, in nome della verità biologica, a conoscere la sua storia personale essendo lei impossibilitata ad ottenere l'accesso ai suoi dati identificativi¹¹³ e prosegue ricordando che l'accesso ad informazioni concernenti la nascita costituisce un interesse vitale per l'individuo in quanto strumentale ai fini dello sviluppo della personalità dello stesso.¹¹⁴

I giudici di Strasburgo analizzano in via preliminare la legislazione francese applicabile al caso di specie, che riconosce il diritto della donna di partorire, mantenendo segreta la propria identità; proprio nel 2003 questa disciplina è stata in parte novellata dalla legge n. 93, relativa all'accesso alle origini delle persone adottate: la maggiore novità introdotta dalla modifica legislativa è stata sicuramente l'istituzione di un organismo *ad hoc*, il Consiglio nazionale per l'accesso alle origini personali, atto a ricevere la dichiarazione di consenso alla rimozione del segreto da parte dei genitori naturali, comunicando all'interessato i dati identificativi dei suoi genitori.

Tuttavia, le novità normative non sono applicabili alla ricorrente, poiché entrate in vigore quando il giudizio era ormai pendente innanzi alla Corte.

¹¹² Cfr. Odièvre c. Francia, cit., § 50

¹¹³ Cfr. Odièvre c. Francia, cit., § 28

¹¹⁴ Cfr. Odièvre c. Francia, cit., § 29

Entrando nel merito della questione, la Corte, dopo aver sottolineato l'ampia rilevanza dello strumento del margine di apprezzamento¹¹⁵ degli Stati membri nella scelta degli strumenti preposti a garantire il rispetto dell'articolo 8, reputa coerente il sistema francese di bilanciamento tra il diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini, come aspetto decisivo della sua identità personale, e quello della madre all'anonimato del parto, strumento volto a garantirle di poter partorire non clandestinamente, senza dover essere costretta, per questo motivo, a stabilire coattivamente un rapporto di filiazione.¹¹⁶ In particolare, dai giudici di Strasburgo è valutata favorevolmente la modifica legislativa del 2003, per aver stabilito «*a balance and to ensure sufficient proportion between the competing interests*»¹¹⁷, avendo creato un organo indipendente, composto da magistrati, referenti delle associazioni che si occupano di interessi coinvolti dalla legge, e professionisti che hanno autorevole esperienza in materia, e che avrebbero permesso alla ricorrente di incentivare la rimozione del segreto sull'identità della propria madre, ottenendo il suo accordo. Nel caso di specie, il collegio giudicante osserva che la ricorrente ha comunque ottenuto alcune informazioni non identificanti sulla figura materna e sulla sua famiglia biologica, che le hanno permesso di scoprire alcuni aspetti fondamentali della propria storia, nel pieno rispetto degli interessi dei terzi.

L'altro argomento su cui fa leva la Corte per giustificare l'atteggiamento del legislatore francese risiede nel fatto che il parto anonimo perseguirebbe un interesse di carattere generale: proteggendo la salute della madre e del bambino, infatti, questo strumento garantirebbe il diritto al rispetto della vita, gerarchicamente sovraordinato rispetto agli altri diritti.

2.1.5 «Does the right to know imply an obligation to divulge?»

Pur non essendo trascorsi molti anni dalla sua emanazione, la sentenza Odièvre è già ritenuta dai più una sentenza storica: per la prima volta nella storia

¹¹⁵ Per una panoramica generale sullo strumento del margine di apprezzamento si veda il contributo di P. Tanzarella, *Il margine d'apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo: alla ricerca di una sua coerente applicazione*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti fondamentali in azione*, Bologna, 2007, 158 ss.

¹¹⁶ S. Richter, *Sull'obbligatorietà del riconoscimento dei figli illegittimi e sul disconoscimento della paternità*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1952, 967

¹¹⁷ Odièvre c. Francia, cit., § 49

della Corte viene esplicitamente affermato che: «*people have a right to know their origins, that right being derived from a wide interpretation of the scope of the notion of private life. The child's vital interest in its personal development is also widely recognised in the general scheme of the Convention*»¹¹⁸.

Il legittimo desiderio di andare alla ricerca delle proprie origini riceve, quindi, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo parte della dottrina, un'autentica dignità giuridica di diritto soggettivo¹¹⁹.

Come ogni diritto soggettivo però, anche il diritto a conoscere le proprie origini pone il problema dell'esistenza in capo allo Stato del dovere di attivarsi affinché tale diritto sia realizzato. In questo contesto si pone il problema, tematizzato dalla Corte medesima, se la conoscenza delle origini possa spingersi sino al punto da determinare un vero e proprio obbligo di divulgazione dei dati sempre e comunque. I due interessi privati in contrasto con cui si confronta la Corte nel caso di specie non sono, quindi, facilmente conciliabili e, peraltro, non riguardano un adulto e un bambino, bensì due soggetti adulti, ciascuno dotato di una propria spontanea volontà e capacità di determinazione.

La Corte evidenzia per di più che i precedenti casi *Gaskin* e *Mikulic* differiscono da quello in esame in quanto la questione dell'accesso alle proprie origini e della conoscenza dell'identità dei propri genitori naturali ha una natura ben diversa di quella dell'accesso al fascicolo personale relativo ad un minore assistito dai servizi sociali (*Gaskin*) o di quello della ricerca delle prove di una pretesa paternità.

Il caso Odièvre, quindi, la Corte ribadisce che la scelta dei mezzi atti a garantire il rispetto dell'articolo 8, nella sfera dei rapporti tra individui, in linea di principio, è una questione che rientra nel margine di discrezionalità degli Stati contraenti. A questo proposito, afferma che i modi per garantire il rispetto della vita privata sono molteplici, e la natura dell'obbligazione in capo allo Stato dipende dal particolare aspetto della vita privata che è di volta in volta in esame.¹²⁰ Viene

¹¹⁸ Cfr. Odièvre c. Francia, cit., § 44

¹¹⁹ Di questo avviso P. Murat, *L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif*, in *Petites affiches*, 200, 2010, 17 ss.; Posizione maggiormente critica espressa da O. Roy, *Le droit «virtuel» des personnes nées sous X à la connaissance de l'identité de leurs parents de naissance : l'arrêt Odièvre*, in *Petites affiches*, 116, 2003, 11 ss., in cui l'autore spiega come in realtà questo diritto risulti solo *virtuale* in Francia.

¹²⁰ cfr. X e Y c. Paesi Bassi, § 24

anche in rilievo la mancanza di un *consensus*¹²¹ europeo in materia, emergente dal fatto che la maggior parte degli Stati contraenti non hanno una legislazione che sia paragonabile a quella in vigore in Francia, almeno per quanto riguarda l'impedimento permanente del bambino di stabilire legami parentali con la madre naturale, qualora lei continui a mantenere il segreto della sua identità. Tuttavia, si rileva che alcuni Paesi non impongono l'obbligo per i genitori naturali di dichiarare la loro identità al momento della nascita dei loro figli e che ci sono stati alcuni casi di cc.dd. «*abandons sauvages*»¹²² di bambini in vari Paesi, che hanno dato luogo a dibattiti rinnovati sulla natura del il diritto di effettuare un parto anonimo.

Alla luce della diversità di pratica riscontrata tra i vari sistemi giuridici e le varie tradizioni, la Corte conclude che lo strumento del margine di discrezionalità è quello maggiormente idoneo a consentire che i diritti tutelati dalla Convenzione siano garantiti a tutti, nell'ambito della propria giurisdizione.

La Grande Camera, quindi, a maggioranza di dieci contro sette, rigetta il ricorso per la mancata violazione dei diritti in questione; l'esiguità nello scarto tra i voti, tuttavia, denota l'esistenza di un'accesa disputa anche all'interno dell'organo giurisdizionale; nella maggioranza, inoltre, ben quattro giudici su dieci hanno avvertito l'esigenza di specificare la propria posizione componendo opinioni concorrenti.

A parer di chi scrive la *concurring opinion* più significativa è quella che porta la firma del giudice norvegese Greve, il quale mette in luce un aspetto che costituisce di certo la base della decisione della Corte ma che rimane implicito nelle motivazioni apportate dalla maggioranza.

Egli afferma che non può esistere un vero e proprio conflitto di interessi e di diritti tra la madre e la figlia al momento del parto: porre al riparo la donna da un aborto insicuro che rischia di mettere a repentaglio non solo la propria salute ma anche la vita, infatti, coincide esattamente con quello che è il superiore

¹²¹ Per un'interessante riflessione sull'utilizzo del *Consensus* europeo e sui suoi limiti di applicazione si vedano, J. Murray, *Consensus: concordance ou hégémonie de la majorité?*, P. Martens, *Les désarrois du juge national face aux caprices du consensus européen*, in *Dialogue entre juges*, Strasbourg, 2008, 37-72; P. Paczolay, *Consensus et discrétion : évolution ou érosion de la protection des droits de l'homme ?*, tutti in *Cour européenne des droit de l'homme, Dialogue entre juges*, Strasbourg, 2008, 107-124

¹²² J. Long, *La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata (La)*, cit., 298.

interesse del minore, fattore questo che non può cedere il passo a nessun altro obiettivo sociale.¹²³ Nella fase prenatale, pertanto, gli interessi del bambino convergono fundamentalmente con quelli della madre e la società dovrebbe, in nome della promozione dei diritti umani, non lasciare che una donna consideri l'aborto come l'unica opzione apparentemente sicura per sé.¹²⁴

I giudici *dissenzienti*, invece, che hanno rilevato la sussistenza di una violazione dell'art. 8, sottolineano innanzitutto come nel caso di specie, la Corte debba verificare se sia stato o meno effettuato un giusto equilibrio tra tutti i diritti e gli interessi in conflitto, vale a dire quello dell'adottato all'accesso alle informazioni, quello della madre al mantenimento del segreto, e ancora il diritto alla salute della madre e del bambino e la necessità di prevenire aborti e infanticidi. I giudici di minoranza, quindi, affermano che il sistema francese non permette un equo bilanciamento degli interessi, in quanto la legge considera la decisione della madre, a prescindere dalle motivazioni addotte, un insormontabile e aprioristico ostacolo alla ricerca delle informazioni. Altro inconveniente provocato dal mantenimento del segreto sarebbe la paralizzazione dei diritti dei terzi, privati anch'essi di un'effettiva tutela ex art.8. Poco condivisibile appare, inoltre, secondo il loro punto di vista, l'enfasi assegnata dalla maggioranza alla considerazione che la ricorrente sia stata adottata: questo status, a detta dei giudici di maggioranza, implicherebbe l'inutilità della ricerca della madre biologica. La voce dei giudici appare ancora molto critica su quello che costituisce un punto centrale della decisione della Corte, vale a dire il presunto contrasto tra l'interesse individuale della ricorrente e l'interesse generale ad evitare aborti illegali: nessun dato ufficiale, infatti, sarebbe ancora a disposizione per dimostrare l'ipotetico nesso di causalità tra il minor numero di aborti o infanticidi e la presenza di legislazioni che prevedono il parto anonimo.¹²⁵

Il bilanciamento in concreto degli interessi troverebbe inoltre una risposta soddisfacente nell'approccio usato dalla corte nel caso Gaskin, tramite la previsione di un'autorità indipendente preposta ad effettuare il bilanciamento degli interessi in concreto; ma anche dopo la novità legislativa francese, la madre

¹²³ N. Lefaucheur, *The French "tradition" of anonymous birth: the lines of argument*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 18, 2004, 337.

¹²⁴ Cfr. Odièvre c. Francia, cit., Opinione concorrente del giudice Greve.

¹²⁵ *ibidem*, § 6-9.

viene solamente *invitata* a comunicare la sua identità e nemmeno il CNAOP (*National Council for Access to Information about Personal Origins*) può autorizzare la comunicazione contro la sua volontà.¹²⁶

Pronunciandosi in merito al margine d'apprezzamento, infine, la critica si colloca sulla considerazione che tale regime di discrezionalità debba dipendere anche dalla natura degli interessi coinvolti; particolare attenzione secondo i giudici di minoranza deve essere prestata al diritto all'identità personale, costituendo questo il nucleo fondamentale - *inner core* - del diritto al rispetto della vita privata di un individuo, dovrebbe beneficiare di una posizione privilegiata in fase di bilanciamento¹²⁷.

2.1.6 Alcune differenze interpretative.

L'animosità delle opinioni concorrenti e dissenzienti nel giudizio *Odièvre*, supportate da autorevole dottrina¹²⁸, hanno prodotto risvolti pratici.

Così in una pronuncia del 2006 la Corte fa propri i giudizi espressi nelle opinioni dissenzienti del caso francese,¹²⁹ e il caso *Jäggi c. Svizzera*¹³⁰ costituisce un punto d'approdo significativo.

¹²⁶ *ibidem*, § 17-20

¹²⁷ *ibidem*, § II

¹²⁸ Su tutti v. A. Gouttenoire - F. Sudre, *La compatibilité avec la CEDH de l'accouchement sous X*, in 2, *Jurisclasseur périodique*, 2003, 561 ss. ; V. Bonnet, *L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Actualité et Droit International*, 58, 2004, 405 ss. N. Lefaucheur, *The French "tradition" of anonymous birth: the lines of argument*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, op. cit.

¹²⁹ Sul nesso tra le opinioni concorrenti e dissenzienti del caso *Odièvre* e la successiva giurisprudenza v. S. Besson, *Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, cit., 151

¹³⁰ *Jäggi c. Svizzera*, 13.07.2006. In questa recente sentenza, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affrontato un insolito caso di richiesta di prelievo dei campioni di DNA dalla salma di un uomo ai fini di un'azione di accertamento di paternità: il ricorrente, nato nel 1939, è registrato dalla madre alla nascita come figlio naturale di A.H. Ben presto collocato presso una famiglia svizzera, incontra la madre nell'età dell'adolescenza; questa gli rivela l'identità del padre e, per alcuni anni, padre e figlio rimangono in contatto. Poco dopo la morte del padre, il quale si è rifiutato per tutta la vita di sottoporsi ad accertamenti medici utili a determinare la sua paternità, la madre del ricorrente decide di richiedere un'analisi del sangue del defunto: l'unico dato utile rilevato dalle analisi si limita a non escluderne la paternità ma non è in grado di provarla data la mancanza di scoperte scientifiche in materia (si parla della fine degli anni '40): nel 1948, infine, il Tribunale di prima istanza di Ginevra respingeva l'azione di dichiarazione di paternità e in assenza di appello il giudizio diveniva definitivo. Dopo oltre cinquant'anni (nel 1999), il ricorrente chiede la revisione della decisione del 1948, richiedendo contestualmente l'analisi del DNA sulla salma dell'uomo, ma la domanda viene rigettata; successivamente anche il Tribunale federale rigetta la domanda,

Il ricorrente, nel caso di specie, adisce la Corte europea sostenendo che il rifiuto di effettuare le analisi del DNA del defunto genitore al fine di eliminare ogni dubbio circa la paternità del proprio presunto padre biologico, costituisca una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, protetto dall'art. 8 CEDU. Dopo aver dichiarato ricevibile il ricorso, la Corte ribadisce con fermezza che il diritto al rispetto della vita privata include il diritto di conoscere la propria discendenza. Nel merito, la Corte, pur rimarcando l'importanza del margine d'apprezzamento in una materia così delicata, delinea con maggior precisione i margini di manovra entro cui questo strumento deve operare.

L'ampiezza di detto margine di discrezionalità dipende sia dall'astratta tipologia del diritto individuale in causa, sia dalla sua natura nel caso concreto. Rispetto al diritto qui controverso, ossia il diritto di conoscere la propria discendenza, la Corte parte dalla considerazione, già consolidata in giurisprudenza¹³¹, che si tratta di un diritto ricompreso nel più generale diritto all'identità, elemento centrale «*heart of the right*»¹³² della nozione di vita privata.

Si tratta, pertanto, di un diritto particolarmente significativo che può cedere solo di fronte alla dimostrazione dell'esistenza di contrapposti interessi generali cogenti: i Tribunali interni avevano rilevato, nella fattispecie, la presenza del diritto dei parenti all'intangibilità del corpo del defunto, ma soprattutto l'interesse generale al rispetto dei defunti e l'interesse pubblico alla protezione della certezza del diritto.

Prendendo in esame tutti i fattori, la Corte da un lato esclude che l'interesse del ricorrente a conoscere le proprie origini possa ritenersi venuto meno per il solo fatto della età avanzata: il peso dell'incertezza sopportato per tanti anni, afferma, ha probabilmente causato forti sofferenze morali e psichiche al ricorrente anche se queste non sono state accertate a livello medico. Dall'altro lato la misura che prevede il prelievo di campioni di DNA dalle spoglie del defunto è ritenuta poco

sostenendo che il diritto di conoscere le proprie origini va temperato con gli interessi dei terzi e soprattutto con il diritto del defunto di tutelare le proprie spoglie e con il diritto dei parenti al rispetto del defunto e all'intangibilità della salma. Il Tribunale fa leva sul dato relativo all'età del ricorrente, sessantenne e quindi ormai non più bambino, specificando che il diritto all'accertamento relativo alla propria filiazione è generalmente connesso al diritto di essere allevato dai propri genitori, ma qui il sig. Jäggi aveva già maturato la propria personalità e, a parer della Corte, non pare poter dolersi per l'incertezza circa la propria discendenza.

¹³¹ Cfr. Mikulic c. Croazia, cit., § 53

¹³² Cfr. Jäggi c. Svizzera, cit., § 23

invasiva, e la famiglia non ha, peraltro, addotto in contrario particolari motivi di natura religiosa o filosofica; né va dimenticato che la salma sarebbe comunque destinata all'esumazione: la Corte stessa, del resto, in una recente pronuncia¹³³, ha dichiarato che l'art. 8 non garantisce il diritto del defunto di riposare in pace, se non in via temporanea (!). Quanto alla preoccupazione sollevata relativamente alla protezione della certezza e della coerenza del sistema giuridico, la Corte si limita, inoltre, a rimarcare che l'accertamento della paternità biologica non sarebbe comunque destinato ad aver alcun tipo di effetto di stato civile.¹³⁴ I giudici arrivano così a decidere (cinque contro due) che le autorità svizzere, non avendo garantito l'interesse del ricorrente, hanno violato l'art. 8 CEDU, con l'aggravante che, avendo giustificato la propria motivazione alla luce delle condizioni di *buona salute* e di *avanzata età* del ricorrente, le autorità elvetiche hanno altresì violato il principio di uguaglianza sancito dall'art. 14¹³⁵.

L'aspetto più interessante del caso in esame è costituito dal fatto che la vicenda *Jäggi* va a stravolgere quanto stabilito nel già citato caso *Mikulic*, in cui la Corte, se da un lato ha ricondotto all'art. 8 l'interesse primordiale (il sempre citato *vital interest*¹³⁶) di ogni individuo a ricevere tutte le informazioni necessarie per ricostruire la propria identità personale, dall'altro ha tenuto a precisare che la protezione dei terzi preclude la sottoposizione coatta ad analisi mediche, incluso il test del DNA per l'accertamento di paternità¹³⁷. La decisione nel caso *Jäggi*, invece, lascia intendere che la volontà espressa dal presunto padre biologico, non coercibile in vita, può essere contravvenuta dopo la morte, e che quindi il diritto alla *privacy* cessa al termine della vita medesima, cedendo il passo di fronte al diritto, ritenuto superiore, di ricercare le proprie origini biologiche; di conseguenza anche il diritto dei terzi interessati (in questo caso i familiari) non è stato considerato fondamentale.

¹³³ Cfr. Estate of Kresten Filtenborg Mortensen c. Danimarca, 15.05.2006, in cui la richiesta di esumazione era stata richiesta da due soggetti che, con l'obiettivo di ottenere l'eredità, avevano fatto richiesta di prelevare i campioni di DNA dal defunto, per accertare la propria qualità di discendenti biologici. Per un paragone tra le due sentenze vedi C. Campiglio, *Con la morte, l'uomo perde il diritto al rispetto della vita privata?* In 2, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, 395.

¹³⁴ Cfr. *Jäggi* c. Svizzera, cit., § 41-43

¹³⁵ Cfr. *Jäggi* c. Svizzera, cit., § 48.

¹³⁶ Cfr. *Jäggi* c. Svizzera, cit., § 38.

¹³⁷ Cfr. *Mikulic* c. Croazia, cit., § 64.

Infine, nella loro condivisa opinione dissenziente, i giudici Hedigan e Gyulumyan sostengono, convinti dell'equo bilanciamento operato dai tribunali elvetici, che questo sia un caso emblematico in cui la Corte, vista la complessità della materia, avrebbe dovuto essere cauta nell'intervenire; a dir poco indebita è, inoltre, a parer loro, la considerazione della mancanza di forti argomenti di natura morale o filosofica da parte dei parenti prossimi: l'esumazione del corpo di un defunto può infatti benissimo creare angoscia, se non addirittura atterrire i parenti superstiti, a prescindere dalle loro convinzioni morali.¹³⁸

2.1.7 Il diritto dei terzi interessati.

L'*affaire Jäggi* ci ha mostrato come il diritto di conoscere le proprie origini inizia a ricevere una tutela sempre più rinforzata in seno alla giurisprudenza di Strasburgo. Nel proprio ragionamento, infatti, i giudici della Corte hanno continuato a sottolineare sempre la necessità di procedere ad un'attenta analisi dei diritti dei terzi interessati ogniqualvolta sia in questione il *right to know*, ma il caso svizzero ha destato in maniera imponente la domanda su quale tipologia di diritto si tratti e soprattutto su quali siano i *terzi* che possano ritenersi titolari di una posizione giuridica soggettiva in grado di determinare una limitazione del diritto di conoscere.

Una qualche indicazione potrebbe essere ricavata da un altro caso¹³⁹ in cui la Corte stabilisce che, se è vero che da un esame comparativo delle azioni per il

¹³⁸ Cfr. *Jäggi c. Svizzera*, Opinione dissenziente.

¹³⁹ Il caso è *Phinikaridou c. Cipro*, 20.12.2007. Il caso racconta il ricorso di una giovane donna cipriota nata fuori dal matrimonio nel 1945 e abbandonata dalla madre biologica di fronte alla casa di una donna; la bambina sarebbe stata poi allevata dalla signora Maria Phinikaridou, la donna da cui prese il cognome. Anche se visse lontano dalla madre biologica, la ricorrente non perse mai tutti i contatti con lei e nel dicembre del 1997, quando la ricorrente aveva 52 anni, sua madre, poco prima di morire, le rivelò il nome del padre biologico, il tutto in presenza del figlio della ricorrente; sua madre poi morì nel gennaio 1998. Il 24 giugno 1999, la ricorrente deposita una domanda presso il Tribunale della Famiglia di Nicosia chiedendo il riconoscimento giudiziale della paternità sulla base della normativa minorile allora vigente; il presunto padre si oppose al ricorso negando la paternità. Senza entrare nel merito della pretesa paternità, egli sosteneva che la domanda della ricorrente fosse ormai andata in prescrizione ai sensi della sezione 22.3 della suddetta normativa; la ricorrente ha sostenuto, in risposta, che la sezione di cui sopra, prevedendo il termine di prescrizione alla data di entrata in vigore della legge (tre anni dal compimento della maggiore età), piuttosto che alla data in cui un soggetto acquisisce conoscenza dell'identità di suo padre, fosse incostituzionale. In particolare, ha sostenuto che quella legge fosse in contrasto con il suo diritto al rispetto della vita privata e familiare e con il principio di uguaglianza e non discriminazione; la ricorrente ha, infine, aggiunto che le era stato impedito di ricorrere al tribunale e di determinare

riconoscimento giudiziale della paternità, non esiste un approccio uniforme in questo ambito tra i Paesi europei, tuttavia, aggiunge che un significativo numero di Stati non impone ai minori limiti temporali per l'esercizio dell'azione e riconosce una tendenza verso una più ampia protezione del diritto del minore a veder stabilita la propria filiazione paterna.¹⁴⁰ La Corte pone inoltre l'accento sul fatto che non è stato dimostrato come l'interesse generale a tutelare la certezza giuridica dei rapporti familiari o gli interessi del presunto padre e della sua famiglia, possano sopravanzare il diritto della richiedente ad avere almeno una possibilità di chiedere la determinazione giudiziale della paternità; in relazione a ciò essa ribadisce che l'obiettivo della Convenzione non è quello di tutelare diritti teorici ed illusori ma quello di garantire diritti pratici ed effettivi¹⁴¹. La Corte però suggerisce che in una situazione in cui un figlio (adulto) rimane passivo, pur avendo più di una vaga idea di chi possa essere il suo padre biologico, e pur avendo potuto intraprendere un'azione processuale, evita di farlo, dovrebbe essergli impedito di rimandare il procedimento di accertamento della paternità, senza stabilire un tempo limite.¹⁴² Appare particolarmente significativo e decisivo ai fini pratici che la Corte operi una distinzione tra i casi in cui un richiedente non ha alcuna possibilità di ottenere conoscenza dei fatti relativi alla sua nascita e i casi in cui un ricorrente sa con certezza o ha fondati motivi di ritenere chi sia suo padre ma, per motivi estranei al diritto, non prende iniziativa per avviare un procedimento entro il termine legale.¹⁴³ Al contrario, la domanda sarebbe meritevole di essere accolta se la scadenza di un termine processuale per stabilire la paternità fosse attribuibile a fattori oggettivi fuori dal suo controllo soggettivo; così, un sistema giuridico dovrebbe, in circostanze del genere, interpretare il termine, nell'interesse della certezza del diritto, in modo più flessibile e tale da permettere ad un bambino di ottenere una reale possibilità di verificare la propria paternità. Tuttavia, può anche essere impraticabile per i Tribunali determinare se le motivazioni del ricorrente riguardino principalmente l'interesse

attraverso procedimenti giudiziari se lei fosse o meno figlia del rispondente. Perdente in tutti i gradi di giudizio interni, la signora Phinikaridou solleva doglianze dinanzi alla Corte di Strasburgo.

¹⁴⁰ Cfr. Phinikaridou c. Cipro, cit., § 58

¹⁴¹ Cfr. Phinikaridou c. Cipro, cit., § 64

¹⁴² Posizione sostenuta anche in dottrina da R. J. Blauwhoff, *Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one's origins*, in *Utrecht Law Review*, 4, II, 2008, III.

¹⁴³ Phinikaridou c. Cipro, cit., § 63

per l'istituzione della filiazione giuridica e le conseguenze della stessa (come l'eredità) o se queste domande celino una «dimensione ideologica»¹⁴⁴. La Corte ha dichiarato, pertanto, che l'interesse di un presunto padre a essere protetto da dichiarazioni remote che riguardano fatti che risalgono a molti anni prima non può essere negato, in relazione alla prevenzione di una possibile ingiustizia che si andrebbe a verificare qualora i giudici fossero chiamati ad accertare fatti ormai datati nel tempo¹⁴⁵.

Ma in aggiunta a questo conflitto di interessi, essa sostiene che sono diversi gli interessi che possono entrare in gioco, tra cui quelli dei terzi che però, questa volta, afferma la Corte, si riducono in sostanza a quelli relativi alla famiglia del presunto padre¹⁴⁶: da ciò si evincerebbe secondo alcuni, che i più rilevanti interessi di terzi sarebbero gli interessi dei minori della famiglia del presunto padre, e anche se si potrebbe presumere che le relazioni tra gli adulti verrebbero negativamente influenzate da una tale affermazione, essi non potrebbero per questo motivo non essere presi in considerazione.¹⁴⁷

2.1.8 Quale interesse per il minore?

Il caso *Phinikaridou*, pertanto, risulta interessante per due fondamentali motivi: da una parte, infatti, in esso è stata riconosciuta quella che potrebbe essere definita come una forma di «*procreational privacy*»¹⁴⁸ concessa al presunto padre in determinate circostanze, cosicché eventuali richieste risulterebbero precluse con il passare degli anni; dall'altra il diritto dei terzi interessati è stato più realisticamente ristretto al diritto dei familiari del padre ipotetico, su tutti gli eventuali minori.

Nel Gennaio 2008, invece, la Corte europea si trova nuovamente a doversi pronunciare in merito a un caso di parto anonimo e il governo rispondente è

¹⁴⁴ R. J. Blauwhoff, *Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one's origins*, cit., 112.

¹⁴⁵ Cfr. *Phinikaridou c. Cipro*, cit., § 51

¹⁴⁶ Cfr. *Phinikaridou c. Cipro*, cit., § 53

¹⁴⁷ Di questo avviso S. Choudhry – J.Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, 187.

¹⁴⁸ R. J. Blauwhoff, *Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one's origins*, cit., 112.

ancora una volta la Francia¹⁴⁹: nella sentenza emerge che studi specialistici confermano il fatto che se il bambino ha la possibilità di intrattenere da subito dopo il parto nuove relazioni affettive con altri soggetti, viene diminuita ampiamente la possibilità per gli stessi di subire un danno psicologico; inoltre, questo lasso di tempo permette anche di salvaguardare la stabilità affettiva della nuova famiglia¹⁵⁰.

La Corte insiste ancora una volta sulla mancanza di una piattaforma normativa comune in Europa in materia di adozioni e più nello specifico in ordine al termine previsto per revocare il consenso all'adottabilità del figlio: alcuni sistemi legislativi europei, infatti, permettono al genitore naturale di revocare il consenso fino alla pubblicazione della decisione sull'adozione, mentre altri prevedono un termine che varia da dieci a tre giorni per la revoca.¹⁵¹

È a questo punto che la Corte osserva che nel valutare gli interessi in gioco della madre biologica, del bambino e della famiglia adottiva, nonché l'interesse generale, i giudici ha l'obbligo di dare assoluta preminenza all'interesse superiore del minore¹⁵². La Corte ha deciso, quindi che l'interesse del minore e, in particolare la tutela dei legami già esistenti, sia preferito ad un'ipotetica necessità

¹⁴⁹ Kearns c. Francia, 10.01.2008. la ricorrente, cittadina irlandese, in seguito ad un parto anonimo decise di revocare il segreto e fece richiesta di restituzione della figlia; questa però le fu rifiutata a causa della avvenuta decorrenza del termine di legge. Nel ricorso, la signora sostenne dinanzi alle autorità francesi non solo di non aver compreso le conseguenze dell'atto da lei sottoscritto al momento del parto ed i termini previsti dalla legge francese, e l'assenza di un interprete. Nel suo ricorso alla Corte per violazione dell'art. 8, la sig. Kearns sostiene che termine di due mesi entro il quale è possibile revocare il consenso per l'adozione è ritenuto troppo breve se si pensa che questo è il periodo in cui una donna naturalmente è provata dal parto e dalla nascita del figlio; l'assenza di un interprete poi corrispondeva a negare il suo diritto di prendere delle decisioni delicate in maniera serena e tranquilla. Al contrario, il governo francese ribatté a queste provocazioni sostenendo che, in primo luogo, quando una madre chiede l'accouchement sous X, il bambino viene temporaneamente preso in cura dallo Stato, immediatamente affidato al servizio di assistenza per i bambini, e se trascorrono i due mesi senza che la madre palesi la volontà di riprenderselo, viene dato in adozione. Il termine di due mesi è un termine equo per la tutela del minore ed ha l'obiettivo di dare stabilità al bambino sia da un punto di vista legale che psicologico, affidandolo ad un'altra famiglia; in questo periodo il bambino ha la possibilità di intrattenere stabili relazioni affettive in una nuova famiglia e di legarsi più facilmente ai nuovi genitori.

¹⁵⁰ Al punto 60 della sentenza si legge: "*The child-welfare professionals interviewed in the context of the 1995 report on adoption by Professor Mattei had pointed out that it was in the interests of an abandoned child to enjoy stable emotional relations within a new family as quickly as possible, an observation borne out by subsequent studies on attachment disorders and their damaging consequences for the child.*"

¹⁵¹ Kearns c. Francia, cit., § 77.

¹⁵² Kearns c. Francia, cit., § 79 in cui si legge: "*...dans la recherche de l'équilibre entre ces différents intérêts, l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer...*"

di ripristinare i legami di sangue: l'interesse del bambino ad una vita familiare stabile è più rilevante dei diritti di una madre biologica verso il suo bambino¹⁵³.

Anche in un delicato ambito come quello della conoscenza delle proprie origini biologiche, quindi, il superiore interesse del minore, inizia in maniera esplicita a costituire il criterio guida dei giudici della Corte; e non un interesse superiore di un bambino generico, ma l'interesse che risulta preminente per il bambino nel caso concreto¹⁵⁴.

2.1.9 L'Italia alla prova di Strasburgo.

Ma a quasi dieci anni dall'ormai celebre caso Odièvre, all'esame dei giudici di Strasburgo viene sottoposto nuovamente uno speculare caso di parto anonimo¹⁵⁵. La Corte europea è, quindi, ancora una volta chiamata a decidere se la decisione pronunciata dai giudici italiani contrasti o meno l'art. 8 CEDU.

Per prima cosa i giudici della Corte EDU riprendono la giurisprudenza della nostra Corte costituzionale per la quale il fatto che la normativa italiana «*non preveda per la tutela dell'anonimato della madre nessun tipo di limitazione, neanche temporale*», non determina alcun profilo di illegittimità, dal momento che, «*la scelta della gestante in difficoltà che la legge vuole favorire – per proteggere tanto lei quanto il*

¹⁵³ N.Huls – S.Ramey, *French denial of baby's return to birth mother not a violation*, in *Human Rights Brief*, 15, 2008, 48.

¹⁵⁴ Il caso è *Jevremovic c. Serbia*, 17.07.2007 la corte infatti afferma «*in ruling on an application to have one's paternity established, the courts are required to have special regard to the best interests of the child at issue*».

¹⁵⁵ Il caso è *Godelli c. Italia*, 25.09.2012.

Questa volta la ricorrente è una cittadina italiana, Anita Godelli, la quale lamentava che il segreto della sua nascita e la conseguente impossibilità per lei di conoscere le sue origini avessero costituito una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare garantito dall'articolo 8 della Convenzione. La ricorrente affermava di aver vissuto un'infanzia molto complicata proprio a causa dell'impossibilità di avere contezza delle proprie radici. Nel 2006, infatti, la ricorrente richiese informazioni circa le sue origini all'ufficio dello stato civile del comune di Trieste, conformemente all'articolo 28 della legge sull'adozione, la n. 184 del 4 maggio 1983; dall'atto di nascita consegnato dall'ufficiale dello stato civile non compariva, però, il nome della madre biologica; questa, infatti, aveva negato la divulgazione dei dati della sua identità. La sig.ra Godelli intraprese, quindi, una serie di ricorsi atti a richiedere la rettifica del proprio atto di nascita; tuttavia questi venivano puntualmente respinti. In particolare, la Corte d'appello di Trieste osservò che il Tribunale per i minorenni aveva applicato in maniera corretta l'articolo 28, comma 7, della legge n. 184 del 1983 dal momento che la madre biologica della ricorrente aveva fatto esplicita richiesta di mantenere il segreto sulla sua identità, rimarcando come proprio il comma in questione, mirasse a garantire l'effettivo rispetto della volontà della madre.

nascituro – sarebbe resa oltremodo difficile se la decisione di partorire in una struttura medica adeguata, rimanendo anonima, potesse comportare per la donna, in base alla stessa norma, il rischio di essere, in un imprecisato futuro e su richiesta di un figlio mai conosciuto e già adulto, interpellata dall'autorità giudiziaria per decidere se confermare o revocare quella lontana dichiarazione di volontà»¹⁵⁶.

Dopo aver fatto un'attenta disamina delle legislazioni europea in materia di parto anonimo, i giudici di Strasburgo notano come «*in Europa il parto anonimo o nell'anonimato appare minoritario senza essere per questo eccezionale*». I giudici di Strasburgo, quindi, sottolineano come la legislazione italiana in materia, diversamente da quelle di altri Paesi come la Francia, non effettua un ragionevole bilanciamento tra quelli che sono i diversi interessi contrapposti: nella normativa italiana, infatti, il diritto all'anonimato della madre biologica prevarica totalmente il diritto di conoscere la propria origine biologica¹⁵⁷: il fatto che la ricorrente non sia più una minore ma abbia già compiuto i sessantanove anni d'età, poi, non costituisce un elemento rilevante ai fini della sussistenza del *right to know*, dal momento che l'interesse a conoscere la propria ascendenza non viene meno con l'età adulta¹⁵⁸.

Al paragrafo 52 si legge testualmente che «*in queste condizioni, l'interesse del minore a conoscere le proprie origini è completamente sacrificato, senza alcun equilibrio tra gli interessi concorrenti e senza alcuna possibile ponderazione degli interessi*». La Corte conclude affermando che l'Italia abbia, dunque, oltrepassato il margine di discrezionalità, avendo fallito nel cercato di stabilire un equilibrio e una proporzionalità tra gli interessi delle parti in causa, dal momento che per bilanciare la decisione di una madre biologica di mantenere l'anonimato, la normativa italiana non dà alcuna possibilità al figlio adottivo, e non riconosciuto alla nascita, di chiedere l'accesso ad informazioni non identificative sulle sue origini o la reversibilità del segreto¹⁵⁹. Corrisponde, infatti, al vero che la legge italiana non preveda alcun meccanismo che renda reversibile il segreto

¹⁵⁶ Corte cost., sent. n. 425/2005, con nota di A.O. COZZI, *La Corte costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo?*, in 6, *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, 4601

¹⁵⁷ Godelli c. Italia, cit., § 70

¹⁵⁸ *Ibi.* § 69

¹⁵⁹ Godelli c. Italia, cit., § 71

sull'identità del genitore e che permetta di verificare l'attualità della volontà della madre biologica in qualsiasi momento¹⁶⁰.

Quest'ultimo caso è, a parer di chi scrive, particolarmente rilevante dal momento che sembra palesare un sostanziale contrasto esistente tra la nostra giurisprudenza costituzionale e la giurisprudenza di Strasburgo, in materia di parto anonimo, andando a ridestare un antico e mai sopito dibattito circa la presunta costituzionalizzazione progressiva della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹⁶¹. Come abbiamo avuto modo di constatare, infatti, in merito alla medesima fattispecie, la prima considera la legislazione di riferimento come altamente rispettosa di tutti gli interessi in gioco, per le motivazioni poc'anzi citate; la seconda, al contrario, definisce addirittura cieca¹⁶² la preferenza accordata dal legislatore ai diritti delle madri rispetto a quelli dei bambini: questo rappresenta di sicuro un motivo di frizione¹⁶³ tra le due giurisdizioni.

Per capire se il contrasto sia solo apparente, o se invece quello di Strasburgo sia un vero e proprio monito all'Italia affinché modifichi la normativa in questione, sarà decisivo vedere come agiranno i giudici della corte EDU dinanzi ad un ipotetico nuovo ricorso attinente al diritto a conoscere le proprie origini, promosso da un cittadino italiano.

Un ipotesi probabile resta quella che i giudici abbiano dato maggior rilievo all'inadeguatezza della legge italiana nell'applicazione di un astratto *balancing of interest*, piuttosto che cogliere la *ratio* profonda sottesa alla normativa italiana; se così fosse, avrebbe ragione il giudice Sajo, il quale, nell'unica opinione dissenziente del caso *Godelli* sostiene come la decisione dei suoi colleghi non tenga conto del fatto che in Italia la scelta dell'anonimato è strettamente connessa al dovere dello Stato di tutelare il diritto alla vita del nascituro, riconosciuto, non

¹⁶⁰ In tal senso D. Butturini, *La pretesa a conoscere le proprie origini come espressione del diritto al rispetto della vita privata*, in www.forumcostituzionale.it

¹⁶¹ Sul delicato rapporto su CEDU e Costituzione da ultimo si veda A. Ruggeri, *Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in "sistema"*, in www.giurcost.org, 21 aprile 2012

¹⁶² Al paragrafo 70 della sentenza si parla infatti di "*préférence aveugle*".

¹⁶³ In tal senso D. Paris, *Parto anonimo e bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, del Conseil constitutionnel e della Corte europea dei diritti dell'uomo (con alcuni spunti per una rilettura dell'inquadramento costituzionale dell'interruzione volontaria della gravidanza)*, in www.forumcostituzionale.it, 2012

come un diritto tra gli altri, ma come diritto supremo¹⁶⁴: un decisione, insomma, compiuta paradossalmente proprio *in the best interest of the child*.

2.1.10 Prospettive future.

Dalle precedenti analisi giurisprudenziali appare evidente che il diritto dei minori ad accedere alle informazioni salienti ai fini dell'anamnesi personale e dell'individuazione dei propri genitori biologici può entrare in conflitto non solo con i diritti di altri soggetti (come i genitori stessi), con interessi di pubblico rilievo (la certezza del diritto, la salute pubblica) e con i diritti dei terzi interessati (la famiglia del presunto padre su tutti), ma può confliggere anche con altri diritti in capo agli stessi minori: a questi diritti, abbiamo visto, il *right to know* spesso deve cedere il passo.

E' chiaro che la pronta disponibilità da parte dei giudici di Strasburgo ad esaminare con attenzione le richieste concernenti il diritto del minore di conoscere i propri genitori, costituisce sicuramente un importante sviluppo; ciononostante, la giurisprudenza successiva ha continuato a ribadire l'importanza del raggiungimento di un giusto equilibrio tra gli interessi il gioco¹⁶⁵: soprattutto in *Odièvre* abbiamo visto come la Corte non ha potuto non considerare la relatività del diritto a conoscere rispetto al supremo diritto alla vita e al diritto alla salute; nel caso *Kearns*, invece, è il diritto alla salvaguardia della stabilità dei legami già esistenti che rende inopportuno garantire un diritto (la ricerca delle origini appunto) dalla cui tutela l'interessato (il bambino) non riceverebbe alcun guadagno.

Un ruolo fondamentale pare aver svolto a tal fine l'introduzione del principio del *best interest of the child* nel permettere di stabilire quale sia il superiore interesse del minore nel caso concreto e nel preservare la Corte da frontiere estremistiche che si possono inverare quando l'analisi dei giudici enfatizza oltremodo uno solo tra gli interessi che di volta in volta vengono in rilievo. Non sempre, però, la Corte appare convinta della bontà dell'applicare il principio summenzionato: quando ciò non accade, però, spesso si giunge a risultati

¹⁶⁴ Godelli c. Italia, cit., § Dissenting Opinion of Judge Sajo

¹⁶⁵ J. Fortin, *Children's rights and the developing law*, London - Butterworths, 2009, 245

sproporzionati ed eccessivi, come è apparso evidente nel caso *Jäggi*, o perlomeno discutibili, come nel caso *Godelli*.

La novità di maggior rilievo, dunque, è che la giurisprudenza di Strasburgo ha rafforzato l'opinione che tale diritto alla conoscenza delle origini esista e che debba essere rispettato dagli Stati e dei loro organi giudiziari, i tribunali nazionali.¹⁶⁶ Ma è a questo punto inevitabile domandarsi se e in che misura tutto questo sia veramente nell'interesse del minore o se, nel tentativo di assicurargli la possibilità di soddisfare un mera curiosità circa l'identità dei suoi genitori, o peggio ancora, un utilitaristico ritorno economico magari legato all'eredità, non si finisca per innescare un meccanismo che può ritorcersi a suo grave danno. Ci si interroga, per esempio, sull'opportunità per un ragazzo di riallacciare a tutti i costi i legami con un padre portato a non volere assumere le sue funzioni, magari pronto a vendicarsi sul bambino per il segreto coattivamente svelato o sul riverbero che potrebbe avere la riemersione improvvisa nella vita di un bambino non riconosciuto da alcuno, dell'ombra dei suoi genitori biologici o ancora sull'impatto che potrebbe avere su una madre il ritorno del figlio, il quale può sconvolgere l'equilibrio esistenziale raggiunto, rivelare al nuovo partner esperienze di vita che possono non essere conosciute, ledere i nuovi rapporti interpersonali intrecciati e scardinare equilibri emotivi con molta difficoltà conquistati.¹⁶⁷ Il diritto non può, infatti, esimersi dal valutare tutti gli aspetti di un problema, senza limitarsi ad enfatizzare un bisogno su altri ma cercando di contemperare le diverse esigenze nei rapporti umani: a tutti questi interrogativi sarà chiamata a rispondere nei prossimi anni con sempre maggior frequenza la Corte europea e l'auspicio è che possa essere imboccata una strada che permetta ai minori di essere tutelati da una *prematura autonomia*¹⁶⁸. Attualissimo, al riguardo, risulta l'ammonimento pronunciato da un autorevole giurista che nel constatare l'importanza del riconoscimento del *right to know their origins* ricorda che: «...l'assolutezza del diritto di conoscere la propria origine può cancellare legami nei quali s'incarnano la comunanza di vita e l'incessante, fecondo rinnovarsi delle ragioni dello stare insieme. Può determinare un drammatico impoverimento: il ritrovarsi non in relazione con

¹⁶⁶ *ibidem*, 246

¹⁶⁷ Sul punto illuminante A.C. Moro, *Il desiderio di conoscere le proprie origini: un nuovo diritto?* cit., 6 e ss.

¹⁶⁸ Y. Ronen, *Redefining the child's right to identity*, cit., 173

gli altri, ma soli con la propria storia genetica. La verità biologica ad ogni costo è una conquista o una prigionia?»¹⁶⁹.

2.2 *Right to establish and develop relationships with other human beings: diritto del minore straniero al ricongiungimento familiare e limiti all'espulsione. Considerazioni preliminari*

La condizione giuridica del minore straniero in Europa costituisce senza dubbio un terreno argomentativo molto complesso, i cui sviluppi sarà importante valutare nel futuro prossimo venturo. Dato il crescente, e a volte preoccupante, fenomeno migratorio che interessa ed interesserà sempre più il nostro continente, la Corte europea di Strasburgo sarà chiamata ad un notevole compito di ricognizione, al fine di non risultare impreparata in un campo che costituirà un imponente banco di prova per il futuro di quest'organismo di tutela dei diritti dell'uomo.

Sarà questa una sfida non semplice, dal momento che, come è stato efficacemente osservato, la situazione del minore extracomunitario presenta un duplice aspetto cruciale, uno relativo al suo status di minore e uno relativo a quello di straniero: *«a seconda dell'evoluzione del contesto culturale e sociale, che come la marea oscilla ora verso il mare ora verso il fiume, a volte l'acqua salata del problema degli stranieri indurisce la legislazione minorile e a volte l'acqua dolce del trattamento dei minori ammorbidisce quello dello straniero»¹⁷⁰.*

Il preambolo della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, anche in questo caso, costituisce un ausilio prezioso per la giurisprudenza convenzionale: in esso si afferma che il minore, a causa della sua mancanza di maturità fisica e intellettuale, necessita di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione legale appropriata, sia prima che dopo la nascita.

Il modo per garantire una simile protezione sarebbe quello di riconoscere al minore ogni più ampia tutela, che si traduce in un generale divieto di discriminazione nel godimento dei diritti affermati nella Convenzione stessa,

¹⁶⁹ S. Rodotà, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2000, 571 e ss.

¹⁷⁰ L. Miazzi, *La condizione giuridica dei bambini stranieri in Italia*, in *3, Minori Giustizia*, 1999, 104.

senza alcun tipo di distinzioni relative a razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica, origine nazionale, etnica o sociale, situazione finanziaria, incapacità, nascita o ogni altra circostanza¹⁷¹.

Viene, inoltre, precisato al primo comma dell'art. 10 della Convenzione che: «...ogni domanda presentata da un fanciullo o dai suoi genitori in vista di entrare in uno Stato parte o di lasciarlo ai fini di un ricongiungimento familiare sarà considerata con uno spirito positivo, con umanità e diligenza. Gli Stati parte vigilano inoltre affinché la presentazione di tale domanda non comporti conseguenze pregiudizievoli per gli autori della domanda e per i loro familiari».¹⁷²

Il comma successivo, tuttavia, specifica che l'unico limite al godimento del privilegio appena segnalato può essere costituito dall'esigenza di tutelare altri interessi contrapposti a quelli del minore e ritenuti, nel caso specifico, maggiormente meritevoli di tutela: «Il diritto di abbandonare un Paese può essere regolamentato solo dalle limitazioni stabilite dalla legislazione, necessarie ai fini della protezione della sicurezza interna, dell'ordine pubblico, della salute o della moralità pubbliche, o dei diritti e delle libertà altrui, compatibili con gli altri diritti riconosciuti nella presente Convenzione».¹⁷³

Si può, quindi, dedurre da quest'ultima norma che il principio secondo cui i fanciulli non devono essere separati dai genitori contro la loro volontà impone agli Stati di favorire la riunificazione, ma non eleva questa esigenza di ricongiungimento a vero e proprio diritto soggettivo¹⁷⁴.

In dottrina si ritiene che, pertanto, la riunificazione sarà consentita qualora, a seguito del delicato bilanciamento che dovrà essere operato dall'autorità statale, l'interesse superiore del minore prevarrà sugli altri interessi tutelati dalla legislazione sull'immigrazione¹⁷⁵. Vedremo come il mutamento di sensibilità a livello internazionale in merito alla protezione dei minori abbia notevolmente interessato anche la struttura dei giudizi valutativi della Corte europea in materia di ricongiungimento familiare degli stranieri, innestando importanti novità nei

¹⁷¹ Dal Preambolo della Convenzione ONU sui diritti dei minori.

¹⁷² Art. 10 co.1 Convenzione ONU sui diritti dei minori.

¹⁷³ Art. 10 co. 2 Convenzione ONU sui diritti dei minori.

¹⁷⁴ In questo senso M. Spatti, *I limiti all'esclusione degli stranieri dal territorio dell'Unione europea*, Torino, 2010, 150.

¹⁷⁵ La considerazione è di M. Evola, *La riunificazione familiare dello straniero nei trattati sui diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 4, 2010, 287.

criteri di bilanciamento degli interessi in questione e facendo emergere interessi antagonisti al pur rilevante diritto dello Stato di monitorare i flussi migratori.

2.2.1 Lo spostamento del punto di equilibrio.

Per comprendere a pieno lo spirito interpretativo dei giudici della Corte in materia di ricongiungimento familiare fino alla svolta avvenuta nel 2001, è necessario constatare che una costante giurisprudenza ha sempre ribadito che l'ampiezza dell'obbligo degli Stati di permettere il ricongiungimento dei familiari di migranti che soggiornino legalmente, dipende dalle particolari condizioni dei soggetti interessati e dall'interesse generale: uno Stato ha, dunque, il diritto di controllare l'immigrazione sul proprio territorio e, per fare ciò, dispone di un ampio margine di discrezionalità¹⁷⁶.

La necessità di assicurare il raggiungimento di un siffatto obiettivo può essere di conseguenza invocata a sostegno di una decisione di non-ammissione dello straniero, decisione che lo Stato può peraltro prendere liberamente allorquando nulla impedisca che tutti i membri della famiglia possano ugualmente vivere insieme nel proprio Paese di origine.¹⁷⁷

Inoltre, tra gli obiettivi legittimi della politica di immigrazione che gli Stati possono far valere per giustificare il respingimento o l'espulsione di stranieri, vi sono la protezione del mercato interno del lavoro, l'alta densità della popolazione sul territorio nazionale e, in una certa misura, la promozione della tranquillità pubblica.¹⁷⁸

La sentenza *Şen c. Paesi Bassi* del 2001, mostra, tuttavia, che la necessaria ponderazione degli elementi del singolo caso può fondare la pretesa di un diritto al ricongiungimento dei figli. Nel caso citato, la Corte individua l'esistenza di determinati ostacoli ad un ritorno dei ricorrenti nello Stato di provenienza, basandosi sulla circostanza che i coniugi Şen, oltre al figlio per il quale era stato richiesto il ricongiungimento, avevano anche la responsabilità di altri figli, i quali erano nati, cresciuti e si erano integrati nello Stato di accoglienza¹⁷⁹. Ulteriori

¹⁷⁶ Cfr. Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Regno Unito, 28.05.1985, § 67 ss., Gül c. Svizzera, 19.02.1996, § 38, Ahmut c. Paesi Bassi, 28.11.1996, § 63 e 67, Sen c. Paesi Bassi, 21.12.2001, § 31 e 36.

¹⁷⁷ Su tutte si veda Cruz Varas e altri c. Svezia, 20.03.1991, § 88.

¹⁷⁸ Cfr. Abdulaziz e altri c. Regno Unito, 28.05.1985, § 78 e 81, Berrehab c. Paesi Bassi, 21.06.1988, § 26.

¹⁷⁹ Cfr. Sen c. Paesi Bassi, cit., § 40, afferma che...«*Ces deux enfants ont toujours vécu aux Pays-Bas, dans l'environnement culturel de ce pays et y sont scolarisés. Ils n'ont de ce fait que peu ou pas de liens autres que*

pronunce¹⁸⁰ di Strasburgo in merito alla ricevibilità dei ricorsi, inoltre, lasciano aperta la possibilità che anche altre circostanze, quali le situazioni di persecuzione politica o il bisogno di particolari cure mediche difficilmente ottenibili nello Stato di provenienza, possano giustificare un diritto al ricongiungimento con i familiari. Ma la sentenza *Şen* mostra, in particolare, che sono soprattutto gli interessi dei figli ad essere considerati idonei a costituire il fondamento per un diritto al ricongiungimento familiare nello Stato di accoglienza, rivelando una netta adesione al rispetto dei principi risultanti dagli artt. 3, 9 e 10 della Convenzione sui diritti del fanciullo, pur non menzionando esplicitamente il principio del superiore interesse del minore.

Questo nuovo indirizzo giurisprudenziale si snoda lungo la trama tessuta dai principi della precedente giurisprudenza, tuttavia l'operazione di *balancing* si fonda su basi parzialmente diverse: viene infatti operato un affondo concettuale sulla nozione di vita familiare¹⁸¹, dal momento che la Corte prende in considerazione l'età dei minori in questione, la loro situazione nel proprio paese di origine e il loro grado di dipendenza rispetto ai genitori¹⁸².

Una valutazione del genere, pertanto, pone un limite al margine di discrezionalità operabile dalle autorità statali, le quali dovranno comparare lo sviluppo della vita familiare con la situazione globale dei genitori nel Paese d'immigrazione e con l'esigenza di non sradicare i figli della coppia dal proprio ambiente abituale. Un simile approccio trova la sua fonte argomentativa nelle opinioni dissenzienti espresse dal giudice Martens nei precedenti e analoghi casi *Ahmut c. Turchia* e *Gül c. Svizzera*, nei quali il giudice belga invita la Corte ad analizzare i casi relativi al ricongiungimento familiare non solo da una prospettiva relativa all'immigrazione o alla residenza, ma considerando con il dovuto riguardo anche i reciproci interessi dei ricorrenti, compresi quelli dei minori. Il fatto che si siano formati nuovi legami sociali e che gli stranieri si siano definitivamente

la nationalité avec leur pays d'origine. Dans ces conditions, la venue de Sinem aux Pays-Bas constituait le moyen le plus adéquat pour développer une vie familiale avec celle-ci d'autant qu'il existait, vu son jeune âge, une exigence particulière de voir favoriser son intégration dans la cellule familiale de ses parents, aptes et disposés à s'occuper d'elle»

¹⁸⁰ Cfr. *Tuquabo-Tekle e altri c. Paesi Bassi* 01.12.2005, *Rodrigues da Silva e Hoogkamer c. Paesi Bassi*, 19.10.2004.

¹⁸¹ Per un approfondimento sul caso *Sen*, v. S. Van Walsum, *Comment on the Sen Case - How Wide is the Margin of Appreciation regarding the Admission of Children for Purposes of Family Reunification*, in 4, *European Journal of Migration and Law*, 2002, 511 ss.

¹⁸² Cfr. *Sen c. Paesi Bassi*, cit., § 37

adattati nella loro nuova Patria costituisce un elemento che è strettamente connesso con la loro vita privata e riveste un'importanza molto più ampia dello *status* formale del loro permesso¹⁸³.

La nuova architettura motivazionale elaborata nel caso *Şen* trova un'ulteriore conferma in una sentenza successiva che vede ancora protagonisti i Paesi Bassi: nel 2005, infatti, un'adolescente eritrea di quindici anni ricorre ai giudici di Strasburgo lamentando una violazione del proprio diritto alla vita familiare da parte delle autorità olandesi che le ordinavano di ritornare in Patria. Nel caso *Tuquabo-Tekle* c. Paesi Bassi, pertanto, la Corte deroga rispetto alla sua precedente giurisprudenza avendo riguardo per la peculiare esigenza di protezione della ricorrente, connessa sia alla condizione di minore, che al reale pericolo di lesione dei suoi diritti fondamentali: in Eritrea, suo Paese natale, infatti, la fanciulla aveva ormai superato l'età dell'obbligo scolastico e un suo eventuale ritorno l'avrebbe esposta al dovere di contrarre matrimonio, dal momento che la nonna, alle cui cure la giovane era stata affidata, avrebbe provveduto, conformemente agli usi locali, a ritirarla da scuola con lo scopo di trovarle un marito¹⁸⁴. E' interessante notare come in questo caso, la minore, ormai quindicenne ma «*rather than making her less dependent on her mother*», fosse bisognosa di godere della compagnia della sua famiglia: pertanto la Corte, ritendendo prevalente il dato che la ricorrente fosse comunque una minore e che quindi avesse una vitale esigenza di un opportuno supporto familiare nei Paesi Bassi, sostiene che le autorità olandesi, ordinandole il ritorno nel Paese d'origine, abbiano «*failed to strike a fair balance*» tra l'interesse della minore e l'interesse generale al controllo dell'immigrazione¹⁸⁵.

2.2.2 Una svolta significativa.

Il diritto al rispetto della vita familiare può, quindi, rappresentare un limite alla discrezionalità degli Stati in materia di ingresso ed allontanamento degli stranieri. La nuova tendenza espressa nei casi *Şen* e *Tuquabo-Tekle* costituisce un

¹⁸³ Cfr. *Gül* c. Svizzera, 19.02.1996

¹⁸⁴ *Tuquabo-Tekle* e altri c. Paesi Bassi, cit., § 13

¹⁸⁵ *ibidem*, § 41.

cambio di approccio significativo nella giurisprudenza della Corte¹⁸⁶, mostrando l'opportunità di non restringere la prospettiva del ricongiungimento familiare entro «*gli angusti confini della politica dell'immigrazione*»¹⁸⁷ e permettendo finalmente all'interesse del minore di uscire dalla zona d'ombra cui era stato, fino a quel momento, relegato.

Il caso *Rodrigues da Silva c. Paesi Bassi*, del 2006, esplicita infine quali siano i fattori da prendere in considerazione nell'effettuare questo tipo di bilanciamento. La Corte ha ritenuto costituisca violazione dell'art. 8 il rifiuto di concedere un permesso di soggiorno ad una donna brasiliana, madre di una bambina nata in Olanda da padre olandese e legalmente affidata al padre, il quale aveva annunciato che non avrebbe permesso alla figlia di seguire la madre in Brasile: la Corte ha constatato che, nonostante il formale affido al padre della bambina, quest'ultima avesse il suo rapporto più stretto proprio con la madre, la quale si occupava della figlia in maniera prevalente. I giudici di Strasburgo, quindi, prendono in esame in che misura la vita familiare sarebbe effettivamente danneggiata in caso di rimpatrio, l'estensione dei legami già esistenti nello Stato contraente, eventuali ostacoli insormontabili per la famiglia che vive nel Paese di origine, particolari fattori di controllo dell'immigrazione o ancora motivi di ordine pubblico fortemente a favore dell'esclusione; un'altra considerazione importante riguarda la possibilità di stabilire se la vita familiare sia sorta in un momento in cui le persone coinvolte fossero consapevoli che lo status di immigrato di uno di essi facesse presumere sin dall'inizio la precarietà della persistenza di quella vita familiare nel territorio dello Stato ospitante¹⁸⁸.

Nel caso di specie, in considerazione delle conseguenze di ampia portata che deriverebbero dall'espulsione, relativamente alla responsabilità che la signora Rodrigues riveste in qualità di madre e, più in generale, alla sua vita familiare con la giovane figlia, la Corte ritiene che rimanere in Olanda fosse «*clearly in Rachael's best interests*», dal momento che la giovane ha praticamente trascorso in quel luogo tutta la vita; i giudici di Strasburgo sottolineano come nelle circostanze particolari

¹⁸⁶ Per un approfondimento relativo alle implicazioni giuridiche del fenomeno dei migranti in Europa e con riferimenti anche al caso in esame v. A. Weisbrock, *Lagal Migration to the European Union*, Leiden, 2010, 220.

¹⁸⁷ M. Evola, *La riunificazione familiare dello straniero nei trattati sui diritti umani*, cit., 303

¹⁸⁸ *Rodrigues da Silva e Hoogkamer c. Paesi Bassi*, cit., § 39

del caso, il fattore inerente al benessere economico del Paese non possa prevalere sui diritti dei ricorrenti ai sensi dell'articolo 8, nonostante il fatto che la madre della minore risiedesse illegalmente in Paesi Bassi al momento della nascita della figlia: a parer loro, infatti, dando eccessiva importanza a quest'ultimo elemento, le autorità hanno mostrato un eccessivo formalismo.¹⁸⁹ Questa significativa conclusione si pone come un punto di svolta per tutta la successiva giurisprudenza relativa ai diritti degli immigrati, ponendo le premesse per un mutamento nel paradigma interpretativo che, sebbene altalenante, risulta decisamente più vigile nella tutela dei diritti dell'uomo e dei minori in particolare.

I primi frutti di questa nuova impostazione sono chiaramente visibili nell'*affaire Mubilanzila Mayeka e altri c. Belgio* del 3 luglio 2006¹⁹⁰.

La valutazione dei fatti in questo caso riguarda prevalentemente le condizioni di detenzione di una minore non accompagnata nel periodo antecedente all'espulsione, le procedure adottate, la sua durata (due mesi), le conseguenze fisiche e psicologiche per la minore, tutti elementi considerati di importanza cruciale nella valutazione del caso.

La Corte, esaminando in concreto le difficili condizioni di Tabitha, una bambina di soli cinque anni, non accompagnata, la cui vulnerabilità risulta accentuata dalla severità della detenzione, elabora un verdetto comprensibilmente severo: a parer della Corte, infatti, nonostante gli sforzi compiuti dagli operatori del centro per accogliere la bambina, la struttura era sostanzialmente inadatta a ospitare minori, soprattutto se non accompagnati.

¹⁸⁹ Cfr. Rodrigues da Silva e Hoogkamer c. Paesi Bassi, cit., § 44

¹⁹⁰ IL caso è *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, 3.07.2006. Il caso concerne la detenzione di una minore congolese che, insieme allo zio, tentava di raggiungere la madre in Canada dove quest'ultima aveva richiesto asilo. Data l'assenza di documenti comprovanti l'identità e la relazione di parentela della bambina (di nome Tabitha) con lo zio, la stessa era stata fermata all'aeroporto di Bruxelles e, in seguito, trattenuta per più di due mesi in una struttura detentiva per adulti: l'unico contatto della bambina con la madre consisteva in una o più telefonate quotidiane dal Canada. La condotta delle autorità belghe era poi divenuta particolarmente riprovevole nel momento in cui queste ricercarono una soluzione al caso mediante un tentativo di rimpatrio della bambina in Congo: in seguito ad un accordo con l'unico parente rintracciabile in Congo, la minore era stata affidata alle hostess di una compagnia aerea e, giunta all'aeroporto di Kinshasa, non aveva trovato nessuno ad accoglierla: in seguito ad un'attesa estenuante, la minore fu temporaneamente data in cura ad una funzionaria governativa congolese per poi essere rispedita in Belgio. Il 18 ottobre 2002, le autorità belghe ricevevano conferma che la madre di Tabitha era stata riconosciuta come rifugiata in Canada e poteva godere di conseguenza del privilegio del ricongiungimento familiare.

La condotta delle autorità, anche in relazione al tentato *refoulement*¹⁹¹, costituisce un trattamento inumano e degradante sia per la bambina, sia per la madre, vittima indiretta della violazione dei diritti umani subita dalla figlia¹⁹².

Ma ai fini della nostra trattazione, merita grande attenzione anche la valutazione della Corte in merito alla violazione dell'art. 8: la Corte, infatti, stabilisce che la detenzione e la separazione dalla madre determinano una sproporzionata interferenza nel diritto alla vita familiare della minore¹⁹³.

I giudici muovono dalla considerazione che il godimento della reciproca compagnia costituisca per i genitori, come per i figli, un elemento essenziale della vita familiare¹⁹⁴. Il ragionamento dei giudici si spinge fino alla constatazione di incompatibilità dell'interferenza rispetto ai requisiti richiesti dal secondo comma dell'art.8, in particolare con il criterio della necessità di una tale interferenza in una società democratica, stabilendo l'inopportunità assoluta della detenzione della minore in un centro esclusivamente per adulti e ribadendo come le misure delle autorità debbano sempre assolutamente essere: «*more conducive to the higher interest of the child guaranteed by Article 3 of the Convention on the Rights of the Child*»¹⁹⁵.

I giudici, tuttavia, ricordano che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non garantisce, in quanto tale, alcun diritto per gli stranieri ad entrare o a soggiornare nel territorio di uno Stato di cui non siano cittadini¹⁹⁶. Gli Stati contraenti sono pertanto tenuti a mantenere l'ordine pubblico, in particolare esercitando il loro diritto, consolidato nel diritto internazionale, di controllare l'ingresso e il soggiorno degli stranieri: a tal riguardo, tuttavia, la detenzione nei centri destinati agli stranieri in attesa di espulsione risulterà accettabile solo qualora questa si mostri compatibile con tutti gli obblighi internazionali gravanti sugli Stati, compresi quelli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti

¹⁹¹ Proprio in relazione al caso di *refoulement* in questione vedi H. Battjes, *In Search of a Fair Balance: the absolute character of the prohibition of refoulement under article 3 ECHR reassessed*, in 22, *Leiden Journal of International Law*, 2009, 583 ss.

¹⁹² Cfr. *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, cit., § 58-63

¹⁹³ *ibidem*, § 86

¹⁹⁴ *ibidem*, § 75, concetto già introdotto in *Olsson v. Svezia* (no. 1), 24.03.1988, § 59, e ripreso in *Eriksson v. Svezia*, 22.06.1989, § 58, e *Gnahoré c. Francia*, cit. § 50.

¹⁹⁵ *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, § 83

¹⁹⁶ Concetto introdotto in *Moustaquim c. Belgio*, 18.02.1991, § 43.

dell'uomo e dalla Convenzione sui diritti del fanciullo, ratificata dal Belgio nel 1991¹⁹⁷.

La condizione di minore non accompagnata nel caso in questione ha fatto, quindi, sorgere in capo allo Stato belga il dovere di facilitare il ricongiungimento familiare¹⁹⁸: avendo, al contrario, disatteso totalmente un simile obbligo, le autorità interne hanno di fatto leso il diritto alla vita familiare dei ricorrenti.

Le autorità belghe non hanno rispettato gli obblighi positivi ex art. 8, trascurando le precauzioni di base durante il rientro in Patria, definite dagli stessi giudici una vera e propria «mancanza di umanità»¹⁹⁹. Secondo la Corte europea, altre misure, meno estreme della detenzione, avrebbero dovuto essere considerate, in conformità con i requisiti di cui all'articolo 37 e 49 della Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo e del Comitato sui diritti del fanciullo (ad es. il collocamento in un centro specializzato o in una casa famiglia) maggiormente attente al superiore interesse del minore²⁰⁰. Per molti questa decisione si pone, peraltro, come un importante punto di convergenza complementare tra il diritto internazionale e il diritto europeo in materia di diritti dell'uomo²⁰¹. In definitiva, la Corte europea riafferma il proprio dissenso alla non ammissione dei minori non accompagnati, alla detenzione e al rimpatrio in nome del controllo migratorio, obbligando così le autorità dello Stato a non procedere in modo incontrollato e quindi meccanico al rinvio dei minori non accompagnati, legittimando il principio della detenzione ed espulsione di minori solo sotto riserva di importanti garanzie: le autorità competenti dovrebbero sempre «*have to regard to the real situation*» che il minore potrà trovare nel Paese di destinazione²⁰². Su quest'ultimo aspetto, in dottrina, viene registrato un chiaro avanzamento della giurisprudenza della Corte EDU anche rispetto allo strumento interpretativo della Convenzione sui diritti del fanciullo²⁰³.

¹⁹⁷ Cfr. Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio, § 81

¹⁹⁸ *Ibidem*, § 85

¹⁹⁹ *ibidem*, § 69

²⁰⁰ Per un commento al caso si rinvia a P. Leach – J. Welch, *Cases and Comment – Mubilanza and others v. Belgium*, in 1, *European Human Rights*, 2007, 99-102.

²⁰¹ Di questo avviso C. Cournil, *Les droits de l'homme en zones d'attente : condamnation européenne et résistances françaises*, in 71, *Cultures & conflits*, 2008, 87.

²⁰² Cfr. Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio, § 68

²⁰³ Di questo avviso M. Spatti, *I limiti all'esclusione degli stranieri dal territorio dell'Unione europea*, cit., 249.

Pertanto, non avendo adottato un divieto generale di respingimento o di trattenimento dei cc.dd. minori non accompagnati²⁰⁴, la Corte europea deve cimentarsi in un apprezzamento tecnico delle condizioni di *refoulement* e di detenzione valutando il grado di malessere dei bambini, la loro età e tutte le altre condizioni: essa dovrà, infatti, procedere, caso per caso nel sempre delicato equilibrio tra il controllo delle migrazioni e la tutela dei diritti umani nei casi di detenzione e di rimpatrio²⁰⁵. La tensione tra tutela della famiglia e della vita privata di cittadini immigrati e la protezione della sicurezza e dell'ordine pubblico è stata spesso oggetto delle pronunce della Corte di Strasburgo.

Su questo punto si è assistito a varie oscillazioni della giurisprudenza, orientata in alcuni periodi verso una posizione di più rigida garanzia delle esigenze di sicurezza (che inducono a disporre l'espulsione dell'autore di reato come una sorta di automatismo), e in altri momenti ad una maggiore protezione del bene giuridico rappresentato dall'unità familiare, dal rispetto della vita privata e dalla considerazione dell'interesse superiore del minore.

2.2.3 Il principio del *best interest*, in linea di principio.

Un momento significativo di questa dialettica è costituito dalla decisione della *Grand Chamber* nel caso *Üner c. Paesi Bassi*, del 18 ottobre 2006²⁰⁶, appena sei giorni dopo il succitato *affaire Mubilanzila*.

La controversia riguardava un cittadino turco, immigrato a dodici anni in Olanda a seguito di un ricongiungimento familiare e perciò titolare di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato²⁰⁷.

²⁰⁴ Per una definizione esaustiva di minore straniero non accompagnato (MSNA), si veda il 6 Commento Generale del Comitato per i diritti del fanciullo, General comment No. 6(2005) *Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*, del 3.06.2005, par. 7.

²⁰⁵ *Ibidem*, 88.

²⁰⁶ *Üner c. Paesi Bassi*, 18.10.2006.

²⁰⁷ Il permesso di soggiorno gli era stato ritirato e il ricorrente nel 1998 era stato allontanato dall'Olanda per dieci anni, con provvedimento dell'autorità governativa, in seguito ad una condanna per omicidio preterintenzionale per la quale aveva scontato quattro dei sette anni di carcere previsti dalla suddetta condanna; l'espulsione era inoltre avvenuta quasi quattro anni dopo la scarcerazione. Nei Paesi Bassi il ricorrente era sposato con una cittadina olandese dalla quale aveva avuto due figli e i suoi legami con la Turchia erano, all'epoca dell'espulsione, praticamente nulli, né il giovane era in grado di parlare la lingua turca. Anteriormente alla condanna per omicidio, nondimeno, il ricorrente era già stato riconosciuto colpevole di altri reati di natura

La Grande Camera applica alla situazione specifica alcuni parametri già elaborati dalla precedente giurisprudenza per guidare il giudizio circa la proporzionalità dell'interferenza sul diritto alla vita familiare e privata tutelata dall'art. 8 CEDU costituita dal provvedimento di espulsione e di interdizione dallo Stato per dieci anni: tali criteri²⁰⁸ sono costituiti da: 1) natura e dalla gravità del reato commesso; 2) durata del soggiorno nel paese da cui l'individuo viene espulso; 3) periodo trascorso e comportamento tenuto tra la commissione del reato e l'esecuzione della misura di espulsione; 4) nazionalità delle altre persone interessate; 5) situazione familiare dell'individuo (ad esempio la durata del matrimonio); 6) conoscenza da parte del partner della condizione di irregolarità al momento in cui è iniziata la relazione; 7) esistenza di figli e dalla loro età; 8) entità delle difficoltà che il partner dovrebbe affrontare nel seguire la persona espulsa nel suo paese d'origine.

La sistematizzazione di queste linee guida ha tentato di porre rimedio all'incertezza che aveva caratterizzato la giurisprudenza della Corte in merito al diritto di ricongiungimento e all'espulsione degli stranieri, ponendo un freno a quella che è stata definita una «*strutturale instabilità*»²⁰⁹ delle decisioni di Strasburgo, considerate a volte addirittura alla stregua di una «*lotteria*»²¹⁰.

Ma la novità più rilevante del caso *Üner* è costituita dall'introduzione da parte della Grande Camera di altri due altri importantissimi criteri di cui la Corte deve tener conto al momento del bilanciamento in situazioni inerenti all'espulsione degli stranieri.

I due criteri che la Corte esplicita sono quello relativo alla solidità dei legami sociali, culturali e familiari coltivati dall'individuo nel paese di residenza e in quello di destinazione, in caso vi fosse espulso, ma soprattutto l'esplicitazione del criterio del superiore interesse dei minori eventualmente coinvolti (in particolare la loro difficoltà ad integrarsi nel paese verso cui il genitore è espulso)²¹¹. La Corte,

violenta; nel 2006, infine, il sig. Üner veniva di nuovo espulso dal Paese, dove era rientrato illegalmente e risultava coinvolto in un'attività di coltivazione e traffico di stupefacenti.

²⁰⁸ Questi criteri sono stati applicati per la prima volta nel celebre caso *Boultif c. Svizzera*, 2.08.2001, § 48, tanto da essere da quel momento conosciuti come *Boultif criteria*.

²⁰⁹ T. Spijkerboer, *Structural instability - Strasbourg case law on children's family reunion*, 3, *European Journal of Migration and Law*, 2009, 271 ss.

²¹⁰ Espressione utilizzata da giudice Martens nella sua dissenting opinion nel caso *Boughanemi c. Francia*, 24.04.1996.

²¹¹ Cfr. *Üner c. Paesi Bassi*, cit., § 58

inoltre, ribadisce in questo caso che l'articolo 8 CEDU protegge anche il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani e il mondo esterno e può a volte abbracciare aspetti dell'identità sociale di un individuo, per cui si deve riconoscere che la totalità dei legami sociali tra migranti trasferiti e la comunità in cui essi vivono fa parte del concetto di *vita privata* ai sensi dell'articolo 8²¹². Di certo il caso *Üner* costituisce un approdo notevolmente significativo, dal punto di vista teorico, sulla strada verso soluzioni maggiormente attente alle esigenze dei minori.

2.2.4 La lunga strada verso l'integrazione.

Il problema dell'integrazione degli stranieri inizia sicuramente a svolgere un ruolo importante all'interno del ragionamento della Corte nei casi di espulsione concernenti l'articolo 8, tanto da portare la Corte di Strasburgo a prestare grande attenzione a questo concetto, soffermandosi in particolare sugli aspetti sociali dell'integrazione, nel decidere se e quando l'espulsione viola il rispetto alla vita privata e familiare di un individuo. Tuttavia, se da una parte appare evidente il *favor* concesso da Strasburgo a quegli immigrati che abbiano trascorso gran parte della propria vita nel Paese ospitante, siano cresciuti in quel luogo ed abbiano ricevuto lì la propria educazione, meno evidente risulta comprendere in che modo questo «*special regard*»²¹³ debba essere promosso e in che misura possa condizionare l'esito dei casi²¹⁴.

Quel che è certo è che l'esplicito riconoscimento in *Üner* della necessità di considerare i legami sociali e culturali di tutte le persone coinvolte, apre le porte ad un esercizio di bilanciamento di una complessità sconosciuta fino a questo momento e mostra, secondo alcuni, come i *Boultif criteria*, lungi dall'essere un punto d'approdo, costituiscono un passo di un complesso sviluppo normativo che la Corte ha solamente iniziato ad intraprendere²¹⁵. Per queste ed altre ragioni,

²¹² *ibidem*, § 59

²¹³ C. Murphy, *The Concept of Integration in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in 12, *European Journal of Migration and Law*, 2010, 278

²¹⁴ Per un approfondimento generale sulle norme internazionali relative al diritto all'istruzione dei minori stranieri, v. tra gli altri, A. Saccucci, *Diritto all'istruzione e discriminazione scolastica di minori stranieri alla luce delle norme internazionali sui diritti umani*, in R. Pisillo Mazzeschi - P. Pustorino - A. Viviani, *Diritti umani degli immigrati: tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, 2010, p. 299 ss.

²¹⁵ Opinione espressa da D. Thym, *Respect for Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?* 57, *International And Comparative Law Quarterly*, 2008, 92

aspri, sebbene minoritari, risultano i toni delle opinioni dei giudici dissenzienti nel caso *Üner*. Le tre *dissenting opinion* fanno emergere una preoccupante considerazione: a parere dei giudici di minoranza, infatti, l'esito di tali decisioni giustificerebbe una preoccupante tendenza dei sistemi penali e amministrativi europei verso l'imposizione al cittadino immigrato che delinque di una sanzione legata al reato commesso e di un'altra, non applicabile al cittadino dello stato, del ritiro del permesso di soggiorno e/o dell'espulsione, accompagnata da un divieto di reingresso di durata più o meno lunga.

E' il c.d. principio del «*double punishment*», ovvero la sanzione discriminatoria imposta ad uno straniero in aggiunta a quella che sarebbe stata inflitta a un cittadino per lo stesso reato²¹⁶.

Tale provvedimento, benché adottato formalmente come misura preventiva e non a titolo di pena, costituisce nei fatti una sanzione ulteriore, spesso percepita come più grave della stessa sanzione penale, e che si applica ai soli cittadini stranieri. Ciò costituisce, secondo l'opinione dei tre giudici dissenzienti, un trattamento discriminatorio. Il ragionamento dei giudici di minoranza parte dalla constatazione che già da diversi anni in ambito comunitario è stata sottolineata la necessità di un ravvicinamento delle legislazioni nazionali relative alle condizioni di ammissione e di soggiorno dei cittadini di Paesi terzi, ribadendo che ad un cittadino di un Paese terzo che abbia soggiornato legalmente in uno Stato membro dell'Unione europea per un periodo di tempo definito, e che abbia un permesso di soggiorno di lungo periodo, dovrebbero essere concessi in tale Stato membro una serie di diritti uniformi che siano il più vicino possibile a quelli goduti dai cittadini dell'Unione europea²¹⁷.

I giudici, inoltre ravvisano l'analoga direzione perseguita dal Consiglio d'Europa nella Raccomandazione del Comitato dei Ministri 15 (2000) e 4 (2002), e nella Raccomandazione dell'Assemblea parlamentare 1504 (2001).

Infine, ultima, ma solo in ordine temporale è la citazione della Convenzione Onu sui diritti dell'infanzia con specifico riferimento all'articolo 3, dove viene introdotto il principio del *best interest*, che viene, invece, totalmente ignorato nell'analisi del caso in questione. Con le loro considerazioni i giudici che hanno

²¹⁶ Cfr. *Üner c. Paesi Bassi*, cit., dissenting opinion of judge Costa, Zupancic e Turmen, § 17

²¹⁷ Conclusions of the Presidency of the Tampere European Council on 15 and 16 October 1999.

espresso il dissenso non intendono sostenere un diritto dei cittadini stranieri a non essere mai essere espulsi, essendo una tale conclusione ritenuta ridicola²¹⁸, ma insistono sull'opportunità che l'articolo 8 della Convenzione sia interpretato alla luce delle linee guida comunitarie ed internazionali.

La natura e la gravità del reato commesso dal ricorrente sono stati i fattori che avevano contribuito al suo allontanamento, tuttavia, la durata del periodo di residenza del ricorrente nei Paesi Bassi (diciassette anni prima della sua espulsione) militava a suo favore ed inoltre, erano trascorsi quasi cinque anni da quando il ricorrente aveva commesso il reato e la sua condotta in carcere non sembrava aver causato alcun problema; la sua partner e i suoi figli, come detto, erano a pieno titolo cittadini dei Paesi Bassi, il rapporto di coppia era iniziato sette anni prima dell'espulsione e i legami erano molto saldi (una relazione stabile e due figli): appare, pertanto, lampante che la partner del ricorrente avrebbe dovuto affrontare notevoli difficoltà se fosse stata costretta a trasferirsi con lui in un Paese che le era completamente estraneo²¹⁹.

In sostanza l'applicazione dei *Boultif criteria* farebbe propendere i giudici di minoranza verso una conclusione diametralmente opposta a quella a cui è giunta la Corte nella decisione definitiva: se il criterio è quello del *l'interesse e il benessere dei bambini* (i cui nonni paterni, addirittura, aveva vissuto nei Paesi Bassi per molto tempo), e *la solidità dei legami sociali, culturali e familiari*, questi ultimi sono stati chiaramente più forti con il paese ospitante (Paesi Bassi) che con il paese di destinazione (Turchia), che il ricorrente aveva lasciato quasi vent'anni prima e con il quale la sua compagna e i figli non avevano alcun rapporto: per questo motivo i giudici definiscono il paragrafo 64 della sentenza molto «*artificioso*»²²⁰. La giurisprudenza *Üner* evidenzia pertanto un nuovo irrigidimento della posizione della Corte europea nell'approccio alla problematica degli stranieri autori di reato, che probabilmente ha segnato la tendenza ad un irrigidimento generale che ha

²¹⁸ Üner c. Paesi Bassi, cit., dissenting opinion of judge Costa, Zupancic e Turmen, § 9

²¹⁹ *ibidem*, § 14

²²⁰ Üner c. Paesi Bassi, cit., dissenting opinion of judge Costa, Zupancic e Turmen, § 15, il riferimento è al paragrafo in cui la corte afferma: “...anche se non intende sottovalutare le difficoltà pratiche che ne deriverebbero per la sua compagna olandese dal seguire il ricorrente in Turchia, la Corte ritiene che, nelle circostanze particolari del caso, gli interessi della famiglia siano stati ampiamente compensati dalle altre considerazioni di cui sopra...”

caratterizzato negli ultimi anni la legislazione penale e amministrativa in tema di immigrazione nella maggior parte dei paesi europei.

2.2.5 L'espulsione del minore straniero.

La Corte europea dei diritti dell'uomo inizia, anche in un campo così delicato come quello delle immigrazioni, a prestare un'attenzione sempre crescente ai bisogni e ai diritti dei minori che direttamente o indirettamente sono stati coinvolti in situazioni che risultano sempre e comunque incresciose.

L'analisi della decisione che segue è relativa ad un caso di espulsione che vede come diretto protagonista un soggetto minorene²²¹.

Il ricorrente, Juri Maslov, originario della Bulgaria, è giunto all'età di sei anni in Austria, ove ha frequentato l'intero percorso scolastico e dove i suoi genitori hanno acquisito la cittadinanza austriaca.

Dopo che nel 1999 era stato condannato a 18 mesi di pena detentiva per aver commesso diversi reati, nel 2000 era stato nuovamente condannato a 15 mesi di detenzione per una serie di furti con scasso dovuti alla sua dipendenza dalla droga.

In seguito alla sentenza di un Tribunale interno gli era stato vietato il soggiorno in Austria per una durata di 10 anni: dopo aver scontato la pena, è stato quindi espulso in Bulgaria, suo paese natale, dove però il giovane Maslov non aveva nessun familiare e di cui non conosceva affatto la lingua²²².

Interessante in questo caso è analizzare i passaggi della sentenza della Corte di Strasburgo che condanna il governo austriaco per la violazione del diritto alla vita familiare del ricorrente.

Al punto 69 della sentenza *Üner*, così come nella sentenza *Boultif* già citata, la Corte ha avuto cura di stabilire i criteri - che erano già impliciti nella sua giurisprudenza - da applicare per valutare se un provvedimento di allontanamento fosse necessario in una società democratica e adeguatamente commisurato allo scopo legittimamente perseguito.

La Corte sottolinea che, mentre i criteri che emergono dalla sua giurisprudenza e sono precisati nella *Boultif* e nella *Üner*, sono intesi a facilitare

²²¹ Maslov c. Austria, 23.06.2008, in <http://www.echr.coe.int>

²²² L. Loukaidēs, *An alternative view on the jurisprudence of the European Court of Human rights*, Leiden, 2008, 249.

l'applicazione dell'articolo 8, nei casi di espulsione da parte dei giudici nazionali, il peso da attribuire ai rispettivi criteri inevitabilmente varia a seconda delle circostanze specifiche di ciascun caso; inoltre, va tenuto presente che qualora, come nel caso di specie, l'interferenza con i diritti del ricorrente ai sensi dell'articolo 8 persegue, come obiettivo legittimo, il *public interest in the prevention of disorder and crime*, i criteri di cui sopra devono aiutare a valutare in che misura il ricorrente svolge attività criminali e causa effettivamente disturbo alla collettività²²³.

Al punto 71 della sentenza i giudici precisano che in un caso come questo, in cui la persona da espellere è un giovane minorenne che non ha ancora fondato una famiglia propria, i criteri rilevanti da tenere in considerazione sono: 1) la natura e la gravità del reato commesso dal ricorrente; 2) la durata del soggiorno del richiedente nel paese dal quale egli deve essere espulso; 3) il tempo trascorso da quando il reato è stato commesso e il comportamento del ricorrente durante tale periodo; 4) la solidità dei legami sociali, culturali e familiari con il paese ospitante e con il paese di destinazione.

La Corte precisa, quindi, che l'età della persona in questione può svolgere un ruolo rilevante in sede di applicazione di alcuni dei criteri di cui sopra. Per esempio, nel valutare la natura e la gravità dei reati commessi da un richiedente, deve essere preso in considerazione se lui o lei li abbia commessi da minorenne o da adulto²²⁴. D'altro canto, nel valutare la durata del soggiorno del richiedente nel paese dal quale egli deve essere espulso e la solidità dei legami sociali, culturali e familiari con il paese ospitante, i giudici effettuano evidentemente una differenza tra il soggetto già residente nel paese durante la sua infanzia o gioventù o addirittura nato lì e chi invece è giunto nel Paese ospitante da adulto; questa tendenza si riscontra anche in vari strumenti del Consiglio d'Europa²²⁵.

In breve, la Corte ritiene che, per uno straniero stabilito che ha legittimamente speso tutta o la maggior parte della sua infanzia e giovinezza nel Paese di accoglienza siano necessari motivi molto gravi per giustificare la sua espulsione:

²²³ Maslov c. Austria, cit., § 70

²²⁴ La Corte richiama le sentenze Moustaquim c. Belgio, 18.02.1991, § 44, e Radovanovic c. Austria, 22.04.2004 § 35.

²²⁵ Comitato dei Ministri Raccomandazioni 15 (2001) e 4 (2002).

questo vale a maggior ragione se la persona interessata ha commesso il reato alla base del provvedimento di espulsione da minorenne²²⁶.

Infine, la Corte, citando la sentenza *Slivenko c. Lettonia*²²⁷, ricorda che le autorità nazionali godono di un certo margine di discrezionalità nel valutare se l'interferenza con un diritto tutelato dall'articolo 8 sia stata necessaria in una società democratica e adeguatamente commisurata allo scopo legittimamente perseguito; tuttavia, la Corte ha costantemente affermato che il suo compito consiste nel verificare se le misure utilizzate abbiano effettuato un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco, cioè tra diritti della persona tutelati dalla Convenzione, da un lato, e gli interessi della comunità, dall'altro.

Pertanto, il margine di apprezzamento dello Stato va di pari passo con la supervisione europea, che abbraccia sia la legislazione che le decisioni applicative, anche quelle provenienti da tribunale indipendenti.²²⁸

2.2.6 Divieto assoluto di espulsione del minore?

La Corte prosegue, dunque, sottolineando che la peculiarità del caso *Maslov* consiste proprio nella giovane età in cui il richiedente ha commesso il reato e, con una sola eccezione, la natura non-violenta di tutti i reati da lui compiuti. Anche questo distingue nettamente la fattispecie di *Boultif e Üner*, in cui i reati violenti, nel primo caso la rapina e omicidio colposo nel secondo caso un'aggressione, compiuti da soggetti adulti, hanno costituito la base per l'imposizione degli ordini di esclusione. Osservando il comportamento del ricorrente meritevole di espulsione a parere del governo austriaco, la Corte rileva che la maggior parte dei reati in questione consistevano nella sottrazione di denaro in distributori automatici, scasso di automobili, e furti di merci in negozi e ristoranti; il solo reato di natura violenta, per di più, consisteva in un'aggressione ad un coetaneo. Senza sottovalutare la gravità e il danno causato da tali atti, la Corte ritiene che essi possono ancora essere considerati come atti di delinquenza giovanile: i giudici ritengono, quindi, che, qualora i reati commessi da un minorenne costituissero la

²²⁶ *Maslov c. Austria*, cit., § 75

²²⁷ Per un interessante commento alla sentenza *Slivenko* vedi su tutti, D. Thym, *Respect for Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?*, cit., 91-92

²²⁸ Concetto introdotto in *Société Colas Est e a. c. Francia*, 16.04.2002, § 47

base per un ordine di espulsione, è d'obbligo tener conto dell'interesse superiore del minore²²⁹.

La giurisprudenza della Corte ai sensi dell'articolo 8, ha considerato l'obbligo di prendere in considerazione l'interesse superiore del bambino in vari contesti e già in *Üner*, come abbiamo visto, la posizione dei bambini in quanto familiari della persona da espellere, è stata presa in considerazione. In questo contesto, invece, la Corte ritiene che l'obbligo di prendere in considerazione l'interesse superiore del minore valga anche se la persona che deve essere espulsa è il minore stesso o se, come nel caso di specie, il motivo dell'espulsione risale al compimento di un reato compiuto da un soggetto quando era ancora minorene²³⁰: suddetto *modus operandi* denota la netta rilevanza conferita dai giudici all'elemento «*dell'attualità della minaccia*»²³¹. A tal proposito la Corte dopo aver osservato che anche il diritto dell'Unione europea prevede particolare protezione dei minori contro l'espulsione²³² ricorda che, qualora ci siano misure di espulsione nei confronti di un minorene autore di reati, l'obbligo di tutelare il suo interesse superiore va preso in considerazione insieme all'obbligo di facilitare il suo reinserimento.

Partendo dall'articolo 40 della Convenzione sui diritti del fanciullo²³³, secondo i giudici della Corte, questo obiettivo non sarà raggiunto recidendo i legami familiari o sociali attraverso l'espulsione, che deve restare un' *extrema ratio* nel caso di un minorene autore di reati, concetto questo non considerato a sufficienza dalle autorità austriache²³⁴. In sintesi, la Corte ritiene che ci sia poco spazio per giustificare l'allontanamento di uno straniero residente a causa di reati per lo più non violenti compiuti da minorene e, tuttavia, chiarisce che i reati violenti molto

²²⁹ Cfr. Maslov c. Austria, cit., § 81-82

²³⁰ Ibidem, 82

²³¹ A. Del Guercio, *Il diritto dei migranti all'unità familiare nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e nell'ordinamento dell'Unione europea*, in A. Caligiuri, G. Cataldi, N. Napoletano, *La tutela dei diritti umani in Europa*, Padova, 2010, 397.

²³² Si veda l'ampia disamina sulla direttiva 2004/38/CE, in M. Spatti, *I limiti all'esclusione degli stranieri dal territorio dell'Unione europea*, cit., 151 ss.

²³³ Art. 40 co.1 Convenz. ONU diritti infanzia 1989: *Gli Stati parti riconoscono a ogni fanciullo sospettato, accusato o riconosciuto colpevole di reato penale il diritto a un trattamento tale da favorire il suo senso della dignità e del valore personale, che rafforzi il suo rispetto per i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali e che tenga conto della sua età nonché della necessità di facilitare il suo reinserimento nella società e di fargli svolgere un ruolo costruttivo in seno a quest'ultima.*

²³⁴ Cfr. Maslov c. Austria, cit., § 84

gravi possono giustificare un'espulsione anche se sono stati commessi da un soggetto di minore età²³⁵.

Se da una parte la Corte, quindi, conferma l'inesistenza di un divieto assoluto di espulsione del minore, dall'altra con una sentenza destinata a diventare un vero *leading case* in materia, rimarca potentemente l'obbligo positivo degli Stati di fornire a tutti i minori stranieri non accompagnati (d'ora in avanti MSNA) che giungono in uno Paese straniero una protezione adeguata, e porre in essere tutti gli accorgimenti per accogliere e soccorrere questi soggetti, definiti come *les plus vulnérables de la société*²³⁶. Il ricorrente in questione è un ragazzo afghano di sedici anni, rimasto orfano, che era fuggito in Grecia poiché in pericolo di vita nel suo Paese d'origine. Al suo arrivo nel Paese ellenico, appena quindicenne, privo di documenti ed in attesa di essere espulso, rimaneva per circa quarantotto ore nel centro di accoglienza di Pagani, lì dove gli veniva consegnato un modulo scritto in arabo (il ragazzo parlava solo afghano) riguardante le possibilità di ricorso contro la detenzione; nell'ordinanza di espulsione, redatta in greco, il minore risultava essere accompagnato da "un cugino", circostanza rivelatasi non veritiera; inoltre nessuno provvedeva ad informare lo stesso sulla possibilità di richiedere asilo; infine, il minore, totalmente abbandonato al suo destino, veniva rilasciato dal centro di detenzione e solo in seguito veniva accolto da una ONG.

Le doglianze del ricorrente erano incentrate principalmente sul fatto che lo stesso abbia dovuto condividere la cella con altri soggetti adulti, in condizioni igienico-sanitarie molto precarie e senza alcuna possibilità di avere contatti con il mondo esterno. La Corte europea ha come prima cosa ribadito che se la detenzione degli stranieri è senz'altro da ritenersi legittima in virtù del «*droit indéniabile de contrôler (...) l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire*» questo diritto deve essere interpretato in conformità con le disposizioni della Convenzione: l'articolo 3, infatti, in combinato con l'art.1 della Convenzione deve garantire una protezione efficace, soprattutto per i bambini e per i soggetti più vulnerabili²³⁷.

Ed invece, nel centro di Pagani, le autorità competenti non hanno dato alcun rilievo durante la detenzione alla particolare situazione del soggetto in

²³⁵ Ibidem § 85

²³⁶ Il caso è *Rahimi c. Grecia*, 05.04.2011, l'espressione citata è contenuta nel § 87 della sentenza.

²³⁷ *Rahimi c. Grecia*, cit., § 61-62.

questione, caratterizzata innanzitutto dalla giovane età e poi dal fatto che fosse uno straniero in una situazione di illegalità in un paese sconosciuto, ed infine che fosse non accompagnato da nessuno e quindi totalmente solo: tali elementi per la Corte, sono assolutamente rilevanti tanto da dover essere considerati prevalenti sulla condizione di straniero irregolare²³⁸.

I giudici di Strasburgo sostengono inoltre che in questo caso, le autorità nazionali, ordinando la detenzione, hanno dato la prova di non aver considerato minimamente quale fosse l'interesse superiore del minore in questione: sarebbe stato infatti più opportuno sostituire la misura in questione con un'altra misura alternativa, meno drastica e più confacente alla situazione²³⁹.

Il caso *Rahimi* costituisce sicuramente un punto di approdo importante per almeno due ordini di ragioni: per prima cosa è necessario evidenziare come la Corte, nella ponderazione degli interessi, non abbia concesso alcuna attenuante al Governo greco, sebbene il Paese ellenico stesse attraversando un periodo di ben nota crisi finanziaria²⁴⁰. La posizione di Strasburgo in merito alla tutela dei MSNA sembra chiara: alcun bilanciamento tra i vari interessi in gioco ma predominanza assoluta dell'interesse del soggetto minore in condizione di precarietà. In secondo luogo un'importante e, probabilmente definitiva, conferma: gli obblighi positivi in casi del genere, a detta della Corte, non deriverebbero da altre fonti del diritto internazionale in materia, ma come già introdotto nel caso *Mubilanza*, questi incombono direttamente «à l'Etat défendeur en vertu de l'article 3 de la Convention».

Ancora una volta, quindi, estremamente importante risulta la preferenza accordata dalla Corte ad un approccio casistico in situazioni di questo tipo²⁴¹: il Tribunale di Strasburgo appare sempre più convinto che l'unico modo per ripristinare situazioni di ingiustizia sia quello di analizzare la specificità del singolo caso; del resto un tale approccio risulta sempre adeguato in tutti i casi in cui ci siano in gioco i diritti dei minori.

²³⁸ Ibidem, § 86

²³⁹ Ibidem, § 108-109

²⁴⁰ A. Del Guercio, *Minori stranieri non accompagnati e Convenzione europea dei diritti umani: il caso Rahimi*, in 5, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, 637

²⁴¹ M.C. Locchi, *L'espulsione di stranieri condannati penalmente: il difficile bilanciamento tra l'interesse dello Stato alla difesa dell'ordine pubblico e il diritto dello straniero all'unità familiare*, in *diritti-cedu.unipg*, 2010

2.2.7 Prospettive future.

Dallo studio dei precedenti casi giurisprudenziali non si possono certamente trarre considerazioni univoche.

Se le aperture evidenziate nel corso della trattazione prestano il fianco ad una diffusa esaltazione riguardante una certa stabilità di giudizio della Corte europea dei diritti dell'uomo in merito alla situazione giuridica di soggetti deboli come i migranti, un esame più riflessivo fa emergere, tuttavia, una continua e mai sedata schizofrenia dei giudici di Strasburgo, i quali navigano a corrente alternata tra slanci di natura umanitaria e pragmatiche soluzioni attente al controllo immigratorio o alla difesa dell'ordine pubblico.

Non è, comunque, nostro obiettivo negare quanto di buono la Corte ha realizzato, soprattutto nell'ultimo quinquennio, e nemmeno sminuire la notevole importanza di alcuni recenti sviluppi giurisprudenziali.

La sentenza *Maslov*, per esempio, ha rivestito un ruolo notevole riguardo alla necessità di limitare la previsione di un allontanamento solamente a casi eccezionali quando siano colpiti migranti integrati; oppure le aperture rilevanti nei confronti degli immigrati irregolari emerse nel caso *Rodrigues da Silva*, che lasciano intravedere come la Corte sia sempre più propesa ad una valutazione dei reali interessi in gioco e sempre meno soffocata dagli aspetti burocratici a cui troppo spesso è stato concesso un ruolo primario.

Dall'emanazione della sentenza *Üner*, inoltre, abbiamo assistito ad un sempre maggiore riguardo per quanto concerne il principio del superiore interesse del minore che inizia a costituire un caposaldo all'interno delle valutazioni dei giudici, unitamente alla considerazione della totalità dei legami instaurati dagli stranieri nel Paese d'accoglienza,.

Infine nel caso *Rahimi* risulta notevolmente apprezzabile lo sforzo della Corte europea di ritenere i MSNA come soggetti meritevoli di una protezione speciale, i cui interessi e le cui esigenze devono costituire la considerazione primaria e prevalente su tutti le altre esigenze ed interessi potenzialmente contrapposti. Proprio la sempre crescente attenzione al ruolo che gli interessi e i diritti dei minori stranieri svolgono nell'economia delle politiche e delle legislazioni relative ai migranti potrà costituire nel prossimo futuro un punto fermo in un campo in cui anche la Commissione europea parla di «*forti limiti*

nell'armonizzazione della riunificazione familiare»²⁴²: sebbene infatti la Corte europea non abbia mai fatto derivare dalla propria giurisprudenza un vero e proprio diritto soggettivo al ricongiungimento familiare dello straniero²⁴³, l'obbligo di valutazione di quale sia il *best interest* dei minori coinvolti, costituisce sicuramente un prezioso ausilio per i giudici di Strasburgo, i quali dovranno valutarlo, continuando a porre in essere un approccio di tipo casistico ed evolutivo, vero e proprio punto di forza della giurisprudenza convenzionale.

Alla luce di quanto affermato è necessario augurarsi che realmente l'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo vada a rafforzare la tutela dei diritti fondamentali dei minori nello spazio giuridico europeo²⁴⁴, fungendo da freno all'annoso fenomeno della criminalizzazione indiscriminata degli immigrati e garantendo un'omogeneità di giudizio nelle vicende che, in maniera sempre crescente, interesseranno i nuovi migranti nei Paesi europei e conseguentemente la vita dei propri figli.

2.3 *Child's right to have a family or parent's right to have child?* Interesse del minore, affido e adozione tra antichi problemi e “nuovi” diritti.

Negli ultimi dieci anni il nostro Paese è stato di frequente citato dinanzi alla Corte di Strasburgo in relazione alla violazione del diritto alla vita privata e familiare, e, molto frequentemente, in materia di affido dei minori. Come è noto, infatti, nella prassi giurisprudenziale italiana (e non) sono assai frequenti le limitazioni dei contatti tra minore e famiglia di origine durante l'affidamento extra-familiare. Talvolta, tali limitazioni appaiono dovute a ritardi di carattere organizzativo e burocratico, o a valutazioni degli operatori dei Servizi divergenti da quelle dell'autorità giudiziaria che tali contatti abbia, invece, disposto.

²⁴² Conclusioni della relazione di applicazione della direttiva 2003/86/CE

²⁴³ A. Del Guercio, *Il diritto dei migranti all'unità familiare nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e nell'ordinamento dell'Unione europea*, cit., 413

²⁴⁴ Di questo avviso S. Gambino – G.D'Ignazio, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Milano, 2010, 340

La Corte europea ribadisce in maniera decisa e costante che è necessario il mantenimento dei rapporti di fatto tra genitori e figli durante l'affidamento poiché anche in seguito all'affidamento extra-familiare, permane una vita familiare tra genitore e figlio, il cui rispetto è garantito dall'art. 8 CEDU.

Il mantenimento di rapporti di fatto, inoltre, favorirebbe il reinserimento del minore nella famiglia di origine, che dovrebbe costituire l'obiettivo dell'affidamento²⁴⁵, evitando che il consolidamento di situazioni di fatto finisca con il renderlo concretamente difficile, se non impossibile.

I rapporti di fatto tra genitori e figli in affidamento, quindi, possono essere interrotti o sospesi solo per ragioni considerate «*pertinenti e sufficienti*», tenuto conto del superiore interesse del minore; gli incontri possono, infine, essere esclusi solo qualora possano comportare un pregiudizio per i minori e l'interruzione totale dei contatti può giustificarsi solo in casi eccezionali²⁴⁶.

In diversi casi²⁴⁷ l'Italia è stata condannata proprio in applicazione di questi principi: nelle sue sentenze la Corte ha insistito, in particolare, sulla necessità di organizzare incontri periodici tra i figli e la propria famiglia d'origine, a partire dal periodo immediatamente successivo all'allontanamento, onde evitare che si consolidi una situazione di fatto tale da impedire poi, in concreto, il ripristino della comunione di vita tra i minori e i genitori²⁴⁸.

²⁴⁵ Di questo avviso P. Pazé, *Il processo minorile di volontaria giurisdizione tra prassi autoritaria e incerte prospettive*, in I, *Questione Giustizia*, 1988, 68.

²⁴⁶ Cfr Covezzi e Moreselli c. Italia del 09.05.2003 § 119. Per un commento al caso v. J.Long, *Il controllo giudiziario sull'esercizio della potestà genitoriale e l'affidamento extrafamiliare: un importante contributo alla definizione delle garanzie processuali dal caso Covezzi e Morselli c. Italia*, in I, *Minori e Giustizia*, 2005, 163.

²⁴⁷ Tra gli altri Scozzari e Giunta c. Italia, 13.07.2000; E.P. c. Italia, 16.11.1999; Roda e Bonfatti c. Italia, 21.11.2006.

²⁴⁸ P.Dusi, *Tutela del minore, avvocato del genitore e contraddittorio* in I, *Famiglia e diritto*, 1995, 92.

2.3.1 Il caso *Scozzari e Giunta* e il problema delle violazioni strutturali.

Nel celebre caso *Scozzari e Giunta* si trattava di due minori maltrattati ed abusati, allontanati dal nucleo familiare e inseriti in una Comunità di recupero, *Il Forteto*²⁴⁹.

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 sociali 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. I giudici della Corte EDU, pertanto, ritengono che la prima ricorrente abbia diritto ad un risarcimento per aver subito un danno morale a causa del comportamento omissivo dei servizi territoriali riguardo agli incontri con i figli, al ritardo con il quale si sono svolti, all'assenza di spiegazioni riguardanti le scelte della comunità, agli ostacoli al riallacciamento dei rapporti derivanti dalla condotta degli affidatari dei minori²⁵⁰. Nei provvedimenti in tema di tutela del diritto di visita del genitore non convivente con il figlio, secondo i giudici di Strasburgo, il motivo conduttore è costituito dal fatto che il diritto alla relazione debba essere regolamentato e protetto dalle autorità nazionali, le quali hanno l'obbligo di attivarsi affinché tale interesse si realizzi nella concreta dinamica esistenziale del nucleo familiare considerato. Pertanto, 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 autonomia dei nuclei familiari, ma anche quando omettono, come

²⁴⁹ Questa sentenza ha suscitato molto scalpore dal momento che i fondatori della comunità di recupero *Il Forteto* furono qualche anno prima arrestati e processati per maltrattamenti e sfruttamento sessuale su alcuni pazienti lì ricoverati, eppure a quell'epoca risultavano ufficialmente ai vertici dirigenziali della struttura. La prima ricorrente, madre dei minori, aveva presentato ricorso dinanzi alla Corte anche nell'interesse dei figli e aveva contestato principalmente la discutibile scelta della comunità di accoglienza in cui questi erano stati inseriti; il secondo ricorso, invece, era stato avanzato dalla nonna dei bambini la quale lamentava il fatto che le autorità non avessero mai preso in considerazione, vista la difficoltà della situazione, la possibilità di affidarle i nipoti. Frequentazione e visita da parte della madre naturale, pur disposte dall'Autorità giudiziaria, furono ostacolate e vanificate dai Servizi territoriali con un'ingongra esecuzione.

²⁵⁰ *Scozzari e Giunta c. Italia*, cit., § 252

nel caso di specie, di attivarsi in modo funzionale allo sviluppo del legame genitore - figlio. In concreto lo Stato è chiamato ad assumere decisioni e porre in essere misure atte e adeguate in concreto a riunire il figlio al genitore. La Corte ricorda che la disgregazione di una famiglia costituisce un'ingerenza gravissima: per questo motivo, una tale misura deve basarsi su considerazioni ispirate all'interesse superiore del minore e deve essere molto ponderata e solida²⁵¹.

Bisogna, dunque, avere riguardo al giusto equilibrio da combinare tra gli interessi concorrenti dell'individuo e della società nel suo insieme; come sappiamo lo Stato gode di un certo margine di valutazione in questo campo, ma qui la Corte non si limita a domandarsi se lo Stato convenuto abbia o meno fatto uso del suo potere di valutazione in buona fede, con cura e in maniera sensata: la Corte, infatti, non mette in dubbio la sufficienza e la pertinenza della misura che ha portato all'allontanamento dei minori dal proprio contesto familiare²⁵², dal momento che il provvedimento di sospensione della potestà e di allontanamento dei bambini era infatti stato preso legittimamente, considerata la situazione familiare particolarmente delicata²⁵³; le censure si appuntavano piuttosto sul successivo comportamento dei servizi e sulla contestuale mancata vigilanza da parte del tribunale, che hanno reso di fatto impossibile il ricongiungimento.

La Corte ricorda, infatti, che per un genitore e suo figlio lo stare insieme costituisce un elemento fondamentale della vita familiare²⁵⁴.

Inoltre, la presa in responsabilità di un bambino da parte delle autorità pubbliche non deve porre fine alle relazioni familiari naturali: come la Corte ha già osservato, normalmente bisogna considerare l'affidamento di un bambino come una misura temporanea da sospendere nel momento in cui la situazione vi si presta e ogni atto di esecuzione deve concordare con lo scopo ultimo, riunire nuovamente il genitore naturale e il figlio.

Procedendo su questa linea, la Corte ribadisce che bisognerà accordare maggiore importanza al superiore interesse del bambino che, secondo la sua natura e gravità, potrà prevalere sugli interessi dei genitori²⁵⁵; questo interesse

²⁵¹ *ibidem* § 148

²⁵² *ibidem*

²⁵³ Così G. Ferrando, *I diritti dei minori nella famiglia in difficoltà*, in 12, *Famiglia e diritto*, 2010, 1180

²⁵⁴ Scozzari e Giunta c. Italia, cit., § 169, concetto introdotto in Eriksson c. Svezia, 22.06.1989, § 58.

²⁵⁵ Scozzari e Giunta c. Italia, cit., § 169

deve essere orientato, per quanto possibile e con strumenti idonei, al recupero della relazione tra genitori e figli, intesa come relazione privilegiata.

Nelle circostanze del presente caso, quindi, la Corte giudica inaccettabile che i servizi sociali possano modificare nella pratica la portata delle decisioni dei tribunali che prevedono l'effettuazione di incontri preparatori tra i genitori ed i figli: gli incontri organizzati fino a quel momento, praticamente episodici se si considera il loro esiguo numero e la loro distanza nel tempo, risultano irrilevanti alla luce dei principi che derivano dall'articolo 8²⁵⁶.

L'articolo 8 impone che le decisioni dei tribunali, le quali tendono in principio ad agevolare incontri tra genitori e figli che riallaccerebbero le loro relazioni in vista di una eventuale riunione, siano eseguite in maniera effettiva e coerente; non sarebbe logico combinare la possibilità di incontri se il seguito dato ad una decisione si traducesse *de facto* nell'allontanamento definitivo del bambino dal suo genitore biologico²⁵⁷. Quindi, le autorità competenti, nel caso specifico i tribunali per i minorenni, hanno un dovere di vigilanza costante, specialmente per ciò che riguarda il lavoro dei servizi sociali di modo che il comportamento di questi non venga a contraddire le decisioni delle autorità: in questo caso il fascicolo in causa non conteneva alcun elemento che dimostrasse che i dubbi esistenti circa le relazioni attuali tra la prima ricorrente e il suo ex marito (pluripregiudicato) permettessero di considerare la madre incapace di riavvicinarsi ai suoi bambini e per di più, nessuna decisione delle autorità conteneva indicazioni sufficienti in questo senso.

In conclusione, la Corte considera che le autorità non hanno avuto riguardo ad un giusto equilibrio tra gli interessi dei figli della prima ricorrente e i diritti che a quest'ultima derivano dall'articolo 8 della Convenzione²⁵⁸.

Il caso *Scozzari e Giunta* viene considerato dai più come una sentenza-monito per lo Stato italiano: l'intento sarebbe stato quello di dare un segnale per rispondere all'emergenza di una serie di ricorsi presentati davanti alla Corte aventi ad oggetto questioni legate all'affido di minori in Italia²⁵⁹.

²⁵⁶ *ibidem*, § 178

²⁵⁷ *Scozzari e Giunta c. Italia*, cit., § 181

²⁵⁸ *Scozzari e Giunta c. Italia*, cit., § 182-183

²⁵⁹ A. Sonaglioni, *Scarsa vigilanza del Tribunale per i minorenni sull'operato dei servizi sociali e sui soggetti affidatari: severa condanna della Corte di Strasburgo*, cit., 17

Quella del caso in esame, pertanto, è una decisione che, oltre a basarsi su fatti puntuali, ha come intento quello di porre un freno a situazioni che persistono nel tempo: è il fenomeno delle cc.dd. «*structural violations*»²⁶⁰ rispetto alle quali è obbligo dello Stato determinarne la cessazione, scolpendo precisi limiti alle competenze inderogabili e ricreando equilibrio tra la tutela del minore e il rispetto della vita familiare. La Corte, infatti, ponendo l'accento sugli obblighi positivi imposti agli Stati parte della Convenzione nel conformarsi alle sentenze definitive della Corte ai sensi dell'art. 46, precisa che lo Stato riconosciuto responsabile di una violazione della Convenzione o dei suoi protocolli, «è chiamato non solo a versare all'interessato una somma a titolo di equa soddisfazione, ma anche a scegliere...le misure generali e/o le misure individuali da adottare nel suo ordinamento giuridico interno, al fine di porre termine alla violazione constatata dalla Corte e di eliminare, ove possibile, le conseguenze della violazione»²⁶¹.

2.3.2 Il problema dell'adozione omo-genitoriale.

Nella vasta giurisprudenza relativa alle dinamiche familiari e soprattutto al rapporto tra genitori e figli è sicuramente il caso di menzionare alcuni casi che fanno emergere l'esistenza di nuove problematiche, le quali iniziano sempre più frequentemente ad interessare la vita sociale del continente europeo e che, non di rado, si tramutano in vere e proprie istanze giuridiche.

Alcuni esempi evidenti e molto attuali in Europa, sono sicuramente quelli legati alle sempre più pressanti e diffuse richieste di riconoscimento del matrimonio ed adozione omosessuale²⁶² o dei nuovi metodi di procreazione

²⁶⁰ Per una panoramica completa circa il problema delle violazioni strutturali nella CEDU si segnala il lavoro di A. Saccucci, *Accesso ai rimedi costituzionali previo esaurimento e gestione sussidiaria delle violazioni strutturali della CEDU derivanti da difetti legislativi*, in 2, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, 263 ss.; L. Whildaber, *Pilot Judgments in Cases of Structural or Systemic Problems on the National Level*, in R. Wolfrum R. et U. Deutsch (ed.), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, Berlin, 2009, 69-75.

²⁶¹ Scozzari e Giunta c. Italia, cit., § 248-249

²⁶² La letteratura sul tema è molto ampia. In maniera del tutto esemplificativa si segnala il recentissimo lavoro di P. Johnson, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, New York, 2013, in cui l'autore delinea una panoramica esaustiva di tutti i casi inerenti al fenomeno dell'omosessualità posti al vaglio della Corte EDU, e rappresenta quelli che potrebbero essere i potenziali sviluppi futuri.

medicalmente assistita²⁶³. Ai fini della nostra indagine di ricerca, tuttavia, non ci soffermeremo sugli aspetti giuridici generali relativi agli istituti dei premenzionati *nuovi* diritti, quanto piuttosto sui riverberi che, l'affermarsi di queste presunte posizioni giuridiche, ha sui diritti e sugli interessi dei minori.

La prima occasione in cui i giudici della Corte EDU si imbattono in una richiesta di adozione omogenitoriale risale all'anno 2002²⁶⁴: il caso vede protagonista un ricorrente di nazionalità francese, il quale lamenta la violazione del principio di non discriminazione e del rispetto alla vita privata per essersi visto negare una richiesta di adozione, per ragioni, a suo dire, unicamente fondate sulla sua omosessualità; è appena il caso di precisare che la Francia è uno di quei Paesi in cui è consentita l'adozione legale ai single.

La sentenza della seconda sezione della Corte di Strasburgo, palesa la mancanza di accordo tra i giudici europei nella valutazione del caso di specie. La decisione finale, a maggioranza di quattro voti contro tre, decretava la non violazione dell'art. 14 (divieto di discriminazione) in combinato disposto con l'art. 8. La Corte europea fa rientrare la questione nell'alveo del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati²⁶⁵: non esiste, a parer della Corte, un *consensus*²⁶⁶ europeo sull'adozione da parte di omosessuali tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa e solamente pochi tra questi prevedono leggi in tal senso. La Corte, per altro, oltre al riconoscimento dell'esistenza di opinioni differenti tra gli Stati, valuta conformi rispetto al principio di non discriminazione, le decisioni dei tribunali francesi e le

²⁶³ Per una panoramica internazionale sulla procreazione medicalmente assistita e sulle sue implicazioni relative all'anonimato si veda su tutti, B. Feuillet-Liger, *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, 2008.

²⁶⁴ Il caso è Fretté c. Francia, 25/06/2002.

²⁶⁵ Cfr. Fretté c. Francia, cit., § 41

²⁶⁶ Sul ruolo del *consensus* nella giurisprudenza della CEDU v. K. Dzehtsiarou, *Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case of Law of the European Court of Human Rights*, in 3, *Public Law*, 2011, 471 ss., in cui l'autore fa un'accurata ricerca sulle diverse tipologie di "consensus" utilizzate dalla Corte, arrivando ad individuarne quattro: 1) consensus identified through comparative analysis of laws of Contracting Parties; 2) international consensus identified through international treaties; 3) internal consensus in the respondent Contracting Party; 4) expert consensus.; con specifico riferimento ai diritti degli omosessuali v. Sileoni, *La Corte di Strasburgo e i matrimoni omosessuali: il consenso europeo, un criterio fragile ma necessario*, in 4, *Quaderni costituzionali*, 2010, 870.

relazioni dei servizi sociali al riguardo²⁶⁷. Le giustificazioni dei tribunali d'oltralpe perseguirebbero quindi uno scopo legittimo «*to protect the health and rights of children who could be involved in an adoption procedur*» e le misure adottate risulterebbero proporzionali al fine perseguito.

Centrale nella valutazione dei giudici di Strasburgo, nell'ottica del bilanciamento degli interessi, risulta la prevalenza dei diritti del bambino eventualmente adottato, sulla legittima aspirazione del richiedente adottante²⁶⁸: la corte identifica, infatti, proprio nel «*best interest of the child*» il parametro rispetto al quale valutare la legittimità della discriminazione²⁶⁹

Nelle opinioni parzialmente concorrenti e dissenzienti emerge, tuttavia, come l'opinione della minoranza consideri assolutamente fallito il bilanciamento e sprorziando il rapporto tra mezzi e fini²⁷⁰.

Dopo appena sei anni, infatti, in un caso analogo sempre contro la Francia i giudici di Strasburgo effettuano un vero e proprio *révirement* nelle motivazioni che portano questa volta alla condanna dello Stato: nel caso *E.B. c. Francia*²⁷¹, la Grande Camera della Corte europea modifica il proprio convincimento: nella fattispecie la ricorrente, che aveva intenzione di adottare un minore, aveva una stabile relazione omosessuale con la sua compagna.

In questo caso la Corte valorizza il fatto che il rigetto della domanda da parte delle autorità interne fosse fondato, in realtà, sul fatto che la richiedente fosse omosessuale: destano molto interesse, pertanto, le motivazioni addotte dalla Corte al fine di giustificare l'avvenuta violazione degli art. 8 e 14 CEDU.

Le autorità interne avevano negato l'adozione adducendo una duplice motivazione: la prima si basava sulla mancanza, nell'ipotetico futuro nucleo familiare, di una figura genitoriale di sesso maschile; la seconda invece era costituita dalla mancanza di qualsiasi interesse al progetto adottivo mostrato dalla

²⁶⁷ Per una critica all'eccessivo ruolo svolto dai servizi sociali in questo caso v. D. Borrillo, T. Pitois-Étienne, *Différence des sexes et adoption : la psychanalyse administrative contre les droits subjectifs de l'individu*, in 4, McGill Law Journal, 2004, 1035-1056

²⁶⁸ Così A. Bisio, I. Roagna, *L'adozione internazionale di minori. Normativa interna e giurisprudenza europea*, cit., 258.

²⁶⁹ Cfr. Fretté c. Francia, cit., § 42

²⁷⁰ Per un'analisi dettagliata delle *dissenting opinion* del caso Fretté si rinvia A. Bisio, I. Roagna, *L'adozione internazionale di minori. Normativa interna e giurisprudenza europea*, cit., 265

²⁷¹ E.B. c. Francia, 22.01.2008.

compagna della ricorrente²⁷². La Corte ritiene che il primo motivo avesse finalità puramente strumentali al fine di discriminare la ricorrente per ragioni legate all'orientamento sessuale: il Governo francese, su cui gravava l'onere della prova di dimostrare l'esistenza di ragioni che consentissero la diversità di trattamento, non era, infatti, riuscito a dare alcuna dimostrazione in tal senso. Quanto alla valutazione del secondo motivo, e cioè al presunto disinteresse della convivente all'ipotesi dell'adozione, a parer della maggioranza dei giudici di Strasburgo, questa sarebbe stata evidentemente viziata dall'intento discriminatorio *de quo*, ragion per cui, la stessa non è ritenuta attendibile. Tuttavia, come segnalato in dottrina, tali motivazioni destano molteplici dubbi: richiedere al Governo di provare l'assenza del fine discriminatorio, nella prassi amministrativa, nei confronti degli omosessuali durante le procedure di adozione, è qualcosa di difficilmente realizzabile, tanto da essere definita *probatio diabolica*²⁷³. E neanche il secondo argomento sembra convincere a pieno: sono gli stessi giudici di minoranza a sottolineare come i colleghi abbiano applicato una sorta di «*contamination theory*», facendo confluire le considerazioni legate all'orientamento sessuale su quelle relative alla propensione della compagna a formare un progetto comune, dal momento che le due motivazioni sono, invece, in realtà totalmente autonome, indipendenti e in alcun modo connesse tra loro²⁷⁴.

Secondo la maggioranza non ci sarebbe quindi alcun ostacolo nell'ipotesi di adozione di un minore da parte del ricorrente dal momento che egli gode di «*undoubted personal qualities and an aptitude for bringing up children, which were assuredly in the child's best interests, a key notion in the relevant international instruments*»²⁷⁵.

E' perlomeno singolare notare come in due pronunce similari, a pochi anni di distanza, i giudici della Corte, sempre in nome del superiore interesse del minore, giungono a conclusioni totalmente antitetiche. E' evidente che l'esiguità del giudizio del giudizio di maggioranza (10 opinioni favorevoli e 7 contrarie), sia una dimostrazione di come la questione sia tutt'altro che risolta.

²⁷² Cfr. E.B. c. Francia, cit. § 37

²⁷³ In questo senso v. E. Lamarque, *Adozione da parte dei single omo e eterosessuali: i paesi del Consiglio d'Europa stanno perdendo il loro margine di apprezzamento?* In <http://www.forumcostituzionale.it>, 2008.

²⁷⁴ Cfr. E.B. c. Francia, cit., Opinione dissenziente del giudice Loucaides

²⁷⁵ Cfr. E.B. c. Francia, cit., § 95

Esemplificativo in tal senso risulta l'interrogativo posto del giudice Zupančič, che nella sua *dissenting opinion* afferma: «*The non-represented party, whose interest should prevail absolutely in such litigation, is the child whose future best interests are to be protected. When set against the absolute right of this child, all other rights and privileges pale. If in custody matters we maintain that it is the best interests of the child that should be paramount – rather than the rights of the biological parents – how much more force will that assertion carry in cases such as this one where the privileges of a potential adoptive parent are at issue?*»²⁷⁶.

Ed infatti, in un a pronuncia del 2012²⁷⁷, l'orientamento della Corte cambia ancora. Nel caso *Gas e Dubois c. Francia*, come prima cosa i giudici affrontano un'importante questione preliminare: rispondendo ad un'obiezione del governo francese circa la presunta irricevibilità del ricorso, la Corte EDU afferma che la nozione di vita familiare include anche il legame «verticale»²⁷⁸ tra i figli e la coppia omo-genitoriale. Ed è questa la prima pronuncia in cui la Corte, nel valutare la situazione di una famiglia con genitori omosessuali, si spinge oltre la prospettiva del diritto alla privacy per estendere la valutazione anche al *right to family life*: già in precedenza, in un'importante pronuncia la Corte EDU aveva riconosciuto il diritto alla vita familiare di una coppia omosessuale²⁷⁹, ma questa è la prima volte che i giudici di Strasburgo estendono esplicitamente tale nozione al rapporto genitori-figli²⁸⁰.

Entrando nel merito, le ricorrenti ritenevano di aver subito un trattamento discriminatorio fondato sull'orientamento sessuale per il fatto che l'ordinamento in Francia, non consente la condivisione della potestà parentale (nel caso di *adoption simple*) alla coppie dello stesso sesso; la stessa invece è consentita nel caso di coppie unite in matrimonio. All'epoca dei fatti, non era ancora vigente in Francia la nuova legge sul matrimonio omosessuale²⁸¹, ragion per cui essendo

²⁷⁶ Cfr. E.B. c. Francia, cit., Opinione dissenziente del giudice Zupančič

²⁷⁷ Il caso è *Gas e Dubois c. Francia*. 15.03.2012

²⁷⁸ Schuster, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in www.forumcostituzionale.it

²⁷⁹ La prima pronuncia in cui la Corte riconosce l'esistenza di una vita familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU è la sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* del 24.06.2010

²⁸⁰ Cfr. *Dubois c. Francia*, § 37

²⁸¹ Autorizzato in Francia tramite la legge n° 404-2013 del 17.05.2013. Il testo integrale della legge è disponibile su <http://www.legifrance.gouv.fr>

inibita alle persone dello stesso sesso possibilità di sposarsi, questo comportava, a detta delle ricorrenti, una discriminazione indiretta tra le coppie *omo* e le coppie eterosessuali, le quali avrebbero potuto *aggirare l'ostacolo* tramite l'accesso al matrimonio. Lo Stato francese dal canto suo rispondeva che il fatto che il matrimonio fosse riservato alle coppie eterosessuali, non costituiva affatto una discriminazione indiretta, bensì l'esercizio di un potere legittimo dello Stato parte, giacché gli articoli 8 e 14 non impongono di garantire l'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali²⁸².

La Corte ha ritenuto, nella fattispecie che il trattamento riservato alle ricorrenti non fosse discriminatorio, dal momento che la situazione giuridica delle stesse non era comparabile a quella di una coppia sposata: l'istituto del matrimonio infatti – come previsto dall'articolo 12 della Convenzione – può conferire uno *status* giuridico privilegiato con determinate ripercussioni²⁸³.

La Corte, inoltre, non ha riscontrato alcuna differenza di trattamento differenziato tra le coppie di fatto eterosessuali e omosessuali: anche per le coppie di fatto eterosessuali, infatti, sarebbero sottoposte alla medesima normativa e cioè il divieto di ottenere la condivisione della patria potestà nel caso di adozione semplice. Senza fondamento anche la presunta esistenza di una discriminazione indiretta.

Nessun particolare riferimento, nel corpo della sentenza, circa la valutazione dell'interesse del minore²⁸⁴; sono invece le opinioni concorrenti e dissenzienti dei giudici, che, in questo caso, fanno emergere il problema: nel loro giudizio concorrente i giudici Spielmann e Berro-Lefèvre sottolineano che in assenza di legame giuridico con la partner della madre, l'unica cosa certa è che lo status giuridico del bambino rimane pieno di incertezza, situazione non certo considerabile nell'interesse del bambino²⁸⁵. Ancor più netto appare il giudizio

²⁸² Cfr. Dubois c. Francia, cit., § 50-51

²⁸³ La Corte aveva già avuto modo di esprimersi così in Joanna Shackell c. Regno Unito del 27.04.2000 e in Serife Yigit c. Turchia del 02.11.2010.

²⁸⁴ Impresione confermata anche da F. Chiovini, *Omogenitorialità, margine di apprezzamento, interesse del minore: l'instabile bilanciamento dei giudici di Strasburgo* in 1, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, 958 ss., il quale parla di bilanciamento instabile operato dalla giurisprudenza della Corte EDU, e nella fattispecie del caso *Gas e Dubois* del ruolo marginale svolto dal superiore interesse del minore, che resta sullo sfondo senza mai essere valutato in concreto.

²⁸⁵ Cfr. Dubois c. Francia, cit., § opinione concorrente giudici Spielmann e Berro-Lefèvre.

contenuto nell'opinione dissenziente del giudice Villiger, deciso nell'affermare che la potestà genitoriale congiunta tra i genitori omosessuali sia lo strumento maggiormente rispettoso dell'interesse della minore, e questo fattore, a parer suo, «*ne prête pas à controverse*»²⁸⁶.

Nel caso di X e altri c. Austria, la Grande Camera della Corte EDU, a maggioranza, dichiara che vi è stata da parte del governo austriaco una violazione della Convenzione in relazione all'art.14 in combinato disposto con l'art. 8. Il caso riguardava una donna austriaca omosessuale non sposata, alla quale era stata negata la richiesta di adottare il figlio biologico della compagna, con la quale intratteneva una stabile relazione. Le differenze rispetto al precedente *Gas e Dubois* sono principalmente due: primariamente, la legislazione austriaca, a differenza di quella francese, non prevede il matrimonio come requisito indispensabile per l'adozione del figlio; in secondo luogo il fatto che il ricorso fosse presentato anche a nome del minore, non avrebbe dovuto permettere alla Corte di eludere la valutazione in concreto dell'interesse dello stesso. Come vedremo, tuttavia, la valutazione del *best interest of the child* sarà il grande assente anche in questo caso.

La Corte spiega, in primo luogo, come nella fattispecie, la coppia sia stata oggetto di una discriminazione legata all'orientamento sessuale, dal momento che, diversamente che per le coppie omosessuali, per le coppie eterosessuali, non si ravvisa, nella legislazione austriaca, alcun tipo di impedimento legato alla procedura di adozione, quando uno dei due membri della coppia intenda adottare il figlio dell'altro/a. Non risultano convincenti, a detta dei giudici di Strasburgo, le ragioni addotte dal Governo, per giustificare la differenza di trattamento tra coppie omo e coppie eterosessuali: la protezione della famiglia tradizionale e la tutela degli interessi del minore non sono considerate, infatti, ragioni sufficienti: lo Corte trova che il Governo non sia riuscito ad addurre motivazioni convincenti «*to show that excluding second-parent adoption in a same-sex couple, while allowing that possibility in an unmarried different-sex couple, was necessary for the protection of the family in the traditional sense or for the protection of the interests of the child*» dal momento che, ribadisce i giudici della Corte EDU, non esiste un solo modo o una sola possibilità di scelta nell'ambito di una vita privata o familiare»²⁸⁷.

²⁸⁶ Cfr. *Dubois c. Francia*, cit., § opinione dissenziente del giudice Villiger

²⁸⁷ Cfr. *X. e altri c. Austria*, cit. § 151

Non paiono del tutto convinti della decisione della Corte un buon numero di giudici di minoranza, i quali osservano come nella decisione della Corte rimanga non esaminato l'elemento che è alla base di qualsiasi procedura di adozione, vale a dire l'interesse superiore del bambino, tanto da portarli a titolare un paragrafo della loro *dissenting opinion* proprio «*child's best interest*». Lasciando da parte il possibile conflitto di interessi tra la madre (come rappresentante) ed il figlio, a detta della minoranza, gli sforzi per accertare la reale posizione del bambino sarebbero dovuti essere maggiori. Il minore in questione aveva dodici anni all'inizio del procedimento nazionale ed invece in quel momento era in procinto di diventare maggiorenne; egli aveva già una madre e un padre, sebbene divorziati. Per i predetti motivi, i giudici sottolineano: «*what best interests would have been served had his father been replaced by his mother's partner?*»²⁸⁸. Se è vero che, a differenza di *E.B. contro Francia*, la coppia di aspiranti genitori aveva espresso il un forte interesse per l'adozione, tuttavia nessun elemento poteva dimostrare che ciò fosse un bene per l'interesse del minore. Riprendendo un'espressione usata proprio dalla Corte in un'altra circostanza, i giudici ricordano che «*adozione significa donare una famiglia ad un bambino, non un bambino ad una famiglia*»²⁸⁹. Tuttavia, non può apparire secondario che il minore nel caso di specie ha *sempre* avuto una famiglia e, proprio per questo, la chiosa finale dell'opinione dissenziente evidenzia lapidariamente che «*The judgment is silent on this crucial point*»²⁹⁰.

Per certi versi il caso *X e altri c. Austria* potrebbe essere definito *rivoluzionario*²⁹¹, in quanto la Corte per la prima volta, sebbene indirettamente, ha preso posizione circa la presunta inidoneità all'adozione degli omosessuali: le autorità giudiziali che intendano negare loro l'accesso all'opzione adottiva, hanno l'onere di provare nel concreto i motivi di tale inidoneità; la mancanza di una sufficiente motivazione fa presumere l'esistenza di una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

²⁸⁸ Cfr. *X. e altri c. Austria*, cit., Opinioni dissenzienti § 8 - «*The child's best interests*».

²⁸⁹ Cfr. *Fretté v Francia*, cit., § 42.

²⁹⁰ Cfr. *X. e altri c. Austria*, cit., Opinioni dissenzienti § 8 - «*The child's best interests*».

²⁹¹ In tal senso v. A.M. Lecis Cocco-Ortu, *La Corte europea pone un altro mattone nella costruzione dello statuto delle unioni omosessuali: le coppie di persone dello stesso sesso non possono essere ritenute inidonee a crescere un figlio*, in www.forumcostituzionale.it, 2013.

Tuttavia, il fatto che questa interpretazione non trovi d'accordo ben sette su diciassette giudici della Corte è un chiaro segnale del fatto che si è ancora molto lontani dal trovare una soluzione ampiamente condivisa: il senso dell'interpretazione evolutiva, così come concepito dalla Corte, sottolineano ancora i giudici di minoranza, è quello di accompagnare e anche di incanalare i cambiamenti, ma non di anticiparli né tanto meno di cercare di imporli, andando oltre quelli che sono i limiti consueti del metodo evolutivo di interpretazione²⁹²

2.4 *Right to maintain a stable relationship with both parents: applicazione del concetto di “best interests of the child” in tema di sottrazione internazionale di minori e ruolo della Convenzione dell’Aja 1980 e del Regolamento Bruxelles II.*

Un argomento molto scottante e al contempo attualissimo è quello relativo al sempre crescente fenomeno della sottrazione internazionale dei minori.

Conosciuto a livello planetario come *international child abduction*²⁹³ o *international kidnapping of a child*, questo fenomeno si verifica quando un genitore, contro la volontà o all'insaputa dell'altro, trasferisce all'estero un figlio minore, impedendo il rientro dello stesso nel suo Paese di residenza abituale.

Il perché della proliferazione dei casi di sottrazione di minori negli ultimi anni è sicuramente addebitabile ad un dato fattuale: il notevole incremento di matrimoni tra persone appartenenti a Stati diversi, conseguenza della globalizzazione, che oltre a costituire un fenomeno sociale enormemente positivo, presenta, a volte, notevoli e drammatiche difficoltà a causa delle differenze

²⁹² Cfr. X. e altri c. Austria, cit., Opinioni dissenzienti § 23.

²⁹³ Per una panoramica esaustiva ed aggiornata sul tema vedi T. Buck, *International child law*, London – New York, 2011, 212 ss; oppure M. Distefano, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori*, Padova, 2012, 39 ss.

culturali²⁹⁴ e religiose²⁹⁵ che caratterizzano le coppie di coniugi di nazionalità molto spesso distanti tra loro.

La Convenzione dell'Aja del 25 Ottobre 1980 sugli aspetti civili e politici della sottrazione di minori (d'ora in avanti Convenzione dell'Aja) nasce proprio per far fronte all'urgenza di questo fenomeno, con l'obiettivo di assicurare l'immediato ritorno nello Stato d'origine di un minore, nel caso in cui questo sia stato trasferito o sottratto illegalmente in uno degli Stati contraenti, così come statuito dall'art.1 della stessa Convenzione²⁹⁶.

Nel preambolo della Convenzione viene sancito che: «*Gli Stati firmatari della presente Convenzione, profondamente convinti che l'interesse del minore sia di rilevanza fondamentale in tutte le questioni pertinenti alla sua custodia; desiderando proteggere il minore, a livello internazionale, contro gli effetti nocivi derivanti da un suo trasferimento o mancato rientro illecito, e stabilire procedure tese ad assicurare l'immediato rientro del minore nel proprio Stato di residenza abituale, nonché a garantire la tutela del diritto di visita, hanno determinato di concludere a tale scopo una Convenzione...».*

La Convenzione, dunque, aspira a ripristinare una situazione di fatto relativa sia all'affidamento del minore che al diritto di visita, indipendentemente dall'esistenza di un provvedimento di affidamento, tentando di privare la condotta illecita di ogni conseguenza pratica e giuridica e ristabilendo lo *status quo ante*²⁹⁷.

All'art. 3 della Convenzione è specificato, altresì, in quali circostanze il trasferimento o il mancato rientro del minore debba considerarsi illecito e questo dato costituisce il presupposto per l'applicabilità della Convenzione stessa: pertanto, sono definiti illeciti quei comportamenti che avvengono in violazione dei diritti di custodia assegnati ad una persona, istituzione od ente, sia se tali diritti sono effettivamente esercitati e sia se avrebbero potuto esserlo qualora non si fosse verificato il trasferimento.

²⁹⁴ Cfr. G. Contiero, *L'affidamento dei minori*, Milano, 2009, 238.

²⁹⁵ Cfr. R. Schuz, *The relevance of religious law and cultural considerations in international child abduction dispute*, in, 2, *Journal of Law and Family Studies*, 2010, 453 ss.

²⁹⁶ La letteratura sulla Convenzione di L'Aja è molto ampia, per una panoramica completa ed esaustiva sulla si segnala su tutti, P. Beaumont – P. McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford, 1999; oltre che il recente contributo critico di R. Schuz, *Hague child abduction convention : a critical analysis*, Oxford, 2013; in merito ai rapporti tra la Convenzione e il diritto dell'Unione europea v. K. Trimmings, *Child abduction within the European Union*, Oxford, 2013.

²⁹⁷ Cfr. G. De Marzo – S. De Santi, *Minori oltre confini – sottrazione e protezione dei minori nel diritto internazionale*, Milanofiori Assago, 2009, 43

Dal quadro generale delle disposizioni emerge, infine, la volontà di tutelare anche il rapporto di mero fatto tra genitore e minore, indipendentemente da qualsiasi titolo giuridico. Accade così, sempre più frequentemente, che il coniuge straniero trasferisca il figlio minore nel proprio paese di origine e non ne consenta più il ritorno nel Paese di residenza e ciò si verifica, come vedremo nella casistica esaminata, maggiormente nei periodi estivi o comunque coincidenti con i periodi di festività.

Questo è il tipico quadro delle situazioni che si sono verificate in maniera sempre più copiosa negli ultimi anni e che hanno iniziato a palesarsi anche all'attenzione della Corte europea dei diritti dell'uomo (prima) e della Corte europea di Giustizia dell'UE (in un secondo momento).

Come vedremo in seguito, i giudici di Strasburgo, sin dal primo caso inerente alla sottrazione internazionale di minori si sono sempre avvalsi dell'ausilio della Convenzione di L'Aja per riempire di contenuto gli obblighi derivanti dall'articolo 8 della Convenzione europea: nonostante la diversa natura dei due strumenti, infatti, questi sono suscettibili di entrare in relazione tra loro dal momento che la violazione degli obblighi previsti dalla Convenzione dell'Aja può comportare la concomitante violazione di alcuni diritti tutelati dalla giurisprudenza di Strasburgo; inoltre, proprio grazie alla giurisprudenza della Corte europea, l'esecuzione dei provvedimenti di ritorno ex art 2 Convenzione dell'Aja hanno finalmente ricevuto quel carattere vincolante che aveva costituito, in precedenza, il grosso limite di questo prezioso strumento internazionalistico.²⁹⁸

Solo nelle ultime recentissime pronunce in materia, la Corte EDU inizia a fare riferimento, su sollecitazione dei ricorrenti, anche al Regolamento Ue n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale tra gli Stati membri dell'Unione²⁹⁹ (d'ora in avanti Reg. *Bruxelles II bis*).

²⁹⁸ Cfr. G. Carella, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, 2009, 92.

²⁹⁹ Per una panoramica generale su questo strumento normativo vedi K. Boele-Woelki - C. González Beilfuss, *Brussels II Bis: Its Impact and Application in the Member States*, Antwerp, 2007; N. Lowe, M. Everall, M. Nicholls, *The new Brussels II Regulation: a supplement to International movement of children*, Bristol, 2005; M.C. Baruffi, *Osservazioni sul regolamento Bruxelles II-bis*, in S. Bariatti (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, 175 -223.

Tale regolamento (che ha sostituito dal 2005 il precedente Regolamento n. 1347 del 2000 c.d. reg. Bruxelles II), disciplina tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriale, incluse le misure di protezione del minore, indipendentemente da qualsiasi nesso con un procedimento matrimoniale (5° considerando) ponendosi come strumento unico in materia matrimoniale e in materia di responsabilità dei genitori (6° considerando).

In materia di sottrazione internazionale di minori, il reg. Bruxelles II bis ricalca sostanzialmente la terminologia e le nozioni già presenti nella Convenzione di L'Aja del 1980 e, più in generale, il regolamento non si sostituisce in alcun modo alla Convenzione del 1980 ponendosi, invece, in ottica sinergica con quest'ultima al fine di regolare, in linea con le specificità proprie dello spazio giuridico europeo, il fenomeno delle sottrazioni di minori che coinvolgono gli Stati membri dell'UE (esclusa la Danimarca)³⁰⁰.

2.4.I Un obbligo *non* assoluto.

Il primo caso nel quale svolgerà un ruolo determinante il ricorso alla Convenzione di L'Aja risale all'anno 2000³⁰¹.

³⁰⁰ Per una dettagliata analisi delle analogie e alle differenze tra la Convenzione Aja e il Reg. di Bruxelles si rinvia a M. Distefano, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori*, cit., pp. 99-108.

³⁰¹ Il caso è Ignaccolo-Zenide c. Romania, 25.01.2000. In seguito alla sentenza di divorzio dal marito, l'attribuzione della potestà parentale sulle due figlie veniva attribuita al padre delle bambine, mentre alla ricorrente veniva concesso il diritto di visita e di dimora. Nell'estate del 1990 il signor D.Z., che viveva negli Stati Uniti, ospitava le sue figlie, ma al termine delle vacanze si rifiutava di riconsegnare le minori alla madre. Dopo aver cambiato dimora in innumerevoli occasioni al fine di sottrarsi alla giustizia americana, adita in applicazione della Convenzione di L'Aja, il padre delle bambine riusciva a rifugiarsi in Romania, dove nel dicembre 1994 il tribunale di primo grado di Bucarest adottava un provvedimento di urgenza e disponeva il ritorno delle minori presso la madre; tale ordinanza, tuttavia, non venne mai eseguita. Nell'arco di dieci anni (1990-2000) la ricorrente ebbe la possibilità di incontrare le figlie soltanto in un'occasione, nel 1997: in questa circostanza venne organizzato un incontro, nell'istituto scolastico delle figlie, in presenza di una folta delegazione composta da insegnanti, diplomatici, polizia, dalla ricorrente e dal suo avvocato. All'incontro non presero parte né psicologi né assistenti sociali e il tutto terminò dopo pochi minuti quando le minori, evidentemente impreparate alla situazione, finsero di darsi alla fuga; in seguito al fallimento di questo unico incontro, il Ministro della Giustizia rumeno prendeva la decisione di non disporre il ritorno delle minori in quanto queste si erano rifiutate di andare a vivere con la madre. La ricorrente sostiene che le autorità rumene non hanno adottato misure adeguate per assicurare una rapida esecuzione delle decisioni giudiziarie e per favorire il ricongiungimento con le sue figlie denunciando la mancanza di serietà dei suoi tentativi, ivi compresa l'organizzazione dell'incontro definita dalla stessa una «messa in scena». Il Governo, da

La ricorrente è una cittadina francese, Rita Ignaccolo-Zenide, che chiama in causa il governo rumeno, colpevole, a suo avviso, di aver leso il proprio diritto alla vita familiare, tutelato dall'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

I Giudici di Strasburgo ricordano preliminarmente che l'art. 8 della Convenzione mira a proteggere l'individuo dalle ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri e può inoltre far sorgere obblighi «positivi» inerenti ad un effettivo rispetto della vita familiare: in merito a ciò, l'art. 8 prevede il diritto di un genitore ad ottenere misure destinate a riunirlo con il figlio e l'obbligo per le autorità nazionali di adottarle³⁰².

La Corte, tuttavia, sottolinea come questo obbligo non abbia natura assoluta. Può accadere, infatti, che il ricongiungimento di un genitore con i figli non possa avvenire immediatamente e non possa prescindere da opportuni preparativi; la sua natura e la sua portata dipendono dalle circostanze di ciascuna fattispecie, ma la comprensione e la cooperazione di tutti i soggetti interessati costituiscono sempre un fattore rilevante; benché le autorità debbano attivarsi per stimolare una tale collaborazione, occorre tener conto degli interessi, dei diritti e delle libertà degli interessati e principalmente dell'interesse superiore del minore e dei diritti che l'articolo 8 gli riconosce³⁰³.

Infine, la Corte ritiene che gli obblighi positivi ex art. 8 (in questo caso le misure necessarie per facilitare l'esecuzione dell'ordinanza) debbano essere interpretati alla luce della Convenzione di L'Aja.

Secondo i giudici di Strasburgo, in un caso del genere, un elemento fondamentale da tenere in considerazione è il fattore temporale: infatti, l'idoneità di una misura deve essere giudicata dalla celerità della sua attuazione. I procedimenti relativi all'attribuzione della potestà parentale richiedono, secondo la Corte, una trattazione urgente, dato che il passare del tempo può comportare conseguenze irrimediabili per i rapporti tra i minori e il genitore che non vive con loro³⁰⁴.

parte sua, giustifica l'inottemperanza della misura con la concomitanza di due fattori avversi: l'inadempienza del padre e la riluttanza delle minori ad andare a vivere con la madre.

³⁰² Cfr. Eriksson c. Svezia, 22 .06.1989, § 71; Margareta and Roger Andersson c. Svezia, 25.02.1992, § 91; Olsson v. Sweden (no. 2), 27.11.1992, § 90; Hokkanen v. Finlandia, 23.09.1994, § 55.

³⁰³ Cfr. Ignaccolo-Zenide c. Romania, cit., § 94

³⁰⁴ *ibidem*, cit., § 102

A partire da ciò, la Corte ravvisa un'inerzia totale delle autorità rumene durata oltre un anno e non rileva alcuna giustificazione attendibile da parte del Governo, in quanto, sebbene il ricorso a misure coercitive nei confronti dei minori non sia auspicabile in un contesto così delicato, il ricorso a sanzioni non deve essere escluso nell'ipotesi di condotta illegale del genitore con cui i minori convivono³⁰⁵. Nella propria opinione dissenziente, però, il giudice Maruste critica il ragionamento della maggioranza, opponendosi all'applicazione che la Corte fa del criterio del superiore interesse del minore, in base al quale i giudici traggono le conclusioni suesposte.

Proprio nell'ottica del *best interests of the child*, secondo il giudice estone, non è di importanza decisiva considerare le particolari circostanze in questione o quale ruolo abbiano svolto i genitori o le autorità pubbliche, dato che, nel caso di specie, i bambini hanno espressamente scelto di vivere con il padre, e la loro preferenza dovrebbe essere presa in considerazione: la decisione della Corte, invece, a parer suo, finisce per generare un'autentica violenza.³⁰⁶

2.4.2 *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, la fine di un'antica concezione?

In un analogo caso³⁰⁷ dello stesso anno, la Corte, partendo dagli stessi presupposti, giunge però a conclusioni diametralmente opposte³⁰⁸. E infatti, in questa sede, la Corte, nel suo ragionamento, considera il ritorno forzato di un soggetto minorenne come una misura eccessivamente drastica e contraria al suo

³⁰⁵ Ignaccolo-Zenide c. Romania, cit., § 104-106

³⁰⁶ Ignaccolo-Zenide c. Romania, cit., opinione dissenziente de giudice Maruste.

³⁰⁷ Il riferimento è al caso Nuutinen c. Finlandia. 27.06.2000. Nella fattispecie i genitori giocavano ruoli invertiti rispetto al caso *Ignaccolo*, in quanto, in questo caso, la custodia della minore era stata affidata alla mamma, la quale rifiutava costantemente di concedere il diritto di visita all'ex marito, poiché temeva per la sua sicurezza e per quella di sua figlia: il signor Nuutinen, padre della bimba, aveva, infatti, un passato da pregiudicato. Di conseguenza la madre recalcitrante ricevette diverse ammende amministrative, ma la Corte Distrettuale inizialmente esitò ad applicare le sanzioni e alla fine rifiutò le richieste del ricorrente, dato che la madre aveva palesato un persistente timore nei confronti dell'ex marito, facilmente dimostrabile anche dalla riluttanza della bambina nei suoi confronti: qualsiasi contatto con suo padre, a detta della madre, avrebbe potuto causarle smarrimento e confusione. Le doglienze del Nuutinen si basavano quindi sul fallimento delle autorità nel porre in essere misure in grado di soddisfare il proprio diritto d'accesso, nonostante l'ostruzionismo della donna.

³⁰⁸ Cfr. A. Opromolla, *Children's rights under Articles 3 and 8 of the European Convention: recent case law*, in 26 *European Law Review*, 2001, 54.

superiore interesse, con ovvie conseguenze psicologiche. Proprio nella rivalutazione dell'interesse superiore del minore, quindi, i servizi sociali avrebbero dovuto, a parere dei giudici, sospendere ragionevolmente le visite del ricorrente alla figlia fino al raggiungimento della maggiore età, quando la minore sarebbe stata in grado di decidere al riguardo liberamente³⁰⁹.

Si è osservato come questo possa considerarsi un caso emblematico in cui il diritto del minore è chiaramente preferito al diritto del genitore³¹⁰.

Ma anche questa pronuncia è tutt'altro che esente da pareri discordanti come dimostra la stentata maggioranza (quattro voti contro tre) raggiunta nel determinare la violazione dell'articolo 8. Il dissenso dei giudici Zupančič, Pantiru e Türmen, si impernia su due ordini di ragioni: la prima, di carattere sistematico, è che la non attuazione degli ordini di esecuzione da parte delle autorità statali andrebbe a ledere l'ordine generale del diritto; la seconda, invece, si basa sul fatto che dovrebbe essere sempre obbligatorio richiedere la necessaria tempestività in merito agli ordini di custodia minorile, dal momento che gli interessi del minore potrebbero, verosimilmente, mutare con il passare del tempo. I giudici di minoranza sostengono che l'interesse superiore di ieri può non essere l'interesse superiore di oggi o quello di domani, ragion per cui, il ritardo o addirittura la mancata applicazione delle misure, volutamente causate dal soggetto tenuto a rispettare una decisione giudiziaria definitiva, possono modificare notevolmente la valutazione su cosa sia nel migliore interesse del bambino, realizzando quello che essi definiscono un «*assurdo logico*»³¹¹.

Lo Stato, quindi, avrebbe in questo caso favorito il genitore recalcitrante, mostrando una reale falla nel proprio sistema e andando così a smentire l'antico brocardo latino che recita «*quod ab initio vitiosum est, tractu tempore convalescere non potest*» (Ciò che è viziato sin dall'origine non può trarre legittimazione con il passare del tempo) e realizzando una chiara «*perversion of justice*»³¹².

Nel caso *Maire c. Portogallo*, poi, la Corte sottolinea nuovamente l'importanza che all'obbligo di riconsegna del bambino si debba provvedere nel più breve

³⁰⁹ Cfr. Nuutinen c. Finlandia, cit. § 134-136.

³¹⁰ Di questo avviso A. Opromolla, *Children's rights under Articles 3 and 8 of the European Convention: recent case law*, cit., 54.

³¹¹ Cfr. Nuutinen c. Finlandia, cit., opinione dissenziente dei giudici Zupancic, Pantiru e Turmen.

³¹² *ibidem*

tempo possibile, dovendo, peraltro, interpretare l'ordine alla luce della Convenzione di L'Aja e di quella di New York del 1989.

Soprattutto il primo strumento prevede, infatti, una serie di misure atte a garantire il ritorno immediato dei bambini trasferiti o illecitamente trattenuti in uno Stato contraente: l'articolo II³¹³ obbliga le autorità giudiziarie o amministrative debbano procedere d'urgenza per il ritorno dei bambini e ogni omissione che superi le sei settimane può dar luogo alla richiesta di una motivazione del ritardo.³¹⁴

Ed anche la recente dottrina internazionalistica sembra non avere dubbi su questo punto; si segnala, infatti, che: «*Given the purpose of the Convention is to 'secure the prompt return of children wrongfully removed to or retained in any Contracting State' it is appropriate for the Court of Human Rights to interpret Article II to all proceedings taken to secure the return of an abducted child*»³¹⁵.

Comincia, quindi, ad affermarsi con sempre maggiore imponenza, l'autorevolezza e la funzionalità della Convenzione di L'Aja 1980 e la sua stretta e sempre crescente correlazione con la giurisprudenza convenzionale: i sistemi giuridici europei che non attuano le misure idonee affinché vengano rispettati gli ordini di ritorno, così come predisposti dall'art.7 della Convenzione dell'Aja, violeranno perciò stesso, l'art. 8 della Convenzione europea che tutela il diritto alla vita familiare: è quanto si evince anche da un ricorso del 2003 che vede coinvolta una donna austriaca residente negli U.S.A.³¹⁶

³¹³ Altri riferimenti espliciti all'art.II Convenz. Aja 1980 nella giurisprudenza CEDU sono contenuti nella sentenza *Karadzic v Croatia*, 15.12.2005, § 60.

³¹⁴ Cfr. *Ignaccolo-Zenide c. Romania*, cit., §102 e *H.P. c. Polonia*, 13.09.2005, §78 e 83.

³¹⁵ P Beaumont, *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction*, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 335, 2009, 81-82.

³¹⁶ Il caso è *Sylvester c. Austria*, 24.04.03. In questo caso la moglie, di origine austriaca, sottrae la figlia all'insaputa del marito per portarla con sé nel suo paese natale. Il marito, ricorrente che, al fine di seguire direttamente la vicenda giudiziaria, abbandonò gli Stati Uniti perdendo il proprio lavoro, sosteneva che la decisione della Corte Suprema austriaca fosse basata su una errata interpretazione della Convenzione dell'Aja e non avesse servito uno scopo legittimo: la Corte domestica infatti giustificò la propria decisione a partire dall'art. 13 Convenzione di L'Aja nel quale è specificato che: «*l'Autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato non è tenuta ad ordinare il ritorno del minore qualora la persona, istituzione o ente che si oppone al ritorno, dimostri che sussista un fondato rischio, per il minore, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, ai pericoli fisici e psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile*».

Nonostante l'Austria avesse già ratificato lo strumento internazionalistico relativo alla sottrazione dei minori, è stato sottolineato come non esistesse in realtà nel sistema interno, alcun strumento atto a permettere un ritorno immediato del minore nel paese di residenza abituale³¹⁷. Le interferenze causate dalla mancata esecuzione del provvedimento di ritorno finale, mancavano di questi presupposti, né giammai si era palesato un bisogno sociale imperioso a giustificare l'ingerenza negativa dello Stato o almeno un motivo proporzionato allo scopo legittimo preposto³¹⁸.

In materia di esecuzione delle decisioni nel campo del diritto di famiglia, la Corte ha ripetutamente rilevato che ciò che risulta decisivo, è il determinare se le autorità nazionali abbiano adottato tutte le misure che si possono ragionevolmente richiedere nelle particolari circostanze di ciascuna causa, necessarie per facilitare l'esecuzione. Nel considerare se l'eventuale mancata esecuzione di un ordine del Tribunale corrisponda ad una lesione del rispetto della vita familiare dei ricorrenti, la Corte deve trovare un giusto equilibrio tra gli interessi di tutte le persone interessate e l'interesse generale per garantire il rispetto dello Stato di diritto.³¹⁹ A questo proposito, la Corte, nel ribadire che il rispetto effettivo della vita familiare richiede che le future relazioni tra genitore e figlio non siano determinate dal mero decorso del tempo, osserva che le autorità non hanno preso alcuna misura per creare le condizioni necessarie all'esecuzione dell'ordine di ritorno.

Nelle sue conclusioni la Corte, infine, utilizza quello che viene in dottrina definito il «*The all reasonable measures standard*»³²⁰ ossia un parametro valutativo di cui la Corte si avvale per rilevare se nel caso specifico siano state poste in essere tutte le misure che ci si poteva ragionevolmente attendere, incluse quelle extra-giudiziali, per l'esecuzione dell'ordine di ritorno³²¹.

³¹⁷ Sul punto J. McMillan, *American father and daughter given voice in European Court of Human Rights*, in 7, *Michigan Bar Journal*, Giugno 2003, 25.

³¹⁸ Cfr. F. Uccella, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo su alcune tematiche del diritto di famiglia e suo rilievo per la disciplina interna*, in *Giurisprudenza italiana* IV, 1997, 125.

³¹⁹ Cfr. *Sylvester c. Austria*, cit., § 59

³²⁰ J. McMillan, *American father and daughter given voice in European Court of Human Rights*, cit., 27

³²¹ Cfr. *Monory c. Romania e Ungheria*, 5.04.2005, § 79

2.4.3 Un legame fondamentale.

Ciò che emerge dalla giurisprudenza della Corte, quindi, è che la cesura totale dei rapporti di un bambino con uno dei genitori costituisce un'*extrema ratio*. In molteplici circostanze la Corte, infatti, ribadisce che salvaguardare il rapporto genitori-figli ha un'importanza capitale: godere della reciproca presenza, di quotidianità e assiduità di relazione costituisce per i genitori e per i figli un elemento fondamentale del diritto alla vita familiare ex art. 8³²²

A tale fine, quindi, non è neanche sufficiente che le autorità stabiliscano astrattamente la previsione di incontri tra i figli e il genitore non convivente: è altresì necessario che esse apprestino *step by step* un progetto concreto e idoneo al singolo caso, con riguardo particolare all'esecuzione dei provvedimenti che prevedono la riunione dei genitori con i figli e lo svolgersi del diritto di visita e di frequentazione, il tutto caratterizzato dall'imprescindibile obbligo di tempestività³²³. L'obbligo di porre in essere comportamenti «positivi» al fine di realizzare un effettivo rispetto della vita familiare grava quindi in capo alle autorità interne: tuttavia è legittimo chiedersi se sui Tribunali dei Paesi membri gravi anche l'obbligo di raggiungere l'obiettivo di ripristinare i legami familiari interrotti.

All'interessante quesito è la stessa Corte a fornire una convincente risposta, specificando che gli obblighi positivi degli Stati non sono «*obblighi di risultato*, ma unicamente *di mezzo*», dato che «*i Tribunali non sono onnipotenti, particolarmente dove siano, in materia di vita familiare, interpellati da genitori che non sono capaci neanche di superare la loro animosità trascurando gli interessi del proprio figlio*».³²⁴

I limiti del potere giudiziale emergono chiaramente nel caso *Maumousseau e Washington c. Francia*.³²⁵ In questa fattispecie le autorità francesi si erano limitate a

³²² Vedi tra le altre c. Romania e Ungheria, § 70, K. e T. c. Finlandia, § 154, Kutzner c. Germania, § 66, Hokkanen c. Finlandia, § 55.

³²³ Vedi tra le altre Ignaccolo-Zenide c. Romania, § 96, Hokkanen c. Finlandia, § 58, Nuutinen c. Finlandia, § 128, Sylvester c. Austria, § 59

³²⁴ Cfr. Pedovic c. Repubblica Ceca, 18.06.2006, § 115

³²⁵ Il caso è *Maumousseau e Washington c. Francia*, 6.12.2007. I protagonisti del caso sono una cittadina francese e suo marito, cittadino americano, che vivono negli Stati Uniti; durante una crisi coniugale, la moglie decide di partire per una vacanza in Francia con la figlia, di quattro anni, la quale si presenta in causa come seconda ricorrente. Trascorso il periodo di vacanza, la sig.ra Maumousseau decide di continuare a soggiornare in Francia con la bambina; il marito propone ricorso dinanzi alle Corti americane incaricate della tutela e della custodia temporanea, chiedendo

adempiere il loro obbligo di cooperare ai sensi della Convenzione di L'Aja per il reintegro del minore nel Paese d'origine. Tuttavia, la Corte ha ricordato più volte come la Convenzione europea sui diritti dell'uomo non sia uno strumento giuridico interpretabile *in a vacuum*, ma debba essere sempre applicata in accordo con le norme internazionali³²⁶: come specificato nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 all'art. 31 co.3 (c), occorre infatti tener conto di eventuali norme pertinenti del diritto internazionale applicabile nei rapporti tra le parti e, in particolare, delle norme relative la protezione internazionale dei diritti umani.

La questione principale posta alla Corte è quella di valutare se, disponendo il ritorno della bambina negli Stati Uniti, i giudici francesi abbiano operato un giusto equilibrio degli interessi in conflitto sottesi a questa vicenda. La Corte rileva che detti giudici si sono dedicati ad un esame approfondito del complesso della situazione familiare, nonché di tutta una serie di elementi, ed hanno proceduto ad una valutazione equilibrata e ragionevole dei rispettivi interessi di ciascuno con l'obiettivo costante di stabilire quale fosse la migliore soluzione di vita per la minore. A tal fine i giudici della Corte tentano di esplicitare il significato di superiore interesse del minore affermando che questo criterio, oltre a costituire il cuore della Convenzione di New York, costituisce una considerazione primaria anche nel contesto delle procedure previste dalla Convenzione di L'Aja. Essi

il ritorno di sua figlia, a norma dell'articolo 13 b) Convenzione di L'Aja 1980. I giudici osservarono che la bambina trascorse i suoi primi anni di vita in quel Paese, dove aveva tutti i suoi affetti, e stabilirono che un improvviso cambio di residenza in Francia avrebbe influito indubbiamente sulla sua stabilità emotiva. Visto il rifiuto della madre, i giudici dei Tribunali statunitensi chiedevano l'aiuto dei loro corrispettivi francesi, i quali diedero inizio ad un procedimento penale nei confronti della prima richiedente: infine, venne ordinato il ritorno negli Stati Uniti nel Dicembre 2004.

La Signora Maumousseau sosteneva che il rientro di Charlotte negli Stati Uniti era stato contrario all'interesse della bambina e che l'aveva posta in una situazione particolarmente intollerabile data la sua tenera età. Nella sua sentenza la Corte rilevava che le decisioni dei giudici francesi avevano, invece, sempre rispettato il «migliore interesse della minore» riconosciuto dalla Convenzione di New York sui diritti dei minori del 1989. In effetti, i giudici hanno inteso tale interesse, in quel momento, come bisogno della immediata reintegrazione della bambina nell'ambiente di vita abituale, cioè il suo ritorno negli Stati Uniti d'America: la possibilità di vivere in un ambiente familiare è ritenuto dai giudici di importanza basilare, sottolineando anche che la stessa Convenzione di New York ritiene che la famiglia costituisca il nucleo fondamentale della società e ambiente naturale per la crescita del [bambino] e per il [suo] benessere.

³²⁶ Per un'analisi di questo metodo interpretativo vedi D. Rietiker, *The Principle of Effectiveness in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights* in 79, *Nordic Journal of International Law* 79, 2010, 245-277.

specificano come inerente a tale concetto sia il diritto di un minore a non essere rimosso da uno dei suoi genitori e trattenuto dall'altro, vale a dire da un genitore che ritiene, a torto o a ragione, di godere di uguali o maggiori diritti nei suoi confronti.³²⁷

A tal riguardo la Corte ritiene opportuno fare riferimento ad una Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 1979 in cui si afferma che: «*I bambini non devono più essere considerati come proprietà dei genitori, ma devono essere riconosciuti come individui con i loro diritti e alle proprie esigenze*».³²⁸

La Corte, peraltro, evidenzia che se in casi simili, l'intervento della forza pubblica non è certo la modalità più appropriata e può presentare aspetti traumatizzanti, tale intervento, nella fattispecie, si è svolto sotto la vigilanza e alla presenza del procuratore della Repubblica, un magistrato togato di alta responsabilità decisionale cui dovevano fare riferimento gli agenti che lo accompagnavano; la Corte ritiene altresì che, di fronte alla resistenza di terze persone che avevano preso le difese dei ricorrenti, le autorità non abbiano insistito nel tentativo di portare via la bambina³²⁹.

Queste ragioni hanno portato i giudici di Strasburgo a non rilevare alcuna violazione dell'art. 8, osservando che il lamentato rischio della sig.ra Maumousseau di non potere entrare nel territorio degli Stati Uniti per soddisfare i propri diritti, fosse del tutto ipotetico³³⁰.

Una situazione del genere mostra chiaramente come argomenti basati su diritti concorrenti siano sempre molto ardui da soppesare in astratto³³¹.

Il giudice Zupančič, infine, ha espresso un'opinione dissenziente cui ha aderito la giudice Gyulumyan: il disappunto del giudice sloveno deriva proprio da una diversa visione relativa al contenuto concreto del superiore interesse del minore in questo caso specifico. Il suo ragionamento parte dalla constatazione di una

³²⁷ Cfr. Maumousseau e Washington c. Francia, cit., § 68

³²⁸ Cfr. Raccomandazione n. 874 (1979) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa.

³²⁹ Cfr. Maumousseau e Washington c. Francia, cit., § 85

³³⁰ Per un commento esaustivo al caso si rinvia a M-G. Merloz, *L'Enlèvement d'enfant et la convention de la Haye*, in P. Tavernier, *La France et la Cour européenne des droits de l'Homme. 1998-2008: une décennie d'application du Protocole XI- La jurisprudence en 2007*, Bruxelles, 2009, 278

³³¹ Cfr. P. Beaumont, *The art.8 jurisprudence of the European Court of Human Rights on The Hague Convention on International Child Abduction in relation to delays in enforcing the return of a child*, in G. Venturini-S. Bariatti (eds), *Liber Fausto Pocar - Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Milano, 2009, 86.

interpretazione parziale che, a suo parere, la Corte fa in merito allo scopo della Convenzione di L'Aja: nella decisione, infatti, i giudici di maggioranza sottolineano come l'obiettivo dello strumento internazionalistico sarebbe semplicemente quello di ripristinare lo *status quo ante*, la cui modificazione è stata provocata da un atto illegittimo.³³² Il giudice dissenziente, invece, afferma che la formulazione astratta di una regola privatistica rischia proprio di avere il risultato opposto a quello che la norma si propone: quando si opera in ambito minorile, infatti, proprio la considerazione di quale sia l'attuale interesse del minore dovrebbe portare persino alla non applicazione di una regola formalmente ineccepibile.

Egli sostiene che non è opportuno enfatizzare in modo eccessivo il fatto che l'episodio occorso nella fattispecie particolare sia stato semplicemente contrario agli interessi del minore e aggiunge che: «*The over-reaching criterion of The Hague and New York Conventions – a criterion which ultimately supersedes all other determinative criteria – is precisely and always the “best interests of the child”. It follows logically that it is for each legal organ, including the court of last resort, to keep all other facts of the case in the perspective of its ultimate factual appreciation of what is in the best interest of the child*»³³³.

La *restitutio in integrum*, non sarebbe necessariamente incompatibile con l'interesse superiore del bambino, a condizione che avvenga, però, nel giro di settimane e non mesi o anni dopo l'evento. Sradicare il bambino da un contesto a lui familiare, per rivendicare astratti obiettivi giuridici, andrebbe contro il più basilare umano buon senso: «*non è necessario essere uno psicologo o uno psichiatra infantile*», continua il giudice, «*per capire che un bambino che è vissuto con la madre per tutta la vita, una volta che ha fissato le sue radici nella cornice stabile di un piccolo villaggio francese, subirà un trauma nel momento in cui quelle radici verranno recise e il bambino dovrà forzatamente trasferirsi nello Stato di New York*».³³⁴

³³² Maumousseau e Washington c. Francia, cit., § 69

³³³ Opinione dissenziente del giudice Zupančič

³³⁴ *Ibidem*

2.4.4 Il caso *Neulinger* .

Appare, quindi, sempre più evidente da tutti i casi finora segnalati, la centralità del ruolo del giudice, chiamato ad un lavoro di analisi approfondita di ogni caso specifico: tutti i dettagli, anche quelli apparentemente secondari, possono infatti risultare decisivi, in un ambito che vede protagonisti i minori. E' necessario sottolineare, tuttavia, che una comprensione delle reali situazioni di fatto non sempre risulta lineare ed immediata per una Corte che, il più delle volte, si trova ad agire come vero e proprio quarto grado di giudizio più che come giurisdizione internazionale di carattere sussidiario³³⁵.

Una dimostrazione immediata di quanto appena affermato ci viene dal ricorso che segue: l'8 gennaio del 2009 un caso, a dir poco clamoroso, scuote i giudici della Corte di Strasburgo, oltre a dividere l'opinione pubblica svizzera e israeliana. L'*affaire*, destinato a diventare un vero *leading case* nella giurisprudenza CEDU, vede coinvolti i ricorrenti, la signora Neulinger e suo figlio Noam Shuruk, contro lo stato elvetico.³³⁶ La vicenda, molto articolata dal punto di vista fattuale e giuridico, merita di essere esplicitata nei dettagli ai fini di un'adeguata comprensione.

La prima ricorrente, in seguito ad un tumultuoso matrimonio con un cittadino dello Stato di Israele, aveva abbandonato questo luogo (di residenza) per fare ritorno definitivo in Svizzera (paese natale) con il figlio, violando così un'ordinanza del tribunale israeliano di Tel Aviv che stabiliva il divieto di espatrio per il minore fino al raggiungimento della maggiore età; è singolare che un tale provvedimento sia stato richiesto e ottenuto, anni addietro, proprio dalla madre del bambino. La motivazione della richiesta di un simile atto era la medesima che aveva spinto Isabelle Neulinger a chiedere il divorzio dal marito Shay Shuruk: la signora temeva fortemente che il bambino potesse essere sottratto dal padre e trasferito a Lyubavichi in Bielorussia, città da cui prese il nome un Movimento religioso ebraico ultra ortodosso a cui il padre del bambino aveva aderito pochi anni prima.³³⁷ I primi problemi tra i coniugi sorgono appunto

³³⁵ Questa è la condivisibile considerazione espressa nella sua opinione dissenziente dal giudice Borrego nel caso *Pasculli c. Italia*, 4.12.2007.

³³⁶ *Neulinger e Shuruk*, 8.01.2009.

³³⁷ Nell'ambito del giudaismo ortodosso lo *Chabad-Loubavitch* è uno dei più grandi movimenti religiosi esistenti. E' il più numeroso gruppo chassidico (da «chassid» letteralmente «colui che fa più di quanto non li sia richiesto dalla lettera della legge») e prende il nome da Lyubavichi («città dell'amore fraterno»), la cittadina bielorussa in cui venne fondato nella metà del XVIII secolo dal

quando il marito manifesta la forte intenzione di inserire il figlio in una comunità del succitato movimento e nel 2004 il Tribunale per gli affari familiari di Tel Aviv attribuiva l'affidamento provvisorio del minore alla madre, confermando la potestà genitoriale congiunta; tuttavia, una nuova decisione dello stesso anno conferiva, l'affidamento esclusivo alla madre concedendo al padre solo il diritto di visita che, in seguito ad un'inchiesta effettuata dai servizi sociali in merito alla situazione familiare del minore, verrà fortemente limitato.

In seguito al divorzio dei coniugi, il sig. Shuruk viene arrestato per mancata corresponsione degli alimenti; nel 2005 la sig.ra Neulinger lascia Israele con il figlio, dopo aver richiesto, senza successo, l'annullamento del divieto di espatrio del figlio dal territorio israeliano: per tale ragione il Ministero della Giustizia israeliano inoltra all'Ufficio federale svizzero una richiesta di restituzione del minore in applicazione della Convenzione di L'Aja. Inizia qui un complesso ed estenuante *iter* giudiziario che vedrà protagoniste, con decisioni spesso in forte contrasto, le autorità israeliane ed elvetiche. Il Tribunale dei minori di Tel Aviv constata la sussistenza del luogo di residenza in Israele ragion per cui il suo trasferimento all'estero costituisce atto illecito; a sua volta il giudice di pace di Losanna, pur considerando illecito il trasferimento, ritiene che la fattispecie presenti l'eccezione di cui alla lett. *b* dell'art. 13 Convenzione di L'Aja, e il Tribunale cantonale di Vaud conferma di fatto la decisione di primo grado. Nell'ultimo grado di giudizio, però, il Tribunale federale della Svizzera ribalta la decisione dei giudici. La sottrazione del minore da parte della madre non solo è illecita ma non può godere neanche dell'esimente di cui sopra, in quanto le eccezioni al rientro andrebbero interpretate in maniera restrittiva e in questo caso

mistico Baal Shem Tov. Ad oggi esso conta oltre 200.000 membri, mentre circa un milione di ebrei partecipano a funzioni *Chabad* almeno una volta all'anno. Il pensiero filosofico *Chabad* incorpora gli insegnamenti della *Kabbalah* inteso come strumento in grado di determinare la propria vita e la propria psiche. Insegna che ogni aspetto del mondo esiste esclusivamente mediante l'intervento divino ed usando un approccio intellettuale e profonde meditazioni, *Chabad* spiega come si possa ottenere il controllo completo delle proprie inclinazioni. Il movimento, che pratica un proselitismo intenso e contrasta il secolarismo diffuso tra gli ebrei, impone l'iscrizione dei bambini sin dall'età di tre anni in scuole religiose apposite chiamate «Heder». È questo l'aspetto che più preoccupa la sig.ra Neulinger. Per ulteriori dettagli in merito all'origine e al contesto in cui sorse il movimento cfr. A. Foa, *Ebrei in Europa. Dalla peste nera all'emancipazione, XIV-XVIII Sec.*, Bari, 1992, 254-245. Un caso molto simile è accaduto in Italia, vedi Tribunale per i minorenni di Genova, 16 Agosto 1999 – Pres. Faganelli, con commento di M. Tiby, *Adesione ad un nuovo credo, interesse del minore e limiti all'esercizio del diritto alla libertà religiosa*, in *Famiglia e diritto*, 2, 2000, 189 ss.

non sarebbe presente alcun «grave rischio» per il bambino; a nulla rilevarebbero le capacità educative dei genitori poiché, a detta del Tribunale, la Convenzione di L'Aja non si occupa dell'attribuzione della potestà genitoriale³³⁸: per questo motivo ordina il ritorno del bambino in Israele entro il settembre 2007.

Prima dell'ordine d'esecuzione della sentenza, la madre del minore presenta un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo lamentando un'immotivata ingerenza nella propria vita familiare da parte dello Stato svizzero.

Le doglianze che Isabelle Neulinger presenta sono di due generi: la prima e principale è in merito alla qualificazione giuridica della fattispecie come sottrazione internazionale di minore; in aggiunta la madre del minore solleva considerevoli dubbi in relazione alla presunta assenza di rischi nel ritorno dello stesso in patria.³³⁹

La Corte ha stabilito che i ricorrenti, lasciando Israele, hanno violato la Convenzione di L'Aja sul rapimento di minori, che in questi casi prevede l'immediato rientro del bambino nel Paese di provenienza, a meno che ciò non lo esponga al rischio di grave pregiudizio per la sua incolumità fisica o emotiva.³⁴⁰ Nella ponderazione dei diversi interessi, da effettuare ai sensi dell'articolo 8 paragrafo 2 CEDU, andava quindi stabilito se il Tribunale federale avesse, a ragione, negato l'esistenza di una siffatta situazione eccezionale.

Per la Corte non vi erano elementi per concludere che le autorità israeliane non fossero in grado o non avessero l'intenzione di proteggere i ricorrenti da un eventuale comportamento aggressivo da parte del padre del bambino.

³³⁸ Questo passaggio appare del tutto illogico poiché se da una parte il tribunale considera la Convenz. Aja 1980 estranea al discorso della potestà genitoriale, dall'altra afferma in precedenza che il trasferimento sarebbe illegittimo, proprio ai sensi della stessa convenzione, perché lesivo della potestà genitoriale, cfr. A. Bucher, *Bundesgericht, II. Zivilabteilung, Urteil vom 16. August 2007 (5A_285/2007)*, i.S. X. c. Y., in 12, *Aktuelle juristische Praxis* 12/2007, pp. 1588 ss., in cui tra l'altro l'autore afferma con convinzione «*que l'intérêt supérieur de l'enfant n'ait pas été pris en compte dans le jugement du Tribunal Federal*».

³³⁹ La Neulinger al rientro in Israele sarebbe andato in contro ad un processo penale con il rischio, in caso di soccombenza, che il figlio venga affidato al padre. Al momento dei fatti, dopo aver contratto un secondo matrimonio il sig. Shuruk aveva divorziato dalla nuova moglie alla notizia che la stessa era incinta, e si contraddistingueva per continui comportamenti violenti. Nel caso di affidamento ai servizi sociali, inoltre, il bambino verrebbe di fatto separato da entrambi i genitori.

³⁴⁰ Tramite la giurisprudenza della Corte, che si serve del criterio interpretativo della Convenz. Aja 1980 ex art. 31 par. 3 lett. c della convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, è possibile ricostruire una serie di obblighi positivi per favorire l'esecuzione delle sentenze ai fini del rientro del minore sottratto. Si veda tra gli altri F. Sudre, *Droit international et droits de l'homme*, Parigi, 2008, 234 ss.

La Corte ha altresì ritenuto che, essendosi la ricorrente trasferita volontariamente in Israele, dove ha vissuto sei anni lavorando per la stessa azienda multinazionale per cui ha lavorato in Svizzera, era ragionevole attendersi un suo rientro in Israele con il figlio. Per quanto concerne il rischio di una condanna penale e dell'eventuale arresto della ricorrente, la Corte ha ravvisato che non vi era alcun motivo di dubitare delle dichiarazioni delle autorità israeliane, che hanno fortemente ridimensionato tale rischio: in ultimo, vista l'enorme distanza spaziale tra i due Stati, la permanenza del minore nello stato elvetico avrebbe reso di fatto illusorio il diritto di visita del padre.

La motivazione al cuore della sentenza della III sezione della Corte consisteva nel fatto che, a detta dei giudici, l'interesse superiore del minore sarebbe meglio salvaguardato offrendogli la possibilità di mantenere i contatti con entrambi i genitori.³⁴¹ Nel valutare la necessità dell'ingerenza in una società democratica³⁴² a nulla rilevano, però, una serie incontrovertibile di dati di fatto: l'aggressione ai danni della ex moglie in presenza del piccolo Noam, minacce di morte rivolte alla ex moglie, volontà di imporre unilateralmente al figlio uno stile di vita ed un'educazione religiosa radicale, mandato d'arresto per mancata corresponsione degli alimenti verso la prima e la seconda moglie.³⁴³

La Corte ha, nonostante ciò, ritenuto che la decisione impugnata del Tribunale federale non costituisca una violazione dell'articolo 8 CEDU.

Ma anche in questo caso l'irrisorietà nello scarto di voti (quattro contro tre) e la veemenza dei contenuti delle opinioni dissenzienti, mostrano come il parere dei giudici, in merito a questo scottante caso, fosse tutt'altro che unanime.

L'analisi più acuta sembra essere quella effettuata dal giudice Steiner la quale si dice impossibilitata, nel caso di specie, ad accettare le posizioni della maggioranza, per il modo sommario con cui questa si è occupata del nodo centrale della sentenza, cioè, a suo parere, del contesto culturale di riferimento³⁴⁴. Quando

³⁴¹ Cfr. Neulinger e Shuruk, cit., § 91, la corte si esprime così: «*There is no doubt that it is in the "best interest" of every child to grow up in an environment that allows him or her to maintain regular contact with both parents*»

³⁴² A norma del co.2 dell'art. 8 CEDU.

³⁴³ Per un commento esaustivo al caso si rinvia a M. Distefano, *Educazione religiosa del minore e sottrazione internazionale di minori: l'ottimismo teorico della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Neulinger*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3, 2009, 882

³⁴⁴ Cfr. Neulinger e Shuruk, cit., Dissenting opinion of judge Steiner.

la Corte afferma che «non ci sono prove che suggeriscono che la prima ricorrente non sarebbe in grado di orientare l'educazione religiosa del figlio o che la magistratura israeliana non sarebbe in grado di impedire al padre di fargli frequentare una scuola religiosa Heder³⁴⁵», mostra con evidenza, secondo il giudice di minoranza, «un eccesso di formalismo e di ottimismo teorico che non sono supportati da alcun dato nel fascicolo». ³⁴⁶ La Steiner passa a delineare i perché di questo ottimismo teorico spiegando che la maggioranza della Camera sembra aver adottato un punto di vista «procedurale», ponendo astrattamente la propria fiducia in un sistema giuridico i cui principi in materia di diritto di famiglia, essendo ispirati alla tradizionale legge religiosa che regola anche le questioni dello status personale, a volte sono significativamente diversi dagli standard europei, come è dimostrato dal fatto che tutto ciò che attiene alle questioni matrimoniali debba essere giudicato da tribunali religiosi, cioè tribunali rabbinici; inoltre, mentre sarebbe sicuramente opportuno rispettare le convinzioni religiose e filosofiche dei genitori nella loro scelta di istruzione dei figli, si deve tuttavia garantire che, in caso di disaccordo, i genitori siano posti sullo stesso piano, il che in una situazione del genere, visti i trascorsi e il presente del padre del bambino, sarebbero altamente improbabili.

In un caso del genere, invece, a fare da guida dovrebbe essere il c.d. *principio precauzionale*³⁴⁷ nell'interesse della madre e del bambino.

Un'ulteriore questione sollevata dall'altra voce dissenziente (giudice Spielmann) riguarda proprio la legittimità del richiamo alla Convenzione di L'Aja. Il giudice lussemburghese, infatti, prima ancora di entrare nella diatriba relativa alla sussistenza di una causa ostativa circa il rientro del minore, palesa perplessità relative alla liceità stessa di tale rientro. E' noto, infatti, che l'elemento che mette in moto il sistema di cooperazione internazionale è il rapimento di un minore da parte di chi non ne esercita il diritto di affidamento: ma in questo caso ad

³⁴⁵ *Ibidem*, cit. § 91.

³⁴⁶ Cfr. Neulinger e Shuruk, cit., Dissenting opinion of judge Steiner.

³⁴⁷ Principio di derivazione comunitaria, introdotto dalla Commissione Europea che esplicita i termini in cui questo principio deve essere adottato come approccio per prendere delle decisioni su specifiche materie, cfr. Comunicazione della Commissione COM(2000) 1, Bruxelles, 2 febbraio 2000 in http://ec.europa.eu/food/food/foodlaw/precautionary/index_en.htm. Per un approfondimento sui contenuti del Principio di precauzione si rinvia a A. Bianchi -M. Gestri, *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006.

esercitare tale diritto era proprio la sig.ra Neulinger e a nulla rileva il fatto che l'autorità parentale fosse esercitata congiuntamente, tanto che dalla sua ottica: «*What matters is that the mother, and she alone, was granted custody*»³⁴⁸.

Questa è anche la differenza con il precedente caso *Maumousseau e Washington c. Francia*, nel quale sia l'autorità parentale che il diritto di affidamento erano invece esercitati congiuntamente da entrambi i genitori. Inoltre, il diritto di affidamento, così come concepito nella convenzione internazionale, include il diritto di decidere in merito al luogo di residenza del minore³⁴⁹: la madre detiene quindi il diritto di fissare la residenza del minore anche alla luce del fatto che un trattato va sempre interpretato nel suo contesto e non attraverso il filtro del diritto interno di uno Stato³⁵⁰.

Perplessità sorgono anche in merito alla presunta violazione del diritto di visita. La Corte parla di illusorietà nell'esercizio di questo diritto a seguito del trasferimento in Svizzera: non entrando nel merito della verosimiglianza o meno di una tale affermazione, rimane il fatto che la Convenzione di L'Aja prevede che la vittima della lesione del diritto di visita possa richiedere, anche con il contributo delle Autorità centrali dei paesi coinvolti, l'esecuzione dello stesso diritto o la sua riorganizzazione, ma non gli è affatto consentito di chiedere l'ordine di rientro

In conclusione la sentenza *Neulinger e Shuruk c. Svizzera* non verrà certamente ricordata come una tappa positiva verso il raggiungimento di un sistema capace di tutelare in maniera effettiva gli interessi e i diritti dei minori.

Il principio del superiore interesse del minore, in una vicenda che avrebbe dovuto suggellarlo come *fil rouge* dell'intero processo argomentativo, risulta richiamato, in ben dieci occasioni³⁵¹, ma soltanto formalmente, tanto da far percepire la sua menzione in questo contesto come una semplice *clausola di stile*³⁵².

³⁴⁸ Neulinger e Shuruk, cit., Dissenting opinion of judge Spielmann, par.2.

³⁴⁹ Cfr. Art. 5 Convenz. Aja 1980 - 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

³⁵⁰ Cfr. Art. 31 co.1, Convenzione di Vienna 1969 sul diritto dei trattati - Regola generale di interpretazione: Un trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo.

³⁵¹ Cfr. Neulinger e Shuruk, cit., § 39, 49, 67, 70, 73, 74, 75, 76, 91, 102.

³⁵² L'espressione viene usata da M. Distefano, *Educazione religiosa del minore e sottrazione internazionale di minori: l'ottimismo teorico della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Neulinger*, cit., p. 886.

E' stato saggiamente evidenziato in dottrina che invece: «*Il principio [del superiore interesse del minore] rappresenta uno strumento di mediazione molto efficace tra il rispetto di tradizioni culturali, sociali, ed anche religiose dei singoli Stati e l'affermazione universale dei diritti umani in chiave minorile. In ragione della sua intrinseca indeterminazione, esso offre all'interprete la possibilità di bilanciare le posizioni dei soggetti coinvolti: il minore, i genitori, ma anche gli enti pubblici incaricati di vegliare e contribuire allo sviluppo pieno della sua personalità*»³⁵³.

La Corte, nel caso *Neulinger*, ha mostrato scarsa lungimiranza nel non notare come l'obiettivo primario della madre, nel trasferire il minore in Svizzera, fosse quello di poter concedere allo stesso una situazione migliore per il suo benessere fisico e psichico e per la sua educazione. Alcun pregiudizio di carattere religioso della ricorrente può essere riscontrato, infatti, nel caso in questione: la madre si era anch'ella sempre professata ebrea e non aveva alcuna intenzione di recidere le radici del figlio con la sua storia: a tal fine aveva iscritto, infatti, il minore ad una scuola paritaria ebraica dove gli venivano insegnati, oltre ai contenuti di curriculum scolastico classico, anche i principi fondamentali del giudaismo³⁵⁴.

Ma in seguito a questa controversa sentenza, la ricorrente aveva richiesto e ottenuto il rinvio alla Grande Camera, secondo la procedura prevista dall'art. 43 della Convenzione europea³⁵⁵. La Corte, nella nuova composizione giudicante, dopo circa un anno e mezzo dalla decisione della Terza sezione³⁵⁶, riparte proprio da dove aveva fallito: riconsiderare *in toto* la consistenza dell'interesse superiore del minore nella fattispecie. I giudici di Strasburgo mostrano in questa occasione un elevato grado di diligenza, preoccupandosi di analizzare, anche a livello storico, l'origine del *concept of the child's best interests*³⁵⁷.

Viene, quindi, in questa sede specificato che il concetto di superiore interesse del minore, prima di costituire il cuore della nuova Convenzione ONU sui diritti

³⁵³ Ibidem, p. 888.

³⁵⁴ Neulinger e Shuruk, cit., § 52

³⁵⁵ L'art. 43 prevede che *entro un termine di tre mesi a decorrere dalla data della sentenza di una Camera, ogni parte alla controversia può, in casi eccezionali, chiedere che il caso sia rinviato dinanzi alla Grande Camera. Un collegio di cinque giudici della Grande Camera accoglie la domanda quando la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi protocolli, e anche una grave questione di carattere generale. Se il Collegio accoglie la domanda, la Grande Camera si pronuncia sul caso con una sentenza.*

³⁵⁶ Neulinger e Shuruk, Grande Camera, 06.07.2010 in <http://www.echr.coe.int>

³⁵⁷ Cfr. Neulinger e Shuruk, Grande Camera, cit., § 49

dei minori del 1989, era già presente nella Dichiarazione sui diritti del fanciullo del 1959, che recita come segue: *«Il bambino deve godere di una tutela speciale, e devono essergli offerte opportunità e servizi, dalla legge e con altri mezzi, per consentirgli di svilupparsi fisicamente, mentalmente, moralmente, socialmente e spiritualmente in un ambiente sano e normale in modalità e in condizioni di libertà e dignità. Nella promulgazione di leggi per questo scopo, l'interesse superiore del minore è la considerazione preminente»*³⁵⁸.

Tuttavia la Corte ricorda che né il gruppo di lavoro durante la stesura delle norme della Convenzione, né il Comitato sui diritti dell'infanzia hanno sviluppato il concetto di superiore interesse del minore o proposto criteri per la sua valutazione, in generale o in relazione a circostanze specifiche. Entrambi si sono limitati ad affermare che tutti i valori e i principi dovrebbero essere applicati a ciascun caso specifico³⁵⁹.

In seguito la Corte passa ad esaminare gli «Orientamenti per determinare il miglior interesse del bambino», rilasciati dal Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati: *«Il termine 'interesse superiore' descrive a grandi linee il benessere di un bambino. Tale benessere è determinato da una serie di circostanze individuali, come l'età, il livello di maturità del bambino, la presenza o assenza dei genitori, il vissuto del bambino e la sua storia personale»*³⁶⁰.

Dopo una serie di citazioni di norme presenti in strumenti internazionalistici in cui è esplicitamente o implicitamente contenuto tale principio, i giudici focalizzano l'attenzione sulla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, divenuta vincolante con il Trattato di Lisbona, la quale all'art 24 afferma: *«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. 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»*.

³⁵⁸ Dichiarazione sui diritti del fanciullo, secondo principio, 20.II.1959

³⁵⁹ Cfr. R. Hodgkin – P. Newell (eds.), *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, United Nations Children's Fund, 1998, 37.

³⁶⁰ Cfr. UNHCR, *Linee-guida sulla determinazione del superiore interesse del minore*, Ginevra, Maggio 2008, in <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48480c342.html>.

La Corte, quindi, rileva che vi è attualmente un ampio consenso - anche in diritto internazionale - a sostegno dell'idea che in tutte le decisioni relative ai fanciulli, il loro interesse debba essere preminente così come il fatto che ad ogni bambino debba essere riconosciuto il diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse³⁶¹.

L'interesse del bambino comprende però un duplice aspetto: il primo consiste nel tentativo di mantenere saldi i legami del bambino con la sua famiglia, salvo nei casi in cui la famiglia si sia rivelata particolarmente inadatta; ne consegue che i legami familiari possano essere interrotti in circostanze del tutto eccezionali e che tutto debba essere fatto al fine di mantenere le relazioni personali e, se e quando opportuno, di ricomporre la trama familiare. Il secondo aspetto riguarda il fatto che lo sviluppo del minore debba avvenire in un ambiente sano: per tale ragione il collegio spiega come un genitore non possa essere autorizzato, ai sensi dell'articolo 8, a prendere misure che possano danneggiare la salute del bambino e il sviluppo.³⁶²

Come si è inoltre avuto già modo di ribadire, il ritorno di un bambino, secondo i giudici, non può essere ordinato in modo automatico o meccanico tutte le volte in cui la Convenzione di L'Aja è applicabile.

L'interesse superiore del bambino, da una prospettiva di sviluppo personale, dipenderà da una serie di elementi particolari, tra cui la Corte sottolinea su tutti l'età e il livello di maturità, la presenza o l'assenza dei genitori, l'ambiente e le esperienze di vita: per questo motivo, tali interessi devono essere valutati caso per caso³⁶³. Tale compito verte innanzitutto in capo alle autorità nazionali che spesso hanno il vantaggio di un contatto diretto con le persone interessate. A tal fine essi godono di un certo margine di apprezzamento, che rimane soggetto, comunque, ad un controllo europeo, con cui la Corte, alla luce della Convenzione, rivede le decisioni che le autorità hanno adottato nell'esercizio di tale potere.

Inoltre, la Corte deve garantire che il processo decisionale che conduce all'adozione delle misure impugnate dal giudice nazionale sia giusto, e deve consentire agli interessati di presentare il loro caso in maniera soddisfacente: per

³⁶¹ Cfr. Neulinger e Shuruk, Grande Camera, cit., § 135

³⁶² *ibidem* § 136

³⁶³ *ibidem* § 138

far ciò la Corte deve verificare che il giudice nazionale abbia condotto un esame approfondito della situazione di famiglia e di tutta una serie di fattori, in particolare quelli di natura affettiva, psicologica, materiale e di carattere medico, e che abbia realizzato una equilibrata e ragionevole valutazione dei rispettivi interessi di ogni persona, con la costante preoccupazione di determinare quella che sarebbe la soluzione migliore per il bambino sottratto, nel contesto di una domanda per il suo ritorno al suo paese d'origine³⁶⁴.

2.4.5 Una procedura attenta alle esigenze dell'uomo.

Nel caso *Neulinger*, pertanto, una serie di relazioni di esperti hanno concluso che potrebbe costituire un reale pericolo per il bambino un suo eventuale ritorno in Israele, così come, in merito all'ipotesi di un ritorno del minore senza la madre, gli stessi affermano che una tale soluzione avrebbe esposto il minore a un rischio di gravi danni psicologici³⁶⁵. In una seria e attenta valutazione dell'interesse superiore del minore, l'analisi delle circostanze relative ad un eventuale ritorno della madre nel paese di partenza riveste un'importanza cruciale nel valutare il grado di tollerabilità di un rimpatrio per il bambino.³⁶⁶

La Corte, inoltre, pur palesando alcuni dubbi, sarebbe disposta ad accettare che nel caso di specie la misura in questione possa rientrare entro il margine di discrezionalità concesso alle autorità nazionali in materia; tuttavia, aggiunge che al fine di valutare se l'articolo 8 sia stato o meno rispettato, sarebbe necessario tener conto degli sviluppi verificatisi dopo che la sentenza della Corte federale ha ordinato il ritorno del minore.

Per le suddette ragioni, la Corte, nel giudicare, deve porsi al momento della esecuzione del provvedimento impugnato: se questo è eseguito dopo un cospicuo

³⁶⁴ Cfr. *Neulinger e Shuruk*, Grande Camera, cit., § 139

³⁶⁵ *ibidem* cit., § 143 in cui si sottolinea che nella prima relazione, consegnata il 16 aprile 2007 dal dottor B., è stato affermato che il ritorno del minore in Israele con sua madre lo avrebbe esposto ad un rischio di danno psicologico la cui intensità non sarebbe potuta essere valutata senza accertare le condizioni di quel ritorno, in particolare le condizioni in attesa della madre e le loro possibili ripercussioni per il bambino; Il secondo rapporto, redatto il 23 febbraio 2009 dal dott. M.A., conclude che il ritorno improvviso di Noam in Israele senza la madre costituirebbe un trauma significativo e ad un grave turbamento psicologico per il bambino.

³⁶⁶ A. Bucher, *Reforme en matière d'enlèvement d'enfants: la loi suisse*, in in G. Venturini-S. Bariatti (eds), *Liber Fausto Pocar - Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Milano, 2009, 197.

tempo dal rapimento del bambino, ciò può compromettere, in particolare, la pertinenza della Convenzione di L'Aja in una situazione del genere, essendo esso essenzialmente uno strumento di natura procedurale e non un trattato sui diritti umani che tutela gli individui su una base obiettiva.³⁶⁷

Questo è un dato piuttosto significativo che denota un cambio di rotta nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo in precedenza spesso tentata dall'errore di porre in essere una vera e propria «*proceduralizzazione*»³⁶⁸ della tutela dei diritti umani.

Un ulteriore argomento utilizzato dalla Corte è quello relativo all'adattamento del minore nell'ultimo luogo di residenza: facendo menzione del caso *Koons c. Italia*³⁶⁹, i giudici affermano che, qualora si dimostri che il minore si sia ben integrato nel suo nuovo ambiente, questo fa anche venir meno l'obbligo per le autorità di ordinare il ritorno dello stesso, derogando in questo modo l'art. 12 co. 2 della Convenzione di L'Aja.

Per quanto riguarda il minore nel caso in questione, la Corte rileva che quest'ultimo è in possesso della nazionalità svizzera e che è arrivato nel Paese nel giugno 2005 all'età di due anni; il suo insediamento è risultato soddisfacente e nel 2006 ha iniziato a frequentare un asilo nido comunale laico nei giorni feriali e una scuola materna paritaria nel giorno ebraico e che attualmente frequenta la scuola in Svizzera e parla francese; anche se il bambino ha un'età in cui possiede ancora una discreta capacità di adattamento, il fatto di essere di nuovo sradicato dal suo ambiente abituale probabilmente presenterebbe gravi conseguenze per lui; il suo ritorno in Israele non può quindi essere considerato vantaggioso: il disturbo significativo che il rimpatrio forzato del secondo ricorrente può provocare nella sua mente deve essere, quindi, bilanciato con tutti i benefici che egli potrebbe trarre da esso. La Corte ricorda, quindi, che diverse restrizioni erano state imposte dai tribunali israeliani, anche prima del rapimento, sul diritto di accesso del padre; plurime erano anche le pendenze giudiziarie in cui il padre di Noam era coinvolto e per ovvi motivi i giudici dubitano che tali circostanze, sempre che vengano accordate, sarebbe favorevoli allo sviluppo del benessere del bambino. Per quanto

³⁶⁷ Cfr. Neulinger e Shuruk, Grande Camera, cit., § 145

³⁶⁸ Così si esprime M. Distefano, *La Grande Camera si pronuncia nel caso Neulinger e...recupera l'interesse superiore del minore*, in Quaderni di diritto e politica ecclesiastica, 3, 2010, 886.

³⁶⁹ *Koons c. Italia* del 30.09.2008.

riguarda i problemi che il ritorno della madre avrebbe comportato, la stessa avrebbe potuto essere esposta a un rischio di sanzioni penali, la cui entità, tuttavia, rimarrebbe da determinare: appare palese che un tale scenario non sarebbe nel migliore interesse del bambino, essendo la prima ricorrente l'unica persona a cui egli potrebbe ragionevolmente fare riferimento in caso di ritorno in Israele.

Tutti questi dati, infine, fanno presumere al collegio giudicante che il rifiuto della madre di tornare in Israele non sia, quindi, del tutto ingiustificato, anche perché supponendo che lei avesse accettato di tornare in Israele, il problema di chi si sarebbe dovuto prendere cura del bambino, in caso di procedimento penale contro di lei e della sua successiva detenzione, sarebbe comunque rimasto irrisolto; a tal fine, la capacità del padre di svolgere un tale compito può essere messa in discussione, in considerazione del suo comportamento passato e delle risorse finanziarie limitate: non ha mai vissuto da solo con il bambino e non ha più visto il minore dalla sua partenza né ha cercato in alcun modo di mettersi in contatto con lui³⁷⁰.

Il Collegio, pertanto, prospettando una violazione dell'art. 8 CEDU in caso di ordine di rientro per il minore, ha finalmente conferito alla propria sentenza uno senso di «effettività»³⁷¹ che dovrebbe costituire sempre il motore centrale di ogni sistema che si prefigge come obiettivo quello di tutelare i diritti dell'uomo: quella effettività che permette di ripristinare concretamente il diritto violato e che era mancata totalmente nella precedente sentenza della III^a sezione.

L'altro dato importante che emerge da questa fattispecie è legato al fatto che proprio per una valutazione effettiva dell'interesse del minore i giudici abbiano tenuto in grande considerazione la situazione del genitore più strettamente legato ad esso, dal momento che, in questo caso, una lesione dell'interesse della madre avrebbe avuto un'immediata ripercussione sull'interesse del figlio: è stato evidenziato, infatti, in dottrina come non sia possibile apprezzare l'*intérêt supérieur de l'enfant* senza tener in conto l'interesse del *parent ravisseur*, dal momento che questi sono «*inextricabilmente liés*»³⁷²

³⁷⁰ Cfr. Neulinger e Shuruk, Grande Camera, cit., § 146-150.

³⁷¹ Cfr. M. Distefano, *La Grande Camera si pronuncia nel caso Neulinger e...recupera l'interesse superiore del minore*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3, 2010, 889.

³⁷² S. Marchesseau, *Le paradoxe de l'arrêt de Grande Chambre Neulinger et Shuruk c. Suisse : un revirement de jurisprudence louable sur la plan humain, contestable sur le plan juridique* in 33, *L'Europe des libertés*, 2010, 23.

2.4.6 Quale destino per la Convenzione dell'Aja?

Nonostante la nuova sentenza *Neulinger* abbia destato un'evidente approvazione da parte della comunità scientifica e ricevuto un riscontro positivo nell'opinione pubblica, alcune critiche sono state mosse in dottrina sulla presunta ambiguità che la succitata decisione porterebbe con sé: la sua lettura lascerebbe, infatti, spazio a molteplici interpretazioni³⁷³.

Motivo di preoccupazione sarebbe l'auspicio contenuto nella succitata decisione in cui i giudici sottolineano l'importanza di verificare, di caso in caso, che il giudice nazionale abbia condotto un esame approfondito della situazione familiare del minore e di considerare un insieme di fattori concreti per determinare quale sia la soluzione migliore per il bambino rapito nella fattispecie. Tutto questo andrebbe a detrimento del sistema convenzionale creando enormi rallentamenti nei procedimenti che invece dovrebbero essere celebrati con grande celerità³⁷⁴.

Desti perplessità, inoltre, il poco chiaro riferimento al margine di apprezzamento in materia³⁷⁵, che lascerebbe la Convenzione di L'Aja aperta ad abusi, dal momento che gli Stati sarebbero liberi di interpretarla a loro piacimento, determinando un impatto negativo sulla Convenzione stessa e di conseguenza sui diritti dei bambini e dei loro genitori³⁷⁶.

A parer di chi scrive, invero, le *concurring opinions* di alcuni giudici poste in calce alla motivazione principale del caso *Neulinger* risultano sufficienti per sedare ogni tipo di preoccupazione destata dalle precedenti critiche.

Il giudice bulgaro Kalaydjieva specifica come il parere della Corte non possa essere in alcun modo inteso come un'ombra sulla validità della Convenzione di L'Aja, ritenuto uno strumento estremamente importante a livello internazionale nella lotta contro la sottrazione di minori; né è stata intenzione dei

³⁷³ Di questo avviso L. Walker, *The Impact of the Hague Abduction Convention on the Rights of the Family In the Case-law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: The Danger of Neulinger*, in 6, *Journal of Private International Law*, 2010, 665.

³⁷⁴ *ibidem.*, 668

³⁷⁵ Cfr. *Neulinger e Shuruk* (Grande Camera), cit., § 145

³⁷⁶ Cfr. L. Walker, *The Impact of the Hague Abduction Convention on the Rights of the Family In the Case-law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: The Danger of Neulinger*, cit., 669

giudici mettere in discussione l'applicazione della Convenzione nella giurisprudenza di questa Corte. Il suo parere è che le circostanze di questo caso siano uniche, in quanto sembra pacifico affermare come risulti chiaramente nel miglior interesse di quel minore il rimanere con la madre a prescindere dal suo Paese di residenza: di conseguenza, il rifiuto di un ritorno da parte della seconda ricorrente in questo caso non sarebbe in alcun modo lesivo della normale applicazione della Convenzione di L'Aja³⁷⁷. Il giudice Cabral Barreto, inoltre, risponde anche ad alcune delle questioni omesse nella motivazione di maggioranza, ribadendo come non sia sua intenzione accettare passivamente che il semplice passaggio del tempo sia sufficiente a rendere lecita una situazione illecita; egli sottolinea la volontà di non voler avallare il comportamento della ricorrente e, in una certa misura, giustificare i rapimenti dei bambini che restano impuniti con il passare del tempo, nonostante un'azione legale avviata contro il rapitore: egli contesta vivamente tutto ciò che potrebbe, in qualche misura, far sì che le disposizioni della Convenzione di L'Aia restino «*dead letter*»³⁷⁸.

Tuttavia, egli conclude che l'inserimento di questi argomenti con le relative precisazioni nella motivazione principale avrebbe conferito certamente maggiore chiarezza alla decisione.

I rischi di abuso dell'eccezione prevista agli ordini di ritorno dall'art 13 co. 2 Convenzione di L'Aja, hanno sollevato il dibattito circa la necessità di adottare un protocollo aggiuntivo alla Convenzione, contenente indicazioni precise sulle misure concrete che gli Stati dovrebbero adottare per valutare la congruità delle eccezioni in caso di rifiuto di esecuzione dell'ordine.

Questo protocollo dovrebbe contenere alcune prescrizioni con effetti vincolanti nello Stato richiedente: lo Stato, così, sarebbe legalmente obbligato a conformarsi a tali ordini per il ritorno del minore garantendo una migliore tutela per il bambino e realizzando così un meccanismo più appropriato a questo genere di evenienze³⁷⁹; al fine di rafforzare questo strumento e per incoraggiare la comunicazione tra tutti gli Stati contraenti, inoltre, il protocollo potrebbe

³⁷⁷ Neulinger e Shuruk (Grande Camera), cit., opinione concorrente del giudice Kalaydjieva

³⁷⁸ Neulinger e Shuruk (Grande Camera), cit., opinione concorrente del giudice Barreto

³⁷⁹ Il commento è di P. Ripley, *A Defence of the Established Approach to the Grave Risk of Harm Defence in the Hague Child Abduction Convention* in 4, *Journal of Private International Law*, 2008, 443.

contenere norme che supportino l'uso di comunicazioni giudiziarie dirette nei casi analizzati dalla Corte³⁸⁰.

Nulla di concreto in questo senso è stato, però, finora attuato: tuttavia, pur mancando un potenziamento procedurale, ciò che è possibile ravvisare nelle ultime pronunce di Strasburgo in materia di sottrazione internazionale di minori è che la Corte sembra comunque fortemente orientata a continuare ad assecondare la propria natura di Tribunale internazionale a vocazione sussidiaria, come ribadito puntualmente dai giudici di Strasburgo nel caso *Raban c. Romania*³⁸¹.

In questa fattispecie, il collegio giudicante ribadisce, infatti, che in linea con il principio di sussidiarietà, è augurabile che i fatti in questione vengano indagati e che le questioni siano risolte per quanto possibile a livello nazionale: è nell'interesse del ricorrente e per l'efficacia del sistema della Convenzione che le autorità nazionali, che sono nella posizione migliore per farlo, intervengano per rimediare eventuali presunte violazioni della Convenzione³⁸².

Viene confermato, sempre in questa sede, che la Corte non può mettere in dubbio la valutazione delle autorità nazionali, a meno che vi sia una chiara evidenza di arbitrarietà: e nessuna di tali chiare prove di arbitrarietà appare evidente nel caso di specie, nel quale, al contrario, il giudice d'Appello, a detto della Corte di Strasburgo, ha esaminato il caso ed ha contestualmente motivato prestando sempre particolare attenzione al principio fondamentale dell'interesse superiore del minore.

La Corte ritiene, quindi, che non sussista alcun motivo imperativo per discostarsi dalle conclusioni del giudice nazionale nel caso in questione e di conseguenza, in situazioni del genere non è possibile ravvisare alcuna violazione dell'articolo 8 della Convenzione³⁸³.

³⁸⁰ Sul punto W. Duncan, *Further Developments in International Family Law with Special Emphasis on Cross-border Protection: A View from the Hague*, in K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger and S. Symeonides (eds), *Convergence and Divergence in International Private Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2010, 232

³⁸¹ Cfr. *Raban c. Romania*, 26.10.2010, § 28

³⁸² *ibidem*, § 29

³⁸³ *Raban c. Romania*, cit., § 38-39

Avendo sempre riguardo per l'operato dei tribunali domestici, la Corte ravvisa, invece, una violazione dell'articolo che tutela il diritto alla vita familiare nella vicenda che ha coinvolto la sig.ra Karoussiotis contro lo Stato portoghese³⁸⁴.

Il caso, inoltre, risulta anche molto interessante dal punto di vista dei rapporti tra diritto convenzionale e diritto comunitario.³⁸⁵

La Corte, infatti, si è pronunciata su un'eccezione presentata dal Governo portoghese secondo il quale i giudici di Strasburgo avrebbe dovuto dichiarare irricevibile il suddetto ricorso in quanto, a suo dire, la ricorrente aveva già avviato un procedimento d'infrazione contro il Portogallo dinanzi alla Commissione europea: quest'azione, secondo il governo portoghese, rendeva irricevibile il ricorso in forza dell'articolo 35, comma 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo³⁸⁶.

La tesi di Lisbona, tuttavia, è del tutto respinta dalla Corte, in primo luogo per il fatto che, pur essendo indiscutibile l'identità dei fatti e delle obiezioni presentate dalla ricorrente prima dinanzi alla Commissione europea e in seguito dinanzi alla Corte, il procedimento d'infrazione ha come unico obiettivo quello di accertare la messa in conformità volontaria degli Stati agli obblighi imposti dall'Unione europea.

Dato quanto precede, la Corte ha constatato che tale procedura non possa essere assimilata né per aspetti procedurali, né in termini di effetti potenziali alla domanda individuale di cui all'articolo 34 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo³⁸⁷.

Nel merito, invece, i giudici hanno ribadito che, dovendo i procedimenti in questo campo essere affrontati tempestivamente, poiché il passare del tempo potrebbe avere conseguenze irrimediabili per il rapporto del bambino con il genitore distante, i quasi cinque anni trascorsi dal rapimento del figlio ad opera del padre sono ritenuti eccessivi; nessun dubbio residuo esiste, invece, sul fatto che la durata del procedimento avesse notevolmente penalizzato sia la sig.ra

³⁸⁴ Karoussiotis c. Portogallo, 01.02.2011, in <http://www.echr.coe.int/>

³⁸⁵ Per un rapporto sintetico e aggiornato sui rapporti tra le due istituzioni vedi D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *European Union Law*, Cambridge, 2010, 259 ss.

³⁸⁶ L'art. 35 co.2 recita quanto segue: *La Corte non accoglie nessun ricorso avanzato sulla base dell'articolo 34, se: è anonimo; oppure è essenzialmente identico ad uno precedentemente esaminato dalla Corte o già sottoposto ad un'altra istanza internazionale d'inchiesta o di regolamentazione e non contiene fatti nuovi.*

³⁸⁷ Cfr. Karoussiotis c. Portogallo, cit., § 64-75

Karoussiotis e suo figlio (il quale aveva meno di quattro anni quando fu trasferito in Portogallo), comportando una sorta di «*aliénation*» crescente tra i due, il tutto a detrimento del superiore interesse del minore.³⁸⁸

La vita familiare della sig.ra Karoussiotis e di suo figlio è stata quindi fortemente lesa dalla totale inefficienza del sistema portoghese.

2.4.7 La Convenzione di L’Aja 1980 e il Regolamento Bruxelles II: un difficile coordinamento.

Appare pertanto sempre più evidente la necessità di ricercare una sinergia a livello europeo per far fronte al fenomeno delle sottrazioni; e proprio in un’ottica di coordinamento tra i diversi strumenti normativi, risulta interessante cogliere le analogie e le differenze esistenti tra la normativa della Convenzione dell’Aja del 1980 e quella del Regolamento Bruxelles II bis³⁸⁹: la prassi giurisprudenziale della Corte EDU e della Corte di Giustizia UE, ha fatto emergere, infatti, alcune sostanziali divergenze nell’applicazione dei principi espressi in questi due strumenti.

Il primo esempio ci è offerto da un recente ricorso presentato alla Corte europea dei diritti dell’uomo: con il caso *Sneersone e Kampanella c. Italia* del 12 luglio 2011, i giudici di Strasburgo intervengono nuovamente su un ricorso relativo alla sottrazione internazionale di un minore, questa volta esplicitando i rapporti che intercorrono tra la normativa della CEDU, la Convenzione di L’Aja e il Reg. Bruxelles II bis.

Nel caso di specie, Strasburgo condanna l’Italia per violazione dell’art. 8 stabilendo che il ritorno di un bambino illecitamente sottratto da un genitore non può avvenire in modo automatico o meccanico e senza tenere in debita

³⁸⁸ *Ibi*, § 91

³⁸⁹ Per un confronto tra questi due strumenti nell’ambito della sottrazione internazionale dei minori v. R. Espinosa Calabuig, *La sottrazione di minori nell’Unione europea: tra Regolamento n. 2201/2003 e Convenzione dell’Aja del 1980*, in S. M. Carbone e I. Queirolo (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008, pp. 283-313; S. Tonolo, *La sottrazione dei minori nel diritto processuale civile europeo: il regolamento Bruxelles II bis e la Convenzione dell’Aja del 1980 a confronto*, in 1, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, pp. 81 - 100.

considerazione la situazione effettiva del minore al momento dell'adozione del provvedimento³⁹⁰.

E, infatti, nel caso di specie, una donna lettone fino a quel momento residente in Italia, in seguito ad una separazione, fece ritorno nel suo Paese di origine, portando con se il figlio, Marko, nato da una relazione con un uomo italiano: quest'ultimo a detta della ricorrente, si rifiutava di contribuire al mantenimento del minore, determinando un inaccettabile stile di vita dello stesso in Italia. Ciononostante, l'uomo ricorse al Tribunale per i minorenni di Roma avanzando una richiesta di affidamento esclusivo del minore: la richiesta venne accolta dai giudici italiani, i quali disponevano contestualmente l'immediato rientro del minore in Italia; tuttavia il provvedimento rimase privo di esecuzione dal momento che il tribunale lettone considerava la soluzione prospettata dai colleghi italiani come contraria all'interesse superiore del minore³⁹¹.

La Repubblica di Lettonia, rifiutandosi di obbedire alla richiesta di rientro del minore, inoltrata dal Ministro della Giustizia italiano, introdusse un'azione contro l'Italia di fronte alla Commissione europea adducendo che i procedimenti delle Autorità italiane non erano conformi al Regolamento di Bruxelles II bis, in quanto nessuno dei ricorrenti era stato udito dal Tribunale per i minorenni di Roma il 21 aprile 2008 e anche perché lo stesso Tribunale aveva totalmente ignorato le sentenze dei Tribunali lettoni; tuttavia, la Commissione ritenne che l'Italia non avesse violato né il Regolamento né i principi generali del diritto comunitario, affermando che se da una parte appare sempre augurabile un'analisi particolareggiata delle tesi dei ricorrenti, dall'altra è altrettanto vero che il Regolamento non impone tale analisi e che, pertanto, la procedura esatta da seguire a tale riguardo è lasciata alla discrezionalità dei Tribunali nazionali. La Commissione sottolinea come pur essendo l'ascolto del minore un principio di capitale importanza, questo non sia assoluto, in quanto dipendente dal livello di sviluppo del bambino, e per tali ragioni, ha ritenuto che né la Lettonia né la Commissione potessero contestare la formulazione particolare del decreto del tribunale italiano³⁹².

Di tutt'altro avviso appare, invece, il giudizio dei giudici di Strasburgo.

³⁹⁰ Šneerson e *Kampanella* c. Italia del 12.07.2011, in <http://www.udoc.echr.coe.int>

³⁹¹ Šneerson e *Kampanella* c. Italia del 12.07.2011, cit., § 18.

³⁹² *Ibidem*, § 39-45

La Corte EDU, dopo aver ribadito che sia nell'applicazione della Convenzione dell'Aja che del Regolamento di Bruxelles, le autorità nazionali sono tenute a *taking in account* le norme della CEDU, ha affermato che, prima di decidere sul ritorno del bambino, le autorità statali devono accertare nello specifico ogni possibilità di rischio per il bambino, non ritendendo sufficienti le semplici rassicurazioni del genitore ai fini della tutela dell'interesse del minore. E una tale procedura è da attuarsi parimenti quando viene applicato l'articolo 2 del regolamento n. 2201/2003, che, diversamente dall'art. 13 della Convenzione di L'Aja, prevede che il rientro del minore possa avvenire anche in caso di grave rischio per lo stesso, a patto che, nello Stato di origine, vengano prese idonee misure di protezione.

Tuttavia, le autorità interne, lungi dal vagliare scrupolosamente la situazione, a parer della Corte, hanno manifestato un'estrema superficialità.

Ed invero, i giudici italiani non hanno fatto riferimento alcuno, nelle loro decisioni, ai rapporti dei due psicologi redatti in Lettonia; non hanno citato i pericoli potenziali per la salute del minore che erano stati individuati in questi rapporti; non hanno fatto richiesta di un ulteriore rapporto di uno psicologo di propria scelta; non hanno né ispezionato né verificato l'effettiva idoneità dell'abitazione indicata dal padre del bambino come futura residenza.

In definitiva per la Corte, l'Italia non ha valutato attentamente i traumi di natura psicologica che il bambino avrebbe potuto subire al rientro in Italia, tenendo conto della sua scarsa conoscenza della lingua italiana e della totale assenza di qualsivoglia legame con il padre; per di più i Tribunali italiani non hanno in alcun modo vagliato una diversa opzione rispetto al ritorno del minore in Italia, funzionale all'instaurazione di un vero rapporto padre - figlio.

Questi i motivi della condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Appare, pertanto, sin da subito chiara la diversa valutazione tra quanto affermato dalla Commissione europea e il giudizio della Corte europea dei diritti dell'uomo: da una parte abbiamo l'invito al rispetto del dettato del Regolamento di Bruxelles, dall'altro il costante richiamo all'attenta valutazione dell'interesse superiore del minore nella specificità del caso concreto.

Sezione II – La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea

2.5 L'apporto della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

È interessante, a questo punto, esaminare una serie di pronunce della Corte di Giustizia UE inerenti al tema della sottrazione internazionale dei minori: come vedremo, i giudici di Lussemburgo, partendo da presupposti di natura completamente diversa rispetto ai colleghi della Corte EDU, sviluppano un concetto di “interesse superiore del minore”, che se in parte ricalca quello già elaborato dalla giurisprudenza di Strasburgo, dall'altra se ne distacca nettamente.

Val la pena ricordare che la Corte di Giustizia non ha come obiettivo diretto ed immediato la tutela dei diritti fondamentali, dal momento che essa si pone come principale compito quello di interpretare il diritto dell'UE perché esso venga applicato in maniera analoga in tutti i paesi dell'UE: tuttavia, sebbene non sia presente nei trattati istitutivi un diretto riferimento alla la protezione dei diritti fondamentali, la Corte di Giustizia ha svolto, nel tempo, un ruolo essenziale nella promozione dei diritti umani, ribadendo a più riprese la loro centralità all'interno dello spazio giuridico dell'Unione³⁹³.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha dato valore vincolante alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, inoltre, ha determinato l'implementarsi del ruolo della Corte di Giustizia come garante e promotore della tutela dei diritti umani nell'ambito di applicazione del diritto europeo, come testimonia l'ampio riferimento e, a volte, adeguamento, della propria giurisprudenza a quella della Corte EDU: l'obiettivo è quello di avvicinare sempre più l'attività e la giurisprudenza delle due Corti europee, e, in questo senso, la probabile adesione

³⁹³ Sul tema della Corte di Giustizia come “corte dei diritti” si segnala il risalente ma sempre valido contributo di Von Bogdandy, *The European Union As A Human Rights Organization? Human Rights And The Core Of The European Union*, in 6, *Common Market Law Review*, 2000, 1307-1338.

dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti umani, giocherà un ruolo decisivo³⁹⁴.

Passando ora alla casistica che ci interessa, in tema di responsabilità genitoriale, è doveroso segnalare l'importante sentenza *Rinau*³⁹⁵ del 2008: il caso rileva innanzitutto in quanto, in questa sede, per la prima volta è stato fatto ricorso al *c.d. procedimento pregiudiziale d'urgenza*³⁹⁶, introdotto proprio al fine di consentire alla Corte di trattare entro un brevissimo termine questioni relative allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, come per esempio le controversie in merito alla responsabilità genitoriale.

La questione *de quo* sottoposta alla Corte di Giustizia UE, riguarda il rientro di una minore, residente in Germania, figlia un cittadino tedesco e una cittadina lituana, sottratta illecitamente dalla madre e condotta in Lituania.

Nello specifico, la Corte suprema della Lituania richiedeva alla Corte di Giustizia di chiarire se, in base alla procedure relative al ritorno del minore previste dal regolamento Bruxelles II bis, avesse o meno la competenza ad esaminare un'istanza di non riconoscimento di una sentenza resa da un tribunale tedesco, presentata dalla sig.ra Rinau (madre della minore): la decisione affidava la custodia della minore al padre e obbligava la donna a ricondurre la bambina in Germania.

La questione principale verte sulla legittimità del provvedimento del giudice dello Stato d'origine (la Germania in questo caso) che ordina il ritorno di un minore, qualora tale giudice non abbia rispettato le procedure previste dal

³⁹⁴ Sul tema dell'adesione dell'UE alla CEDU si segnala tra i molti, il recentissimo lavoro di P. Gragl, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2013.

³⁹⁵ Causa C-195/08 PPU, *Rinau*, 11 luglio 2008, in <http://curia.europa.eu>

³⁹⁶ Il procedimento pregiudiziale d'urgenza è disciplinato dall'articolo 104(b) del Regolamento di procedura della Corte di giustizia europea e dall'articolo 23(a) dello statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea. Dopo che la Corte ha deciso se ammettere o meno il caso con procedimento d'urgenza, tutte le parti interessate, comprese le istituzioni e gli Stati membri, vengono informate di tale decisione. Se il caso rientra nel procedimento d'urgenza: il tempo previsto per le conclusioni scritte da presentare alla Corte è minore, e potrebbero esservi limitazioni sulle conclusioni scritte delle parti e dei soggetti interessati; in casi di estrema urgenza, la fase scritta del procedimento può essere omessa; il caso può essere determinato senza conclusioni da parte dell'avvocato generale. Il procedimento pregiudiziale d'urgenza è uno sviluppo importante per i casi di diritto di famiglia all'interno dell'UE. I casi trattati con procedimento d'urgenza sono stati, finora, completati in tempi nettamente più ristretti rispetto al procedimento ordinario. Al fine di per vedere accolta la propria richiesta in tal senso, l'autorità giurisdizionale nazionale deve essere chiara riguardo ai motivi dell'urgenza. Sul procedimento pregiudiziale d'urgenza presso la Corte di Giustizia vedi, M. P. Broberg - N. Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford, 2010, pp. 390-395.

regolamento comunitario: nello specifico la violazione della procedura riguarderebbe la circostanza che la decisione dell'ordine di ritorno, resa esecutiva, per effetto della soppressione dell'*exequatur*³⁹⁷ dal rilascio del certificato ex art. 42 del regolamento, sarebbe stata emessa dai giudici teutonici, sebbene esistesse già un provvedimento di ritorno del minore del tribunale lituano.

La sig.ra Rinau, infatti, aveva fatto ricorso in Cassazione contro una pronuncia della corte d'appello lituana che ordinava il ritorno della minore in Germania, al fine di ottenere il non riconoscimento della decisione di rientro pronunciata dal Tribunale tedesco: l'esecuzione di tale decisione, pertanto, era stata sospesa e l'esame del ricorso aveva determinato il rinvio ex art. 234 TCE.

Nel richiedere che il caso fosse sottoposto al procedimento d'urgenza, il giudice del rinvio giustificava la propria domanda menzionando il 17° «considerando» del regolamento (ritorno immediato di un minore sottratto) e l'art. 2 n. 3, dello stesso regolamento (termine di 6 settimane per l'emanazione della decisione per il giudice al quale è stata presentata una domanda per il ritorno del minore)³⁹⁸.

La Corte di Giustizia si mostra molto sollecita nella fattispecie: accogliendo la richiesta della procedura d'urgenza, infatti, emette una decisione in meno di sessanta giorni.

I giudici di Lussemburgo sostengono che l'ordine di ritorno emesso dal giudice tedesco non abbia in alcun modo violato il diritto comunitario e precisa che una volta che *“un provvedimento contro il ritorno sia stato emanato e portato a conoscenza del giudice d'origine, è irrilevante, ai fini del rilascio del certificato previsto all'art. 42 del regolamento, che tale provvedimento sia stato sospeso, riformato, annullato o comunque non sia passato in giudicato o sia stato sostituito da un provvedimento di ritorno, quando il ritorno del minore non ha effettivamente avuto luogo... l'opposizione al*

³⁹⁷ Gli art. 41 e 42 del Reg. Bruxelles, infatti, escludono l'operatività del procedimento di *exequatur*: il riconoscimento e l'esecutività delle decisioni relative al diritto di visita e al rientro del minore avvengono senza che sia necessaria alcuna ulteriore dichiarazione di esecutività e senza possibilità di opposizione al riconoscimento: l'art. 40 par.2 del Reg., tuttavia, prevedono che il titolare della responsabilità genitoriale può chiedere che il riconoscimento e l'esecuzione avvengano tramite procedimento ordinario. Sulle novità introdotte dalla soppressione della disciplina dell'*exequatur* con il reg. *Bruxelles I* vedi, X.E. Kramer, *Abolition of exequatur under the Brussels I Regulation: effecting and protecting rights in the European judicial area*, in 4, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2011, p. 633.

³⁹⁸ Causa C-195/08 PPU, *Rinau*, cit., § 44.

riconoscimento del provvedimento di ritorno è vietata ed al giudice adito spetta solo constatare l'esecutività del provvedimento certificato e pronunciare il ritorno immediato del minore³⁹⁹”.

La Corte di Giustizia, pertanto, esclude che il giudice adito possa nel caso di specie sindacare la decisione del giudice dello stato d'origine: esso dovrà, infatti, limitarsi alla constatazione dell'esecutività del provvedimento e procedere alla pronuncia di ritorno immediato del minore: infatti, l'emissione del certificato ex art 42 reg. determina l'inammissibilità dell'istanza di non riconoscimento di una decisione giudiziaria, la quale beneficia dell'immediata esecutività, dato che non può essere proposta alcuna opposizione al suo riconoscimento⁴⁰⁰.

Appare immediatamente chiaro come nella valutazione dell'interesse del minore da cui la Corte trae spunto ai fini della propria valutazione⁴⁰¹, i giudici di Lussemburgo ritengano prioritario il rispetto della normativa del Regolamento e il conseguente ripristino della situazione antecedente alla sottrazione: ogni genere di valutazione da parte del giudice adito non appare pertinente, dal momento che l'obiettivo prioritario del regolamento è quello di impedire le sottrazioni di minori tra gli Stati membri e, in caso di sottrazione, di ottenere che il ritorno del minore sia effettuato immediatamente⁴⁰².

2.6 Alcune ulteriori conferme

Che il caso *Rinau* non fosse un episodio isolato lo dimostrano una serie di pronunce della Corte di Giustizia UE nelle quali i giudici di Lussemburgo precisano ulteriormente la portata di alcune norme presenti all'interno del Reg. *Bruxelles II bis*.

Con la sentenza *Deticek*⁴⁰³ del 2009, la Terza sezione della Corte di Giustizia stabilisce che per ciò che attiene all'affidamento dei figli minori di coppie separate, la prima sentenza emanata in uno degli Paesi membri deve essere riconosciuta e applicata in tutti gli altri Stati dell'Unione europea: pertanto, un tribunale di un altro Paese dell'Unione non ha il potere di modificare le decisioni

³⁹⁹ Cfr. Causa C-195/08 PPU, *Rinau*, cit., § 89

⁴⁰⁰ *ibidem*, § 109

⁴⁰¹ *ibidem*, § 48 e 51.

⁴⁰² *ibidem*, § 52

⁴⁰³ Causa C 403/09 PPU, *Deticek*, 23 Novembrbre 2009, in <http://curia.europa.eu>

relative all'affidamento, neanche in via provvisoria, sebbene il soggetto minore risieda in quel momento nel territorio del proprio Paese.

E, infatti, una diversa soluzione che prevedesse la possibilità di affidare il minore all'altro genitore, avrebbe, a detta dei giudici, un duplice risvolto negativo: da una parte andrebbe a ledere il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni emesse dagli Stati membri, e dall'altra contravverrebbe alla principale finalità del regolamento che consiste nell'ostacolare gli illeciti trasferimenti o mancati rientri di minori da uno Stato membro all'altro⁴⁰⁴.

Il caso in questione vede i coniugi Detiček e Sgueglia adire il Tribunale di Tivoli (Italia) con una domanda di separazione, concernente anche l'affidamento della figlia minore: l'ordinanza del Tribunale concede provvisoriamente l'affidamento di quest'ultima al sig. Sgueglia, padre della bambina, e dispone il provvisorio collocamento della minore in un istituto privato di accoglienza per minori; in seguito a tale pronuncia, però, la sig.ra Detiček si reca in Slovenia, portando con sé la figlia, all'insaputa del padre.

La ricorrente si era rivolta, successivamente, alla Corte d'appello di Maribor (Slovenia), al fine di ottenere la non esecuzione dell'ordinanza emanata da un Tribunale sloveno, in ottemperanza alla pronuncia del Tribunale di Tivoli, e la modifica dell'affidamento ordinato dal tribunale italiano: i giudici di appello accolgono la domanda della sig. Deticek motivando la loro decisione sulla base del combinato disposto dell'art. 20 del regolamento n. 2201/2003⁴⁰⁵ e dell'art. 13 della convenzione dell'Aja del 1980, facendo leva sul mutamento delle circostanze e sull'interesse della minore: quest'ultima si era, infatti, ben integrata nella nuova realtà ed aveva espresso il desiderio di rimanere in Slovenia con la madre; inoltre, un collocamento forzato in un istituto di accoglienza sarebbe stato, a detta dei giudici, altamente lesivo della sua stabilità psico-fisica.

Il sig. Sgueglia propone, pertanto, opposizione avverso tale provvedimento ma i giudici d'appello respingono il suo ricorso con ordinanza provvisoria.

⁴⁰⁴ Cfr. Causa C 403/09 PPU, *Deticek*, cit., § 45-48.

⁴⁰⁵ L'art 20 del reg. Bruxelles II bis riguarda I cc.dd. "Provvedimenti provvisori e cautelari". L'art. 20 n.1 prevede che: "In casi d'urgenza, le disposizioni del presente regolamento non ostano a che le autorità giurisdizionali di uno Stato membro adottino i provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge interna, relativamente alle persone presenti in quello Stato o ai beni in esso situati, anche se, a norma del presente regolamento, è competente a conoscere nel merito l'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro".

Infine, su richiesta dello stesso signor Sgueglia, la Corte d'Appello adisce la Corte europea di giustizia, chiedendo se il giudice sloveno, nell'emettere un provvedimento cautelare ai sensi dell'art. 20 del regolamento, possa modificare o annullare un provvedimento cautelare definitivo ed esecutivo emesso dal giudice di un altro Stato membro, competente, a norma del medesimo regolamento, a conoscere del merito della causa.

La risposta dei giudici di Lussemburgo al riguardo è molto chiara: nella sentenza si legge che in un caso come quello di specie una misura implicante il mutamento della responsabilità genitoriale andrebbe a tradursi, attraverso il consolidamento di una situazione di fatto derivante da una condotta illecita, in un rafforzamento della posizione del genitore responsabile del trasferimento illecito⁴⁰⁶.

Ma il punto centrale della motivazione della Corte si impernia intorno alla valutazione dell'interesse del minore: i giudici, infatti, affermano che uno dei diritti fondamentali del bambino, sancito dall'art. 24, n. 3, della Carta di Nizza, è quello di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, il rispetto del quale va ad identificarsi senza dubbio con un interesse superiore di qualsiasi bambino dal momento che *“un trasferimento illecito del minore, a seguito di una decisione presa unilateralmente da uno dei suoi genitori, priva il bambino della possibilità di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con l'altro genitore”*⁴⁰⁷.

Pertanto, la Corte conclude che l'art. 20 del regolamento n. 2201/2003 non può essere interpretato in modo tale da costituire, per il genitore che ha trasferito illecitamente il minore, uno strumento per prolungare la situazione di fatto creata dal suo comportamento illecito o per legittimare gli effetti di quest'ultimo.

2.7 Il caso *Purrucker*.

Circa un anno dopo la sentenza *Deticek*, la Corte di Lussemburgo torna ad approfondire il rapporto tra i provvedimenti provvisori e la competenza di merito in materia di responsabilità genitoriale nel caso *Purrucker*⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ Cfr. Causa C 403/09 PPU, *Deticek*, cit., § 49.

⁴⁰⁷ Cfr. Causa C 403/09 PPU, *Deticek*, cit., § 54-56

⁴⁰⁸ Causa C-256/09, *Purrucker I*, del 15 luglio 2010, in <http://curia.europa.eu>.

Con una pronuncia del 15 luglio 2010, la Corte chiarisce che l'articolo 21 del regolamento 2201/2003 riguardante il riconoscimento delle decisioni, non è applicabile ai provvedimenti provvisori in materia di diritto di affidamento disciplinati dall'articolo 20⁴⁰⁹.

Il ricorso *de quo* riguarda una coppia di conviventi *more uxorio* dalla cui relazione erano nati due gemelli. In seguito alla crisi del rapporto, il sig. Guillermo Vallés Pérez richiedeva alle autorità competenti spagnole l'affidamento di entrambi i figli: i giudici accoglievano la domanda del ricorrente adottando provvedimenti provvisori.

Contestualmente, la madre dei bambini, sig.ra Bianca Purrucker, si era, a sua volta, rivolta ad un tribunale tedesco con un ricorso nel merito, chiedendo che le fosse riconosciuto l'affidamento esclusivo dei figli Merlín e Samira: tuttavia, i giudici tedeschi ritenevano di dover sospendere il procedimento, dal momento che il tribunale spagnolo si era dichiarato organo giurisdizionale preventivamente adito. Pertanto il sig. Perez riusciva ad ottenere l'*exequatur* della decisione relativa all'affidamento dei propri figli e per tale ragione la sig.ra Purrucker, impugnava la sentenza e si rivolgeva alla Corte di cassazione tedesca (Bundesgerichtshof): quest'ultima decideva di rivolgere una domanda pregiudiziale alla Corte di Giustizia per stabilire se le disposizioni di cui agli artt. 21 e segg. del regolamento concernenti il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni di altri Stati membri siano o meno applicabili anche ai provvedimenti provvisori esecutivi concernenti il diritto di affidamento ai sensi dell'art. 20.

In questa sede, la Corte premette che l'articolo 21 del regolamento riguarda solamente i provvedimenti adottati da giudici che non fondino la loro competenza, in merito alla responsabilità genitoriale, su uno degli articoli compresi nel capitolo II, sezione 2, di tale regolamento», non avendo alcun rilievo la natura dei provvedimenti⁴¹⁰.

Considerando l'enorme importanza rivestita dai provvedimenti provvisori, è importante, a detta dei giudici, che chi ne abbia interesse possa assumere l'iniziativa di presentare un ricorso contro la decisione contenente siffatti provvedimenti per contestarli dinanzi ad un giudice distinto, pur essendo già stato

⁴⁰⁹ cfr. causa C-256/09, *Purrucker*, cit. § 100.

⁴¹⁰ cfr. causa C-256/09, *Purrucker*, cit. § 63 -64.

precedentemente ascoltato dal giudice che gli ha emessi: e ciò è tanto più importante avendo riguardo alle possibili conseguenze sui minori in tenera età e, in modo particolare in questo caso che riguarda due gemelli nati prematuramente e separati l'uno dall'altra poco dopo la nascita⁴¹¹.

Questo spiegherebbe il perché della non applicabilità ai provvedimenti provvisori della disciplina prevista dall'art. 21: del resto, ammettere il riconoscimento e l'esecuzione di tali provvedimenti in ogni altro Stato membro, compreso lo Stato competente nel merito, andrebbe, secondo la Corte, a determinare il pericolo di *forum shopping*, e ad un'elusione di fatto delle regole di competenza disciplinate dal regolamento, ed in particolare sarebbe in contrasto con la finalità di tutelare l'interesse superiore del minore⁴¹².

In questo modo sarebbe garantito che le decisioni che riguardano il minore siano adottate dal giudice geograficamente più vicino alla sua residenza abituale, maggiormente idoneo a valutare quali siano i provvedimenti migliori per il minore.

Tuttavia c'è chi in dottrina ha sollevato alcune perplessità in merito a questa decisione della Corte di Giustizia, sottolineando le criticità che una tale impostazione farebbe emergere: in primo luogo, consentire una disciplina differenziata dei procedimenti provvisori in merito al riconoscimento e all'esecuzione delle sentenze da uno Stato membro all'altro, potrebbe generare una forte incertezza giuridica in un ambito, come quello della responsabilità genitoriale, di sua natura tutt'altro che omogeneo, determinando un falla nel sistema giuridico dell'Unione con conclusioni giudiziarie potenzialmente opposte e probabili disparità di trattamento nei diversi stati europei; la seconda conseguenza sarebbe quella di rendere impossibile l'adozione e la messa in atto di decisioni il più possibile rapide e che evitino inutili ritardi processuali: questo andrebbe a generare, contrariamente a quanto sostenuto dai giudici di Lussemburgo, proprio il fallimento dell'obiettivo fondamentale del regolamento che è quello di servire il superiore interesse del minore⁴¹³.

⁴¹¹ *Ibidem* § 97

⁴¹² *Ibidem* § 91

⁴¹³ cfr. O. Feraci, *Riconoscimento ed esecuzione all'estero dei provvedimenti provvisori in materia familiare: alcune riflessioni sulla sentenza Purrucker*, in *1 Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, pp. 124 ss.

In una successiva decisione del 9 Novembre 2010 e relativa al medesimo caso (c.d. *Purrucker II*⁴⁴) i giudici di Lussemburgo sono chiamati a rispondere ad un'ulteriore una questione pregiudiziale sollevata dalla Corte d'Appello di Stoccarda (*Amtsgericht Stuttgart*) relativa al fatto se l'art. 19, n. 2, del Regolamento 2201/2003⁴⁵, fosse o meno applicabile allorché l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, preventivamente adita da una parte per decidere sulla responsabilità genitoriale, sia adita solo in via cautelare e l'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro, adita successivamente dall'altra parte per lo stesso oggetto, sia adita, invece, per conoscere del merito della causa.

Il Tribunale tedesco, pertanto, chiede se in caso di concomitanza di due procedimenti in Stati diversi, il primo cautelare e il secondo di merito, il giudice adito successivamente debba sospendere il procedimento fino a quando non sia stata accertata la competenza del tribunale adito in precedenza, così come previsto dalla lettera dell'art. 19 n.2.

In questo contesto, la Corte di Giustizia chiarisce che il concetto di "litispendenza", così come il concetto di "medesimo oggetto" e "medesimo titolo" vadano valutati considerando come obiettivo primario quello di evitare il sorgere di decisioni in contrasto tra loro, considerando in concreto le pretese fatte valere nei due diversi procedimenti: alla luce di ciò, secondo i giudici europei, non è configurabile la litispendenza tra un procedimento di merito ed uno volto ad ottenere provvedimenti provvisori. La litispendenza sussisterebbe, pertanto, solamente tra procedimenti pendenti innanzi a tribunali competenti per la pronuncia di un provvedimento di merito⁴⁶.

Sarà, tuttavia, compito del giudice adito per secondo, verificare d'ufficio la natura del primo procedimento, chiedendo informazioni sia alla parte che solleva l'eccezione di litispendenza che al giudice straniero adito per primo: solo quando non sia in alcun modo possibile verificare la natura della competenza esercitata dal primo giudice, il giudice adito per secondo potrà proseguire nell'esame della

⁴⁴ Causa C-296/10, *Purrucker II*, del 9 Novembre 2010, in <http://curia.europa.eu>.

⁴⁵ L'art. 19 relativo alla litispendenza e alla connessione al n. 2 recita: "Qualora dinanzi a autorità giurisdizionali di Stati membri diversi siano state proposte domande sulla responsabilità genitoriale su uno stesso minore, aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo, l'autorità giurisdizionale successivamente adita sospende d'ufficio il procedimento finché non sia stata accertata la competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita".

⁴⁶ Causa C-296/10, *Purrucker II*, cit., § 67-72.

questione rivoltagli. La durata di tale periodo di tempo ragionevole deve essere determinata dal giudice in funzione anzitutto dell'interesse superiore del minore nelle specifiche circostanze della controversia⁴¹⁷.

Sebbene abbia come obiettivo finale la tutela dell'interesse del minore, tuttavia, questo ulteriore onere di indagine imposto al secondo giudice adito (che ha la possibilità di "riesaminare" di fatto la pronuncia del primo giudice) rischierebbe di mettere a repentaglio, secondo parte della dottrina, un principio fondamentale del sistema dell'Unione come quello della reciproca fiducia tra le giurisdizioni⁴¹⁸.

2.8 Il caso *Zarraga*. L'eterna dicotomia tra principio di legalità e rispetto dei diritti fondamentali

Ma la sentenza della Corte di giustizia in cui si evidenzia con maggiore evidenza il contrasto tra il giudicato della Corte di Strasburgo e quella di Lussemburgo, nella valutazione dell'interesse superiore del minore, è senza dubbio quella relativa al caso *Zarraga*⁴¹⁹.

La vicenda vede ancora una volta coinvolta la giurisdizione spagnola e quella tedesca. Il sig. Aguirre Zarraga, cittadino spagnolo, e la sig.ra Pelz, cittadina tedesca, dal cui matrimonio nasce nel 2000 la figlia Andrea, sono residenti in Spagna. In seguito alla crisi coniugale i coniugi si separano e, successivamente, presentano istanza di divorzio dinanzi ai giudici spagnoli, nel quale entrambi richiedono dell'affidamento esclusiva della minore.

Il Tribunale di Bilbao, tuttavia assegnava provvisoriamente al padre il diritto di affidamento e alla madre concedeva il diritto di visita. In seguito a tale decisione, Andrea si trasferiva presso il domicilio paterno.

A detta dell'*Equipo Psicosocial Judicial* (servizio psico-sociale giudiziario) in un parere emesso su richiesta del giudice, il sig. Zarraga sarebbe stato

⁴¹⁷ Ibidem, § 79-86.

⁴¹⁸ Si veda sul punto C. Honorati, *Purrucker I e II ed il regime speciale dei provvedimenti provvisori e cautelari a tutela dei minori*, in 2, *Int'l Lis*, 2011, pp. 77 ss.

⁴¹⁹ Causa C-491/10 PPU, *Zarraga*, 22 Dicembre 2010, in <http://curia.europa.eu>

maggiormente in grado di garantire il mantenimento dell'ambiente familiare, scolastico e sociale della minore⁴²⁰.

Tuttavia, nell'estate 2008, al termine delle vacanze estive trascorse con la madre (nel frattempo trasferitasi in Germania con il nuovo compagno) Andrea non faceva più ritorno da suo padre in Spagna. Segue una lunga ed articolata controversia che vede l'instaurarsi di due procedimenti (uno in Spagna e l'altro in Germania).

Il primo procedimento presso le autorità spagnole si conclude con il divieto per Andrea a sua madre di lasciare il territorio spagnolo e con la sospensione del diritto di visita che era stato accordato a quest'ultima; veniva invece assegnato al padre il diritto di affidamento esclusivo relativo ad Andrea.

La sig.ra Pelz nell'appello proposto dinanzi all'Audiencia Provincial de Bizkaya richiedeva che si procedesse ad un'audizione della minore: tuttavia il giudice d'appello respingeva tale istanza rilevando l'impossibilità di produrre prove in appello se non nei casi espressamente determinati dalla legge.

Il procedimento dinanzi alle autorità tedesche, invece, veniva avviato in base ad un certificato rilasciato il 5 febbraio 2010 in applicazione dell'art. 42 Reg. Bruxelles II dal Tribunale di Bilbao, contenente indicazioni in merito al diritto di affidamento della minore al padre: la sig.ra Pelz si opponeva all'esecuzione forzata di detta decisione certificata, chiedendo il non riconoscimento della stessa.

La decisione dei giudici tedeschi è perentoria: essi ritengono di non dover riconoscere la sentenza dei colleghi spagnoli e di conseguenza di non dover procedere all'esecuzione della stessa, dal momento che il tribunale di Bilbao aveva omesso di ascoltare la minore prima di adottare la propria decisione.

In seguito all'appello proposto dal padre della minore, i giudici tedeschi, se da una parte riconoscono la propria incompetenza nel controllo della decisione adottata nello stato d'origine, ai sensi dell'art. 21 del Reg. Bruxelles II, tuttavia ritengono che, in questo caso vi sia una violazione particolarmente grave di un diritto fondamentale, come il mancato ascolto del minore e la presa in

⁴²⁰ La sig.ra Pelz, infatti, aveva ribadito a più riprese la sua intenzione di stabilirsi in Germania con il nuovo compagno e con sua figlia: per questo il giudice aveva ritenuto che l'assegnazione dell'affidamento alla madre sarebbe stata in assoluto contrasto con il *bonum filii*. Cfr. Causa C-491/10 PPU, *Zarraga*, § 19.

considerazione della sua opinione, così come statuito nell'art. 24, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali⁴²¹.

Pertanto l'*Oberlandesgericht Celle* si chiede se nel caso di una violazione di un diritto fondamentale, il giudice dello Stato membro dell'esecuzione sia comunque privo di qualsiasi potere di controllo e se tale Stato membro possa essere vincolato da un certificato, formalmente emesso ai sensi dell'art. 42 del regolamento n. 2201/2003, ma contenente dichiarazioni non veritiere: nel certificato, infatti, secondo i giudici tedeschi, si sarebbe fatta menzione della audizione della minore, cosa in realtà mai avvenuta.

Stanti tali premesse, pertanto, la Corte d'appello tedesca sospende il giudizio sottoporre alla Corte due seguenti questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione dell'art 42 del regolamento: i giudici chiedono alla Corte di giustizia di chiarire se nel caso in cui si debba dare esecuzione alla decisione di uno Stato membro di origine viziata da gravi violazioni dei diritti fondamentali, il giudice dello Stato membro dell'esecuzione disponga eccezionalmente di propri poteri di esame e se, inoltre, il giudice dello Stato membro dell'esecuzione sia obbligato a dare esecuzione ad un certificato rilasciato dal giudice dello Stato membro d'origine ai sensi dell'art. 42 Reg. anche quando il suo contenuto non risulti veritiero.

La Corte nella sua decisione chiarisce che l' art. 42, n. 2, primo comma del Reg., non autorizza affatto il giudice dello Stato membro dell'esecuzione ad esercitare un controllo sulle condizioni di rilascio del predetto certificato, dal momento che una tale autorizzazione rischierebbe di compromettere l'effetto utile del sistema istituito dal regolamento n. 2201/2003, vale a dire il ritorno del minore nel più breve tempo possibile: per tale ragione in presenza di un certificato ex art. 42, il giudice del rinvio non può far altro che dare esecuzione alla decisione senza potersi in alcun modo opporre al suo riconoscimento e alla sua esecutività⁴²².

⁴²¹ L'articolo 24 della Carta dei diritti fondamentali riguardante di "Diritti del bambino" è così formulato: *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. Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse.*

⁴²² Cfr. Causa C-491/10 PPU, *Zarraga*, cit., § 54-56

In merito alla presunta violazione dell'art 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE che prevede il diritto all'ascolto del minore, i giudici di Lussemburgo osservano che spetta al giudice che deve statuire sul ritorno di un minore valutare, nel caso di specie, l'opportunità o meno di effettuare tale ascolto: sovente, infatti, l'inevitabile livello di conflittualità e di tensione presente le parti in causa, nei casi di affidamento, può determinare una situazione di assoluto disagio per il minore tale da far risultare assolutamente inopportuno la sua audizione dinanzi al giudice: pertanto, pur configurandosi come diritto del minore, l'audizione non può essere considerata come obbligo assoluto, ma deve essere oggetto di una attenta valutazione del giudice, che può arrivare anche ad escluderlo se ciò risulti funzionale alla salvaguardia dell'interesse superiore del minore⁴²³.

Il ritorno immediato del minore, pertanto, risulta prioritario rispetto ad ogni genere di valutazione inerente all'esatta esecuzione della decisione o in merito alla regolarità del certificato, che potrà essere sempre effettuata ma unicamente nello Stato d'origine secondo la procedura interna prevista da questo Stato⁴²⁴.

In conclusione, nel caso *Zarraga*, appare quanto mai evidente la differenza di giudicato tra la Corte di Strasburgo e quella di Lussemburgo: a differenza della Convenzione dell'Aja 1980, il sistema previsto dal Bruxelles II prevede, infatti, un ritorno automatico ed immediato del minore sottratto nello Stato d'origine: l'obiettivo è quello ristabilire lo *status quo ante* la sottrazione, facendo cessare la situazione di illegalità: il presupposto di questa modalità operativa risiede nel fatto che i giudici della Corte di giustizia ritengono che il superiore interesse del minore sia tutelato maggiormente nel foro di sua residenza abituale, evitando qualsiasi eventuale ritardo nel giudizio di ritorno, e delegando ad un momento successivo un'analisi accurata relativa alla sua futura residenza abituale del minore⁴²⁵.

Anche l'Avvocato generale Bot nella sua presa di posizione enfatizza la novità del Regolamento di Bruxelles II bis rispetto alla Convenzione di L'Aja del 1980 affermando che: «Il «valore aggiunto» del regolamento n. 2201/2003 rispetto a tale

⁴²³ Ibidem, § 64

⁴²⁴ Ibidem, § 51

⁴²⁵ Sul punto vedi C. Honorati, Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali, in I, *Rivista di diritto internazionale privato*, 2013, p. 24 ss.

Convenzione [dell'Aja 1980] consiste quindi nel consentire di superare le situazioni di stallo che potrebbero derivare da divergenze di valutazione relative all'interesse superiore del minore nei casi in cui tale valutazione venga effettuata dal giudice di origine e dal giudice richiesto alla luce dei rispettivi diritti fondamentali»⁴²⁶.

Tuttavia, non sono mancate le critiche a questa decisione della Corte di giustizia: contrariamente a quanto sostenuto sia dalla Corte che dall'Avvocato generale, infatti, l'automaticità del ritorno del minore, con la quasi categorica impossibilità per il giudice dello Stato di esecuzione di operare qualsivoglia tipo di controllo sull'operato dei colleghi dello stato di origine e sulla situazione di fatto del minore del caso di specie, sarebbe un grosso passo indietro rispetto al sistema contemplato dalla Convenzione di L'Aja⁴²⁷: come è noto infatti, l'art.13 lettera b) della Convenzione permette allo Stato richiesto di opporsi al ritorno del minore quando sussista un fondato rischio per il minore di essere esposto a un pericolo di tipo fisico o psichico in caso di ritorno⁴²⁸.

Escludere la possibilità di revisione del provvedimento nel caso di circostanze eccezionali, andrebbe certamente a detrimento dell'interesse superiore del minore, privando quest'ultimo di un'effettiva tutela in casi che presupporrebbero, invece, una maggiore valutazione dei possibile rischi e un maggiore bilanciamento degli interessi coinvolti.

È, infatti, lo stesso Regolamento di Bruxelles II, che al 20° considerando pur affermando che «*Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni rese in uno Stato membro dovrebbero fondarsi sul principio della fiducia reciproca*», ammette alcuni «*motivi di non riconoscimento*» pur specificando che gli stessi «*dovrebbero essere limitati al minimo indispensabile*»: tuttavia, l'introduzione del certificato ex art. 42, ha reso di fatto automatico il riconoscimento della sentenza pronunciata nello stato di origine, vanificando ogni possibilità per il giudice dello Stato richiesto di porre eccezioni sia formali che sostanziali⁴²⁹.

⁴²⁶ Presa di posizione dell'Avvocato generale Yves Bot, § 76.

⁴²⁷ Sul punto vedi Walker, P.Beumont, Shifting the balance achieved by the abduction convention: the contrasting approaches of the european court of human rights and the european court of justice, in 2, Journal of Private International Law, 2011, 242 ss.

⁴²⁸ Oltre al menzionato articolo 13 anche l'articolo 20 della Conv. Aja 1980, prevede che "il ritorno del minore...può essere rifiutato nel caso in cui non fosse consentito dai principi fondamentali dello stato richiesto relativi alla protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali".

⁴²⁹ Concetto ampiamente espresso da P. McEleavy, The New Child Abduction Regime In The

2.9 Il caso *Povse*. Strasburgo e Lussemburgo trovano “un’intesa”.

Con una decisione del 18 giugno 2013⁴³⁰, la I^a Sez. della Corte europea dei diritti dell’uomo ha dichiarato irricevibile per manifesta infondatezza il ricorso presentato contestualmente dalla sig.ra Doris Povse e da sua figlia contro l’Austria.

La decisione risulta particolarmente significativa dal momento che la Corte EDU, operando un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale in tema di sottrazione di minori, sembra introdurre alcune novità significative sia, in generale, sul piano dei rapporti con la Corte di Giustizia UE, che, nello specifico, in merito alla valutazione degli interessi dei minori stessi.

Un cittadino italiano e una donna austriaca, conviventi *more uxorio*, in seguito alla nascita della figlia, si separavano. La donna rientrava in Austria e, senza il consenso del partner, portava con sé la minore. Pertanto, il padre della bambina si rivolgeva al Tribunale dei Minori di Venezia per chiedere l’immediato ritorno della stessa, ai sensi dell’art. 11 par. 8 della Conv. Aja 1980, denunciando il caso come sottrazione internazionale di minore. Il predetto Tribunale, ritenendo illegittimo il comportamento della donna, disponeva il ritorno della bimba in Italia. Nel frattempo, su domanda della madre, il Tribunale di Judenburg, cantone di residenza delle ricorrenti, si dichiarava competente a conoscere della domanda di affidamento presentata dalla madre. Il tribunale italiano, respingendo l’eccezione d’incompetenza, insisteva, dunque, per il ritorno immediato della minore in Italia, o accompagnata dalla madre o presso il padre, per ripristinare la relazione tra il padre e la figlia.

Il Tribunale cantonale, tuttavia, attribuiva temporanea custodia alla madre, e respingeva la domanda di esecuzione della decisione di ritorno adottata dal tribunale italiano, dal momento che l’eventuale rientro in Italia avrebbe esposto la minore ad un probabile danno psicologico.

European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership? , in 1, *Journal of Private International Law*, 2005, 33 ss.

⁴³⁰ Povse v. Austria del 18.06.2013.

Il caso giunge fino alla Corte Suprema austriaca, la quale, a sua volta, propone domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE sull'interpretazione del Reg. Bruxelles II bis.

La Corte di Lussemburgo chiarisce alcune regole relative all'esecuzione delle decisioni che prescrivono il ritorno di un minore in caso di *child abduction*, e ribadisce che la competenza spetta al giudice della residenza abituale del minore, prima del trasferimento in un altro Stato membro da parte di uno dei genitori.

I giudici di Lussemburgo chiosano affermando che l'esecuzione di una decisione certificata che abbia disposto il ritorno del minore non può essere negata a causa di una decisione successiva di un giudice dello Stato membro di esecuzione; la stessa esecuzione non può essere negata neanche a causa di un ipotetico sopravvenuto mutamento delle circostanze successivo alla decisione, adducendo il rischio di lesione del superiore interesse del minore⁴³¹.

L'Austria impone, quindi, l'esecuzione degli ordini di ritorno dei colleghi italiani; ciononostante, le ricorrenti non si perdono d'animo e adiscono la Corte EDU, lamentando la violazione dell'articolo 8 CEDU.

Più in particolare la sig.ra Povse afferma che le decisioni dei giudici austriaci avessero interferito con il proprio diritto alla vita familiare, dal momento che un ritorno in Italia della minore avrebbe compromesso il suo benessere e causato una rottura totale del rapporto madre-figlia; la sig.ra Povse, infatti, non avrebbe potuto seguire la figlia in Italia, temendo di poter essere sottoposta ad un processo per sottrazione di minore. La figlia, che aveva ormai sette anni d'età e parlava solamente la lingua tedesca, non intratteneva alcun rapporto con il padre da circa quattro anni; la madre stessa conviveva con un nuovo compagno, dal quale aveva avuto anche un'altra figlia. Per le suddette ragioni, le ricorrenti affermano che la mancata valutazione in concreto da parte dei giudici austriaci dell'impatto che un eventuale trasferimento in Italia avrebbe comportato, costituiva violazione del loro diritto alla vita familiare. Il Governo austriaco dal canto suo, insisteva sul fatto che, ai sensi del Reg. Bruxelles II bis, i giudici non avevano alcuna competenza per esaminare nel merito l'ordine di ritorno, dal momento che la CGUE aveva statuito la mancanza di qualsivoglia margine d'apprezzamento per i giudici dello Stato di esecuzione.

⁴³¹ cfr. Causa C-211/10 PPU – Povse, cit. § 87

Il governo italiano, terzo interveniente, precisa che non era stato spiccato nei riguardi della ricorrente alcun mandato d'arresto e che inoltre la stessa avrebbe potuto proporre ricorso in Cassazione contro l'ordine di ritorno. La Corte di Strasburgo, senza entrare nel merito, si limita a dire che pur essendo evidente che le decisioni dei giudici austriaci avessero violato il suo *right to family life*, queste perseguissero uno scopo assolutamente legittimo, e cioè il ricongiungimento della figlia con il padre; la stessa ingerenza era inoltre necessaria dal momento che lo Stato ha dovuto adempiere gli obblighi giuridici derivanti dall'adesione dello stesso all'Unione europea, operando pienamente in questo caso la c.d. *presunzione di protezione equivalente*⁴³², secondo cui la protezione dei diritti fondamentali accordata dall'Unione Europea è tendenzialmente assimilabile a quella garantita dalla Convenzione.

La Corte EDU, inoltre, opera una sorta di *distinguishing*⁴³³ rispetto a un precedente caso del 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*⁴³⁴, in cui fu accertata, invece, la responsabilità statale, dal momento che, in quel contesto, l'operato dello Stato non rientrava strettamente nell'esecuzione dei propri obblighi internazionali, ma nell'esercizio del proprio potere discrezionale.

I giudici di Strasburgo sottolineano anche le diversità della fattispecie rispetto al caso *Michaud c. Francia*⁴³⁵, nel quale la presunzione di tutela equivalente non poteva operare, poiché i tribunali interni, omettendo di presentare domanda pregiudiziale alla CGUE, non avevano dato alla stessa la possibilità di pronunciarsi nel merito.

Per tali ragioni, la Corte afferma che i giudici austriaci, non avendo nella fattispecie alcun tipo di potere discrezionale, con l'ordine dell'esecuzione del ritorno, avevano semplicemente adempiuto «*the strict obligations flowing from its membership of the European Union*»⁴³⁶.

⁴³² Enuclata nel celebre caso *Bosphorus c. Irlanda* del 2005. Per un approfondimento sul caso Bosphorus e sulla dottrina della Protezione equivalente v. C. Costello, *The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*, in *Human Rights Law Review*, I, 2006, pp. 87-130.

⁴³³ In merito all'utilizzo della tecnica del *distinguishing* vedi F. Moretti, *Il precedente giudiziario nel sistema inglese*, in F. Galgano, *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 2006, 12 ss..

⁴³⁴ *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, 21 gennaio 2011, ric. 30696/09 in <http://www.hudoc.echr.coe.int>

⁴³⁵ *Patrick Michaud c. Francia*, 6 Dicembre 2012, ric. 12323/11 in <http://www.hudoc.echr.coe.int>

⁴³⁶ *Povse v. Austria*, cit., § 82.

Dura lex sed lex. E, infatti, l'iter logico-giuridico posto a base della decisione della Corte, sembrerebbe davvero ineccepibile. E forse lo è, almeno formalmente. In questo senso la pronuncia di Strasburgo ha sicuramente un effetto generale deterrente di condanna rispetto al fenomeno della sottrazione dei minori.

Così come è parimenti lodevole lo sforzo di non contraddire una pronuncia emessa dalla CGUE, come tentativo di esprimere una certa omogeneità di tutela dei diritti in Europa, soprattutto in un frangente storico così decisivo verso la tanto conclamata adesione dell'UE alla CEDU, ai fini della quale, tra l'altro, il dialogo tra le due Corti europee svolge sempre più un ruolo primario.

Tuttavia, il caso *Povse* mostra quanto possa essere pericoloso per la Corte europea dei diritti umani snaturare una delle sue caratteristiche prioritarie: il riguardo alla peculiarità del caso concreto. Optando per l'irricevibilità, la Corte evita l'esame nel merito che, senza dubbio, avrebbe portato a conclusioni diametralmente opposte a quelle a cui erano pervenuti i giudici di Lussemburgo.

Tuttavia, sebbene l'integrazione europea sia la preziosa meta a cui tendere, lo *status* di attore privilegiato concesso dalla Corte all'UE nella valutazione della tutela dei diritti tramite la *presunzione di protezione equivalente*, non può, a parer di chi scrive, esimere la Corte da un approccio giurisprudenziale *case to case*, soprattutto nelle fattispecie che vedono coinvolti soggetti minori di età.

E questo per almeno due ordini di ragioni. Il primo risiede nel fatto che, sebbene i 28 Stati dell'Unione abbiano un sostrato comune più omogeneo rispetto a quello dei 47 paesi aderenti al Consiglio d'Europa, questo non significa che la tutela dei diritti fondamentali abbia già raggiunto un livello identico in tutti i Paesi (si pensi agli Stati dell'ex blocco sovietico, o a quelli di più recente adesione).

Il secondo motivo è che, anche quando due Stati abbiano senza dubbio raggiunto uno *standard* di tutela analogo (come nel caso *de quo*), il comportamento in concreto delle parti coinvolte (sia persone fisiche che autorità giudiziarie) può determinare un'alterazione di siffatta tutela e il conseguente misconoscimento di quello che è un principio cardine sia a livello convenzionale che comunitario come il *best interest of the child*.

Come già ribadito, siffatto parametro valutativo, infatti, impone un'attenta disamina delle circostanze concrete del caso, in il "fattore tempo" gioca un ruolo

primario. Nel caso in esame, oltre all'irresponsabilità dei genitori⁴³⁷, ha influito negativamente anche una lunga *querelle* tra i tribunali in merito alla competenza: per tale ragione il *best interest* del minore quando il caso è stato presentato dinanzi ai giudici di Strasburgo non era più il *best interest* del minore appena trasferito.

È evidente, allora, quanto il sottrarsi della Corte al proprio ruolo di giudice del caso concreto, possa risultare davvero miope.

2.10 Conclusioni

In conclusione, se appare senz'altro prematuro definire come «*choc frontal*»⁴³⁸ la divergenza esistente tra la Corte di Strasburgo e l'Unione europea, in materia di sottrazione internazionale di minori, emersa ancor più chiaramente sia nell'*affaire Sneersone e Kampanella* che nella sentenza *Zarraga*, sicuramente questi casi contribuiscono ad alimentare il dibattito sulla necessità di coordinamento tra le diverse voci europee sovranazionali ed internazionali. Infatti, pur avendo competenze e strumenti decisionali molto differenti, l'Unione Europea (sia nelle componenti politiche che giurisdizionali) e la Corte europea dei diritti dell'uomo, molto spesso si trovano a *battere* terreni comuni: il caso della sottrazione dei minori è solo un esempio di come il riparto delle competenze nel campo della tutela dei diritti assuma, ormai, connotati sempre più sfumati.

Pertanto, appare più che mai urgente che in Europa la tanto conclamata tutela multilivello dei diritti⁴³⁹ inizi a funzionare come una vera polifonia armonica, più che come un insieme di sezioni solistiche, per evitare di infondere nei cittadini europei un profondo sentimento *d'insécurité juridique pour ne pas dire d'injustice*⁴⁴⁰, in merito a questioni che costituiscono un vero e proprio test della tenuta e dell'attendibilità del sistema giuridico europeo di tutela dei diritti.

⁴³⁷ *Povse v. Austria*, cit., § 84, in cui i giudici della Corte EDU si esprimono così: «*the continuation of the path chosen by both parents, namely the use of the child in the conflict between them, would lead to the child's traumatisation...the best interests of the child required the parents to reach a workable compromise*»

⁴³⁸ S. Marchesseau, *Enlèvement international d'enfant : Bruxelles s'invite au débat. Note sur l'affaire Šneersone et Kampanella c. Italie*, in 36 *L'Europe des libertés*, 2011, 24

⁴³⁹ Per una panoramica generale sul concetto di "Tuela multilivello" dei diritti fondamentali in Europa vedi M. Cartabia, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. Bassanini-G. Tiberi (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, 2010, 89 ss.

⁴⁴⁰ S. Marchesseau, *Enlèvement international d'enfant : Bruxelles s'invite au débat. Note sur l'affaire Šneersone et Kampanella c. Italie*, in 36 *L'Europe des libertés*, cit., 24

Ma se da una parte il mutuo riconoscimento delle sentenze e la reciproca fiducia tra le giurisdizioni costituiscono sicuramente sforzi lodevoli nell'ottica della realizzazione di un sempre più omogeneo spazio giuridico europeo, dall'altra la stessa unità giurisdizionale e politica non può essere considerata come il fine da raggiungere ma piuttosto come uno strumento funzionale alla realizzazione di determinati obiettivi, tra cui proprio la tutela dei diritti dell'uomo nel territorio europeo, come ricordato nell'art. 2 TUE.

E pur vero, che in tutti questi delicatissimi casi che vedono coinvolti bambini che subiscono il trauma del rapimento e che risultano essere oggetto di disputa dei propri genitori, non c'è dubbio che anche i giudici, a tutti i livelli, svolgano un compito davvero arduo: essi necessitano di una vera e propria «*saggezza di Salomone*», per sopperire molto spesso alla poca avvedutezza e all'egoismo dei genitori. Infatti, come ricorda provocatoriamente Paul Beaumont: «*un genitore realmente amorevole sarà disposto anche a rinunciare al proprio diritto di educare un figlio piuttosto che vedere soffrire gravemente il proprio bambino*»⁴⁴¹

Ciononostante è indubbio che sia necessario compiere tutti gli sforzi possibili per rafforzare maggiormente il sistema di cooperazione tra giurisdizioni, dato che sulla tutela dei soggetti più vulnerabili si gioca gran parte della credibilità dell'Europa dei diritti: l'augurio è che non debbano essere proprio i minori, le prime vittime immolate sull'altare di questo, sicuramente auspicabile, connubio europeo.

⁴⁴¹ P. Beaumont, *The art.8 jurisprudence of the European Court of Human Rights on The Hague Convention on International Child Abduction in relation to delays in enforcing the return of a child*, in G. Venturini-S. Bariatti (eds), *Liber Fausto Pocar - Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, cit., 93. Il riferimento del giurista francese allude alla figura del Salomone biblico che si fece nobile giudice in una disputa che vedeva coinvolte due donne in merito ad una rivendicazione di maternità su un bambino. Esse avevano partorito l'una a pochi giorni dall'altra, e dormivano nello stesso letto. Accadde che, una notte, uno dei due bimbi morì, e la madre scambiò il suo figlio morto con quello vivo dell'altra. Poiché entrambe reclamavano come proprio il figlio vivo, Salomone si fece portare una spada e fece credere che avrebbe tagliato in due il bambino per darne una metà a ciascuna. Ciò permise a Salomone di capire quale fosse la vera madre, perché questa per amore del figlio implorò che lo stesso fosse consegnato vivo all'avversaria, cfr. Antico Testamento, Primo Libro dei Re 3,16-28.

CAPITOLO III

IL “BEST INTEREST OF THE CHILD”
(“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”)

NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE
INTERAMERICANA DEI DIRITTI UMANI



Introduzione

Così come la Corte europea, la Corte interamericana dei diritti umani è un tribunale internazionale, a carattere regionale, istituito con la Convenzione americana, a sua volta adottata dalla conferenza interamericana dei diritti umani a San José de Costa Rica il 22 novembre 1969⁴⁴²: la stessa Corte ha iniziato le sue funzioni nel 1979⁴⁴³, un anno dopo l'entrata in vigore della Convenzione americana.

La Corte è composta da 7 giudici nazionali provenienti dagli Stati membri dell'Organizzazione degli Stati Americani (d'ora in avanti OSA⁴⁴⁴), eletti a titolo personale e, su proposta degli Stati parte alla Convenzione americana, dall'Assemblea generale dell'OSA; costoro provengono da Paesi diversi, vengono eletti tra coloro che posseggono la qualifica richiesta in base alla legge degli Stati proponenti, e sono scelti tra giuristi di grande autorità morale e con riconosciute competenze nel campo dei diritti umani. Il loro mandato dura sei anni e la rielezione è possibile soltanto una volta; alla scadenza del termine, essi possono tuttavia continuare ad occuparsi dei casi ancora pendenti per i quali non sono sostituibili dai nuovi eletti⁴⁴⁵.

La Corte interamericana svolge prevalentemente due funzioni, una contenziosa e una consultiva, con la facoltà di adottare misure provvisorie: tramite la funzione contenziosa la Corte stabilisce l'eventuale responsabilità

⁴⁴² Per un approfondimento generale sul funzionamento del sistema interamericano dei diritti dell'uomo si rinvia a H. F. Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, San José, 1996. Più in particolare rispetto alla struttura, alle funzioni e alle caratteristiche generali della Corte interamericana come meccanismo giurisdizionale di protezione dei diritti umani si veda, tra gli altri, J.C. Remotti Carbonel, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Barcellona, 2003

⁴⁴³ Tuttavia solo dopo circa dieci anni la Corte interamericana emetterà la prima sentenza in sede di contenzioso tra uno Stato e la Commissione interamericana. Prima di questa decisione della Corte sono reperibili solamente pareri consultivi. La funzione consultiva infatti, insieme a quella giurisdizionale di risoluzione di controversie è una prerogativa propria e un punto di forza della Corte stando a quanto statuito all'art. 64 della Convenzione, in base al quale: "1. Gli Stati membri dell'Organizzazione possono consultare la Corte circa l'interpretazione della presente Convenzione o di altri trattati concernenti la protezione dei diritti umani negli Stati americani. Nell'ambito delle loro rispettive competenze, anche gli organi di cui al Capitolo X della Carta dell'Organizzazione degli Stati Americani, come emendata dal Protocollo di Buenos Aires, possono allo stesso modo consultare la Corte".

⁴⁴⁴ Per un rapporto esaustivo ed aggiornato in merito all'Organizzazione degli Stati americani, v. M. Herz, *The Organization of American States (OAS): Global Governance Away From the Media*, Londra, 2011

⁴⁴⁵ Art. 52/60 Convenzione americana sui diritti umani 1969.

internazionale di uno Stato per aver violato alcuni dei diritti sanciti nella Convenzione: tuttavia, solamente gli Stati parte alla Convenzione⁴⁴⁶ e la Commissione interamericana possono presentare un caso dinanzi alla Corte⁴⁴⁷.

Le sentenze della Corte, inoltre, sono definitive e inappellabili: le parti possono comunque, entro 90 giorni dalla notifica della sentenza, richiedere alla Corte un documento interpretativo della decisione.

Tramite la funzione consultiva⁴⁴⁸, invece, la Corte esprime pareri su eventuali questioni sollevate dagli Stati membri dell'OSA o dagli altri organi della stessa organizzazione⁴⁴⁹.

Infine, su richiesta della Commissione interamericana, la Corte ha la facoltà di adottare misure provvisorie in casi di estrema gravità e urgenza al fine di limitare o prevenire gravi conseguenze a persone o cose.

Effettuate queste brevi ma essenziali premesse circa il funzionamento della Corte interamericana, appaiono già evidenti le similitudini tra la Corte di San José e quella di Strasburgo: tuttavia la realtà giuridica e sociale in cui si trova ad operare la Corte interamericana dei diritti dell'uomo è nettamente differente da quella europea.

Come è noto, specialmente in Sud America, il diffuso ed estremo degrado sociale e culturale ha favorito l'instaurazione di regimi totalitari - molti dei quali permangono tuttora - i quali sono stati protagonisti, nel corso degli anni, dei crimini più efferati, con la copertura o spesso la connivenza delle autorità giurisdizionali.

⁴⁴⁶ Al momento gli Stati che hanno ratificato la convenzione sono 25: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasile, Cile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Giamaica, Messico, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Repubblica Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay e Venezuela.

⁴⁴⁷ Per un focus riassuntivo ma esaustivo circa la funzione contenziosa della Corte interamericana v. M. E. Ventura Robles, *Funcion Contenciosa De La Corte Interamericana De Derechos Humanos* in, 7, *Revista de Derecho*, Dicembre 1996, pp. 103-112

⁴⁴⁸ Per approfondire i contenuti della funzione consultiva della Corte si rinvia al lavoro di P. Nikken, *La Función Consultiva De La Corte Interamericana De Derechos Humanos*, San José, 1999

⁴⁴⁹ Sono organi dell'Assemblea generale, oltre alla stessa Corte, le riunioni dei Ministri degli esteri, il Consiglio permanente, il Consiglio economico e sociale, il Consiglio per l'educazione, la scienza e la cultura, il Comitato giuridico, la Commissione per i diritti umani, il Segretariato generale, le agenzie specializzate.

È lapalissiano che in un tale quadro socio-politico, inevitabilmente la Corte di San Josè ha dovuto far fronte alla violazioni di alcune categorie di diritti completamente differenti da quelli posti all'attenzione della Corte di Strasburgo.

Nella realtà interamericana, infatti, la lesione del diritto alla vita o alla integrità fisica è stata spesso determinata direttamente dall'azione dello Stato, per il tramite delle sue forze pubbliche: la modalità con cui i regimi hanno reagito a qualsiasi forma di dissenso si concretizzava molto spesso in omicidi e sparizioni forzate di determinati cittadini o di intere categorie di persone; a corredo di tali atrocità, si assisteva con frequenza allo svolgimento di processi sommari, senza alcuna reale possibilità per le vittime di esercitare alcun diritto di difesa. Per tali ragioni è evidente che la natura della Corte interamericana, in gran parte simile a quella della Corte europea, risenta di tutte quelle specificità relative al contesto appena descritto⁴⁵⁰.

Tale premessa è totalmente ascrivibile per ciò che attiene alla tutela dei diritti dei minori e, infatti, questi ultimi, lungi dal risultare esenti delle terribili azioni dei regimi dittatoriali, sovente sono stati proprio gli involontari protagonisti di queste atroci vicende. Si pensi innanzitutto all'angoscioso fenomeno dei minori "desaparecidos", arrestati per motivi politici, o anche semplicemente accusati di aver compiuto attività "anti governative" dalla polizia dei regimi military degli Stati dell'America latina, e dei quali si sono perse in seguito le tracce; o si pensi, ancora, alla situazione dei cosiddetti "niños de la calle", i bambini che vivono per le strade delle città, privi di qualsivoglia assistenza familiare o tutela da parte dello Stato, malnutriti e dediti ad attività delinquenziali di ogni genere⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ Sul punto vedi T. Buergenthal, *The american and european conventions on human rights*, in 30, *American University Law Review*, 1891, 156; S. Davidson, *The interamerican court of human rights*, Aldershot, 1992, 4

⁴⁵¹ Per un interessante focus sulla situazione dei c.d bambini di strada v. il Rapporto Unicef 2006 - La condizione dell'infanzia nel mondo 2006. Esclusi e invisibili, su http://www.unicef.it/Allegati/Condizione_infanzia_nel_mondo_2006.pdf

3.1 La giurisprudenza di San Josè e l'Opinión consultiva 17/2002.

Prima di passare all'analisi della casistica giurisprudenziale, però, è necessario rilevare una differenza fondamentale esistente tra la Convenzione europea e quella interamericana dei diritti umani: la Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo del 1969 (d'ora in avanti Patto di San Josè), a differenza della Convenzione europea, che esamina i diritti dei minori nell'alveo dell'art. 8 CEDU (diritto alla privacy e alla vita familiare), contempla esplicitamente i diritti del bambino: all'art. 19 del predetto strumento normativo, infatti, possiamo leggere che «*Ogni bambino ha diritto alle misure di protezione rese necessarie dalla sua condizione di minore*».

Da questo punto di vista il Patto di San Josè mostra di sicuro un accento di novità rispetto alla Convenzione di Roma: la motivazione potrebbe risiedere anche nel fatto che negli anni che separano l'emanazione dei due strumenti normativi, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite approva la Dichiarazione dei diritti del fanciullo il 20 novembre 1959: questo documento, sebbene non vincolante dal punto di vista strettamente giuridico per i singoli stati, costituì per gli stessi un grande impegno da un punto di vista morale e politico⁴⁵².

Ciononostante, la prima occasione in cui la Corte Interamericana si pronuncia in maniera organica rispetto ai diritti dei minori avviene solo nel 2002, tramite l'Opinione Consultiva n. 17⁴⁵³: la Commissione interamericana, infatti, presentava in data 30 Marzo 2001 una richiesta di parere alla Corte, in merito alla inefficienza della pratica penale, civile ed amministrativa di diversi Paesi membri, nel perseguimento dei diritti contemplati negli art. 8 e 25 del Patto di San Josè. La pratica processuale mostrava come il diritto a un equo processo da una parte, e il diritto all'integrità personale dall'altra venissero spesso misconosciuti dagli Stati. La Commissione Interamericana, pertanto, avanzò una richiesta interpretativa alla

⁴⁵² Il testo in inglese della dichiarazione ONU del 1959 è reperibile su G. Van Bueren, *The international law on the rights of the child*, The Hague, 1998, pp. 24. Per un breve commento alla Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959 v. su tutti A. Pisanò, *Il diritto come fenomeno cosmopolita*, Milano, 2011, 199 ss.

⁴⁵³ Corte interamericana dei diritti umani - Opinione Consultiva Oc-17/2002 del 28 De Agosto 2002 – sollecitata dalla Commissione interamericana dei diritti umani - *Condizione giuridica e diritti umani del minore*.

Corte in merito all'art. 8 (diritto all'equo processo) e all'art. 25 (diritto alla protezione giudiziaria) della Convenzione americana, al fine di stabilire se, e in che misura, «*le misure speciali*» previste per minori all'art. 19 della Convenzione stessa potessero considerarsi «*limiti all'arbitrio o alla discrezionalità degli Stati*» e, più in generale, la Commissione chiese alla Corte di pronunciarsi circa la compatibilità con i predetti articoli di determinate discutibili pratiche poste in essere da alcuni Stati membri in relazione ai minori⁴⁵⁴.

La Corte interamericana, dopo aver chiarito che quando si fa menzione dell'espressione «*bambino*» si fa riferimento «*ad ogni persona che non abbia ancora compiuto 18 anni d'età*»⁴⁵⁵, sottolinea l'importanza del principio di uguaglianza rispetto a minori: i giudici di San Josè sottolineano, infatti, che, oltre ad avere gli stessi diritti degli altri esseri umani, i bambini hanno anche alcuni speciali diritti che derivano dalla loro condizione e che a tali diritti corrispondono specifici doveri in capo alla famiglia, alla società e allo Stato⁴⁵⁶.

Al fine di una corretta applicazione di tale principio è essenziale porre lo stesso in costante e stretta correlazione con il principio dell'interesse superiore del minore, sancito dall'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia: il paragrafo VII dell'Opinione consultiva, dedicato proprio all'«*Interés superior del niño*» specifica, poi, come questo sia il vero principio regolatore nell'interpretazione dei diritti dei minori, basato sulla dignità stessa dell'essere

⁴⁵⁴ All'art. 4 Oc-17/2002, la Commissione fa riferimento a cinque distinte pratiche e più precisamente: la separazione dei minori dalla famiglia, quando queste non offrono le garanzie per una cura adeguata e per il mantenimento dei minori, operata dal giudice senza un equo processo; la privazione della libertà in seguito alla reclusione in istituti di sorveglianza o di custodia, quando i minori vengono considerati abbandonati o in situazioni di rischio o illegalità, motivazioni che non integrano fattispecie penali ma condizioni personali o contingenti del minore; le confessioni di minori, in sede penale, ottenute senza alcun rispetto delle garanzie processuali; i giudizi o procedimenti amministrativi che coinvolgono i diritti fondamentali del minore, senza garantire allo stesso il proprio diritto di difesa; le decisioni in procedimenti amministrativi e giudiziari che riguardano diritti e libertà, in cui non viene garantito il diritto del minore ad essere ascoltato personalmente e in cui non vengono tenute in conto l'opinione e le preferenze del minore.

⁴⁵⁵ Opinione Consultiva OC-17/2002, cit. par. 42, in cui la corte fa riferimento sia all'art. 1 della Convenzione ONU sui diritti dei minori del 1989 che recita che «*Bambino è qualunque essere umano minore di 18 anni a meno che, in virtù della legge applicabile al caso, abbia raggiunto in precedenza la maggiore età*», che alle Regole di Pechino (2.2.a) dove si legge che «*Minore è ogni bambino o giovane che, tenendo conto del rispettivo sistema giuridico di riferimento, possa essere punito in maniera differente rispetto ad un adulto per aver commesso un reato*»

⁴⁵⁶ Cfr. Opinione Consultiva OC-17/2002, cit. par. 54

umano, sulle caratteristiche specifiche dei minori, e sulla necessità di favorirne lo sviluppo, consentendo loro di fare pieno uso del proprio potenziale.

Pertanto, le azioni degli Stati e della società riguardanti la protezione dei minori e la promozione e il perseguimento dei loro diritti dovrebbero basarsi su questo principio⁴⁵⁷.

Si spiega così il riferimento contenuto nell'art. 19 della Convenzione americana alle «*misure speciali di protezione*», che siano rispettose del principio di uguaglianza: a tale fine sarà necessario valutare non solo la necessità di misure speciali, ma anche le specifiche peculiarità della situazione nella quale versa il bambino nel caso concreto⁴⁵⁸.

Altro punto centrale dell'Opinione consultiva è il riconoscimento del ruolo essenziale svolto dalla famiglia considerata «*contesto primario per lo sviluppo del minore e per l'esercizio dei suoi diritti*»⁴⁵⁹: da ciò discende l'obbligo per lo Stato «*di supportare e potenziare l'aiuto alla famiglia attraverso le varie misure necessarie affinché questa possa adempiere al meglio il proprio naturale ruolo in questo campo*»⁴⁶⁰.

Appare chiaro come l'indicazione della Corte non si limiti ad imporre agli Stati di astenersi dal compiere azioni lesive dei diritti e degli interessi dei minori, ma si spinge fino ad imporre veri e propri *positive steps* al fine di assicurare la protezione degli stessi⁴⁶¹.

Ciononostante, c'è chi in dottrina ha rimarcato l'esistenza di una netta discrepanza tra quanto prescritto dalla Corte nella sua Opinione Consultiva e le successive normative e la prassi adottate dalla maggior parte dei Paesi del Sudamerica, i quali continuano a prediligere l'investimento di risorse nella "pubblica sicurezza", piuttosto che prediligere le politiche di sostegno alle famiglie⁴⁶².

In merito, poi, ai criteri da adottare rispetto ad un eventuale separazione del minore dalla famiglia, la Corte è altrettanto categorica: la separazione deve sempre costituire un'*extrema ratio*, dal momento che il minore deve rimanere nel

⁴⁵⁷ *ibidem*, par. 55-59

⁴⁵⁸ *ibidem*, par. 61

⁴⁵⁹ *ibidem*, punto conclusivo n. 4

⁴⁶⁰ *ibi*

⁴⁶¹ *ibidem*, punto conclusivo n. 8

⁴⁶² sul punto cfr. K. Quintana Osuna - G. Citroni, *I minori d'età di fronte alla Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo*, in 2, *Pace e Diritti Umani*, 2005 p 66.

proprio contesto familiare, a meno che non ricorrano determinate ragioni che possano suggerire, sulla base del suo superiore interesse, una decisione differente: la mancanza di risorse economiche non può essere, infatti, l'unica motivazione posta alla base di una decisione giudiziaria o amministrativa che determini la separazione del bambino dalla sua famiglia⁴⁶³.

Anche per ciò che attiene alla partecipazione di minori al procedimento e al loro diritto ad essere ascoltati in giudizio, l'opinione della Corte appare pragmatica e realista: i giudici di San Josè muovono dalla considerazione della differenza del grado di sviluppo psico-fisico esistente tra i bambini e gli adolescenti, ed arrivano ad affermare che il grado di partecipazione del minore in un procedimento deve essere, in base a ciò, ragionevolmente proporzionato, in modo tale da permettere una *«effettiva protezione del suo superiore interesse, che costituisce l'obiettivo ultimo del diritto internazionale dei diritti umani in questo campo»*⁴⁶⁴.

Più nello specifico, la Corte afferma che durante i procedimenti amministrativi, in caso di necessaria separazione, questa deve avvenire per il minor tempo possibile, e il personale impiegato deve avere le necessarie competenze professionali e inclinazioni personali per identificare le misure maggiormente rispettose dell'interesse del minore: il fine di tali misure deve essere volto alla rieducazione e alla risocializzazione del minore, e la privazione della libertà può essere consentita solo in casi eccezionali⁴⁶⁵.

Nei casi di procedimenti penali, ancora, ribadisce che l'ipotesi del minore come «delinquente» si configura esclusivamente quando questi abbia posto in essere una condotta penalmente rilevante e non anche quando lo stesso si trovi in una situazione di rischio o di pericolo dovuta a ridotte capacità personali, stato di abbandono, situazioni di estrema povertà o malattia. In ogni circostanza, comunque, devono essere salvaguardati i diritti materiali e processuali del bambino e qualunque azione che pregiudichi l'integrità di quest'ultimo deve essere assolutamente giustificata in conformità con la legge, essere ragionevole e pertinente nel merito e nella forma, perseguire l'interesse del minore, ed essere

⁴⁶³ Opinione Consultiva OC-17/2002, cit. para. 76

⁴⁶⁴ *Ibi*, par. 101

⁴⁶⁵ *Ibi*, par. 103

soggetta a procedimenti e garanzie in grado di verificarne convenienza e legittimità⁴⁶⁶.

Necessaria ed urgente appare pertanto la declinazione del giusto processo nei casi che coinvolgono i minori, il che comporta non solo la riaffermazione del principio del giudice naturale precostituito per legge, del diritto all'appello e a rimedi effettivi, della presunzione di innocenza e del principio della presenza di entrambe le parti in giudizio, ma anche la necessità di alcune specificità, dettate dalla delicata posizione del minore. Il principio della natura pubblica del procedimento, pertanto, potrà subire alcune limitazioni per meglio salvaguardare la privacy del minore, e anche la possibilità di “misure di giustizia alternative”, con possibilità di decisioni equitative, dovrà essere maggiormente favorita, allorquando siano in gioco gli interessi dei minori⁴⁶⁷.

3.2 *Gross and systematic violations* e “*el interés superior del niño*”. L’interesse del minore tra regimi dittatoriali, sparizioni forzate e omicidi di massa.

In precedenza, abbiamo visto come l’Opinione Consultiva 17/2002 abbia fornito alcune preziose linee guida, andando a porsi come vero e proprio punto di riferimento riguardo ai diritti dei minori nel sistema interamericano, dotato di chiarezza, semplicità e modernità, tutte caratteristiche enormemente positive.

Inoltre, in seguito alla sua emanazione, il numero delle sentenze in cui la Corte si è trovata ad approfondire portata e contenuti dell’articolo 19 della Convenzione Americana è aumentato in maniera considerevole.

Tuttavia, se da un punto di vista formale, sono stati fatti notevoli passi avanti, ciò che continua a destare sempre maggiori perplessità, è l’operato della maggior parte degli Stati del Sud America, che tramite i loro diretti poteri, continuano a mostrarsi indifferenti rispetto ai richiami operati dalla Corte, continuando a violare in maniera sistematica i diritti dell’uomo, e, senza alcuna distinzione, i diritti dei minori, come vedremo meglio nei casi che seguono.

⁴⁶⁶ *Ibi*, par. III-113.

⁴⁶⁷ *Ibi*, par. 115-136

La Corte interamericana, pertanto, si è trovata molto spesso a doversi fare garante della tutela e della promozione dei diritti dei soggetti minorenni.

Tuttavia, il nostro obiettivo non è quello di operare un *excursus* di tutta la giurisprudenza della Corte interamericana relativa ai diritti dei minori⁴⁶⁸: ci limiteremo, in questa sede, ad analizzare solamente i casi in cui i giudici di San José hanno fatto uso del principio del “*superiore interesse del minore*”⁴⁶⁹.

Per un ordine sistematico analizzeremo i casi non secondo un criterio temporale, ma per tematiche, dal momento che, nell’analisi della casistica giurisprudenziale, è emerso come la Corte utilizzi l’espressione “*interés superior del niño*” in almeno tre tipi di situazioni differenti: più precisamente i giudici di San José, fino ad oggi, hanno fatto uso del principio nei casi di sparizioni forzate e omicidi di massa, in quelli inerenti a pratiche di violenza istituzionalizzate contro determinati gruppi sociali, e, solo ultimamente, sulla scorta della giurisprudenza “gemella” di Strasburgo, anche nei casi che riguardano il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

3.2.1 Il primo caso: “*i niños de la calle*”.

Prima dell’Opinion Consultiva del 2002, l’unica decisione in cui la Corte si trova ad esaminare l’art. 19 della Convenzione, riguardava un caso di sparizione forzata ed omicidio di quattro minorenni guatemaltechi: ricordato come il “*Casos dos Niños de la calle*”, la sentenza *Villagràn Morales et al. v. Guatemala*⁴⁷⁰, appare sicuramente innovativa riguardo ai criteri interpretativi ivi contenuti.

Il caso risale al giugno del 1990: in seguito ad un diverbio con un agente delle forze dell’ordine, tre adolescenti e un maggiorenne, «bambini di strada», scompaiono nel nulla per qualche giorno; il giorno seguente un altro minorenne dello stesso quartiere viene trucidato in strada da un poliziotto; pochi giorni dopo,

⁴⁶⁸ Su questo tema generale si fa rinvio all’essustivo lavoro di M. Feria Tinta, *The Landmark Rulings of the Inter-American Court of Human Rights on the Rights of the Child*, Leiden, 2008

⁴⁶⁹ Esistono 24 casi in cui la corte utilizza il principio del superiore interesse del minore. Il dato si riferisce a tutte le sentenze della Corte interamericana in cui è presente l’esatta dicitura “*el interés superior del niño*” ed è aggiornato al mese di Aprile 2014.

⁴⁷⁰ *Villagràn Morales et al. v. Guatemala*, 9 Novembre 1999. Serie C No. 63. Questo caso e tutti gli altri casi della Corte Interamericana dei diritti umani sono reperibili al sito <http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia#>

gli altri quattro ragazzi vengono ritrovati cadaveri in un bosco, con atroci segni di tortura sul corpo.

Le famiglie dei minori, accompagnate dalla ONG *Casa Alianza*, impegnata nel recupero dei “*Ninos de la calle*” in Guatemala, denunciarono immediatamente l'accaduto: tuttavia, l'atteggiamento ostruzionistico ed intimidatorio delle forze dell'ordine, intralcio pesantemente le attività di ricostruzione dell'accaduto, e nonostante una grande quantità di testimonianze, grazie alle quali si riuscì a risalire all'identità dei poliziotti, i processi interni in Guatemala si conclusero, in modo alquanto sommario, con la piena assoluzione degli imputati.

Su richiesta della Commissione, la Corte Interamericana, dopo aver attentamente analizzato il caso, dichiarò la violazione degli art. 1 (obbligo di rispettare i diritti riconosciuti nella Convenzione), 4 (diritto alla vita), art. 5 (diritto all'integrità personale) art. 7 (diritto alla libertà personale), art. 8 (equo processo), art. 19 (diritti del bambino) e art. 25 (diritto alla protezione giudiziaria) della Convenzione americana dei diritti dell'uomo. Venne, inoltre, invocata la violazione degli artt. 1, 6 e 8 della Convenzione interamericana per la prevenzione e la sanzione della tortura.

Particolarmente rilevanti risultano le indicazioni fornite dalla Corte in questo caso: con riguardo al diritto alla libertà personale, la stessa afferma che i bambini sono stati privati della loro libertà dagli agenti di polizia, nella totale assenza di garanzie e di qualsiasi protezione legale, dal momento che il loro arresto è da considerarsi contrario alla legge in quanto non ordinato da alcuna autorità competente⁴⁷¹.

Per ciò che attiene al diritto alla vita, la Corte afferma perentoriamente che i cinque omicidi sono direttamente addebitabili allo Stato: i giudici della Corte affermano che, a causa della sua natura di diritto fondamentale, il diritto alla vita, costituisce la precondizione per il godimento di tutti gli altri diritti e, pertanto, non ammette restrizioni: questo comprende non solo il diritto di ogni essere umano a non essere arbitrariamente privato della vita, ma anche il diritto a godere di condizioni di vita che garantiscono un'esistenza dignitosa; da questo punto di vista, gli Stati hanno l'obbligo di garantire la creazione di condizioni necessarie, affinché

⁴⁷¹ cfr. *Villagràn Morales et al. v. Guatemala*, cit. para 132-134

le violazioni di tale diritto non si verificano, ed in particolare, il dovere di impedire che i propri agenti pongano in essere azioni lesive dello stesso ⁴⁷².

Alla luce dell'articolo 19 della Convenzione Americana, la Corte, pertanto, segnala la particolare gravità dell'operato dello Stato di Guatemala, che ha tollerato sul suo territorio una pratica di violenza sistematica contro bambini a rischio, come i "*Ninos de la calle*", i quali, a detta dei giudici di San José, sarebbero vittime di una doppia aggressione: una prima aggressione indiretta, infatti, deriverebbe dal fatto che lo Stato non ha impedito loro di vivere nella miseria, privandoli di quelle minime condizioni di vita dignitosa che possano consentire uno sviluppo armonioso e completo della propria personalità; la seconda aggressione, invece, si configurerebbe nel momento in cui, le forze armate hanno violato direttamente la loro integrità fisica, mentale e morale, e di conseguenza anche la loro vita ⁴⁷³.

La Corte ha, pertanto, modo di esplicitare il contenuto delle cosiddette "misure di protezione" contenute sempre nell'articolo 19, da porre in essere nei casi che coinvolgono i minori, sottolineando la necessità che le azioni dello Stato siano caratterizzate dalla non discriminazione, dovendo lo stesso garantire una speciale assistenza per i bambini privati del proprio ambiente familiare, il diritto ad un adeguato standard di vita e la riabilitazione sociale di tutti i bambini abbandonati. A quest'ultimo proposito, infine, i giudici di San José sottolineano l'importanza del ruolo della prevenzione dei possibili reati commessi dai "bambini di strada", dal momento che costoro sono chiaramente soggetti a rischio che vivano situazioni di disagio e sono, pertanto, più facilmente indotti a delinquere: anche qualora lo Stato fosse costretto ad intervenire in seguito ad un delitto accertato, quindi, l'obiettivo prioritario rimane quello della rieducazione del minorenne, affinché lo stesso possa, dopo una parentesi negativa, rivestire un ruolo costruttivo e propositivo nella società ⁴⁷⁴.

⁴⁷² ibi. para 144

⁴⁷³ ibi. para 191

⁴⁷⁴ cfr. *Villagràn Morales et al. v. Guatemala*, cit. para 196 - 197

3.2.2 *I Massacri di Mapiripán e di Ituango.*

Per quanto riguarda il fenomeno degli omicidi e delle sparizioni di massa, in cui la Corte si pronuncia anche in merito alla violazione dei diritti dei bambini, le prime decisioni rilevanti ai fini della nostra analisi sono quelle relative ai casi di due massacri: il c.d. *Masacre de Mapiripán*⁴⁷⁵ e il c.d. *Masacre de Ituango*⁴⁷⁶.

Il primo caso fa riferimento ad un massacro di civili avvenuto presso il villaggio di Mapiripán, nel Dipartimento di Meta, in Colombia, tra il 15 luglio e il 20 Luglio 1997, ad opera di un gruppo paramilitare chiamato “Unità di Autodifesa della Colombia” (AUC). Il 12 luglio 1997, due aerei carichi di paramilitari arrivarono all'aeroporto di San José del Guaviare, che serviva anche come base anti-narcotici della polizia: giunti a Mapiripán, gli stessi iniziavano a fare razzia della popolazione e, tramite l'utilizzo di motoseghe e machete, uccisero, decapitarono e smembrarono un numero imprecisato di civili. Dal momento che i corpi delle vittime furono gettati in un fiume, non si è mai saputo esattamente quante persone siano state effettivamente uccise; tuttavia, il Dipartimento di Stato Americano affermava nel 2003 che, in quella circostanza, almeno 30 civili avessero perso la vita⁴⁷⁷.

Nel procedimento dinanzi alla Corte interamericana, il governo della Colombia ha ammesso che i membri delle sue forze militari abbiano avuto indirette responsabilità nel massacro. E infatti il generale colombiano Jaime Uscategui avrebbe ordinato alle truppe locali, sotto il suo comando, di stare lontane dalla zona in cui gli omicidi erano in corso fino a quando i paramilitari non avessero terminato il massacro e avessero abbandonato il territorio.

Tuttavia, la posizione della Colombia non persuade la Corte, la quale ritiene che vi siano tutti i presupposti, invece, per riscontrare una diretta responsabilità dello Stato nel caso di specie, dal momento che, a detta dei giudici, l'enorme Massacro di Mapiripán non sarebbe stato possibile senza l'acquiescenza, il supporto e la complicità dello Stato colombiano⁴⁷⁸.

⁴⁷⁵ *"Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*, 15 Settembre 2005. Serie C No. 134.

⁴⁷⁶ *Masacres de Ituango Vs. Colombia*, 1 Luglio 2006. Serie C No. 148.

⁴⁷⁷ Archivio di Sicurezza Nazionale USA, 1 Agosto 2003, Robert P. Jackson, Direttore dell'Ufficio per la promozione dei Diritti Umani e della Democrazia, Dipartimento di Democrazia, Diritti Umani e Lavoro, reperibile su <http://nsarchive.files.wordpress.com/2012/07/20030801.pdf>

⁴⁷⁸ Cfr. *Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*, par. 120.

L'incursione dei paramilitari a Mapiripàn, infatti, venne pianificata diversi mesi prima del Luglio 1997 e realizzato con la piena conoscenza, la preparazione logistica e la collaborazione delle Forze Armate colombiane, le quali facilitarono l'assedio dei paramilitari, lasciando senza protezione i civili durante i giorni del massacro, con un ingiustificato trasferimento delle truppe in un'altra zona⁴⁷⁹.

Per ciò che attiene all'articolo 19, bisogna notare che la Commissione interamericana nel ricorso originario davanti alla Corte non fa alcun riferimento alla violazione dei diritti dei minori nel caso di specie: saranno i rappresentanti delle vittime, invece, a presentare il problema, spiegando come lo sviluppo dei minori coinvolti nel massacro fosse stato duramente compromesso dallo sfollamento forzato, avendo questi dovuto abbandonare gli studi per poter lavorare ed occuparsi dei fratelli più piccoli, essendo stati privati dei loro familiari, avendo dovuto patire la fame e la mancanza di cure mediche, così come la mancanza di una dimora adeguata, il tutto costituendo gravi violazione dei diritti dei bambini. Inoltre, le vittime avrebbero continuato a vivere con paura in una situazione di estrema precarietà. Gli stessi rappresentanti sostengono che, nonostante i doveri di tutela dello Stato nei confronti di questi gruppi di donne e bambini, le famiglie non abbiano più ritrovato la propria dignità e la sicurezza di cui godevano prima del massacro e dello sfollamento⁴⁸⁰.

La Corte interamericana premettendo che, nel caso di specie, almeno due minori (Hugo Fernando e Diego Armando Martínez Contreras) sono stati giustiziati nel massacro, e che molti tra gli sfollati fossero bambini all'epoca dei fatti, afferma in maniera perentoria che casi del genere, in cui le vittime di violazioni dei diritti umani sono i bambini, debbano considerarsi particolarmente gravi: riprendendo le indicazioni contenute nella Opinione Consultiva 17/2002, infatti, i giudici di San José ribadiscono che i minori sono portatori di diritti speciali derivanti dalla loro condizione, a cui corrispondono specifici doveri in capo alla famiglia, alla società, e allo Stato. Il contenuto dell'Articolo 19 deve essere, pertanto, inteso come un diritto complementare stabilito dalla Convenzione in favore di esseri umani, che a causa del proprio sviluppo fisico ed emotivo, richiedono speciali misure di protezione. Il principio del superiore

⁴⁷⁹ *Ibidem*, para 116.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, para 148 d)

interesse del minore, basato sulla dignità dell'essere umano, sulle caratteristiche dei minori stessi e sulla necessità di favorire il loro sviluppo, permettendo il pieno utilizzo del loro potenziale, deve trovare piena attuazione in questo caso⁴⁸¹.

Il contenuto e la portata dell'articolo 19 della Convenzione Americana devono essere specificati, in casi come quello in questione, tenendo conto delle pertinenti disposizioni della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, in particolare i suoi articoli 6, 37, 38 e 39, e del II Protocollo alla Convenzione di Ginevra, dal momento che questi strumenti e la Convenzione americana costituiscono un vero e proprio *corpus juris* internazionale per la protezione dei bambini, che gli Stati sono tenuti a rispettare⁴⁸².

La Corte ritiene necessario richiamare l'attenzione sulle conseguenze specifiche della brutalità con cui i fatti sono stati commessi nei confronti di ragazzi e ragazze, nel caso Mapiripán, in cui alcuni minori sono divenuti orfani, altri sono stati sfollati e la loro integrità fisica e psicologica è stata fortemente danneggiata. La particolare vulnerabilità di ragazzi e ragazze, a causa della loro particolare condizione, diventa ancora più evidente in una situazione di conflitto armato interno: questi, infatti, sono sicuramente meno preparati ad adattarsi a questa situazione e, pertanto, soffrono più di ogni altro tale abuso in maniera sproporzionata⁴⁸³.

La Corte rileva che le circostanze del caso di specie dimostrano la mancanza di protezione dei minori, prima, durante e dopo il massacro: lo Stato, infatti, era pienamente consapevole del fatto che la regione in cui è situato il villaggio di Mapiripán fosse quella con i più alti livelli di violenza nel quadro del conflitto armato interno, e, ciononostante, non ha protetto in alcun modo i civili, ed in particolare i minori. I giudici di San José ribadiscono che l'obbligo dello Stato di rispettare il diritto alla vita di ogni persona sotto la sua giurisdizione assume aspetti particolari nei casi in cui siano coinvolti minori, e diventa un obbligo al fine di prevenire situazioni che possono portare, tramite azioni o omissioni, alla sua violazione. Nel caso *sub judice*, il massacro e le sue conseguenze hanno creato un clima di costante tensione e di violenza che ha colpito il diritto dei minori di Mapiripán a vivere una vita dignitosa: pertanto, la Corte ritiene che lo Stato non

⁴⁸¹ *Ibidem*, para 151-152

⁴⁸² *Ibidem*, para 153

⁴⁸³ *Ibidem*, para. 155-156

abbia creato le condizioni e non abbia adottato le misure necessarie alla tutela dei minori, esponendoli ad un clima di violenza e insicurezza. Pertanto, come conseguenza della mancanza di tutela dei minori da parte dello Stato, la Corte rileva che lo Stato colombiano abbia violato l'articolo 19, in combinato disposto con gli articoli 22 (1), 4 (1), 5 (1) e 1 (1), della Convenzione Americana.⁴⁸⁴

Nel caso dei *Massacri di Ituango*⁴⁸⁵, invece, lo Stato colombiano ha ammesso la propria parziale responsabilità relativamente alla violazione degli articoli 1.1, 4.1, 5.1, 7.1 e 21.1 della Convenzione americana, in relazione ai massacri perpetrati nei comuni di “La Granja” ed “El Aro” (nella municipalità di Ituango): il primo massacro risale al 11 Giugno del 1997, mentre l'altro avvenne il 25 Ottobre del 1997. In entrambi i casi, i paramilitari effettuarono omicidi di civili indifesi, derubarono altri delle loro proprietà, provocando terrore e sfollamento forzato. La Commissione sosteneva che la responsabilità dello Stato fosse riconducibile ad atti di omissione, acquiescenza e di collaborazione da parte dei membri delle forze armate della Municipalità di Ituango con i gruppi paramilitary, appartenenti alle Forze unite di autodifesa della Colombia (AUC)⁴⁸⁶.

Secondo la Commissione, lo stato colombiano, dopo oltre 8 anni dai succitati eventi, non avrebbe intrapreso alcuna azione volta a chiarire i fatti e a giudicare i responsabili, risarcendo del danno subito le vittime dell'eccidio e i familiari.

La Corte ha ritenuto la Colombia responsabile della violazione, tra gli altri, anche dell'art. 4 (diritto alla vita), degli artt. 6 e 7 (protezione dalla schiavitù e diritto alla libertà personale), dell'art. 22 (diritto di circolazione e di residenza) e dell'art. 19 (diritti del bambino): a quest'ultimo proposito, molto rilevante risulta la valutazione effettuata dalla Corte in questo caso.

Oltre a ritenere violato il diritto alla vita dei bambini che furono barbaramente massacrati dai paramilitari⁴⁸⁷, i giudici di San José, infatti, rilevano che, considerata l'età di molte vittime al momento dei fatti, in questa circostanza,

⁴⁸⁴ *Ibidem*, para. 158-163

⁴⁸⁵ *"Masacres de Ituango" Vs. Colombia*, 1 Luglio 2006. Serie C No. 148.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, para. 2

⁴⁸⁷ *Ibidem*, cfr. para. 248 in cui la corte ha dichiarato la violazione dell'art 19 della Convenzione in combinato disposto con gli articoli 4 (1), 5 (1) e 1 (1) della stessa, a scapito dei minori Wilmar de Jesús Torres Restrepo, Jorge Correa Sánchez, Daniel Omar Pérez Areiza, José Leonel Areiza Posada e Marco Aurelio Areiza Posada.

ricorrano tutti i presupposti per attribuire alla Stato colombiano una responsabilità aggravata: con il beneplacito delle forze di polizia statali, molti minori avevano subito la violenza del conflitto armato, erano rimasti orfani, erano stati costretti a lasciare la propria abitazione e a subire gravi violenze; oltre a ciò, molti minorenni erano stati tenuti prigionieri, costretti ai lavori forzati sotto minaccia di morte⁴⁸⁸.

In questo caso, pertanto, la Corte, in applicazione del principio *iura novit curia*, non si limita a dichiarare la violazione dei soli minori coinvolti direttamente nel massacro, ma arriva a determinare la violazione dei diritti di tutti i minori che hanno subito conseguenze, anche indirette, durante e dopo l'eccidio.

I giudici nel caso di specie, come spiegheranno ampiamente Cançado Trindade e Sergio Garcia Ramirez nei loro commenti separati, hanno di fatto esteso la nozione stessa di "vittima", andando così a risvegliare la coscienza giuridica, «fonte di tutto il diritto», per fare pienamente giustizia alle vittime del massacro di Ituango⁴⁸⁹.

La Corte ha, pertanto, ritenuto che tutte le persone colpite in misura diversa dal massacro di Ituango fossero da considerare vittime, riflettendo tali differenze nelle diverse forme di riparazione⁴⁹⁰.

Il giudice Cançado Trindade afferma, infatti, che la sentenza della Corte ha contribuito ad ampliare il concetto di vittime di gravi violazioni dei diritti umani: tutte le persone colpite dal massacro sono da considerano, peranto, vittime, con conseguenze giuridiche che variano da un caso all'altro. Di conseguenza, anche le riparazioni sono diverse; esse includono, per esempio, la garanzia del ritorno volontario degli sfollati come forma di riparazione collettiva non pecuniaria.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, 246

⁴⁸⁹ cfr. *Separate opinion of Judge Cançado Trindade* para. 49.

⁴⁹⁰ La Corte in base al articolo 63.1 della Convenzione ha ordinato tra le altre le seguenti misure di riparazione non pecuniaria: pubblicare i risultati del processo penale affinché la società conosca la verità sui fatti accaduti alle vittime assassinate e ai loro familiari diretti; dare assistenza medica, psicologica o psichiatrica gratuita attraverso il sistema pubblico di salute ai familiari diretti delle vittime uccise che così lo richiedano; realizzare una commemorazione pubblica di riconoscimento della responsabilità internazionale in relazione ai fatti di questo caso e di sollievo alla memoria delle vittime e dei loro familiari diretti (con la presenza delle più alte autorità dello Stato; attuare in un termine di 5 anni un programma di accesso a un'abitazione adeguata per gli abitanti che hanno perso le loro case nei comuni di "La Granja" ed "El Aro"; pubblicare nel termine di 6 mesi nella gazzetta ufficiale e in un altro quotidiano di ampia circolazione nazionale la sezione di questa sentenza denominata fatti provati, senza le note di pie di pagina corrispondenti, così come la parte risolutiva della stessa. Cfr. *"Masacres de Ituango" Vs. Colombia* cit, para 402 ss.

In questo modo, è stato compiuto uno sforzo per attenuare l'angoscia delle vittime sopravvissute, per onorare la memoria dei defunti e per riaffermare il necessario primato del diritto sulla forza brutale⁴⁹¹.

Anche il giudice Garcia Ramirez si pone sulla stessa linea interpretativa, affermando che in un caso come quello in esame, appare superata la consueta distinzione tra vittima “diretta” e vittima “indiretta”: teoricamente, infatti, la vittima “diretta” sarebbe quella contro la quale la condotta illegale dell’agente statale si dispiega in maniera immediata, esplicita e deliberate; mentre la vittima “indiretta” sarebbe quella che non subisce direttamente la condotta illegale, ma piuttosto le conseguenze che tale condotta provoca sui suoi diritti, per via dell’azione posta in essere contro la vittima diretta. Tuttavia, se è vero che il danno subito dalla vittima indiretta è un effetto provocato dal danno alla vittima diretta, una volta che questa violazione si concretizza, la vittima indiretta diventa essa stessa parte lesa direttamente oltre che per derivazione⁴⁹².

In sostanza, entrambe sono vittime in senso stretto, vale a dire vittime *dirette* o semplicemente *vittime*, anche se le violazioni che le riguardano sono differenti. In un caso, per esempio, la persona che perde la vita o subisce la tortura è vittima originaria della violazione degli articoli 4 e 5 della Convenzione, mentre il suo parente più prossimo è, o può essere, vittima della violazione dell'articolo 5, a causa della grave compromissione della sua integrità fisica o morale per la perdita della vita o per la tortura di un parente⁴⁹³.

Con questa interpretazione innovativa, pertanto, la Corte rende giustizia ai soggetti minorenni, i quali, sebbene nel caso di specie non siano stati direttamente coinvolti (ad eccezione di soli tre casi), hanno comunque subito gravissime conseguenze dal massacro e dal conseguente sfollamento forzato: i giudici della Corte interamericana, pertanto, hanno applicato la Convenzione nel senso più favorevole possibile alla protezione dei minori coinvolti nel conflitto armato colombiano⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ cfr. *Separate opinion of Judge Cançado Trindade* para. 51

⁴⁹² cfr. *Separate opinion of Sergio Garcia Ramirez* para. 11

⁴⁹³ *ibidem*, para. 12

⁴⁹⁴ Di questo avviso M. Feria Tinta, *The Landmark Rulings of the Inter-American Court of Human Rights on the Rights of the Child*, cit., p. 277.

3.2.3 Da carnefici a vittime: il terrore come risposta al terrore.

In un'altra sentenza del 2006, *Servellón García et al. v. Honduras*⁴⁹⁵, a pochi anni di distanza dal precedente dei *ninos de la calle*⁴⁹⁶, la Corte interamericana si trova a dover giudicare in merito ad un altro caso caratterizzato da gravissimi episodi di violenza da parte degli agenti dello Stato contro bambini ed adolescenti di strada.

Questa volta gli episodi, risalenti al 15 e 16 Settembre 1995, riguardano due adolescenti, Marco Antonio Servellón di 16 anni e Rony Alexis Betancourth Vásquez, di 17 anni, un neo maggiorenne, Diomedes Obed García Sánchez, di 19 anni ed un ragazzo di 32 anni di nome Orlando Alvarez Ríos: i quattro giovani furono arrestati da alcuni agenti appartenenti ad un ramo della Polizia honduregna chiamato "FUSESP", durante una precisa operazione di arresti di massa avvenuto all'esterno dello Stadio Nazionale di Tegucigalpa, con l'obiettivo di prevenire possibili tafferugli durante la parata prevista nel giorno dell'indipendenza nazionale dell'Honduras⁴⁹⁷; nella retata furono coinvolte 128 persone, la maggior parte delle quali minorenni.⁴⁹⁸

Prima di essere violentemente trucidati, i quattro ragazzi, furono detenuti per alcuni giorni in carcere, senza possibilità di avere alcun contatto esterno, subendo violenze ed angherie di ogni genere da parte degli agenti di polizia, i quali accusavano i giovani di essere membri di un gang locale chiamata "Los Poison"⁴⁹⁹.

Il 17 Settembre i resti dei corpi delle vittime, sui quali erano visibili colpi di arma da fuoco di vario genere, furono ritrovati in quattro posti diversi della città di Tegucigalpa e per questo il caso viene conosciuto come quello dei "quattro punti cardinali"⁵⁰⁰.

La Corte interamericana stigmatizza il caso spiegando come un tale contesto di violenza si sia materializzato nelle esecuzioni stragiudiziali di bambini e giovani in situazioni di rischio, sia da parte degli agenti dello Stato, che da parte

⁴⁹⁵ Caso *Servellón García e altri v. Honduras*. 21 settembre 2006. Serie C No. 152

⁴⁹⁶ Caso *Villagràn Morales et al. v. Guatemala*, 9 Novembre 1999. Serie C No. 63

⁴⁹⁷ *Servellón García e altri v. Honduras*, cit., para 79.5

⁴⁹⁸ *ibid.*

⁴⁹⁹ *ibid.* cfr. para. 79.9 ss.

⁵⁰⁰ *ibid.* cfr. para. 79.32

di soggetti terzi. Tale violenza ha obbedito alle logiche di un piano comune in merito a: 1) le vittime, che sono bambini e giovani in situazioni di rischio; 2) la causa delle morti, omicidi extragiudiziali caratterizzati da estrema violenza, prodotta con armi da fuoco ed armi taglienti e invasive; 3) la pubblicità dei crimini, dal momento che i corpi delle vittime furono esposti davanti alla popolazione. I responsabili dei crimini sono segnalati dalla polizia come persone non identificate e le indagini, condotte con l'obiettivo di attribuire delle responsabilità, sono state alquanto generiche e non atte ad identificare realmente gli autori dei predetti crimini⁵⁰¹.

Avendo riguardo all'*Expert report* prodotto dalla professoressa Reina Auxiliadora Rivera Joya davanti alla Corte interamericana in questo caso, si apprende che in Honduras oltre il 50% della popolazione ha meno di diciotto anni di età, e che il 66% dei minori vive sotto la soglia della povertà. Nonostante gli importanti strumenti legali di cui lo Stato dispone, le numerose leggi e i regolamenti volti al riconoscimento e al rispetto del superiore interesse del minore, la situazione generale dei bambini e degli adolescenti dell'Honduras non è purtroppo migliorata, a causa della mancanza di indicazioni politiche e di programmi concreti nel settore della tutela minorile⁵⁰².

Date tali premesse, risulta evidente come i bambini di strada considerati da sempre "carnefici", ossia membri di *baby gang* coinvolti in attività illegali, quali spaccio di droga, furti, rapimenti, ad uno sguardo più attento e globale, possano a tutti gli effetti essere riconosciuti quali vere e proprie vittime: essi, infatti, considerati il cuore di "un settore deviato della società" sono diventati il bersaglio di queste pratiche di pulizia sociale che li ha condannati in massa a perire tramite esecuzioni extragiudiziali⁵⁰³.

La Corte, pertanto, nel caso di specie ritiene vi siano tutti i presupposti per dichiarare la violazione degli artt. 1, 4, 5, 7, e 19 della Convenzione Americana.

In particolare, in merito alla libertà personale, la Corte sottolinea che, sebbene lo Stato abbia il diritto e l'obbligo di garantire la sicurezza ed il

⁵⁰¹ *ibid.* cfr. para. 79.2 – 79.4

⁵⁰² *Expert report* di Reina Auxiliadora Rivera Joya davanti alla Corte interamericana dei diritti dell'uomo nel caso *Servellón García e altri v. Honduras*, cit., para 37.2

⁵⁰³ Cfr. M. Ferial Tinta, *The Landmark Rulings of the Inter-American Court of Human Rights on the Rights of the Child*, cit., p. 357.

mantenimento dell'ordine pubblico, il suo potere non è tuttavia illimitato, dal momento che in capo ad esso risiede il dovere, in ogni momento, di porre in essere procedure rispettose della legge e dei diritti fondamentali di tutti gli individui posti sotto la propria giurisdizione⁵⁰⁴. Inoltre, il rimedio della detenzione deve essere considerato come misura eccezionale che sia rispettosa del principio della presunzione di innocenza e del principio di legalità, necessità e proporzionalità, essenziali in una società democratica⁵⁰⁵. Pertanto, gli arresti avvenuti nel caso di specie, senza una sostanziale evidenza di un crimine circostanziato, sono da considerarsi arresti illegali ed arbitrari, andando a costituire un vero e proprio meccanismo discriminatorio⁵⁰⁶.

Relativamente al diritto alla vita e all'integrità personale, invece, la Corte segnala che le condizioni in cui avvenne la detenzione, l'estrema crudeltà con cui le vittime furono private della loro vita e la maniera in cui i corpi furono abbandonati, costituiscono, un serio attentato contro il diritto alla vita, ad un trattamento umano e alla libertà personale⁵⁰⁷.

Da quanto precede, risulta come nel corso degli anni, lo Stato honduregno non abbia adottato le necessarie misure per porre in essere cambiamenti concreti nel contesto di violenza creatosi contro bambini e adolescenti, il che rende ancor più grave la responsabilità internazionale dello Stato⁵⁰⁸.

Ma le considerazioni più rilevanti sono senz'altro quelle relative alla violazione dell'art. 19, riguardante i diritti dei bambini: per la Corte, lo Stato ha, infatti, l'obbligo di garantire la tutela di bambini e giovani colpiti da povertà e socialmente alienati e, soprattutto, di evitare la loro stigmatizzazione sociale come criminali; pertanto, se gli Stati hanno elementi per ritenere che i bambini in situazioni di rischio siano influenzati da fattori che possano condurli a commettere atti criminali, o hanno elementi per concludere che li hanno già commessi in casi specifici, devono comunque considerare come estreme le misure di prevenzione criminale. Lo Stato deve, pertanto, assumere la sua posizione speciale di protezione con la maggiore cura e responsabilità possibili, e deve adottare misure

⁵⁰⁴ *Servellón García e altri v. Honduras*, cit., para 124

⁵⁰⁵ *ibi.*, para 124

⁵⁰⁶ *ibi.*, para 92-96

⁵⁰⁷ *ibi.*, para 99

⁵⁰⁸ *ibid.*, para 109

particolari orientate verso il principio del superiore interesse del minore⁵⁰⁹.

I fatti che si sono verificati dimostrano che lo Stato ha, di fatto, negato a questi ragazzi un ambiente che avrebbe potuto proteggerli dalla violenza e dagli abusi, e non ha concesso loro l'accesso ai servizi di base, privando i minorenni della possibilità di emanciparsi, crescere e diventare adulti, e condizionandone il futuro⁵¹⁰.

3.3 *Structural violence e Best interests of the child: il fenomeno delle pratiche di violenza istituzionalizzate contro determinati gruppi sociali.*

Finora abbiamo esaminato i casi in cui la Corte interamericana si è trovata a giudicare in merito al fenomeno delle *gross violations* poste in essere dagli Stati sudamericani, che direttamente, per il tramite delle Forze di polizia o indirettamente, avallando o sostenendo gli intenti omicidi dei gruppi paramilitari, hanno violato in maniera sistematica diritti fondamentali, quali il diritto alla vita o all'integrità personale, di migliaia di uomini, donne e bambini.

Proseguiamo, adesso, con l'analisi delle pronunce della Corte interamericana in cui la stessa si serve del principio del superiore interesse del minore ai fini della propria analisi, focalizzando la nostra attenzione sulle decisioni relative alle cc.dd "violazioni strutturali": a differenza delle pronunce esaminate finora, a caratterizzare queste particolari tipologie di violazioni è la stessa organizzazione istituzionale, la quale permette o facilita le violazioni dei diritti e delle libertà fondamentali di alcuni gruppi sociali (si pensi alla situazione dei bambini, delle popolazioni indigene, dei migranti o delle donne); tali prassi giuridiche e politiche operano sulla base di determinati standard culturali che rendono possibile mantenere in vigore tali pratiche lesive ed, in particolare, il misconoscimento dei diritti dei gruppi più vulnerabili.

In dottrina è stata ben descritta la genesi delle violazioni strutturali, il loro modo di funzionare e le conseguenze che comportano sul piano statale, e sono state individuate le caratteristiche peculiari delle stesse, le quali sarebbero contraddistinte da quattro elementi fondamentali. Il primo elemento sarebbe

⁵⁰⁹ *ibid.* para 116

⁵¹⁰ *ibid.* para 117

legato appunto ad aspetti istituzionali, con strutture e procedure dello Stato che consentono, facilitano o almeno non prevengono adeguatamente la violazione diritti umani di un particolare gruppo sociale: si tratta di generalizzate (e non sporadiche o eccezionali) situazioni che coinvolgono un gruppo significativo di persone nelle violazioni di diritti garantiti convenzionalmente, le quali non sono oggetto di una politica persecutoria dello Stato, ma che si verificano sulla base delle stesse forme istituzionali esistenti. Il secondo elemento riguarda i soggetti che vengono colpiti da questa generalizzata violazione dei diritti: infatti, i casi di violazioni strutturali coinvolgono un particolare gruppo sociale, perfettamente riconoscibile e distinguibile, i cui membri vedono i propri diritti violati a causa della semplice appartenenza a quel gruppo. Il terzo elemento è di tipo culturale: nelle violazioni strutturali, la società nel suo insieme adotta una posizione disinteressata rispetto alla violazione dei diritti di un particolare gruppo, o negando l'esistenza di tali violazioni o giustificando apertamente le violazioni dei diritti che colpiscono quel determinato gruppo. Il quarto elemento è legato alla risposta statale in conseguenza delle violazioni di tali diritti: le misure per affrontare le situazioni di estrema vulnerabilità descritte, richiedono, infatti, l'intervento di più soggetti, e cioè l'adozione di un insieme complesso e coordinato di politiche ed azioni concrete, e un grande impiego di risorse e di ulteriori sforzi di bilancio da parte dello Stato coinvolto⁵¹¹.

Una delle prime decisioni esemplificative del fenomeno appena descritto è sicuramente il caso *Bulacio v. Argentina* del 2003⁵¹².

L'episodio risale al 19 aprile 1991 e vede come protagonista la Polizia Federale di Buenos Aires: quest'ultima tramite un'operazione definita «razzia» arrestò oltre ottanta persone all'ingresso dello Stadio "Obras Sanitarias" dove era in programma un concerto rock; negli arresti fu coinvolto anche il giovane Walter David Bulacio, 17 anni, il quale fu condotto presso la «sala de menores» di un commissariato di Buenos Aires, dove venne duramente malmenato dagli stessi agenti di polizia. Le ragioni dell'arresto rimasero sconosciute e i familiari dei minori coinvolti furono tenuti all'oscuro della detenzione, che si svolse in

⁵¹¹ Per un quadro completo circa il fenomeno delle violazioni strutturali in Sudamerica v. C. Nash Rojas, *El sistema interamericano de derechos humanos en acción - Aciertos y desafíos*, Mexico City, 2009, 108 ss.

⁵¹² *Bulacio v. Argentina*. 18 Settembre 2003. Serie C No. 100

condizioni totalmente inadeguate⁵¹³.

Il giorno successivo all'arresto, Walter Bulacio, in seguito ad un prolungato malessere, venne trasferito presso un ospedale nel quale i medici gli diagnosticarono un trauma cranico; nei giorni seguenti il minore venne trasferito in un altro istituto ospedaliero dove venne sottoposto ad accertamenti: i medici rilevarono le gravi ferite che, a detta del giovane, gli erano state provocate dagli agenti di Polizia; pertanto, in seguito ad una denuncia presentata dai medici del pronto soccorso venne aperta un'indagine. Tuttavia Walter Bulacio morì dopo qualche giorno⁵¹⁴.

Il procedimento interno, durato più di un decennio, fu caratterizzato da un poco edificante susseguirsi di eccezioni di incompetenza e di rinvii da parte dei tribunali argentini, basti pensare che nel momento in cui la Commissione americana presentò il caso dinanzi alla Corte il 24 gennaio 2001, a livello interno non era stato individuato alcun responsabile per i fatti *de quo*.

Il 26 febbraio 2003 venne raggiunto un *friendly settlement* fra la Commissione, lo Stato argentino, la Commissione e i rappresentanti dei familiari della vittima, nel quale l'Argentina ammise la propria responsabilità internazionale per la violazione degli articoli 2, 7, 5, 19, 4, 8 e 25 della Convenzione americana, dichiarando la propria disponibilità ad effettuare riparazioni complete⁵¹⁵.

Lo Stato riconobbe, inoltre, che la detenzione di Walter Bulacio fosse illegale, dal momento che fu eseguita in applicazione di una legge (il memorandum 40) dichiarata successivamente incostituzionale e contraria agli standard internazionali, e anche perché la normativa interna prevedeva l'obbligo per gli agenti di polizia di notificare l'arresto ai genitori dei minori e di spiegare la causa del loro arresto e per il giudice l'obbligo di agire tempestivamente⁵¹⁶. In merito all'art. 19, nell'accordo tra le parti, emerse che la violazione dello stesso fu dovuta alla mancanza di misure di protezione speciali imposte dallo status stesso di minore⁵¹⁷.

⁵¹³ Bulacio v. Argentina, cit., para. 3(1)

⁵¹⁴ Ibid. para 3(2,3)

⁵¹⁵ Ibid. para 27, 32.

⁵¹⁶ Ibid. para. 33

⁵¹⁷ Ibid.

Nell'ambito della valutazione delle prove presentate dalle parti al fine di determinare le misure adeguate di riparazione, emerse il chiaro legame esistente tra la frequenza degli abusi di polizia e le detenzioni arbitrarie, nonché lo stretto nesso tra queste ultime e il concetto di «protection» così come emerge nel contesto di una cultura giuridica «minor-oriented»: infatti, dal 1919 fino alla ratifica della Convenzione ONU sui Diritti del minore del 1989, le detenzioni arbitrarie di minori non solo costituivano una pratica abituale, ma coesistevano pacificamente con la legislazione in vigore⁵¹⁸.

La Corte, pertanto, ribadendo l'importanza di adottare misure che siano rispettose del superiore interesse del minore, ricorda il carattere eccezionale della misura detentiva e sottolinea che, al fine di tutelare i diritti dei bambini detenuti, e in particolare il loro diritto ad un trattamento umano, è indispensabile che gli stessi siano separati dai detenuti adulti; inoltre, i responsabili dei centri di detenzione per i minori devono essere debitamente formati per lo svolgimento dei loro compiti, i giovani detenuti devono avere il diritto di comunicare con terzi, che forniscono o forniranno loro assistenza e difesa e, infine, gli agenti dello Stato hanno l'obbligo di comunicare immediatamente a dette persone l'avvenuta detenzione del minore, anche qualora il minore non ne abbia fatto richiesta⁵¹⁹.

Davvero rilevante risulta, inoltre, il fatto che i giudici di san José, nella determinazione delle somme da corrispondere alle vittime a titolo di riparazione, abbiano dato notevole rilevanza anche al danno cosiddetto non patrimoniale: come si può leggere nel corpo della sentenza, infatti, tale danno comprende la sofferenza fisica e psicologica della vittima come conseguenza della sua detenzione e della sua morte e la sofferenza patita dai genitori di Walter Bulacio, a causa dalla mancanza di comunicazione nei giorni della detenzione del figlio. È proprio della natura umana, continuano i giudici, sperimentare una sofferenza profonda in caso di detenzione arbitraria, e ciò viene acuito quando si tratta di bambini: tali sofferenze si estendono ai familiari, specialmente a coloro che hanno avuto uno stretto contatto con la vittima, senza che sia necessaria alcuna prova di

⁵¹⁸ Dichiarazione resa dal perito Emilio García Méndez, esperto di legislazione in materia di minori e adolescenti, cfr. Ibi para 53 (a)

⁵¹⁹ Ibi para 134-136

questo⁵²⁰.

Da ultimo, la Corte ordina allo Stato argentino di porre in essere altre forme di riparazione oltre a quelle strettamente pecuniarie: più precisamente intima alle autorità interne di concludere tutti i procedimenti penali aperti, pervenendo alla condanna dei responsabili della morte di Bulacio (con l'obbligo, in seguito all'emanazione della sentenza, di pubblicare la stessa nei principali quotidiani argentini e darne massima diffusione a mezzo radio e televisione); la Corte richiede, infine, allo Stato garanzie di non-ricidività degli atti lesivi perpetuati nel caso di specie, e soprattutto l'adeguamento delle previsioni interne alla normativa della Convenzione americana⁵²¹.

Nel quadro dell'obbligo generale di cui all'articolo 2 della Convenzione, la Corte accetta, pertanto, i termini dell'accordo tre le parti per costituire un meccanismo di consultazione, con l'obiettivo, se del caso, di adeguare e modernizzare le disposizioni nazionali per quanto riguarda le questioni relative alla materia pertinente (in questo caso la condizione di detenzione dei minori), con la possibilità di consultare esperti o organizzazioni della società civile, al fine di proporre organismi appropriati che abbiano il compito di aggiornare e modernizzare le disposizioni nazionali⁵²².

Un'altra situazione, paradigmatica rispetto alle estreme violazioni

⁵²⁰ Ibi para 98 - 99. Interessante anche notare, in merito alla qualificazione del danno non patrimoniale la presa di posizione della Corte in un caso del 2004 contro il Perù. La Corte, infatti, nel caso dei "*Fratelli Gomez Paquiyauri*" c. Perù, stabilisce la responsabilità internazionale aggravata dallo Stato a causa della detenzione illegale e arbitraria, della tortura e delle esecuzione extra giudiziali di due soggetti minori, mentre era in atto conflitto armato interno: il Perù ricevette l'ordine di porre in essere, tra le altre misure riparative, la costruzione di un centro educativo nella provincia di "El Callao" intestandolo proprio alle vittime Emilio e Rafael Gómez Paquiyauri, organizzando una cerimonia pubblica in presenza dei familiari delle vittime al fine di accrescere la pubblica coscienza in merito alla necessità di evitare il ripetersi di fatti come quelli accaduti nel presente caso e di assicurare il ricordo delle vittime; infine i giudici di San José stabilirono anche che lo Stato dovesse conferire a favore di Nora Emely Gómez Peralta, figlia di Rafael Samuel Gómez Paquiyauri, una borsa di studio per permettere alla stessa di essere sostenuta fino alla fine degli studi universitari (cfr. *Fratelli Gómez Paquiyauri vs. Perú*. 8 luglio 2004. Serie C N° 110 para 235-238).

⁵²¹ Ibi para 110 e ss.

⁵²² Ibi para. 144

perpetrate contro intere popolazioni di minori, è sicuramente quella inerente al caso *Instituto de Reeducción del Menor “Panchito López” v. Paraguay*⁵²³, relativo alle condizioni di detenzione presenti all’interno di un Istituto di rieducazione del minore in Paraguay, dall’Agosto 1996 al Luglio 2001, lì dove 30 minori vivevano per circa 22 ore al giorno in stanze grandi circa 60 metri quadri con la presenza di due sole finestre. La maggioranza di essi dormiva per terra, senza biancheria né vestiti e senza che lo Stato intervenisse in alcun modo; tutti dormivano e mangiavano nella stessa stanza in cui erano presenti i servizi igienici; oltre a ciò, venivano spesso inflitte ai minori punizioni corporali o alcune forme di tortura quali ad esempio l’isolamento totale. Diversi testimoni affermarono che le guardie si rivolgevano ai minori definendoli «spazzatura» e asserivano che essi «non appartenevano più né alla società né all’umanità»⁵²⁴.

Alcun tipo di attività a sfondo educativo era stata pensata per i minori, i quali ricevevano diversi quantitativi di droga direttamente dalle guardie; quotidianamente si verificavano incendi all’interno dell’Istituto, che molto spesso portavano alla morte o alla grave compromissione dello stato di salute dei ragazzi. Inoltre, allorquando l’Istituto venne chiuso proprio a causa di un incendio, i minori sopravvissuti vennero trasferiti in un carcere con altri adulti, e questo provocò conseguenze psicologiche devastanti, come ha spiegato la psicologa Ana Clerico-Deutsch dinanzi alla Corte interamericana⁵²⁵.

La Corte interamericana ha esaminato i fatti alla luce dell’art. 19 della Convenzione Americana sottolineando che i minori hanno gli stessi diritti di tutti gli esseri umani, ma che essi godono anche di speciali diritti derivanti dalla loro condizione, accompagnati da specifici doveri in capo agli Stati: le azioni che gli Stati sono chiamati ad implementare, al fine di adempiere le proprie obbligazioni derivanti dall’art. 19, devono includere anche gli aspetti economici, sociali e culturali che costituiscono parte integrante del diritto alla vita e all’integrità dei

⁵²³ Instituto de Reeducción del Menor “Panchito López” v. Paraguay. 2 Settembre 2004. Serie C No. 112

⁵²⁴ Vedi la testimonianza di Francisco Ramón Adorno in *Instituto de Reeducción del Menor “Panchito López” v. Paraguay*, cit., p. 15

⁵²⁵ Si può leggere l’intera perizia della psicologa Clerico-Deutsch in *Instituto de Reeducción del Menor “Panchito López” v. Paraguay*, cit., para. 79 (i).

minori⁵²⁶.

Nel caso di minori privati della libertà, gli Stati hanno l'obbligo aggiuntivo di svolgere il proprio ruolo di garante con maggior cura e responsabilità, al fine di perseguire l'interesse superiore del minore, dal momento che la detenzione non significa la negazione del diritto alla vita o restrizione dello stesso diritto⁵²⁷.

Inoltre, la Corte ricorda che gli articoli 6 e 27 della Convenzione sui diritti del fanciullo includono nel diritto alla vita l'obbligo dello Stato di "*assicurare, nella misura del possibile la sopravvivenza e lo sviluppo del bambino*", e che il Comitato ONU sui diritti dell'infanzia ha interpretato la parola "sviluppo" nel suo senso più ampio come concetto olistico, abbracciando, anche l'aspetto fisico, mentale, spirituale, morale, psicologico e sociale del minore; pertanto, anche in caso di minori detenuti, lo Stato ha l'obbligo di fornire loro assistenza sanitaria e istruzione, in modo da evitare che la detenzione distrugga i loro progetti di vita⁵²⁸.

Per tali ragioni, lo Stato, nel caso *de quo*, ha mancato di adempiere il proprio obbligo di garante, dal momento che l'Istituto "Panchito Lopez" non era in possesso delle adeguate infrastrutture per accogliere tutti i minori: infatti, nelle precarie condizioni di vita in cui versavano i minori malnutriti, questi avevano pochissime possibilità di fare esercizio fisico e avevano scarso accesso alle attività ricreative e non godevano di adeguate cure mediche e psicologiche⁵²⁹.

La Corte nota ancora che sia i minori indagati che quelli già condannati erano tutti detenuti insieme e sotto le medesime condizioni, cosa che non agevolava in alcun modo l'eventuale reinserimento in società di minori già provenienti da ambienti emarginati. I giovani in questione, senza alcun tipo di educazione e senza alcun sostegno medico e psicologico durante la permanenza nell'Istituto, difficilmente, in seguito, avrebbero potuto giocare un ruolo attivo nella società, sviluppando un proprio progetto di vita⁵³⁰.

Come conseguenza di ciò, lo Stato del Paraguay venne ritenuto colpevole per aver violato, oltre all'art.19, anche gli artt. 4 (1), 5 (1), 5 (2), in relazione all'art. 1 (1) e gli artt. 2, 8 (1) e 25 della Convenzione Americana; oltre a ciò, i giudici di San José

⁵²⁶ ibid. para. 149

⁵²⁷ ibid. para. 160

⁵²⁸ ibid. para. 161

⁵²⁹ ibid. para. 166

⁵³⁰ ibid. para. 167-174

ordinarono allo Stato di porre in essere misure riparative nei confronti delle quasi trecento vittime e di approntare politiche statali di breve, medio e lungo termine, relativamente all'implementazione delle misure da attuare nei confronti dei minori detenuti e di adeguare le proprie pratiche a quelle contenute nella Convenzione Americana dei diritti umani⁵³¹.

3.3.1 Il diritto alla nazionalità e ad una uguale protezione.

Sempre nell'ambito del fenomeno delle violazioni strutturali, andiamo ora ad esaminare un caso in cui i giudici della Corte di San José hanno condannato lo Stato della Repubblica Dominicana⁵³².

Nel caso *Dilcia Yean e Violeta Bosico c. Repubblica Dominicana*, la Corte interamericana dei diritti umani ha analizzato il principio di non discriminazione nell'accesso alla cittadinanza⁵³³.

Questo caso è stato presentato innanzi alla Corte interamericana da due minori di origini haitiane, nate e cresciute all'interno del territorio della Repubblica Dominicana, alle quali era stata negata dallo Stato il diritto di cittadinanza: siffatto rifiuto aveva privato le ricorrenti del loro diritto all'educazione, dal momento che, come sottolinea la Commissione interamericana, «senza un certificato di nascita, non è possibile frequentare una scuola nella Repubblica Dominicana»⁵³⁴.

Le minori erano state praticamente relegate ad un "limbo legale"⁵³⁵ che le rendeva di fatto suscettibili di espulsione dal territorio del loro Paese.

La Commissione, nella sua denuncia, ha sostenuto che lo Stato, attraverso le proprie autorità dell'ufficio del registro avesse negato l'emissione dei certificati di nascita delle minori Yean e Bosico, pur essendo le stesse nate nel territorio di

⁵³¹ *ibid.* para. 340 (11)

⁵³² *Dilcia Yean e Violeta Bosico c. Repubblica Dominicana*, 8 settembre 2005, n. 130

⁵³³ Per un approfondimento in chiave critica circa i presupposti e i limiti del principio di non discriminazione nelle giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani v. A.E. Dulitzky, *El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana*, in, *Anuario de Derechos Humanos*, 2007, pp. 15-32.

⁵³⁴ *Dilcia Yean e Violeta Bosico c. Repubblica Dominicana*, cit. para 5

⁵³⁵ *ibid.* para. 180

uno Stato, come la Repubblica Dominicana, la cui Costituzione stabilisce il principio dello *ius soli*⁵³⁶, al fine di determinare la cittadinanza dominicana. La stessa Commissione ha rilevato che lo Stato ha costretto le presunte vittime a rimanere in una situazione di continua illegalità e vulnerabilità sociale: tali violazioni, continua la Commissione, acquisiscono una dimensione più grave quando si tratta di bambini, dal momento che la Repubblica Dominicana ha negato alle ricorrenti il loro diritto alla nazionalità ed ha mantenuto le stesse in condizione di apolidia fino al 25 settembre 2001. Secondo la Commissione, la minore Violeta Bosico non avrebbe potuto frequentare la scuola per un anno a causa della mancanza di un documento di riconoscimento. L'assenza di un qualsiasi procedura che consenta ad un individuo di impugnare una decisione dell'ufficio del registro davanti ad un giudice, e le azioni discriminatorie degli ufficiali di stato civile sono ritenute dalla Commissione come violazioni di alcuni specifici diritti sanciti dalla Convenzione⁵³⁷.

La Commissione, pertanto, ha chiesto alla Corte di condannare lo Stato a risarcire le minori offrendo loro pieno risarcimento per le presunte violazioni subite; la stessa ha anche chiesto allo Stato di adottare misure legislative o di altro tipo, necessarie a garantire il rispetto dei diritti sanciti dalla Convenzione e di stabilire linee guida contenenti requisiti ragionevoli per la registrazione tardiva della nascita senza imporre obblighi eccessivi o discriminatori, al fine di facilitare le registrazioni dei bambini dominico-haitiani⁵³⁸.

La Corte interamericana ha preliminarmente ribadito che il concetto di cittadinanza deve essere inteso come espressione giuridica di un legame di fatto tra l'individuo e lo Stato, che permette l'acquisizione di diritti e obblighi relativi

⁵³⁶ Il termine "*ius soli*" fa riferimento alla nascita di un soggetto sul "suolo", cioè sul territorio, dello Stato e si contrappone, nel novero dei mezzi di acquisto del diritto di cittadinanza, allo "*ius sanguinis*", imperniato invece sull'elemento della discendenza o della filiazione. Per i paesi che applicano lo *ius soli* è cittadino originario chi nasce sul territorio dello Stato, indipendentemente dalla cittadinanza posseduta dai genitori. La definizione è tratta da Approfondimento "Ius soli – Ius sanguinis" – Ministero dell'Interno, reperibile su http://www.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/temi/cittadinanza/ius_soli.html. Per un approfondimento sulle differenze tra lo "ius soli" e lo "ius sanguinis" e gli altri modi di acquisto della cittadinanza si suggerisce la lettura di Thomas Janoski, *The Ironies of Citizenship: Naturalization and Integration in Industrialized Countries*, Cambridge, 2010. Per una panoramica esaustiva del problema della cittadinanza in chiave comparativa si rinvia invece a F. Heckmann – D. Schnapper (ed.), *The integration of Immigrant in European Societies*, Stoccarda, 2003.

⁵³⁷ Dilcia Yean e Violeta Bosico c. Repubblica Dominicana, cit. para. 3

⁵³⁸ *ibid.*

all'appartenenza ad una comunità politica e che, pertanto, si pone come prerequisito per il godimento di tutti gli altri diritti⁵³⁹.

La Corte ha, inoltre, confermato che l'applicazione discriminatoria della legge sulla cittadinanza della Repubblica Dominicana, e tutta la regolamentazione inerente alla registrazione delle nascite, rendevano di fatto i minori di origini haitiana apolidi e, pertanto, incapaci di godere di una serie di diritti fondamentali come per esempio quello all'istruzione, al riconoscimento della personalità giuridica, al nome, all'equa tutela davanti alla legge, come sancito dalla Convenzione americana sui diritti dell'uomo.

In questo caso la Corte ha osservato che gli Stati, pur conservando il proprio diritto di regolamentare la cittadinanza, vedono ridursi la propria discrezionalità in questo settore, dovendo gli stessi tenere in considerazione le norme internazionali sui diritti umani, al fine di assicurare una migliore protezione agli individui. Pertanto, l'autorità degli Stati è limitata, da un lato, dal loro obbligo di fornire agli individui un'applicazione eguale ed effettiva della legge e, dall'altro, dal loro obbligo di prevenire, evitare e ridurre l'apolidia⁵⁴⁰.

La Corte interamericana dei diritti dell'uomo ha, pertanto, riconosciuto l'applicabilità del principio di non discriminazione in materia di attribuzione della nazionalità, ritenendo perentorio il principio giuridico della tutela eguale ed effettiva davanti alla legge: la stessa ha sottolineato che, nel disciplinare i meccanismi per la concessione di nazionalità, gli Stati sono obbligati ad astenersi dal produrre norme che abbiano effetti discriminatori su alcuni gruppi della popolazione nell'esercizio dei loro diritti⁵⁴¹.

All'interno della propria analisi, la Corte fa più volte riferimento al principio del superiore interesse del minore: da un punto di vista generale, i giudici di San José affermano che la prevalenza dell'interesse superiore del minore deve essere intesa come la necessità di soddisfare tutti i diritti dei bambini, ponendo obblighi in capo agli Stati e incidendo sull'interpretazione degli altri

⁵³⁹ *ibid.* para 136-137. Cfr. Caso Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), seconda fase. 6 Aprile 1955. Corte Internazionale di Giustizia. ICJ Repots 1955, p.23.

⁵⁴⁰ *ibid.* para 140. Cfr. tra gli altri art. 1(1) della Convenzione sulla riduzione dell'apolidia; art. 29 della Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, art.7 Convenzione ONU sui diritti dei minori e art. 7(1) e art. 24(3), della Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici.

⁵⁴¹ *ibid.* para 141

diritti stabiliti nella Convenzione; in aggiunta, lo Stato deve prestare particolare attenzione ai bisogni e ai diritti delle presunte vittime, in relazione alla loro condizione di bambine che appartengono a un gruppo vulnerabile⁵⁴². Nella fattispecie, pertanto, la Corte ritiene che lo Stato, considerando le esigenze delle bambine differenti da quelle degli altri coetanei dominicani, abbia agito arbitrariamente, senza utilizzare criteri ragionevoli e oggettivi, e in maniera contraria all'interesse superiore del minore, riservando alle minori di origini haitiane un trattamento discriminatorio. Questa situazione ha posto le stesse al di fuori del sistema giuridico dello Stato, rendendole di fatto apolidi, il che le pose in una situazione di estrema vulnerabilità, per quanto riguarda l'esercizio e il godimento dei loro diritti. Tenendo presente che le presunte vittime erano bambine, la Corte ritiene che la vulnerabilità derivante dalla apolidia abbia influenzato il libero sviluppo della loro personalità. La Corte rileva che, per ragioni discriminatorie e in contrasto con le norme nazionali pertinenti, lo Stato abbia violato gli articoli 20 e 24 della Convenzione Americana in relazione all'articolo 19 e anche in relazione all'articolo 1 (1) della Convenzione⁵⁴³.

La Corte osserva, infine, che la violazione del diritto alla nazionalità delle minori, la situazione di apolidia in cui a lungo rimasero e il mancato riconoscimento della loro personalità giuridica e del nome, snaturarono e negarono la proiezione esterna o sociale della loro personalità. Sulla base di ciò, i giudici ritennero che, privando le bambine della loro nazionalità, la Repubblica Dominicana avesse violato il diritto alla personalità giuridica e il diritto al nome, contenuti negli articoli 3 e 18 della Convenzione Americana, in relazione all'articolo 19, e anche in relazione all'articolo 1 (1) della Convenzione⁵⁴⁴.

Pertanto, tramite questo caso, la Corte interamericana sancisce che neanche una richiesta tardiva di dichiarazione di nascita può essere un ostacolo per il godimento del diritto di cittadinanza, in particolare per i dominicani di origine haitiana, che appartengono ad un settore vulnerabile della popolazione nella Repubblica Dominicana⁵⁴⁵.

⁵⁴² ibid. para 134

⁵⁴³ ibid. para 166-172

⁵⁴⁴ ibid. para 186-187

⁵⁴⁵ ibid. para 192

3.3.2 Quale protezione per i figli delle popolazioni indigene?

Il caso che ora andremo ad affrontare riguarda il ricorso presentato dalla comunità indigena dei Sawhoyamaxa contro lo Stato del Paraguay, colpevole di aver misconosciuto per oltre venti anni il diritto di proprietà della comunità sulle loro terre ancestrali⁵⁴⁶.

La comunità Sawhoyamaxa, infatti, aveva da sempre vissuto nel territorio paraguaiano del Chaco, una delle principali regioni geografiche dell'America Latina, a cavallo tra gli odierni territori di Argentina, Bolivia, Brasile e Paraguay, senza, tuttavia, vedere mai riconosciuto alcun diritto di proprietà.

Nel 1991, i membri della comunità avviarono un processo contro lo Stato paraguayano rivendicando le terre che furono costretti ad abbandonare anni addietro, vivendo in misere condizioni lungo i bordi di una superstrada, dopo che il loro territorio era stato acquistato dall'allevatore tedesco Heribert Roedel, proprietario della compagnia Liebig.

Il 15 maggio 2001, pertanto, i legali dell'ONG Tierraviva⁵⁴⁷, per conto dei membri della Comunità Sawhoyamaxa, presentarono un ricorso dinanzi alla Commissione interamericana sui diritti umani e la Commissione rinviò, a sua volta, il caso alla Corte il 3 febbraio 2005. Dal momento in cui furono costretti ad abbandonare la loro terra e durante tutte le tappe del processo nazionale e internazionale, i membri della comunità non hanno mai avuto accesso ai servizi essenziali come l'acqua, il cibo, i servizi sanitari, la scuola, versando, di fatto, in una situazione di continuo pericolo⁵⁴⁸.

Nel marzo 2006, la Corte ha riscontrato numerose violazioni della Convenzione americana sui diritti umani, in particolare degli articoli 8 e 25 (diritto alla tutela giurisdizionale e al giusto processo), l'articolo 21 (diritto di proprietà), l'articolo 4 (diritto alla vita) e l'articolo 3 (diritto al riconoscimento di fronte alla

⁵⁴⁶ *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, 29 Marzo 2006, Serie C no. 146

⁵⁴⁷ L'Organizzazione Tierraviva fa parte della Red-DESC, la rete internazionale per i diritti economici, sociali e culturali collegata ad oltre 270 ONG, movimenti sociali e attivisti di 70 Paesi, formando un movimento globale per rendere i diritti umani e la giustizia sociale una realtà fruibile da tutti. Per maggiori informazioni in merito alla missione agli obiettivi della Red-DESC v. <http://www.escri-net.org/>.

⁵⁴⁸ Cfr. *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, cit. para. 2

legge), il tutto in combinato disposto con l'articolo 1.1 (obbligo di rispettare i diritti).

La Corte ha ordinato, pertanto, al governo del Paraguay ad adottare tutte le misure necessarie per restituire alla comunità le proprie terre ancestrali entro tre anni, di istituire un fondo di sviluppo per la comunità da 1 milione di dollari amministrato da una comitato, ed un risarcimento per i danni morali, i costi e le spese sostenute, entro un anno. In aggiunta, un importo di 20.000 dollari doveva essere versato alle famiglie delle diciannove persone morte a causa dello sfollamento forzato della comunità; la Corte ha anche ordinato al governo di fornire beni e servizi di base e di attuare un sistema di comunicazione di emergenza nel periodo di transizione, prima che la comunità si potesse riappropriare della terra⁵⁴⁹. Il governo è stato anche costretto a rivelare la decisione nel suo bollettino nazionale e attraverso una trasmissione radio⁵⁵⁰.

Tuttavia, nel proprio rinvio alla Corte, la Commissione non ha mai fatto alcuna menzione dell'art. 19 (diritti del bambino) tra i presunti articoli che sarebbero stati violati dallo Stato del Paraguay nel caso di specie.

Ciononostante, la Corte interamericana nella sua decisione dedica due paragrafi proprio al diritto alla vita dei bambini: a detta dei giudici di San José, infatti, in capo allo Stato sussisterebbero, oltre agli obblighi nei confronti di qualsiasi persona, l'ulteriore obbligo di promuovere le misure di salvaguardia di cui all'articolo 19 della Convenzione Americana. Così, lo Stato deve svolgere in maniera più attenta e responsabile la sua particolare posizione di garante, e deve adottare misure speciali basate sul "*best interests of the child*": la situazione del minore, infatti, non può essere separata da quella, altrettanto vulnerabile, delle donne in gravidanza nella comunità. Gli Stati membri devono dedicare particolare attenzione e cura per proteggere questo gruppo di persone e devono adottare misure speciali per garantire assistenza alle donne, soprattutto durante la gravidanza, il parto, l'allattamento, nonché l'accesso ai servizi di assistenza medica adeguati⁵⁵¹.

Considerando quanto detto, la Corte ritiene che lo Stato abbia violato l'articolo 4 (1) della Convenzione americana, per quanto riguarda l'articolo 1 (1) della stessa, in quanto non ha adottato le misure positive necessarie e che si

⁵⁴⁹ Ibid. para. 219-227

⁵⁵⁰ Ibid. para. 236

⁵⁵¹ Ibid. para. 177

potavano ragionevolmente prevedere per prevenire o evitare il rischio del diritto alla vita dei membri della comunità Sawhoyamaxa; la Corte, inoltre, ritiene che la morte dei diciotto bambini membri della comunità, sia imputabile allo Stato, proprio per la mancanza di prevenzione, il che provoca anche la violazione dell'articolo 19 della Convenzione⁵⁵².

Alle stesse conclusioni perviene la Corte interamericana quattro anni più tardi in una sentenza gemella sempre contro il Paraguay⁵⁵³.

Questa volta i protagonisti della vicenda sono i membri della Comunità indigena Xákmok Kásek, che con un iter speculare a quello seguito dalla Comunità Sawhoyamaxa, iniziato nel 1986, hanno tentato dapprima di reclamare il diritto a riottenere le proprie terre ancestrali tramite il ricorso ai tribunali domestici, fino a quando nel 2001, grazie al sostegno dei legali di Tierraviva, hanno presentato una denuncia alla Commissione interamericana sui diritti umani. La Commissione, che aveva constatato la violazione degli obblighi internazionali da parte del governo paraguayano, ai sensi della Convenzione americana, in particolare per quanto riguarda i diritti di proprietà e la vita, presentava, nel luglio 2009, il caso alla Corte interamericana perché la stessa decidesse nel merito.

A differenza del caso Sawhoyamaxa, però, in questo caso è la stessa Commissione che chiede alla Corte di pronunciarsi per dichiarare la responsabilità dello Stato paraguayano per la violazione dell'art. 19 della Convenzione, oltre che dell' art. 3 (Diritto alla personalità giuridica), art. 4 (diritto alla vita), 8(1) (Diritto a un processo equo), art. 21 (Diritto di proprietà), e art. 25 (Diritto alla protezione giudiziaria) in relazione all'obbligo stabilito dagli art. 1 (1) e 2 della Convenzione⁵⁵⁴.

Senza entrare nel dettaglio della vicenda, dai connotati molto rilevanti rispetto alla lunga strada per l'ottenimento dei diritti delle popolazioni native in Sud America⁵⁵⁵, ai fini della nostra indagine è di fondamentale importanza rilevare

⁵⁵² Ibid. para. 178

⁵⁵³ Xákmok Kásek Indigenous Community v Paraguay, 24 Agosto 24, 2010, Serie C, No. 21.4

⁵⁵⁴ Xákmok Kásek Indigenous Community v Paraguay, cit. para. 3

⁵⁵⁵ La sentenza della Corte, infatti, è una conquista non solo per la Xákmok Kásek ma anche per la popolazione indigena del Paese nel suo complesso. I giudici della Corte riconoscono pubblicamente che il godimento del diritto di proprietà comunitaria per gruppi indigeni del Paese non va guardata solo dal punto di vista della mera mancata produttività della terra ma bisogna considerare anche la speciale relazione che sussiste tra i membri della comunità e la terra reclamata: per i membri della Comunità Kásek Xákmok, le caratteristiche culturali come propria

che la Corte, rispondendo allo Stato che asseriva nelle proprie difese di aver operato una “cura integrale” nei confronti dei minori nel caso di specie e di non essere in nessun modo responsabile riguardo alle presunte lesioni dell’art. 19 della Convenzione, afferma che la prevalenza del principio del superiore interesse del minore va intesa come l’obbligo di garantire tutti i diritti e le necessità dei minori causate da speciali situazioni di vulnerabilità. La Corte sottolinea che l’offerta di istruzione e di assistenza sanitaria per i bambini presuppone differenti misure di protezione e che queste costituiscono i pilastri fondamentali per garantire il godimento di una vita dignitosa ai i bambini che, a causa della loro situazione, spesso non hanno i mezzi adeguati per esercitare efficacemente i propri diritti⁵⁵⁶.

Pertanto, la responsabilità dello Stato consiste nel fatto che lo stesso abbia permesso che i bambini versassero in uno stato di mal nutrizione, senza fornire loro accesso al cibo e all’acqua, il che ha inciso enormemente sullo sviluppo degli stessi, e nel fatto che la mancanza di cure mediche e delle opportune vaccinazioni ha portato alla morte undici bambini, membri della comunità⁵⁵⁷.

Altro passaggio rilevante è quello relativo al diritto all’identità culturale dei bambini indigeni: la Corte rammenta che l’art. 30 della Convenzione ONU sui diritti dell’infanzia, stabilisce un obbligo complementare e aggiuntivo che fornisce ulteriore contenuto all’art. 19 della Convenzione Americana, e che consiste nell’obbligo di promuovere e proteggere il diritto dei bambini indigeni a vivere secondo la propria cultura, a professare la propria religione ed a utilizzare la propria lingua. A tal proposito, la Corte ritiene che la perdita delle pratiche tradizionali, come l’iniziazione rituale dei maschi e delle femmine e come i linguaggi della Comunità, così come i danni derivanti dalla mancanza della terra, hanno influenzato l’identità culturale e lo sviluppo dei bambini della comunità, i quali non saranno in grado di sviluppare quel rapporto speciale con il loro territorio tradizionale e le loro usanze culturali, se le misure necessarie non

lingua (Sanapaná e Enxet), i loro rituali sciamanici, i loro rituali di iniziazione maschili e femminili, la loro conoscenza sciamanica ancestrale, il loro modo di commemorare i loro morti, e il loro rapporto con il terra sono essenziali per la loro cosmovisione e particolare modo di vivere. Tutte queste caratteristiche e le pratiche dei membri della comunità culturale sono stati fortemente lese dalla mancanza di accesso alle loro terre ancestrali. (cfr. para. 176-177)

⁵⁵⁶ *Xákmok Kásek Indigenous Community v Paraguay*, cit., para. 257-258

⁵⁵⁷ *Ibid.* 259-260

verranno implementate al fine di garantire il godimento di tali diritti⁵⁵⁸.

La sentenza in questione ha, quindi, individuato le carenze della legislazione del Paraguay nella risoluzione delle rivendicazioni territoriali degli indigeni: i giudici della Corte hanno ritenuto che la responsabilità internazionale dello Stato sia dipesa dal fatto che lo Stato avesse omesso di adeguare le proprie leggi, al fine di garantire il diritto delle comunità indigene alla proprietà del loro territorio tradizionale, e dal fatto che le pratiche istituzionali limitassero e non riuscissero a garantire pienamente l'effettiva applicazione delle leggi stabilite formalmente per garantire i diritti dei membri delle comunità indigene. A parere della Corte, infine, l'interesse sociale della proprietà per le comunità indigene dovrebbe riflettersi sia a livello sostanziale che procedurale: lo Stato deve, pertanto, adottare nel proprio ordinamento, i provvedimenti legislativi, amministrativi e qualsiasi altra misura idonea ad istituire un sistema efficace, affinché i popoli indigeni possano rivendicare le loro terre ancestrali e tradizionali, permettendo loro di esercitare a pieno il diritto di proprietà⁵⁵⁹.

3.3.3 Minori indigeni ed obblighi dello Stato nei procedimenti penali.

Il caso Rosendo Cantú e altri c. Messico⁵⁶⁰, si riferisce alla presunta responsabilità internazionale dello Stato per stupro e tortura a scapito di Valentina Rosendo Cantú, diciassettenne indigena messicana, avvenuta il 16 febbraio del 2002: lo Stato messicano, secondo la Commissione interamericana, è responsabile della mancanza di diligenza nella ricerca e nella condanna dei responsabili di questi eventi, per le conseguenze patite dalla figlia della presunta vittima, per la mancanza di un adeguato risarcimento per la stessa e per la sua famiglia, per l'uso di tribunali militari per gli indagini e per il perseguimento delle violazioni dei diritti umani: più in generale, lo Stato è responsabile per le difficoltà che i popoli indigeni devono affrontare per permettere alle donne di accedere alla

⁵⁵⁸ Ibid. 261-263

⁵⁵⁹ Ibid. 309-310

⁵⁶⁰ Rosendo Cantú e altri c. Messico, 31 Agosto de 2010. Serie C No. 216.

giustizia ed ai servizi sanitari⁵⁶¹.

I fatti di questo caso si verificarono in un contesto di significativa presenza militare nello Stato del Guerrero (situato nella parte sud-occidentale del Paese), volta a sopprimere attività illegali quali la criminalità organizzata: in questo Stato, una percentuale significativa della popolazione appartiene alle comunità indigene, che conservano la propria identità e le tradizioni culturali e vivono in comuni con un grande tasso di emarginazione e di povertà.

La ricorrente è una donna indigena appartenente alla comunità Me'phaae e all'epoca dei fatti, pur essendo ancora minorenne, era già sposata e aveva una figlia. Il 16 febbraio 2002, Valentina Rosendo Cantú si trovava presso un torrente vicino casa dove si apprestava a fare un bagno, allorquando otto soldati, accompagnati da un civile appena arrestato, lei si avvicinarono e la circondarono. Due di loro la interrogarono mostrandole alcune foto di uomini incappucciati (*los encapuchados*) ed un elenco di nomi, mentre uno di loro le teneva puntata un'arma da fuoco, chiedendole di fornire dettagli utili al rinvenimento degli uomini. Dal momento che la ragazza si rifiutò di dare informazioni ai militari, uno di questi la colpì allo stomaco con un'arma da fuoco facendola cadere a terra: dopo una serie di maltrattamenti, la minorenne venne brutalmente e ripetutamente violentata⁵⁶².

Sia la vittima che suo marito presentarono una serie di ricorsi per denunciare l'accaduto al fine di identificare e punire i responsabili dello stupro: tuttavia, l'inchiesta venne presto deferita ai tribunali militari, che decisero di archiviare il caso⁵⁶³.

La Corte interamericana ha affermato che nel caso di specie, il riconoscimento della responsabilità dello Stato è stata chiara e specifica per quanto riguarda la mancanza di misure speciali in favore della signora Rosendo Cantú, dato il suo status di minorenne all'epoca dei fatti: i giudici, pertanto, sanciscono la responsabilità internazionale dello Stato per la violazione dei diritti del minore di cui all'articolo 19 della Convenzione americana. Tuttavia, la Corte ritiene opportuno aggiungere alcune importanti considerazioni: a detta dei giudici infatti, in conformità con i suoi obblighi derivanti dal trattato, lo Stato avrebbe dovuto adottare misure speciali in favore della signora Rosendo Cantú, non solo al

⁵⁶¹ Cfr. Rosendo Cantú e altri c. Messico, cit., para. 2

⁵⁶² Ibid. para 73

⁵⁶³ Ibid. para. 144-145

momento del deposito della denuncia penale, ma anche durante il tempo in cui, in qualità di minorenne, la ricorrente è stata coinvolta nelle indagini del reato di cui era vittima, considerando soprattutto la sua condizione di persona indigena: secondo la Corte, il dovere di tutelare l'interesse superiore dei minori nel corso di un procedimento in cui gli stessi sono parte può implicare, tra l'altro, i) l'obbligo di fornire le informazioni ed implementare le procedure appropriate, adattando queste alle particolari esigenze di ogni bambino e garantendo che i minori abbiano assistenza in ogni momento; ii) nei casi in cui i minori siano state vittime di reati come quello di abuso sessuale o altre forme di maltrattamento, bisogna garantire loro il diritto di essere ascoltati, garantendo la loro piena tutela, assicurandosi che il personale sia formato in maniera idonea per rapportarsi con i minori e che l'ambiente in cui avvengono gli interrogatori sia sicuro e non intimidatorio, ostile, insensibile o inadeguato iii) per quanto possibile, poi, bisogna assicurarsi che i minori non siano interrogati più di quanto effettivamente necessario per evitare agli stessi un impatto traumatico⁵⁶⁴.

Dal quadro appena descritto risulta evidente come i giudici della Corte abbiano adottato un approccio pragmatico e al contempo altamente rispettoso di tutti i diritti e gli interessi del minore in concreto: ed invero, i giudici di San José, nel caso di specie, non si sono limitati ad enunciare il principio del superiore interesse del minore come una mera dichiarazione di intenti in astratto ma sono arrivati finanche a specificare le modalità attuative alle quali, sia i giudici che le altre figure professionali coinvolte, devono attenersi per non incorrere in una violazione dei diritti dei soggetti minori di età e, quindi, dell'art. 19 della Convenzione americana.

3.4 I “nuovi diritti” e l’*Interés superior del niño*: l’ottica della Corte interamericana dei diritti dell’uomo.

Abbiamo fino ad ora analizzato due ambiti d’indagine in cui la Corte interamericana dei diritti dell’uomo si è avvalsa dell’utilizzo del principio del superiore interesse del minore e, più precisamente, quello relativo alle *gross and systematic violations* e quello relativo alle *structural violence*: nel primo caso abbiamo

⁵⁶⁴ Ibid. para. 201

assistito al fenomeno degli omicidi e delle sparizioni di massa, in cui la Corte si è pronunciata anche in merito alla violazione dei diritti dei bambini; nel secondo caso abbiamo visto, invece, il ruolo che svolge il principio del superiore interesse del minore in quelle situazioni in cui è la stessa organizzazione istituzionale che consente le violazioni dei diritti e delle libertà fondamentali di alcuni gruppi della popolazione (come per esempio gli indigeni) a causa dell'esistenza di alcuni vuoti legislativi o di vere e proprie falle nel sistema procedurale.

Adesso andremo ad esaminare un terzo campo di indagine che, come vedremo, è quello che risulta avere i maggiori punti di contatto con il contesto in cui si inseriscono le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo precedentemente esaminate, dal momento che i casi che andremo ad analizzare fanno riferimento alla connessione tra il superiore interesse del minore e l'esercizio dei così detti "nuovi diritti".

3.4.I Interesse superiore del minore e genitore omosessuale

La prima occasione in cui la Corte interamericana si è trovata ad affrontare la problematica relativa ai diritti del minore in connessione alle istanze avanzate da un genitore omosessuale coincide con il caso *Atala Riffo e figlie c. Cile*⁵⁶⁵

Il caso è molto complesso sia dal punto di vista fattuale che procedurale, pertanto, è opportuno analizzarlo in maniera esaustiva e nel dettaglio.

I fatti del caso *de quo*, riguardano il procedimento di affidamento e custodia presentato dinanzi ai giudici cileni dal sig. Jaime López padre delle minori M., V. e R. contro Karen Atala Riffo, basato sul fatto che, a detta del ricorrente, il fatto che la madre fosse omosessuale e che quest'ultima visse con un'altra persona dello stesso sesso avrebbe provocato un grave danno alle tre minori. A questo proposito, la Corte doveva decidere, tra l'altro, anche in merito alla responsabilità internazionale dello Stato per il presunto trattamento discriminatorio e per le interferenze arbitrarie subite nella propria vita privata e familiare dalla signora Atala Riffo, dal momento che a casusa del suo orientamento sessuale, nel processo giudiziario interno, le venne revocata la custodia delle sue figlie. A tal fine, la Corte ha analizzato, tra gli altri, gli argomenti addotti dai giudici nella sentenza della

⁵⁶⁵ *Atala Riffo e figlie c. Cile* 24 Febbraio 2012. Serie C. No. 239

Corte Suprema cilena e quelli contenuti nella decisione di custodia provvisoria emanata dal Tribunale per i minori di Villarrica⁵⁶⁶.

Così, i giudici di San José preliminarmente ricordano che la Corte svolge un ruolo sussidiario e non ha la funzione di Tribunale di "quarto grado": per questo motivo, non spetta ad essa determinare chi, tra la madre e il padre delle bambine, offrisse alle minori un luogo più idoneo al loro sviluppo, né tantomeno decidere in merito alla custodia di M. e R. V., tutti aspetti che esulano dall'oggetto del presente caso⁵⁶⁷.

Ripercorrendo le tappe del processo interno, la Corte interamericana si sofferma maggiormente sulla sentenza espressa il 31 maggio 2004 dalla Quarta Sezione della Corte Suprema del Cile la quale, accogliendo l'istanza del ricorrente, assegnava l'affidamento permanente delle minori al padre: in tale sentenza, la Corte Suprema affermava che *«in tutte le decisioni che coinvolgono bambini, è fondamentale favorire l'interesse superiore del minore rispetto a tutte le altre considerazioni e anche ai diritti dei genitori, e questo può anche rendere necessario la separazione di questi ultimi dai propri figli»*⁵⁶⁸.

La Corte Suprema basava la sua decisione sui seguenti motivi: i) si era deciso di prescindere dalla prova testimoniale a causa del danno che avrebbero potuto subire le minori dal punto di vista sociale, familiare ed educativo, dal momento che la madre aveva cominciato a vivere in casa con la sua partner omosessuale. ii) le testimonianze di persone vicine alle bambine, come quella di alcune domestiche, facevano riferimento a giochi ed atteggiamenti delle minori che manifestavano confusione in merito alla sessualità materna; iii) La signora Atala aveva anteposto i propri interessi a quelli delle figlie, soprattutto da quando aveva iniziato la convivenza con la sua partner omosessuale, nella stessa casa in cui le figlie erano cresciute; iv) la possibile confusione dei ruoli sessuali che poteva procurare la mancanza di una figura maschile in casa e la sua sostituzione con un'altra persona di genere femminile, metteva a rischio lo sviluppo integrale delle bambine che invece doveva essere protetto⁵⁶⁹.

Infine, i giudici aggiunsero anche l'ambiente familiare particolare, che

⁵⁶⁶ Atala Riffo e figlie c. Cile, cit., para. 31-58

⁵⁶⁷ *Ibi.*, para. 65

⁵⁶⁸ *Ibi.*, para. 55

⁵⁶⁹ *Ibi.*, para. 56

differiva in modo così significativo da quello dei compagni di scuola o di vicinato in cui le minori era inserite, esponeva le stesse ad essere oggetto di isolamento e discriminazione. Pertanto, la Corte Suprema rilevava che l'esistenza di tali condizioni costituiva "causa qualificata" di conformità ai sensi dell'articolo 225 del codice civile, per giustificare l'assegnazione della custodia al padre, in quanto la situazione così descritta presentava il rischio di danni che sarebbero potuti diventare irreversibili per gli interessi delle minori, la cui protezione doveva essere anteposta ad ogni altra considerazione⁵⁷⁰.

E' evidente, pertanto, che la Corte Suprema cilena abbia incentrato tutta la propria motivazione sulla tutela dell'interesse superiore delle minori, e tale elemento risulta così rilevante da porre in secondo piano tutte le valutazioni relative al diritto all'uguaglianza e alla non discriminazione della signora Atala Riffo, nel caso di specie.

La Corte interamericana, tuttavia, pur partendo dai medesimi presupposti espressi nella sentenza del tribunale cileno, arriverà ad esprimere conclusioni diametralmente opposte.

Innanzitutto, per quanto riguarda il diritto alla non discriminazione, la Corte ricorda che l'orientamento sessuale e l'identità di genere sono categorie protette dalla Convenzione americana sotto il termine "altra condizione" di cui all'articolo I.1 della Convenzione: pertanto è proibita dalla Convenzione qualsiasi regola, atto o pratica discriminatoria in base all'orientamento sessuale della persona⁵⁷¹.

Successivamente, la Corte dedica un intero paragrafo al principio dell'interesse superiore del minore e alle ipotesi di rischio.

I giudici rilevano che l'obiettivo generale di tutelare gli interessi del bambino è, in sé, un obiettivo legittimo ed è anche imperativo. Allo stesso modo, però, la Corte affermava che la determinazione dell'interesse superiore del minore, in caso di affidamento e custodia dei minori, deve essere effettuata a partire dalla valutazione dei comportamenti genitoriali specifici e del loro impatto positive o negativo sul benessere e sullo sviluppo del bambino nel caso di specie: a tal fine, è necessario valutare i danni reali e i rischi comprovati, non anche quelli

⁵⁷⁰ Atala Riffo e figlie c. Cile, cit., para. 56-57

⁵⁷¹ Atala Riffo e figlie c. Cile, cit., para. 77

speculativi o ipotetici. Pertanto, non possono essere ammesse speculazioni, ipotesi, stereotipi o considerazioni generalizzate sulle caratteristiche personali dei genitori o decisioni legate ad un determinato concetto tradizionale della famiglia⁵⁷².

La Corte ha rilevato che, in astratto, l'interesse superiore del minore persegue un obiettivo legittimo, ma che, tuttavia, il semplice riferimento ad esso senza provare, in concreto, i rischi e i danni derivanti dall'orientamento sessuale di un genitore, non può essere ritenuta una misura adeguata per comprimere il diritto alla non discriminazione dello stesso, sulla base dell'orientamento sessuale: il superiore interesse del minore, pertanto, non può essere utilizzato per coprire le discriminazioni contro una madre o un padre a causa dell'orientamento sessuale di una di essi. Di conseguenza, il giudice non può prendere in considerazione questo status sociale in astratto come elemento per decidere in merito all'affidamento o alla custodia⁵⁷³.

La Corte ha aggiunto, poi, che una decisione che parta da presunzioni non comprovate sulla capacità ed idoneità genitoriale, nel riuscire a promuovere il benessere e lo sviluppo dei bambini, non è adeguata al fine di garantire il pur legittimo obiettivo di tutelare l'interesse superiore del minore. I giudici hanno ritenuto, pertanto, che non siano ammissibili considerazioni basate su stereotipi riguardanti l'orientamento sessuale, cioè, preconcetti in merito alle qualità, ai comportamenti o alle caratteristiche possedute da due omosessuali o in merito all'impatto che presumibilmente queste avrebbero potuto avere sui minori. La Corte passa, poi, ad analizzare singolarmente le quattro motivazioni addotte dalla

⁵⁷² Ibi. Para. 107-109. Per corroborare la propria tesi i giudici della Corte interamericana fanno riferimento a molteplici casi tratti da una variegata giurisprudenza. I giudici citano una serie di fattispecie relative a situazioni e sistemi giuridici molto differenti tra loro e più precisamente 1) un caso australiano "*Marriage of C. and J.A. Doyle*", (1992) 15 Fam. L.R. 274 - 277 ("lo stile di vita dei progenitori non è rilevante se non vengono considerate le conseguenze che questo ha sul benessere del bambino"); 2) un caso della Corte Suprema delle Filippine, "*Joycelyn Pablo-Gualberto v. Crisanto Rafaelito Gualberto*", G.R. No. 156254 del 28 Giugno 2005, nel quale si afferma che "la preferenza sessuale di per sé non dimostra l'incompetenza genitoriale di esercitare la custodia sui minori. Al fine di togliere la custodia alla moglie, il marito deve chiaramente dimostrare che la morale di quest'ultima abbia avuto un effetto che sia contrario al benessere del minore o non abbia permesso all'altro coniuge di esercitare un'adeguata cura parentale"; un caso della Corte Costituzionale del Sudafrica, "*Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others*" (CCT40/01) [2002] ZACC 20; 2002 (10) BCLR 1006; 2003 (2) SA 198 (CC) (10 Settembre 2002), "Si consente l'adozione di minori da parte di coppie dello stesso sesso considerando che ciò non influenzerà gli interessi del bambino", dello stesso avviso, Corte Costituzionale del Sudafrica, "*J and Another v Director General*", Department of Home Affairs and Others (CCT46/02) [2003] ZACC 3; 2003 (5) BCLR 463; 2003 (5) SA 621 (CC) (28 Marzo 2003).

⁵⁷³ Ibi. Para. 110

Corte suprema cilena che avevano legittimato la decisione di affidare la custodia esclusivamente al padre e più precisamente 1) la presunta discriminazione sociale; 2) la presunta confusione dei ruoli; 3) il presunto interesse della madre anteposto a quello delle figlie; 4) il presunto diritto delle minori ad una famiglia “normale e tradizionale”⁵⁷⁴.

In merito alla presunta discriminazione sociale che i minori avrebbero subito a causa della convivenza con due persone omolesbiche, la Corte afferma che è compito degli Stati quello di aiutare il progresso sociale per evitare il rischio di legittimare e consolidare le varie forme di discriminazione in violazione dei diritti umani. Per quanto riguarda l'argomento secondo cui l'interesse superiore del minore può essere influenzato dal rischio del rifiuto da parte della società, la Corte ha ritenuto che un eventuale stigma sociale a causa dell'orientamento sessuale della madre o del padre non può essere considerato un danno valido ai fini della determinazione dell'interesse superiore del minore. Se i giudici che analizzano casi come quello in oggetto confermano l'esistenza di una discriminazione sociale, una tale conclusione è totalmente inaccettabile per legittimare la discriminazione a motivo della tutela dell'interesse superiore del minore. Pertanto, secondo la Corte, l'argomento della possibile discriminazione sociale non era adeguato al fine di soddisfare lo scopo dichiarato, cioè quello di tutelare l'interesse superiore delle minori M., V. e R⁵⁷⁵.

Di fronte alla presunta confusione di ruoli che si sarebbe potuta ingenerare nelle tre minori, a causa della convivenza della loro madre con una partner dello stesso sesso, la Corte rileva che, nel caso del divieto di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, qualsiasi limitazione di un diritto richiede una motivazione molto rigorosa, comportando anche l'inversione dell'onere della prova, il che significa che spetta allo Stato dimostrare che la decisione giurisdizionale si è basata sull'esistenza di un danno specifico e reale nello sviluppo delle bambine. Ciò richiede che venga specificamente definito il nesso di causalità tra il comportamento della madre o il padre e il presunto impatto negativo sullo sviluppo del bambino. In caso contrario, si corre il rischio di basare la decisione sul preconcetto che i bambini cresciuti da coppie omosessuali

⁵⁷⁴ Ibi. Para. III-II4

⁵⁷⁵ Ibi. Para. I22

avrebbero necessariamente difficoltà nel definire i ruoli di genere o il sesso.

Al fine di corroborare la propria tesi, i giudici si servono di una sentenza emessa dalla Corte di Giustizia messicana sul diritto del partner omosessuale ad adottare minori⁵⁷⁶ nella quale venne considerato rilevante il fatto che i ricorrenti non avessero dimostrato empiricamente, sulla base di documenti ed analisi scientifiche, la supposta lesione dell'interesse superiore del minore: al contrario, secondo i giudici messicani, a partire da studi scientifici esistenti in merito all'impatto dell'orientamento sessuale sullo sviluppo dei bambini, non può affermarsi in nessun modo un'ipotesi generale di influenza negativa sullo sviluppo dei minori che vivono con genitori omosessuali.

Ed infine, anche i periti della Commissione interamericana apportarono una serie di informazioni scientifiche per concludere che la convivenza delle minori con i genitori dello stesso sesso non porta di per sé nessun danno psicologico per lo sviluppo del minore⁵⁷⁷.

Pertanto, i giudici di San José concludono che la Corte Suprema cilena non ha effettuato un rigoroso test di analisi a supporto della supposta lesione subita dalle tre minori a causa della convivenza della madre con una partner dello stesso sesso⁵⁷⁸.

Per quanto riguarda la presunta prevalenza degli interessi della signora Atala, la Corte ha indicato che la portata del diritto alla non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale non si limita allo status di omosessuale in sé, ma include le necessarie conseguenze sul progetto di vita di una persona.

In questo senso, l'orientamento sessuale di una persona è legato anche al concetto di libertà e alla possibilità di ogni essere umano di autodeterminarsi e

⁵⁷⁶ cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 DE.

⁵⁷⁷ Il perito fa riferimento ad uno studio dell'*American Psychology Association* per affermare che "Non vi è alcuna prova scientifica che la capacità genitoriale sia legata all'orientamento sessuale dei genitori: le madri e i padri omosessuali, esattamente come le madri e i padri eterosessuali sono in grado di fornire un ambiente sicuro e di supporto per i loro figli e [...] la scienza ha dimostrato che l'adattamento, lo sviluppo e il benessere psicologico dei bambini non sono legati all'orientamento sessuale dei genitori, e che i figli di genitori gay hanno le stesse possibilità di sviluppo di quelli di genitori eterosessuali". Il testo è tratto da *American Psychology Association, Policy Statement on Sexual Orientation, Parents, & Children, Adopted* dell' *APA Council of Representatives*, 28/30 Luglio 2004. Disponibile in: <http://www.apa.org/about/governance/council/policy/parenting.aspx>

⁵⁷⁸ Atala Riffo e figlie c. Cile, cit., para. 131

effettuare scelte che diano senso alla propria vita e, dal momento che l'orientamento sessuale è una componente essenziale dell'identità personale, non era ragionevole esigere che la signora Atala rinunciassse al suo progetto di vita e di famiglia: pertanto, non può essere considerato riprovevole e legalmente condannabile, che la signora Atala abbia deciso di ricostruire la propria vita dal momento che questo non ha arrecato alcun danno alle bambine.

Concludendo, i giudici della Corte ritengono che richiedere alla madre di condizionare le sue scelte di vita implica un uso inappropriato e "tradizionale" sul ruolo sociale delle donne: queste, in qualità di madri, avrebbero come responsabilità principale quella di educare i propri figli, e in base a questo esse dovrebbero sacrificare una parte essenziale della loro identità. Tuttavia, la Corte ha dichiarato che una tale motivazione non è accettabile e non soddisfa l'obiettivo di tutelare l'interesse superiore delle tre bambine⁵⁷⁹.

Infine, rispetto all'ultima motivazione addotta dalla Corte suprema cilena secondo la quale la condotta della signora Atala avrebbe «*disconosciuto il diritto preferenziale delle minori a vivere e svilupparsi in una famiglia strutturata normalmente e apprezzata nell'ambiente sociale, secondo il modello tradizionale*»⁵⁸⁰, la Corte rileva che la Convenzione non individua un concetto di famiglia chiuso, né tanto meno definisce e tutela solamente un modello tradizionale della stessa. Il concetto di vita familiare non si limita solo al matrimonio e deve comprendere tutti gli altri legami familiari con cui le parti stabiliscono una vita in comune anche fuori dal matrimonio. Nel presente caso, i giudici sottolineano che il linguaggio utilizzato dalla Corte Suprema del Cile sulla presunta necessità per le ragazze di crescere in una "famiglia tradizionale" e non in una "famiglia eccezionale" riflette una percezione limitata e stereotipata del concetto di famiglia che non ha alcun fondamento nella Convenzione, non esistendo uno specifico modello di famiglia (appunto una "famiglia tradizionale")⁵⁸¹.

Considerato quanto innanzi, la Corte conclude che, avendo posto alla base della sua decisione, l'orientamento sessuale della madre, la decisione della Corte Suprema ha discriminato, a sua volta, le tre bambine, dal momento che la stessa ha preso in considerazione elementi che non sarebbero stati utilizzati se il

⁵⁷⁹ Ibid. 132-140

⁵⁸⁰ Sentenza della Corte Suprema di Giustizia del Cile, 31 Maggio 2004.

⁵⁸¹ Ibid. 141-145

processo di custodia fosse stato tra due genitori eterosessuali. Inoltre, la discriminazione contro la madre ha avuto un impatto negativo sulle bambine, dal momento che le stesse, furono separate dalla madre a causa dell'orientamento sessuale della stessa. Pertanto, la Corte ha concluso che lo Stato cileno ha violato l'articolo 24, in combinato disposto con gli articoli 19 e 1.1 della Convenzione americana a scapito delle minori M., R., V⁵⁸².

Molto rilevante è il fatto che, tra le forme ordinarie di riparazione ordinate allo Stato cileno, la Corte interamericana abbia ordinato, entro un termine ragionevole, l'instaurazione di programmi statali permanenti e corsi d'istruzione e di formazione per i funzionari pubblici a livello regionale e nazionale, e in particolare per gli ufficiali giudiziari di tutte le aree della magistratura, in particolare su i) I diritti umani, l'orientamento sessuale e la non discriminazione; ii) la tutela dei diritti della comunità LGBT, e iii) la discriminazione e il superamento degli stereotipi di genere contro le persone LGBT⁵⁸³.

Lo Stato cileno, pertanto, nel caso di specie, avrebbe utilizzato il principio dell'interesse superiore del minore come pretesto per legittimare la violazione di altri diritti⁵⁸⁴.

Appare abbastanza evidente come l'approccio seguito dai giudici di San José ricalchi abbastanza fedelmente l'iter argomentativo seguito dalla Corte

⁵⁸² Ibid. 155

⁵⁸³ Ibid. 271.

⁵⁸⁴ L'affermazione è di J. L. Villena, *Algunas consideraciones sobre el interes superior del niño que el sistema interamericano de derechos humanos debe tener en cuenta*, in AA.VV., *El derecho como campo de lucha: orientación sexual e identidad de género*, Lima, 2008, p. 46. Altri in dottrina sottolineano che l'argomento dell'interesse superiore del minore non può essere utilizzato come un "jolly" per perpetrare determinate discriminazioni. Sull'argomento v. F.Z. Urbina, *Comentario a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Ata la Riffo y niñas vs. Chile" de 24 de Febrero de 2012*, in 1, *Estudios Constitucionales*, 2012, p. 464, che afferma come «el interés superior del niño», no es un comodín o excusa para decidir acerca de la custodia y tuición de los niños, comodín empleado por la Corte Suprema (cons. 107 y siguientes) y que le sirve a su argumentación (cons. 113). La CIDH apunta a un problema toral, un ámbito del derecho de familia que se plasma normativamente en una cierta "moral pública", y es que tal moralidad desencadenante de discriminación social de las menores, no puede ser la excusa de un Tribunal para perpetuar "tratos discriminatorios", ya que el Estado, en materia de Derechos Humanos, tiene roles negativos, de respeto o protección y positivos de promoción de derechos y sus garantías».

europea dei diritti dell'uomo⁵⁸⁵: infatti, espliciti e molteplici sono i riferimenti alle pronunce della Corte di Strasburgo, tra cui si segnala il riferimento al caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*⁵⁸⁶. nel quale

In questo caso, infatti, per la prima volta viene affermato che la negazione dell'affidamento di un minore, giustificato dall'orientamento sessuale del genitore, comporta la violazione del diritto al rispetto della vita familiare dello stesso: da questo momento in poi, il fattore dell'"orientamento sessuale" venne, di fatto, incluso dai giudici di Strasburgo tra le "altre condizioni" passive di discriminazione ai sensi dell'art. 14 CEDU⁵⁸⁷.

Anche altri importanti riferimenti a sentenze della Corte europea sono stati citati dai giudici di San José, come ad esempio quella relativo al caso *Clift c. Regno Unito*, in cui viene affermato che l'orientamento sessuale è considerato come caratteristica personale ovvero inerente alla natura della persona⁵⁸⁸; oppure il riferimento al caso *Karmer c. Austria* in cui la Corte ha affermato che lo scopo di proteggere la famiglia in senso tradizionale è un argomento piuttosto astratto e che, quando si opera una differenza di trattamento basata sul sesso o sull'orientamento sessuale, il principio di proporzionalità richiede di dimostrare che l'esclusione di questa categoria di persone si sia resa necessaria, al fine di conseguire un determinato obiettivo⁵⁸⁹.

Tuttavia, come avremo modo di precisare più avanti, le premesse sociali e culturali che caratterizzano i due sistemi internazionali (quello europeo e quello latinoamericano) avrebbero dovuto suggerire ai giudici della Corte interamericana un approccio differente nel caso di specie.

⁵⁸⁵ Sulla tendenza della Corte interamericana a citare la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nelle proprie argomentazioni si rinvia all'organico lavoro di T. Groppi – A.M. Lecis Cocco-Ortu, *Le citazioni reciproche tra la corte europea e la corte interamericana dei diritti dell'uomo: dall'influenza al dialogo?*, 25 Settembre 2013, in www.federalismi.it

⁵⁸⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, 21 dicembre 1999.

⁵⁸⁷ Cfr. *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, cit., para. 28

⁵⁸⁸ Cfr. *Clift c. Regno Unito*, 22 Novembre 2010, para. 57

⁵⁸⁹ Cfr. *Karner c. Austria*, 24 Luglio 2003, para. 41

3.4.2 Interesse superiore del minore, tra adozione e monogenitorialità.

Il caso che siamo in procinto di analizzare, invece, fa riferimento ad una situazione di conflitto creatasi tra il diritto soggettivo di un padre alla custodia della propria figlia e gli interessi di quest'ultima.

I fatti del caso *de quo* risalgono al giugno del 2000⁵⁹⁰: in seguito ad una relazione occasionale con il sig. Fornaròn, la sig.ra Enriquez dà alla luce una bambina (M). Interrotti ben presto i rapporti tra i due, la madre della bambina decide, senza il consenso del padre, di affidare la minore ad una famiglia unita matrimonio per il tramite del "Difensore d'ufficio dei poveri e dei minori" della città di Victoria: la madre della minore esprimeva la volontà di procedere all'affido provvisorio della figlia in vista di una futura e definitiva adozione da parte della coppia affidataria e chiedeva, tuttavia, di rimanere nel totale anonimato. Inoltre, la stessa negava che la minore fosse figlia del sig. Fornaròn. Quest'ultimo, tuttavia, in seguito all'esame del DNA riuscì a dimostrare di essere il padre biologico della bambina e, in data 18 Luglio 2000, si presentò dinanzi al Registro dello Stato civile per riconoscere sua figlia.

Da questa vicenda scaturì una serie sterminata di vicende giudiziarie di vario genere, e più precisamente 1) una causa penale sulla presunta soppressione di stato civile; 2) una causa civile sulla custodia della minore; 3) una causa civile sul diritto di visita; 4) una causa civile sull'adozione definitiva⁵⁹¹.

Nel Marzo 2011, il Giudice di Primo grado, su consiglio del Tribunale dei minori ordinò una perizia per comprendere quali danni avrebbe potuto subire la minore qualora fosse stata riconsegnata al padre biologico: la relazione conclusiva attestò il trasferimento della bambina dalla famiglia affidataria ad una persona del tutto sconosciuta avrebbe avuto delle gravissime ed irreversibili conseguenze psicologiche sulla minore, dal momento che la stessa aveva subito già un primo abbandono.

Pertanto, nella sentenza del 19 Maggio 2001, il giudice di primo grado

⁵⁹⁰ Il caso è Fornaròn e hija c. Argentinna, 27 Aprile 2012, Serie C. No.242

⁵⁹¹ Z. Drnas de Clément, *Conflicto Entre El Derecho Subjetivo Del Padre Biológico A La Tenencia De Su Hija Y El Interés Superior De La Niña* in, 2, *Revista De La Facultad - Universidad Nacional De Cordoba Facultad De Derecho Y Ciencias Sociales*, 2013, P. 302

assegnò la custodia provvisoria alla nuova coppia affidataria per il periodo di un anno, sottolineando tra l'altro che, la consegna della bimba al padre naturale non avrebbe comunque consentito alla stessa di avere una famiglia biologica, data la mancanza di una figura materna: senza mancare di valutare i diritti del padre è necessario, per i giudici, prediligere l'interesse superiore della bambina che, secondo la perizia, avrebbe sofferto un danno irreparabile qualora fosse riconsegnata al sig. Forneròn. Lo stesso avrebbe potuto comunque mantenere una forma di diritto di visita sulla figlia⁵⁹².

Il 20 Novembre 2003 la Corte Suprema confermava la sentenza di primo grado. La sentenza considerava soprattutto il tempo trascorso, osservando che, sebbene l'articolo 9 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia stabilisse l'obbligo dello Stato di non separare i bambini dai genitori contro la loro volontà, lo stesso prevede anche una "riserva giurisdizionale" che stabilisce che una tale separazione può avvenire sulla base dell'interesse superiore del minore, soprattutto in casi come questo, in cui i legami biologici non sono particolarmente significativi⁵⁹³.

In conclusione i giudici della Corte Suprema avevano affermato che la questione centrale della controversia fosse incentrata sul contrasto tra il diritto soggettivo del padre biologico alla custodia della figlia e il superiore interesse della minore⁵⁹⁴. La Commissione interamericana, invece, nel presentare il caso dinanzi alla Corte, ha osservato che i fatti del caso di specie sono relativi al diritto alla tutela della vita familiare del signor Leonardo Forneròn e della sua figlia biologica; la stessa sottolinea che la minore sia stata data in affidamento preadottivo senza il consenso del padre, al quale è stato negato ogni contatto con la bambina senza che lo Stato preordinasse un regime di visita nonostante le molteplici richieste avanzate dal ricorrente in più di dieci anni. La Commissione ha ritenuto che il fattore tempo fosse stato particolarmente rilevante nella determinazione della situazione giuridica del padre e della figlia, dal momento che le autorità giudiziarie stabilirono l'adozione temporanea di M. a favore di una coppia affidataria, sulla base di un rapporto incentrato sul mero trascorrere del tempo: pertanto, il ritardo ingiustificato nei procedimenti è diventato il motivo per

⁵⁹² Sentenza del Giudice di primo grado, 17 Maggio 2001,

⁵⁹³ Sentenza del Tribunale Superiore di Giustizia, 20 Novembre 2003

⁵⁹⁴ Ibid.

misconoscere i diritti del padre. Di conseguenza, la Commissione ha chiesto alla Corte di dichiarare la responsabilità internazionale dello Stato argentino per la violazione del diritto del sig. Forneròn e di sua figlia al giusto processo, alle garanzie giudiziali e al loro diritto alla protezione della famiglia sanciti dagli articoli 8.1, 25.1 e 17 della Convenzione americana sui diritti umani in relazione agli articoli 19 e 1.1 della stessa e per la violazione dell'articolo 2 della Convenzione, in combinato disposto con l'articolo 1.1 e l'articolo 19⁵⁹⁵.

La Corte, ricordando quanto stabilito nel precedente *Atala*, ha ribadito che per stabilire quale sia il superiore interesse del minore in caso di adozione o affidamento è necessario valutare i comportamenti genitoriali concreti e specifici e non in base a speculazione, ipotesi, stereotipi o considerazioni generalizzate di caratteristiche personali dei genitori o di preferenze culturali. Inoltre, la Corte ha anche affermato che, in considerazione della rilevanza degli interessi coinvolti, le procedure amministrative e giudiziarie relative alla tutela dei diritti umani dei minori, in particolare quelle legati all'adozione, all'affido e alla custodia dei figli, in età infantile, devono essere trattate con eccezionale diligenza e tempestività da parte delle autorità. E, infatti, il semplice decorso del tempo nei casi di custodia dei bambini può essere un fattore che favorisce la creazione di legami con la famiglia affidataria o adottiva. Pertanto, l'ulteriore ritardo nei procedimenti, indipendentemente da qualsiasi decisione in merito alla determinazione dei diritti coinvolti, potrebbe determinare il carattere irreversibile e irrimediabile di una situazione di fatto ed arrecare pregiudizio agli interessi dei bambini e, in questo caso, ai loro genitori biologici⁵⁹⁶.

Per tali ragioni, nel caso di specie, la durata totale delle procedure per la tutela legale e il diritto di visita, più di tre e dieci anni rispettivamente, supera di gran lunga un termine che possa essere considerato ragionevole e, pertanto, costituisce una chiara violazione dell'articolo 8.1 della Convenzione, in combinato disposto con gli articoli 17.1 e 1.1 della Convenzione a danno del sig. Forneròn e di sua figlia M e, in combinato disposto con l'articolo 19, a danno di quest'ultima⁵⁹⁷.

La Corte ritiene che l'applicazione di leggi e la diligenza nei procedimenti giudiziale siano fondamentali al fine di tutelare al meglio l'interesse superiore del

⁵⁹⁵ Forneròn e hija c. Argenitna, cit., para. 2

⁵⁹⁶ Ibid. para. 50-52

⁵⁹⁷ Ibid. para 77

minore: d'altra parte, però, l'argomento del superiore interesse del minore non può essere invocato per giustificare il mancato rispetto dei requisiti di legge, o i ritardi o gli errori negli stessi procedimenti⁵⁹⁸.

Per ciò che attiene, invece, alla considerazione della presunta incapacità del padre di prendersi adeguatamente cura della figlia, essendo questi un uomo solo e non sposato, tale argomentazione sarebbe incentrata, a detta dei giudici, su un preconetto relativo a stereotipi circa la presunta importanza della formalità della relazione e sul ruolo genitoriale di un padre: tutte queste considerazioni di per sé non dimostrano assolutamente la mancanza di idoneità o la capacità del genitore di prendersi cura del proprio figlio. La Corte, pertanto, sottolinea come l'interesse superiore del minore non possa essere usato per negare il diritto di un genitore a causa del suo stato civile, in favore di coloro che possiedono uno stato civile che risulta conforme a un particolare concetto di famiglia. A detta dei giudici, le decisioni giudiziarie analizzate, infine, non hanno considerato né l'interesse superiore del minore né i diritti del padre, basandosi su affermazioni che rivelano un'idea predeterminata sulle circostanze in cui venne riconosciuta la paternità e sull'idea che un solo genitore non possa prendersi cura di un bambino.⁵⁹⁹

Per ciò che attiene alla presunta violazione del diritto alla vita familiare del sig. Forneròn e di sua figlia, la Corte premette che l'art 17 della Convenzione Americana, prevede, tra gli altri obblighi, quello di promuovere, in modo più ampio possibile, lo sviluppo e il rafforzamento del nucleo familiare: infatti, i giudici affermano che il diritto dei bambini a crescere con la propria famiglia di origine sia di fondamentale importanza costituendo uno dei più importanti standard normativi derivanti dagli articoli 17 e 19 della Convenzione Americana e degli articoli 8, 9, 18 e 21 della Convenzione sui diritti del fanciullo. Da ciò discende che, la famiglia, a cui ogni bambino o bambina ha diritto, è principalmente quella biologica, che include i familiari più stretti, i quali dovrebbe fornire al bambino la protezione. Ne consegue che, in assenza di uno dei genitori, le autorità giudiziali sono tenute a verificare primariamente la presenza della madre, del padre o di altri parenti biologici⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ Ibid. para 105

⁵⁹⁹ Ibid. para. 94-100

⁶⁰⁰ Ibid. para 119. Infatti l'articolo 9 della Convenzione ONU sui Diritti del Fanciullo prevede che:
1)Gli Stati parti vigilano affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà a meno

Il requisito della “eccezionalità” che consente alle autorità di separare i minori dai propri genitori biologici, pertanto, non sarebbe stato rispettato nel caso di specie: il giudice che ha concesso l’affido temporaneo e la successiva adozione ha, infatti, ignorato la chiara e ripetuta volontà del signor Forneròn di prendersi cura della figlia e di non volersi separare da essa; inoltre, lo stesso ha ommesso di determinare l’esistenza di una delle circostanze eccezionali stabilite dalla Convenzione ONU sui diritti dell’infanzia, come per esempio i casi in cui «*il bambino è sottoposto ad abusi o abbandono da parte dei propri genitori*», che avrebbe consentito, in via eccezionale, la separazione del padre da sua figlia⁶⁰¹.

Infine, la Corte, partendo dalla considerazione che l’art. 8 della Convenzione del 1989 afferma che «*Gli Stati parti si impegnano a rispettare il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari*» sostiene come l’identità personale sia strettamente legata alla specifica individualità di una persona nella sua vita privata, vissuta in una esperienza storica e biologica, così come alla forma in cui un individuo si relaziona con gli altri, attraverso lo sviluppo di legami familiari e sociali. Ecco perché l’identità, pur non costituendo un diritto esclusivo dei minori, svolge comunque un ruolo fondamentale durante l’infanzia.

Le circostanze di questo caso hanno fatto sì che M. crescesse fin dalla nascita con una famiglia adottiva diversa dalla sua famiglia d’origine; inoltre, il fatto che in tutto l’arco del tempo M non abbia mantenuto contatti o legami con la famiglia d’origine non ha permesso la creazione delle relazioni familiari garantite dalla legge. Così, l’impossibilità per M. di crescere con la sua famiglia biologica e l’assenza di misure volte a facilitare le relazioni padre-figlia hanno leso al diritto all’identità della bambina e al suo diritto alla protezione della vita

che le autorità competenti non decidano, sotto riserva di revisione giudiziaria e conformemente con le leggi di procedura applicabili, che questa separazione è necessaria nell’interesse preminente del fanciullo. Una decisione in questo senso può essere necessaria in taluni casi particolari, ad esempio quando i genitori maltrattano o trascurano il fanciullo, oppure se vivono separati e una decisione debba essere presa riguardo al luogo di residenza del fanciullo. 2) In tutti i casi previsti al paragrafo 1 del presente articolo, tutte le parti interessate devono avere la possibilità di partecipare alle deliberazioni e di far conoscere le loro opinioni. 3) Gli Stati parti rispettano il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori, a meno che ciò non sia contrario all’interesse preminente del fanciullo.

⁶⁰¹ Ibid. para 121

familiare⁶⁰².

Risulta palese da quanto precede il fatto che anche nel caso *Forneròn* la Corte abbia stigmatizzato come pretestuose ed aprioristiche le valutazioni operate dai Tribunali domestici, dal momento che non avrebbero considerato che il superiore interesse della bambina nel caso di specie sarebbe coinciso con la permanenza nel proprio nucleo familiare originario.

Tuttavia, c'è chi ha sottolineato in dottrina come in questo caso i giudici di San Josè nell'affermare ciò, non abbiano a loro volta considerato concretamente se questo «nucleo familiare» esistesse davvero e se ricorressero davvero le circostanze eccezionali per una separazione: allo stesso modo la Corte, pur ricordando che sarebbe necessario valutare l'impatto delle decisioni sull'interesse del minore in maniera concreta, non avrebbe giudicato a partire da questo principio tutte i comportamenti e le decisioni operate nei confronti della minore a livello nazionale. La corretta applicazione del principio del superiore interesse del minore, invece, soprattutto in sede giudiziale, richiederebbe un'analisi congiunta dei diritti in questione: è necessario, pertanto, adottare sempre il provvedimento che garantisca la massima soddisfazione dei diritti e la minor restrizione degli stessi, non solo considerando il numero di diritti interessati, ma anche la loro importanza relativa⁶⁰³.

Nel caso *Forneròn*, in conclusione, la Corte avrebbe fatto coincidere i diritti del padre con quelli della figlia, omettendo di dare maggiore priorità all'interesse della bambina, dal momento che in ogni decisione che coinvolge i minori, sia essa esecutiva, legislativa o giudiziale, interna o internazionale, è necessario valutare in maniera prevalente quelli che sono i diritti dei minori⁶⁰⁴.

3.5 Conclusioni

A conclusione dell'analisi effettuata sui casi della giurisprudenza della Corte interamericana in cui i giudici di San Josè hanno fatto riferimento al principio del superiore interesse del minore, si deve constatare che i risultati

⁶⁰² Ibid. para 123

⁶⁰³ Z. Drnas de Clément, *Conflicto Entre El Derecho Subjetivo Del Padre Biológico A La Tenencia De Su Hija Y El Interés Superior De La Niña*, cit., 311.

⁶⁰⁴ Ibi.

ottenuti siano tutt'altro che univoci ed omogenei.

Sul fronte delle *Gross and systematic violations* su interi gruppi di minorenni, ad esempio, possiamo senz'altro concludere che l'impatto dell'*Opinion Consultiva 17/2002* su questi gravissimi casi giurisprudenziali sia stata enormemente positiva: come non valorizzare il fatto che i giudici della Corte di San Josè, abbiano iniziato, a partire dal caso "Mapiripàn", ad affermare che «*i minori sono portatori di diritti speciali derivanti dalla loro condizione, a cui corrispondono specifici doveri in capo alla famiglia, alla società, e allo Stato...*» e che «*...in tutti i casi che vedono coinvolti I bambini, deve trovare attuazione il principio del superiore interesse del minore, basato sulla dignità dell'essere umano, sulle caratteristiche dei minori stessi e sulla necessità di favorire il loro sviluppo, permettendo il pieno utilizzo del loro potenziale*»⁶⁰⁵.

O ancora, a proposito del celebre caso "Servellón García", lodevole e prezioso è risultato il giudizio della Corte quando ha affermato con forza che lo Stato deve assumere la sua posizione speciale di protezione con la maggiore cura e responsabilità possibili, e deve adottare misure particolari orientate verso il principio del superiore interesse del minore⁶⁰⁶.

Davvero rilvanti sono, poi, risultate le misure riparative imposte agli Stati che hanno violato i diritti e gli interessi dei minori, non solo di natura patrimoniale, con risarcimenti specifici per i danni subiti, ma anche non patrimoniale, come l'obbligo del pubblico riconoscimento dei diritti violati da parte degli Stati sanzionati, tramite manifestazioni pubbliche, discorsi ufficiali a mezzo stampa, radio e televisione, o ancora l'obbligo per lo Stato di supportare, tramite borse di studio, le carriere scolastiche delle vittime minori di età.

Tuttavia, se da una parte la Corte Interamericana si è proposta con successo come vero e proprio argine al misconoscimento dei più elementari diritti umani dei minori da parte dei troppo spesso inadeguati e compiacenti governi dei Paesi latinoamericani, dall'altra forti dubbi permangono circa la reale autorevolezza delle decisioni della Corte di San Josè all'interno dei diversi Paesi membri⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ Mapiripàn c. Colombia cit., para 151-152

⁶⁰⁶ Servellón García e altri c. Honduras, cit., para 116

⁶⁰⁷ In generale sulla effettività delle sentenze delle C.I.D.U., v. M. Làzaro, *La efectividad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in 14, Dikaion – Lo Justo, 2005, 203-208 nella quale si sottolinea l'importanza degli "effetti riflessi" della giurisprudenza internazionale all'interno

Per rendere davvero “effettive” le stesse, sarebbe infatti necessario che gli Stati non solo garantissero la giusta soddisfazione alle vittime delle violazioni, ma che arrivino anche a sanare le irregolarità interne o ad attuare le riforme necessarie per adeguare l'ordine nazionale a quello internazionale, in quanto il pieno godimento dei diritti umani avviene, nella misura in cui questi diritti siano garantiti a tutti i cittadini e, in questo modo, si evita che le stesse violazioni possano portare in futuro a condanne similari a livello internazionale⁶⁰⁸.

Un esempio illuminante è costituito dal caso *Dilcia Yean e Violeta Bosico c. Repubblica Dominicana* che abbiamo esaminato in precedenza: come abbiamo visto, in questo caso la Corte ha sancito la violazione da parte dello Stato dominicano del diritto alla cittadinanza delle due minori haitiane: i giudici di san José, avevano contestualmente rilevato che la regolamentazione inerente alla registrazione delle nascite, rendeva di fatto i minori di origini haitiana apolidi e segnalavano che, pur conservando il proprio diritto di regolamentare la cittadinanza, lo Stato vede ridursi la propria discrezionalità in questo settore, dovendo lo stesso tenere in considerazione le norme internazionali sui diritti umani, al fine di assicurare una migliore protezione agli individui rispetto alle possibili azioni arbitrarie di uno Stato. Pertanto la Rep. Dominicana veniva invitata ad astenersi dal produrre norme che fossero discriminatorie o che avessero effetti discriminatori su alcuni gruppi della popolazione nell'esercizio dei loro diritti⁶⁰⁹.

Tuttavia, pur avendo in tempi brevi risarcito le due minori haitiane per i danni subiti, il governo della Repubblica Dominicana non pare aver mutato il proprio atteggiamento nei confronti della minoranza haitiana e, di conseguenza, verso i figli di questi ultimi: in una sentenza emessa il 23 settembre 2013, infatti, la Corte Costituzionale dominicana ha, di fatto, privato della cittadinanza tutti i dominicani di discendenza haitiana, scatenando forte reazioni nell'opinione pubblica dentro e fuori i confini nazionali. La Corte era stata chiamata a

dell'ordine giuridico nazionale degli Stati membri; in merito all'effettività delle sentenze della Corte interamericana in *Brasile v. F.de Avila, T. Junqueira Nolasco, Efectividad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Brasil*, in 3, *Revista logos ciencia y tecnología*, 2010, pp. 117-130

⁶⁰⁸ M. Làzaro, *La efectividad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 208.

⁶⁰⁹ *Dilcia Yean e Violeta Bosico c. Repubblica Dominicana*, cit. para. 140-141

pronunciarsi sul caso di Juliana Dequis Pierre, una donna di origini haitiane alla quale era stato negato l'accesso alla cittadinanza dominicana, per essere priva dei requisiti necessari dettati dalla Costituzione⁶¹⁰.

I giudici costituzionali, che nel corpo della sentenza hanno fatto più volte riferimento proprio alla predetta sentenza della Corte interamericana, specificavano che la cittadinanza dominicana spettasse a tutti i cittadini nati sul territorio, fatta eccezione per quelli nati da c.c. “stranieri in transito”, che, tradotto, significa negare ad ogni figlio di padre haitiano l'accesso alla cittadinanza dominicana⁶¹¹.

Risulta, pertanto, evidente come i richiami dei giudici di San Josè, appaiano agli occhi del legislatore interno, più come un ostacolo da superare o come raccomandazioni da eludere, che come indirizzi da recepire e, in base ai quali, orientare la propria legislazione e giurisprudenza.

Oltre al problema della legittimità, però, è stata sollevata un'altra problematica relativa alla legittimazione del tribunale internazionale di San José. Soprattutto in riferimento ai casi eticamente sensibili, il rimprovero mosso da parte della dottrina, è quello relativo al fatto che, se da una parte la Corte interamericana è solita utilizzare fedelmente i medesimi *iter* argomentativi seguiti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la stessa, tuttavia, non opera alcuna valutazione del *consensus* esistente in merito allo specifico argomento tra i Paesi latinoamericani: viene, pertanto, meno lo spazio per un concreto margine di apprezzamento statale, caratteristico del *modus operandi* della Corte di Strasburgo, e strumento altamente rispettoso delle specificità costituzionali dei singoli Stati⁶¹².

⁶¹⁰ La sentenza del Tribunale Costituzionale dominicano in questione è la numero TC/0168/13, ed è reperibile su <http://tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200168-13%20-%20C.pdf>

⁶¹¹ Tribunale Costituzionale Dominicano, Sentenza TC/0168/13, cit., punto 1.1.1. p.53, dove si legge che: “...Como hemos visto, la Constitución de mil novecientos sesenta y seis (1966) estaba en vigor al día de nacimiento de la recurrente, o sea, el uno (1) de abril de mil novecientos ochenta y cuatro (1984). Según el artículo II.I de dicha Carta Magna, la nacionalidad dominicana podía ser adquirida por “(...) 1. Todas las personas que nacieren en el territorio de la República, con excepción de los hijos legítimos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática o los que estén de tránsito en él”.

⁶¹² Sul punto mi sia consentito il rinvio a V. Lorubbio, *La produzione/imposizione di un “linguaggio regionale comune” da parte della Corte Interamericana dei Diritti Umani*, in M. Carducci, P. Riberi (a cura di), *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane. Casi e materiali*, Torino, 2014, pp. 103 e ss.

Nel caso *Atala Riffo c. Cile*, per esempio, i giudici della Corte, lungi dall'operare nella propria analisi un'indagine comparata sul *consensus* regionale, si sono spinti oltre le richieste poste in essere dalla Commissione stessa, e sono arrivati a qualificare la relazione tra la ricorrente, la compagna e le figlie come una forma di vita, non solo privata, ma anche familiare: pertanto, a differenza di quanto argomentato dalla Corte europea nel caso *Schalk and Kopf* del 2010, in relazione al margine di apprezzamento statale sulla percezione della famiglia omosessuale, i giudici di San José hanno dichiarato la responsabilità internazionale dello Stato per la violazione delle norme convenzionali⁶¹³.

Proprio questa mancanza dell'analisi relativa al *regional consent*, determina una certa debolezza da parte del sistema interamericano di protezione dei diritti, e si pone come ostacolo per il consolidarsi della legittimazione della Corte di San José all'interno degli Stati membri⁶¹⁴.

E' stato giustamente rilevato che «*simili spinte in avanti sull'idea di legami familiari omosessuali in un contesto culturale quale quello latinoamericano - ancora lontano dall'aver metabolizzato siffatta apertura culturale (e quindi normativa) - possono acuire l'impatto conflittuale delle decisioni della Corte interamericana e quindi nuocere al suo consolidamento*»⁶¹⁵.

E, al fine di "accorciare le distanze" tra le due Corti non appare sufficiente il continuo richiamo della giurisprudenza europea nelle sentenze della Corte interamericana, il che rischia di risultare un mero artificio retorico, poco fruttuoso ai fini della reale tutela dei diritti, data la grande diversità di contesto politico, economico e sociale delle due realtà in cui le Corti si trovano ad operare: questo dialogo potrà apportare, al contrario, grandi benefici, qualora iniziasse ad avvenire «*non solo attraverso le citazioni reciproche, ma anche mediante l'ulteriore promozione di relazioni e incontri tra persone: in quanto "intermediarie" tra l'ordinamento internazionale e gli ordinamenti nazionali, esse hanno nelle loro mani la possibilità di trovare il tanto*

⁶¹³ L. Cassetti, *La "costruzione" dei diritti sociali nell'approccio della corte interamericana e della corte europea di Strasburgo: contenuto, limiti e prospettive della "comunicazione" giurisprudenziale*, 20 Giugno 2014, in www.federalismi.it

⁶¹⁴ Cfr. G. L. Neuman, *Import, Export, and the Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights*, in 19, *The European Journal of International Law*, 2008, 101 ss.

⁶¹⁵ L. Cassetti, *La "costruzione" dei diritti sociali nell'approccio della corte interamericana e della corte europea di Strasburgo: contenuto, limiti e prospettive della "comunicazione" giurisprudenziale*, cit., p. 10.

auspicato bilanciamento che eviti che l'armonizzazione degeneri in omogeneizzazione⁶¹⁶».

Un cammino sicuramente più lento, ma i cui effetti porterebbero di certo a conquiste stabili e durature.

⁶¹⁶ T. Groppi – A.M. Lecis Cocco-Ortu, *Le citazioni reciproche tra la corte europea e la corte interamericana dei diritti dell'uomo: dall'influenza al dialogo?*, 25 Settembre 2013, p. 38.

CAPITOLO IV

L'IMPLEMENTAZIONE DOMESTICA DEL

***“BEST INTERESTS OF THE CHILD”* IN**

AMERICA LATINA (Brasile e Argentina)

E IN EUROPA (Italia)



Sezione I -

Il “*best interests of the child*” in America Latina

Introduzione

Lo scopo di questa seconda sezione è quello di andare a verificare se, ed in che misura, la giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo, relativa ai diritti dei minori, è riuscita a permeare all'interno dei sistemi giuridici di quei Paesi del continente americano che sono sottoposti alla giurisdizione della stessa, avendo ratificato la Convenzione americana dei diritti umani.

Come prima cosa, pertanto, ci occuperemo di valutare, senza pretesa di esaustività, l'impatto sui sistemi giuridici interni delle pronunce dei giudici di San José, relativamente alla tutela dei diritti dei minori: il nostro lavoro consisterà nel valutare se i criteri utilizzati in questo settore dai tribunali domestici sono gli stessi o differiscono da quelli utilizzati dalla Corte interamericana dei diritti dell'uomo.

Tuttavia, data la vastità ed eterogeneità dell'assetto giuridico dei venticinque Stati firmatari della Convenzione, abbiamo deciso di focalizzare la nostra attenzione principalmente su due Stati, il Brasile e l'Argentina, che oltre ad essere i Paesi del Sud America più rappresentativi e più grandi per estensione, presentano situazioni interne che possiamo definire come altamente paradigmatiche dell'attuale quadro giuridico dell'intera realtà latinoamericana.

4.1.1. I minori nel sistema giuridico brasiliano

All'interno della Costituzione brasiliana del 1988 (“*Constituição de 1988 da República Federativa do Brasil*” d'ora in avanti CF⁶¹⁷), possiamo trovare un intero capitolo dedicato alla “Famiglia”: più precisamente il “*Capítulo VI*” della CF, così come modificato dall'emendamento costituzionale n° 65 del 2010, è intitolato “Da

⁶¹⁷ La quale è stata in parte modificata dall'Emendamento Costituzionale n. 42 del 19 dicembre 2003; il testo integrale è reperibile su http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm

Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso” e consta di 5 articoli (226-230).

Il maggior pregio della Costituzione brasiliana in merito alla tutela dei diritti dell'infanzia, è stata quello di porre fine, almeno teoricamente, ad una tradizione incentrata sulla c.d. dottrina “*da Situação Irregular*”, su cui si basava il precedente Codice minorile (Legge 6697/79), il quale tollerava riprovevoli violazioni dei diritti di bambini e adolescenti: sotto la vigenza di questo codice, ad esempio, i minori autori di reato venivano allontanati in maniera permanente dalla società per essere segregati in alcune prigioni chiamate FEBEM nelle quali non esisteva alcun rispetto per la dignità della persona umana. Il contesto storico che faceva da cornice alla dottrina della situazione irregolare, vedeva coinvolti numerosi minorenni che, di fronte alla troppa disuguaglianza sociale diffusasi nei primi anni del XX secolo, facevano ricorso ai crimini di strada per salvaguardare la propria vita e quella delle proprie famiglie: in questo quadro, la normativa in materia non era stata pensata per la protezione dei minori, ma unicamente per garantire interventi legali ogni qual volta si paventasse un rischio materiale di reato da parte degli stessi. La legislazione minorile riguardava, pertanto, solo le situazioni di conflitto generato e non operava sul piano della prevenzione: i minori, in definitiva, non venivano trattati come soggetti di diritti, ma come meri oggetti di azioni legali⁶¹⁸.

Con l'introduzione della Costituzione, invece, la presa di posizione a favore dei soggetti minori di età è stata netta: all'art. 227 della CF si può infatti leggere che «*É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*»⁶¹⁹.

⁶¹⁸ Cfr. I. P. Holanda, *A doutrina da situação irregular do menor e a doutrina da proteção integral*, in 106, *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, Novembre 2012, disponibile su http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12051&revista_caderno=12.

⁶¹⁹ Art. 227, Constituição de 1988 da República Federativa do Brasil. Altri articoli significativi sono l'art. 228 che prevede che “*São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial*”; e, infine, l'art. 229. “*Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade*”.

Ma la vera svolta si avrà solamente due anni più tardi, quando il 13 Luglio 1990 verrà promulgata la “Lei N° 8.069” meglio noto come “Estatuto da Criança e do Adolescente” interamente ispirato alla dottrina della c.d. “*da Proteção Integral*”, introdotta dalla Convenzione ONU sui diritti dell’infanzia del 1989 e che aveva acquisito forza nei dibattiti internazionali e nazionali al fine di garantire protezione e diritti per la popolazione infantile⁶²⁰.

Tramite questo nuovo Statuto, i minori hanno cessato, almeno dal punto di vista teorico, di essere vittime di un sistema di disuguaglianza sociale, ed hanno acquisito uno speciale status giuridico, basato sulla loro particolare natura di esseri umani in via di sviluppo, che non sono a conoscenza dei propri diritti, né sono in grado di agire per la loro realizzazione, senza l’aiuto della famiglia, della società o dello Stato⁶²¹.

Inoltre, lo Statuto pone una prima differenziazione nel considerare in maniera separata i bambini, gli adolescenti e i giovani: e infatti, secondo il pensiero del legislatore, non esisterebbe una generica categoria di minori ma una distinzione tra soggetti che sono ricompresi nella fascia di età tra zero e dodici anni (bambini), e soggetti che sono ricompresi nella fascia tra dodici e diciotto anni compiuti (adolescenti)⁶²².

Infine, per comprendere l’idea di fondo sottesa al nuovo Statuto è necessario soffermarsi sulla lettura dell’art. 3 dello stesso, nel quale si precisa che: «*A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o*

⁶²⁰ Per approfondire il tema della dottrina della protezione integrale v. D. O’Donnel, *La Doctrina de La Protección Integral y las Normas Jurídicas Vigentes en Relación a la Familia*, in *Biblioteca Juridica Virtual – Instituto de Invegações Jurídicas*, Città del Messico, 30 settembre 2004, 119-161 disponibile su <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2467/8.pdf>; vedi anche B. P. Fontoura, *A Aplicação da Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente pelo Judiciário Brasileiro*, monografia pubblicata presso il Centro Universitario de Brasília – Uniceub Faculdade De Ciências Jurídicas e Sociais – Fajs Núcleo de Pesquisa e Monografia, Brasília, 2011, 22, disponibile su <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/314/3/20612365.pdf>

⁶²¹ R. Varalda, *Políticas Públicas da Infância*, in 27, *Boletim Científico da Escola Superior do MPU*, Aprile/Giugno 2008, p.11-44.

⁶²² Cfr. Lei n° 8.069, del 13 Luglio 1990, Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, Art. 2, disponibile su http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade»⁶²³.

Per completezza è necessario sottolineare che alcuni riferimenti ai soggetti minori di età sono rinvenibili sia all'interno del Codice Civile che nel Codice Penale: più precisamente l'articolo 3 del *Código Civil*⁶²⁴, così come novellato dalla LEI No. 10.406 del 2002, afferma che «*sono assolutamente incapaci di agire personalmente...i minori sotto i sedici anni*» e l'art. 27 del *Código Penal*⁶²⁵, afferma, invece, che «*i minori di anni diciotto anni sono sanzionabili penalmente e sono soggetti alle norme stabilite dalla legislazione speciale*».

4.1.2. “O melhor interesse da criança” nella giurisprudenza del Superior Tribunal de Justiça (TSJ).

Effettuata una sommaria ma essenziale ricognizione normativa della posizione del minore all'interno del sistema giuridico brasiliano, andiamo adesso a verificare in quali contesti giurisprudenziali i giudici brasiliani (e in particolari i giudici di legittimità) si servono del principio del superiore interesse del minore, e se le sue caratteristiche coincidono con quelle espresse nelle sentenze della Corte interamericana dei diritti umani.

In dottrina c'è chi ha rilevato come nella sua vasta giurisprudenza nazionale, il Superiore Tribunale di Giustizia (TSJ)⁶²⁶ sia stato molto sollecito nell'affermare che, nei casi che vedono coinvolti soggetti minori di età, gli interessi di questi ultimi debbano sempre prevalere su quelli delle altre parti in giudizio nel caso concreto⁶²⁷.

⁶²³ Ibi. art. 3

⁶²⁴ Código Civil, Legge No. 10.406 del 10 Gennaio 2002. Disponibile su: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

⁶²⁵ Código Penal, Decreto-legge No. 2.848, del 7 Dicembre 1940. Disponibile su: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm

⁶²⁶ La struttura e le funzioni del TSJ sono regolate dall'art 105 della “Constituição da República Federativa do Brasil” del 1988.

⁶²⁷ Il riferimento è al lavoro di N. L. Lima Suares- R. Lima De Abreu Aoki - T. Ribeiro De Souza – W. Ken Aoki, *A Hermenêutica da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre os Direitos das Crianças e sua aplicação no Processo de Adoção pelo Brasil*, in 13, Revista Iniciação Científica, 2013, 146.

La recente giurisprudenza del TSJ brasiliano, infatti, al fine di risolvere i casi in cui sono coinvolti minori, sta iniziando ad adottare gli stessi principi posti alla base della giurisprudenza internazionale, in particolare quello relativo al perseguimento dell'interesse superiore del minore: questo è utilizzato principalmente anche nei casi di adozioni di minori, per venire in contro alle esigenze dei bambini, permettendo a questi di essere accolti da una nuova famiglia, al fine di poter crescere in un ambiente sano ed avere un normale sviluppo⁶²⁸.

Pertanto, si potrebbe affrettatamente concludere che la tutela dei diritti dei minori operata all'interno del sistema inter-americano dei diritti umani abbia avuto un impatto positivo anche sul sistema giuridico brasiliano; tuttavia, è necessario verificare nel dettaglio alcune pronunce del TSJ per verificare se e in che modo la giurisprudenza internazionale abbia realmente orientato il giudicato interno dei giudici brasiliani.

Una delle prime sentenze in cui il Superiore Tribunale brasiliano ha fatto menzione del principio del "*melhor interesse da criança*" è quella relativa al "recurso especial" (d'ora in avanti REsp) n. 889.852 del 27/04/2010: il caso riguardava l'istanza presentata da una signora omosessuale che richiedeva di poter adottare la figlia della sua partner al fine di concedere alla stessa una maggiore stabilità economica⁶²⁹.

Da premettere che in Brasile, all'epoca dei fatti, non aveva trovato ancora accoglimento la disciplina del matrimonio tra le persone dello stesso sesso, con la possibilità per le stesse di adottare figli minori, come invece avvenuto in altri Stati dell'America Latina⁶³⁰.

⁶²⁸ N. L. Lima Soares- R. Lima De Abreu Aoki - T. Ribeiro De Souza – W. Ken Aoki, *A Hermenêutica da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre os Direitos das Crianças e sua aplicação no Processo de Adoção pelo Brasil*, cit., 147.

⁶²⁹ STJ, REsp n. 889.852 del 27/03/2010. Tutte le pronunce del "Superior Tribunal de Justiça" sono consultabili tramite il motore di ricerca del sito del Tribunale, disponibile su <http://www.stj.jus.br/SCON/>

⁶³⁰ Tuttavia è necessario puntualizzare che una vera e propria legge che disciplina il Matrimonio tra le persone dello stesso sesso ancora non esiste in Brasile: tuttavia a partire dal maggio 2013 il Consiglio nazionale di giustizia (CNJ), organo che controlla l'autonomia del potere giudiziario, ha previsto l'obbligo per gli ufficiali di stato civile di autorizzare anche le nozze fra persone dello stesso sesso. Nella risoluzione si legge che: "*É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo*". L'obbligo, pertanto, vincola l'intero Stato federale e permette anche la conversione

Nel caso di specie, l'assistente sociale nominata dai giudici del Tribunale faceva presente che la genitorialità era stata esercitata da entrambe le donne con responsabilità e attenzione alle esigenze dei bambini, all'interno di un ambiente domestico armonioso e ben consolidato; i bambini avevano seguito uno sviluppo apparentemente normale per la loro età ed erano integrati pienamente nella famiglia e nella società⁶³¹.

A detta dei giudici del TSJ è necessario osservare l'indispensabilità della prevalenza degli interessi dei minori su tutti gli altri diritti in gioco, dal momento che, in casi come questo, è essenziale tutelare il diritto dei minori alla filiazione, dal quale derivano tutte le conseguenze che determinano la vita di ogni individuo. Pertanto, la questione relativa alla possibilità di adozione di bambini da parte di coppie omosessuali è legata necessariamente all'obbligo di trovare la migliore soluzione possibile per tutelare i dei diritti dei bambini, dal momento che le due domande sono indissolubilmente connesse tra loro⁶³².

A tal riguardo, il TSJ sottolinea che nessuno studio specializzato ha mai dimostrato le problematiche che deriverebbe dall'adozione di bambini da parte di coppie omosessuali: pertanto, a detta dei giudici, se gli studi scientifici non indicano alcuno svantaggio di qualsivoglia natura per i bambini, e se gli stessi sono stati cresciuti con amore, la concessione dell'adozione deve essere riconosciuta alla ricorrente: infatti, nel caso di specie, in cui i bambini vivono con la coppia fin dalla nascita, l'eventuale rifiuto di adozione negherebbe ai bambini il diritto alla protezione completa, dal momento che gli stessi potrebbero contare sul solo genitore, il cui nome appare sul certificato di nascita. Oltre al pregiudizio di ordine materiale, che deriverebbe dal rifiuto dell'adozione, inoltre, è necessario evidenziare anche il profilo etico morale, dal momento che, a giudizio dei giudici, la magistratura non potrebbe «chiudere gli occhi di fronte alla realtà fenomenica»: sul piano della "realtà", infatti, in casi come questo, sia la richiedente che la sua partner, sono responsabili per l'educazione e l'istruzione dei due bambini e, di conseguenza, esercitano in solido la responsabilità responsabile⁶³³.

dello status delle coppie, da registrate civilmente a regolarmente unite in matrimonio, rendendo di fatto legali le nozze per coppie omosessuali. La risoluzione del CNJ è la numero 175 del 14/05/2013, disponibile su http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf

⁶³¹ STJ, REsp n. n. 889.852, cit., p. 9-10

⁶³² STJ, REsp n. n. 889.852, cit., p. 11-12

⁶³³ ibi., p. 12

L'adozione sarebbe, per il Tribunale, prima di tutto «un atto di amore e di gratuità» quando ha come obiettivo quello di servire gli interessi dei minori: pertanto da qualsiasi angolo visuale si volesse esaminare la questione, sia in relazione alla situazione di fatto consolidatasi, sia per quanto riguarda l'espressa disposizione normativa relativa al primato della protezione integrale dei minori, bisognerebbe giungere alla conclusione che, in questo caso, sono evidenti i vantaggi per gli adottandi, anche ai sensi dell'articolo 43 del ECA 3 (“*A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos*”). Al contrario un grave pregiudizio per la vita dei minori deriverebbe dalla mancata concessione dell'adozione⁶³⁴.

La pronuncia in questione è stata salutata con favore dalla gran parte della dottrina: è stato, infatti, sottolineato che, dal momento che nel sistema giuridico brasiliano non esiste una normativa che autorizza o vieta l'adozione da parte di persone dello stesso sesso, il rifiuto a concedere l'adozione di minori ad omosessuali mostra solo il pregiudizio esistente nel trattare tale questione; nel codice civile e nell'ECA, non esisterebbe alcuna restrizione per quanto riguarda il sesso, lo stato civile, o anche l'orientamento sessuale dell'adottante dal momento che l'unica preoccupazione del legislatore sarebbe solo quella di garantire il benessere del minore⁶³⁵.

Ad ogni modo, non sono seguite dal 2010 ad oggi altre pronunce relative allo stesso argomento da parte del *Superior Tribunal de Justiça*: pertanto, sebbene la stessa sia indicativa della diffusa volontà di estendere la possibilità dell'adozione anche alle coppie omosessuali, appare prematuro, in assenza di altri riscontri, considerare la sentenza in questione come rivelatrice di un definitivo cambio di tendenza.

Appare, comunque, fortemente significativo che nelle altre sentenze del STJ relative alle adozioni, che adesso andremo ad analizzare, i giudici del Tribunale si servano sempre del principio del superiore interesse del minore, questo a riprova delle predilezioni degli stessi verso quelle che sono le reali esigenze del soggetto in formazione.

⁶³⁴ *ibi.*, p. 13-15

⁶³⁵ G.S. Soares Balestero – A. G. Melo Franco Bahia, *O Melhor Interesse Da Criança: A Adoção Homoafetiva no Direito Brasileiro*, in 1, *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, 2011, 256

Ad esempio, nella sentenza n. 1.106.637 del 2010, in cui il Tribunale esamina una richiesta di revoca della potestà genitoriale da parte di una coppia adottiva nei confronti dei genitori naturali del minore, la considerazione innanzi espressa, trova piena conferma: i giudici del STJ, in merito alla responsabile genitoriale, affermano che la stessa è stabilita nell'interesse dei bambini e non a beneficio dei genitori: pertanto, sulla base di questa premessa occorre esaminare la conferma o la revoca della potestà stessa. Citando François Laurent, gli stessi specificano che «*il potere del padre e della madre non è altro se non quello della protezione e della guida*»⁶³⁶.

Inoltre, il diritto fondamentale dei bambini e degli adolescenti di essere cresciuti ed educati in seno alla propria famiglia, inserito all'interno dell'art. 19 ECA, include un concetto di convivenza familiare ampio, in modo tale da permettere al minore di crescere in pienezza in un ambiente sano: tenendo presente questo, il giudice deve raccogliere tutti gli elementi utili per decidere in conformità con il superiore interesse del minore⁶³⁷.

Dati gli intricati e complessi legami familiari, che si instaurano nel mondo giuridico - amplificato dall'intreccio di interessi, diritti e doveri delle varie componenti delle famiglie allargate, il giudice deve essere guidato in tutti i casi e le circostanze, dal principio del superiore interesse del minore, esigendo la massima coerenza, sia dai genitori biologici che da quelli socio-affettivi, per promuovere una maggiore armonia familiare ed una conseguente sicurezza per i bambini inseriti in queste insolite trame familiari. Sulla base di questo ragionamento, consentire l'adozione da parte di persone prive di responsabilità genitoriale o che non perseguano l'interesse del minore, o ancor peggio persone che possono ingenerare confusione o contraddizione per il pieno sviluppo del bambino, porterebbe una vera e propria dissecazione nell'ambito del diritto di famiglia, incentrato, invece, sulla dottrina della protezione integrale dei bambini e degli adolescenti.⁶³⁸

⁶³⁶ STJ, REsp n. n. 1.106.637/2010, cit. p. 16. L'espressione di F. Laurent è contenuta nei *Principes de Droit Civil Français*, 4/350 – 1869.

⁶³⁷ Ibi. p. 18

⁶³⁸ Ibi. p. 19.

Anche in un'altra pronuncia relativa ad un caso di adozione, i giudici del TSJ chiariscono ancor meglio come debba essere considerata assoluta la preferenza da accordare ai diritti dei minori.

Il ricorso speciale in questione ha lo scopo di stabilire se, nel processo di adozione, l'osservanza della prevalenza delle coppie iscritte nel registro degli adottanti prevale o meno sulla pretesa dei ricorrenti (non iscritti in tale registro) di adottare un bambino, a loro affidato dalla madre biologica e cresciuto sotto la loro custodia nei primi otto mesi di vita, in seguito ad una decisione giudiziale. Al contempo, inoltre, i giudici affrontano anche il tema riguardante l'adozione *intuitu persone*, appunto quella in cui i genitori biologici del bambino scelgono la famiglia che andrà ad adottare il minore, per stabilire se la stessa costituisce o meno, una forma spuria di adozione, che possa in qualche modo agevolare la tratta dei minori⁶³⁹.

I giudici del Tribunale, premettono che l'istituto del registro degli adottandi è sicuramente sorto a tutela dell'interesse superiore del minore, risultando un ottimo presidio per ridurre al minimo il fenomeno della tratta dei minori e permettendo parità di condizioni per coloro che desiderano adottare. Tuttavia, l'osservanza di tale registro, vale a dire, la preferenza per le coppie registrate cronologicamente prima per l'adozione di un bambino particolare, non è assoluta, dal momento che secondo il principio dell'interesse superiore del minore, fondamento e guida dell'intero sistema di protezione del bambino, quando esiste un legame emotivo tra il bambino e la il pretendente all'adozione, questo va preferito, anche quando il nome dell'interessati non è presente all'interno del summenzionato registro⁶⁴⁰.

In merito all'adozione *intuitu personae* e ai possibili risvolti legati alla tratta dei minori, nel caso di specie i giudici sottolineano come la madre biologica, a fronte della concessione dell'adozione alla coppia ricorrente non abbia preteso alcuna controprestazione, come emerge dalla valutazione dello studio psicosociale; inoltre, in ossequio al primato degli interessi del minore, la creazione di un legame affettivo tra il bambino e i genitori adottivi, deve prevalere rispetto a fatti (come la circostanza che il primo figlio della stessa fosse già stato dato in

⁶³⁹ Il caso in questione è STJ, REsp n. 1.172.067 del 14/04/2010.

⁶⁴⁰ STJ, REsp n. 1.172.067, cit., p. 8

adozione ad un'altra famiglia) che di per sé nulla dimostrano in merito al, comunque inaccettabile, traffico dei minori⁶⁴¹.

Infine, i giudici del TSJ si occupano della questione relativa alla richiesta, sollevata, in pendenza del ricorso a questo Tribunale, dal giudice di prima istanza, sul fatto se fosse giusto o meno che il minore, pur avendo vissuto i primi otto mesi di vita con la coppia ora ricorrente, dovesse essere comunque affidato ad un'altra coppia, regolarmente iscritta nel registro degli adottandi: sul punto, i giudici del TSJ affermano che non si può prefigurare come ragionevole, dal punto di vista dell'interesse superiore del minore, trasferire la custodia del minore ad un'altra coppia, iscritta al registro generale ma estranea al presente processo di adozione, dal momento che, una tale opzione, andrebbe a generare solamente ulteriore incertezza giuridica. L'obiettivo, infatti, è quello di dare la priorità al diritto del bambino di essere adottato dalla coppia con cui lo stesso ha stabilito legami di affetto⁶⁴².

Andiamo adesso ad analizzare un ultimo caso, relativo alla determinazione della competenza in caso di controversia in materia di affidamento⁶⁴³.

Nella fattispecie i giudici si occupano di chiarire che il principio del giudizio immediato stabilisce che la competenza a conoscere e statuire misure, azioni e procedure che tutelano gli interessi, i diritti e le garanzie previste nell'ECA è determinata dal luogo in cui il bambino o l'adolescente vive ed esercita con regolarità, il proprio diritto alla convivenza familiare e comunitaria: la regola espressa dallo Statuto si pone come regola speciale di natura sovraordinata, rispetto alle regole generali di competenza nel diritto processuale civile⁶⁴⁴.

E, infatti, per i giudici del Tribunale, la determinazione della competenza in caso di disputa giudiziale in merito alla custodia o all'adozione, deve necessariamente garantire il primato per l'interesse superiore del bambino, anche se questo significa ignorare un'altra norma cogente che regola il giudizio immediato stesso; il principio su cui si basa quest'ultimo prevede, infatti, che grazie ad una maggiore vicinanza con il minore, sia possibile rispondere più efficacemente agli obiettivi previsti da ECA, oltre a rendere possibile

⁶⁴¹ Ibi., p. 10-11

⁶⁴² Ibi., p. 11

⁶⁴³ La sentenza del TSJ, CC n. III.130 dell' 01/02/2011

⁶⁴⁴ TSJ, CC n. III.130 dell' 01/02/2011, cit., p. 14

l'effettuazione di rimedi giurisdizionali celeri ed efficaci, attraverso una rapida interazione tra il giudice, il bambino e i suoi genitori o tutori⁶⁴⁵.

Come ha ben evidenziato Olegário Gurgel Ferreira Gomes, infatti, la prossimità tra l'organo giurisdizionale e chi viene giudicato, che si determina con riguardo alla peculiare condizione dei minorenni, costituisce un'espressione del principio del giudizio immediato, corollario logico dei principi della protezione integrale e del superiore interesse del minore: l'obiettivo è quello di rendere effettivi i diritti fondamentali attraverso la priorità accordata alla prestazione dei servizi pubblici nel caso di rimedi giurisdizionali, così come previsto dall'art. 227 della CF e dall'art 4 lett. b) dell'ECA⁶⁴⁶.

L'art. 147, I e II, ECA, relativo alla competenza territoriale, pertanto, ha valenza assoluta e prevale sulle norme del codice di procedura civile, esprimendo una norma cogente, che sotto certi aspetti, non ammette alcuna deroga: in altri termini, la necessità di garantire al bambino il diritto alla vita familiare e comunitaria, oltre all'offerta di prestazioni giurisdizionali in forma prioritaria, conferiscono carattere imperativo alla determinazione di competenza⁶⁴⁷.

4.1.3. Il rapporto con la Corte interamericana.

Nei casi appena analizzati appare senz'altro corretto ritenere che le pronunce espresse dalla giurisprudenza di legittimità in tutti i casi inerenti alle adozioni di minori siano state altamente rispettose dei diritti dei bambini, seguendo iter logici e argomentativi incentrati senza dubbio sul perseguimento degli interessi dei minori: tuttavia, sebbene la materia dell'adozione dei minori rivesta un'importanza centrale per la vita e lo sviluppo dei bambini, appare alquanto singolare che questo sia, di fatto, l'unico contesto in cui i giudici mettano a tema ed utilizzino il principio dell'«*melhor interesse da criança*».

Come abbiamo avuto modo di vedere, infatti, nei casi della Corte interamericana dei diritti umani, il principio del superiore interesse del minore è

⁶⁴⁵ Ibi., p. 13

⁶⁴⁶ O. Gurgel Ferreira Gomes, *Princípio do juízo imediato – o direito à convivência familiar e comunitária como elemento definidor da competência territorial para ações judiciais amparadas na Lei nº 8.069/90*, negli *Atti del "XXI Congresso da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude – ABMP*, 2006, disponibile su

https://www.academia.edu/8217746/Tese_Princípio_do_juízo_imediato_Regra_de_competencia_GI

⁶⁴⁷ TSJ, CC n. III.130 dell' 01/02/2011, cit., p. 14

stato utilizzato per orientare le decisioni dei giudici in ambiti molto delicati quali quello delle sparizioni forzate e degli omicidi di massa, così come nei casi di violazioni strutturali dei diritti dei minori dovuta a normative o prassi giurisdizionali degli Stati che risultavano lesive nei confronti degli stessi.

Ma se da una parte si potrebbe pensare che tali dinamiche siano totalmente estranee al sistema brasiliano, nel quale i minori vivrebbero in una sorta di situazione irenica e in cui tutti i loro diritti ed interessi sono pienamente garantiti e tutelati, dall'altra appare lapalissiano come una tale ricostruzione risulti molto lontana dalla realtà dei fatti. Ed invero già nel 1997, l'Organizzazione degli stati americani, per il tramite della Commissione interamericana dei diritti umani, mettendo a fuoco le criticità sui cui lo Stato brasiliano avrebbe dovuto impegnare i propri sforzi in materia di diritti umani, dedicava il quinto capitolo del primo (e finora unico) *"Report On The Situation Of Human Rights in Brazil"* proprio alla "violenza contro i minori"⁶⁴⁸.

Tra le varie raccomandazioni presenti nel rapporto, la Commissione chiedeva allo Stato brasiliano di: 1) proteggere la vita e l'integrità fisica dei bambini e dei ragazzi di strada, adottando misure efficaci per promuovere la loro educazione, riabilitazione e integrazione nella società; 2) adottare misure di protezione e di sorveglianza per eliminare lo sfruttamento del lavoro dei minori di anni 14; 3) prevenire ed eliminare gli atti di tortura e gli abusi ricevuti da parte dei minori nelle carceri e negli istituti in cui gli stessi sono detenuti; 4) porre fine alle situazioni di schiavitù e alla prostituzione di bambini e adolescenti, cercando e punendo gli sfruttatori e i clienti⁶⁴⁹.

Ed invero, prendendo ad esempio l'argomento dello sfruttamento del lavoro dei minori di anni 14, in tutta la giurisprudenza di legittimità è possibile reperire solamente 13 pronunce del TSJ, in cui tale tematica viene trattata e,

⁶⁴⁸ Il *Report On The Situation Of Human Rights in Brazil*, costituito da ben 11 Capitoli, è stato pubblicato il 29 Settembre 1997. Il quinto capitolo dedicato ai minori è suddiviso in sette punti: A. *Brazil's International Obligations in Regard to Children*; B. *The Rights of The Child and Adolescent in The Domestic Sphere*; C. *The Right of Minors to Life and Integrity*; D. *Exploitation of Child Labor*; E. *Sexual Exploitation of Children*; F. *Possible Disappearances of Children*; G. *Conclusions and Recommendations*. Il testo del Report è disponibile sul sito <http://www.cidh.org/countryrep/brazil-eng/index%20-%20brazil.htm>

⁶⁴⁹ Cfr. *Report On The Situation Of Human Rights in Brazil*, cit., Capitolo V, Punto G ("Conclusions and Recommendations").

peraltro, in questi pochissimi casi, non vi è traccia alcuna del principio del superiore interesse del minore.

Ed ancor più significativo è il fatto che all'interno della "*Referência Legislativa*" dei 33 casi in cui il Tribunale di legittimità utilizza l'espressione «*melhor interesse da criança*», non è mai fatta menzione della Convenzione Americana sui diritti dell'uomo, né della giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani, tra le fonti utilizzate dai giudici: le fonti normative di riferimento utilizzate, infatti, sono per lo più fonti interne, su tutte la Costituzione Federale, il Codice Civile e soprattutto lo Statuto dei bambini e degli adolescenti del 1990.

Le considerazioni che precedono lasciano lo spazio per ampie riflessioni, di carattere più generale, che faremo in seguito, proprio in merito alla effettività delle pronunce della Corte interamericana all'interno dei Paesi dell'Organizzazione degli Stati Americani, e sulla possibilità concreta di effettuare un vero e proprio controllo di convenzionalità sulle normative e sulle pronunce giurisdizionali degli Stati membri.

4.I.4. I minori nel sistema giuridico argentino.

Analizzata la situazione del Brasile, dirigiamo adesso la nostra attenzione sul sistema argentino, andando anche qui a valutare, prima a livello normativo il ruolo dei minori all'interno del sistema giuridico di questo Paese e, contestualmente, i riflessi che la giurisprudenza convenzionale determina a livello domestico.

Partiamo dalle norme del Codice Civile argentino: è fondamentale premettere che il "*Código Civil de la Nacion Argentina*", introdotto nel lontano 1869 dalla "Ley n.º 340" è attualmente ancora in vigore, ma verrà sostituito dal nuovo Codice Civile Argentino, il "*Código Civil y Comercial de La Nacion*", promulgato nel 2014 e che entrerà pienamente in vigore nel 2016⁶⁵⁰: pertanto, per ciò che attiene alla nostra ricerca faremo riferimento alle norme del Codice in vigore e non a quelle del nuovo Codice.

⁶⁵⁰ Il proyecto del "*Nuevo Código Civil*" è disponibile sul sito <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Texto-del-Proyecto-de-Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion.pdf>

Nel primo libro del “Código Civil”, dedicato a “las personas” , troviamo il Titolo IX intitolato “de los menores”, nel quale viene disciplinata la capacità di agire del soggetto minore di età ⁶⁵¹.

⁶⁵¹ Il Libro I, Sezione I, Titolo IX del Codice Civile argentino, completamente dedicato ai Minori, comprende ben 13 articoli il cui contenuto è di seguito riportato: Art.126.- *Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años.* Art.127.- *Son menores impúberes los que aún no tuvieren la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los veintiún años cumplidos.* Art.128.- *Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día en que cumplieren veintiún años, y por su emancipación antes que fuesen mayores. Desde los dieciocho años el menor puede celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante, quedando a salvo al respecto las normas del derecho laboral. El menor que hubiere obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión podrá ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. En los dos supuestos precedentes el menor puede administrar y disponer libremente los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos.* Art.129.- *La mayor edad habilita, desde el día que comenzare, para el ejercicio de todos los actos de la vida civil, sin depender de personalidad alguna o autorización de los padres, tutores o jueces.* Art.130.- *Para que los menores llegados a la mayor edad entren en la posesión y administración de sus bienes, cuando la entrega de éstos dependa de la orden de los jueces, bastará que simplemente presenten la prueba legal de su edad.* Art.131.- *Los menores que contrajeran matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil con las limitaciones previstas en el artículo 134. Si se hubieren casado sin autorización no tendrán, hasta los veintiún años, la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto a ellos el régimen legal vigente de los menores, salvo ulterior habilitación. Los menores que hubieren cumplido dieciocho años podrán emanciparse por habilitación de edad con su consentimiento y mediante decisión de quienes ejerzan sobre ellos la autoridad de los padres. Si se encontraran bajo tutela, podrá el juez habilitarlos a pedido del tutor o del menor, previa sumaria información sobre la aptitud de éste. La habilitación por los padres se otorgará por instrumento público que deberá inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Tratándose de la habilitación judicial bastará la inscripción de la sentencia en el citado Registro. La habilitación podrá revocarse judicialmente cuando los actos del menor demuestren su inconveniencia, a pedido de los padres, de quien ejercía la tutela al tiempo de acordarla o del Ministerio Pupilar.* Art.132.- *Si el matrimonio fuese anulado, la emancipación será de ningún efecto desde el día en que la sentencia de nulidad pase en autoridad de cosa juzgada. En el caso del matrimonio putativo subsistirá la emancipación respecto del cónyuge de buena fe.* Art.133.- *La emancipación por matrimonio es irrevocable y produce el efecto de habilitar a los casados para todos los actos de la vida civil, salvo lo dispuesto en los artículos 134 y 135, aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad, tengan o no hijos. No obstante ello, la nueva aptitud nupcial se adquirirá una vez alcanzada la mayoría de edad.* Art.134.- *Los emancipados no pueden ni con autorización judicial: 1ro. Aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito; 2do. Hacer donación de bienes que hubiesen recibido a título gratuito; 3ro. Afianzar obligaciones.* Art.135.- *Los emancipados adquieren capacidad de administración y disposición de sus bienes, pero respecto de los adquiridos por título gratuito antes o después de la emancipación, sólo tendrán la administración; para disponer de ellos deberán solicitar autorización judicial, salvo que mediare acuerdo de ambos cónyuges y uno de éstos fuere mayor de edad.* Art.136.- *La autorización judicial no será dada sino en caso de absoluta necesidad o de ventaja evidente, y las ventas que se hicieren de sus bienes, serán siempre en pública subasta.* Art.137.- *Si alguna cosa fuese debida al menor con cláusula de sólo poder haberla cuando tenga la edad completa, la emancipación no alterará la obligación, ni el tiempo de su exigibilidad.* Art.138.- *El que mude su domicilio de un país extranjero al territorio de la República, y fuese mayor o menor emancipado, según las leyes de este Código, será considerado como tal, aun cuando sea menor o no emancipado, según las leyes de su domicilio anterior.* Art.139.- *Pero si fuese ya mayor o menor emancipado según las leyes de su domicilio anterior, y no lo fuese por las leyes de este Código, prevalecerán en tal caso aquéllas sobre éstas, reputándose la mayor edad o emancipación como un hecho irrevocable.*

È interessante notare che la maggiore età in Argentina si acquista all'età di 21 anni compiuti (quando si diventa "*adultos*") e che viene posta una differenza tra i minori di anni 21 ma maggiori di anni 14 ("*menores*") e i minori di anni 14 ("*menores impúberes*")⁶⁵².

Nella sezione II, (Titoli I – XIV), invece, intitolata "*De los derechos personales en las relaciones de familia*", vengono disciplinati, tra gli altri, l'istituto del matrimonio, la filiazione, la patria potestà, l'adozione, i figli naturali, adulterini e sottratti, la tutela, la curatela e, infine, il Pubblico Ministero dei Minori. All'interno di questa sezione, ai fini della nostra analisi, una grande importanza è rivestita dall'art. 321 c.c., così come riformulato dalla LEY N° 24.779 del 1997, che recita come segue «*En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas:...i) El juez o Tribunal en todos los casos deberá valorar el interés superior del menor*»⁶⁵³.

Quindi, a differenza del sistema brasiliano, in Argentina il principio del superiore interesse del minore è stato inglobato proprio a livello codicistico con un norma *ad hoc*, la quale trae chiara ispirazione dall'art.21 delle CRC 1989⁶⁵⁴.

Ma le novità più rilevanti relativamente alla tutela dei minori sono sicuramente presenti a livello costituzionale, dal momento che la riforma del 1994 ha introdotto l'art 75 della *Contitución de la Nación Argentina*, nel quale viene affermata la prevalenza gerarchica dei trattati e degli accordi internazionali, definiti come «fonti di rango superiore alle leggi»: nel comma 22 possiamo leggere

⁶⁵² Per approfondire il significato e le conseguenze di questa distinzione anche in relazione alla Convenzione ONU su diritti dei minori del 1989, v. S. Viola, *Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente*, in, 3 Cuestión de Derechos, 2012, 82-98.

⁶⁵³ L'art. 321 c.c. disciplina oltre a quella menzionata, altre otto regole da rispettare nel giudizio che vede coinvolti i minori e più precisamente afferma che *a) La acción debe interponerse ante el juez o Tribunal del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda; b) Son partes el adoptante y el Ministerio Público de Menores; c) El juez o Tribunal de acuerdo a la edad del menor y a su situación personal, oirá personalmente, sí lo juzga conveniente, al adoptado, conforme al derecho que lo asiste y a cualquier otra persona que estime conveniente en beneficio del menor; d) El juez o Tribunal valorará si la adopción es conveniente para el menor teniendo en cuenta los medios de vida y cualidades morales y personales del o de los adoptantes, así como la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado; e) El juez o tribunal podrá ordenar, y el Ministerio Público de Menores requerir las medidas de prueba o informaciones que estimen convenientes; f) Las audiencias serán privadas y el expediente será reservado y secreto. Solamente podrá ser examinado por las partes, sus letrados, sus apoderados y los peritos intervinientes; g) El juez o tribunal no podrá entregar o remitir los autos, debiendo solamente expedir testimonios de sus constancias ante requerimiento fundado de otro magistrado, quien estará obligado a respetar el principio de reserva en protección del interés del menor; h) Deberá constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica.*

⁶⁵⁴ Sul punto molto esemplificativo è il parallelo evidenziato da M. Hebe Mangione Muro, *Derecho de familia: familia y proceso de estado*, Santa Fe, 2000, p. 50

che, tra le varie Convenzioni o Dichiarazioni sui diritti umani, tra cui la Dichiarazione universale dei diritti umani e la Convenzione Americana sui diritti umani, anche la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia costituisce una fonte «di rango costituzionale»; le fonti internazionali, pertanto, devono intendersi complementari ai diritti e alle garanzie riconosciuti nella Costituzione⁶⁵⁵.

Nel comma successivo viene aggiunto che «È compito del Congresso[...] legiferare e promuovere misure di azione fattiva che garantiscano la reale parità di opportunità e di trattamento e il pieno godimento ed esercizio dei diritti riconosciuti dalla presente Costituzione e dai trattati internazionali vigenti sui diritti umani, in particolare in riferimento ai bambini, alle donne, agli anziani e ai disabili».

Per concludere il quadro normativo di riferimento è essenziale citare, infine, la LEY 26.061/2005 “De Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”, la quale adotta un approccio del bambino come "soggetto di diritto", tipico della Convenzione sui diritti del fanciullo, ponendosi così come uno dei punti di riferimento nel quadro dei diritti dei bambini, sia da punto di vista giuridico che politico⁶⁵⁶.

Questa legge, come recita l'articolo I, ha come oggetto «la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte»⁶⁵⁷.

Infine, nello stesso articolo viene specificato che i diritti riconosciuti nella legge sono assicurati nella loro massima esigibilità e si basano sul principio del superiore interesse del minore⁶⁵⁸.

⁶⁵⁵ Cfr. M. Rosti, *Argentina*, Bologna, 2011, p. 87 ss. Inoltre, in è parlato in dottrina di “supremazia costituzionale dei trattati” in riferimento alla equiparazione dei trattati internazionali alle fonti di primo grado. Per un quadro più dettagliato ed un excursus storico del “Bloque de Constitucionalidad” in Argentina v. M. E. Góngora Mera, *El Bloque de Constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad*, in *Centro de Derechos Humanos de Nuremberg*, 2007 p. 1-35

⁶⁵⁶ M. E. Góngora Mera, *El Bloque de Constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad*, cit., p. 13

⁶⁵⁷ Per un'analisi approfondita della Ley 26.061 v. E. García Méndez (ed.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Buenos Aires, 2008.

⁶⁵⁸ I connotati del principio del superiore interesse del minore sono poi delineati in modo più articolato nell'articolo 3, titolato “Interés superior”, che recita: “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b)

4.1.5. L'«*interès superior del niño*» nella giurisprudenza della Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

Anche per quanto riguarda il sistema argentino, analizzeremo esclusivamente alcune sentenze della Corte Suprema di Giustizia (d'ora in avanti CSJN), comunque molto significative, sia dal punto di vista del rapporto tra il giudicato interno argentino e la giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani⁶⁵⁹, sia per ciò che attiene, più strettamente, alla tutela dei diritti dei minori.

La prima sentenza che andremo ad analizzare è relativa ad un caso di richiesta di adozione di una minore: subito dopo la nascita della bambina, la madre aveva concesso la stessa a due genitori affidatari, i quali si apprestavano a iniziare le pratiche per l'adozione; tuttavia, la madre biologica, richiedeva, in seguito, la restituzione della minore, che all'epoca dei fatti aveva già otto anni di età, e di fronte al diniego dei genitori affidatari decideva di adire le vie legali⁶⁶⁰.

Le sue pretese giudiziali trovarono accoglimento sia nel primo che nel secondo grado di giudizio, tuttavia, la CSJN, ribaltando le decisioni dei giudici di primo grado e di appello, dava ragione alle istanze dei genitori affidatari: molto interessante risulta a tal riguardo, l'iter logico e argomentativo seguito dai giudici

El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

⁶⁵⁹ Sul rapporto tra le due giurisprudenze (argentina e inter-americana) e sulla problematica relativa al controllo di convenzionalità in Argentina v. M.G. Abalos, *Avances del control de convencionalidad en Argentina*, in 1, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, 115-34; in riferimento al rapporto tra controllo di convenzionalità e margine di apprezzamento v. M.A. Villanueva, *El control de convencionalidad y el correcto uso del margen de apreciación: medios necesarios para la protección de los derechos humanos fundamentales*, in Atti del “Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados: “Democracia y Derechos”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, 31 Maggio/1 Giugno 2012, p. 7-14, disponibile su <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/derechos-humanos-marcos-villanueva.pdf>

⁶⁶⁰ Il caso è S., C. S/ Adopción del 02/08/2005 – sentenza n. 328:2870. Tutte le pronunce della CSJN sono reperibili tramite il motore di ricerca del sito della Corte su <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=inicioConsulta>

della Corte di Giustizia, i quali incentrano la propria decisione a partire dalla valutazione in concreto del superiore interesse della minore contesa⁶⁶¹.

E in effetti, i giudici della CSJN, da una parte ribadiscono l'importanza del fatto che tutti i bambini vengano cresciuti dai propri genitori biologici nel loro contesto familiare originario, sottolineando il fatto che non esista interesse maggiore per un minore che quello di ritornare a vivere con i propri familiari, al fine di scongiurare una perdita di identità personale che avrebbe effetti molto negative, sia per la vita del bambino che per quella della madre⁶⁶²; dall'altra gli stessi, affermano l'importanza di valutare la migliore opzione per il minore nel caso concreto, valorizzando i vincoli affettivi che il minore ha instaurato nel corso della sua vita⁶⁶³.

Pertanto, la Corte Suprema di Giustizia non può esimersi dal porre al centro della propria analisi il principio del superiore interesse del minore, rammentando che la «*consideración primordial del interés del niño*», che l'art. 3 della CRC impone a tutte le autorità nazionali, orienta e condiziona tutte le decisioni di tutti i tribunali, compresa la Corte Suprema, la quale è vincolata al rispetto dei trattati internazionali dall'art. 75 inciso 22 della Costituzione: tale principio ha due finalità fondamentali, la prima è quello di porsi come base risolutiva di possibili conflitti di interessi; la seconda è quella di fungere da parametro oggettivo che permette di risolvere i problemi dei minori nel senso a loro più favorevole ai fini della decisione giudiziaria⁶⁶⁴.

È compito dello Stato, pertanto, vigilare affinché anche nei procedimenti di adozione, l'interesse del minore risulti la considerazione principale e, al tal riguardo, i giudici segnalano che il concetto di «*identidad filiatoria*» non è costituito solamente dall'elemento biologico, dal momento che la «*verità biologica*» non è un valore assoluto: invero, l'identità che si sviluppa attraverso i vincoli creati

⁶⁶¹ La dottrina ha salutato molto positivamente la pronuncia in questione elogiando la prevalenza accordata dai giudici della CSJN agli interessi della minore rispetto a quelli delle altre parti in giudizio, in aderenza a quanto richiesto dai trattati internazionali; v. D. Freedman, *Consecuencias del interés superior del niño en los derechos sociales de la infancia* 1, Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal, 2011, 268 ss.

⁶⁶² S., C. S/ Adopción, cit., p. 1.

⁶⁶³ Ibi. p. 4.

⁶⁶⁴ Ibi. p. 4

dall'adozione è un dato assiologico a cui il diritto deve dare valore per tutelare il superiore interesse del minore⁶⁶⁵.

Ed anche rispetto a questo il giudicato dei giudici della Suprema Corte è in piena aderenza a quanto indicato nella normativa internazionale: è infatti la stessa CRC a prevedere l'ipotesi di separazione del bambino dalla famiglia di origine come *extrema ratio* quando questa si rende necessaria per la tutela del superiore interesse del minore⁶⁶⁶.

In un'altra pronuncia, i giudici della Corte analizzano invece il profilo del diritto alla salute del minore relativamente al rifiuto di un genitore di far sottoporre il proprio figlio alle rituali vaccinazioni mediche in conformità con il piano obbligatorio di vaccinazione statale⁶⁶⁷.

I giudici della Corte, sostenendo che di fronte al diniego dei genitori di far accedere i propri figli al piano di vaccinazione è possibile e necessario agire in maniera coatta, affermano che l'esercizio della responsabilità genitoriale non è assoluto, dal momento che questo incontra come limite proprio il superiore interesse del minore⁶⁶⁸.

È, infatti, dovere dello Stato tutelare la salute dei bambini, ed è qui che si produce la collisione tra l'autonomia dei genitori di scegliere autonomamente il sistema sanitario con cui tutelare i propri figli e l'obbligo dello Stato di garantire l'accesso allo stesso sistema sanitario per tutti i bambini: rispetto a ciò, si è sollevata l'obiezione dei ricorrenti contro la decisione statale, tacciata di «paternalismo compulsive» ed in contrasto con il principio di autonomia della persona⁶⁶⁹.

⁶⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶⁶ L'art. 9 co. 1 della Convenzione ONU sui diritti dei minori recita così: «*Gli Stati parti vigilano affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà a meno che le autorità competenti non decidano, sotto riserva di revisione giudiziaria e conformemente con le leggi di procedura applicabili, che questa separazione è necessaria nell'interesse preminente del fanciullo. Una decisione in questo senso può essere necessaria in taluni casi particolari, ad esempio quando i genitori maltrattano o trascurano il fanciullo, oppure se vivono separati e una decisione debba essere presa riguardo al luogo di residenza del fanciullo.*»

⁶⁶⁷ Il caso è «N.N. o D., v. s/ protección y guarda de personas» del 12 giugno 2012.

⁶⁶⁸ N.N. o D., v. s/ protección y guarda de personas, cit., p. 3

⁶⁶⁹ N.N. o D., v. s/ protección y guarda de personas, cit., p. 5

La Corte si affrettata a ribadire che l'ambito della privacy di ciascun individuo è indiscutibilmente tutelato dalla Costituzione: l'art. 19, infatti, riconosce all'individuo un ambito di libertà nel quale egli può adottare liberamente le decisioni fondamentali relative alla sua persona, senza alcun intervento dello Stato, a meno che tali decisioni non violino l'ordine o la morale pubblica o i diritti dei terzi⁶⁷⁰.

Pertanto, è evidente come la decisione presa dai ricorrenti, legata alla realizzazione di un proprio progetto familiare (la famiglia appartiene al movimento dei Testimoni di Geova⁶⁷¹), vada a ledere i diritti di terzi, in quanto pone una seria minaccia per la salute di tutta la comunità, compromette l'efficacia del regime ufficiale di vaccinazione e, pertanto, non può essere considerata come una delle azioni private previste dall'articolo 19 di cui sopra. E questo perché la vaccinazione non riguarda esclusivamente il soggetto che la riceve, ma l'intera comunità, considerando che l'obiettivo principale della stessa è proprio quello di evitare i contagi nella popolazione, e pertanto coinvolge un interesse pubblico di carattere generale⁶⁷².

A tal riguardo, anche l'Organizzazione Mondiale della Salute, di cui l'Argentina è Paese membro, ha affermato che è necessario non solo ridurre le malattie che sono prevenibili ma che bisogna giungere alla eliminazione completa del fenomeno della mortalità infantile⁶⁷³.

Chiarito questo aspetto, i giudici della Corte sottolineano, inoltre, che, in alcuni casi, il diritto alla privacy della famiglia può essere limitato dall'intervento statale posto in difesa dell'interesse superiore del minore, in quanto soggetto

⁶⁷⁰ La lettera dell'art. 19 della Constitución Federal recita come segue: "*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ello no prohíbe*".

⁶⁷¹ Al fine di inquadrare la difficile tematica del rapporto tra il diritto alla salute e diritto alla libertà religiosa relativamente ai "Testimoni di Geova" si consiglia la lettura di M.L. Smith, *Jehovah's Witness refusal of blood products*, in *Encyclopedia of bioethics*, New York, 2004, p. 1341-5; nonché Gillon R. *Refusal of potentially life-saving blood transfusions by Jehovah's Witnesses: should doctors explain that not all JW's think it's religiously required?* In 26, *Journal of Medical Ethics*, 2000; 299-301; ed anche L. Elder, *Why some Jehovah's Witnesses accept blood and conscientiously reject official Watchtower Society blood policy*, in 26, *Journal of Medical Ethics*, 2000;: 375-80.

⁶⁷² N.N. o D., v. s/ protección y guarda de personas, cit., p. 6-7

⁶⁷³ Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Salute, *Basic Document*, 45 edizione, Ottobre 2006, reperibile su http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

vulnerabile e bisognoso di protezione, protetto da un regime, la cui maggiore caratteristica, consiste nel far prevalere il suo interesse su tutti gli interessi coinvolti⁶⁷⁴.

Ne consegue che, di fronte all'interesse dei genitori di far sì che il proprio figlio non acceda ai trattamenti obbligatori di vaccinazione, in favore di trattamenti alternativi omeopatici, è necessario dare priorità all'interesse del bambino: a tal riguardo, i giudici ricordano che lo Stato argentino è vincolato dalle norme dei trattati internazionali, tra cui citano l'art. 19 della Convenzione Americana sui diritti umani, e non può venire meno ai propri doveri, dal momento che, in casi del genere, entra in gioco il superiore interesse del minore, che deve avere la priorità su tutte le altre considerazioni⁶⁷⁵.

In conclusione, a detta della Corte, il modo migliore per realizzare il superiore interesse del minore è quello di assicurare allo stesso un presente certo e di ridurre al minimo la possibilità di futuri danni irreversibili per la sua salute: a tal fine, la non sottoposizione a vaccinazione del bambino esporrebbe lo stesso a contrarre in futuro malattie, e il comportamento dei genitori andrebbe così a nuocere sia alla salute pubblica che all'interesse del bambino, per il perseguimento del quale devono essere dispiegati tutti i metodi di prevenzione delle malattie, tra cui, appunto le vaccinazioni⁶⁷⁶.

4.1.6. “*Interès superior del niño*” e diritto all’ascolto tra conoscenza delle origini e responsabilità penale.

Dopo aver analizzato un caso relativo all'adozione del minore ed uno relativo al diritto alla salute dello stesso, analizziamo un'altra pronuncia della CSJN relativa ad un caso di divorzio e contestuale custodia del figlio, in cui i giudici della Corte hanno valutato ancora una volta come prioritario l'interesse del minore⁶⁷⁷.

Nella fattispecie, nei precedenti gradi di giudizio era stata accolta l'istanza del padre della minore, il quale aveva chiesto di far sottoporre la figlia ad un test

⁶⁷⁴ N.N. o D., v. s/ protección y guarda de personas, cit., p. 9

⁶⁷⁵ Ibi, p. 11-12

⁶⁷⁶ Ibi, p. 13.

⁶⁷⁷ Il caso è CSJN, *P. de la S., L. del C. c/ P., G. E. s/ divorcio y tenencia*, P. 140. XLIV, del 10 Agosto 2010.

del DNA al fine di dimostrare che, sebbene nata in costanza di matrimonio, la stessa non fosse figlia sua: a giustificazione della legittimità dell'utilizzo dello strumento del test del DNA non erano state apportate ragioni relative alla modifica dello stato di famiglia della minore (il quale non era più modificabile), ma motivazioni legate al diritto personalissimo della minore a conoscere le proprie origini⁶⁷⁸

La ricorrente, tuttavia, obietta fortemente la priorità accordata dai giudici alla presunta verità biologica, affermando che né il principio di "amplitud probatoria", né la Convenzione sui diritti dei minori, autorizzano ad enucleare un "diritto alla filiazione"⁶⁷⁹: pertanto, la richiesta del genitore della prova del DNA sulla figlia, integra gli estremi della violazione dell'art. 3.1 della CRC che prevede il rispetto del superiore interesse del minore⁶⁸⁰

I giudici della CSJN ribadiscono che, quando l'adozione di un determinato mezzo istruttorio possa determinare un trauma al bambino, è necessario dimostrare che la non adozione dello stesso vada a provocare un danno maggiore o più grave per il minore: è obbligo dei Tribunali infatti, fornire sempre la soluzione che permetta di soddisfare nel miglior modo possibile le esigenze di formazione della personalità del minore, e questo impedisce l'utilizzo di giustificazioni dogmatiche o prestabilite⁶⁸¹.

Gli stessi giudici confermano che il mezzo della prova del DNA non riguarda in questo caso alcuna alterazione dello stato familiare della minore, ma è direttamente connesso all'identità personale della stessa, andando potenzialmente a provocare conseguenze psicofisiche sulla persona che possono essere sia negative che positive: pertanto, a tal riguardo viene rilevato come nessuno abbia

⁶⁷⁸ CSJN, *P. de la S., L. del C. c/ P., G. E. s/ divorcio y tenencia*, cit., p. 1. Come abbiamo avuto modo di vedere nel II capitolo, sul tema del diritto all'identità del bambino ci sono stati numerosi interventi dottrinari: tuttavia nel contesto argentino il problema del diritto del minore a conoscere le proprie origini è emerso solo negli anni più recenti, soprattutto in seguito all'emanazione della Constitución Federal del 1994; relativamente al rapporto tra Diritto all'identità e interesse superiore del minore v. F. Villamayor, *Protección jurídica del derecho a la identidad en la adopción: incidencia de la convención de los derechos del Niño*, in 83, *Lecciones y Ensayos del Departamento de Publicaciones – Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires*, 2007, 292-294

⁶⁷⁹ Sul tema del presunto diritto alla filiazione e sulle sue implicazioni giuridiche ed etiche, anche in riferimento alla nuove tecniche di fecondazione artificiale v. M. Warnock, *Making Babies: Is there a right to have children?* Oxford, 2003.

⁶⁸⁰ CSJN, *P. de la S., L. del C. c/ P., G. E. s/ divorcio y tenencia*, cit., p. 2-3.

⁶⁸¹ *Ibi.*, p. 4

previsto di ascoltare nel merito l'opinione della stessa minore (che al momento dei fatti aveva 14 anni), dal momento che sia l'art. 12 della CRC che la Legge 26.061, garantiscono il diritto del minore ad essere ascoltato⁶⁸².

Emerge dagli atti di causa, infatti, i giudici d'appello non sono riusciti a dimostrare che la prova del DNA nel caso di specie avrebbe favorito il superiore interesse del minore, piuttosto che apportare solamente un beneficio per il genitore, e non hanno soprattutto concesso alla minore di esprimere la propria opinione al riguardo, informandola opportunamente in merito alle conseguenze che si sarebbero potute verificare nell'ipotesi in cui, dalla prova, fosse emersa una reale incompatibilità genetica con il proprio padre⁶⁸³.

Se permangono alcuni dubbi in merito all'opportunità di procedere all'ascolto del minore in casi come questo, dal quale, a prescindere dalla scelta compiuta dal minore, potrebbero comunque derivare per lui gravi conseguenze psicologiche, bisogna riconoscere ai giudici del TSJN, il pregio di analizzare sempre nello specifico, alla luce di tutti i dati a disposizione, la situazione specifica del minore, rifiutando logiche astratte e aprioristiche.

⁶⁸² Ibi. Relativamente al Diritto del minore ad essere ascoltato in giudizio, introdotto dall'art. 12 della CRC del 1989, v. D. O'Donnell, *The Right Of Children To Be Heard: Children's right to have their views taken into account and to participate in legal and administrative proceedings*, Firenze, 2009, disponibile su <http://www.juvenilejusticepanel.org/resource/items/D/a/DanielODonnellUNICEFIRCRightChildrenToBeHeardAppro9EN.Pdf>; G. Lansdown, *The Evolving Capacities of the Child*, Firenze, 2005; Rispetto al diritto all'ascolto del minore durante situazioni di emergenza o di conflitto armato v. C. O'Kane – C. Feinstein, *The Participation of Children and Young Children in Emergencies: A guide for relief agencies*, Bangkok, 2007. C. Feinstein – A. Giertsen – C. O'Kane, *Children's participation in armed conflict and post-conflict peace building*, in B. Percy-Smith – N. Thomas (eds), *A Handbook of Children and Young People's Participation*, London, 2010; P. Ray, *Children in the most difficult circumstances* in B. Percy-Smith – N. Thomas (eds), *A Handbook of Children and Young People's Participation. Perspectives from theory and practice*, London, 2009; Rispetto al diritto all'ascolto del minore in contesti rurali dell'America Latina v. S. Punch, *Youth transitions and interdependent adult-child relations in rural Bolivia*, in 2, *Journal of Rural Studies*, 2002, 123–133,

⁶⁸³ CSJN, *P. de la S., L. del C. c/ P., G. E. s/ divorcio y tenencia*, cit., p. 5

Anche nell'ultima pronuncia che andremo ad analizzare, ci occuperemo di un caso di diritto penale minorile nel quale il diritto all'ascolto del minore gioca un ruolo centrale⁶⁸⁴.

Ed invero, la sentenza è relativa ad un caso in cui il Pubblico Ministero richiede la condanna di un minore di anni diciotto per un omicidio colposo compiuto dal ragazzo, il quale aveva investito una donna con il proprio motociclo.

Sul caso si era precedentemente espressa la *Cámara Nacional de Casación Penal*, la quale condannava il minore a 6 mesi di carcere con pena condizionale, oltre ad otto anni di sospensione della patente: tuttavia, i difensori del ricorrente affermavano che la decisione del tribunale fosse totalmente arbitraria in quanto basata su un'interpretazione eccessivamente estensiva dell'Art. 4 della Legge 22.278 del 1980, nel quale è prevista la "necessità" della sanzione per i reati penali compiuti dai minori⁶⁸⁵.

Riprendendo l'art. 3 della CRC, i ricorrenti affermano che, nel caso di specie, i giudici avrebbero dovuto procedere tenendo presente il principio del "superiore interesse del minore": relativamente a questo, non era possibile ravvisare la necessità di applicare una pena, viste le circostanze del caso, dal momento che, gli stessi avrebbero dovuto, come la stessa legge che disciplina il regime penale dei minori richiede, dare rilievo ai "precedenti del minore", al risultato del trattamento tutelare (a cui il minore si era già sottoposto) e all'impressione ricevuta direttamente dal giudice. In base a tali premesse, i giudici della Corte rilevano, anche in questo caso, la necessità che il regime legale di applicazione delle pene ai minori debba essere orientato al rispetto della Convenzione ONU sui diritti dei minori: a partire da ciò, viene rilevata innanzitutto l'ottima risposta data dal minore in sede di trattamento tutelare sia in

⁶⁸⁴ Il caso è CSJN, *Marteau, Alejandro Aramis s/ homicidio en concurso ideal con lesiones graves y leves dolosas*, del 19 Marzo 2009.

⁶⁸⁵ L'articolo 4° della Ley 22.787 che disciplina il "Régimen Penal de la Minoridad" afferma che «*La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo 2° estará supeditada a los siguientes requisitos: 1°) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales. 2°) Que haya cumplido dieciocho años de edad. 3°) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2°.*»

riferimento al progresso psicologico che all'attenzione terapeutica, dati che rivelano l'insussistenza della presunta grave condotta del minore alla guida del suo motociclo⁶⁸⁶.

Il motivo per cui il legislatore ha previsto una facoltà così ampia al giudice, nel momento in cui questo si trova a decidere di reati compiuti da minorenni, è legata ad assicurare che la pena persegua principalmente il fine della risocializzazione del minore e quello di promuovere la reintegrazione sociale dello stesso, in modo tale da poter assumere una funzione costruttiva nella società⁶⁸⁷.

Il giovane in questione, infatti, potendo contare sull'appoggio materiale e spirituale della famiglia, aveva accettato di buon grado la realizzazione di un trattamento terapeutico, aveva mostrato serietà e correttezza durante il giudizio e serio ravvedimento e senso di colpa per il grave danno che aveva provocato, e questo dato risulta molto indicative, sia ai sensi della ley 22.787 che del art. 41 del codice penale argentino⁶⁸⁸ che valorizzano "l'impressione diretta ricevuta dal giudice" in merito al comportamento dell'indagato durante il giudizio⁶⁸⁹.

Pertanto, dal momento che in nessun modo la Camera penale della Cassazione è riuscita a dimostrare l'esistenza di presupposti che legittimerebbero la necessità dell'applicazione di una pena, visti i precedenti del minore, i risultati del trattamento tutelare e l'impressione ricevuta dal giudice, è necessario interpretare l'art. 4 della ley 22.787 a partire dal fine, chiaramente rieducativo, che la pena svolge relativamente ai fatti commessi da soggetti minori di età⁶⁹⁰.

⁶⁸⁶ CSJN, *Marteau, Alejandro Aramis s/ homicidio en concurso ideal con lesiones graves y leves dolosas*, cit., p. 2

⁶⁸⁷ Ibi, p. 3. Sul tema della pena come mezzo di rieducazione del minore si rinvia al completo lavoro di E.Devoto, *Readaptación social y realidad penitenciaria argentina*, in 7, *Cuadernos de Investigaciones*, 1988, p.1-47; con specifico riferimento alla finalità rieducativa del carcere in Argentina v. J. A. Buján, *La cárcel argentina: Una perspectiva crítica : resocialización de la pena privativa de la libertad, sociología carcelaria, doctrina y legislación*, Buenos Aires, 1998 e più di recente v. A. Autalán - V. Autalán - A.Cueto - L.Picazo - J. Suquilvide, *La finalidad de la pena en el sistema carcelario argentino*, in 2, *Revista Argentina de Humanidades y Ciencias Sociales*, 2005, in http://www.sai.com.ar/metodologia/rahycs/rahycs_v3_n2_o8.htm.

⁶⁸⁸ Questo articolo prevede infatti che «El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso».

⁶⁸⁹ CSJN, *Marteau, Alejandro Aramis s/ homicidio en concurso ideal con lesiones graves y leves dolosas*, cit., p. 4

⁶⁹⁰ Ibi, p. 5.

4.1.7 I diritti dei minori in America Latina e il controllo di convenzionalità.

Dall'analisi della giurisprudenza interna del Brasile e dell'Argentina può apparire chiaramente come, prendendo in esame il tema dei diritti dei minori, la rilevanza accordata dai giudici nazionali alle normative e alla giurisprudenza internazionale, sia nettamente differente: nelle proprie analisi, infatti, i giudici argentini, analizzano in maniera dettagliata e puntuale il caso in questione, rapportandolo con la normativa internazionale di riferimento; gli omologhi brasiliani, invece, non fanno pressoché mai riferimento alle normative o alla giurisprudenza internazionale, limitandosi a citare i propri precedenti e le normative interne⁶⁹¹.

A differenza del Brasile, però, dove manca una norma costituzionale che disciplini il rapporto tra le norme interne e quelle contenute nei Trattati internazionali, in Argentina, l'azione dei Tribunali è semplificata dall'introduzione del citato art. 75 inciso 22 della Costituzione Federale: i giudici, infatti, utilizzano la norma predetta per fare riferimento ai trattati internazionali e, nel caso dei minori, in modo particolare alla CRC e alla Convenzione Americana sui diritti umani⁶⁹², così evidenziando una volontà sia implicita, ravvisabile nelle argomentazioni seguite dai giudici, che esplicita, tramite puntuali citazioni alle normative internazionali, di porre in essere un reale controllo di convenzionalità⁶⁹³.

⁶⁹¹ Sull'implementazione delle sentenze della Corte interamericana in Brasile e sulle relative criticità v. su tutti, R. Meirelles Gasp Coelho, *Protecao Internacional dos Direitos Humanos: a Corte Interamericana e a Implementacao de Suas Sentencas no Brasil*, Curitiba, 2007.

⁶⁹² Ad esempio nel caso " *Maldonado, Daniel Enrique y otro s/*" i giudici della Corte Suprema si esprimono così: "Los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado, y el reconocimiento de estos derechos constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica". (Causa N° 1174 del 07.12.2005)

⁶⁹³ Nel caso " *García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/*" possiamo infatti leggere: *Los "tribunales", al respecto, están obligados a atender, como consideración primordial, al interés superior del niño, llevando a cabo una "supervisión adecuada" sobre todo cuando es doc-trina de esta Corte que "garantizar" los derechos humanos implica para el Estado el deber "de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar" de aquélloslo cual comprende el ejercicio del "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas aplicables in concreto y los tratados internacionales enunciados en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional*". (Causa N° 7537 del 10.04.2008). Sul tema del «Control de convencionalidad» si segnalano tra gli altri M. Carbonell, *Introducción general al control de convencionalidad*, Città del Messico, 2013; J.C. Hitters, *Control e*

Ma proprio partendo dalla constatazione di due approcci così differenti, a questo punto sorge spontaneo l'interrogativo in merito all'obbligatorietà o meno del rispetto dei trattati internazionali da parte dei paesi membri dell'OSA, con particolare riferimento alla Convenzione americana sui diritti umani: a tal riguardo, la stessa Corte interamericana ha più volte ribadito che in capo ai giudici interni vige l'obbligo di esercitare non solo il "control de constitucionalidad" ma anche il "control de convencionalidad" *ex officio* tra le norme interne e le clausole convenzionali, al fine di garantire il pieno rispetto della Convenzione stessa⁶⁹⁴.

E, infatti, uno dei doveri degli Stati che hanno accettato la competenza giurisdizionale della Corte interamericana (articolo 62 p. 3 Convenzione Americana), è sicuramente quello di rispettare i diritti contenuti nel Patto di San José (art. 1 p.1⁶⁹⁵) ed adottare disposizioni di diritto interno per rendere effettivi i menzionati diritti e le libertà tutelate nella Convenzione (art. 2⁶⁹⁶).

L'effettività di tali norme ha efficacia *inter partes* per gli Stati verso i quali le sentenze della Corte sono state pronunciate⁶⁹⁷, ed avrebbe, altresì, efficacia *erga omnes* per tutti gli altri Stati parti della Convenzione, i cui giudici interni dovranno

Constitucionalidad Y Control De Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos) in, 2, Estudios Constitucionales, 2009, 109 ss.; C. Nash Rojas, *Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* in, XIX; *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013 489 ss.; E. Rey Cantor, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Citta del Messico, 2008. A livello giurisprudenziale il concetto di controllo di convenzionalità viene introdotto dal Giudice S. García Ramírez nel caso "Myrna Mack Chang vs. Guatemala" del 25 novembre del 2005 ed assunto dalla Corte interamericana a partire dal caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile" del 26 settembre del 2006.

⁶⁹⁴ S. Vannuccini, L'efficacia delle sentenze della Corte interamericana dei diritti dell'uomo, in L. Cassetti – A. Di Stasi, C. Landa Arroyo, *Diritti e giurisprudenza: la Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo*, Napoli, 2014, p. 118.

⁶⁹⁵ Art. 1 p.1 della Convenzione Americana: «Gli Stati Parti di questa Convenzione si impegnano a rispettare i diritti e le libertà riconosciuti negli articoli seguenti e ad assicurare a tutte le persone soggette alla loro giurisdizione il libero e pieno esercizio di tali diritti e libertà, senza discriminazione per ragioni di razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica o altra, origine nazionale o sociale, condizione economica, nascita o ogni altra condizione sociale»

⁶⁹⁶ Art. 2 della Convenzione Americana: «Quando l'esercizio di uno dei diritti o delle libertà menzionati all'articolo 1 non sia già assicurato dalla legge o da altre disposizioni interne, gli Stati Parti si impegnano ad adottare, nel rispetto delle rispettive procedure costituzionali e delle norme di questa Convenzione, le misure legislative o di altro genere necessarie per rendere effettivi i menzionati diritti e libertà».

⁶⁹⁷ Così come disciplinato dall'art 62 p. 3 che recita: «La competenza della Corte si estende a tutti i casi riguardanti l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni della presente Convenzione che le siano sottoposti, a condizione che gli Stati che sono parti in causa riconoscano o abbiano riconosciuto tale competenza, sia con dichiarazione resa ai sensi del precedente paragrafo, sia in forza di un accordo speciale».

dare attuazione alle norme convenzionali, così come esse emergono e vengono interpretate dalla giurisprudenza dei colleghi di San José⁶⁹⁸.

E la motivazione di tale obbligatorietà deriverebbe dal fatto che i “diritti dell’uomo” formerebbero una categoria autonoma alla stregua di un moderno “*corpus iuris*” interamericano dotato di forza cogente e di supremazia costituzionale: da questi, pertanto, scaturirebbe una sorta di “*Kompetenz-Kompetenz*” anche nell’ipotesi in cui le Costituzioni degli Stati membri non lo prevedano espressamente⁶⁹⁹.

Tuttavia, forti dubbi permangono in merito ad una tale interpretazione: ciò che desta scetticismo è soprattutto l’effetto che deriverebbe da tale impostazione, vale a dire quello di anticipare per via giurisprudenziale quello che a livello di coscienza sociale, e quindi di conseguenza, a livello normativo, non ha ancora trovato sufficiente accoglimento⁷⁰⁰.

Per tale ragione, un simile approccio, basato su una forma di *acquis conventionnel*⁷⁰¹, che accorda assoluta priorità ai diritti fondamentali, senza però interagire in alcun modo con i processi dello sviluppo costituzionale interno degli Stati, rischia di rilevarsi controproducente: l’esito sarebbe quello di indebolire i già precari ed instabili equilibri delle istituzioni politiche e giuridiche degli Stati latinoamericani⁷⁰²; inoltre, a farne le spese sarebbe anche la legittimazione della

⁶⁹⁸ G. Rolla, *L’influenza delle carte sovranazionali sulla configurazione legale dei diritti e i lineamenti del sistema di giustizia costituzionale*, in 2-3, *Politica del Diritto*, 2012, 190-191; di parere nettamente contrario E. Malarino, *Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de Derechos Humanos para los Tribunales Nacionales*, in K. Ambos, E. Malarino, G. Elsner (orgs), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Tomo II, Göttingen, 2011, 427-428.

⁶⁹⁹ M. Carducci, *Il difficile confronto tra Europa e America latina su diritto giurisprudenziale e tutela multi-ordinamentale dei diritti fondamentali*, p. 14-15, in www.federalismi.it.

⁷⁰⁰ Sul punto si veda la critica mossa da A. Serbin, *Entre la confrontación y el diálogo. Integración regional y diplomacia ciudadana*, Buenos Aires, 2003, il quale utilizza l’espressione “diplomacia ciudadana” per mettere in evidenza la crescente importanza della partecipazione degli attori non statali nei processi regionali e globali che interessano l’America Latina, promuovendo l’apporto di questi ultimi in merito alle discussioni sulle urgenti questioni globali dell’epoca contemporanea.

⁷⁰¹ Questa formula, chiaramente coniata dall’espressione “*acquis communautaire*”, ovvero l’insieme dei diritti e dei doveri giuridici e politici che vincolano gli stati membri dell’Unione Europea, è coniata da E. Rey Cantor, *Testi di convenzionalità e controllo di convenzionalità*, Bologna, 2013, p. 2, disponibile su http://amsacta.unibo.it/3899/1/TEST_DE_CONVENCIONALIDAD_traduzione.pdf

⁷⁰² Di questo avviso anche M. Carducci, *Il difficile confronto tra Europa e America latina su diritto giurisprudenziale e tutela multi-ordinamentale dei diritti fondamentali*, cit., p. 22, che nel merito si esprime così: «L’idea di una “Comunità non politica”...indebolirebbe i processi di consolidamento democratico degli Stati latinoamericani: pur rafforzando il “massimalismo” giuridico e persino costituzionale

stessa Corte interamericana, le cui sentenze sarebbero percepite come giustapposte e invasive, piuttosto che come il frutto di un virtuoso processo giurisdizionale di natura sussidiaria⁷⁰³

➤ Sezione II

Il “*best interests of the child*” in Italia

Introduzione

La II sezione, con cui si conclude il Capitolo, ha come obiettivo quello di analizzare se, ed in che modo, il principio del superiore interesse del minore è stato recepito nella giurisprudenza italiana. Inizieremo, pertanto, con un’analisi delle pronunce della Corte costituzionale, partendo dai casi più risalenti fino ai più recenti, mettendo in evidenza la rilevanza assunta da tale principio nei vari ambiti di applicazione e tentando di cogliere le eventuali simmetrie con le indicazioni giurisprudenziali provenienti dalla Corte europea dei diritti dell’uomo. Infine, per completezza, dedicheremo un breve spazio all’analisi dei casi più rilevanti emersi all’interno della giurisprudenza della Corte di Cassazione e di alcuni Tribunali di merito negli ultimi anni, cercando di scorgere alcuni possibili scenari evolutivi.

Volutamente, sarà tralasciato di analizzare in maniera puntuale il ruolo dell’interesse superiore del minore dal punto di vista legislativo, preferendo affrontare le criticità e i pregi delle diverse normative di riferimento, non da un punto di vista strettamente teorico, ma partire da come esse “vivono” nelle pronunce dei tribunali summenzionati.

delle varie Corti coinvolte (nazionali, sovranazionali regionali e convenzionali), rischierebbe di perpetuare il minimalismo democratico ancora serpeggiante nelle prassi politiche nazionali.»

⁷⁰³ La necessità di recuperare la natura sussidiaria della Corte interamericana dei diritti umani è molto avvertita anche in America Latina, v., *inter alia*, M.I. del Toro Huerta, *El Principio de Subsidiariedad en el Derecho Internacional de Los Derechos Humanos con Especial Referencia al Sistema Interamericano*, in M. Becerra Ramirez, *A Corte Interamericana de Derechos Humanos a Veinticinco Años de su Funcionamiento*, Città del Messico, 2007, p. 22-61; e più recentemente E. Salgado Ledesma, *La probable inejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in 26, *Cuestiones constitucionales*, 2012, p. 228-230.

4.2.1. La giurisprudenza costituzionale e lo spostamento del «centro di gravità».

Il principio del “*best interest of the child*” si palesa nel nostro ordinamento in modo autonomo, anche a livello temporale, rispetto a quello emerso dalla giurisprudenza di Strasburgo.

La prima volta che l’espressione “preminente interesse del minore” compare in una pronuncia della Corte costituzionale risale al 1981 con la sentenza n.11⁷⁰⁴.

La questione specifica era incentrata intorno alla legge sull’adozione speciale dei minori del 1967: questa riforma normativa risultava decisamente innovativa dal momento che aveva spostato il «centro di gravità» dell’adozione dall’interesse dell’adottante a quello dell’adottato⁷⁰⁵.

Tuttavia nella stessa pronuncia il giudice delle leggi faceva notare come in realtà lo spostamento del centro di gravità dell’istituto fosse imposto ancor prima sul piano superiore della normativa costituzionale, tramite il combinato disposto degli artt. 2 e 30, primo e secondo comma, della Costituzione.

Queste norme, assegnano una posizione preferenziale alla situazione soggettiva del minore, assegnando valore prioritario 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 di origine risulta il luogo privilegiato e, soltanto nei casi in cui questa risulti inefficiente, 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 sostanzia in relazione alla loro capacità di svolgere i compiti previsti dal primo comma dell’articolo 30, insieme al carattere di effettività che deve caratterizzare un simile incarico, da assolvere con impegno personale e diretto. Infine, si può chiaramente evincere dal secondo comma dell’art.30 il carattere dell’adeguatezza, che prevede l’obbligo in capo al legislatore e all’Autorità pubblica in generale, di far fronte alle eventuali impossibilità da parte dei genitori

⁷⁰⁴ Sentenza Corte Costituzionale del 10/02/1981. Il testo integrale di questa e di tutte le pronunce della della Corte sono consultabili sul sito Il testo integrale della sentenza è consultabile sul sito della Corte costituzionale <http://www.cortecostituzionale.it>

⁷⁰⁵ Corte Cost. 11/1981, cit., § 5.

di sangue, predisponendo ogni misura che possa porre rimedio, nel modo più efficace, al mancato o parziale svolgimento dei doveri genitoriali di questi ultimi⁷⁰⁶.

La materia dell'adozione è, quindi, l'ambito in cui la Corte ha enucleato, dal sistema costituzionale, il principio dell'interesse superiore del minore che verrà, in seguito, accolto anche in altri ambiti: 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 stesso⁷⁰⁷.

Questo dato pone un punto di diversità rispetto all'orientamento seguito dalla giurisprudenza convenzionale: come abbiamo visto in precedenza, infatti, i giudici di Strasburgo, pur concedendo uno spazio sempre crescente alla tutela dei minori, tuttavia, operano un bilanciamento molto più equilibrato tra i diritti di questi e quelli dei genitori, dei terzi interessati e della società nel suo insieme.

L'indirizzo della Corte costituzionale risulta ancora più esplicito nella motivazione della sentenza 197/1986 in cui i giudici ricordano che nei casi riguardanti le adozioni 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 instauratisi, dall'altro - sia effettuata in concreto dal giudice, nell'esclusivo interesse del minore»*⁷⁰⁸.

E' sulla realizzazione in concreto di questo interesse che si incentrano infatti le verifiche demandate ai Tribunali, cui è fatto carico di indagare, tra l'altro, circa 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 idonea convivenza tra i due⁷⁰⁹.

⁷⁰⁶ Così Corte Cost. 11/1981 a cui seguono, tra le altre 197/1986, 198/1986, 199/1986

⁷⁰⁷ Di recente è sempre più frequente, anche in Italia, il dibattito in merito alla prevalenza dell'interesse del minore ad avere una famiglia rispetto all'interesse dei genitori ad avere un figlio. Sul tema vedi. AA.VV, *Il diritto del minore ad una famiglia. Tavola rotonda a 10 anni dalla L. 28 Marzo 2001, n. 149*. Pisa, Pisa, 2011; in riferimento al rapporto tra diritto interno e giurisprudenza della Corte EDU v. G. Ferrando, *Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *11 Famiglia e Diritto*, 2009, 1051 ss.

⁷⁰⁸ Corte Cost 197/1986.

⁷⁰⁹ Cfr. Art. 57 L.184/1983 così come modificato dalla L.149/2001, su tutti A. Bonfiglioli-M. Dogliotti, *Adozione*, in M. Sesta, *Il codice della famiglia*, cit., 2801 ss.

4.2.2. La differenza di età tra adottante e adottato.

Dopo circa dieci anni, il 24 luglio del 1996, il giudice delle leggi ha l'occasione per rafforzare questo indirizzo favorevole alla considerazione del preminente interesse del minore, in una pronuncia relativa alla differenza di età massima tra adottante ed adottato⁷¹⁰.

La sentenza sancisce l'illegittimità costituzionale dell'art.6 co.2 della L. 184/1983, per contrasto con gli artt. 2 e 31 Cost., nella parte in cui non prevede che il giudice possa disporre l'adozione, valutando esclusivamente l'interesse del minore, nel caso in cui l'età di uno dei coniugi adottanti superi di oltre quaranta anni l'età dell'adottando, pur quando la differenza di età rimane compresa in quella che di solito intercorre tra i genitori ed i figli di sangue, se dalla mancata adozione può derivare al minore un danno grave e non altrimenti evitabile⁷¹¹.

Sinteticamente e senza entrare nel merito della pronuncia, si può constatare che l'orientamento indicato dalla Corte, in seguito a questa sentenza, si basa sulla convinzione che il giudice minorile riceva direttamente dalla legge il potere di assumere i provvedimenti che egli ritiene sostanzialmente più idonei nel caso specifico e solamente quando la legge non risulti adeguatamente rispettosa del proprio spazio di discrezionalità, costui possa rivolgersi alla Corte costituzionale per chiedere l'espunzione di una norma ritenuta troppo poco elastica⁷¹².

Il dispositivo della sentenza dichiara, quindi, l'incostituzionalità della regola sull'età massima degli adottanti qualora questa costringa il giudice a rispettarla in quelle situazioni in cui sarebbe, invece, conveniente effettuare una deroga al fine di perseguire l'interesse del minore: adesso l'intero sistema delle adozioni dei minori si impernia sulla valutazione e sulla tutela di suddetto interesse alla cui accoglienza è preordinato lo stesso apprezzamento dell'idoneità della famiglia adottiva e, quindi dei requisiti richiesti ai suoi componenti⁷¹³.

Del resto tale concetto era già stato chiaramente riassunto nelle parole della sentenza Corte Cost. 89/1993, in cui veniva esplicitato come l'obiettivo essenziale e

⁷¹⁰ Corte Cost. 303/1996, in 4, *Giurisprudenza costituzionale*, 1996 con nota di E. Lamarque

⁷¹¹ Cfr. Corte Cost 303/1996 cit.

⁷¹² E. Lamarque, *L'eccezione non prevista rende incostituzionale la regola (ovvero il giudice minorile è soggetto alla legge, m la legge è derogabile nell'interesse del minore)*, in 4, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996, 2503 ss.

⁷¹³ Corte Cost. 303/1996, cit.

dominante dell'istituto dell'adozione corrispondesse all'interesse dei minori ad un ambiente stabile ed armonioso, favorevole allo sviluppo della propria personalità ed in grado di concedere un equilibrato contesto affettivo ed educativo con la presenza di idonei genitori adottivi⁷¹⁴.

Sebbene pronunciata con un evidente *favor* nei confronti dei minori, questa pronuncia è stata aspramente criticata da un'ampia parte di dottrina che ha definito la sentenza 303/1996, addirittura contraria al preminente interesse del minore, avendo questa un contenuto ed una portata troppo ampi, tali da agevolare un vero e proprio arbitrio decisionale in capo ai giudici, foriero di un pericoloso relativismo giuridico⁷¹⁵.

Le medesime critiche sono state mosse nei confronti di una successiva sentenza, la 283/1999⁷¹⁶, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, secondo comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui non prevede che il giudice possa disporre l'adozione, valutando esclusivamente l'interesse del minore, quando l'età di entrambi i coniugi adottanti superi di oltre quaranta anni l'età dell'adottando, pur rimanendo la differenza di età compresa in quella che di solito intercorre tra genitori e figli, se dalla mancata adozione deriva un danno grave e, non altrimenti evitabile, per il minore.

Il dissenso di una parte della dottrina si appunta principalmente in relazione al fatto che la procedura in questione, che prevede che il divario di età possa essere accertato in concreto dai giudici, porti con sé il rischio di far coincidere l'interesse del minore con la discrezionalità giurisdizionale⁷¹⁷: secondo tale parere, spetterebbe al legislatore, e non ai giudici, dover stabilire una soluzione precisa una volta per tutte, in via generale ed astratta, a seguito di ponderate scelte discrezionali di politica legislativa, ponendo, così, un limite preciso a cui il giudice dovrà attenersi per evitare di incorrere in discriminazioni intollerabili che potrebbero provocare un vero e proprio caos legislativo⁷¹⁸.

⁷¹⁴ Ibidem

⁷¹⁵ G. Manera, *L'adozione e l'affidamento familiare nella dottrina e nella giurisprudenza*, Milano, 2004, 79 ss.

⁷¹⁶ Corte Cost. 283/1999, in *Gazzetta Ufficiale*, 14 luglio 1999.

⁷¹⁷ D. Carponi Schittar, *Ascolto del minore vs. diritti del minore. La tutela dei diritti del minore e il suo ascolto*, in D. Orlando Cian – E. Palermo Fabris (a cura di), *L'ascolto del minore e la giustizia*, Milano, 2001, 66.

⁷¹⁸ G. Manera, *L'adozione e l'affidamento familiare nella dottrina e nella giurisprudenza*, cit., 84.

Tuttavia, tali pareri discordanti sono rimasti inascoltati dal momento che l'articolo 6 comma 5 della citata legge 149/2001, ribadisce che i limiti fissati dalla legge possono essere derogati quando il T.M. accerti che, dalla mancata adozione, derivi un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore.

4.2.3 Interesse del minore e dichiarazione giudiziale di paternità.

Dopo essersi imposto come criterio da seguire in materia di adozione, l'interesse del minore inizia a trovare accoglimento anche in altri ambiti: questa volta, il suddetto indirizzo, compare nel contesto di un giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 273 e 274 in relazione all'art. 316 del codice civile, promosso con ordinanza emessa il 30 novembre 1989 dal Tribunale per i minorenni di Ancona nel procedimento per dichiarazione di paternità naturale.

La Corte costituzionale nella sentenza 341/1999⁷¹⁹ dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 274, primo comma, cod. civ. nella parte in cui, trattandosi di minore infra-sedicenne, non prevede che l'azione promossa dal genitore esercente la potestà sia ammessa, esclusivamente, quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del figlio.

Con la 341/1990, quindi, la Corte, riconoscendo l'illegittimità dell'articolo 274 del Codice Civile, afferma 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, diritto di vedere costituito il proprio rapporto di filiazione portando la prova biologica in giudizio sulla paternità o maternità⁷²⁰.

E' necessario aggiungere che tale valutazione deve essere compiuta dall'angolo visuale del minore in riferimento ad entrambe le figure genitoriali, per cui ne risulta ampliata la sfera affettiva del minore stesso: l'esistenza del detto interesse 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 pregiudizievole da dare luogo, in via ordinaria, alla decadenza dalla potestà

⁷¹⁹ Corte Cost. 341/1990, in *www.cortecostituzionale.it*

⁷²⁰ 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.

genitoriale, oppure in presenza di fondati rischi sugli equilibri affettivi, sull'educazione e la collocazione del minore⁷²¹.

Un'ulteriore conferma dell'opportunità e della legittimità di una tale inversione di tendenza ci viene fornita dalla stessa Corte nella sentenza 216/1997⁷²², in cui la stessa, dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale sull'articolo 274 (I e II comma), ribadisce come l'esame dell'interesse del minore costituisca una componente essenziale dell'oggetto del giudizio di ammissibilità per la dichiarazione giudiziale di paternità e specifica che tale procedimento è ispirato a due finalità concorrenti e non in contrasto tra loro, essendo poste a tutela non solo del convenuto, contro il pericolo di azioni temerarie e ricattatorie, ma anche e soprattutto del minore, il cui interesse si sostanzia nell'affermazione di un rapporto di filiazione veridico che non pregiudichi la formazione e lo sviluppo della propria personalità⁷²³.

L'aspetto affettivo e relazionale viene adesso direttamente collegato al concetto di paternità, fino a quel momento considerata unicamente come fattore biologico⁷²⁴.

Questa felice linea interpretativa, portatrice di una rinnovata vitalità⁷²⁵, relativa alla fase di ammissibilità dell'azione di riconoscimento ha, tuttavia, subito una forte battuta d'arresto nel 2006. Con la sentenza 50/2006⁷²⁶, infatti, la Corte dichiara illegittimo l'intero articolo 274 c.c sia a causa della disparità di trattamento che si determinava tra figli naturali e figli legittimi, che per l'effetto di ostacolo alla tutela dei diritti fondamentali rivestito dalla stessa norma e, infine, anche a causa dell'irragionevole durata del processo conseguente alla duplicazione dei giudizi.

I giudici costituzionali hanno precisato che l'esigenza di valutare l'interesse del minore in relazione alla dichiarazione giudiziale di paternità sarebbe comunque stata salvaguardata: essa, infatti, sarebbe eventualmente deliberata prima dell'accertamento della fondatezza di merito⁷²⁷ (giudizio di delibazione preventiva).

⁷²¹ Cass. 5865/1993; Cass. 6216/1994, in *Diritto e famiglia*, 1994, 1239; Cass. 24 5663/1995.; Cass. 12642/1995; Cass. 1444/1996; Cass. 8413/1996.

⁷²² Corte Cost. 216/1997, In 4, *Diritto di famiglia e delle persone*, 1997, 1271 ss

⁷²³ Corte Cost. 216/1997, cit.

⁷²⁴ A.C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2014, 166.

⁷²⁵ B. Lena, *La filiazione naturale*, in G. Ferrando, *Trattato di diritto di famiglia Bonilini-Cattaneo*, III, Filiazione e adozione, Torino, 1997, 415

⁷²⁶ M. Sesta, *Commento a Corte Cost. 50/2006*, in 2, *Famiglia e diritto*, 2006, 237

⁷²⁷ Corte Cost., cit.

Ciononostante, nutriti dubbi si sono palesati in dottrina⁷²⁸ relativi alla valutazione dell'enorme grado di difficoltà a cui il giudice andrebbe in contro nel dover eventualmente respingere le richieste istruttorie di indagini genetiche, sul mero presupposto di un'ipotetica contrarietà del riconoscimento del legame di filiazione all'interesse del minore.

4.2.4. Tutela e sostegno della maternità e della paternità.

Una sentenza del 2005⁷²⁹ fornisce, poi, l'occasione alla Corte costituzionale per ampliare ulteriormente la portata del significato di "interesse superiore del minore" in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità: il 17 maggio 2004, il Tribunale di Sondrio solleva, 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 ("Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità") 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 esclusivamente a favore delle donne.

La Corte, dichiarando l'illegittimità delle norme impugnate che riservavano alla sola madre il diritto a percepire l'indennità e che determinavano un'ingiustificata disparità di trattamento fra i coniugi, durante la prima e più delicata fase dell'inserimento del minore in famiglia, ricorda come gli istituti nati a

⁷²⁸ Su tutti A.C. Moro, *Il diritto minorile*, cit., 166

⁷²⁹ Corte Cost. 385/2005

salvaguardia della maternità, in particolare i congedi ed i riposi giornalieri, non hanno più, come in passato, il fine precipuo ed esclusivo di protezione della donna, ma sono destinati alla difesa del preminente interesse del bambino⁷³⁰ che «va tutelato 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»⁷³¹.

Anche gli ultimi orientamenti giurisprudenziali sembrano confermare a pieno questa linea interpretativa che, per garantire il preminente interesse del minore, prevede che i genitori debbano poter godere delle medesime tutele al fine di una compiuta attuazione di fondamentali diritti di rango costituzionale, quali sono quelli connessi alla formazione della famiglia e alla cura della prole: tuttavia, permane, come è giusto che sia, la distinzione tra le norme poste direttamente a protezione della filiazione biologica atte a tutelare la salute della madre nel periodo anteriore e successivo al parto, dagli istituti in cui l'interesse del minore riveste carattere assoluto e rispetto al quale le posizioni del padre e della madre risultano del tutto fungibili, tanto da giustificare una disciplina identica⁷³².

4.2.5. Assegnazione della casa familiare

Il superiore interesse del minore riveste un ruolo prioritario anche rispetto alle decisioni relative all'assegnazione della casa familiare⁷³³, che ha subito importanti novità con la l. 54/2006, tanto da essere definita in dottrina come «l'epicentro della nuova disciplina»⁷³⁴.

Con le ordinanze promosse dalla Corte d'appello di Bologna, dal Tribunale di Firenze e da quello di Ragusa veniva richiesta una verifica di legittimità costituzionale dell'art. 155-quater, I co. del cod.civ., introdotto dall'art. 1, comma 2,

⁷³⁰ A. Lebra – P. Franzin, *Famiglia, maternità e lavoro*, Roma, 2006, 122

⁷³¹ Citazione di Corte Cost. 179/1993 ripresa in Corte Cost. 285/2010

⁷³² Cfr. Corte Cost. 285/2010 cit.

⁷³³ Per una panoramica completa ed aggiornata in merito al provvedimento di assegnazione della casa familiare su tutti C.Irti, *Il provvedimento di assegnazione della casa familiare*, in S. Patti – L. Rossi-Carleo, *Provvedimenti riguardo ai figli*, Bologna-Roma, 2010, 260 ss.

⁷³⁴ M. Palladini, *Le tutele sostanziali*, in C. Cecchella (a cura di), *La riforma del processo per separazione e divorzio*, Pisa, 2007. In merito alle riforme introdotte dalla Legge 54/2006 v. F. Bartoli – R. Pastore, *I nuovi procedimenti di separazione, divorzio e affidamento condiviso*, Piacenza, 2006; A. Ceniccola, A. F. Sarracino, *L'affidamento condiviso. alla luce della Legge n. 54/2006*, Matelica, 2007.

della legge 54/2006 (Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli) relativamente alla parte in cui si afferma che il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso in cui l'assegnatario non abiti, o cessi di abitare, stabilmente nella casa familiare, conviva *more uxorio* o contragga nuovo matrimonio.

L'intervento interpretativo di rigetto con cui la Corte costituzionale, tramite la sentenza 308/2008⁷³⁵, ha "salvato" la norma, subordinando la decadenza dell'assegnazione della casa familiare ad un puntuale giudizio di conformità all'interesse del minore. L'interesse della prole al mantenimento di un certo ambiente familiare, diventa dunque il parametro di valutazione rispetto al quale deve essere considerata la legittimità non solamente del provvedimento di assegnazione, ma anche di tutte le eventuali ipotesi di revoca dello stesso⁷³⁶.

L'intervento interpretativo della Corte è principalmente diretto ad evitare le conseguenze ingiuste che deriverebbero da un'applicazione letterale della norma: questa svilirebbe l'unica *ratio* del provvedimento di assegnazione, la tutela degli interessi della prole, per la quale l'istituto è sorto.

Solo una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 155 quater, sarebbe in grado di garantire l'interesse della prole al mantenimento della casa familiare, inteso come habitat domestico ove i minori abbiano trascorso la vita fino al momento della crisi della famiglia e che, anche in una drammatica situazione di dissolvimento del rapporto coniugale, continua a costituire il principale centro di interessi, consuetudini ed affetti⁷³⁷.

4.2.6. Processo penale ed interesse del minore.

Infine, anche nel vasto mondo del diritto penale minorile il principio del preminente interesse del minore ha ricevuto una forte eco⁷³⁸.

Prendiamo in analisi alcune pronunce della Corte costituzionale⁷³⁹, esemplificative di una rinnovata attenzione agli aspetti anche procedurali che coinvolgono i minori imputati.

⁷³⁵ Corte Cost. 308/2008 in I, *Famiglia e Minori*, 2008, 43 con nota di T. Marvasi

⁷³⁶ C. Irti, *La revoca dell'assegnazione della casa familiare: dalle critiche della dottrina al giudizio della Consulta*, in 12, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 411 ss.

⁷³⁷ *Ibidem*, 419

⁷³⁸ Per una panoramica esaustiva sulla materia penale minorile si veda S. Larizza, *Il diritto penale dei minori : evoluzione e rischi di involuzione*, Padova, 2005.

Rispetto alle tipologie sanzionatorie, si afferma, nel tempo, il principio del trattamento diversificato in presenza di un soggetto reo minorenni, innanzitutto tramite la dichiarazione di incostituzionalità della pena dell'ergastolo. La lettura del combinato disposto tra l'art.27 co.3 Cost e del principio di uguaglianza ex art.3 Cost porta la Corte ad affermare, con sentenza 168/1994, l'illegittimità costituzionale della pena detentiva a vita per il minore e, in questa sede, emerge come la rieducazione di quest'ultimo costituisca ormai per la Corte una sorta di imperativo costituzionale: il vincolo di protezione del minore sancito a livello costituzionale, infatti, è rispettato solo tramite l'utilizzo di pene di tipo rieducativo⁷⁴⁰.

Illuminanti le parole della sentenza quando afferma che se l'art.27 co.3 non espone di per sé a censura di incostituzionalità la previsione dell'ergastolo e il suo relativo carattere di perpetuità, è necessaria una sua lettura combinata con l'art.31 della Costituzione, che impone una incisiva diversificazione del trattamento penalistico dei minorenni⁷⁴¹.

Con un'ordinanza del 2001, il G.U.P. di Palermo aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, comma I, 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 1 marzo 2001, n. 63 (Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'art. III della Costituzione), nella parte in cui non prevedeva che in caso di contumacia o irreperibilità dell'imputato minorenni il giudice potesse, nell'interesse preminente dello stesso, comunque emettere sentenza di proscioglimento ex art. 425 cod. proc. Penale, ovvero sentenza di proscioglimento per concessione del perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto.

La Corte costituzionale, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 32, comma I, del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, come modificato dall'art. 22 della legge 1 marzo 2001, n. 63, nella parte in cui, in mancanza del consenso

⁷³⁹ Per una panoramica completa dell'apporto fornito dalla Corte Costituzionale al sistema di giustizia minorile vedi S.Larizza, *Evoluzione del diritto penale minorile*, in P.Zatti, *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, 2002, 141 ss.

⁷⁴⁰ M. Bertolino, *Il reo e la persona offesa – Il diritto penale minorile*, in C.F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2009, 337-338.

⁷⁴¹ Corte cost. 168/1994.

dell'imputato, preclude al giudice di pronunciare sentenza di non luogo a procedere che non presuppone un accertamento di responsabilità, sottolineando come la disciplina censurata violerebbe l'art. 10 Cost., perché irragionevolmente preclude di dare applicazione al principio di cui all'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia; inoltre, ad essere violato sarebbe anche l'art. 31 Cost., in quanto la norma, così formulata, 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 del minore dal circuito penale⁷⁴².

Un approccio simile viene utilizzato un anno dopo, nella sent. 149/2003, in merito ad un'ordinanza con cui la Corte d'appello di Roma, sezione per i minorenni, aveva sollevato, in riferimento agli artt. 3, 25 e 31 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 27 del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 (Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni), nella parte in cui non prevedeva che la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto potesse essere pronunciata anche in dibattimento. In primo luogo, la Corte ribadisce che i presupposti sostanziali dell'istituto (tenuità del fatto e occasionalità del comportamento), comunemente definito come causa oggettiva di esclusione della pena o causa di esclusione della punibilità e l'esigenza di assicurarne le più ampie possibilità di accertamento, rendono priva di ragionevole giustificazione una disciplina che ne limita l'operatività alle fasi iniziali del procedimento; inoltre, la considerazione relativa alla *ratio* dell'art. 31, secondo comma, Cost., mostra come la tutela del preminente interesse del minore non possa essere fatta coincidere meccanicisticamente con la sua immediata fuoruscita dal procedimento, ma richiede che l'estromissione, «la più possibile sollecita», dal circuito processuale non finisca per sacrificare l'esigenza di garantire al minore le più ampie possibilità difensive in relazione alla formazione della prova in dibattimento.

L'obiettivo di una rapida fuoruscita del minore dal circuito processuale, prosegue la Corte, non esclude il fatto che debba comunque essere adottata la decisione a lui più favorevole, concedendogli di ottenere, ove possibile, la formula

⁷⁴² Corte Cost. 195/2002.

di proscioglimento maggiormente idonea ai profili soggettivi del suo comportamento⁷⁴³.

Il fatto di essere imputato non limita, quindi, sotto alcun aspetto la specifica protezione costituzionale di cui il minore gode, anzi, di questa protezione viene accentuata la valenza, tramite un coinvolgimento coordinato tra tutte le strutture predisposte, al fine di favorire un completo reinserimento sociale del minore: nel processo penale minorile, pertanto, le esigenze processuali sono sempre subordinate a quelle di tipo educativo, e questo fa emergere la preferenza del legislatore verso forme alternative al processo, che comporterebbero rilevanti conseguenze sia dal punto di vista criminologico che psicologico⁷⁴⁴.

Un ottimo modo per non ridurre il processo penale minorile ad una mera tecnica sanzionatoria sulla devianza e per far sì che diventi l'occasione per dare inizio ad un reale processo formativo e rieducativo⁷⁴⁵.

4.2.7. Gli ultimi sviluppi.

Negli ultimi anni si è intensificato l'impegno della Corte costituzionale italiana contro un articolato sistema di previsioni normative presenti nel nostro ordinamento, che prevede una sistematica e spesso inopinata applicazione di pene (principali o accessorie ad intere categorie di reati) anche all'interno del terreno minato dei diritti dei minori.

L'ultima pronuncia è relativa ad un giudizio di legittimità costituzionale promosso dal Tribunale di sorveglianza di Firenze nel procedimento relativo ad una donna, madre di un bambino minore di dieci anni, condannata per i reati di cui agli articoli 600 e 601 c.p.. Nella fattispecie, la Corte Costituzionale, con la Sentenza n. 239 del 22 ottobre 2014, ha dichiarato illegittimo l'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 impedisce alle

⁷⁴³ Corte Cost. 149/2003 in *Gazzetta ufficiale*, 14 Maggio 2003

⁷⁴⁴ G. Bellussi, *L'interferenza del processo penale nello sviluppo della personalità del minore*, in D. Orlando Cian – E. Palermo Fabris (a cura di), *L'ascolto del minore e la giustizia*, cit., 123-124

⁷⁴⁵ A.C. Moro, *Il ruolo degli enti locali e gli interventi di protezione*, in F. Occhigrosso (a cura di), *Il processo penale minorile: prime esperienze*, Milano, 1990, 186.

madri condannate per reati di particolare gravità, che non collaborino con la giustizia, l'accesso alla pena alternativa della "detenzione domiciliare speciale"⁷⁴⁶.

I giudici costituzionali hanno stabilito che la predetta norma viola gli articoli 29, 30 e 31 Cost., i quali proteggono rispettivamente la famiglia «come società naturale fondata sul matrimonio», il diritto-dovere dei genitori di «mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio» e la maternità, l'infanzia e la gioventù, «favorendo gli istituti necessari a tale scopo». I giudici della Consulta, pertanto, chiariscono che la "detenzione domiciliare speciale" in casi come questo 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»⁷⁴⁷.

Nel caso contrario, infatti, qualora una madre fosse costretta a vivere separata dal proprio figlio, l'esito sarebbe quello di «addossare sulle "fragili spalle" del minore le conseguenze delle gravi responsabilità penali della madre e della sua scelta di non collaborare con la giustizia»⁷⁴⁸.

Richiamando la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia, invece, la Corte rammenta 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»⁷⁴⁹. A detta dei giudici della Corte, ciò che deve assumere rilievo, in casi come quello in esame, sarebbe appunto il prioritario interesse di un soggetto debole, quale è il minore in tenera età, ad instaurare un «rapporto quanto più possibile "normale" con la madre in una fase nevralgica del suo sviluppo»⁷⁵⁰. Tuttavia, pur ponendo l'accento sulla priorità da accordare all'interesse del minore a fruire in modo continuativo dell'affetto e delle cure materne, la Corte

⁷⁴⁶ Per un inquadramento storico della L. 354/1975 v. R. Perotti, *L'ergastolo e l'ordinamento penitenziario*, in *L'altro diritto - Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*, disponibile su <http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/lawways/perotti/cap2.htm>, in cui l'autore parla della grande importanza di questa normativa nell'evoluzione storica della dottrina penalistica.

⁷⁴⁷ Cfr. Sentenza Corte cost. n. 239 del 22 ottobre 2014 § 1

⁷⁴⁸ *Ibidem*

⁷⁴⁹ Cfr. Sentenza Corte cost. n. 177 del 12 giugno 2009 § 2.2

⁷⁵⁰ Cfr. Sent. Corte cost. n. 239/2014, cit., § 5

precisa che, malgrado il suo elevato rango, tale interesse 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. Ciononostante, affinché possa prevalere sull'interesse del minore, la sussistenza di questa esigenza sociale non deve essere verificata astrattamente, bensì in concreto⁷⁵¹: tale compito spetterà, pertanto, al Tribunale di sorveglianza di Firenze, il quale dovrà valutare la sussistenza di tale «concreto pericolo» per la società e la possibilità per la madre di continuare ad avere un rapporto continuativo con il figlio, all'infuori del contesto carcerario.

La sentenza esaminata fa il paio con una precedente pronuncia della Consulta, in cui la stessa si era espressa in favore del superiore interesse del minore. Il caso di specie vedeva la Corte di Cassazione sollevare la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli articoli 2, 3, 29, 30 e 117 della Costituzione, dell'art. 569 del codice penale, nella parte in cui stabilisce che, alla condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di soppressione di stato, previsto dall'art. 566, II comma, del codice penale, consegua di diritto la perdita della potestà genitoriale, precludendo così al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto⁷⁵².

La Corte Suprema, veniva interpellata, a seguito di un ricorso per Cassazione, proposto dalla difesa degli imputati, contro una sentenza della Corte di Appello di Brescia che, confermando la sentenza di primo grado, dichiarava la colpevolezza degli imputati per violazione dell'art. 566 co.2 c.p., avendo gli stessi, nella loro qualità di genitori, omesso di dichiarare all'ufficiale di stato civile la nascita della propria figlia, entro il termine previsto dal decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396⁷⁵³, occultando di fatto l'esistenza della neonata. In applicazione dell'art. 569 c.p., i genitori erano stati condannati oltre che alla pena ritenuta di giustizia, anche alla pena accessoria della perdita della potestà genitoriale sulla minore, pur ottenendo la sospensione condizionale di entrambe

⁷⁵¹ Cfr. Sent. Corte cost. n. 239/2014, cit., § 9

⁷⁵² Sentenza Corte cost. n. 7 del 23 gennaio 2013

⁷⁵³ Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127. I termini per rendere la dichiarazione di nascita sono i seguenti: entro 10 giorni dalla nascita presso il comune nel cui territorio è avvenuto il parto; alternativamente, entro 3 giorni presso la direzione sanitaria dell'ospedale/casa di cura in cui è avvenuta la nascita; entro 10 giorni dalla nascita nel Comune di residenza dei genitori.

le pene. La perdita della potestà genitoriale, in casi del genere, si attiva automaticamente come conseguenza della condanna pronunciata per violazione dell'art. 566 c.p., eliminando così, anche in questo caso, ogni spazio di discrezionalità del giudice, impossibilitato a valutare nella concretezza della fattispecie il reale interesse del minore. La Consulta, dichiarando fondata la questione, ribadisce ed approfondisce i contenuti esposti poco meno di un anno prima, relativamente ad una fattispecie pressoché analoga: la sentenza in questione, infatti, fa da eco ad una precedente pronuncia della Corte costituzionale, la 31 del 2012. In questa decisione la Corte aveva avuto modo di sottolineare come la previsione contenuta nell'art. 569 c.p. fosse espressione di un "interesse complesso", composto dall'interesse dello Stato all'esercizio della propria potestà punitiva, dall'interesse dell'imputato alla celebrazione di un equo processo, nel pieno rispetto dei diritti sostanziali e processuali dello stesso e dall'interesse del minore a condurre una normale esistenza nell'ambito della propria famiglia, salvaguardando l'imprescindibile relazione con ciascuno dei genitori, dai quali il minore ha il pieno diritto di ricevere un'adeguata cura, educazione ed istruzione. Data la lacuna definitoria presente in chiave normativa, la Corte tentava, in quella sede, una ricostruzione ermeneutica del complesso "nucleo" della potestà genitoriale: questo si ricava dal combinato disposto dell'art. 147 c.c., che prevede i doveri dei coniugi verso i figli, individuandoli come obblighi di "mantenere, istruire ed educare la prole, tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli" e dell'art. 30 della Costituzione. Da tale nucleo scaturisce un vero e proprio obbligo dei genitori ad «assicurare ai figli un completo percorso educativo, garantendo loro il benessere, la salute e la crescita anche spirituali, secondo le possibilità socio-economiche dei genitori stessi», dal momento che «crescere con i genitori ed essere educati da questi, salvo che da ciò derivi un grave pregiudizio, costituisce un diritto inviolabile del minore»⁷⁵⁴.

Richiamandosi alla sentenza gemella, nella sua nuova pronuncia, la Corte sostiene che, ad essere violato dalle conseguenze insite all'applicazione della pena accessoria, sarebbe innanzitutto l'art. 3 della Costituzione, proprio perché la pronuncia di decadenza, che va ad incidere sull'interesse del minore sopra

⁷⁵⁴ Corte costituzionale, Sentenza n.31 del 2012, § 2.

indicato, non è conforme al principio di ragionevolezza, cardine della Costituzione e dell'ordinamento nel suo insieme, e contrasta, quindi, con il dettato di tale articolo.

Ed invero, l'art. 569 c.p., ignorando l'interesse del minore, stabilisce la perdita della potestà sulla base di un «mero automatismo», che impedisce, di fatto, al giudice di compiere il necessario bilanciamento, nel caso concreto, tra l'interesse stesso e «la necessità di applicare comunque la pena accessoria, in ragione della natura e delle caratteristiche dell'episodio criminoso, tali da giustificare la detta applicazione appunto a tutela di quell'interesse»⁷⁵⁵.

La Corte corrobora la propria decisione riprendendo ancora una volta in esame la sentenza 31 del 2012, nella quale la stessa affermava che il delitto di cui all'art. 567, II co. c.p., «diversamente da altre ipotesi criminose in danno di minori, non reca in sé una presunzione assoluta di pregiudizio per i loro interessi morali e materiali, tale da indurre a ravvisare sempre l'inidoneità del genitore all'esercizio della potestà genitoriale»⁷⁵⁶. È augurabile, pertanto, che il giudice possa considerare, *case by case*, la sussistenza di detta idoneità avendo come parametro valutativo la tutela dell'interesse del minore. La previsione di cui all'art. 569 c.p., si porrebbe, inoltre, in forte contrasto con una serie di prescrizioni internazionali e sovranazionali, e per questo violerebbe il dettato dell'art. 117 della Costituzione. La Corte sottolinea, infatti, che il principio del superiore interesse del minore è considerato ormai dall'ordinamento internazionale quale principio di assoluta importanza: la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia (New York il 20 novembre 1989), ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, dispone all'art. 3, che «In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche che private l'interesse superiore del minore deve essere una considerazione preminente».

A ben vedere le ultime pronunce della Corte costituzionale ricalcano le indicazioni giurisprudenziale provenienti dalla Corte europea di Strasburgo: i giudici della Corte EDU hanno, infatti, a più riprese ribadito come la salvaguardia del rapporto genitori-figli abbia un'importanza capitale e che il godere della

⁷⁵⁵ Sent. Corte cost. n. 7/2013, cit., § 3

⁷⁵⁶ Sent. Corte cost. n. 31/2012, cit., § 3.1

reciproca presenza, di quotidianità e assiduità di relazione, costituisca per i genitori e per i figli un elemento fondamentale del loro diritto alla vita familiare⁷⁵⁷.

Pertanto, anche qualora i contatti con i genitori possano apparire minacciosi, le autorità, prima di negarli, devono effettuare un delicato bilanciamento dei diritti, delle libertà e degli interessi in gioco, tenendo in massima considerazione l'interesse superiore del minore ed evitare tutte quelle decisioni eccessivamente formali che hanno come unico risvolto una sostanziale proceduralizzazione della tutela dei diritti umani⁷⁵⁸.

A tal riguardo, le pronunce costituzionale di cui abbiamo discusso in questa sede, costituiscono un segnale importante che si pone nel solco della strada indicata da Strasburgo e fungono da ulteriore sprono per un ripensamento integrale e sistematico in merito alle azioni del giudice nei confronti dei minori: nei casi che coinvolgono una delle posizioni giuridiche di un soggetto minorenni, essi dovranno, infatti, far prevalere sempre il suo interesse superiore, non inteso in senso generico ed astratto, ma così come emerge nel caso concreto.

Molto significativa, pertanto, risulta l'indicazione dei giudici della Consulta, nella citata sentenza 7/2013, dedicata al problema drammatico ed urgente del trattamento sanzionatorio dei minori ma estensibile anche a tutti gli altri ambiti che vedono coinvolti gli stessi: parlando della relazione genitori-figli, essi affermano che «in tanto può ritenersi giustificabile l'interruzione di quella *relatio* (sul piano giuridico, se non naturalistico), in quanto essa si giustifichi proprio in funzione di tutela degli interessi del minore.

All'irragionevole automatismo legale, quindi, occorre sostituire una valutazione concreta del giudice, così da assegnare all'accertamento giurisdizionale sul reato null'altro che il valore di "indice" per misurare la idoneità o meno del genitore ad esercitare le proprie potestà: vale a dire il fascio di doveri e poteri sulla cui falsariga realizzare in concreto gli interessi del figlio minore»⁷⁵⁹.

Appare questa l'unica strada percorribile, per cercare, almeno tentativamente, di non incorrere in quel "*summum ius summa iniuria*" troppo spesso determinato dall'eccessivo rigore formale: in caso contrario sarebbe inevitabile il "naufragio"

⁷⁵⁷ Vedere tra le altre Hokkanen c. Finlandia, 23.09.1994, § 55, K. e T. c. Finlandia, 27.04.2000 § 154, Kutzner c. Germania, 10.07.2002, § 66, Monory c. Romania e Ungheria, 05.04.2005, § 70.

⁷⁵⁸ Sophia Gudrun Hansen c. Turchia, 23.09.2003, § 98

⁷⁵⁹ Sent. Corte cost. n. 7/2013, cit., § 5

del minore, un tempo magari vittima di una totale mancanza di autonomia, ora troppo spesso minacciato da una crescente carenza di dipendenza.

4.3 La giurisprudenza di legittimità.

Anche i giudici della Corte di Cassazione negli ultimi anni hanno dovuto confrontarsi con le nuove problematiche relative ai diritti dei minori, muovendosi in coerenza con gli orientamenti normativi e giurisprudenziali fin qui esaminati.

Ed infatti, la Corte Suprema ha mostrato una grande sensibilità per le esigenze dei soggetti in formazione, con particolare riferimento alla garanzia di partecipazione del minore ai procedimenti che lo riguardano.

Invero, come dimostra un orientamento ormai consolidato nei procedimenti di adozione, l'ascolto del minore non è più considerato come una testimonianza o un altro atto istruttorio previsto per l'acquisizione di una risultanza favorevole all'una o all'altra soluzione, ma è considerato, piuttosto, come un momento formale del procedimento che ha l'obiettivo di raccogliere l'opinione e i bisogni espressi dal minore, in relazione alla vicenda in cui è coinvolto: l'ascolto deve svolgersi in modo tale da garantire l'esercizio effettivo del diritto del minore di esprimere liberamente la propria opinione e tale adempimento risulta sempre necessario, salvo che il mancato ascolto non sia giustificato dal perseguimento del superiore interesse del minore⁷⁶⁰.

Tuttavia, nonostante gli sforzi dei giudici di legittimità, l'ascolto del minore incontra ancora notevoli difficoltà nel trovare una concreta attuazione come principio generale, applicabile anche in mancanza di una norma espressa.

Infatti, con un recente sentenza la Cassazione ha dovuto ribadire che, anche se nel procedimento previsto dalla legge n. 64 del 1994 recante ratifica della Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, non sussiste l'obbligo del giudice di procedere all'audizione del minore (in quanto l'art. 7, comma 3 di detta legge⁷⁶¹ prevede che il

⁷⁶⁰ Cfr., *inter alia*, Cass., SSUU, n. 22238/2009, e, da ultimo, Cass., n. 1838/2011 n. 14216/2012 e Cass. n. n. 21662/2012.

⁷⁶¹ Il testo dell'art. 7 co. 3 recita quanto segue: «Il Presidente del tribunale, assunte se del caso sommarie informazioni, fissa con decreto l'udienza in camera di consiglio, dandone comunicazione all'autorità centrale. Il tribunale decide con decreto entro trenta giorni dalla data di ricezione della richiesta di cui al comma 1, sentiti la persona presso cui si trova il minore, il pubblico ministero, e, se del caso, il minore

Tribunale per i minorenni può disporla, qualora la ritenga opportuna, tenuto conto dell'età del minore, dell'esigenza di evitargli ulteriori traumi psichici e della celerità del procedimento) questa, tuttavia, deve essere comunque posta in essere: detta audizione, infatti, già prevista nell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, è divenuta un adempimento necessario, nelle procedure che li riguardano, ai sensi degli artt. 3 e 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996⁷⁶², salvo pericolo di danno per l'interessato, e non può essere esclusa con mero riferimento al dato anagrafico del minore⁷⁶³.

Tuttavia, nell'ipotesi di minore infra-dodicenne l'audizione è rimessa alla valutazione del giudice, che può non ricorrervi, laddove non vi sia una sufficiente maturità del minore stesso, dovendo privilegiare il suo interesse superiore a non essere esposto al presumibile danno derivante dal coinvolgimento emotivo nella controversia che oppone i genitori⁷⁶⁴.

Per quanto attiene, invece, alla problematica relativa all'affido del minore in caso di separazione dei genitori, anche la Corte Suprema, come la Corte costituzionale, ha cercato di attribuire contenuto ai principi ispiratori della Legge n. 54/2006 in merito al c.d. affido condiviso⁷⁶⁵.

Gli ermellini hanno avuto modo di ribadire che l'affidamento condiviso nel nostro ordinamento non costituisce un'eccezione, bensì la regola generale: la stessa potrà essere disapplicata solo tramite un provvedimento contenente i motivi che rendono tale affidamento pregiudizievole per il minore⁷⁶⁶.

Pertanto, qualora il giudice voglia, in via del tutto eccezionale, escludere un genitore dalla condivisione dell'affido dovrà far leva sulla sua carenza o inadeguatezza comportamentale e sulla sua inidoneità alla condivisione

medesimo. La persona che ha presentato la richiesta e' informata della data dell'udienza a cura dell'autorità centrale e puo' comparire a sue spese e chiedere di essere sentita»

⁷⁶² Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata dall'Italia con la legge 20 marzo 2003, n. 77.

⁷⁶³ Cfr. Cass. 17201/2011

⁷⁶⁴ Cfr. Cass. 19664/2014 in cui la Corte ha escluso l'obbligo di ascolto dei minori infra-dodicenni.

⁷⁶⁵ Numerose critiche sono state mosse alla nuova Legge sull'affido condiviso, tanto da far prospettare a pochi anni dall'introduzione di tale normativa una nuova riforma della disciplina. Sul punto v. AA.VV., *Affidamento dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2013.

⁷⁶⁶ Cfr. Cass 16593/2008

dell'esercizio della potestà genitoriale, in termini compatibili con la tutela dell'interesse superiore del minore⁷⁶⁷.

E ancora, in una pronuncia del 2011, la Corte di Cassazione ha precisato che l'affidamento condiviso presuppone «oltre a un accordo sugli obiettivi educativi, una buona alleanza genitoriale ed un profondo rispetto dei rispettivi ruoli» nonostante il grado di litigiosità fra i coniugi, al fine di «ricercare una via di collaborazione e di aiuto reciproco nel superiore interesse della corretta crescita del figlio»⁷⁶⁸.

Appare chiaro come il fine della bigenitorialità, introdotta dalla legge del 2006 e ribadita a più riprese dalla Cassazione, sia appunto il perseguimento dell'interesse del figlio minore: con questo nuovo modello di affidamento, infatti, si è ribaltato il rapporto regola-eccezione dando prevalenza al diritto del minore alla continuità degli affetti⁷⁶⁹.

Tuttavia, c'è chi ha rilevato come le pronunce della Suprema Corte favoriscano da una parte l'attuazione dell'affido condiviso senza, però, indicare con precisione i presupposti attuativi e le modalità di esecuzione dello stesso, limitandosi a richiamare in astratto la clausola generale dell'interesse del minore⁷⁷⁰; un tale *modus operandi* contribuirebbe a mettere in dubbio la correttezza del sintagma bigenitorialità-interesse superiore del minore, dal momento che l'affido condiviso non sempre corrisponde a quelle che sono le reali esigenze del bambino nel caso concreto⁷⁷¹.

Inoltre, anche con riferimento ad un caso di sottrazione internazionale di minori, la Corte di Cassazione mostra particolare attenzione alla tutela dell'interesse superiore del minore così come richiesto dai giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo: ritenendo infondato il ricorso di un padre nei confronti della ex-moglie che aveva trasferito e trattenuti i propri figli in Brasile,

⁷⁶⁷ Ibidem.

⁷⁶⁸ Cfr. Cass 17191/2011

⁷⁶⁹ Sul punto v. F. Occhiogrosso, *Manifesto per una giustizia minorile mite*, Milano, 2010.

⁷⁷⁰ C.B. Pugliese, Interesse del minore, potestà dei genitori e poteri del giudice nella nuova disciplina dell'affidamento dei figli (legge 8 febbraio 2006, n. 54), in 2, *Familia*, 2006, 1083.

⁷⁷¹ P. Zatti, *Familia, familiae – Declinazioni di un'idea. Valori e figure della convivenza e della filiazione* in 2, *Familia*, 2002, 337.

gli ermellini ricordano che la Corte EDU richiede che, in caso di sottrazione, debba essere soppesato da parte del giudice nazionale, il rapporto affettivo tra la madre ed il minore, dando spazio all'ascolto di quest'ultimo. Sarebbe, infatti, sintomo di un processo decisionale inadeguato rispetto ai parametri della Corte EDU ignorare la gravità dell'improvvisa rottura dei rapporti tra madre e minore, non indicare soluzioni alternative o avere, in conclusione, trascurato di ponderare l'interesse superiore del minore stesso⁷⁷².

Da ultimo, la Corte Suprema ha statuito anche in merito ad un caso di maternità surrogata, rigettando il ricorso presentato da una coppia che aveva fatto ricorso a tale pratica: nel 2012, il Tribunale per i minorenni di Brescia, avendo accertato l'assenza di legami biologici fra una coppia e un bambino nato in Ucraina in seguito a maternità surrogata, dichiarava lo stato di adottabilità del minore, e sospendeva i coniugi dall'esercizio della potestà genitoriale⁷⁷³.

La Corte, in questa circostanza, afferma che il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente relativo al rispetto dell'ordine pubblico ma che, in questo caso, vengono in rilievo anche la dignità umana della gestante e, più in generale, i presupposti dell'istituto dell'adozione con i quali la surrogazione di maternità si pone in oggettivo contrasto: infatti, l'ordinamento affida esclusivamente all'adozione, e non al mero accordo delle parti, la realizzazione dei progetti di genitorialità priva di legami biologici con il minore⁷⁷⁴.

I giudici della Cassazione precisano che il legislatore italiano ha considerato che l'interesse superiore del minore si realizza proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando all'istituto dell'adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico; e tale valutazione operata dalla legge non attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto⁷⁷⁵.

Infine, senza entrare nel dettaglio, si sottolinea in questa sede che la Corte Suprema utilizza il principio del superiore interesse del minore anche nell'ambito delle adozioni internazionali: sebbene, infatti, l'intervento della Corte su tali temi

⁷⁷² Cfr. Cass. 16648/2014

⁷⁷³ Il caso si riferisce alla sentenza Cass. 24001/2014

⁷⁷⁴ Cfr. Cass. 24001/2014 cit.

⁷⁷⁵ Ibidem

sia limitato dal fatto che il ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. III Cost. non sia ammissibile nei confronti dei provvedimenti che riguardano l'esercizio della potestà genitoriale, resta, però, la possibilità che su tali materie la Corte, si pronunci ai sensi del novellato art. 363 c.p.c.⁷⁷⁶, senza effetti sul provvedimento del giudice di merito, su richiesta del Procuratore generale o d'ufficio, qualora questi ritenga la questione di particolare importanza.

Molto indicativa in tal senso, è la sentenza n.13332 del 2010, con cui le Sezioni unite hanno affermato che nel decreto d'idoneità all'adozione internazionale non possono essere apposte indicazioni riguardanti l'etnia dei minori adottandi: di tale potere la Corte si è avvalsa in un consistente numero di ipotesi, in ossequio a un *self restraint* imposto dalla *ratio* della norma processuale⁷⁷⁷.

Anche in questo caso, la Corte ribadisce che l'interesse superiore del minore, oltre ad essere principio centrale nelle normative internazionali di riferimento (Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale) e comunitario (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) costituisce il criterio guida cui deve uniformarsi ogni percorso decisionale relativo ai minori, sia esso di competenza delle istituzioni pubbliche e private di assistenza sociale o dei giudici, delle autorità amministrative o degli organi legislativi: ne consegue, «*sul piano logico e su quello giuridico, la sovraordinazione di tale interesse rispetto a tutti quelli astrattamente confliggenti con esso, ivi compresi quelli fondati sui desideri degli adottanti, recessivi rispetto al primo. Il bisogno di genitorialità dal quale nasce l'iniziativa del rapporto*

⁷⁷⁶ Il nuovo art. 363 c.p.c. introdotto dalla l. 54/2006 recita quanto segue: «*Quando le parti non hanno proposto ricorso nei termini di legge o vi hanno rinunciato, ovvero quando il provvedimento non è ricorribile in cassazione e non è altrimenti impugnabile, il Procuratore generale presso la Corte di cassazione può chiedere che la Corte enunci nell'interesse della legge il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi. La richiesta del procuratore generale, contenente una sintetica esposizione del fatto e delle ragioni di diritto poste a fondamento dell'istanza, è rivolta al primo presidente, il quale può disporre che la Corte si pronunci a sezioni unite se ritiene che la questione è di particolare importanza. Il principio di diritto può essere pronunciato dalla Corte anche d'ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza. La pronuncia della Corte non ha effetto sul provvedimento del giudice di merito.*» Per un commento sul novellato art. 363 c.p.c. sulla sua *ratio* e i suoi limiti v. M. Fornaciari, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 cpc*, in 2, *Rivista di Diritto processuale civile*, 2013, 32 ss.

⁷⁷⁷ E. Lupo, *La giustizia minorile - Estratto della relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2011*, Roma - 26 gennaio 2011, in [http://www.tribmin.bari.giustizia.it/doc/suprema%20corte%20di%20cassazione%20\(2\)_I.doc](http://www.tribmin.bari.giustizia.it/doc/suprema%20corte%20di%20cassazione%20(2)_I.doc).

adottivo deve coniugarsi con l'accettazione dell'identità e della diversità del minore, nell'ottica del perseguimento dei diritti fondamentali di questo»⁷⁷⁸.

In conclusione, si può senz'altro constatare come, nei propri giudizi di legittimità inerenti ai diritti dei minori, la Corte di Cassazione non solo faccia costante riferimento al principio del superiore interesse del minore, ma si preoccupi di utilizzare tale criterio in piena conformità con le normative internazionali e, non di rado, facendo riferimento alle pronunce delle Corti europee, in particolare, quelle della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Questo è un segnale molto importante, indicativo della volontà da parte dei nostri giudici, di non sottrarsi al dialogo con gli omologhi europei: sebbene, infatti, dal giudicato di Strasburgo non derivino obblighi giuridici nei confronti di Stati terzi, l'adeguamento degli ordinamenti interni appare necessario per due ordini di ragioni: in primo luogo perché rientra nel più generale obbligo assunto dagli Stati contraenti, quello di interpretare la legge interna in modo conforme alla Convenzione europea "per come essa vive nella giurisprudenza della Corte europea⁷⁷⁹"; e più nello specifico, con riferimento alla particolare situazione umana e giuridica dei soggetti minori di età, per evitare che la tutela nei loro riguardi possa variare a seconda delle differenze presenti all'interno delle legislazioni e delle prassi giudiziarie nei vari Paesi membri.

In questo senso, un'interpretazione quanto più possibile condivisa ed omogenea del contenuto da assegnare al principio dell'interesse superiore del minore appare senz'altro la strada migliore da seguire per una tutela effettiva del soggetto in formazione, il quale, oltre a dover sopportare il dramma di un'infausta situazione familiare, rischierebbe altrimenti di subire anche le conseguenze negative di un'intollerabile distonia sistemica nell'ambito giuridico europeo.

⁷⁷⁸ Cfr. Cass. Sez. un. n.13332 del 2010.

⁷⁷⁹ Sul punto si veda E. Lupo, *La vincolatività delle sentenze della Corte europea per il giudice interno e la svolta della Cassazione civile e penale*, in 5, Cassazione Penale, 2007, 2247 e ss.

4.4 La giurisprudenza di merito.

Concludiamo il capitolo andando ad analizzare alcune tra le più rilevanti pronunce dei Tribunali di merito che negli ultimi anni, anche se in maniera episodica e non sempre incisiva, si sono avvalse del riferimento al principio del superiore interesse del minore per dirimere le controversie che vedevano coinvolti bambini o adolescenti, sia ambito civile che penale.

A causa dei grandi movimenti migratori che hanno interessato l'Italia nell'ultimo decennio, uno degli ambiti che è stato maggiormente oggetto di attenzione da parte dei tribunali domestici è sicuramente quello relativo alle richieste di trascrizione di provvedimenti emanati all'estero: com'è noto, infatti, le sentenze pronunciate da tribunali stranieri non sono esecutive in Italia se prima non vengono trascritte, e la trascrizione può essere legittimamente rifiutata qualora il provvedimento in questione contrasti con l'ordine pubblico ai sensi dell'art. 16 della L. 218/1995⁷⁸⁰

In un caso del 2009 relativo ad un riconoscimento dello status di figlio acquisito a seguito di maternità surrogata effettuato all'estero, la Corte d'appello di Bari ha stabilito che i provvedimenti di un'autorità straniera che attribuiscono la genitorialità alla madre committente dovranno essere trascritti nei registri dello stato civile italiano: nel caso di specie secondo i giudici della Corte d'Appello, un *parental order* ottenuto in Inghilterra, che riconosce diritti ed obblighi in capo alla madre legale, in seguito ad un accordo di maternità surrogata, deve obbligatoriamente essere trascritto in quanto non contrario all'ordine pubblico internazionale⁷⁸¹.

A tal fine, il solo fatto che la legislazione italiana vieta, oggi, la tecnica della maternità surrogata, ed fatto che essa sia ispirata al principio della prevalenza della maternità "biologica" su quella "sociale", non sono, di per sé, indici di contrarietà all'ordine pubblico internazionale, a fronte di legislazioni (come quella

⁷⁸⁰ La legge in questione recante Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, coordinato ed aggiornato con le modifiche introdotte dal D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 prevede all'art. 16 che «*La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico. In tal caso si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana*». Per un commento sulla riforma del diritto internazionale privato italiano, tra i tanti, v. G. Conetti – S. Tonolo – F. Vismara, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009.

⁷⁸¹ Corte d'Appello di Bari, 13 Febbraio 2009, commentato da M. Castellaneta, *Dietro l'interesse del minore si nasconde il rischio di un turismo procreativo*, in 5 Guida al Diritto, 2009, 66 ss.

inglese) che prevedono deroghe a tale principio: ai fini del riconoscimento o del mancato riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali stranieri, è necessario, invece, avere prioritario riguardo all'interesse superiore del minore, che costituisce il parametro valutativo della contrarietà o meno all'ordine pubblico internazionale⁷⁸².

In questo caso sarebbe evidente, secondo la Corte, il gravissimo pregiudizio che subirebbero i minori, ove la domanda della madre venisse respinta, a fronte del loro preminente interesse ad essere riconosciuti, anche in Italia, ove essi vivono, come figli della stessa⁷⁸³.

I due cardini sui cui la Corte d'Appello di Bari impianta la propria sentenza sono, pertanto, la non contrarietà della trascrizione del provvedimento straniero all'ordine pubblico internazionale e la prevalenza assoluta da accordare al superiore interesse dei minori coinvolti: è, dunque, il preminente interesse del minore, di cui occorre ricostruire e riallacciare i termini del rapporto di filiazione e dello status familiare, a dettare i criteri di riferimento nel complesso compito giudiziale di attribuzione della maternità⁷⁸⁴.

Ed è sempre il principio dell'interesse del minore a risultare centrale in un'altra pronuncia emessa dal Tribunale dei Minorenni di Roma del 30 Luglio 2014. In questo caso, la madre della minore si era sottoposta a procreazione assistita eterologa in un Paese straniero, di comune accordo con la convivente dello stesso sesso; quest'ultima faceva ricorso al Tribunale per i Minorenni di Roma per adottare la figlia della compagna tramite la disciplina prevista ex articolo 44 lettera d) legge numero 184 del 1983, che regola l'adozione in casi particolari: stante il parere del Pubblico Ministero presso il Tribunale che rilevava come, nel caso di specie, mancasse il presupposto specifico per l'adozione, costituito dallo stato d'abbandono, il Tribunale accoglie comunque la domanda della ricorrente.

Il ragionamento del Collegio, partendo dalla lettera dell'articolo richiamato, conclude per l'insussistenza di ostacoli all'adozione di un minore, da parte della convivente omosessuale della madre, dal momento che la fattispecie concreta

⁷⁸² Corte d'Appello di Bari, cit.

⁷⁸³ Ibidem

⁷⁸⁴ M. Dell'Utri, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in 2, *Giurisprudenza di Merito*, 2010, 360

rientrerebbe, a pieno diritto, nell'alveo della norma richiamata: la ratio legis troverebbe un'espressa manifestazione nell'art. 57, n. 2, laddove viene imposto al Tribunale di verificare se l'adozione ex art. 44 L. 184/83 realizzi o meno il preminente interesse del minore⁷⁸⁵.

L'intenzione del legislatore sarebbe quella di consentire, nei casi di cui all'art. 44 richiamato, la realizzazione del superiore interesse del minore e, pertanto, non nulla osta a ritenere che tale interesse possa realizzarsi nell'ambito di un nucleo familiare costituito da una coppia omosessuale; ne deriva che, se la dannosità di un contesto familiare omosessuale per un minore non può presumersi, ad avviso del Collegio, non può neppure presumersi che l'interesse preminente del minore non possa essere realizzato in tale contesto⁷⁸⁶.

Sempre in merito alla questione relativa alla maternità surrogata, con ordinanza del 10 novembre 2014 il Tribunale per i Minorenni di Bologna ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui, come interpretati secondo il diritto vivente, non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore adottato, il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato l'adozione in favore del coniuge del genitore, anche laddove il matrimonio in questione sia inidoneo a produrre effetti nell'ordinamento italiano, trattandosi di matrimonio tra persone omosessuali. Le disposizioni impugnate sono sospettate di incostituzionalità per violazione degli artt. 2, 3, 30 e 117 della Costituzione; in merito all'art. 117, sub specie di violazione dell'art. 8 CEDU in qualità di norma interposta, il rifiuto di concedere il riconoscimento della sentenza straniera di adozione, senza avere previamente potuto valutare in concreto la sussistenza del superiore interesse del minore, sarebbe una palese violazione delle disposizioni contenute nella stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo.⁷⁸⁷

Nel caso di specie, il genitore adottivo, una volta trasferitosi in Italia, si rivolgeva al Tribunale per i Minorenni di Bologna al fine di ottenere il

⁷⁸⁵ Sentenza del Tribunale dei Minorenni di Roma, 3 Luglio 2014, n. 299

⁷⁸⁶ Ibidem

⁷⁸⁷ Per un commento esaustivo all'Ordinanza in questione si rinvia a E. Bilotti, *Il riconoscimento in Italia dei provvedimenti stranieri di "stepchild adoption" da parte del coniuge "same sex" del genitore biologico: il Tribunale per i Minorenni di Bologna solleva la questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 184/1983*, in 3, *Diritto Civile contemporaneo*, 2014.

riconoscimento della sentenza di adozione pronunciata all'estero con il relativo conseguimento dello status di genitore del minore ad ogni effetto. Secondo il PM, la domanda non poteva trovare accoglimento dal momento che l'ordinamento giuridico interno prevedeva l'adozione del figlio del coniuge solo in presenza di un matrimonio riconosciuto dalla legge italiana⁷⁸⁸.

I giudici del Tribunale, rammentando che l'adozione in Italia è consentita solo "a coniugi uniti in matrimonio", ai sensi dell'art. 6 della legge n. 184 del 1983, palesano la loro perplessità in merito alla validità di questo orientamento nel caso di specie: i genitori della minore, infatti, hanno goduto di una ventennale convivenza, confluita in un matrimonio regolarmente contratto all'estero, in cui il coniuge del genitore ha adottato il figlio di quest'ultimo; inoltre, secondo i giudici, il matrimonio celebrato all'estero tra persone di sesso uguale non deve più essere considerato come contrario all'ordine pubblico: la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi sia presupposto indispensabile della stessa esistenza del matrimonio non appare più condivisibile, stante il mutato quadro sociale ed europeo⁷⁸⁹.

Facendo menzione della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia, nonché della normativa europea e convenzionale di riferimento, il Tribunale afferma che *«il veto assoluto di riconoscibilità della decisione straniera cancella in modo netto e irrazionale la possibilità, per il giudice italiano, di condurre un vaglio giudiziale sull'effettivo best interest del minore, vanificando principi di matrice internazionale ed europea»*⁷⁹⁰.

Com'è noto, continuano i giudici, riprendendo una pronuncia della Corte costituzionale, è principio acquisito nell'ordinamento internazionale che in ogni atto riguardante un minore si debba tenere in considerazione il suo interesse e, pertanto, sono da escludere tutti quegli automatismi che elidono la responsabilità genitoriale, senza consentire al giudice di verificare in che modo possa essere presidiato l'interesse del fanciullo⁷⁹¹.

⁷⁸⁸ L'art. 44 lett.b) della Legge 184/1983 prevede infatti che *«I minori possono essere adottati...dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge»*.

⁷⁸⁹ Ordinanza del Tribunale dei Minorenni di Bologna, 10 novembre 2014, n. 4701

⁷⁹⁰ Ibidem

⁷⁹¹ Cfr. Corte Costituzionale, 23 febbraio 2012 n. 31

A riprova della fondatezza delle istanze del Tribunale dei Minorenni ci sarebbe anche un precedente caso della Corte europea dei diritti dell'uomo⁷⁹².

Nella fattispecie, la Corte EDU aveva accertato la violazione dell'art. 8 della Convenzione e rammentato che il rifiuto di concedere l'*exequatur* della sentenza straniera di adozione piena rappresenta un'interferenza con il diritto al rispetto della vita familiare ex art. 8 CEDU: secondo i giudici europei, pertanto, quando si sia già formata una famiglia di fatto, è inammissibile il rigetto di una richiesta di *exequatur* che contrasti con la tutela dell'interesse del minore nel caso concreto⁷⁹³.

Sarà interessante capire come la Corte costituzionale risponderà alle questioni sollevate dal Tribunale di Bologna: infatti, qualora venisse dichiarata la non fondatezza del ricorso bisognerà valutare attentamente le motivazioni che la Corte deciderà di apportare ed in che modo deciderà di operare il *distinguishing* rispetto al menzionato caso della Corte europea; qualora, invece, dichiarasse l'incostituzionalità delle norme in questione si aprirebbe, di fatto, la strada per consentire l'accesso all'adozione anche alle coppie dello stesso sesso non unite in matrimonio.

4.5 Prospettive future.

Dalla giurisprudenza finora esaminata appare evidente come in Italia il rispetto del principio del superiore interesse del minore abbia trovato grande accoglimento sia a livello normativo che nella prassi giurisprudenziale.

Ed invero, come abbiamo osservato, già con l'introduzione della legge 184 del 1983 recante «Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori», si prevedeva che il Tribunale dovesse verificare se l'adozione realizzasse o meno il preminente interesse del minore: invero, la volontà del legislatore italiano di mettere al centro le esigenze del soggetto in formazione, si poteva desumere già all'emblematico titolo pensato per la suddetta legge: «Diritto del minore ad una famiglia» poi modificato in «Diritto del minore alla propria famiglia» con la novella legislativa del 2001⁷⁹⁴.

⁷⁹² Il caso è *Wagner c. Lussemburgo*, del 28 settembre 2007 (c. 67240/01)

⁷⁹³ Ord. Trib. Min. di Bologna, cit.

⁷⁹⁴ Il riferimento è alla Legge 28 marzo 2001, n. 149 "Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante «Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori», nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 96 del 26 aprile 2001.

Le successive riforme del diritto di famiglia hanno confermato tale orientamento ed ampliato la tutela nei confronti dei minori: la legge 54/2006 ha introdotto la regola dell'affido condiviso come criterio per rispondere al diritto dei figli di mantenere stabili e durature relazioni con entrambi i genitori; la successiva legge 219/2012, invece, ha provveduto ad eliminare dal codice civile ogni riferimento alla distinzione tra figli «legittimi» e «naturali», introducendo le locuzioni di figli «nati nel matrimonio» e figli «nati fuori dal matrimonio»: la modifica consente l'equiparazione del trattamento sostanziale e processuale di tutti i figli superando, così, il doppio binario, prima esistente, che prevedeva competenze e trattamenti differenziati per le due categorie di figli⁷⁹⁵.

Anche sul piano giurisprudenziale abbiamo visto come ad ogni livello (costituzionale, di legittimità e di merito), i giudici italiani abbiano recepito a pieno le indicazioni provenienti dalle normative e delle corti internazionali, relativamente all'implementazione del principio del superiore interesse del minore. Nelle pronunce della Corte costituzionale che abbiamo esaminato, infatti, il richiamo alle convenzioni internazionali (su tutte la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia del 1989, ma anche la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996 e la Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori del 1980) risulta costante. Oltre a ciò, sebbene la Consulta non operi mai espliciti riferimenti alla giurisprudenza internazionale, appaiono evidenti le simmetrie argomentative con alcune pronunce della Corte EDU, in merito al rispetto del superiore interesse del minore⁷⁹⁶.

Andando, poi, ad analizzare le pronunce della Corte di Cassazione, in questa sede, si percepisce ancor più, come i giudici di legittimità non prescindano in nessun caso dal paragone con le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo e, a differenza della Consulta, oltre a pervenire alle stesse conclusioni sul piano teorico, la Corte Suprema indica esplicitamente i

⁷⁹⁵ Per un commento sulla riforma del 2012 e sulle sue conseguenze sul piano procedurale v. P.Lovati –R. Rigo, *La coppia e la famiglia di fatto dopo la riforma della filiazione*, Torino, 2014, M. Lupoi, *La legge n. 219 del 2012 sullo stato giuridico dei figli: i profili processuali*, in www.academia.edu.

⁷⁹⁶ In merito all'importanza di salvaguardare le relazioni con entrambi i genitori a mano che queste non ledano l'interesse superiore del minore cfr. le sentenze Corte cost. 31/2012, Corte cost. 7/2013 e Corte Cost 234/2014 con le pronunce della Corte EDU, su tutte Hokkanen c. Finlandia, 23.09.1994, § 55, K. e T. c. Finlandia, 27.04.2000 § 154, Kutzner c. Germania, 10.07.2002, § 66, Monory c. Romania e Ungheria, 05.04.2005, § 70.

riferimenti ai casi della Corte europea: in una delle pronunce esaminate, infatti, gli ermellini affermano, ad esempio, che sarebbe «*sintomo di un processo decisionale inadeguato rispetto ai parametri della Corte EDU ignorare la gravità dell'improvvisa rottura dei rapporti tra madre e minore, o non indicare soluzioni alternative o avere, in conclusione, trascurato di ponderare l'interesse superiore del minore stesso*»⁷⁹⁷.

Pertanto, in tutti gli ambiti relativi ai diritti dei minori, da quelli relativi al diritto all'ascolto fino ad arrivare ai casi di sottrazione internazionale, la Cassazione non manca mai di "dialogare" con le normative internazionali di riferimento, nella loro costante evoluzione giurisprudenziale.

Infine, dall'analisi effettuata su molteplici casi dei Tribunali di merito, risulta innegabile lo sforzo compiuto dagli stessi nel conferire centralità al rispetto del superiore interesse del minore, in tutte le controversie in cui gli stessi sono coinvolti, e, al contempo, nel cercare di attenersi il più possibile alle norme internazionali di riferimento, lì dove applicabili.

Non sono rari, inoltre, nelle pronunce dei nostri tribunali domestici, i riferimenti ai casi della Corte europea dei diritti dell'uomo⁷⁹⁸ o ai Regolamenti dell'Unione europea⁷⁹⁹: questo è un segnale positivo, indicativo della volontà da parte dei giudici italiani di recepire gli standard europei ed internazionali relativi ai diritti dei minori, sin dal primo grado di giudizio.

E, a ben vedere, è proprio il primo grado di giudizio la sede più idonea per tentare di rispondere al meglio, in sintonia con le indicazioni che emergono dalla giurisprudenza di Strasburgo, alle esigenze giuridiche e, di conseguenza umane, dei minori: sebbene appaia azzardato, e sotto certi aspetti utopico, parlare di

⁷⁹⁷ Cfr. Cass. 16648/2014.

⁷⁹⁸ Cfr., *inter alias*, Corte d'Appello di Catania, decreto del 16-10-2013, dove i giudici citando le sentenze Corte EDU Neulinger c. Svizzera, del 6.7.2010 e Sneerson e Kampanella c. Italia, 12.7.2011 affermano che «Il preminente interesse del minore...cui deve essere conformato il provvedimento del giudice, può considerarsi composto essenzialmente da due elementi: mantenere i legami con la famiglia, a meno che non sia dimostrato che tali legami siano particolarmente inadatti, e potersi sviluppare in un ambiente sano».

⁷⁹⁹ Cfr., *inter alias*, Tribunale di Milano, decreto del 16/09/2013, in merito all'applicazione del Regolamento europeo (CE) n. 2201/2003, che ai fini della determinazione della competenza giurisdizionale, individua la stessa nel luogo di residenza del minore pregressa al trasferimento dello stesso, i giudici affermano che tale normativa «trova la sua ratio nell'attenzione del legislatore europeo a tutelare l'interesse superiore del minore, evitando che lo spostamento del medesimo da parte di un genitore si riveli arbitrario, assunto unilateralmente e comunque in modo strumentale al raggiungimento di una decisione favorevole nei suoi confronti».

attuazione di principi europei in materia minorile da parte dei nostri organi giurisdizionali domestici, dal momento che i nostri giudici hanno affrontato solo in maniera episodica l'esame della compatibilità con la CEDU del nostro diritto di famiglia, è però possibile ravvisare un sensibile avvicinamento tra la nostra giurisprudenza domestica e quella convenzionale.

Tuttavia, numerosi sono ancora gli ostacoli che la giustizia italiana si trova ad affrontare rispetto a tanti aspetti che coinvolgono i diritti dei minori: il primo problema è costituito, senz'altro, dalla poca preparazione dei giudici italiani rispetto alle continue novità introdotte, in questo campo, dal diritto europeo, convenzionale ed internazionale, e che porta gli stessi giudici a fare un uso sporadico e spesso strumentale, delle normative e della giurisprudenza europea ed internazionale.

L'altro problema pratico è sicuramente quello legato al rapporto tra i nostri giudici interni e i servizi sociali che si occupano di dare attuazione ai provvedimenti dei Tribunali, relativi all'esercizio dei diritti dei minori.

Rispetto ai servizi sociali, quello che si verifica nella prassi è un vero e proprio 'corto circuito' nel passaggio dalla decisione del giudice all'esecuzione della stessa: sin dalla loro istituzione, avvenuta con L.1085/1962, i servizi sociali *«hanno il compito di svolgere in relazione ai provvedimenti penali, civili e amministrativi dell'autorità giudiziaria, inchieste e trattamenti psicologici-sociali ed ogni altra attività diagnostica e rieducativa, concorrendo, ove occorra con i competenti organi del ministero dell'interno o di altre amministrazioni od enti»*⁸⁰⁰.

La stessa legge afferma che *«il servizio sociale deve agire in conformità con le richieste dell'autorità giudiziaria»*⁸⁰¹: vale a dire dipendenza funzionale del servizio dal giudice⁸⁰².

Anche in dottrina viene spesso sottolineata la necessità non solo di contiguità tra i Servizi sociali e i giudici che si occupano di diritti dei minori, ma di una vera e propria collaborazione, per via di un rapporto paritetico, pur nella diversità di

⁸⁰⁰ Cfr. art. 2 della L.1085/1962

⁸⁰¹ Cfr. art. 14 della L.1085/1962

⁸⁰² L. Sacchetti, *Il diritto minorile e dei servizi sociali*, Rimini, 1982, 52-53.

competenze - assistenza da una parte, controllo dall'altra - teso ad un comune obiettivo⁸⁰³.

Tuttavia, una tale integrazione tarda a produrre effetti significativi; gli operatori dei servizi della comunità hanno, quindi, l'obbligo di ripensare al proprio delicato ed originale ruolo, riconoscendo la fondamentale rilevanza del momento istituzionale, concepito come riaffermazione del principio di autorità: è necessario, pertanto, che questi collaborino strettamente con i giudici in favore dell'interesse esclusivo del minore e nel rispetto della legge, intraprendendo percorsi di assistenza completi e personalizzati per i minori, per tentare di rispondere al meglio ad un bisogno di sostegno, talvolta latente e non esplicito⁸⁰⁴.

Dal punto di vista dei giudici, invece, è necessario sottolineare che essi possiedono un ampio margine di discrezionalità, anche alla luce delle nuove normative contenute nelle leggi 54/2006 e 219/2012, allorquando si tratta di decidere in merito all'interesse del minore nel caso concreto: proprio per questo, il giudice, sia esso, civile, penale o minorile, è chiamato a sua volta a rivisitare la funzione che l'ordinamento lo chiama a svolgere. E' necessario, infatti, che questi ultimi ripensino alla particolarità del proprio ruolo nell'uso di metodologie d'intervento o nelle tipologie di provvedimenti da adottare, che per ovvie ragioni devono differire da quelle dei giudici che operano in altre branche del diritto: pur preservando la propria terzietà, infatti, il giudice che si occupa di diritti dei minori, non si configura come il proclamatore di una mera *voluntas legis*, ma come colui che conduce, in armonia con gli altri operatori coinvolti, un preciso itinerario educativo, attento a che i fondamentali diritti della persona siano salvaguardati nel concreto, non limitandosi a recidere legami e a ridurre poteri ma favorendo, per quanto gli compete e per quanto possibile, il ripristino di relazioni significative⁸⁰⁵.

⁸⁰³ B. Barbero Avanzini, *Problematiche relazionali e valutazione reciproca tra Tribunale per minorenni e servizi sociali*, in B. Barbero Avanzini, *Giustizia minorile e servizi sociali*, Milano, 2011, 144

⁸⁰⁴ A.C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, cit., 36-37

⁸⁰⁵ L. Fadiga, *Una nuova cultura dell'infanzia e dell'adolescenza*, Milano, 2006, 222 e ss.

CONCLUSIONI

La fine del presente lavoro di analisi giurisprudenziale è molto distante dal poter tracciare conclusioni che abbiano una pretesa di esaustività nel conferire precisi connotati al contenuto del principio del “best interests of the child”.

È possibile, tuttavia, al termine della ricerca effettuata, individuare alcuni preziosi spunti che possano rendere meno ondivaga la comprensione e l’implementazione del principio in questione.

Come abbiamo visto, un apporto determinante nel tentativo di comprensione di un concetto tanto discusso è stato sicuramente fornito dalla Corte europea dei diritti dell’uomo: lo sviluppo della tradizione per via giurisprudenziale del “*best interests of the child*”, nell’ambito della Convenzione europea, ha contribuito a riempire di significato tale espressione, conferendole connotati sempre più precisi.

Nella regione latinoamericana, invece, lo sviluppo del principio del superiore interesse del minore ha subito un notevole incremento soltanto a partire dall’introduzione dell’*Opinión consultiva 17/2002*, sollecitata dalla Commissione interamericana, alla quale, in maniera sempre più costante, hanno iniziato a fare riferimento i giudici della Corte di San José.

Dalle due realtà regionali è apparso, un quadro molto poco omogeneo in relazione allo sviluppo dei diritti dell’infanzia, e le problematiche che abbiamo riscontrato nella giurisprudenza della Corte EDU sono molto differenti da quelle emerse nel contesto della Corte interamericana: se da una parte il principio si è sviluppato prevalentemente in relazione ai casi concernenti l’articolo 8 (norma che tutela il diritto alla vita privata e familiare), in merito a questioni relative all’affido o all’adozione del minore, al diritto al rispetto all’identità personale dello stesso o ancora ai diritti del minore migrante, sul fronte interamericano il “best interests of the child” entra in gioco in relazione alle frequenti sparizioni forzate e agli omicidi di massa di minori oppure alle violazioni strutturali perpetrate o avallate dai governi degli Stati dell’America Latina contro intere categorie di minorenni.

Alla luce di quanto osservato nei vari contesti giurisprudenziali, risulta assolutamente inadeguata, nonché spesso controproducente, la ricerca di una definizione astratta del principio del “*best interests of the child*”; appare, invece, assolutamente necessario favorire, quanto più possibile, un approccio pragmatico, basato, non su un criterio rigido e sempre valido a prescindere dal contesto, ma su un criterio elastico, che permetta ai giudici di esercitare la massima attenzione per

la specificità della singola situazione ed il rispetto per l'interesse del singolo minore nel caso concreto.

Tuttavia, sebbene l'applicazione del "*case-by-case approach*" presenti l'indiscusso vantaggio della flessibilità, risulta parimenti necessario stabilire alcune basilari linee-guida dalle quali il giudice non possa in nessun caso prescindere, allorquando si trovi a valutare il superiore interesse del minore.

Ed invero, nonostante la differenza di luoghi, situazioni, tematiche e priorità che caratterizzano le specifiche situazioni, è comunque possibile notare l'esistenza di un nucleo comune tra le pronunce delle due Corti nello sviluppo dei contenuti del principio dell'interesse superiore del minore.

Un primo punto fermo è sicuramente ravvisabile nell'insistenza dei giudici sul diritto del minore alla relazione con entrambi i genitori, dal momento che il mantenimento del legame tra il bambino ed entrambi i genitori assume un'importanza fondamentale: la famiglia, infatti, è considerata come il contesto primario per lo sviluppo del minore e per l'esercizio dei suoi diritti, ed anche quando l'unità della stessa è messa in crisi, è nell'interesse superiore del minore, che tutti gli operatori facciano il possibile per salvaguardare, per quanto possibile, le sue relazioni significative. Per tali ragioni è sempre da prediligere l'affido condiviso ad entrambi i genitori e la scelta dell'affidamento ad un solo di questi, o addirittura l'affido ai servizi sociali, deve essere considerato come *extrema ratio*, nell'ipotesi di una riscontrata e totale inadeguatezza di uno o di entrambi i genitori a svolgere il proprio ruolo parentale.

Un altro tratto peculiare del "*best interest of the child*" pare senz'altro essere costituito dal diritto del minore ad essere ascoltato in giudizio. Ed invero, emerge dalla giurisprudenza di entrambe le Corti dei diritti dell'uomo (nonché da quella della Corte di Giustizia UE) come l'ascolto del minore rivesta un ruolo essenziale nel rispetto del suo superiore interesse; tuttavia, è necessario che il grado di partecipazione dello stesso sia proporzionato alla sua età e alla sua capacità di discernimento, dal momento che sia il grado di maturità che la stabilità psicologica del minore possono influire enormemente sulla percezione che lo stesso ha della sua situazione reale e di ciò che corrisponde al suo stesso interesse.

Appare condiviso, pertanto, che alcune particolari situazioni di assoluto disagio per il minore siano tali da far risultare assolutamente inopportuna la sua

audizione dinanzi al giudice: pertanto, pur configurandosi come diritto del minore, l'audizione non può essere considerata come obbligo assoluto, ma deve essere oggetto di una attenta valutazione del giudice, che può arrivare anche ad escluderla, se ciò risulti funzionale alla salvaguardia dell'interesse superiore del minore.

Ulteriore convergenza di vedute è stata mostrata dai giudici delle due Corti, relativamente al diritto del minore a stabilire e sviluppare relazioni con gli altri esseri umani; infatti, le limitazioni alla libertà dei minori devono essere, per quanto possibile, evitate e, nel caso si renda inspiegabile privare il minore della sua libertà tramite misure restrittive, gli Stati hanno l'obbligo di svolgere il proprio ruolo di garanti con maggior cura e responsabilità, essendo sempre orientati al perseguimento dell'interesse superiore del minore. Ciò significa che il fine di tali misure deve essere volto alla rieducazione e alla risocializzazione del minore, e la privazione della libertà può essere consentita solo in casi eccezionali, con tutti gli accorgimenti che permettono il massimo rispetto della dignità e dell'integrità fisica del soggetto minore di età.

Inoltre, il rimedio della detenzione deve essere considerato come misura eccezionale e residuale, rispettando sempre il principio della presunzione d'innocenza e il principio di legalità e di proporzionalità, e preferendo, in ogni caso, l'attuazione di misure di giustizia alternative, in ragione della peculiarità della situazione in cui versa il minore.

Un altro elemento fondamentale da tenere in considerazione in tutte le questioni che riguardano i minori è, inoltre, il fattore temporale: l'idoneità di una misura adottata per il minore deve essere giudicata, infatti, anche dalla celerità della sua attuazione. I procedimenti che vedono coinvolti minori, pertanto, richiedono una trattazione urgente, dato che il passare del tempo può comportare conseguenze irrimediabili per la salvaguardia dei rapporti instaurati dai minori, o per il sano sviluppo della loro personalità. Il "fattore tempo" gioca, pertanto, un ruolo primario nella valutazione del superiore interesse del minore: spesso, infatti, i continui contrasti tra i genitori, uniti all'eccessiva durata dei procedimenti (in molti Stati europei) o l'ostruzionismo degli stessi Stati (in America Latina), fanno sì che il *best interest* del minore che subisce la lesione di un suo diritto non corrisponda più al *best interest* del minore alla fine del giudizio.

Ed è proprio qui che giocano un ruolo fondamentale le giurisdizioni interne degli Stati: analizzando la situazione interna di Brasile ed Argentina (da una parte) e dell'Italia (dall'altro), abbiamo potuto constatare come il livello nazionale sia quello funzionalmente più idoneo a servire in maniera immediata e diretta gli interessi dei minori. Tuttavia, l'implementazione domestica delle indicazioni giurisprudenziali fornite dalle corti regionali dei diritti umani, relativamente al superiore interesse del minore, risulta molto differente nei due Continenti e, addirittura, come abbiamo visto per la Corte interamericana, può variare da Stato a Stato.

Ed infatti, in Italia appare oramai consolidato, soprattutto negli ultimi anni, il richiamo al principio del "*best interests*" nelle pronunce relative ai minori della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione ed in un gran numero di sentenze di merito: i giudici, infatti, a tutti i livelli, si servono con frequenza del principio in questione, tramite richiami espliciti alla Convenzione ONU del 1989 e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come essa "vive" nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Ben diversa, invece, è la situazione interna degli Stati latinoamericani: in Argentina, il lavoro dei Tribunali è semplificato dalla presenza di una norma costituzionale che vincola i giudici al rispetto dei trattati internazionali: i giudici della Corte Suprema, tramite il richiamo a questa norma, fanno sempre riferimento ai trattati internazionali e, nel caso dei minori, in modo particolare alla CRC e alla Convenzione Americana sui diritti umani, evidenziando così una volontà sia implicita, ravvisabile nelle argomentazioni seguite dai giudici, che esplicita, tramite puntuali citazioni alle normative internazionali, di porre in essere un reale controllo di convenzionalità.

Nella casistica giurisprudenziale brasiliana, d'altra parte, abbiamo visto come non sia quasi mai ravvisabile alcun riferimento alle normative o alla giurisprudenza internazionale, limitandosi i giudici a citare i propri precedenti e le normative interne, ed in maniera pressoché monotematica. Infatti, le pronunce del Supremo Tribunale, pur essendo altamente rispettose dei diritti dei bambini, seguendo iter logici e argomentativi incentrati senza dubbio sul perseguimento degli interessi dei minori, tuttavia, appaiono limitate esclusivamente alla tematica delle adozioni dei minori: sebbene la materia dell'adozione rivesta un'importanza

centrale per la vita e lo sviluppo dei bambini, appare alquanto singolare che questa sia, di fatto, l'unico ambito in cui i giudici mettano a tema ed utilizzino il principio dell'«*melhor interesse da criança*», in un contesto come quello brasiliano, segnato da innumerevoli e ben più gravi questioni che coinvolgono di continuo i diritti dei minori e degli adolescenti.

Alla luce di quanto detto, è indubbio che sia necessario compiere tutti gli sforzi possibili per iniziare a sviluppare o a rafforzare maggiormente il sistema di cooperazione tra giurisdizioni interne e giurisdizioni internazionali, dato che è sulla tutela dei soggetti più vulnerabili si gioca gran parte della credibilità dell'efficacia dei sistemi che tutelano i diritti dell'uomo.

Un'ultima considerazione è relativa alla specificità del contesto italiano.

Da una parte risultano senz'altro ammirevoli gli sforzi compiuti dal legislatore con l'introduzione della l. 54/2006 e soprattutto della l. 219/2011, che elimina definitivamente l'odiosa distinzione tra figli legittimi e figli naturali e rivisita il riparto di competenze tra Tribunale per i Minorenni e Tribunale Ordinario; dall'altra, tuttavia, la frammentarietà di questi interventi e la scarsa incisività delle riforme registrata nella prassi, fanno emergere la mancanza di una visione di insieme in merito alle problematiche giuridiche relative ai minori.

Servirebbe, pertanto, una coraggiosa riforma organica con la quale si possa dar vita ad un unico tribunale che accorpi le competenze adesso ripartite tra giustizia civile, penale e minorile: sarebbe augurabile, quindi, l'introduzione di un Tribunale della Famiglia e dei Minori che possa occuparsi della tutela integrale dei minori, con l'introduzione di sezioni specializzate nelle sedi dei distretti di Corte di appello, relative alla tutela dei figli minori in caso di separazione o divorzio, alle adozioni (nazionali ed internazionali), ai diritti della personalità dei minori, ai diritti relativi ai minori stranieri o rifugiati e, infine, alla tutela penale minorile.

Una tale ripartizione di competenze consentirebbe la celebrazione di processi molto più brevi (introducendo il limite temporale di un anno tra il primo e l'ultimo grado di giudizio interno) e nei quali i diritti dei minori costituirebbero il centro dell'attenzione dei giudici e non un corollario di secondaria importanza: in questo modo, qualora si renda necessario un ulteriore ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, questa avrebbe modo di giudicare con tempestività, per

tentare di realizzare, anche se in via sussidiaria, una *restitutio in integrum* altrimenti impossibile.

Di conseguenza, la formazione permanente dei magistrati dovrebbe essere considerato come un aspetto di primaria importanza. Oltre a rafforzare un costante aggiornamento sulle novità normative e giurisprudenziali, sia di ambito comunitario che convenzionale, sarebbe necessario, infatti, ripensare al ruolo stesso del giudice nell'uso delle metodologie d'intervento o nelle tipologie di provvedimenti da adottare in concreto, che, per ovvie ragioni, devono differire da quelle dei giudici che operano in altre branche del diritto.

Pur preservando la propria terzietà, infatti, il giudice che si occupa di diritti dei minori, non si configura come il proclamatore di una mera *voluntas legis*, ma come colui che conduce, in armonia con gli altri operatori coinvolti, un preciso itinerario educativo, attento a che i fondamentali diritti della persona siano salvaguardati nel concreto.

Sarà, così, compito del giudice non limitarsi a recidere legami e a ridurre poteri, ma favorire, per quanto gli compete e per quanto possibile, il ripristino di relazioni significative, per evitare che il minore, un tempo in preda alla totale mancanza di autonomia, oggi subisca le conseguenze di una totale perdita di dipendenza, a detrimento del suo superiore interesse.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Affidamento dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2013.

Abalos M. G., *Avances del control de convencionalidad en Argentina*, in 1, *Diritto pubblico comparato europeo*, 2013.

Alston P. (eds), *The best interests of the child*, Oxford, 1994.

Alston P., *The Best Interests Principle: towards a Reconciliation of Culture and Human Rights*, in 2, *International Journal of Law and Family*, 1994.

Ang F., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 38: Children armed conflicts*, Leiden, 2005.

Angelini F., *L'ordine pubblico nel diritto internazionale*, Padova, 2007.

Antonini L., *Il traffico dei diritti insaziabili*, Catanzaro, 2008.

Ambrosini M.T., *Dichiarazione giudiziale di paternità ed interesse del minore*, in 1, *Diritto della famiglia e delle persone*, 1990.

Arceri A., *L'affidamento condiviso*, Milanofiori-Assago, 2007.

Arnardóttir O. M. – Quinn G. (ed.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspective*, Leiden, 2007.

Artis J. E., *Judging the Best Interests of the Child: Judges' Accounts of the Tender Years Doctrine*, in 4, *Law and Society Review*, 2004.

Autalán A. – Autalán V. – Cueto A. – Picazo L. – Suquilvide J., *La finalidad de la pena en el sistema carcelario argentino*, in 2, *Revista Argentina de Humanidades y Ciencias Sociales*, 2005

Baratta R., *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in Picone P. (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004.

Barbero Avanzini B., *Problematiche relazionali e valutazione reciproca tra Tribunale per minorenni e servizi sociali*, in B. Barbero Avanzini, *Giustizia minorile e servizi sociali*, Milano, 2011.

Barret D. – Veerman P. E., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 33: Protection from Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, Leiden, 2012.

Barrière-Brousse I., *L'Enfant et les Conventions Internationales*, in 4, *Journal de Droit International*, 1996.

Bartole S. - Conforti B. - Raimondi G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

Bartoli F. – Pstore R., *I nuovi procedimenti di separazione, divorzio e affidamento condiviso*, Piacenza 2006.

Baruffi M. C., *Osservazioni sul regolamento Bruxelles II-bis*, in Bariatti S. (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007.

Battjes H., *In Search of a Fair Balance: The Absolute Character of the Prohibition of Refoulement under Article 3 ECHR Reassessed*, in 22, *Leiden Journal of International Law*, 2009.

Beaumont P. – McEleavy P., *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford, 1999.

Beaumont P., *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child*

Abduction, in 335, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2009.

Beaumont P., *The art.8 jurisprudence of the European Court of Human Rights on the Hague Convention on International Child Abduction in relation to delays in enforcing the return of a child*, in Venturini G. – Bariatti S. (eds), *Liber Fausto Pocar – Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Milano, 2009.

Beghè Loreti A. (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti dei fanciulli*, Padova, 1995.

Bellussi G., *L'interferenza del processo penale nello sviluppo della personalità del minore*, in Orlando Cian D. – Palermo Fabris E. (a cura di), *L'ascolto del minore e la giustizia*, Milano, 2001.

Belotti V. – Ruggiero (a cura di), *Vent'anni di infanzia. Retorica e diritti dei bambini dopo la Convenzione dell'Ottantanove*, Milano, 2008.

Benhamou Y., *La Convention de New York, le droit international et le juge français*, in 2, *La Semaine Juridique Edition Générale*, II Janvier 1995.

Bertolino M., *Il reo e la persona offesa – Il diritto penale minorile*, in Grosso C.F. – Padovani T. – Pagliaro A. (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2009.

Besson S., *Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights*, in 21, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2007.

Bianchi A. – Gestri M., *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006.

Bilotti E., *Il riconoscimento in Italia dei provvedimenti stranieri di “stepchild adoption” da parte del coniuge “same sex” del genitore biologico: il Tribunale per i Minorenni di Bologna solleva la questione di legittimità costituzionale degli art. 35 e 36 della legge 184/1983*, in 3, *Diritto Civile contemporaneo*, 2014.

Bisio A. - Roagna I., *L'adozione internazionale di minori. Normativa interna e giurisprudenza europea*, Milano, 2009.

Blauwhoff R. J., *Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one's origins*, in 4 II, *Utrecht Law Review*, 2008.

Bobbio N., *L'età dei diritti*, Torino, 1990.

Bobbio A., *I diritti sottili del bambino*, Roma, 2007.

Boele Woelki K. - González-Beilfuss C., *Brussels II Bis: Its Impact and Application in the Member States*, Antwerp, 2007.

Bonfiglioli A. – Dogliotti M., *Adozione*, in Sesta M., *Il codice della famiglia*, Milano, 2008.

Bonnet V., *L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme*, in 58, *Actualité et Droit International*, 2004.

Borrillo D., Pitois-Étienne T., *Différence des sexes et adoption: la psychanalyse administrative contre le droits subjectifs de l'individu*, in 4, *McGill Law Journal*, 2004.

Breen C., *The standard of best interests of the child*, The Hague, 2002.

Bruggeman M., *L'adoption de l'enfant né sous X et le droit au respect de la vie familiale*, in 2, *Droit de la famille*, 2008.

Buck T., *International Child Law*, London – New York, 2014.

Bucher A., *Bundesgericht, II. Zivilabteilung, Urteil vom 16. August 2007* (5A_285/2007), i.S.X.c.Y., in 12, *Aktuelle juristische Praxis*, 2007.

Bucher A., *Reforme en matière d'enlèvement d'enfants: la loi suisse*, in Venturini G. - Bariatti S. (eds), *Liber Fausto Pocar - Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Milano, 2009.

Buergenthal T., *The american and european conventions on human rights*, in 30, *American University Law Review*, 1981.

Buján J. A., *La cárcel argentina: Una perspectiva crítica: resocialización de la pena privativa de la libertad, sociología, carceraria, doctrina y legislación*, Buenos Aires, 1998.

Butturini D., *La pretesa di conoscere le proprie origini come espressione del diritto al rispetto della vita privata*, in www.forumcostituzionale.it, 2012.

Cafagna A., *Lo Stato deve garantire il rispetto del diritto di visita per il genitore non affidatario*, in 2, *Guida al diritto – Famiglia e minori*, 2011.

Campiglio C., *Con la morte, l'uomo perde il diritto al rispetto della vita privata?*, in 2, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007.

Carbonell M., *Introducción general al control de convencionalidad*, Città del Messico, 2013.

Carducci M., *La tridimensionalità delle integrazioni regionali tra America latina ed Europa. Casi e problemi*, in Carducci M. – Riberi P., *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane, Casi e materiali*, Torino, 2014.

Carducci M., *Il difficile confronto tra Europa e America latina su diritto giurisprudenziale e tutela multi-ordinamentale dei diritti fondamentali*, in www.federalismi.it, 2013.

Carella G., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, 2009.

Carponi Schittar D., *Ascolto del minore vs. diritti del minore. La tutela dei diritti del minore e il suo ascolto*, in Orlando Cian D. - Palermo Fabris E. (a cura di), *L'ascolto del minore e la giustizia*, Milano, 2002.

Cartabia M., *La CEDU e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in Bin R. - Brunelli G. - Pugiotto A. - Veronesi P. (cur.), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU*, Torino, 2007.

Cartabia M., *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in Bassanini F. - Tiberi G. (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010.

Cartabia M. (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011.

Cassetti L., *La "costruzione" dei diritti sociali nell'approccio della Corte interamericana e della Corte europea di Strasburgo: contenuto, limiti e prospettive della "comunicazione" giurisprudenziale*, in Cassetti L. - Distasi A. - Landa Arroyo C., *Diritti e giurisprudenza, la Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo*, Napoli, 2014.

Castellaneta M., *Dietro l'interesse del minore si nasconde il rischio di un turismo procreativo*, in 5, Guida al Diritto, 2009.

Cantwell N., *Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant*, in *Défense des Enfants International, Normes internationales relatives aux droits de l'enfant*, tomo I, Ginevra, 1995.

Cantwell N., *Origini, sviluppo e significato*, in Belotti V. – Ruggiero (a cura di), *Vent'anni di infanzia. Retorica e diritti dei bambini dopo la Convenzione dell'Ottantanove*, Milano, 2008.

Cavallo G. A., *El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in 1, *Enstudios Constitucionales*, 2008.

Cendon P., *Il bambino e le cose*, Milano, 1993.

Ceniccola A. – Sarracino A. F., *L'affidamento condiviso, alla luce della Legge n. 54/2006*, Metelica, 2007.

Chalmers D. - Davies G. - Monti G., *European Union Law*, Cambridge, 2010.

Chiovini F., *Omogenitorialità, margine di apprezzamento, interesse del minore: l'instabile bilanciamento dei giudici di Strasburgo*, in 1, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012.

Choudhry S. –Herring J., *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010.

Christoffersen J., *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European convention on Human Rights*, Leiden, 2009.

Cilardo A., *Il minore nel diritto islamico. Il nuovo istituto della kafala*, in Cilardo A., *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, Napoli, 2011.

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

Conetti G. – Tonolo S. – Vismara F., *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009.

Contiero G., *L'affidamento dei minori*, Milano, 2009.

Costello C., *The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*, in *Human Rights Law Review*, I, 2006.

Cournil C., *Les droits de l'homme en zones d'attente: condamnation européenne et résistances françaises*, in 71, *Cultures & conflits*, 2008.

Cozzi A. O., *La Corte costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo?*, in 6, *Giurisprudenza Costituzionale*, 2005.

Davidson S., *The interamerican court of human rights*, Aldershot, 1992.

Devoto E., *Readaptacion social y realidad penitenciaria argentina*, in 7, *Cuadernos de Investigaciones*, 1988.

De Avila F. – Junqueira Nolasco T., *Efectividad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Brasil*, in 3, *Revista logos ciencia y tecnología*, 2010.

De Jesùs Butler I., *Recent Advisory Opinions and Contentious Cases of the Inter-American Court of Human Rights*, in 1, *Human Rights Law Review*, 2004.

De Marzo G. – De Santi S., *Minori oltre confini – sottrazione e protezione dei minori nel diritto internazionale*, Milanofiori Assago, 2009.

De Vittor F., *Sviluppo psicofisico del minore e controllo dell'immigrazione clandestina: il bilanciamento operato dalla Corte di Cassazione*, in 2, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010.

Del Guercio A., *Il diritto dei migranti all'unità familiare nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e nell'ordinamento dell'Unione europea*, in A. Caligiuri, G. Cataldi, N. Napoletano, *La tutela dei diritti umani in Europa*, Padova, 2010.

Del Guercio A., *Minori stranieri non accompagnati e convenzione europea dei diritti umani: il caso Rahimi*, in 5, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011.

Del Toro Huerta M. I., *El Principio de Subsidiariedad en el Derecho Internacional de Los Derechos Humanos con Especial Referencia al Sistema Interamericano*, in Becerra Ramirez M., *A Corte Interamericana de Derechos Humanos a Veinticinco Años de su Funcionamiento*, Città del Messico, 2007.

Dell'Utri M., *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in 2, *Giurisprudenza di Merito*, 2010.

Detrcik S., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, 1999.

Distefano M., *Educazione religiosa del minore e sottrazione internazionale di minori: l'ottimismo teorico della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Neulinger*, in 3, *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2009.

Distefano M., *La Grande Camera si pronuncia nel caso Neulinger e...recupera l'interesse superiore del minore*, in 3, *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2010.

Distefano M., *Interesse superior del minore e sottrazione internazionale di minori*, Padova, 2012.

Di Stefano A., *Convenzione europeadei diritti dell'uomo e principio di sussidiarietà*, Catania, 2009.

Dogliotti M., *Affidamento condiviso e diritti dei minori*, Torino, 2008.

Dogliotti M., *Che cos'è l'interesse del minore*, in 6, *Diritto della famiglia e delle persone*, 1992.

Dosi G., *Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni*, in 2, *Diritto della famiglia e delle persone*, 1995.

Drnas de Clément Z., *Conflicto entre el Derecho Subjectivo del Padre Biológico a la Tenencia de su Hija y el Interés Superior de la Niña*, in 2, ., 2013.

Dulitzky A. E., *El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana*, in *Anuario de Derechos Humanos*, 2007.

Duncan W., *Further Developments in International Family Law with Special Emphasis on Cross-border Protection: A View from the Hague*, in K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger and S. Symeonides (eds), *Convergence and Divergence in International Private Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2010.

Dusi P., *Tutela del minore, avvocato del genitore e contraddittorio*, in 1, *Famiglia e diritto*, 1995.

Dzehtsiarou K., *Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case of Law of European Court of Human Rights*, in 3, *Public Law*, 2011.

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

Eide A. – Eide W. B., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 24: The Right to Health*, Leiden, 2006.

Einhorn T. - Girsberger D. - Symeonides S. (eds), *Convergence and Divergence in International Private Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2010.

Elder L., *Why some Jehovah's Witness accept blood and conscientiously reject official Watchtower Society blood policy*, in 26, *Journal of Medical Ethics*, 2000.

Espinosa Calabuig R., *La sottrazione di minori nell'Unione europea: tra Regolamento n. 2201/2003 e Convenzione dell'Aja del 1980*, in Carbone S.M. - Queirolo I. (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008.

Evola M., *La riunificazione familiare dello straniero nei trattati sui diritti umani*, in 4, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010.

Fadiga L., *Una nuova cultura dell'infanzia e dell'adolescenza*, Milano, 2006.

Falletti E., *La filiazione. Questioni sostanziali, processuali, internazionali nell'analisi della giurisprudenza*, Metelica, 2007.

Falletti E., *Osservatorio di diritto internazionale privato e comunitario*, in 1, *Famiglia e diritto*, 2011.

Feinstein C. – Giertsen A. – O'Kane C., *Children's participation in armed conflict and post- conflict peace building*, in Percy-Smith B. – Thomas N. (eds), *A Handbook of Children and Young People's Participation*, London, 2010.

Fenger N., *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford, 2010.

Feraci O., *Riconoscimento ed esecuzione all'estero dei provvedimenti provvisori in materia familiare: alcune riflessioni sulla sentenza Purrucker*, in 1, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011.

Feria Tinta M., *The Landmark Rulings of Inter-American Court of Human Rights on the Rights of the Child*, Leiden, 2008.

Ferrando G., *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in I, *Politica e diritto*, 1998.

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

Ferrando G., *Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in II, *Famiglia e diritto*, 2009.

Ferrando G., *I diritti dei minori nella famiglia in difficoltà*, in 12, *Famiglia e diritto*, 2010.

Feuillet-Liger B., *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, 2008.

Foa A., *Ebrei in Europa. Dalla peste all'emancipazione, XIV-XVIII Sec.*, Bari, 1992.

Focarelli C., *La convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di <<best interests of the child>>*, in 4, *Rivista di diritto internazionale*, 2010.

Fornaciari M., *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 cpc*, in 2, *Rivista di Diritto processuale civile*, 2013.

Fontoura B. P., *A Aplicação da doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente pelo Judiciário Brasileiro*, Brasília, 2011.

Fortin J., *Children's rights and the developing law*, London - Butterworths, 2009.

Fortin J., *Rights brought Home for Children*, in 62, *Modern law review*, 1999.

Freedman D., *Consecuencias del interés superior del niños en los derechos sociales de la infancia*, in 1, *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2011.

Freeman M., *Article 3 – The best interests of the child*, Leiden – Boston, 2007.

Gaber I. – Aldridge J., *In the Best Interests of the Child: Culture, Identity and Transracial Adoption*, London, 1994.

Gambino S. - D'Ignazio G., *Immigrazione e diritti fondamentali*, Milano, 2010.

García Méndez E. (ed.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños u Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Buenos Aires, 2008.

García Roca J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, 2010.

Garibo A. P., *La convenzione internazionale sui diritti del fanciullo. Un diritto cosmopolita?*, in 1, *Ragion Pratica*, 2009.

Gillon R., *Refusal of potentially life- saving blood transfusions by Jehovah's Witnesses: should doctors explain that nor all JW's think it's religiously required?*, in 26, *Journal of Medical Ethics*, 2000.

Goldstein J. – Solnit A. J. – Freud A., *The Best Interests of the Child: The Least Detrimental Alternative*, New York, 1998.

Góngora Mera M. E., *El Bloque de Constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad*, in *Centro de Derechos Humanos de Nuremberg*, 2007.

Gosso P., *L'adottato alla ricerca delle proprie origini. Spunti di riflessione*, in 1, *Famiglia e diritto*, 2011.

Gouttenoire A. - Sudre F., *La compatibilité avec la CEDH de l'accouchement sous X*, in 2, *Jurisclasseur périodique*, 2003.

Gragl P., *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2013.

Groppi T. – Lecis Cocco-Ortu A. M., *Le citazioni reciproche tra la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo: dall'influenza al dialogo?*, in www.federalismi.it, 2013.

Gurgel Ferreira Gomes O., *Princípio do juízo imediato- o direito à convivência familiar e comunitária como elemento definidor da competência territorial para ações judiciais amparadas na Ley nº 8.069/90*, in *Atti del "XXI Congresso da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude – ABMP*, 2006.

Habashi J., *Constitutional Analysis: A Proclamation of Children's Right to Protection, Provision and Participation*, Leiden, 2010.

Hebe Mangione Muro M., *Derecho de familia: familia y proceso de estado*, Santa Fe, 2000.

Heckamnn F. – Schnapper D. (ed), *The integration of Immigrant in European Societies*, Stoccarda, 2003.

Herz M., *The Organization of American States (OAS): Global Governance Away from the Media*, Londra, 2011.

Hitters J. C., *Control De Constitucionalidad Y Control De Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in 2, *Estudios Constitucionales*, 2009.

Hodgkin R. – Newell P. (ed.), *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, United Nations Children's Fund, 1998.

Holanda I. P., *A doutrina da situação irregular do menor e a doutrina da proteção integral*, in 106, *Âmbito Jurídico*, 2012.

Honorati C., *Purrucker I e II ed il regime special dei provvedimenti provvisori e cautelari a tutela dei minori*, in 2, *Int'l Lis*, 2011.

Honorati C., *Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali*, in I, *Rivista di diritto internazionale privato*, 2013.

Hughes K., *The Child's Right to Privacy and Article 8 European Convention on Human Rights*, in Freeman M. (Ed), *Current Legal Issues: Law and Childhood Studies (14)*, Oxford, 2012.

Huls N. – Ramey S., *French denial of baby's return to birth mother not a violation*, in 15, *Human Rights Brief*, 2008.

Irti C., *Il provvedimento di assegnazione della casa familiare*, in Patti S. – Rossi-Carleo L., *Provvedimenti riguardo ai figli*, Bologna-Roma, 2010.

Irti C., *La revoca dell'assegnazione della casa familiare: dalle critiche della dottrina al giudizio della Consulta*, in 12, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008.

Janoski T., *The Ironies of Citizenship: Naturalization and Integration in Industrialized Countries*, Cambridge, 2010.

Johnson P., *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, New York, 2013.

Kaime T., *The Normative Framework for Children's Rights in Refugee Situations*, Leiden, 2013.

Kramer X.E., *Abolition of exequatur under Brussels I regulation: effecting and protecting rights in the European judicial area*, in 4, *Nederlands International Privaatrecht*, 2011.

Lamarque E., *I diritti dei figli*, in M. Cartabia, *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007.

Lamarque E., *L'eccezione non prevista rende incostituzionale la regola (ovvero il giudice minorile è soggetto alla legge, ma la legge è derogabile nell'interesse del minore)*, in 4, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996.

Lamarque E., *Commento a sentenza Corte Cost. 303/1996*, in 4, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996.

Lamarque E., *Adozione da parte dei single omo e eterosessuali: I paesi del Consiglio d'Europa stanno perdendo il loro margine di apprezzamento?*, in www.forumcostituzionale.it, 2008.

Lansdown G., *The Evolving Capacities of the child*, Firenze, 2005.

Larizza S., *Evoluzione del diritto penale minorile*, in Zatti P., *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, 2002.

Larizza S., *Il diritto penale dei minori: evoluzione e rischi di involuzione*, Padova, 2005.

Làzaro M., *La efectividad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in 14, *Dikaion – Lo Justo*, 2005.

Leach P. – Welch J., *Cases and Comment – Mubianza and others v. Belgium*, in 1, *European Human Rights*, 2007.

LeBlanc L. J., *The Convention on the Rights of the Child*, Lincoln-London, 1995.

Lebra A. - Franzin P., *Famiglia, maternità e lavoro*, Roma, 2006.

Lecis Cocco-Ortu A.M., *La Corte europea pone un altro mattone nella costruzione dello statuto delle unioni omosessuali: le coppie di persone dello stesso sesso non possono essere ritenute inidonee a crescere un figlio*, in www.forumcostituzionale.it, 2013.

Ledesma H. F., *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, San José, 1996.

Lefaucheur N., *The French “tradition” of anonymous birth: the lines of argument*, in 18, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2004.

Lena B., *La filiazione naturale*, in Ferrando G., *Trattato di diritto di famiglia Bonilini-Cattaneo, III, Filiazione e adozione*, Torino, 1997.

Lima Soares N. – Lima De Abreu Aoki R. – Ribeiro De Souza T. - Ken Aoki W., *A Hermenêutica da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre os Direitos das Crianças e sua aplicação no Processo de Adoção pelo Brasil*, in 13, *Revista Iniciação Científica*, 2013.

Liuzzi A., *Il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: una vexata quaestio*, in 1, *Famiglia e diritto*, 2002.

Locchi M.C., *L'espulsione di stranieri condannati penalmente: il difficile bilanciamento tra l'interesse dello Stato alla difesa dell'ordine pubblico e il diritto all'unità familiare*, in diritti-cedu.unipg.it, 2010.

Long J., *I diritti del genitore non affidatario nella Corte europea dei diritti dell'uomo*, in 4, *Minori Giustizia*, 2005.

Long J., *Il controllo giudiziario sull'esercizio della potestà genitoriale e l'affidamento extrafamiliare: un importante contributo alla definizione delle garanzie processuali dal caso Covezzi e Morselli c. Italia*, in 1, *Minori e Giustizia*, 2005.

Long J., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto italiano*, in Zatti P., *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, 2006.

Long J., *La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini*, in 2, *Nuova giurisprudenza civile commentata (La)*, 2004.

Lopatka A., *Report on guiding ideas of the Convention*, in *La protezione internazionale dei diritti del fanciullo, atti del convegno organizzato in collaborazione con l'UNESCO il 23-24-25 novembre 1992*, Trieste, 1993.

Lorubbio V., *La produzione/imposizione di un "linguaggio regionale comune" da parte della Corte Interamericana dei Diritti Umani*, in Carducci M. - Riberi P. (a cura di), *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane. Casi e materiali*, Torino, 2014.

Loukaidēs L., *An alternative view on the jurisprudence of the European Court of Human rights*, Leiden, 2008.

Lovati P. – Rigo R., *La coppia e la famiglia di fatto dopo la riforma della filiazione*, Torino, 2014.

Lowe N. - Everall M. - Nocholls M., *The New Brussels II Regulation: a supplement to International movement of children*, Bristol, 2005.

Lupo E., *La vincolarietà delle sentenze della Corte europea per il giudice interno e la svolta della Cassazione civile e penale*, in 5, *Cassazione Penale*, 2007.

Lupo E., *La giustizia minorile – Estratto della relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2011*, Roma, 2011.

Lupoi A. M., *La legge n. 219 del 2012 sullo stato giuridico dei figli: I profile processuali*, in www.academia.edu, 2013.

Malarino E., *Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de Derechos Humanos para los Tribunales Nacionales*, in Ambos K. - Malarino E. – Elsner G. (orgs), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Göttingen, 2011.

Manera G., *L'adozione e l'affidamento familiare nella dottrina e nella giurisprudenza*, Milano, 2004.

Marchegiani M., *Convenzione sui diritti del fanciullo*, in Sesta M. (a cura di), *Codice della famiglia*, Milano, 2009.

Marchesseau S., *Le paradoxe de l'arrêt de Grande Chambre Neulinger et Shuruk c. Suisse: un revirement de jurisprudence louable sur la plan humain, contestable sur le plan juridique*, in 33, *L'Europe des libertés*, 2010.

Marchesseau S., *Enlèvement international d'enfant: Bruxelles s'invite au débat. Note sur l'affaire Šneerson et Kampanella c. Italie*, in 36, *L'Europe des libertés*, 2011.

Marvasi T., *Commento a Corte Cost. 308/2008*, in 1, *Famiglia e Minori*, 2008.

Mazzucchelli F. – Sartori L., *Emergenza educazione. Costituzione e diritto formativo*, Milano, 2009.

McEleavy P., *The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?*, in 1, *Journal of Private International Law*, 2005.

McMillan J., *American father and daughter given voice in European Court of Human Rights*, in 7, *Michigan Bar Journal*, 2003.

Meirelles Gasp Cehlo R., *Protecao Internacional dos Dereitos Humanos: a Corte Interamericana e a Implementacao de Suas Sentecas No Brazil*, Curitiba, 2007.

Melton G. B., *The child's right to a family environment: Why children's right and family values are compatible*, in 12, *American Psychologist*, 1996.

Merloz M. G., *L'Enlèvement d'enfant et la convention de la Haye*, in P. Tavernier, *La France et la Cour européenne des droits de l'Homme. 1998-2008: une décennie d'application du Protocole XI- La jurisprudence en 2007*, Bruxelles, 2009.

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

Miazzi L., *La condizione giuridica dei bambini stranieri in Italia*, in 3, *Minori Giustizia*, 1999.

Moretti F., *Il precedente giudiziario nel sistema inglese*, in Galgano F., *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 2006.

Moro A. C., *Il ruolo degli enti locali e gli interventi di protezione*, in F. Occhigrosso (a cura di), *Il processo penale minorile: prime esperienze*, Milano, 1990.

Moro A. C., *Il bambino è un cittadino*, Milano, 1991.

Moro A. C., *Il desiderio di conoscere le proprie origini: un nuovo diritto?*, in 103, *Prospettive assistenziali*, 1993.

Moro A. C., *Diritti del minore e nozione di interesse*, in Fadiga L. (a cura di), *Una nuova cultura dell'infanzia e dell'adolescenza*, Milano, 2006.

Moro A. C., *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2014.

Murat P., *L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif*, in 200, *Petites affiches*, 2010.

Murgo C., *Il diritto del minore ad una famiglia*, Pisa, 2013.

Murray J., *Consensus: concordance ou hégémonie de la majorité?*; Martens, *Les désarrois di juge national face aux caproces di consensus européen*, in *Dialogue entre juges*, Strasburgo, 2008.

Murphy C., *The Concept of Integration in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in 12, *European Journal of Migration and Law*, 2010.

Nash Rojas C., *El sistema interamericano de derechos humanos en acción – Aciertos y desafíos*, Mexico City, 2009.

Nash Rojas C., *Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in XIX, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013.

Neuman G. L., *Import, Export, and the Regional Consent in the Inter- american Court of Human Rights*, in 19, *The European Journal of International Law*, 2008.

Nikken P., *La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, 1999.

Núñez Poblete M., *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos*, in Alvarado Acosta P. A. - Núñez Poblete M., *El margen de apreciación en el sistema Interamericano de Derechos Humanos. Proyecciones regionales y nacionales*, México DF, 2012.

Occhiogrosso F., *Manifesto per una giustizia minorile mite*, Milano, 2010.

O'Donnel D., *La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas Vigentes en relación a la Familia*, in *Biblioteca Juridica Virtual- Instituto de Ingaciones Juridicas*, Città del Messico, 2004.

O'Donnel D., *The Right Of Children To Be Heard: Children's right to have their view taken into account and to participate in legal and administrative proceeding*, Firenze, 2009.

Oestreich G., *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß*, Berlino, 1978.

O'Kane C. – Feinstein C., *The Participation of Children and Young Children in Emergencies: A guide for relief agencies*, Bangkok, 2007.

Opromolla A., *Children's rights under Articles 3 and 8 of the European Convention: recent case law*, in *26 European Law Review*, 2001.

Paczolay P., *Consensus et discretion: evolution ou erosion de la protection des droits de l'homme?*, in *Cour européenne des droit de l'homme*, in *Dialogue entre juges*, Strasbourg, 2008.

Palladini M., *Le tutele sostanziali*, in C. Cecchella (a cura di), *La riforma del processo per separazione e divorzio*, Pisa, 2007.

Paris D., *Parto anonimo e bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Del Conseil constitutionnel e della Corte dei diritti dell'uomo (con alcuni spunti per una rilettura dell'inquadramento costituzionale dell'interruzione volontaria della gravidanza)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2012.

Patti S. – Rossi-Carleo L., *Provvedimenti riguardo ai figli*, Bologna-Roma, 2010.

Paul A., *La Corte Interamericana in Vitro: Comentarios sobre su Proceso de Toma de Decisiones a propósito del Caso Artavia*, in 2, *Revista Derecho Público Iberoamericano*, 2013.

Pazé P., *Il processo minorile di volontaria giurisdizione tra prassi autoritaria e incerte prospettive*, in I, *Questione Giustizia*, 1988.

Pentassuglia G., *The Strasbourg Court and Minority Groups: Shooting in the Dark ora a New Interpretive Ethos?*, in I, *International Journal on Minority Groups Rights*, 2012.

Petrone M., *Il diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, Milano, 2004.

Pickford R., *The Gaskin case and confidential personal information – whose secret?*, in 4, *Journal of Child Law*, 1992.

Pisanò A., *I diritti umani come fenomeno cosmopolita*, Milano, 2011.

Pizzi F., *Migrare da soli – Minori stranieri non accompagnati e istanze pedagogico-educative*, Milano, 2014.

Pobjoy J., *A Child Right Framework for assessing the Status of Refugee Children*, in Juss S. S. – Harvey C. (ed.), *Contemporary Issues in Refugee Law*, Northampton, 2013.

Pugliese C. B., *Interesse del minore, potestà dei genitori e poteri del giudice nella nuova disciplina dell'affidamento dei figli (legge 8 febbraio 2006, n. 54)*, in 2, *Familia*, 2006.

Punch S., *Youth transitions and interdependent adult-child relations in rural Bolivia*, in 2, *Journal of Rural Studies*, 2002.

Purdy L., *In Their Best Interest? The Case Against Equal Rights for Children*, Ithaca, 1992.

Quadrato M. E., *Il minore tra interessi e diritti*, Bari, 1995.

Quintana Osuna K. – Citoni G., *I minori d'età di fronte alla Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo*, in 2, *Pace e Diritti Umani*, 2005.

Ray P., *Children in the most difficult circumstances*, in Percy-Smith B. – Thomas N. (eds), *A Handbook of Children and Young People's Participation. Perspectives from theory and practice*, London, 2009.

Remotti Carbonel J. C., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Barcellona, 2003.

Rey Cantor E., *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Città del Messico, 2008.

Rey Cantor E., *Testi di convenzionalità e controllo di convenzionalità*, Bologna, 2013.

Rietiker D., *The Principle of Effectiveness in the Jurisprudence of European Court of Human Rights*, in 79, *Nordic Journal of International Law*, 2010.

Richter S., *Sull'obbligatorietà del riconoscimento dei figli illegittimi e sul disconoscimento della paternità*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1952.

Ripley P., *A Defence of the Established Approach to the Grave Risk of Harm Defence in the Hague Child Abduction Convention*, in 4, *Journal of Private International Law*, 2008.

Rivello R., *L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità*, in 3, *Minorigiustizia*, 2011.

Roy O., *Le droit de connaître ses origines et la Cour européenne des droits de l'homme : l'affaire Odièvre contre France*, in 198, *Petites affiches*, 2002.

Roy O., *Le droit «virtuel» des personnes nées sous X à la connaissance de l'identité de leurs parents de naissance : l'arrêt Odièvre*, in 116, *Petites affiches*, 2003.

Rodotà S., *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Rivista critica di diritto privato*, in, 2000.

Rolla G., *L'influenza delle corti sovranazionali sulla configurazione legale dei diritti e i lineamenti del sistema di giustizia costituzionale*, in 2-3, *Politica e Diritto*, 2012.

Ronen Y., *Redefining the child's right to identity*, in 18, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2004.

Ronfani P., *L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?* , in 1, *Sociologia e diritto*, 1997.

Ruggeri A., *Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in "sistema"*, in www.giurcost.org, 2012.

Rosti M., *Argentina*, Bologna, 2011.

Sacchetti L., *Il diritto minorile e dei servizi sociali*, Rimini, 1982.

Saccucci A., *Diritto all'istruzione e discriminazione scolastica di minori stranieri alla luce delle norme internazionali sui diritti umani*, in Pisillo Mazzeschi R. - Viviani A. (a cura di), *Diritti umani degli immigrati: tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, 2010.

Saccucci A., *Gli obblighi positivi di protezione della salute nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in 3, *Diritti umani: cronache e battaglie*, 2011.

Saccucci A., *Accesso ai rimedi costituzionali previo esaurimento e gestione sussidiaria delle violazioni strutturali della CEDU derivanti da difetti legislativi*, in 2, *Diritti*

umani e diritto internazionale, 2012.

Sacino W., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 17: Access to a Diversity of Mass Media Sources*, Leiden, 2012.

Salgado Ledesma E., *La probable inejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in 26, *Cuestiones constitucionales*, 2012.

Saulle M. R., *Codice internazionale dei diritti del minore*, Napoli, 1994.

Schabas W. – H. Sax, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 37: Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment and Deprivation of Liberty*, Leiden, 2006.

Schabas W., *The Universal Declaration of Human Rights: the travaux préparatoires*, Cambridge-New York, 2013.

Schuster A., *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in www.forumcostituzionale.it

Schuz R., *The relevance of religious law and cultural considerations in international child abduction dispute*, in 12, *Journal of Law and Family Studies*, 2010.

R. Schuz, *Hague child abduction convention : a critical analysis*, Oxford, 2013.

Serbin A., *Entre la confrontación y el diálogo. Integración regional y diplomacia ciudadana*, Buenos Aires, 2003.

Sergio G., *La ratifica della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli: una tappa decisiva verso il riconoscimento della soggettività dei minori nelle relazioni familiari*, in 2, *Psicologia e Giustizia*, 2003.

Sesta M., *Commento a Corte Cost. 50/2006*, in 2, *Famiglia e diritto*, 2006.

Sesta M., *Il codice della famiglia*, Milano, 2008.

Sileoni S., *La Corte di Strasburgo e I matrimoni omosessuali: il consenso europeo, un criterio fragile ma necessario*, in 4 *Quaderni costituzionali*, 2010.

Simoncini A. - Violini L. - Carozza P. - Cartabia M., *Esperienza elementare e diritto*, Milano, 2011.

Smith M. L., *Jehovah's Witness refusal of blood products*, in *Encyclopedia of bioethics.*, New York, 2004.

Smyth C., *European Asylum Law and Rights of the Child*, Abingdon, 2014.

Soares Balestro G. S. – Melo Franco Bahia A. G., *O Melhor Interesse da Criança: A Adoção Homoafetiva no Direito Brasileiro*, in 1, *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, 2011.

Sonaglioni A., *Scarsa vigilanza del Tribunale per i minorenni sull'operato dei servizi sociali e sui soggetti affidatari: severa condanna della Corte di Strasburgo*, in 1, *Famiglia e Diritto*, 2001.

Spatti M., *I limiti all'esclusione degli stranieri dal territorio dell'Unione europea*, Torino, 2010.

Spijkerboer T., *Structural instability - Strasbourg case law on children's family reunion*, in 3, *European Journal of Migration and Law*, 2009.

Stefanelli S., *Parto anonimo e conoscenza delle origini*, in *Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 2009.

Sudre F., *Droit international et droits de l'homme*, Parigi, 2008.

Sweepston L., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 32: Protection from Economic Exploitation*, Leiden, 2012.

Tandini F. – Mencarelli M. – Salucci S., *I diritti del bambino nelle "Carte" internazionali*, Brescia, 1976.

Tanzarella P., *Il margine d'apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo: alla ricerca di una sua coerente applicazione*, in Cartabia M. (a cura di), *I diritti fondamentali in azione*, Bologna, 2007.

Tarantino A., *Il rispetto della vita. Aborto, tutela del minored euthanasia*, Napoli, 1998,

Tavernier P., *La France et la Cour européenne des Droits de L'Homme. 1998-2008: une décennied'application du Protocole XI- La jurisprudenceen 2007*, Bruxelles, 2009.

Tavormina P., *Sulla compatibilità dell'ordinamento italiano con la convenzione europea dei diritti dell'uomo alla luce di alcune applicazioni giurisprudenziali*, in G. Biscottini, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'applicazione giurisprudenziale in Italia*, Milano, 1981.

Thery I., *Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique?*, in 2, *Esprit*, 1994.

Thym D., *Respect for Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?*, in 57, *International And Comparative Law Quaterly*, 2008.

Tiby M., *Adesione ad un nuovo credo, interesse del minore e limiti all'esercizio della libertà religiosa*, in 2, *Famiglia e diritto*, 2000.

Tomeo T., *La Kafala*, in www.comparazionedirittocivile.it, 2013.

Tonolo S., *La sottrazione dei minori nel diritto processuale civile europeo: il regolamento Bruxelles II bis e la Convenzione dell'Aja del 1980 a confronto*, in I, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011.

Tramontana E., *Discriminazione indiretta e nozione di uguaglianza: il caso D.H. ed altri c. Repubblica Ceca*, in 2, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008.

Trimblings K., *Child abduction within the European Union*, Oxford, 2013.

Turri G., *La valutazione dell'interesse del minore: profili giuridici e profili psicologici*, in 1, *Questione Giustizia*, 2000.

Uccella F., *La giurisprudenza della CEDU su alcune tematiche di diritto di famiglia e suo rilievo per la disciplina interna*, in IV, *Giurisprudenza italiana*, 1997.

Uccella F., *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo su alcune tematiche del diritto di famiglia e suo rilievo per la disciplina interna*, in *Giurisprudenza italiana IV*, 1997.

Urbina F. Z., *Comentario a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Ata la Riffo y niñas vs. Chile" de 24 de Febrero de 2012*, in 1, *Estudios Constitucionales*, 2012.

Valboa U., *L'affidamento familiare, in seguito alla legge di riforma del 28.03.2001 n. 149*, in *Diritto.it*

Vannuccini S., *L'efficacia delle sentenze della Corte interamericana dei diritti dell'uomo*, in Cassetti L. – Di Stasi A. – Landa Arroyo C., *Diritti e giurisprudenza: la Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo*, Napoli, 2014,

Van Bueren G., *The international law on the rights of the child*, The Hague, 1998.

Van Bueren G., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 40*, Leiden, 2006.

Van Walsum S., *Comment on the Sen Case - How Wide is the Margin of Appreciation regarding the Admission of Children for Purposes of Family Reunification*, in 4, *European Journal of Migration and Law*, 2002.

Van Dijk F. - Van Hoof F., *Theory and Practice of the ECHR*, The Hague, 1998.

Varalda R., *Políticas Públicas da Infância*, in 27, *Boletim Científico da Escola Superior do MPU*, 2008.

Vassalli di Dachenhausen T., *Affidamento dei figli e sottrazione internazionale dei minori*, in G. Ferrando, *Il nuovo diritto di famiglia*, Bologna, 2007.

Veerman P. E., *The Rights Of the Child and the Changing Image of Childhood*, Leiden, 1992.

Ventura Robles M. E., *Función Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in 7, *Revista de Derecho*, 1996.

Venturini G. – Bariatti S. (eds), *Liber Fausto Pocar - Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Milano, 2009.

Verhellen E., *Convention on the rights of the Child: Background, Motivation, Strategies; Main themes*, Leuven, 2000.

Verhellen E., *Contenuto, entrata in vigore e monitoraggio*, Belotti V. – Ruggiero (a cura di), *Vent'anni di infanzia. Retorica e diritti dei bambini dopo la Convenzione dell'Ottantanove*, Milano, 2008.

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

Verheyde M., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 28: The Right to Education*, Leiden, 2006.

Verheyde M. – Goedertier G., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Articles 43-45: The UN Committee on the Rights of the Child*, Leiden, 2006.

Villamayor F., *Protección jurídica del derecho a la identidad en la adopción: incidencia de la convención de los derechos del Niño*, in 83, *Lecciones y Ensayos del Departamento de Publicaciones- Facultad de Derecho- Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, 2007.

Villanueva M. A., *El control de convencionalidad y el correcto uso del margen de apreciación: medios necesarios para la protección de los derechos humanos fundamentales*, in *Acti del Congreso de Derecho Publico para Estudiantes y jóvenes Graduados: "Democracia y Derechos"*, Buenos Aires, 2012.

Villena J. L., *Algunas consideraciones sobre el interes superior del niño que el sistema interamericano de derechos humanos debe tener en cuenta*, AA. VV., *El derecho como campo de lucha: orientación sexual e identidad de género*, Lima, 2008.

Von Bogdandy A., *The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union*, in 6, *Common Market Law Review*, 2000.

Walker L., *The Impact of the Hague Abduction Convention on the Rights of the Family In the Case-law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: The Danger of Neulinger*, in 6, *Journal of Private International Law*, 2010.

Walker L. – Beaumont P., *Shifting the balance achieved by the abduction convention: the contrasting approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of justice*, in 2, *Journal of Private International Law*, 2011.

Warnock M., *Making Babies: Is there a right to have children?*, Oxford, 2003.

Warren S. - Brandeis L., *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, IV, 1890.

Weisbrock A., *Legal Migration to the European Union*, Leiden, 2010.

Weissbrodt D. – Hansen J. C. – Nesbitt N. H., *The role the Committee on the Rights of the Child in Interpreting and Developing International Humanitarian Law*, in 24, *Harvard Human Rights Journal*, 2011.

Whildaber L., *Pilot Judgments in Cases of Structural or Systemic Problems on the National Level*, in Wolfrum R. et Deutsch U. (ed.), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, Berlino, 2009.

Zanghì C., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2002.

Zatti P., *Familia, familiae – Declinazioni di un'idea. Valori e figure della convivenza e della filiazione*, in 2, *Familia*, 2002.

