

LUISS 

Corso di laurea in Giurisprudenza

Cattedra di Tutela Internazionale dei Diritti Umani

IL RUOLO DEL MIGLIORE INTERESSE
DEL MINORE NELLA TUTELA DEI
DIRITTI FONDAMENTALI

Chiar.mo Prof. Pietro Pustorino

RELATORE

Chiar.mo Prof. Roberto Virzo

CORRELATORE

Luigi Perricone

Matr. 159033

CANDIDATO

Anno Accademico 2022/2023

INDICE	
Introduzione	4
Capitolo I	7
NOZIONE E QUADRO NORMATIVO	7
1. Definizione ed evoluzione storica del concetto di “migliore interesse del minore” nel diritto internazionale;	7
2. Il principio del <i>best interest of the child</i> alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza;	12
3. L’intervento della Corte europea dei diritti dell’uomo nella tutela dei diritti dei minori;	18
4. La Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei minori;	27
5. Il recepimento del migliore interesse del minore nel sistema Unione Europea;	35
5.1 L’articolo 24 della Carta di Nizza;	38
5.2 Il Regolamento n. 2201/2003/CE relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale;	42
5.3 I principi elaborati dalla Commissione europea sul diritto di famiglia in materia di responsabilità genitoriale;	46
5.4 La prima Strategia dell’Unione europea sui diritti delle persone di minore età per il periodo 2021-2024 e le relative Conclusioni del Consiglio dell’UE;	54
Capitolo II	59
INTERPRETAZIONE DEGLI STRUMENTI INTERNAZIONALI ED EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE	59
1. Commento generale n. 14/2013 del Comitato CRC;	59
2. L’interesse del minore nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea;	66
3. La sottrazione internazionale e il rimpatrio del minore;	74
3.1 <i>Neulinger e Shuruk c. Svizzera; X c. Lettonia</i> ;	80
4. La maternità surrogata;	87
4.1 <i>Paradiso e Campanelli c. Italia</i> ;	89
4.2 <i>Labassee c. Francia; Mennesson c. Francia</i> ;	93
4.3 <i>D. c. Francia; Valdis Fjölnisdóttir e altri c. Islanda</i> ;	98
5. Il migliore interesse del minore nel caso dei minori non accompagnati;	102
5.1 <i>Darboe e Camara c. Italia</i> ;	107
Capitolo III	114
IL PRINCIPIO DEL MIGLIORE INTERESSE DEL MINORE NELL’ORDINAMENTO ITALIANO: QUESTIONI SCELTE	114
1. L’effetto di vincolo giuridico del migliore interesse del minore nell’ordinamento italiano;	114

1.1 Le Osservazioni conclusive 2019 del Comitato Onu all'Italia;	120
2. Il fenomeno del cyberbullismo;	122
3. L'adozione di minori come diritto degli stessi ad avere una famiglia;	130
3.1 L'adozione in casi particolari e <i>stepchild adoption</i> ;	131
3.2 L'adozione di minori stranieri;	138
4. La maternità surrogata e il riconoscimento dei provvedimenti stranieri che riconoscano lo <i>status</i> parentale;	144
4.1 La nuova proposta di legge sulla maternità surrogata come "reato universale";	156
5. Cenni sugli effetti giuridici dell'istituto della kafalah nell'ordinamento italiano alla luce del migliore interesse del minore;	160
Conclusioni	170
Bibliografia	171
Indice della giurisprudenza	174

Introduzione

“Migliore interesse del minore”; dietro l'apparente semplicità, questo concetto nasconde aspetti controversi che, da sempre, hanno diviso dottrina e giurisprudenza, conferendo allo stesso un alone di vaghezza e di ambiguità che ha alimentato infiniti dibattiti in ogni sede. Quanto precede è, in linea generale, connaturato alla stessa nozione di “minore di età” che, nonostante i suoi bisogni universali, non può essere considerato quale appartenente ad un gruppo omogeneo, in quanto la manifestazione dei bisogni dei singoli minori dipende da vari fattori personali, fisici, sociali, religiosi e culturali, tra cui anche lo sviluppo delle loro capacità di discernimento. Secondo alcuni autori, «la natura indeterminata e sfuggente dello standard dei *best interests* se è un male, è tuttavia un male necessario, perché la forza e la stessa ragion d'essere del principio in questione sta proprio nella sua capacità di adattarsi alla situazione concreta [...]»¹.

Urge, a questo punto, svolgere un'indagine approfondita sul “principio del migliore interesse del minore” mettendone in luce gli aspetti controversi e sancendo quelli oramai consolidati, sia in ambito sovranazionale che in ambito nazionale. Il presente elaborato, oltre ad esaminare il principio dal punto di vista concettuale, si propone di studiare come e in che termini lo stesso viene invocato dagli operatori del diritto e quali sono gli effetti che può comportare una volta permeato negli ordinamenti sovranazionali e nazionali con riferimento a determinate casistiche.

Il lavoro di tesi è diviso in tre parti: una prima parte, prettamente teorica, che mirerà ad inquadrare il concetto del migliore interesse del minore in sé e per sé, prima, e come tale concetto si profila in ambito sovranazionale, poi; una seconda parte che sarà volta ad esaminare l'interpretazione degli strumenti internazionali pertinenti e l'evoluzione giurisprudenziale, principalmente con riguardo alle Corti di Strasburgo e Lussemburgo; e, infine, una terza parte nella quale si porrà l'attenzione sugli effetti prodotti dal principio nell'ordinamento italiano, in particolare con riferimento a determinate questioni scelte.

Il primo capitolo si aprirà con l'analisi concettuale del principio e con una panoramica sull'evoluzione dello stesso. Successivamente saranno approfondite le

¹ E. LAMARQUE, *Il principio dei best interests of the child nella prospettiva del diritto costituzionale*, in «Minori giustizia: rivista interdisciplinare di studi giuridici, psicologici, pedagogici e sociali sulla relazione fra minorenni e giustizia», 2017, (2), p. 23.

fonti del diritto internazionale nelle quali il principio è richiamato in modo diretto o, per lo meno, si è gradualmente affermato per via giurisprudenziale. In particolare, si è guarderà al principio del migliore interesse del minore alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989, della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996 e, in ambito comunitario, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e al Regolamento n. 2201/2003/CE in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale. Si procederà, poi, con una disamina dei principi elaborati dalla Commissione europea sul diritto di famiglia in materia di responsabilità genitoriale che, sebbene non rappresentino regole vincolanti, costituiscono un utile quadro di riferimento per ogni legislatore. Infine, si volgerà lo sguardo verso la “Prima Strategia dell'Unione Europea sui diritti delle persone di minore età per il periodo 2021-2024” effettuando alcune considerazioni sulle prossime attività che verranno realizzate o che sono in corso di realizzazione.

Il secondo capitolo si aprirà con una disamina dettagliata ed esaustiva sul fondamentale Commento generale n. 14/2013 del Comitato CRC. Seguirà un approfondimento circa l'operato della Corte di Giustizia dell'Ue in materia di minori, il quale, si anticipa già da adesso, sembra caratterizzarsi per la particolare cautela con cui si fa riferimento al principio del migliore interesse del minore. La trattazione proseguirà con degli studi su alcune materie scelte che riguardano da vicino il principio la cui trattazione è dedicata (“sottrazione internazionale e rimpatrio del minore”, “maternità surrogata” e “casistiche di minori non accompagnati”), il tutto argomentato anche mediante l'analisi dei casi pertinenti risolti dalla Corte di Strasburgo e, purché l'analisi dei casi non richieda altrimenti, restando in un ambito sovranazionale.

Il terzo capitolo, infine, metterà in risalto i meccanismi e le modalità mediante le quali il principio produce importanti effetti nell'ordinamento italiano e di come lo stesso ne risulterà permeato. Si guarderà, successivamente, alle misure sull'attuazione del migliore interesse del minore richieste dal Comitato CRC all'Italia, affinché vi possa essere una completa applicazione della Convenzione di New York a livello nazionale. In conclusione, così come nel capitolo secondo, le

materie pertinenti scelte verranno analizzate anche alla luce di casi giurisprudenziali, restando, però, stavolta in ambito nazionale.

Capitolo I

NOZIONE E QUADRO NORMATIVO

SOMMARIO: 1. Definizione ed evoluzione storica del concetto di “migliore interesse del minore” nel diritto internazionale – 2. Il principio del *best interests of the child* nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza – 3. L’intervento della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e la tutela dei diritti dei minori – 4. La Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei minori – 5. Il recepimento del migliore interesse del minore nell’Unione Europea – 5.1. L’articolo 24 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea – 5.2. Regolamento n. 2201/2003/CE relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale – 5.3. I principi elaborati dalla Commissione europea sul diritto di famiglia in materia di responsabilità genitoriale – 5.4. La Prima Strategia dell’Unione Europea sui diritti delle persone di minore età per il periodo 2021-2024 e le relative conclusioni del Consiglio dell’Unione europea;

1. Definizione ed evoluzione storica del concetto di “migliore interesse del minore” nel diritto internazionale;

Propedeutica alla delineazione del significato e dell’evoluzione del principio del “migliore interesse del minore” è, anzitutto, la definizione del concetto di “minore”.

All’art. 1 della Convenzione sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza (Convenzione di New York) è stabilito che «Ai sensi della presente Convenzione si intende per fanciullo ogni essere umano avente un’età inferiore a diciott’anni [...]], a meno che abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile»². Allo stesso modo, nel Commento generale n. 14/2013, il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia, al Punto 21, ritiene «[...] ”minorenni” [...] tutte le persone di età inferiore ai 18 anni sotto la giurisdizione di uno Stato parte, senza discriminazioni di alcun tipo, in linea con gli articoli 1 e 2 della Convenzione»³. Tale definizione di minore si sposa perfettamente con quella desumibile dall’articolo 2, comma 1, del Codice civile italiano, che fissa la maggiore età al compimento del

² Art. 1, Convenzione sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza.

³ Punto 21, Commento generale n.14/2013.

diciottesimo anno.⁴ Lo stesso articolo del codice civile è stato richiamato anche nel V e VI rapporto periodico dell'Italia al Comitato Onu, allorquando è stata richiesta, da quest'ultimo, la precisazione di una «*definition of the child*».

Avendo stabilito il significato che assumerà l'espressione di "minore" nel corso di questo lavoro, si procede con l'analisi del tema centrale della trattazione, ovvero il "migliore interesse del minore".

Il *best interests of the child* (formula originale utilizzata anche dalla Cassazione) si ritiene essere un'espressione che andrebbe tradotta non come spesso impropriamente avviene in "superiore interesse del minore", bensì come "migliore interesse del (e per il) minore", sicché non basta rilevare che l'interesse del minore, di regola, è superiore, ma occorre anche realizzarlo nel modo «migliore» possibile. Questa locuzione immediatamente riconduce a relatività il dettato legislativo, nel senso che il giudice deve realizzare, nel caso di specie, quello che è il migliore interesse per il minore tra le varie soluzioni concretamente possibili, tenuto conto di tutte le circostanze di fatto esistenti. Questa prospettiva sembra confermata dal testo dell'art. 3 della Convenzione di New York, per la cui trattazione approfondita si rimanda al secondo paragrafo di questo capitolo. In prima approssimazione, si sottolinea come da tale articolo risulta che i *best interests of the child* devono assurgere a «*primary consideration*», ossia un elemento fondamentale e non l'elemento fondamentale, lasciando quindi intendere che, come tutti i principi, anche quello che impone di ricercare il migliore interesse del fanciullo sia soggetto a bilanciamento (per esempio, con l'ordine pubblico).⁵

Ulteriore, doverosa, considerazione deve essere fatta in relazione al termine *interests* che è stato reso al plurale proprio per mettere in evidenza che i "migliori interessi" sono da intendere tra i vari possibili interessi/esigenze/bisogni che ogni minore nutre e che ad esso vanno garantiti in quanto ne ha diritto. È il "pacchetto" di questi interessi/esigenze/bisogni primari del minore ciò che gli assicurerà il

⁴ Art. 2, comma 1, c.c. "La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno. Con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa".

⁵ G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2019, p. 100; allo stesso modo G. PERLINGIERI, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 114 ss; A. SASSI e S. STEFANELLI, *Ordine pubblico differenziato*, cit., p. 26.

benessere, cioè il *welfare* e il *well-being*, termini che sono spesso utilizzati come sinonimi del principio dei *best interests*.⁶

A conclusione di questa prima, essenziale, analisi terminologica (che verrà, nel prosieguo, a più riprese integrata e delineata), si riportano le parole di Elisabetta Lamarque, la quale sostiene che «chi insiste sulla “superiorità”, o sulla “prevalenza”, dell’interesse del minore lo fa o con superficialità, senza pensare che è inconcepibile e inaccettabile un principio prevaricatore e tiranno, oppure in malafede, per nascondere, sotto il velo di un nobile e unico obiettivo, valutazioni o operazioni di bilanciamento delle quali preferisce non rendere conto».⁷

Il principio del migliore interesse del minore costituisce attualmente «oggetto di grande attenzione da parte della dottrina e impegna su molteplici fronti la giurisprudenza e lo stesso legislatore, in un confronto non sempre facile con le rilevanti fonti di diritto sovranazionale».⁸

Il principio in questione si è affermato nel corso dell'Ottocento nel contesto dei vari ordinamenti nazionali nell’ambito del diritto privato di famiglia quale criterio guida per le decisioni giudiziali concernenti i minori, in particolare con riguardo al contenzioso in ordine all'affidamento dei figli in seguito alla separazione dei genitori e nella disciplina dell'adozione.

Nel corso del Novecento, il principio emerge e si consolida anche sul piano del diritto internazionale, dapprima con la Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1924 e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (Cedu) del 1950, la quale, tuttavia, non dedica un articolo specifico al minorenne, sino ad affermarsi come uno dei principi fondamentali sottesi alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989. In particolare, e come si vedrà di seguito, l'art. 3, comma 1, della Convenzione incorpora il principio

⁶ E. LAMARQUE, *Il principio dei best interests of the child nella prospettiva del diritto costituzionale*, in «Minori giustizia: rivista interdisciplinare di studi giuridici, psicologici, pedagogici e sociali sulla relazione fra minorenni e giustizia», 2017, (2), p. 28.

⁷ Ivi, p. 29.

⁸ S. SONELLI, *L'interesse superiore del minore. Ulteriori «tessere» per la ricostruzione di una nozione poliedrica*, in «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», fasc. 4, 1 dicembre 2018, p. 1373.

del migliore interesse del minore prevedendo che i suoi *best interests* costituiscano una considerazione preminente in tutte le decisioni che lo riguardano.⁹

Dal contesto internazionale, il principio si irradia nei diversi strumenti convenzionali a livello regionale e, in diversa misura, nella prassi giurisprudenziale e nella politica legislativa a livello dei singoli Stati. L'operatore interno si trova, dunque, ad interagire con un principio la cui costruzione risulta poliedrica, dovendosi tener conto delle diverse fonti, anche sovranazionali, che concorrono nel definirne la portata. Inoltre, l'operatore si trova a confrontarsi con una nozione sulla cui interpretazione la dottrina ha sollevato alcuni interrogativi rilevanti in sede applicativa. In particolare, la dottrina si è chiesta secondo quale punto di vista gli interessi del minore debbano essere valutati (secondo il punto di vista del minore, dei genitori, o di terzi) e secondo quale orizzonte temporale (immediato, medio o di lungo termine), dal momento che la preferenza di un determinato orizzonte temporale piuttosto che di un altro, nel valutare l'interesse del minore, può portare ad esiti tra loro profondamente diversi o, addirittura, divergenti. Importante è, inoltre, la questione di come deve atteggiarsi il rapporto tra «interesse del minore in astratto», che richiama alle scelte di politica del diritto operate dal legislatore in via generale, e «interesse del minore in concreto», che riguarda la valutazione operata dall'interprete caso per caso al fine di realizzare il miglior interesse del minore destinatario di una decisione nel caso specifico; profili, questi, che possono talora entrare in conflitto.¹⁰

Va notato, altresì, che il concetto di interesse del minore appare avere una non trascurabile criticità con particolare riguardo alle sue funzioni. Per un verso, infatti, è indicato come finalità prioritaria sul piano della politica del diritto e in questa veste detta l'orientamento cui devono attenersi sia il legislatore, nel redigere le norme di legge, sia l'interprete, che dovrebbe sempre darne una lettura orientata a privilegiarlo. Per altro verso, permette al giudice di disapplicare singole regole di diritto, venendo così a fungere da valvola di sfogo rispetto a eventuali rigidità del sistema legislativo, consentendo di dare a un singolo e determinato caso concreto una decisione «giusta», cioè tale da realizzare il maggior benessere per quel determinato

⁹ Ivi, pp. 1375 - 1376.

¹⁰ Ivi, pp. 1376 - 1378.

minore.¹¹ Il migliore interesse del minore, se impiegato in detta sua seconda funzione, può assumere un connotato fortemente eversivo nel caso, tutt'altro che raro, in cui l'interpretazione data entri in conflitto con il principio di legalità. L'interesse del minore, inoltre, è chiamato a governare decisioni che presentano una caratteristica molto importante e peculiare che le differenzia dalla quasi totalità delle decisioni che competono al giudice civile. Questi, infatti, di solito, è chiamato a decidere una lite attraverso l'accertamento e la valutazione di eventi conclusi. Le decisioni in cui rileva l'interesse del minore hanno, invece, carattere prognostico, essendo il giudice tenuto a scegliere la miglior soluzione per il futuro di un determinato minore. Com'è ovvio, il grado di incertezza e di opinabilità dei giudizi di questo genere è molto elevato, essendo fondati sul tentativo di prevedere l'evoluzione che in futuro avranno la vita del minore e quella dei suoi familiari.¹²

Sempre sui profili critici della nozione, pur riconoscendosi i meriti di una formulazione necessariamente flessibile per potersi adattare a contesti di applicazione diversi, si sono rimarcati i rischi legati alla sua indeterminatezza, in particolare, il rischio che una tale formulazione possa prestarsi a manipolazioni ideologiche. Infine, la dottrina si è chiesta quale sia veramente l'utilità di un principio che evoca il migliore interesse del minore in un'epoca in cui è riconosciuto che anche i minori sono titolari di diritti. Anche per questo variati autori sostengono che si tratti d'un concetto vago¹³ o ambiguo^{14 15}.

A questo punto si può affermare che il concetto del migliore interesse del minore, lungi dall'essere definito, si appalesa come una sorta di contenitore vuoto

¹¹ L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2016, p. 149.

¹² L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in «Rivista di diritto civile», 2016, pp. 87 – 88.

¹³ C.E. SCHNEIDER, *Discretion, Rules, and Law: Child Custody and the UMDA's Best-Interest Standard*, in 89 Mich. L. Rev. 2215 (1990-1991). Concerning the ambiguity of the word “best”, cf. J. CROWE - L. TOOHEY, *From Good Intentions To Ethical Outcomes: The Paramountcy Of Children's Interests In The Family Law Act*, in Melbourne University Law Review, 15, 2009.

¹⁴ K. BOELE-WOELKI - B. BRAAD - I. CURRY-SUMMERS, *European Law in Action*, Vol. III. Parental Responsibilities, 2005, Anwerp-Oxford, p. 479; J. WOLF, *The Concept of the Best*

Interest in the UN Convention on the Rights of the Child, in M. FREEMAN, P. VEERMAN, *The Ideologies of Children Rights*, Dordrecht.

¹⁵ S. SONELLI, op. cit. p.1378.

che va riempito di volta in volta nel lavoro che tutti i giorni i Tribunali per i minorenni e non solo sono chiamati a svolgere. Il principio, che rappresenta il faro e la linea guida della decisione del giudice, può, a volte, comportare una compressione di diritti ma anche una interpretazione evolutiva che affonda le radici nella mutata prospettiva con la quale si guarda al minore: da oggetto del diritto a soggetto di diritto.¹⁶ Tuttavia, alcuni autori¹⁷ riconoscono però che «la natura indeterminata e sfuggente dello standard dei *best interests* se è un male, è tuttavia un male necessario, perché la forza e la stessa ragion d'essere del nostro principio consiste proprio nella sua capacità ad adattarsi alla situazione concreta [...]»^{18 19}.

Nel 2013, anche per rispondere ai numerosi interrogativi evocati da tale principio, il Comitato Onu dei diritti del fanciullo ha formulato un *corpus* di considerazioni pubblicando un Commento generale (per la cui trattazione si rimanda al paragrafo 1 del capitolo II) appositamente dedicato all'art. 3, comma 1, della Convenzione.²⁰

2. Il principio del *best interest of the child* alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza;

Come anzidetto, il secolo scorso ha conosciuto una graduale espansione del riconoscimento dei diritti dei minori a livello internazionale, processo che è culminato con la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (CRC), adottata in seno all'Assemblea generale, a New York, nel 1989.²¹ Si tratta della Convenzione che ha raccolto più consensi tra i trattati in materia di diritti umani, contando attualmente 196 Stati parte, vale a dire pressoché tutti gli Stati al mondo ad eccezione degli Stati Uniti d'America, che pure l'hanno firmata nel 2010 ma non ancora ratificata. L'Italia ha dato esecuzione alla

¹⁶ C. GARLATTI, *Autorità giudiziaria e superiore interesse del minore*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, 2021, p. 49.

¹⁷ E. LAMARQUE, op. cit. p. 23.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ S. SONELLI, op. cit. p. 1378.

²¹ *Ibidem*.

Convenzione con la l. 27 maggio 1991, n. 176 entrata in vigore nel nostro ordinamento il 5 ottobre 1991.²²

Il percorso di riconoscimento dei diritti dei minori è stato avviato quasi un secolo fa, nel 1924, con la Dichiarazione di Ginevra sui diritti del bambino che, per la prima volta, sia pure con strumento non vincolante, ha enunciato cinque obblighi²³ che gli adulti hanno nei confronti dei bambini.²⁴ Dal 1989, la Convenzione ha avviato una vera e propria rivoluzione culturale, elevando la persona di minore età da oggetto di protezione e bisognoso di tutele da parte degli adulti a soggetto attivo, dotato di autonomia e titolare di diritti (*rights-holder*), non più “minore” rispetto a un “maggiore”, ma persona che di minore ha solo l’età, determinando una vera e propria rottura con il passato²⁵, gettando solide basi per costruire una nuova identità del minorenne. A partire dalla Convenzione di New York, infatti, la persona di minore età si è andata delineando, con sempre maggiore forza, quale soggetto attivo, partecipe, che va ascoltato, informato e rispettato.

Con la Convenzione, è mutato anche il rapporto tra minorenni e adulti che ha connotato la storia nel corso dei secoli. Ne è prova il diritto di famiglia, nel quale, per esempio, la “responsabilità genitoriale” subentra alla originaria “potestà”, apportando un cambiamento terminologico che ha un valore culturale profondo in termini di

²² F. ALBANO, *I best interests of the child tra passato, presente e futuro*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, 2021, p. xxiii.

²³ «[...] gli uomini e le donne di tutte le Nazioni, riconoscendo che l'umanità deve al bambino quanto di meglio possiede, dichiarano e accettano come loro dovere che, oltre e prima di ogni considerazione di razza, nazionalità o credo:

I. Al bambino si devono dare i mezzi necessari per il suo normale sviluppo, sia materiale che spirituale;

II. Il bambino che ha fame deve essere nutrito; il bambino malato deve essere curato; il bambino arretrato deve essere stimolato; il bambino delinquente deve essere recuperato; l'orfano e il trovatello devono essere ospitati e soccorsi;

III. Il bambino deve essere il primo a ricevere soccorso in tempo di difficoltà;

IV. Il bambino deve essere messo in condizione di guadagnarsi da vivere e deve essere protetto contro ogni forma di sfruttamento;

V. Il bambino deve essere allevato nella consapevolezza che le sue migliori qualità devono essere messe al servizio dei suoi fratelli».

²⁴ F. ALBANO, op. cit. p. xxiii.

²⁵ La Dichiarazione dei diritti del fanciullo adottata nel 1924 in seno alla Società delle Nazioni prevede alcuni fondamentali doveri di protezione e cura nei confronti dei fanciulli e la dichiarazione dei diritti del fanciullo adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con la risoluzione n. 1386 (XIV) il 20 novembre del 1959, in cui compare il principio dei « *best interests of the child* » (ivi individuato come « *paramount consideration* »), principio del tutto congeniale ad una logica di protezione del minore in quanto soggetto vulnerabile.

abbandono di qualsiasi logica di “appartenenza” delle persone minorenni. Più in generale, nella relazione adulto-bambino si passa dal concetto di “autorità” a quello di “autorevolezza”.²⁶ Inoltre, la Convenzione non manca di riconoscere, attraverso l'elevazione dei *best interests* a principio generale e trasversale, le istanze di protezione e la particolare attenzione che l'età evolutiva attrae.²⁷

Venendo alla struttura della Convenzione di New York, si sottolinea come questa sia composta da un preambolo e da 54 articoli suddivisi in tre parti. Nella prima parte sono enunciati i diritti che gli Stati contraenti si impegnano a garantire a tutti i fanciulli soggetti alla loro giurisdizione. Nella seconda parte è prevista l'istituzione, il funzionamento e le competenze di un Comitato dei diritti del fanciullo (*Committee on the Rights of the Child*), che ha il compito di monitorare l'osservanza della Convenzione da parte degli Stati contraenti attraverso l'esame di rapporti che gli Stati parte sono tenuti a sottoporre ad esso periodicamente sui provvedimenti adottati in esecuzione degli obblighi previsti dalla Convenzione e sui progressi realizzati sull'effettivo godimento dei diritti connessi. Il Comitato esamina tali rapporti e formula suggerimenti e raccomandazioni sotto forma di *concluding observations*. Inoltre, contribuisce all'interpretazione e all'applicazione evolutiva della Convenzione soprattutto tramite lo strumento dei *General Comments*, i quali non hanno valore vincolante ma svolgono una funzione di guida e di orientamento per i loro destinatari. La terza parte della Convenzione, infine, contiene le clausole finali in materia di ratifica, adesione ed entrata in vigore della Convenzione stessa.²⁸

Il ruolo del Comitato si è di recente arricchito di un nuovo profilo para giurisdizionale, grazie ad un protocollo opzionale (*Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure*) adottato dall'Assemblea generale il 19 dicembre 2011 ed entrato in vigore il 14 aprile 2014. Il protocollo prevede una procedura di comunicazioni individuali (oltre che interstatali) al Comitato dei diritti del fanciullo in virtù della quale i minori, a titolo individuale o a titolo collettivo, direttamente o mediante un rappresentante che agisce per loro conto, possono sottoporre al Comitato reclami in ordine a violazioni della convenzione o dei suoi protocolli opzionali (“sulla vendita di bambini, la

²⁶ F. ALBANO, op. cit. p. xxiv.

²⁷ S. SONELLI, op. cit. p. 1379.

²⁸ *Ibidem*.

prostituzione dei bambini e la pornografia rappresentante bambini” e “sul coinvolgimento dei minori nei conflitti armati”, adottati dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 25 maggio 2000 ed entrati in vigore rispettivamente il 18 gennaio 2002 e il 12 febbraio 2002, entrambi ratificati e resi esecutivi con l. 11 marzo 2002, n. 46.). Tale procedura consentirà la formazione di una giurisprudenza del Comitato da cui attingere ulteriori indicazioni interpretative e applicative.²⁹

L'art. 3, comma 1, della Convenzione, al quale si è ispirato l'art. 24, comma 2, della Carta di Nizza (*infra*), incorpora il principio del migliore interesse del minore prevedendo che: «In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente».³⁰ L'articolo in questione stabilisce un obbligo intrinseco per gli Stati, il quale è direttamente applicabile (*self-executing*) e può essere invocato dinanzi a un tribunale.³¹

Il riferimento ai *best interests of the child*, formulato in termini generali nell'art. 3, ricorre anche in altre disposizioni della Convenzione; precisamente: nell'art. 9, commi 1 e 3 (separazione dai genitori e diritto del minore a intrattenere regolarmente rapporti o contatti con entrambi), nell'art. 10 (ricongiungimento familiare), nell'art. 18 (responsabilità parentale), nell'art. 20 (privazione dell'ambiente familiare e protezione sostitutiva), nell'art. 21 (adozione, e in tale contesto la Convenzione richiede che i *best interests of the child* costituiscano «*paramount consideration*»), nell'art. 37, lett. c) (laddove si richiede che i minori privati della libertà siano tenuti separati dagli adulti in stato di detenzione, salvo che ciò non sia in contrasto con i *best interests of the child*), nonché nell'art. 40, comma 2, lett. b), iii in materia di garanzie processuali del minore.³²

²⁹ Ivi, pp. 1379-1380.

³⁰ Art. 3, par. 1, *Convention on the Rights of the Child*: “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”.

³¹ S. SONELLI, op. cit. p. 1382.

³² Ivi, pp. 1380-1381.

Riprendendo l'analisi terminologica (*supra* p. 3), si sottolinea che la dottrina³³ ha messo in luce, tra i diversi interrogativi posti dalla nozione in esame, il diverso tenore semantico dell'art. 3, comma 1, nelle differenti versioni linguistiche ufficiali, con particolare riferimento alle versioni in lingua inglese e francese. Dal testo francese³⁴ (*supérieur*) deriva la versione (non ufficiale) in lingua italiana che presenta l'espressione «interesse superiore del fanciullo». È stato osservato come non vi sia corrispondenza semantica tra i testi inglese e francese; il testo inglese utilizza l'espressione «*interests*» al plurale lasciando intendere che il fanciullo abbia una pluralità di interessi che devono essere oggetto di valutazione complessiva; interessi che vanno quindi valutati e confrontati anche tra di loro, oltre che rispetto a diritti e interessi di terzi. Inoltre, l'espressione «*a primary consideration*» (formulazione prevalsa in seno ai lavori preparatori rispetto all'espressione «*the paramount consideration*», proposta originariamente dalla Polonia) rende chiaro che il migliore interesse del minore, per quanto considerazione preminente, costituisce una tra più considerazioni che il *decision-maker* è chiamato a valutare e a bilanciare. Il testo francese sembra invece invitare l'interprete a far prevalere l'interesse del minore su eventuali considerazioni concorrenti. Tuttavia, alla luce di uno studio più attento, sembra che le due versioni linguistiche possano intendersi come riferite rispettivamente alla “dimensione dinamica” del principio e alla sua “dimensione statica”, ossia con riferimento al «processo» di comparazione tra interessi che esso implica (versione inglese) e con riferimento all'«esito» finale di tale processo e cioè con riferimento all'interesse che è effettivamente emerso come preminente a seguito della stessa comparazione (versione francese).³⁵

Per meglio chiarire ed apprezzare il significato e la portata della nozione del migliore interesse è senz'altro utile fare riferimento al contributo interpretativo

³³ P.ALSTON; B.GILMOUR-WALSH (a cura di), *The Best Interests of the Child: Towards a synthesis of children's rights and cultural values*, Innocenti Studies, International Child Development Centre, Florence 1996; C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interest of the child*, in Riv. dir. internaz., 2010, p. 986 ss.; M. FREEMAN, *Article 3: The Best Intrests of the Child*, Leiden-Boston, 2007.

³⁴ Art. 3, comma 1 Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: «*Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale*». (versione ufficiale in francese).

³⁵ S. SONELLI, op. cit. p. 1381.

proveniente dal Comitato dei diritti del fanciullo per mezzo dei suoi *General Comments*, e soprattutto per mezzo del *General Comment* n. 14 del 2013, intitolato “*The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*” e che ha per oggetto specificamente l'art. 3, comma 1, della Convenzione (per la cui trattazione completa, come già detto, si rimanda al paragrafo 1 del capitolo II).³⁶ In prima battuta, si anticipa che il Comitato ha specificato che il concetto di migliore interesse del minore è volto a garantire sia il pieno ed effettivo godimento di tutti i diritti riconosciuti nella Convenzione sia lo sviluppo olistico del minore e che il principio in questione, data la delicatezza della materia, permea tutte le situazioni in cui la persona di minore età eserciti i diritti conferiti dalla Convenzione (dalla determinazione del rapporto di filiazione, a quello della continuità degli affetti e del fenomeno delle migrazioni minorili).³⁷

Nel solco della “rivoluzione culturale”, inaugurata più di trent’anni fa, la rotta indicata dalla Convenzione di New York è quella di promuovere e verificare l’attuazione di tutti i diritti in essa sanciti, facendo perno sul migliore interesse del minore, da utilizzare come “lenti” attraverso le quali attenzionare tutte le misure adottate a tutela delle persone di minore età (a monte) nonché attraverso cui interpretarle e applicarle (a valle). Nel flusso di una società liquida ed in movimento, i diritti conferiscono stabilità, devono essere compatti, non polverizzati, effettivi e di tutti. Riconoscere che i minorenni sono titolari di diritti non significa però delegarli ad avventurarsi da soli nei meandri della vita, rinunciando a far loro da guida solida. Il migliore interesse del minore, infatti, impone agli adulti e agli Stati, destinatari degli obblighi sanciti nella Convenzione di New York, di rispondere alle esigenze dei fanciulli avendo riguardo alla loro condizione di minore età, senza che ciò ne pregiudichi la titolarità di diritti. La parola chiave attraverso la quale è possibile inquadrare il rapporto intercorrente tra minori e destinatari degli obblighi derivanti dalla Convenzione è “responsabilità”, (dal latino “*respondere*”) in quanto esercitare una responsabilità vuol dire rispondere a qualcuno ma anche saper rispondere di qualcuno e, nell’ambito della Convenzione di New York, saper rispondere di quell’aspettativa ad un’infanzia e adolescenza felice e spensierata che la condizione

³⁶ Ivi, p. 1382.

³⁷ F. ALBANO, op. cit. p. xxv.

di fanciullo naturalmente dovrebbe comportare, ascoltandoli, costituendo punti di riferimento solidi e consentendo loro di vivere la propria età con leggerezza³⁸

3. L'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo nella tutela dei diritti dei minori;

Nel contesto europeo, particolare rilevanza nell'applicazione evolutiva del principio assume la “Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali” (Cedu) in quanto essa pone degli obblighi agli Stati parte, le cui violazioni può essere oggetto di condanna da parte della Corte di Strasburgo. La Cedu, com'è noto, è una convenzione internazionale firmata a Roma il 4 novembre 1950 dai 13 paesi al tempo membri del Consiglio d'Europa³⁹ ed è entrata in vigore il 3 settembre 1953. Sebbene tale Convenzione non preveda espressamente clausole integranti il migliore interesse del minore e non contenga né principi generali né disposizioni specificamente dedicate alla salvaguardia dei diritti dei minori, incorporati invece nell'art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, oltre che in diversi provvedimenti di diritto derivato, il principio si è gradualmente affermato nella giurisprudenza di Strasburgo unitamente ad una valorizzazione dei diritti dei minori. In tale processo, la Corte europea ha consistentemente fatto riferimento alla Convenzione di New York del 1989 quale strumento interpretativo e, talora, anche agli atti del Comitato dei diritti del fanciullo quale organo di controllo istituito dalla stessa Convenzione di New York.⁴⁰

Come la Corte europea non si stanca di ribadire, il meccanismo di controllo operato dalla stessa non costituisce una «quarta istanza di giudizio», bensì un sistema sussidiario di tutela dei diritti basato sui principi di sussidiarietà e del margine di apprezzamento. Pertanto, si sottolinea come il sindacato della Corte europea sia diretto ad accertare che le autorità nazionali siano incorse in violazione dei diritti, e non a riformulare *ex novo* un giudizio di merito. La natura di questo controllo, in parte, influenza il tenore delle sentenze che talora possono essere percepite

³⁸ Ivi, p. xxvi.

³⁹ Belgio, Danimarca, Francia, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito, Svezia, Turchia.

⁴⁰ S. SONELLI, op. cit. p.1376.

dall'interlocutore nazionale come eccessivamente lontane dai fatti e dalle peculiarità del caso concreto.⁴¹

Nello schema di controllo sviluppato nel corso del tempo dagli organi della Convenzione, spiccano, per la loro rilevanza, sia la costruzione che gli organi di Strasburgo hanno elaborato della Convenzione e dei suoi protocolli come «*living instrument*» (strumento vivente) da interpretarsi «*in the light of present days conditions*» (al fine di promuovere un'interpretazione evolutiva delle sue disposizioni), sia la dottrina degli «obblighi positivi» in base alla quale gli Stati parte non hanno solo l'obbligo di astenersi dal violare i diritti previsti dalla Convenzione (obblighi negativi), bensì hanno anche l'obbligo di attivarsi per assicurarne il rispetto e prevenirne la violazione (obblighi positivi), a prescindere che questa possa verificarsi nel contesto dei rapporti fra privati e pubbliche autorità o nel contesto dei rapporti fra privati.⁴²

Per quanto concerne, in generale, lo «schema» essenziale del controllo esercitato dalla Corte, con riferimento alle libertà e ai diritti non assoluti (in particolare gli artt. 8-11 della Convenzione) e, come tali, quindi suscettibili di limitazioni da parte degli Stati, un'interferenza nella sfera di tali diritti può configurarsi come legittima ai sensi della Convenzione solo se soddisfa determinate condizioni; deve essere prevista dalla legge⁴³ e deve essere giustificata da un obiettivo legittimo. Inoltre, occorre che l'interferenza sia necessaria in una società democratica. La Corte ha individuato nella sua giurisprudenza i criteri per valutare quando un'interferenza soddisfi tale ultimo requisito⁴⁴, ovvero quando la stessa risponda ad un «bisogno sociale imperioso». Occorre poi che, nel meccanismo di bilanciamento degli interessi, che vengono in rilievo di volta in volta, sia rispettato il

⁴¹ Ivi, pp. 1389-1390.

⁴² Ivi, p.1390.

⁴³ Nella giurisprudenza di Strasburgo il termine «legge» viene inteso come nozione «autonoma»; la Corte ha ritenuto come appropriata base giuridica anche norme di grado subordinato, norme di fonte giurisprudenziale, o anche norme di ordini professionali. Inoltre, al fine di soddisfare oltre al principio di legalità anche il principio di certezza del diritto, la giurisprudenza richiede che il dato normativo sia accessibile e certo, ossia formulato con sufficiente precisione tale da consentire agli interessati un grado ragionevole di prevedibilità delle conseguenze della loro condotta: v. *Sunday Times c. Regno Unito*, sentenza 26 aprile 1979; *Silver e altri c. Regno Unito*, sentenza 25 marzo 1983; *Malone c. Regno Unito*, sentenza 2 agosto 1984; *Barthold c. Germania*, sentenza 25 marzo 1985.

⁴⁴ V. in particolare: *Handyside c. Regno Unito*, sentenza 7 dicembre 1976; *Sunday Times c. Regno Unito*.

principio di proporzionalità tra le misure adottate e gli obiettivi perseguiti e che le ragioni dell'interferenza siano rilevanti e sufficienti.⁴⁵ Più precisamente, si può affermare che il principio di proporzionalità impone di bilanciare, in modo ragionevole, la protezione dell'interesse generale, alla cui salvaguardia dovrebbe essere ispirata l'azione delle autorità pubbliche degli Stati, e la protezione dei diritti fondamentali della singola persona interessata.⁴⁶

Nel determinare la legittimità di un'interferenza, la Corte riconosce agli Stati, in virtù del contatto diretto delle autorità statali con la realtà dei singoli ordinamenti, un margine di apprezzamento la cui estensione varia a seconda del diritto e dell'ambito interessato. Un margine di apprezzamento maggiore è stato riconosciuto agli Stati con riferimento a questioni che riguardano la sicurezza nazionale, la morale pubblica, le politiche socio-economiche e nelle ipotesi in cui non sia riscontrabile un consenso a livello europeo. È chiaro, comunque, che un controllo della Corte sul rispetto dei suddetti requisiti si incentra soprattutto sulle motivazioni che fondano o giustificano le decisioni adottate a livello nazionale.⁴⁷

Richiamati, in estrema sintesi, i tratti essenziali del sindacato della Corte, si può osservare che la giurisprudenza di Strasburgo, concernente la salvaguardia dei minori, costituisce un *corpus* complesso e diversificato, nel quale il principio del migliore interesse del minore è emerso in molteplici forme. Il principio ha operato ed opera quale «limite» all'esercizio di un diritto sancito dalla Convenzione e, allo stesso tempo, opera soprattutto come un criterio che aiuta a modulare il contenuto e la portata di tali diritti in quanto riferiti a soggetti minori di età e quindi portatori di particolari esigenze di protezione. In questo *corpus* di giurisprudenza, come detto, la Convenzione di New York e il principio dei *best interests* incorporato nel suo art. 3, comma 1, trovano naturalmente spazio tra gli strumenti di cui la Corte di Strasburgo si avvale nell'assicurare l'interpretazione e l'applicazione della Cedu, compito questo ad essa attribuito dall'art. 32 della Convenzione stessa⁴⁸. Da tempo, infatti, la Corte,

⁴⁵ S. SONELLI, op. cit. pp. 1390-1391.

⁴⁶ L. LENTI, op. cit. p. 150.

⁴⁷ S. SONELLI, op. cit. pp. 1391-1392.

⁴⁸ Art. 32, comma 1, Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: «La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli che siano sottoposte a essa alle condizioni previste dagli articoli 33, 34, 46 e 47».

richiamando la Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, e nella specie l'art. 31, comma 3, lett. c)⁴⁹, ha chiarito che la Cedu deve essere interpretata alla luce di altri testi e strumenti internazionali, tra cui appunto la Convenzione di New York e, inoltre, in alcune sentenze recenti⁵⁰ si trova un riferimento esplicito anche al commento generale n. 14 e ad alcune indicazioni che da esso promanano.⁵¹

Nella giurisprudenza di Strasburgo, il principio del migliore interesse del minore come «limite» all'esercizio di un diritto altrui, ha trovato applicazione in particolare con riferimento all'art. 8, comma 2, Cedu.⁵² Com'è noto, l'art. 8 prevede il «Diritto al rispetto della vita privata e familiare» che si configura, anzitutto, come diritto a che l'autorità pubblica non interferisca indebitamente nei rapporti personali che intercorrono tra i componenti del gruppo familiare (obbligazioni negative dello Stato) e si configura, inoltre, come diritto a che l'autorità pubblica ponga in essere tutti gli interventi di sostegno necessari affinché le persone siano messe in grado di godere effettivamente della relazione familiare reciproca (obbligazioni positive dello Stato).⁵³ Si tratta, tuttavia, di un diritto non assoluto e, dunque, suscettibile di limitazioni laddove queste si configurino come interferenze legittime e giustificate dalla necessità di tutelare un interesse superiore della collettività o di altri. L'art. 8, comma 2, prevede, infatti, che non possa esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare «a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui». È proprio nell'ambito di quest'ultima clausola «protezione dei diritti e delle libertà altrui», che la giurisprudenza di Strasburgo ha ricondotto l'interesse dei minori come possibile «limite» alle prerogative genitoriali e, quindi, la sua salvaguardia come base giustificativa di provvedimenti restrittivi da parte delle pubbliche autorità

⁴⁹ Art. 31, comma 3, lettera c) Convenzione sul diritto dei trattati Vienna 1969: nell'interpretazione «Si terrà conto, oltre che del contesto: [...] di qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti fra le parti».

⁵⁰ *Nazarenko c. Russia*, sentenza 16 luglio 2015; *Vujica c. Croazia*, sentenza 8 gennaio 2016; *N.TS. e altri c. Georgia*, sentenza 2 maggio 2016.

⁵¹ S. SONELLI, op. cit. p. 1392.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ L. LENTI, op. cit. p. 149.

(quali l'allontanamento del minore dal nucleo familiare, la sospensione della potestà-responsabilità genitoriale, l'affidamento eterofamiliare, la dichiarazione dello stato di adottabilità).⁵⁴

Si sottolinea che, a prescindere dalla terminologia non sempre rigorosa che si trova nella giurisprudenza della Corte europea (la quale fa riferimento ai *best interests of the child* talora come «*primary*» talaltra come «*paramount consideration*») il principio del migliore interesse del minore non sottrae i diritti e gli interessi del minore, per quanto senz'altro dotati di alta priorità, ad un bilanciamento con altri interessi e diritti. Tuttavia, se è vero che l'interesse del minore non si pone fuori da qualsiasi operazione di bilanciamento, è altrettanto vero che le decisioni delle autorità pubbliche, che riguardano un minore, devono rendere conto di come la prospettiva di salvaguardia del medesimo sia stata presa in carico dal *decision-maker*, derivandone dunque un obbligo di motivazione delle decisioni adottate. Si segnala, inoltre, come nelle materie che toccano l'interesse dei minori, emerge un'indicazione a favore di soluzioni legislative che diano spazio ad un processo di valutazione in concreto del migliore interesse del minore, evitando automatismi legali che da questa valutazione prescindano. A tal proposito, si pensi alla giurisprudenza della Corte costituzionale, che simili automatismi ha censurato laddove ha dichiarato nelle sentenze nn. 31/2012 e 7/2013 l'illegittimità costituzionale dell'automatismo della decadenza dalla responsabilità genitoriale (previsto dall'art. 569 c.p.) come pena accessoria nelle ipotesi di condanna per i delitti di alterazione e soppressione di stato (artt. 567, comma 2° e 566, comma 2°, c.p.).⁵⁵

La prospettiva dalla quale la giurisprudenza della Corte guarda all'interesse del minore nelle relazioni familiari risulta essere peculiare e merita alcune osservazioni. Anzitutto è diversa da quella consueta nelle convenzioni internazionali in materia minorile a causa del contenuto stesso della Cedu e precisamente del suo art. 8. Oggetto fondamentale di tutela, infatti, non è tanto l'interesse del minore considerato in sé e per sé, in quanto singolo, isolato essere umano di età infantile o adolescenziale, quanto invece il suo diritto di intrattenere con i genitori una relazione

⁵⁴ S. SONELLI, op. cit. pp. 1392-1393.

⁵⁵ Ivi, pp. 1396-1397-1398.

affettiva reciproca avente carattere familiare. È un diritto, pertanto, che è spesso qualificato come “relazionale”, cioè diritto a un rapporto: siccome questo non può che essere reciproco, il diritto relazionale che spetta al figlio, tanto più se minore, spetta ovviamente al tempo stesso anche a ciascuno dei suoi genitori e, seppur con minore intensità, anche agli altri familiari più stretti. È pertanto frequente, nella lettura delle sentenze della Corte, che sia difficile tracciare una linea distintiva chiara e precisa tra l’interesse alla continuità della relazione reciproca che è proprio del minore e il corrispondente interesse che è proprio dei genitori. In estrema sintesi, la Corte adotta una sorta di presunzione, secondo la quale è nel miglior interesse dei figli minori il fatto stesso, in sé e per sé considerato, di mantenere rapporti con i propri genitori, salvo ricorrano circostanze di particolare gravità, l’onere della cui prova incombe sullo Stato, alle cui autorità pubbliche è ascrivibile l’interferenza.⁵⁶

Un aspetto critico, e che suscita perplessità in alcuni autori⁵⁷, riguarda l’effettivo operato della Corte europea dei diritti dell’uomo, al di là delle costanti declamazioni retoriche sulla priorità dell’interesse del minore, di cui cosparge ampiamente i suoi giudicati. Infatti, la lettura dei fatti, analiticamente riportati nella prima parte di ogni sua sentenza, rende manifesto che la Corte, nel guardare al diritto relazionale reciproco dei genitori e dei figli, si pone soprattutto dal punto di vista dei genitori. Questa risulta essere una conseguenza, forse inevitabile, del fatto che i genitori stessi sono i ricorrenti, che la causa è impostata da loro, che al suo centro vi sono la loro visione dei fatti, le loro richieste e le loro argomentazioni, sicché anzitutto a loro la Corte deve rispondere. Ciò fa comunque sì che l’eventuale inadempimento dello Stato alle sue obbligazioni, che essi asseriscono, sia indagato dalla Corte in modo molto attento e analitico con riguardo sia alle loro condotte sia ai comportamenti dell’autorità pubblica nei loro confronti. Sempre secondo tali autori⁵⁸, riguardo ai figli minori l’indagine della Corte appare invece molto meno attenta alle peculiarità personali della loro condizione e dei loro bisogni, sembrando, a volte,

⁵⁶ L. LENTI, *op. cit.* p. 150.

⁵⁷ L. LENTI, *L’interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: espansione e trasformismo*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2016, p. 148 ss.;

⁵⁸ L. LENTI, *L’interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: espansione e trasformismo*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2016, p. 148 ss.

quasi stereotipata. Le ragioni della protezione poi eventualmente accordata al loro diritto relazionale si limitano spesso a indicazioni astratte, generiche, poco individualizzate e circostanziate. Quando i figli minori hanno raggiunto un grado sufficiente di capacità di discernimento, le ragioni della protezione poi eventualmente accordata sono invece espresse in modo concreto e individualizzato, attento alla specificità della loro condizione personale.⁵⁹ La giurisprudenza di Strasburgo, dunque, valorizza il diritto all'ascolto del minore quale strumento funzionale alla determinazione del suo migliore interesse e sottolinea la necessità di tenere adeguatamente conto dei punti di vista espressi dallo stesso quando capace di discernimento in linea con il disposto dell'art. 12 della Convenzione, con le indicazioni che promanano dal Comitato dei diritti del fanciullo, in particolare il commento generale n. 12, con le disposizioni della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996 e con le linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sulla giustizia minorile (*Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Child-Friendly Justice*) adottate il 17 novembre 2010.⁶⁰ È allora frequente che la Corte ritenga siano i minori stessi a essere i migliori interpreti del proprio interesse, attribuendo un ruolo spesso decisivo alle loro scelte e non mettendo comunque in dubbio che non siano eseguibili in via forzata le decisioni dell'autorità che se ne discostano. Ad ogni modo, sembra che le censure della Corte molte volte riguardino, non tanto la sostanza delle decisioni prese, quanto piuttosto le procedure seguite o, soprattutto, l'adeguatezza argomentativa delle motivazioni dei provvedimenti giudiziari adottati.⁶¹

La prospettiva dalla quale la Corte guarda alla materia minorile presenta anche un'altra particolarità, e cioè quella di trovarsi in una posizione fortemente privilegiata dalla quale osservare l'azione delle autorità nazionali. Infatti, il suo giudizio interviene, *a posteriori*, su fatti già avvenuti, dunque sul passato; l'autorità giudiziaria nazionale, invece, non può giudicare altrimenti se non in via prognostica, dunque sul futuro. Quando interviene a giudicare, la Corte è già a conoscenza degli sviluppi successivi della vicenda, dell'evoluzione esistenziale dei minori e dei loro genitori, delle loro condotte successive ai singoli interventi e della completa sequela

⁵⁹ L. LENTI, op. cit. p. 150.

⁶⁰ S. SONELLI, op. cit. pp. 1398-1399.

⁶¹ L. LENTI, op. cit. p. 150.

dei provvedimenti presi, potendo criticare e condannare l'operato delle autorità nazionali ed osservare che in una circostanza avrebbero potuto o dovuto agire diversamente.⁶²

La salvaguardia dei diritti e principio del migliore interesse del minore si intrecciano in vari ambiti di intervento della Corte; così in tema di immigrazione, di sottrazione internazionale dei minori, di identità biologica e diritto a conoscere le proprie origini, fino a toccare, negli ultimi anni, questioni quali la *step-child adoption* da parte del partner omosessuale e la surrogazione di maternità. Con riferimento a quest'ultima, la giurisprudenza di Strasburgo si è trovata ad occuparsi della problematica assai delicata del rapporto tra ordine pubblico e salvaguardia del minore, intesa anche come salvaguardia della sua «identità personale», a sua volta riconducibile alla sfera di applicazione dell'art. 8 sotto il profilo del diritto alla vita privata, confrontandosi con le diverse letture nazionali di tale rapporto.⁶³

La giurisprudenza di Strasburgo, sostanzialmente in linea con le indicazioni del commento n. 14, suggerisce che l'applicazione del principio richiede all'interprete adeguata flessibilità nel muoversi tra le fonti di diritto rilevanti per la decisione del caso concreto e implica il ricorso ad un'interpretazione attenta alla *ratio* di tutela.⁶⁴

Infine, merita attenzione la questione, anche questa espressamente discussa nel commento generale n. 14, relativa ad una adeguata gestione e controllo dei tempi delle procedure che riguardano i minori, posto che i soggetti in età evolutiva sono particolarmente vulnerabili agli effetti pregiudizievoli del protrarsi ingiustificato dei tempi delle decisioni che li riguardano. In particolare, la Corte ha più volte ribadito che, «per essere adeguate, le misure volte a riunire genitore e figlio devono essere attuate rapidamente, in quanto il passare del tempo può avere conseguenze irrimediabili per le relazioni tra il minore e il genitore che non vive con lui»^{65 66}.

Avendo analizzato come il principio del migliore interesse del minore si sia gradualmente affermato nella giurisprudenza di Strasburgo, sempre nell'ambito del

⁶² Ivi, p. 151.

⁶³ S. SONELLI, op. cit. pp. 1395-1396.

⁶⁴ S. SONELLI, op. cit. p. 1399.

⁶⁵ *D'Alconzo c. Italia*, sentenza 23 febbraio 2017 (nella traduzione italiana disponibile sul sito <https://giustizia.it>).

⁶⁶ S. SONELLI, op. cit. p. 1399.

Consiglio d'Europa, si ritiene utile una breve trattazione sulla Strategia per i diritti dei minori per il periodo 2022-2027.

Il 23 febbraio 2022, il Comitato dei Ministri ha adottato la nuova Strategia per i diritti dei minori "I diritti dei minori in azione: dall'attuazione continua all'innovazione congiunta" che guiderà il lavoro del Consiglio d'Europa per il periodo 2022-2027.

La Strategia in questione è la quarta di una serie di strategie volte a far avanzare la protezione e la promozione dei diritti dei minori in tutta Europa, nell'ambito del programma "Costruire un'Europa per e con i minori" in atto dal 2006. Conformemente all'impegno di lunga data dell'Organizzazione a porre i minori al centro delle sue attività, la strategia è stata elaborata nel quadro di un ampio processo consultivo al quale hanno partecipato governi nazionali, organizzazioni internazionali, organizzazioni della società civile e, soprattutto, 220 minori provenienti da 10 Stati membri.

La Strategia individua sei obiettivi strategici: - una vita senza violenza per tutti i minori; - pari opportunità e inclusione sociale per tutti i minori; - l'accesso di tutti i minori alle tecnologie e al loro utilizzo sicuro; - una giustizia adatta alle necessità di tutti i minori; - dare voce a ogni minore; - i diritti dei minori nelle situazioni di crisi o emergenza.⁶⁷

Per ragioni di sintesi, e lungi da ogni pretesa di completezza, si segnala che migliore interesse del minore viene richiamato, in particolare, al Punto 23 della Strategia⁶⁸, nel quale emerge sia come fine cui tendere, sia come principio che infarcisce la stessa Strategia, insieme agli altri tre principi generali della Convenzione di New York, alla

⁶⁷ Sito web Consiglio d'Europa

⁶⁸ *Point 23, Council of Europe Strategy for the Rights of the Child (2022-2027) "Children's Rights in Action: from continuous implementation to joint innovation": «Through a broad consultation process, the Council of Europe has identified six priority areas to guarantee the rights and the best interests of the child, as well as three cross-cutting issues to be mainstreamed across the priority areas to guarantee all children equal access to and enjoyment of their rights. All priority areas are anchored in the international treaties constituting the key references for any Council of Europe work undertaken on the rights of the child: the ECHR, the UNCRC and its Optional Protocols,⁴ and in particular the four general principles of the UNCRC - Non-discrimination (Article 2), Best interests of the child (Article 3), Right to life, survival and development (Article 6) and Right to be heard (Article 12). All priority areas are also linked up with specific targets of the UNSDGs and have received special attention and input from children in ten Council of Europe member States who have been explicitly consulted on the Strategy».*

Convenzione di New York stessa e alla CEDU. Inoltre, al Punto 4.1.6⁶⁹ è stabilito che nella materia del diritto di famiglia bisogna implementare continuamente la normativa anche intraprendendo revisioni e azioni di follow-up.

4. La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori;

A questo punto, si ritiene utile la trattazione della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 25 gennaio 1996 (Convenzione di Strasburgo), ratificata dall'Italia con l. 20 marzo 2003 n. 77 ed entrata ufficialmente in vigore nel nostro paese il 1° novembre 2003.⁷⁰ Si guarderà, in particolare, alle disposizioni della Convenzione in questione che siano strumentali alla realizzazione del migliore interesse e al diritto all'ascolto come mezzo utile alla ricostruzione in concreto del migliore interesse del minore.

Emanata sette anni dopo la Convenzione di New York, la Convenzione di Strasburgo ne fa propri i temi, i toni e le prescrizioni, contenendo alcune specificazioni e innovazioni di non poco conto⁷¹.

Il Preambolo pone proposizioni di carattere generale e di ampio respiro dalle quali emerge già un primo riferimento al principio del migliore interesse del minore, essendo disposto che gli Stati parte sono «Convinti che i diritti e gli interessi superiori dei minori debbano essere promossi e che a tal fine i minori dovrebbero avere la possibilità di esercitare i propri diritti, in particolare nelle procedure in materia di famiglia che li riguardano»⁷².

⁶⁹ *Point 4.1.6, Council of Europe Strategy for the Rights of the Child (2022-2027) "Children's Rights in Action: from continuous implementation to joint innovation": Implementing its standards, by continuously: «Undertaking reviews and follow-up actions on family law (on the best interests of the child in parental separation situations and care proceedings, on relocation of children) and on migration (implementation of the Recommendation on Effective guardianship for unaccompanied and separated children in the context of migration)».*

⁷⁰ Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, Comitato Italiano per l'UNICEF.

⁷¹ In particolare, in riferimento all'ultima disposizione del preambolo e all'istituto della mediazione ex art. 13.

⁷² *Preamble, European Convention on the Exercise of Children's Rights: «Convinced that the rights and best interests of children should be promoted and to that end children should have the opportunity to exercise their rights, in particular in family proceedings affecting them».*

Sempre nel Preambolo, emerge un primo collegamento con l'art. 12, comma 1, della Convenzione di New York⁷³: «Riconoscendo che i fanciulli dovrebbero ricevere informazioni pertinenti affinché i loro diritti ed interessi superiori possano essere promossi, e le loro opinioni tenute in debito conto»⁷⁴. Informare il fanciullo significa renderlo pienamente partecipe di una questione senza relegarlo a un ruolo marginale ma, in vista della promozione dei suoi interessi, considerarlo non dissimile dalle altre persone coinvolte in una controversia, in quanto la lettera della disposizione invita gli Stati parte a ritenerlo titolare di un interesse che deve essere promosso.

La disposizione seguente indica chiaramente quelli che sono i soggetti tenuti ad occuparsi della tutela e della promozione dei diritti e dei migliori interessi dei minori, e cioè i genitori e anche gli Stati, i quali «[...] dovrebbero, ove occorra, interessarsene»⁷⁵. Su questo punto appare chiaro come la lettera della Convenzione sia molto diretta e pervasiva, ancor più di quanto non lo sia l'art. 5 della Convenzione di New York⁷⁶, in base al quale «Gli Stati parte rispettano la responsabilità, il diritto e il dovere dei genitori o, se del caso, dei membri della famiglia allargata o della collettività, come previsto dagli usi locali, dei tutori o altre persone legalmente responsabili del fanciullo, di dare a quest'ultimo, in maniera

⁷³ Art. 12, comma 1, Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: «Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità».

Art.12, par. 1, Convention on the Rights of the Child: «States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child».

⁷⁴ *Preamble, European Convention on the Exercise of Children's Rights: «Recognising that children should be provided with relevant information to enable such rights and best interests to be promoted and that due weight should be given to the views of children».*

⁷⁵ *Preamble, European Convention on the Exercise of Children's Rights: « Recognising the importance of the parental role in protecting and promoting the rights and best interests of children and considering that, where necessary, States should also engage in such protection and promotion».*

⁷⁶ *Art. 5, Convention on the Rights of the Child: «States Parties shall respect the responsibilities, rights and duties of parents or, where applicable, the members of the extended family or community as provided for by local custom, legal guardians or other persons legally responsible for the child, to provide, in a manner consistent with the evolving capacities of the child, appropriate direction and guidance in the exercise by the child of the rights recognized in the present Convention».*

corrispondente allo sviluppo delle sue capacità, l'orientamento e i consigli adeguati all'esercizio dei diritti che gli sono riconosciuti dalla presente Convenzione».

L'ultima proposizione del Preambolo si distingue da tutte le altre per l'innovazione che reca. È stabilito che «[...] in caso di conflitto è opportuno che le famiglie cerchino di trovare un accordo prima di portare il caso dinanzi ad un'autorità giudiziaria»⁷⁷. L'adoperarsi per raggiungere un accordo in caso di conflitto fa capire quanto sia importante, agli occhi degli Stati contraenti, la salvaguardia dell'unità familiare. Anche per la presente Convenzione la famiglia è «unità fondamentale della società e ambiente naturale per la crescita e il benessere di tutti i suoi membri e in particolare dei fanciulli», che «deve ricevere la protezione e l'assistenza di cui necessita per poter svolgere integralmente il suo ruolo nella collettività»⁷⁸. L'adoperarsi per raggiungere un accordo indica, quindi, l'impegno interno alla famiglia volto al raggiungimento di un accordo. L'innovazione è, dunque, il riferimento esplicito all'attività di mediazione familiare che si concretizza in una previsione del tutto nuova rispetto alla Convenzione di New York che, invece, non fa mai riferimento ad attività volte a favorire un accordo in situazioni di crisi familiare (infra).

L'art. 1, comma 2,⁷⁹ esplicita lo scopo della Convenzione, individuandolo nella promozione, nel migliore interesse dei fanciulli, dei diritti degli stessi, nella concessione loro di diritti procedurali ed agevolazione dell'esercizio in quanto la promozione del diritto di un fanciullo, non è fine a sé stessa, ma realizza l'interesse del minore.

Il comma successivo⁸⁰ definisce quello che è il campo di applicazione della Convenzione di Strasburgo, la quale riguarda specificamente le procedure di diritto

⁷⁷ *Preamble, European Convention on the Exercise of Children's Rights*: « *Considering, however, that in the event of conflict it is desirable for families to try to reach agreement before bringing the matter before a judicial authority* ».

⁷⁸ Preambolo della Convenzione di New York.

⁷⁹ *Art. 1, par. 2, European Convention on the Exercise of Children's Rights*: « *The object of the present Convention is, in the best interests of children, to promote their rights, to grant them procedural rights and to facilitate the exercise of these rights by ensuring that children are, themselves or through other persons or bodies, informed and allowed to participate in proceedings affecting them before a judicial authority* ».

⁸⁰ Art. 1, comma 3, Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei minori: «I procedimenti che interessano i minori dinanzi ad un'autorità giudiziaria sono i procedimenti

familiare. Gli Stati parte hanno, poi, l'obbligo di dichiarare le categorie di controversie familiari alle quali intendono applicare la Convenzione stessa, potendo estenderne l'applicazione anche ad altre procedure⁸¹, purché essi indichino espressamente, almeno tre delle categorie di controversie familiari alle quali applicare la Convenzione. Altresì, bisogna anche chiarire che non è affatto necessario che le questioni sopra elencate costituiscano l'oggetto principale del procedimento, essendo sufficiente che, in una qualsivoglia procedura, domande relative all'affidamento dei fanciulli, alla residenza o al diritto di visita, assumano anche solo un carattere accessorio rispetto a quella che è la causa principale di separazione o di divorzio dei genitori. Infine, la Convenzione, sempre all'art. 1⁸², attribuisce agli Stati parte la possibilità di applicare ai fanciulli regole più favorevoli di quelle previste dalla Convenzione stessa, per cui, se, da un lato, il testo convenzionale stabilisce un dispositivo minimo che gli Stati sono tenuti a rispettare ed attuare, dall'altro, questi possono promuovere, con maggiore larghezza, l'esercizio dei vari diritti riconosciuti ai fanciulli.

in materia di famiglia, in particolare quelli relativi all'esercizio delle responsabilità genitoriali, trattandosi soprattutto di residenza e di diritto di visita nei confronti dei minori».

Art. 1, par. 3, European Convention on the Exercise of Children's Rights: « For the purposes of this Convention proceedings before a judicial authority affecting children are family proceedings, in particular those involving the exercise of parental responsibilities such as residence and access to children».

⁸¹ Art 1, comma 4, Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei minori: « Ogni Stato deve, all'atto della firma o al momento del deposito del proprio strumento di ratifica, di accettazione, di approvazione o di adesione, designare, con dichiarazione indiretta al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, almeno tre categorie di controversie in materia di famiglia dinanzi ad un'autorità giudiziaria alle quali la presente Convenzione intende applicarsi».

Art. 1, par. 4, European Convention on the Exercise of Children's Rights: « Every State shall, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, by a declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, specify at least three categories of family cases before a judicial authority to which this Convention is to apply».

⁸² Art. 1, comma 6, Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei minori: «La presente Convenzione non impedisce alle Parti di applicare norme più favorevoli alla promozione e all'esercizio dei diritti dei minori».

Art. 1, par. 6, European Convention on the Exercise of Children's Rights: «Nothing in this Convention shall prevent Parties from applying rules more favourable to the promotion and the exercise of children's rights».

Gli artt. 3⁸³ e 6, lett. b)⁸⁴ ricordano, invece, molto da vicino l'art. 12 della Convenzione di New York, il quale affermava già il principio per il quale il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo, prevedendo una sua audizione nell'ambito di «ogni procedura giudiziaria o amministrativa»⁸⁵ che lo riguardi, e richiedendo, quale unica condizione, la capacità di discernimento, *id est*, l'acquisizione di

⁸³ Art. 3, Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei minori: «Nei procedimenti che lo riguardano dinanzi a un'autorità giudiziaria, al minore che è considerato dal diritto interno come avente una capacità di discernimento vengono riconosciuti i seguenti diritti, di cui egli stesso può chiedere di beneficiare: a) ricevere ogni informazione pertinente; b) essere consultato ed esprimere la propria opinione; c) essere informato delle eventuali conseguenze che tale opinione comporterebbe nella pratica e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione».

Art. 3, *European Convention on the Exercise of Children's Rights*: « *A child considered by internal law as having sufficient understanding, in the case of proceedings before a judicial authority affecting him or her, shall be granted, and shall be entitled to request, the following rights: a) to receive all relevant information; b) to be consulted and express his or her views; c) to be informed of the possible consequences of compliance with these views and the possible consequences of any decision*».

⁸⁴ Art. 6, Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei minori: «Nei procedimenti che riguardano un minore, l'autorità giudiziaria, prima di giungere a qualunque decisione, deve: a) esaminare se dispone di informazioni sufficienti al fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore e, se necessario, ottenere informazioni supplementari, in particolare da parte dei detentori delle responsabilità genitoriali; b) quando il diritto interno ritiene che il minore abbia una capacità di discernimento sufficiente: - assicurarsi che il minore abbia ricevuto tutte le informazioni pertinenti, - nei casi che lo richiedono, consultare il minore personalmente, se necessario in privato, direttamente o tramite altre persone od organi, con una forma adeguata alla sua maturità, a meno che ciò non sia manifestamente contrario agli interessi superiori del minore, - permettere al minore di esprimere la propria opinione; c) tenere in debito conto l'opinione da lui espressa».

Art. 6, *European Convention on the Exercise of Children's Rights*: « *In proceedings affecting a child, the judicial authority, before taking a decision, shall: a) consider whether it has sufficient information at its disposal in order to take a decision in the best interests of the child and, where necessary, it shall obtain further information, in particular from the holders of parental responsibilities; b) in a case where the child is considered by internal law as having sufficient understanding: - ensure that the child has received all relevant information; - consult the child in person in appropriate cases, if necessary privately, itself or through other persons or bodies, in a manner appropriate to his or her understanding, unless this would be manifestly contrary to the best interests of the child; - allow the child to express his or her views; c) give due weight to the views expressed by the child*».

⁸⁵ Art. 12, comma 2, Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: «A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale».

Art. 12, par. 2, *Convention on the Rights of the Child*: « *For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law*».

competenze concettuali per riconoscere e valutare razionalmente i dati estranei alla propria sfera personale. La Convenzione di Strasburgo, all'art. 3, ha poi ribadito il diritto del minore capace di discernimento (secondo la considerazione del diritto interno) di essere consultato ed esprimere la propria opinione in tutti i procedimenti che lo riguardano dinanzi un'autorità giudiziaria.⁸⁶ La Convenzione di New York, quando afferma «ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo riguarda», non si preoccupa di indicare espressamente quale ne sia l'oggetto. Si potrebbe quindi ritenere che, a differenza della Convenzione di Strasburgo del 1996, quella di New York non restringa il catalogo delle possibili procedure riguardanti il minore, potendosi pertanto affermare che la Convenzione di New York sia di carattere più generale rispetto a quella di Strasburgo.

Ancora, nell'art. 3 della Convenzione di Strasburgo, sono enucleati ulteriori tre diritti specifici ed interdipendenti: - diritto di ricevere ogni informazione pertinente; - diritto di essere consultato ed esprimere la propria opinione; - diritto di essere informato sulle possibili conseguenze delle proprie opinioni o di qualsiasi altra decisione che potrebbe essere adottata. Alla luce di questa tripartizione, il diritto all'ascolto del minore può essere inteso anche come “diritto di partecipazione”, poiché si consente al minore di partecipare, personalmente o per mezzo di altre persone od organismi, alla tutela dei propri diritti fondamentali e all'individuazione del proprio interesse. In altri termini, con il riconoscimento di questi diritti da parte della Convenzione, i fanciulli non sono più soltanto meri “spettatori” delle procedure in cui sono coinvolti, ma diventano “attori” delle stesse, potendovi partecipare e far conoscere il proprio punto di vista. Questi tre diritti processuali non seguono necessariamente un ordine cronologico secondo cui devono essere esercitati, né tanto meno seguono una logica di importanza e possono essere esercitati anche disgiuntamente ed indipendentemente l'uno dall'altro secondo la volontà del soggetto. Tuttavia, per quanto, in base a quanto detto, il fanciullo assuma una posizione centrale nelle procedure che lo coinvolgono, è anche vero che non viene riconosciuto affatto allo stesso la possibilità di opporre il veto ad una qualsiasi decisione. Tale prerogativa non sarebbe affatto conforme a quello che è il migliore

⁸⁶ F. DANOVI, *L'ascolto del minore nel processo civile*, in «Il diritto di famiglia e delle persone», 2014, pp. 3 - 4.

interesse del minore stesso, in quanto, il minore, per tutta una serie di fattori, quali l'età, l'inesperienza, lo stato di vulnerabilità, non potrebbe non essere in grado di capire, fino in fondo, quale possa essere per lui la soluzione maggiormente vantaggiosa e quale situazione, quindi, corrisponderebbe e risponderebbe realmente al suo migliore interesse. Pertanto, una qualunque manifestazione di volontà del minore, sia essa positiva o negativa, non risulta essere, in alcun modo, vincolante per il giudice. Dunque, nulla toglie che il giudice possa anche discostarsi da quanto abbia espressamente manifestato il minore, poiché unico ed esclusivo interesse del giudice è, e deve essere, garantire il migliore interesse del fanciullo, oltre che seguire la soluzione più idonea a garantire la formazione e lo sviluppo della personalità e dell'integrità psico-fisica del minore valutando tutti gli elementi che possono influire su tale risultato. È il giudice che decide; le altre parti possono semplicemente limitarsi a far emergere, ciascuna, il proprio punto di vista. Si segnala, inoltre, che l'audizione del minore non va effettuata sempre, ma solamente nei casi in cui risulta a lui conveniente. Di contro, va esclusa, quando il minore non abbia, in concreto, capacità di discernimento, quando possa recare a lui pregiudizio o, ancora, quando possa risultare superflua.

L'art. 6, lett. b), riprendendo le indicazioni dell'art. 3, stabilisce quello che può essere definito come un "procedimento rafforzato" per una libera espressione e dovuta considerazione dell'opinione del minore.

Il punto di partenza è la verifica, rispetto al diritto interno, del sussistere della capacità di discernimento tale da permettere al fanciullo di comprendere la procedura in corso, la sua portata e le possibili conseguenze derivanti dalla sua opinione. Dopodiché, l'autorità giudiziaria è responsabile di tre passaggi indicati in ordine dalla lettera b). Prima di tutto, deve verificare che sia stato rispettato il diritto di informazione del fanciullo, che le comunicazioni rivoltegli siano pertinenti e che si riferiscano precisamente al caso di specie. A questo punto, l'autorità giudiziaria, anche in privato, può consultare il fanciullo. Non è un obbligo ma una facoltà che può essere esperita secondo le modalità già indicate dall'art. 12, comma 2, della Convenzione di New York. È prevista una modalità diretta e una indiretta di manifestazione dell'interesse del minore, ed entrambe sono poste sullo stesso piano, entrambe possono essere utilizzate con due garanzie: si deve tenere in considerazione

il discernimento del fanciullo, nella scelta della forma di manifestazione e, in secondo luogo, la Convenzione di Strasburgo, sempre all'art. 6, lett. b), esclude che si possa procedere all'ascolto del minore quando ciò sia "manifestamente in contrasto con gli interessi superiori dello stesso"⁸⁷. L'ultimo passaggio prevede, infine, che il minore possa esprimere la sua opinione, il tutto completato dalla lett. c) dello stesso art. 6, secondo la quale l'autorità giudiziaria deve «tenere debitamente conto dell'opinione espressa da quest'ultimo».

Rianalizzando la disposizione, si è quindi in grado di comprendere come le Parti contraenti abbiano voluto inserire qui la modalità attraverso cui l'autorità giudiziaria, in una controversia in materia familiare, è chiamata a decidere nell'ottica di porre il minore al centro del procedimento.

In merito all'ascolto e all'interesse del minore, dalla comparazione fra le convenzioni di New York e di Strasburgo, emerge, quindi, con tutta evidenza, che la prima contiene una disciplina più restrittiva, in quanto nella seconda manca la previsione della verifica dell'età e del grado di maturità.

La soluzione adottata dalla Convenzione di Strasburgo del 1996 è allora da considerarsi più al passo coi tempi, nell'ottica di concedere al minore un ruolo più centrale all'interno di una controversia giuridica di ambito familiare, poiché il solo limite del discernimento sufficiente si ritiene essere il criterio più idoneo per permettere l'ascolto del minore, essendo più fondato rispetto al criterio dell'età, perché maggiormente elastico e meno stringente. Infine, il riferimento al grado di maturità, specialmente se accompagnato al discernimento, si pone in una vista quasi tautologica: un minore capace di discernimento è di sicuro una persona dotata di un ragguardevole grado di maturità.

La vera portata innovativa della Convenzione di Strasburgo del 1996, la si coglie, tuttavia, appieno con l'art. 13⁸⁸, che fa riferimento alla mediazione familiare: «Al fine di prevenire o di risolvere i conflitti, e di evitare procedimenti che coinvolgano minori dinanzi ad un'autorità giudiziaria, le Parti incoraggiano il ricorso

⁸⁷ C. GARLATTI, op. cit. p. 48.

⁸⁸ Art. 13, *European Convention on the Exercise of Children's Rights*: « In order to prevent or resolve disputes or to avoid proceedings before a judicial authority affecting children, Parties shall encourage the provision of mediation or other processes to resolve disputes and the use of such processes to reach agreement in appropriate cases to be determined by Parties».

alla mediazione e a qualunque altro metodo di soluzione dei conflitti atto a concludere un accordo, nei casi che le Parti riterranno opportuni». Il ricorso alla mediazione non deve essere inteso come la via principale, secondo i dettami della presente Convenzione, per la decisione di un conflitto. Certamente tale via, come altre similari, è incoraggiata sotto due diversi aspetti. Prima di tutto a fini di prevenzione e risoluzione dei conflitti; poi, come mezzo per evitare procedimenti che coinvolgano un fanciullo dinnanzi ad un'autorità giudiziaria. Il motivo ispiratore dell'articolo sembrerebbe pertanto la tutela del fanciullo e dell'armonia familiare, che potrebbe essere ulteriormente turbata con il ricorso alla giustizia ordinaria.

Non solo quindi tutela dell'interesse del fanciullo e predisposizione di garanzie per la rappresentazione libera e piena di questo interesse e delle sue opinioni, ma la presente Convenzione ha anche il merito di introdurre un forte incoraggiamento alla mediazione, sempre e comunque volta al perseguimento del migliore interesse del minore. Si tratta di una indicazione ai limiti del rivoluzionario, visto e considerato che la Convenzione di New York non menziona mai neanche il termine "mediazione". Il grande merito è tutto da attribuire agli Stati europei, che hanno saputo guardare avanti, nel futuro, e intravedere un diritto di famiglia che prende sempre più in considerazione le istanze dei soggetti più indifesi: *in primis*, i minori.

5. Il recepimento del migliore interesse del minore nel sistema Unione Europea;

Fino a venti anni fa, l'Unione europea ha sostanzialmente ignorato i minori di età, tanto che più di un commentatore⁸⁹ era giunto a qualificarli come soggetti "invisibili" agli occhi delle istituzioni comunitarie. Negli ultimi anni, invece, la considerazione dei minori come soggetti meritevoli di specifica attenzione si è accresciuta notevolmente⁹⁰. Si è affermata, inoltre, l'idea secondo la quale la

⁸⁹ H. STALFORD, *The Citizenship Status of Children in the European Union*, in «International Journal of Children's Rights», 2000, p. 117; C. MCGLYNN, *Rights for Children? The Potential Impact of the European Union Charter of Fundamental Rights*, in «European Public Law», 2002, p. 387.

⁹⁰ Anche se alcuni criticano l'attuale ricchissima EU's children's rights agenda perché considererebbe i minori più come vittime bisognose di protezione che come attori economici, politici e sociali da rafforzare nei loro diritti (H. STALFORD, N. THOMAS, E. DRYWOOD, *The*

protezione e la promozione dei diritti delle persone di minore età sia uno degli obiettivi principali dell'Ue, soprattutto nel quadro di una società mutevole e sottoposta a nuove sfide come, da ultimo, quella della pandemia da COVID-19⁹¹. Tuttavia, l'attuale insistenza appare sproporzionata rispetto alla competenza normativa di cui l'Unione gode su questi soggetti. Infatti, nonostante il Trattato di Lisbona⁹² abbia inserito "la tutela dei diritti del minore" tra gli obiettivi dell'Unione, tale proclamazione ricopre un valore prevalentemente simbolico e al più di ausilio interpretativo, non essendo rinforzata da altre più significative previsioni dei Trattati⁹³. Tuttora, l'Unione continua a essere tagliata fuori dagli aspetti sostanziali del diritto di famiglia, disponendo, al massimo, di basi normative indirette. Gli unici ambiti nei quali le istituzioni europee attualmente godono di una competenza piena a disciplinare la situazione sostanziale di soggetti minori di età sono quelli della circolazione dei lavoratori e dei loro familiari, dell'asilo e dell'immigrazione, oltre che, naturalmente, della cooperazione in materia penale e della lotta alla criminalità. Sulla base di tali assunti, è chiaro che l'attenzione dell'Unione europea nei confronti dei minori si sviluppa su un raggio più ampio di quello che i ritagli di competenza normativa le consentirebbero. Il sospetto è dunque che l'eccesso di attività consista in una retorica vuota di concreti contenuti. Tuttavia, ci sono anche significative iniziative delle istituzioni europee nelle quali la retorica dei diritti dei minori recede di fronte a contenuti concreti; esempi sono: il documento della Commissione del 2006 intitolato "Verso una strategia dell'Unione europea sui diritti dei minori"⁹⁴, il piano d'azione sui minori non accompagnati del 2010, il programma Ue per i diritti dei minori del 2011, la prima "Strategia dell'Unione Europea sui diritti delle persone di minore età per il periodo 2021-2024" (*infra*), e seri documenti di studio, tra i quali alcuni *reports* dell'Agenzia per i diritti fondamentali relativi all'attuazione dei diritti fondamentali dei minori negli Stati membri. Soprattutto, del tutto priva di enfasi retorica è la giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale fa un uso

European Union and Children's Rights: Editorial, in «International Journal of Children's Rights», 2011, p. 379).

⁹¹ Sito web del Dipartimento per le politiche della famiglia.

⁹² Art. 3, comma 3, Tue.

⁹³ Notato da H. STALFORD e M. SCHURMAN, *Are We There Yet? The Impact of the Lisbon Treaty on the EU Children's Rights Agenda*, in «International Journal of Children's Rights», 2011, pp. 382-383.

⁹⁴ Comunicazione della Commissione del 4 luglio 2006, COM(2006)367

sorprendentemente misurato del principio dei *best interests of the child* che si trova espresso nell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali e negli altri atti normativi dell'Unione.⁹⁵

Venendo al principio del migliore interesse del minore nel diritto primario e derivato dell'Unione europea, la prima considerazione degna di nota riguarda l'uso, nelle versioni ufficiali in italiano degli atti normativi dell'Unione, dell'espressione infelice (*supra*) di "superiore interesse del minore". La seconda considerazione da svolgere sul detto principio in relazione alla normativa europea è che in tale ambito si registra la compresenza di due possibili versioni del principio. A tal punto, si distinguono: i *best interests* in funzione di costruzione di regole generali di disciplina e i *best interests* come motivo di deroga da parte del giudice alle regole generali qualora la specifica situazione del singolo minore lo richieda. Nel primo caso i *best interests of the child* sono intesi come interessi, o benessere, di tutti i minori, considerati in modo generale e astratto come categoria di soggetti vulnerabili e, in quanto tali, meritevoli di un certo trattamento che si presume adeguato ai loro particolari bisogni; nel secondo, come interessi, o benessere, del singolo minore. Questa doppia anima del principio si evidenzia con estrema chiarezza in ambiente europeo nella Carta dei diritti fondamentali, documento diventato il parametro di validità di ogni altro atto normativo dell'Unione e degli stessi Stati membri quando agiscono in esecuzione del diritto dell'Unione. Senza soffermarsi sui contenuti dell'art. 24 (*infra*), è possibile, già adesso, notare che sia il comma 2⁹⁶ che il comma 3⁹⁷ impongono alle istituzioni dell'Unione e ai singoli Stati membri il rispetto dell'interesse del minore. Tuttavia, mentre il comma 2 lo enuncia nella forma della regola a cui devono ispirarsi gli atti relativi ai minori intesi come categoria, il comma 3 lo considera nell'opposta prospettiva, e cioè come motivo di deroga per il singolo minore alla regola presunta conforme all'interesse di ogni bambino astrattamente considerato, secondo la quale egli deve potere intrattenere relazioni personali e

⁹⁵ E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016, pp. 111 - 114.

⁹⁶ Art. 24, comma 2, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: «In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente».

⁹⁷ Art. 24, comma 3, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: « Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse».

contatti diretti con entrambi i genitori. In modo del tutto analogo, gli atti normativi di diritto derivato che, a partire da quella data, hanno come destinatari o comunque prendono in considerazione le persone minori di età adottano contemporaneamente le due prospettive appena enunciate del migliore interesse del minore. Quanto all'uso dei *best interests* in funzione della costruzione di una regola di condotta, si può dire che nella legislazione europea esso si manifesta in due modi: in alcune occasioni il richiamo al principio serve a giustificare una regola europea che non lascia spazio alla discrezionalità degli organi nazionali, amministrazioni o giudici, chiamati a darvi esecuzione e altre volte, invece, il principio rappresenta soltanto il criterio orientativo rivolto agli Stati membri per dare esecuzione o attuazione alle norme europee. Venendo ora alla legislazione europea che utilizza i *best interests* in funzione derogatoria, salta subito all'occhio che le regole derivate in nome dei *best interests* sono proprio le regole che erano state costruite in ossequio al medesimo canone, inteso nella prima delle due prospettive appena esaminate. Così facendo, il legislatore europeo sembra prendere atto che non sempre ciò che è certamente un bene, o il meglio per tutti i minori, intesi come tipologia astratta di soggetti individuati sulla sola base di un dato estrinseco come l'età, coincide con il meglio per quel singolo fanciullo di cui, in quel preciso momento, ci si sta occupando. Quando si ammette questo potenziale scontro tra i due tipi di interesse, la legislazione europea che utilizza il canone dei *best interests* in funzione derogatoria fa una chiara scelta a favore di quest'ultimo e introduce, così, la possibilità di una deroga alle regole generali pensate per la generalità dei minori, ma solo ed esclusivamente qualora esse non rispondano contemporaneamente anche al massimo benessere del minore che in quel preciso momento viene in rilievo. La sintonia dell'ordinamento dell'Unione europea con l'ordinamento costituzionale italiano, sotto il profilo della necessità di operare una sintesi equilibrata tra le due opposte esigenze di rigidità e di flessibilità delle regole relative ai minori di età, sembra quindi perfetta.⁹⁸

5.1 L'articolo 24 della Carta di Nizza;

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ("Carta di Nizza"), adottata nel 2000 e riconfermata nel 2007, dedica un intero articolo, il 24, ai "Diritti

⁹⁸ E. LAMARQUE, op. cit. pp. 114 - 120.

del minore”, stabilendone il diritto alla protezione e alle cure necessarie, il diritto di esprimere liberamente la propria opinione e il diritto a che questa venga presa in considerazione sulle questioni che lo riguardano in funzione della sua età e maturità (comma 1)⁹⁹. La disposizione del comma 2¹⁰⁰ sancisce, altresì, il principio del migliore interesse del minore, nonché, al comma 3¹⁰¹, il diritto ad intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori salvo ciò sia contrario al suo interesse (comma 3).¹⁰²

L’articolo in questione si colloca per intero all’interno della concezione europea continentale dei diritti dei minori. L’indice più evidente che la Carta consideri i minori di età secondo la tradizione europea continentale, e dunque come titolari di diritti fondamentali per il solo fatto di essere persone fisiche, è la circostanza che essa se ne occupi all’interno del Titolo III, dedicato all’uguaglianza. L’articolo sui diritti dei minori si colloca dopo gli articoli su: non discriminazione in generale, diversità culturale, religiosa e linguistica e alla parità tra donne e uomini, ed appena prima dell’articolo rubricato “Diritti degli anziani”, e dunque parimenti volto a tutelare i diritti fondamentali di persone che, a causa della loro età, stavolta avanzata, sono esposte al rischio di una violazione in concreto di tali diritti e perciò bisognose di particolari cautele. È, quindi, un’osservazione del tutto scontata, ma doverosa, quella secondo cui, nel sistema della Carta di Nizza, i bambini godano, al pari delle altre persone, di tutti i diritti enunciati dalla Carta stessa, e in aggiunta, possano contare anche sulle garanzie dell’art. 24, a loro appositamente dedicate in considerazione della loro età.¹⁰³

Dubbi interpretativi sono sorti in merito al fatto che il principio del migliore interesse possa e debba operare solo negli interstizi lasciati liberi dai diritti

⁹⁹ Art. 24, comma 1, Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: «I minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità».

¹⁰⁰ Art. 24, comma 2, Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: «In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l’interesse superiore del minore deve essere considerato preminente».

¹⁰¹ Art. 24, comma 3, Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: «Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse».

¹⁰² F. ALBANO, op. cit. p. xxiv.

¹⁰³ E. LAMARQUE, op. cit. pp. 120 - 121.

fondamentali oppure possa e debba pesare nel bilanciamento in modo da far pendere la bilancia sempre e comunque a favore dei minori di età. Il testo dell'art. 24, comma 2, della Carta, nella versione inglese, sembra propendere nettamente per la prima soluzione, stabilendo che «*the child's best interests must be a primary consideration*»; deve essere, cioè, uno dei tanti elementi di fondamentale importanza da considerare da parte dell'organo che assume la decisione relativa al minore (“a” e non già “the”). Ma la versione ufficiale italiana della Carta, come si è visto, recitando «l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente», sostiene esattamente il contrario di quello che afferma la versione inglese, suggerendo che l'interesse del minore debba costantemente prevalere sugli altri beni o valori in gioco. Si perpetuano così e anzi si aggravano in modo drammatico le difficoltà che affliggono la traduzione del principio già evidenziate nel corso del presente lavoro, al punto tale da impedire sostanzialmente agli operatori italiani di cogliere quale sia il reale significato del principio consacrato a livello di normazione primaria dell'Unione. Un parziale rimedio al rischio di fraintendimenti sulla portata del principio dei *best interests* è offerto, tuttavia, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che, nelle non numerose occasioni nelle quali si è trovata a interpretarlo, ne ha offerto una versione moderata, dimostrando così di prendere per buona la versione in lingua inglese del principio e di ignorare la traduzione testuale italiana dello stesso, se presa alla lettera, avrebbe prodotto risultati interpretativi molto più dirompenti.¹⁰⁴

Ulteriore critica mossa alla Carta dagli autori inglesi è quella secondo la quale la Carta incapperebbe in un errore nel porre l'accento sulla protezione del minore più che sulla sua autonomia¹⁰⁵. Ma secondo alcuni studiosi¹⁰⁶, è ovvio che chi formula questa osservazione non considera, come invece forse dovrebbe, che tutti gli altri diritti della Carta, che sono in gran parte *autonomy rights*, sono concepiti secondo la concezione europea continentale dei diritti del minore, e dunque come spettanti di *default* anche al minore. L'incomunicabilità tra le due tradizioni culturali, in

¹⁰⁴ Ivi, pp. 122 – 123.

¹⁰⁵ H. CULLEN, *Children's Rights*, in «The European Union Charter of Fundamental Rights», S. PEERS e A. WARD (a cura di), Hart Publishing, 2004, pp. 331 ss.

¹⁰⁶ E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016, p. 124.

definitiva, non pare destinata a risolversi neppure grazie al confronto sul terreno comune della normativa primaria dell'Unione europea.¹⁰⁷

Addentrandosi nell'analisi testuale dell'articolo, risulta lampante l'influenza della Convenzione di New York. In particolare, il primo comma risulta costruito sulla base dell'art. 12 e del secondo comma dell'art. 3 della Convenzione di New York, mentre il terzo comma dell'art. 24 è assimilabile alla prima parte del primo comma dell'art. 9 della Convenzione di New York.

Considerazioni a parte merita, invece, il comma 2 dell'art. 24, nel quale è situato il principio del migliore interesse del minore. Tale disposizione si collega evidentemente al comma 1 dell'art. 3¹⁰⁸ della Convenzione di New York, dato che la disposizione della suddetta Convenzione è quasi ricopiata. Uniche differenze attengono, da una parte, all'esplicitazione, che la Carta di Nizza non compie, delle autorità che sono obbligate a considerare, in via prioritaria, l'interesse del minore e dall'altra, l'uso della parola "atti", dato che la Convenzione utilizza l'espressione "decisioni". Si può affermare che il primo termine è più ampio del secondo, poiché non ogni atto costituisce una decisione. L'uso della parola "atti" indica che quell'interesse deve essere fatto oggetto di considerazione preminente, non soltanto all'interno di una controversia giudiziale, ma anche al di fuori di essa. Si potrebbe quasi dire, che ogniqualvolta un minore si trovi ad avere a che fare con una certa autorità, sia pubblica che privata, è titolare di un interesse che quella specifica autorità deve ritenere preminente. Per quanto detto, appare condivisibile sostenere l'assunto in base al quale la Carta di Nizza si ritiene offrire una tutela all'interesse del fanciullo più ampia rispetto alla Convenzione di New York.

A conclusione della disamina sull'articolo 24 della Carta di Nizza, è doveroso segnalare che, il 2 dicembre 2020, la Commissione europea ha presentato una nuova "Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali nell'Ue", con la funzione di indicare la direzione da seguire nei prossimi dieci anni per l'attuazione della Carta, in modo da renderla una realtà concreta per tutti. La strategia, che fa seguito alle richieste del Parlamento europeo di un monitoraggio più

¹⁰⁷ *Ibidem.*

¹⁰⁸ Art. 3, comma 1, Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: «In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente»

rigoroso dell'applicazione della Carta negli Stati membri, alle conclusioni del Consiglio che definiscono le modalità per migliorare l'applicazione della Carta e ai contributi degli Stati membri, è incentrata su quattro pilastri: - Garantire l'applicazione effettiva da parte degli Stati membri; - Responsabilizzare le organizzazioni della società civile, i difensori dei diritti e gli operatori della giustizia; - Promuovere l'uso della Carta come bussola per le istituzioni dell'Ue; - Rafforzare la consapevolezza dei cittadini.

Dal 2021, la Commissione presenta una relazione annuale sull'applicazione della Carta nell'UE che, a differenza delle precedenti, esamina più da vicino l'applicazione della Carta negli Stati membri e che dovrebbe costituire la base per un dibattito interistituzionale. Nel 2025, inoltre, la Commissione riferirà anche in merito all'attuazione della presente strategia. Nel 2030, invece, la Commissione avvierà un esercizio di valutazione in collaborazione con gli attori fondamentali per l'applicazione della Carta al fine di valutare i progressi compiuti nella sensibilizzazione e nell'uso della Carta.¹⁰⁹

5.2 Il Regolamento n. 2201/2003/CE relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale;

Nell'analisi delle fonti sovranazionali che tengono conto del principio del migliore interesse del minore, non poteva mancare il Regolamento n. 2201/2003/CE in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale che approvato sette anni dopo la Convenzione di Strasburgo del 1996, né recepisce indicazioni e innovazioni.

Già a partire dal Punto n. 12¹¹⁰, il Regolamento precisa come il migliore interesse del minore informi tutta la normativa di seguito disposta. Allo stesso Punto viene altresì sancito che la competenza giurisdizionale in tema di responsabilità

¹⁰⁹ COM (2020) 711 final, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

¹¹⁰ «È opportuno che le regole di competenza in materia di responsabilità genitoriale accolte nel presente regolamento si informino all'interesse superiore del minore e in particolare al criterio di vicinanza. Ciò significa che la competenza giurisdizionale appartiene anzitutto ai giudici dello Stato membro in cui il minore risiede abitualmente, salvo ove si verifichi un cambiamento della sua residenza o in caso di accordo fra i titolari della responsabilità genitoriale».

genitoriale spetti ai giudici dello Stato membro dove il minore ha la residenza abituale, con le eccezioni del cambiamento di residenza e dell'accordo fra i genitori o tutori. Il criterio preso in considerazione è, pertanto, quello della vicinanza; con ciò si intende che il giudice più idoneo sarebbe quello più vicino al minore poiché, almeno sulla carta, dovrebbe essere quello che più conosce quale sia il migliore interesse del minore.

Il successivo Punto n. 13¹¹¹ consente invece al giudice competente di trasferire la trattazione del caso al giudice di un altro Stato membro dell'UE, nel caso in cui appaia come più idoneo a conoscere la relativa questione. Il criterio della maggiore competenza, come facilmente desumibile dalla stessa disposizione, è da collegarsi anch'esso al migliore interesse del minore. Il giudice più indicato per risolvere una controversia in ambito di responsabilità genitoriale, assicurando una decisione in linea con l'interesse del minore, è soltanto quello del luogo di residenza abituale del fanciullo. Tuttavia, possono sussistere alcune eccezioni che però devono essere determinate per evitare che lo spostamento di competenza venga applicato al di fuori dei casi in cui, nell'interesse del minore, si rivela raccomandabile. Passando all'analisi degli articoli, l'art. 8, comma 1, recepisce le indicazioni del suddetto Punto n. 12, e stabilisce che: «Le autorità giurisdizionali di uno Stato membro sono competenti per le domande relative alla responsabilità genitoriale su un minore, se il minore risiede abitualmente in quello Stato membro alla data in cui sono aditi». Non si fa alcun riferimento ai genitori, o all'unità familiare, potendosi, pertanto, affermare che l'unica situazione da promuovere e salvaguardare è soltanto l'interesse del minore. Il significato da attribuire al principio della residenza abituale è invece ben espresso dalla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite, emessa 13 febbraio 2012 n. 1984, nella quale i giudici fanno riferimento al luogo di «concreto e continuativo svolgimento della vita personale». Il concetto di “abitualità” non è quindi legato allo scorrere del tempo, ma, piuttosto, alle relazioni coltivate, alla crescita e allo sviluppo del minore durante quel tempo e all'interno di quel luogo. Il successivo art. 9¹¹²

¹¹¹ «Nell'interesse del minore, il presente regolamento consente al giudice competente, a titolo eccezionale e in determinate condizioni, di trasferire il caso al giudice di un altro Stato membro se quest'ultimo è più indicato a conoscere del caso».

¹¹² «In caso di lecito trasferimento della residenza di un minore da uno Stato membro ad un altro che diventa la sua residenza abituale, la competenza delle autorità giurisdizionali dello Stato membro della precedente residenza abituale del minore permane in deroga

contiene invece un'esplicita deroga al dettato dell'art. 8 e del Punto n. 12, visto che sancisce la cosiddetta "ultrattività della competenza", in base alla quale rimane competente il giudice della precedente residenza abituale del minore, per un periodo di tre mesi, in caso di trasferimento lecito dello stesso. Con questa norma viene tutelato l'interesse del fanciullo, che può contare sulla competenza, seppure per tre mesi, del giudice nel cui circondario ha svolto in modo significativo una parte della sua vita. L'ultrattività della competenza è però inefficace, ai sensi del comma 2 dell'art. 9, se chi è titolare del diritto di visita accetta, in modo esplicito o implicito, la competenza del giudice dello Stato di nuova residenza abituale del minore.

Relativamente al caso della sottrazione di minori, occorre premettere che il regolamento interferisce in misura notevole con la disciplina stabilita dalla Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, dedicata agli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori. Ad ogni modo, si sottolinea che l'obiettivo della disciplina della Convenzione, al pari di quello del Regolamento, è di ottenere il ritorno del minore nel più breve tempo possibile, lasciando ad un momento successivo la decisione in materia di affidamento.¹¹³ L'art. 10 del Regolamento prevede il mantenimento della competenza del giudice di residenza abituale del minore fin quando il minore stesso non acquisisce una nuova residenza in un altro Stato membro. In più, occorre che il titolare del diritto di affidamento accetti, espressamente o tacitamente, quella situazione che in concreto gli impedisce l'esercizio di quel diritto, e cioè il trasferimento illecito o il mancato rientro. Al di là di questa prima situazione, risulterà comunque competente l'autorità giudiziaria dello Stato membro nel quale il minore è stato trasferito, trascorso il periodo di un anno da quando il titolare del diritto di affidamento poteva o doveva conoscere il luogo dove il fanciullo si trovava. Si richiede, inoltre, che il minore abbia stretto legami forti e

all'articolo 8 per un periodo di 3 mesi dal trasferimento, per modificare una decisione sul diritto di visita resa in detto Stato membro prima del trasferimento del minore, quando il titolare del diritto di visita in virtù della decisione sul diritto di visita continua a risiedere abitualmente nello Stato membro della precedente residenza abituale del minore. Il paragrafo 1 non si applica se il titolare del diritto di visita di cui al paragrafo 1, ha accettato la competenza delle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui risiede abitualmente il minore partecipando ai procedimenti dinanzi ad esse senza contestarla».

¹¹³ L. MARI, *l'interesse superiore del minore nel quadro dello spazio giuridico europeo (a proposito di recenti casi di sottrazione internazionale di minori)*, Studi Urbinati, A - Scienze Giuridiche, Politiche Ed Economiche, 2013 p. 105 - 107.

significativi con questo luogo e, in sostanza, due ulteriori evenienze: un'accettazione tacita da parte del genitore o tutore non responsabile del trasferimento illecito o del mancato rientro; l'emanazione di una decisione, da parte del giudice dello Stato membro di precedente residenza, che non prevede il rientro del minore. Il criterio di vicinanza, nell'interesse del minore, informa quindi tutta la disciplina ora descritta. La ragione di fondo è ancora una volta la seguente: il giudice più "vicino" al minore è ritenuto quello più idoneo a conoscere la questione, cioè a riconoscere, salvaguardare e promuovere l'interesse del fanciullo.

Il presente Regolamento contiene anche una disciplina molto ricca sul tema dell'ascolto del minore. Nel comma 2 dell'art. 11, in tema di ritorno del minore illecitamente sottratto, è previsto, infatti, l'obbligo dell'ascolto, a meno che ciò non risulti inopportuno con riferimento all'età o al suo grado di maturità. Sparisce, quindi, il riferimento al discernimento sufficiente che aveva caratterizzato la Convenzione di Strasburgo del 1996 (*supra*) e anche la Convenzione di New York seppur in coabitazione col criterio dell'età e maturità. Il fatto che un testo successivo non riporti un'espressione che aveva trovato spazio nei quindici anni precedenti vuol forse significare la tendenza a restringere le maglie della disciplina dell'ascolto, individuando un riferimento oggettivo come l'età, idoneo a stabilire chi può essere ascoltato e chi no. Da un lato, il riferimento all'età si pone sulla scia dell'interesse del minore, visto che un fanciullo, specialmente nelle fasi iniziali della sua vita, può non essere in grado di riconoscere la via dello sviluppo armonico e integrale della sua persona. Dall'altro, non si può fare a meno di notare, come il solo dato dell'età non è certo necessariamente idoneo a fondare l'esercizio del diritto a essere ascoltato, dato che ci potranno essere casi di minori effettivamente capaci di discernimento, ma aventi un'età inferiore a quella prevista dalla legge nazionale e viceversa. In ogni caso, il contestuale riferimento al grado di maturità riesce di sicuro a mitigare le difficoltà derivanti dal criterio dell'età, anche se, con ogni probabilità, sarebbe stato più corretto conformarsi alla Convenzione di Strasburgo del 1996 e lasciare il solo riferimento al discernimento sufficiente. L'ascolto del minore è sicuramente opportuno quando il fanciullo dimostra un grado di maturità tale da permettergli di partecipare coscientemente a una procedura giurisdizionale, e a rappresentare il suo interesse superiore.

Interesse e ascolto del minore si combinano, infine, nella disciplina del non riconoscimento delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale. All'art. 23, si legge, infatti: «Le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non sono riconosciute nei casi seguenti: a) se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto; e b) se, salvo i casi d'urgenza, la decisione è stata resa senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato, in violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato membro richiesto; [...]». L'indicazione più interessante giunge dalla lett. a) in quanto la considerazione sull'interesse del minore può fondare la contrarietà all'ordine pubblico di una certa decisione. Si può quindi affermare, che l'interesse del minore non è soltanto una clausola privatistica che viene in rilievo nei rapporti familiari e nelle controversie che riguardano un fanciullo ma esso possiede anche un profilo pubblicistico nel momento in cui si erge a difesa di valori fondamentali della società. Dunque, negli Stati una decisione in materia di responsabilità genitoriale può non essere riconosciuta per contrarietà all'ordine pubblico in considerazione dell'interesse del minore. La successiva lett. b) pone la sua attenzione, invece, sull'ascolto del minore impedendo il riconoscimento delle decisioni se il minore non è stato ascoltato, salvo i casi d'urgenza. Anche in questo caso, le considerazioni rispetto al minore impongono almeno due ordini di riflessione. Da una parte, infatti, non riconoscere una decisione per il mancato ascolto del minore, significa esaltare la centralità dell'ascolto come mezzo per veicolare l'interesse del fanciullo. Non ascoltare un minore non è dunque un semplice inciampo procedurale, ma la lesione di un preciso diritto cui occorre rimediare. D'altro canto, l'inciso «salvo i casi d'urgenza» sembra non tributare al procedimento di ascolto quella importanza appena segnalata. La speditezza processuale potrebbe, pertanto, essere più importante della manifestazione delle opinioni e dell'interesse del fanciullo in un procedimento che lo riguarda, pur non essendo specificati il genere di urgenza cui si fa riferimento.

5.3 I principi elaborati dalla Commissione europea sul diritto di famiglia in materia di responsabilità genitoriale;

Quasi vent'anni fa, la Commissione sul diritto di famiglia europeo (Cefl) ha dato avvio al proprio lavoro accademico con l'elaborazione dei principi in materia di diritto di famiglia europeo, i quali sono considerati lo strumento più adeguato all'armonizzazione del diritto di famiglia in Europa, essendo il frutto di un diffuso e intenso dibattito tra gli studiosi di diritto di famiglia comparato. Ciò ha portato alla redazione di *“Principles on Divorce and Maintenance Between Former Spouses”*, *“Principles on Parental Responsibilities”*, *“Principles on Property Relations between Spouses”* and *“Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in de facto Unions”*. Tali principi non costituiscono, ad ogni modo, regole vincolanti, ma si rivolgono, innanzitutto, al legislatore nazionale e, inoltre, possono costituire una fonte di ispirazione per il legislatore europeo e per quello internazionale. Sebbene ciascuno di questi strumenti affronti alcuni aspetti specifici della legge sulla responsabilità genitoriale, nel loro insieme essi costituiscono il quadro generale che ha dato l'impulso allo sviluppo dei vari sistemi nazionali in Europa.¹¹⁴

La Cefl segue una propria metodologia di lavoro consistente in sei passaggi. Il primo passaggio è la scelta dei settori del diritto di famiglia maggiormente bisognosi di un'armonizzazione. Il secondo passaggio consiste nella redazione di un questionario che prevede domande poste in termini prettamente funzionali, senza alcun riferimento ai concetti di un certo sistema legale. Il terzo passaggio è la stesura di relazioni nazionali che prendano in considerazione non solo la legge, per come essa è scritta, ma anche la sua applicazione pratica, proponendosi di comprendere come i professionisti stiano effettivamente utilizzando le norme. Il quarto passaggio è la raccolta e divulgazione di materiale comparatistico, che offra una rapida visione d'insieme e un confronto diretto tra le diverse soluzioni all'interno dei vari sistemi nazionali. Il quinto passaggio consiste nella redazione dei principi di diritto di famiglia europeo, seguendo l'approccio *“common core”* o quello *“better law”*, ove il primo punta all'individuazione di un *“nocciolo duro”* comune ai vari sistemi nazionali, e il secondo si prefigge di scegliere la legge ritenuta migliore tra quelle dei

¹¹⁴ K. BOELE-WOELKI, *Un modello europeo per l'armonizzazione della legge sulla responsabilità genitoriale*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, 2021, pp. 11 - 12.

vari sistemi. Infine, il sesto e ultimo passaggio consiste nella pubblicazione dei principi.¹¹⁵

Nel campo della responsabilità genitoriale, le differenze tra i sistemi europei sono molto meno intense che in altri ambiti del diritto di famiglia. Dunque, nella maggior parte dei casi, i principi Cefl costituiscono solo la ripetizione di soluzioni comuni generalmente applicate. L'armonizzazione della normativa sulla responsabilità genitoriale in Europa ha avuto luogo gradualmente, attraverso gli svariati strumenti internazionali ed europei. Nella redazione dei principi sulla responsabilità genitoriale, si è tenuto conto di sedici convenzioni, elaborate rispettivamente dalle nazioni unite, dalla Conferenza dell'Aja sul diritto internazionale privato, e dal Consiglio d'Europa; sono stati tenuti presenti anche un regolamento Ue, quattro dichiarazioni delle nazioni unite, tredici raccomandazioni e, inoltre, il libro bianco sul dialogo interculturale del Consiglio d'Europa. Benché ciascuno di questi strumenti copra degli specifici aspetti della normativa sulla responsabilità genitoriale, nel loro insieme essi hanno disegnato un quadro generale, il quale ha, in buona misura influenzato i singoli sistemi nazionali in Europa. In nessun altro ambito del diritto di famiglia sono stati elaborati, conclusi e adottati, fino a diventare vincolanti, così tanti accordi tra stati.¹¹⁶

La pubblicazione di trentanove principi sulla responsabilità genitoriale, compresa la raccolta di materiale comparatistico, è il risultato di un lavoro al quale hanno contribuito ventisei esperti di diritto di famiglia comparato, provenienti da ventidue giurisdizioni europee diverse. Le analisi comparate e i commenti si riferiscono non solo alle ventidue relazioni nazionali elaborate dagli esperti Cefl, ma esse includono anche i relativi strumenti internazionali e/o europei.

Essenzialmente, si distinguono tre aree diverse. I capitoli I, II e VIII contengono regole di ordine generale; in particolare, il capitolo II, "diritti del minore", con i suoi cinque principi, costituisce la parte generale principale dei principi Cefl. I capitoli III, IV e V riguardano tre aspetti: la posizione di genitori e soggetti terzi, l'esercizio degli obblighi di responsabilità genitoriale e il contenuto di

¹¹⁵ Ivi, pp. 12 -13.

¹¹⁶ Ivi, pp. 13 – 14.

tali obblighi. Infine, i capitoli VI e VII si occupano della cessazione della responsabilità genitoriale e della decadenza dalla stessa.¹¹⁷

Conformemente agli strumenti internazionali ed europei, la Cefl ha optato per un'ampia nozione di "responsabilità genitoriale", consistente nell'insieme di diritti e doveri correlati al prendersi cura della persona e del patrimonio dei figli (principio 3:1). La responsabilità genitoriale, per come essa è intesa dalla Cefl, si applica ai figli dalla loro nascita fino al raggiungimento della maggiore età. È stata effettuata una distinzione tra figli più piccoli e adolescenti, benché sia stata deliberatamente evitata l'indicazione di un preciso limite di età, in quanto, non è solo l'età del minore, ma anche la sua maturità a consentire di valutare se la sua opinione debba essere tenuta o meno in considerazione. Il principio 3:2, inquadra, invece, i "titolari di responsabilità genitoriale". Di norma, il figlio ha due genitori titolari di responsabilità genitoriale. Ad ogni modo, anche soggetti fisici diversi dai genitori, nonché enti pubblici, possono essere titolari di responsabilità genitoriale. Dunque, i principi Cefl ammettono la coesistenza di più di due titolari di responsabilità genitoriale.¹¹⁸ Fondamentale, ai fini del presente lavoro, risulta essere, soprattutto, il principio 3:3, rubricato "miglior interesse del minore". Tale principio stabilisce che «In tutte le questioni concernenti la responsabilità genitoriale andrà prestata la massima attenzione al miglior interesse del minore».

In caso di separazione o divorzio dei genitori, questi continuano ad essere titolari congiunti di responsabilità genitoriale. Dunque, una separazione o un divorzio non hanno alcun impatto sull'attribuzione di responsabilità genitoriale¹¹⁹, pertanto, i genitori titolari di responsabilità genitoriale dovrebbero avere il costante ed eguale diritto e dovere di provvedere congiuntamente all'esercizio di tale responsabilità. Tuttavia, vi sono eccezioni all'esercizio eguale e congiunto della responsabilità genitoriale, in quanto, il fatto che la responsabilità genitoriale richieda un esercizio congiunto della stessa non significa che i genitori debbano agire insieme in qualsiasi circostanza. Tale punto è sviluppato dal principio 3:12, par. 1, che riconosce la possibilità di agire singolarmente nelle situazioni ordinarie del quotidiano. Però, il

¹¹⁷ Ivi, pp. 14 – 16.

¹¹⁸ Ivi, p. 16.

¹¹⁹ Principio 3:10: «Lo scioglimento o annullamento del matrimonio o di altra relazione formalizzata, nonché la separazione legale o di fatto intervenuta tra i genitori lasciano inalterata la responsabilità genitoriale».

principio 3:12, par. 2, richiede che le decisioni importanti (quali l'istruzione, le cure mediche, la residenza del bambino, o la gestione dei suoi beni) debbano essere prese congiuntamente. I principi non forniscono un criterio per la valutazione dell'importanza della questione, ma in linea di principio scelte con effetti duraturi nel tempo per il bambino dovrebbero essere considerate rilevanti, anche se naturalmente molto dipende dalle circostanze specifiche del caso concreto. Indipendentemente dalla natura importante o meno di una decisione, ciascun genitore ha il diritto di agire individualmente in caso di urgenza, pur informando l'altro genitore senza indugio (principio 3:12, par. 2). Dal momento che l'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale diviene più complesso dopo la separazione o il divorzio dei genitori, questi sono invitati a trovare un accordo sulla gestione dei rispettivi diritti e doveri e dunque di accordarsi sull'esercizio della responsabilità genitoriale. Un tale accordo tra i titolari di responsabilità genitoriale ben potrebbe anche condurre all'esercizio della stessa da parte di uno solo dei genitori, secondo quanto stabilito dal principio 3:15, a); ad ogni modo, sia l'accordo sull'esercizio congiunto che quello sull'esercizio individuale della responsabilità genitoriale sono subordinati al rispetto del miglior interesse del minore. Ne consegue che l'autorità competente dovrebbe partire da quest'ultimo nell'analisi dell'accordo. In caso di mancato raggiungimento di detto accordo, il principio 3:14 stabilisce che i genitori possono rivolgersi all'autorità competente, ove la questione sia rilevante. In tal caso, l'autorità competente deve prima tentare di mediare tra le parti. L'autorità competente dovrà confarsi, come detto, al principio del miglior interesse del minore in ogni caso e dovrà anche prendere in considerazione il comportamento pregresso dei genitori.

La maggior parte dei principi presenti nel capitolo IV, sull'esercizio della responsabilità genitoriale, si basa sul *common core* dei sistemi nazionali e degli strumenti internazionali ed europei. Tuttavia, non è stato possibile individuare un approccio comune relativamente ad alcune casistiche: in relazione al potere dei genitori di agire individualmente nelle questioni ordinarie del quotidiano, nonostante la responsabilità genitoriale congiunta; all'obbligo del genitore che ha agito in situazioni urgenti di informare l'altro senza indugio; alla competenza dell'autorità nel decidere la disputa o autorizzare uno dei genitori titolari di responsabilità genitoriale, in caso di disaccordo tra di loro; all'esercizio di responsabilità genitoriale da parte di

un solo genitore, su decisione di entrambi; e al riconoscimento che la responsabilità genitoriale possa anche essere esercitata da terzi, in aggiunta o in luogo dei genitori. In tutti questi casi è stato applicato l'approccio della "*better law*", volto ad individuare soluzioni che risultassero attuabili e in linea con gli obiettivi della Cefl, nella creazione di un sistema flessibile ed efficiente, basato sull'eguaglianza.¹²⁰

Il mantenimento di relazioni personali tra il figlio e i propri genitori rientra nell'ambito della responsabilità genitoriale e viene stabilito tramite contatti tra gli stessi. Dal momento che il mantenimento delle relazioni personali viene previsto nell'interesse principale del minore, ad esso dovrebbe corrispondere uno specifico diritto e il relativo dovere in capo ai genitori. Dunque, il principio 3:25(1) qualifica espressamente le relazioni personali come un diritto e, così facendo, implicitamente afferma l'esistenza di uno speculare dovere dei genitori in tal senso. Il principio 3:25(2) asserisce che un bambino debba avere anche il diritto a mantenere relazioni personali con familiari diversi dai genitori, e con ciò ci si riferisce principalmente ai nonni, oltre che fratelli e sorelle. Infatti, in questi casi, vi sono legami familiari molto stretti e i nonni possono risultare essenziali per lo sviluppo del minore. Va notato, tuttavia, il principio 3:25(2) non definisce una lista di tali familiari. Il diritto alle relazioni personali con soggetti che non siano i genitori va garantito anche contro la volontà di un genitore o di entrambi; infatti, a tale diritto corrisponde un obbligo, in capo ai genitori, di consentire e agevolare tali rapporti. I principi Cefl non affrontano, però, la questione dell'esistenza o meno di un diritto azionabile da tali soggetti terzi ad avere relazioni personali con i bambini, anche contro la volontà dei loro genitori. Il principio 3:25, par. 3 riconosce anche la possibile esistenza di legami stretti tra i bambini e soggetti terzi pur in assenza di relazioni di parentela. Una grande varietà di soggetti può essere ricompresa in tale categoria (quali matrine e patrigni). In particolare, quando tali soggetti hanno ricoperto funzioni familiari, il mantenimento di relazioni interpersonali con gli stessi è appropriato e generalmente esso è nel miglior interesse del minore. Tuttavia, il principio 3:25, par. 3, afferma solo che "possono" esservi relazioni, non disponendo un obbligo dal momento che le circostanze fattuali e il grado di intensità dei legami potrebbero differire di molto.

¹²⁰ K. BOELE-WOELKI, op. cit. pp. 16 – 19.

Due aspetti meritano di essere analizzati con particolare attenzione quando i genitori si separano o divorziano, e cioè quale sarà la residenza del bambino e a quali condizioni dovrebbe essere possibile trasferirla ad un altro luogo o Stato. Relativamente all'individuazione della residenza del bambino nessun *common core* è stato identificabile. Ciò è dovuto, da un lato, al fatto che vi è una sempre maggiore mobilità delle persone fisiche all'interno dell'Europa; dall'altro, alla considerazione che la responsabilità genitoriale condivisa conduce, in misura crescente, a un'eguaglianza nel rivestire il ruolo di genitori tale da portare a una residenza alternata per il figlio. In quest'area, i principi Cefl forniscono nuove soluzioni che potrebbero costituire le linee guida non solo per il legislatore, ma anche e soprattutto per le corti e per le autorità che si trovano a dover decidere in merito a questioni concernenti la residenza dei minori. Conformemente all'approccio Cefl, sono i genitori a scegliere con chi il bambino risiederà. Se questi non riescono a raggiungere un accordo sulla residenza del minore, allora la questione verrà devoluta all'autorità competente, la quale procederà secondo quanto disciplinato dal principio 3:14. Il principio 3:20, par. 2, riguarda la residenza alternata. Non è esso, però, a stabilire se la residenza alternata debba essere la regola o piuttosto l'eccezione. Infatti, tale principio riconosce solo che essa è possibile quando vi è un accordo a riguardo tra i detentori di responsabilità genitoriale e l'autorità competente approva tale accordo. I criteri che quest'ultima dovrebbe considerare a tal fine sono elementi quali: a) l'età e l'opinione del bambino; b) la capacità e volontà dei genitori di cooperare su questioni che riguardano i figli, e la situazione personale dei genitori; e c) la distanza geografica tra le diverse residenze dei genitori, e tra queste e la scuola del bambino. Nel caso in cui chi detiene la responsabilità genitoriale non riesca a raggiungere un accordo, è contemplata anche la possibilità che la residenza alternata sia decisa dall'autorità competente, ove essa sia nel miglior interesse del minore, alla luce dei fattori di cui al principio 3:20, par. 2. Ad ogni modo, non vi è dubbio che la residenza alternata debba essere possibile solo quando essa sia nel miglior interesse del minore. La lista di fattori offre delle linee guida per esaminare ogni accordo dei genitori riguardante la residenza alternata del bambino e riflettono la preoccupazione della Cefl secondo la quale, nonostante la residenza alternata possa promuovere le relazioni interpersonali con entrambi i genitori, essa possa, altresì, privare il bambino

di un ambiente stabile e rivelarsi, dunque, pregiudizievole per il suo interesse. Comunque, ciascun caso è a sé stante e la decisione finale dovrà essere presa dall'autorità competente. Un altro punto meritevole di attenzione è la volontà di uno dei genitori di modificare la residenza del figlio, entro o al di fuori dei confini nazionali. La Cefl ha deciso di introdurre un apposito principio sul trasferimento della residenza, al fine di rispondere a una sempre maggiore mobilità nella società europea, che è strettamente correlata alla esistenza di una cittadinanza europea. La modifica della residenza del minore, entro o al di fuori dei confini nazionali, è una questione talmente importante da richiedere che l'altro genitore ne venga informato in anticipo. Quando non si giunge a un accordo sul trasferimento della residenza, la questione dovrà essere devoluta, anche in questo caso, all'autorità competente. La scelta dell'autorità competente deve cercare di bilanciare il diritto del bambino al mantenimento di relazioni interpersonali col genitore con il quale non risiede, con i prossimi congiunti e con i soggetti coi quali il minore ha legami stretti e il diritto del genitore convivente col figlio a spostarsi per il perseguimento di un valido scopo (ad esempio per migliorare la propria situazione professionale o per accompagnare il nuovo partner in ossequio alla libertà di movimento). La distanza geografica e l'accessibilità, così come la situazione personale dei titolari di responsabilità genitoriale sono elementi determinanti. Come di consueto, si dovrebbe tenere adeguatamente conto dell'opinione del bambino, avuto riguardo alla sua età e maturità.¹²¹

Relativamente alle questioni procedurali, tutti e cinque i principi del capitolo VIII sono basati sul *common core*. Il principio 3:37, par. 1, sottolinea che il minore deve essere sentito nel corso del procedimento che lo riguarda. Tuttavia, si riconosce l'esistenza di situazioni in cui l'audizione potrebbe essere più pregiudizievole che benefica e laddove l'autorità decida di non sentire il minore, dovrà addurre le ragioni specifiche di questa scelta. Inoltre, il minore deve essere sentito secondo modalità adeguate alla sua età e maturità. Un principio rispondente al *common core* della maggior parte delle giurisdizioni rappresentate nella Cefl è quello secondo il quale deve essere nominato un rappresentante speciale del minore, designato mediante un provvedimento dell'autorità competente o richiesto dal minore purché capace di

¹²¹ Ivi, pp. 19 – 23.

discernimento, in tutti i casi nei quali l'interesse dello stesso potrebbe essere confliggente con quello dei titolari della responsabilità genitoriale, o nei quali il benessere del minore sia comunque a rischio. Infine, il principio 3:39 riguarda l'esecuzione rapida ed effettiva delle decisioni dell'autorità competente, o degli accordi concernenti la responsabilità genitoriale. Questa è la regola principale; tuttavia, in via eccezionale, potrebbe non darsi attuazione alle predette decisioni o accordi, ove manifestamente incompatibili con il miglior interesse del minore.¹²²

A conclusione, i principi sulla responsabilità genitoriale costituiscono un utile quadro di riferimento per ogni legislatore. È stata svolta una ricerca comparativa nel relativo campo, il materiale è stato reso facilmente accessibile e ampiamente diffuso, sono state determinate analogie e differenze, fornendone spiegazioni e, infine, nel valutare le soluzioni, sono stati proposti principi comuni, i quali si fondano sulle conclusioni comparative. Lo scopo ultimo della Cefl verrà raggiunto se, alla fine, il risultato ottenuto acquisirà una significativa autorevolezza tra i numerosi strumenti internazionali ed europei che riguardano il rapporto genitori-figli. Inoltre, attraverso una sperimentazione empirica dei principi attuata in una serie di sistemi legali, si può dimostrare se essi siano senz'altro accettabili, e/o se essi possano essere considerati come un miglioramento delle leggi nazionali esistenti. Si sottolinea, infine, come i principi Cefl sulla responsabilità genitoriale hanno ispirato il legislatore portoghese (*lei do divórcio* 2008), norvegese (*children act* 2010), croato (*family law act* 2013) e ceco (2014). Altresì, anche la relazione del Consiglio d'Europa che accompagna la raccomandazione del 2015 sulla prevenzione e risoluzione delle controversie sul trasferimento dei minori fa riferimento al principio 3:21. Sono attesi ulteriori riferimenti ai principi Cefl.¹²³

5.4 La prima Strategia dell'Unione europea sui diritti delle persone di minore età per il periodo 2021-2024 e le relative Conclusioni del Consiglio dell'UE;

¹²² Ivi, pp. 23 – 24.

¹²³ Ivi, pp. 24 – 25.

Si conclude la disamina sul recepimento del migliore interesse del minore nel sistema dell'Unione Europea con alcune considerazioni sulle prossime attività che verranno realizzate o sono in corso di realizzazione.

Il 24 marzo 2021, la Commissione Europea ha adottato, tramite una Comunicazione indirizzata a Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, la prima "Strategia dell'Unione europea sui diritti delle persone di minore età per il periodo 2021-2024".

La Comunicazione si basa sull'assunto che i diritti delle persone di minore età sono diritti umani e sulla necessità che tutte le azioni poste in essere dall'Unione europea, anche nella sua dimensione esterna, debbano tenere in considerazione il loro migliore interesse. La Strategia tiene conto della Convenzione di New York e dei suoi Protocolli opzionali, nonché della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità e si colloca nel solco di precedenti Comunicazioni della Commissione europea sui diritti dei minorenni nonché nel contesto di cornici normative già esistenti, quali, ad esempio, quella della precedente "Strategia del Consiglio d'Europa sui diritti dei minori" (2016-2021), rinnovata per il periodo 2022-2027.¹²⁴

La Commissione Europea, nell'introduzione della Comunicazione, specifica quella che si ritiene essere l'ambizione generale della presente strategia e ,cioè, «rendere migliore possibile la vita dei minori nell'Unione europea e in tutto il mondo», e prosegue sottolineando i progressi raggiunti nell'ambito della tutela dei diritti dei minori, così recitando: «Mai prima d'ora i minori nell'UE hanno goduto dei diritti, delle opportunità e della sicurezza di oggi»; progressi possibili, in particolare, «grazie alle azioni politiche, alla legislazione e ai finanziamenti dell'UE nell'ultimo decennio, con la collaborazione degli Stati membri». La stessa Commissione prosegue sostenendo che «L'Unione europea ha bisogno di un nuovo approccio globale che rispecchi le nuove realtà e sfide durature. Adottando questa prima Strategia, la Commissione si impegna a porre i minori e il loro migliore interesse al centro delle politiche dell'Ue, attraverso le sue azioni interne ed esterne e in linea con il principio di sussidiarietà. La presente strategia mira a riunire in un quadro globale

¹²⁴ Sito web del Comitato italiano Unicef.

tutti gli strumenti legislativi, politici e di finanziamento dell'Ue nuovi e già esistenti».¹²⁵

La nuova Strategia dell'Unione Europea si articola in sei aree tematiche, ciascuna delle quali delinea le priorità dell'Unione negli anni a venire indicati e suggerisce delle raccomandazioni cui gli Stati membri sono chiamati ad attenersi. Le aree tematiche riguardano: - Partecipazione di ragazzi e ragazze alla vita politica e democratica; - Inclusione socioeconomica, salute ed educazione; - Contrasto alla violenza ai danni dei minorenni e tutela delle persone di minore età; - Giustizia a misura di minorenne; - Dimensione digitale e società dell'informazione; - La dimensione globale, e cioè il rafforzamento di un'Ue che sostiene, protegge e responsabilizza ragazze e ragazzi globalmente, anche durante crisi e conflitti. Alle 6 aree tematiche si aggiunge la prospettiva del rafforzamento trasversale dei diritti delle persone di minore età in tutte le politiche poste in atto dall'Unione.

Tra le azioni chiave dell'Ue prospettate dalla Commissione nella Strategia, vi sono anche l'adozione del *European Child Guarantee*, volta a garantire misure specifiche per minorenni a rischio di povertà o esclusione sociale, nonché la *EU Children's Participation Platform*, entro cui far convergere i meccanismi di partecipazione delle persone di minore età esistenti a livello locale, nazionale e sovranazionale e per coinvolgere ragazze e ragazzi nei processi decisionali dell'Unione europea. A questo proposito, nel febbraio 2021, la Commissione Europea aveva pubblicato il sondaggio "La nostra Europa. I nostri diritti. Il nostro futuro" realizzato in collaborazione con Unicef ed altre quattro Organizzazioni¹²⁶, col fine di orientare i contenuti della Strategia europea, coinvolgendo oltre 10.000 minori tra gli 11 e i 17 anni all'interno e al di fuori dell'Europa.¹²⁷

¹²⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - strategia dell'UE sui diritti dei minori, 24 marzo 2021.

¹²⁶ *ChildFund Alliance, Eurochild, Save the Children e World Vision.*

¹²⁷ Sito web del Comitato italiano Unicef.

La Commissione monitorerà l'attuazione della Strategia a livello Ue e nazionale, e riferirà in merito ai progressi compiuti in occasione del forum europeo annuale per i diritti dei minori.¹²⁸

Il 9 giugno 2022 il Consiglio dell'Unione europea ha emanato le “Conclusioni relative alla strategia dell'UE sui diritti dei minori”.

Nel Preambolo, il Consiglio ricorda che «i minori sono titolari di diritti a pieno titolo», «la protezione e la promozione dei diritti dei minori è un obiettivo fondamentale dell'Unione europea» e che «i diritti dei minori sono diritti umani sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»; sottolinea, inoltre, che «i diritti dei minori sono universali [...] e che l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente in tutte le azioni relative ai minori, siano esse intraprese da autorità pubbliche o da istituzioni private» e che «i diritti dei minori sono diritti fondamentali e, in quanto tali, devono essere integrati in tutte le politiche e normative pertinenti, a livello sia nazionale che dell'Ue, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, tenendo conto delle rispettive competenze esclusive e concorrenti degli Stati membri e dell'Ue nel settore del diritto di famiglia, come previsto dall'articolo 81 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea»;

Il Consiglio dell'Unione europea procede guardando con favore lo sviluppo, la protezione e la promozione dei diritti dei minori nell'Ue e a livello mondiale, come previsto nella strategia globale dell'Ue sui diritti dei minori e accogliendo, con altrettanto favore, l'iniziativa della Commissione volta a integrare la prospettiva dei diritti dei minori in tutte le politiche, in tutta la legislazione e in tutti i programmi di finanziamento pertinenti dell'Ue. Riconosce, poi, il ruolo svolto dai garanti, compresi i garanti per l'infanzia e l'adolescenza, per far sì che siano garantiti i diritti e il migliore interesse dei minori e che questi ultimi facciano sentire la propria opinione.

Successivamente, il Consiglio invita, prima, la Commissione europea a collaborare con gli Stati membri per migliorare la vita di tutti i minori dell'Ue, tenendo conto della strategia dell'Ue sui diritti dei minori, e a supportare gli Stati membri negli sforzi compiuti a livello nazionale per rafforzare le norme relative ai diritti dei minori; invita, poi, in completa osservanza del principio del migliore

¹²⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - strategia dell'UE sui diritti dei minori, 24 marzo 2021.

interesse del minore, gli Stati membri a: - «intensificare gli sforzi [...] volti a prevenire e combattere tutte le forme di violenza contro i minori», in particolare, «rafforzando lo sviluppo, la valutazione e la promozione di sistemi integrati di protezione dei minori in cui tutti i servizi competenti cooperino secondo un approccio coordinato e multidisciplinare, nell'interesse superiore del minore [...]»; - «sviluppare e sostenere l'adeguata attuazione delle garanzie giuridiche dell'Ue per la tutela senza discriminazioni dei diritti fondamentali dei minori in situazioni di crisi o di emergenza, ascoltando e prendendo in considerazione il parere dei minori, in funzione dell'età e del grado di maturità, nel debito rispetto dell'interesse superiore del minore»; - «rafforzare i sistemi giudiziari degli Stati membri, affinché rispettino i diritti di tutti i minori», in particolare, «garantendo che l'interesse superiore del minore sia considerato preminente in tutti i procedimenti giudiziari relativi ai minori».¹²⁹

¹²⁹ Conclusioni del Consiglio dell'Unione europea relative alla strategia dell'UE sui diritti dei minori, 9 giugno 2022.

Capitolo II

INTERPRETAZIONE DEGLI STRUMENTI INTERNAZIONALI ED EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE

SOMMARIO: 1. Commento generale n. 14/2013 del Comitato CRC – 2. Giurisprudenza della corte di giustizia Ue – 3. La sottrazione internazionale e il rimpatrio del minore – 3.1. *Neulinger e Shuruk c. Svizzera; X c. Lettonia* – 4. La maternità surrogata – 4.1. *Paradiso e Campanelli c. Italia* – 4.2. *Labassee c. Francia; Mennesson c. Francia* – 4.3 *D. c. Francia; Valdis Fjölfnisdóttir e altri c. Islanda* – 5. Il migliore interesse del minore nel caso dei minori non accompagnati – 5.1. *Darboe e Camara c. Italia*;

1. **Commento generale n. 14/2013 del Comitato CRC;**

Come già anticipato nel corso del primo capitolo, la seconda parte della Convenzione di New York sancisce l'istituzione di un Comitato dei diritti del fanciullo, il quale, tra le sue competenze, può servirsi dello strumento dei *General Comments*, che non hanno valore vincolante ma svolgono una funzione di guida e di orientamento per i loro destinatari.¹³⁰ A tal fine, il Comitato, composto da 18 esperti indipendenti, pubblica regolarmente la sua interpretazione del contenuto delle norme su questioni tematiche, allo scopo di assistere gli Stati parte nel compimento degli obblighi sanciti dalla Convenzione.

Il 29 maggio 2013 detto Comitato ha adottato il Commento generale n. 14 (CRC/C/GC/14), intitolato “*The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*” e dedicato all’approfondimento dell’art. 3, comma 1, e, cioè, del “principio del migliore interesse del minore” (indicato sempre come “superiore interesse del minorenne” nella traduzione in italiano del Commento in questione), quale uno dei quattro principi fondamentali¹³¹ della Convenzione sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza.

Prima di addentrarsi nelle specificazioni relative al principio offerte dal Comitato, si ritiene doveroso mettere in luce gli obiettivi perseguiti nell’ambito del presente Commento generale. Si segnala, innanzitutto, come con il Commento

¹³⁰ S. SONELLI, op. cit. p. 1379.

¹³¹ Non discriminazione; migliore interesse del minore; diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo del bambino e dell’adolescente; ascolto del minore.

generale si sia voluto «[...] garantire l'applicazione e il rispetto del migliore interesse del minore negli Stati parte della Convenzione» e si sia mirato a definire «[...] i requisiti per la dovuta considerazione, in particolare nell'ambito delle sentenze giudiziarie e amministrative, nonché in altre azioni riguardanti il minore come individuo e in [...] tutte le misure di attuazione, riguardanti i minorenni in generale o come gruppo specifico»¹³². Inoltre, «Il Comitato si attende che il presente Commento generale guidi le decisioni di tutti coloro che si occupano di minorenni, compresi i genitori, e chiunque si prenda cura di loro».¹³³ Ad ogni modo, l'obiettivo principale del presente Commento generale è quello di «[...] rafforzare la comprensione e l'applicazione del diritto dei minorenni a che il proprio superiore interesse sia valutato e tenuto in primaria considerazione o, in alcuni casi, fondamentale». Il suo obiettivo generale, invece, è «[...] promuovere un effettivo cambiamento di atteggiamento che si traduca nel pieno rispetto dei minorenni come titolari di diritti [...]»¹³⁴.

Passando alla disamina del migliore interesse del minore, si evidenzia come il Comitato ritenga che tale principio si riassume in un concetto triplice: in primo luogo, il concetto esprime il diritto («*substantive right*») del minore ad avere i propri interessi valutati e considerati preminenti quando occorre valutare diversi interessi al fine di raggiungere una decisione su una data questione, nonché la garanzia che tale diritto trovi attuazione ogni volta che occorre adottare una decisione che riguardi un minore, un gruppo di minori identificati o non identificati, o i minori come categoria generale¹³⁵; in secondo luogo, il migliore interesse del minore costituisce un principio interpretativo fondamentale («*a fundamental interpretative legal principle*»), in base al quale, allorché una disposizione di legge sia aperta a più interpretazioni, dovrebbe essere scelta l'interpretazione che più efficacemente serva i *best interests of the child*¹³⁶; Infine, il principio costituisce una regola di procedura («*a rule of procedure*»), in quanto, ogni volta che occorre adottare una decisione che interessi i minori, il processo attraverso cui si arriva alla decisione deve includere una valutazione del possibile impatto, sia questo positivo o negativo, che tale

¹³² Punto 10, CRC/C/GC/14.

¹³³ Punto 10, CRC/C/GC/14.

¹³⁴ Punto 12, CRC/C/GC/14.

¹³⁵ Punto 6, lett. a), CRC/C/GC/14.

¹³⁶ Punto 6, lett. b), CRC/C/GC/14.

decisione può avere sul minore o sui minori interessati. Inoltre, dalle motivazioni della decisione deve emergere espressamente il processo valutativo operato dal *decision-maker* a riguardo, inclusi i criteri su cui la decisione si basa e il modo in cui gli interessi del minore sono stati oggetto di bilanciamento con altre considerazioni, siano esse considerazioni generali di *public policy* o considerazioni in ordine ad interessi individuali^{137 138}.

Con riferimento alla natura e all'ambito degli obblighi derivanti dall'art. 3, comma 1, secondo il Comitato, si distinguono tre ordini di obblighi in capo agli Stati che possono essere riassunti come segue: - l'obbligo di assicurare che i *child's best interests* siano appropriatamente integrati e coerentemente applicati in ogni azione delle istituzioni pubbliche che abbia un impatto diretto o indiretto sui minori; - l'obbligo di assicurare che in tutte le decisioni giudiziarie e amministrative così come nelle politiche e nella legislazione concernente i minori l'interesse degli stessi costituisca considerazione primaria; - l'obbligo di assicurare che l'interesse del minore costituisca considerazione primaria anche in decisioni e azioni intervenute nel settore privato¹³⁹. Il Comitato, inoltre, individua un complesso di misure di attuazione che gli Stati sono chiamati a realizzare, tra cui procedere ad una revisione (ed eventuale riforma) della legislazione e delle altre fonti normative, così da incorporarvi l'art. 3, comma 1, ed introdurre meccanismi e procedure di reclamo al fine di assicurare l'osservanza del principio del migliore interesse del minore^{140 141}.

Ancora, il Comitato rileva come il concetto dei *best interests of the child* sia dinamico, complesso, flessibile ed adattabile, e come debba essere declinato caso per caso alla luce della situazione specifica in cui il minore si viene a trovare¹⁴². Il Comitato mostra di disapprovare regolamentazioni rigide quali per esempio quelle che nelle ipotesi di disgregazione del nucleo familiare prevedono automaticamente la responsabilità parentale di entrambi i genitori o di uno solo. Dunque, nelle decisioni che concernono il singolo minore, il suo migliore interesse deve essere valutato e determinato alla luce delle specifiche circostanze e delle sue esigenze. Invece, nelle

¹³⁷ Punto 6, lett. c), CRC/C/GC/14.

¹³⁸ S. SONELLI, op. cit. pp. 1382 – 1383.

¹³⁹ Punto 14, lett. a), b), c), CRC/C/GC/14.

¹⁴⁰ Punto 15, CRC/C/GC/14.

¹⁴¹ S. SONELLI, op. cit. p. 1383.

¹⁴² Punto 32, CRC/C/GC/14.

decisioni di portata generale, come quelle operate dal legislatore, il migliore interesse del minore deve essere valutato e determinato alla luce delle esigenze del particolare gruppo di minori interessato o della categoria in generale. In ogni caso, tali valutazioni e determinazioni devono essere operate in ossequio ai diritti previsti dalle disposizioni della Convenzione e dei suoi protocolli.¹⁴³

Il Comitato prosegue stabilendo che il migliore interesse del minore «[...] deve essere tenuto in primaria considerazione nell'adozione di tutte le misure di attuazione». La formula “deve essere” «pone un forte obbligo giuridico per gli Stati e significa che gli Stati non possono esercitare alcun potere discrezionale in merito al fatto che il superiore interesse del minore debba essere valutato e debba essergli attribuito il giusto peso come considerazione preminente in ogni azione intrapresa»¹⁴⁴. «L'espressione “primaria considerazione” significa che il superiore interesse del minore non può essere considerato allo stesso livello di tutte le altre considerazioni. Questa posizione di forza è giustificata dalla particolare situazione del minore: dipendenza, maturità, stato giuridico e, spesso, assenza di partecipazione. I minorenni hanno meno possibilità rispetto agli adulti di difendere i propri interessi e chi è coinvolto nelle decisioni che li riguardano deve essere esplicitamente consapevole dei loro interessi. Se gli interessi dei minorenni non vengono evidenziati, tendono ad essere trascurati»¹⁴⁵. Inoltre, «in materia di adozione (art. 21, Convenzione di New York), il principio del superiore interesse è ulteriormente rafforzato; non si tratta semplicemente di una “considerazione primaria”, bensì di una «*the paramount consideration*» e quindi considerazione determinante. Infatti, il superiore interesse del minore deve essere il fattore determinante al momento di decidere in merito all'adozione, ma anche su altre questioni»^{146 147}.

Il migliore interesse del minore, una volta valutato e determinato, potrebbe entrare in conflitto con altri interessi o diritti (ad esempio, di altri minorenni, della società, dei genitori, ecc.). I potenziali conflitti tra il migliore interesse di un minore, considerato singolarmente, e quello di un gruppo di minori, di minori in generale o di

¹⁴³ S. SONELLI, op. cit. p. 1383 – 1384.

¹⁴⁴ Punto 36, CRC/C/GC/14.

¹⁴⁵ Punto 37, CRC/C/GC/14.

¹⁴⁶ Punto 38, CRC/C/GC/14.

¹⁴⁷ S. SONELLI, op. cit. p. 1384.

altre persone, devono essere risolti caso per caso, bilanciando accuratamente gli interessi di tutte le parti e trovando un compromesso adeguato («*suitable compromise*»). Qualora l'armonizzazione non sia possibile, le autorità e i decisori dovranno analizzare e valutare i diritti di tutte le parti interessate, tenendo presente che il diritto del minore a che il suo migliore interesse sia tenuto in primaria considerazione, significa che gli interessi del minore avranno massima priorità e non saranno solo una delle molteplici considerazioni. Pertanto, si deve attribuire un peso maggiore a ciò che è meglio per il minore^{148, 149}.

Il Comitato, nell'ambito del cap. IV, B (1, 2 e 3), prosegue mettendo in luce i collegamenti tra il migliore interesse del minore e gli altri principi generali della Convenzione.

Relativamente al migliore interesse del minore in relazione al diritto di non discriminazione *ex art. 2*, il Comitato precisa che: il diritto alla non discriminazione non è solo un obbligo passivo, che vieta ogni forma di discriminazione nel godimento dei diritti ai sensi della Convenzione, ma richiede anche adeguate misure proattive adottate dallo Stato parte atte a riequilibrare una situazione di reale disuguaglianza.¹⁵⁰

Con riguardo al migliore interesse del minore e il diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo *ex art. 6*, il Comitato stabilisce che gli Stati parte devono creare un ambiente che rispetti la dignità umana e garantisca lo sviluppo olistico di ogni minore. Nella valutazione e determinazione del migliore interesse del minore, lo Stato deve garantire il pieno rispetto del suo diritto inerente alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo.¹⁵¹

Infine, relativamente al migliore interesse del minore e il diritto ad essere ascoltato *ex art. 12*, il Comitato sottolinea come la valutazione deve includere il rispetto del diritto di quest'ultimo di esprimere le proprie opinioni liberamente e il diritto a che sia dato il giusto peso a tali opinioni espresse in tutte le questioni che lo riguardano. Ciò è enunciato chiaramente nel Commento generale n. 12 dello stesso Comitato, che evidenzia anche il rapporto di complementarità tra gli articoli 3,

¹⁴⁸ Punto 39, CRC/C/GC/14.

¹⁴⁹ S. SONELLI, *op. cit.* p. 1384.

¹⁵⁰ Punto 41, CRC/C/GC/14.

¹⁵¹ Punto 42, CRC/C/GC/14.

comma 1, e art.12, in quanto, il primo mira a realizzare il migliore interesse del minore, e il secondo sancisce la metodologia da adottare per ascoltare le opinioni del minore in tutte le questioni che lo interessano, inclusa la valutazione del suo migliore interesse. Dunque, l'articolo 3, comma 1, non può essere applicato correttamente se non sono rispettati i requisiti di cui all'articolo 12.¹⁵²

Nel processo di accertamento dell'interesse del minore, i soggetti chiamati a decidere terranno conto di vari elementi dei quali il Comitato non fornisce un elenco esaustivo né gerarchicamente articolato, bensì aperto, salvo sottolineare che «[...] gli elementi che sono in contrasto con i diritti sanciti dalla Convenzione, o che avrebbero un effetto contrario ai diritti ivi previsti, non possono essere considerati validi nella valutazione di ciò che è meglio per un minore/per dei minorenni»¹⁵³. In tale elenco figura la necessità di tener conto e dare adeguato peso al punto di vista del minore, nonché il diritto dello stesso di preservare la propria identità. Pur riconoscendo che i valori religiosi e culturali e le tradizioni devono essere prese in considerazione come parte dell'identità del minore, il Comitato ribadisce che l'identità culturale non può giustificare la perpetuazione di tradizioni o valori che negano al minore o ai minori i diritti garantiti dalla Convenzione. Nell'elenco degli elementi che concorrono alla valutazione dei *best interests*, figurano altresì la preservazione dell'ambiente familiare e delle relazioni, il benessere complessivo e la sicurezza del minore, le situazioni di vulnerabilità (quali disabilità o appartenenza a minoranze, stato di rifugiato, ecc.), il diritto alla salute, il diritto all'istruzione. Il Comitato ribadisce, ancora una volta, come tale valutazione debba esser fatta caso per caso, tenendo presente che non sempre gli elementi individuati saranno tutti rilevanti né avranno lo stesso peso in tutte le circostanze. Inoltre, potranno talora essere in conflitto tra loro e richiedere, dunque, un bilanciamento al fine di pervenire ad una soluzione che sia nel migliore interesse del fanciullo^{154 155}.

Per assicurare il diritto del minore ad avere i propri interessi oggetto di considerazione primaria, occorre che siano introdotte e seguite determinate

¹⁵² Punto 43, CRC/C/GC/14.

¹⁵³ Punto 51, CRC/C/GC/14.

¹⁵⁴ Punto 50, CRC/C/GC/14.

¹⁵⁵ S. SONELLI, op. cit. p. 1384 – 1385.

procedure e garanzie procedurali¹⁵⁶. In particolare, gli Stati devono porre in essere procedure oggettive e trasparenti per le decisioni che spettano al legislatore, ai giudici, alle autorità amministrative, specie in quelle aree che interessano in modo diretto i minori, intesi individualmente o come categoria generale¹⁵⁷. Particolare attenzione occorre, poi, rivolgere alle seguenti garanzie: - il diritto del minore ad esprimere i suoi punti di vista direttamente o tramite un proprio rappresentante; - la raccolta e verifica, da parte di soggetti qualificati, degli elementi di fatto e delle informazioni necessarie alla valutazione; - il controllo e la prioritizzazione dei tempi per cui occorre che le procedure o i processi che riguardano i minori siano dotati di priorità ed espletati nei tempi più brevi possibili e che decisioni concernenti la cura, il collocamento od altre misure siano suscettibili di riesame; - l'impiego e il coinvolgimento nel processo valutativo di personale dotato di competenze specializzate; - la garanzia di un rappresentante speciale del minore nei procedimenti giudiziari o amministrativi, qualora sia ravvisabile un potenziale conflitto di interessi rispetto ad altre parti che ne abbiano la rappresentanza legale; - requisiti particolari e stringenti di motivazione delle decisioni al fine di dimostrare che è stato rispettato il diritto del minore a vedere i suoi *best interests* valutati e assunti come considerazione primaria; - meccanismi di impugnazione e di riesame delle decisioni.¹⁵⁸

A conclusione del Commento, il Comitato torna a riferirsi agli Stati, raccomandando di diffondere ampiamente la presente opera a Parlamenti, Governi e Magistratura, stabilendo, altresì, che esso dovrebbe anche essere portato alla conoscenza di minori, di tutti i professionisti che lavorano per e con i minori e della società civile in generale. Inoltre, esso dovrebbe essere incluso nella formazione preliminare e durante il servizio di tutti i professionisti interessati e del personale tecnico.¹⁵⁹ Infine, è stabilito che gli Stati, nelle loro relazioni periodiche al Comitato, «[...] dovrebbero includere informazioni sulle difficoltà che si trovano ad affrontare e sulle misure adottate per applicare e rispettare il superiore interesse del minorenne in tutte le decisioni giudiziarie e amministrative e in altre azioni riguardanti il

¹⁵⁶ Punto 85, CRC/C/GC/14.

¹⁵⁷ Punto 87, CRC/C/GC/14.

¹⁵⁸ S. SONELLI, op. cit. p. 1385 – 1386.

¹⁵⁹ Punto 100, CRC/C/GC/14.

minorenne come individuo, nonché in tutte le fasi dell'adozione di misure di attuazione riguardanti i minorenni in generale o come gruppo specifico».¹⁶⁰

Su quanto le indicazioni del Comitato possano ritenersi atte ad entrare in un circuito di interazione e dialogo con riferimento alle corti nazionali e sovranazionali, la dottrina ha rilevato una ridotta propensione dei tribunali nazionali a riferirsi (almeno espressamente) ai commenti generali, quali strumenti di ausilio interpretativo delle disposizioni della Convenzione di New York. Tale scarsa propensione viene ricondotta a diversi fattori, tra cui la mancata diffusione, gli ostacoli linguistici, ma anche il tenore linguistico-concettuale che talora connota tali atti. Si fa presente, a tal proposito, che i membri del Comitato rappresentano un team multidisciplinare, costituendo ciò un fattore positivo e propulsivo nella individuazione di obiettivi di *policy* generali, ma rappresentando anche un problema sul piano della formulazione di concetti ed indicazioni in contesti strettamente giuridici, riscontrandosi, infatti, molteplici difetti di elaborazione e rigore concettuale che possono minare l'autorevolezza del Comitato quale interlocutore delle istituzioni pubbliche a livello nazionale e non, e dei giudici *in primis*. Un maggior rigore nella formulazione delle indicazioni rivolte agli Stati e agli operatori nazionali certo favorirebbe una loro più diffusa considerazione quali ausili interpretativi.¹⁶¹

Si ribadisce, infine, come, invece nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la Convenzione di New York e il principio del migliore interesse del minore, incorporato nel suo art. 3, comma 1, hanno costituito riferimento sempre più ricorrente, essendovi riferimenti espliciti al Commento generale n. 14 e ad alcune indicazioni che da esso promanano.¹⁶²

2. L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea;

Dopo avere valutato il quadro normativo dell'Ue nell'ambito del primo capitolo, si può ora esaminare la giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle questioni coinvolgenti la posizione di un minore di età al cospetto della normativa

¹⁶⁰ Punto 101, CRC/C/GC/14.

¹⁶¹ S. SONELLI, op. cit. p. 1386 – 1387.

¹⁶² Ivi, p. 1392.

europea. La lettura di questa giurisprudenza offre risultati molto interessanti, perché evidenzia come la Corte di Giustizia, come anticipato, faccia un utilizzo del principio del migliore interesse notevolmente misurato dal punto di vista quantitativo, omettendo addirittura di servirsene in alcune importanti occasioni e quasi di *low profile* dal punto di vista qualitativo. La giurisprudenza di rilievo per questo studio può essere divisa in due filoni: innanzitutto, si ha un gruppo di sentenze nel quale la Corte di Giustizia mantiene consapevolmente un rigoroso silenzio sul principio dei *best interests* di cui al comma 2 dell'art. 24 della Carta di Nizza; ci sono, poi, le sentenze in cui il principio *dei best interests* trova spazio negli argomenti della Corte, ma anche in queste pronunce essa mantiene un equilibrio e una moderazione che difficilmente si ritrovano nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo la quale, come si è visto, attinge invece al principio con grande libertà. In qualche caso, inoltre, nella giurisprudenza di Lussemburgo il principio del migliore interesse è richiamato come fondamento e insieme limite degli altri due diritti del minore parimenti assicurati dall'art. 24 della Carta (il diritto all'ascolto, comma 1, e il diritto a intrattenere relazioni regolari con i propri genitori, comma 3) e viene a trovarsi così identificato o meglio oggettivizzato, in quei due diritti, perdendo quelle caratteristiche di estrema soggettività e indeterminatezza che in altri contesti i suoi critici gli attribuiscono. Inoltre, la Corte di Giustizia non pone mai il principio dei *best interests* in una posizione di superiorità su altri beni e diritti, né tantomeno gli assegna un valore assoluto e incompressibile, bensì accetta che esso entri in bilanciamento con altri diritti e interessi di pari rango. Tutto ciò appare perlomeno paradossale, se si pensa che la Corte di Lussemburgo dispone del principio del migliore interesse del minore come parametro "costituzionale" espresso, al contrario della Corte di Strasburgo, e che dunque è realmente tenuta a utilizzarlo sia come strumento interpretativo, sia come vero e proprio limite agli atti normativi dell'Unione e degli Stati membri quando agiscono in esecuzione del diritto dell'Unione.¹⁶³

L'esame della giurisprudenza può quindi iniziare dalle sentenze che vedono la Corte di Giustizia tacere del tutto sul principio, anche laddove sarebbe stato naturale e scontato trovarlo richiamato in motivazione, o addirittura posto a fondamento della

¹⁶³ E. LAMARQUE, op. cit. pp. 125 – 126.

stessa soluzione della questione pregiudiziale. La rassegna che segue, lungi da ogni pretesa di completezza, è soltanto esemplificativa, abbracciando casi davvero noti, tutti posteriori all'adozione della Carta di Nizza.

Anzitutto, si segnala la nota *sentenza Garcia Avello* del 2003¹⁶⁴, sul diritto dei figli minorenni di mantenere il doppio cognome che hanno assunto in forza del diritto e della tradizione di uno degli Stati membri di cui sono cittadini anche qualora le autorità amministrative dello Stato membro in cui risiedono, e di cui sono parimenti cittadini, vi si oppongano. Qui la Corte di Giustizia ha richiesto il mantenimento del doppio cognome appoggiandosi al divieto di discriminazione sulla base della nazionalità. Essa, dunque, non ha fatto entrare in gioco né il diritto fondamentale di ogni persona al proprio nome, né tantomeno, cosa che qui interessa, la necessità di tutelare la situazione personale e familiare delle persone minori di età delle quali si discuteva, ignorando così il cenno al principio del migliore interesse del minore di cui all'art. 3 della Convenzione di New York formulato dall'avvocato generale nelle sue conclusioni. Si sottolinea, poi, la ancor più nota *sentenza Pupino* del 2005¹⁶⁵, in materia di incidente probatorio per l'assunzione anticipata della deposizione di bambini vittime di maltrattamenti, nella quale la Corte di Giustizia ha sancito l'obbligo di interpretare il codice di procedura penale italiano in senso conforme alla decisione quadro relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, e dunque di acquisire la deposizione delle vittime minorenni, particolarmente vulnerabili, secondo modalità che permettano di garantire loro un livello di tutela adeguato. Anche qui la Corte di Giustizia ha ommesso ogni riferimento al principio del migliore interesse, e ciò appare ancora più sorprendente perché questa volta l'avvocato generale aveva fatto esplicito riferimento sia a numerose norme internazionali, tra cui sempre l'art. 3 della Convenzione di New York, sia, e parallelamente, all'art. 24 della Carta di Nizza. Tra l'altro, la Corte di Giustizia mantiene la medesima linea argomentativa, e continua quindi a omettere ogni cenno alla specifica posizione del minore, anche nella successiva pronuncia sullo stesso argomento promossa su rinvio pregiudiziale del medesimo giudice italiano, la

¹⁶⁴ *Corte Giust., sent. 2 ottobre 2003, causa C-148/02, Garcia Avello.*

¹⁶⁵ *Corte Giust., sent. 16 giugno 2005, causa C-105/03, Pupino.*

sentenza X del 2011¹⁶⁶, in relazione alla quale le conclusioni dell'avvocato generale¹⁶⁷ si soffermavano con ancora maggiore insistenza sull'art. 24 della Carta, e in particolare sul diritto all'ascolto dei minori sancito al suo comma 1, evidenziandone la sua "dimensione processuale", e sottolineavano la necessità di interpretare la stessa decisione quadro in conformità ai diritti sanciti dalla Carta, a nulla rilevando la circostanza che tale atto normativo comunitario fosse stato approvato in data anteriore all'entrata in vigore della Carta stessa.¹⁶⁸

Ancora, sui significativi silenzi della Corte di Giustizia sul principio del migliore interesse del minore, risultano essere interessanti alcune sentenze della "saga della cittadinanza europea". In queste sentenze emerge con estrema chiarezza che secondo la Corte di Giustizia sono eccezionali soltanto le situazioni che vedono come protagonisti cittadini europei in tenera età, bisognosi della presenza continua di persone che si prendano cura di loro, e in particolare dei loro genitori (non cittadini europei), i quali non possono essere allontanati dal territorio dell'Unione perché ciò costringerebbe i minori a seguirli, facendo perdere loro tutte le prerogative collegate alla cittadinanza europea. In tali sentenze sorprendentemente non si ritrova mai né un riferimento al principio del migliore interesse di cui all'art. 24, comma 2 della Carta né un richiamo al comma 3 dello stesso articolo che richiede che ai figli minori siano sempre garantiti contatti regolari e costanti con i genitori. La tappa più nota della saga della cittadinanza europea che porta ad espandere la portata dell'art. 20 Tfu¹⁶⁹

¹⁶⁶ *Corte Giust., sent. 21 dicembre 2011, causa C-507/10, X.*

¹⁶⁷ Conclusioni dell'avv. gen. Villalòn del 20 ottobre 2011, parr. 46-49.

¹⁶⁸ E. LAMARQUE, op. cit. pp. 126 – 128.

¹⁶⁹ Art 20, TFUE: «1. È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce. 2. I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati. Essi hanno, tra l'altro: a) il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri; b) il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiedono, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato; C 326/56 IT Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 26.10.2012 c) il diritto di godere, nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui hanno la cittadinanza non è rappresentato, della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato; d) il diritto di presentare petizioni al Parlamento europeo, di ricorrere al Mediatore europeo, di rivolgersi alle istituzioni e agli organi consultivi dell'Unione in una delle lingue dei trattati e di ricevere una risposta nella stessa lingua. Tali diritti sono esercitati secondo le condizioni e i limiti definiti dai trattati e dalle misure adottate in applicazione degli stessi».

è l'innovativa *sentenza Zambrano* del 2011¹⁷⁰, nella quale la Corte di Giustizia ritenne che i due bambini in tenera età che non avevano mai esercitato il proprio diritto alla libera circolazione, cittadini dell'Unione e figli di un genitore cittadino di uno Stato terzo, non potevano comunque essere privati del godimento reale ed effettivo dei diritti connessi al loro *status*, e cioè essere costretti, di fatto, ad abbandonare il territorio dell'Unione a seguito della decisione di uno Stato membro che negasse al padre il soggiorno e il permesso di lavoro. Talmente forte e assorbente è fin da questa prima occasione il richiamo ai diritti connessi alla cittadinanza che non trova alcuno spazio, né nella sentenza né nelle conclusioni dell'avvocato generale, il richiamo all'articolo della Carta di Nizza relativo ai diritti del minore, che una diversa linea argomentativa avrebbe invece potuto fare emergere, perlomeno come argomento *ad adiuvandum*.¹⁷¹

Volendo azzardare una spiegazione ad un simile rigoroso e perdurante silenzio sul principio dei *best interests* si devono attenzionare le conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi¹⁷² formulate in relazione alla *sentenza Alokpa* del 2013¹⁷³, anch'essa della saga sulla cittadinanza europea, e nella quale, continuando a tacere sul principio del migliore interesse del minore, si ripeté l'impostazione della *sentenza Zambrano* e si rimise al giudice del rinvio il compito di valutare se, nel caso di specie, si fosse potuto concedere in via eccezionale alla madre dei due minori coinvolti, cittadina del Togo, un permesso di soggiorno nel territorio dello Stato membro qualora la mancata concessione avesse pregiudicato l'effetto utile della cittadinanza dell'Unione di cui godevano i suoi figli. Secondo l'Avvocato generale, infatti, il suggerimento formulato dal giudice nazionale del rinvio, il quale chiedeva di ignorare, in nome proprio del principio del migliore interesse del minore stabilito dalla Carta di Nizza, le condizioni limitative della circolazione e del soggiorno di due cittadini europei in tenera età previste dall'art. 7 della direttiva 2004/38 allo scopo di attribuire un diritto di soggiorno alla loro madre, non avrebbe potuto essere accolto semplicemente perché ciò avrebbe condotto a modificare le competenze e i compiti dell'Unione europea definiti dai Trattati, in violazione delle regole relative all'ambito

¹⁷⁰ Corte Giust., Grande Sezione, sent. 8 marzo 2011, causa C-34/09, Ruiz Zambrano.

¹⁷¹ E. LAMARQUE, op. cit. pp. 130 – 132.

¹⁷² Conclusioni dell'avv. gen. Mengozzi del 21 marzo 2013, par. 35.

¹⁷³ Corte Giust., sent. 10 ottobre 2013, causa C-86/12, Alokpa.

di applicazione della Carta di cui all'art. 51, comma 2, della Carta stessa. A questo punto, risulta chiaro cosa sta dietro ai silenzi della Corte di Giustizia sul principio dei *best interests* e, in generale, sui diritti dei minori. Questi si distinguono per la loro facile retorica, per un innegabile potenziale eversivo, per una forza dirompente capace, solo volendolo, di scardinare regole codificate e interi istituti; tuttavia, utilizzare i diritti dei minori per dilatare le competenze dell'Unione, comprimendo la sovranità degli Stati membri, è un azzardo troppo rischioso, perché la stessa Carta dei diritti, come si sa, non ammette di essere invocata per introdurre nuove competenze o nuovi compiti per l'Unione. Su tali diritti, dunque, è sempre prudente e opportuno per la Corte di Giustizia tacere quando possono venire in gioco principi più adatti a servire la causa dell'integrazione europea, come è emblematicamente il caso della cittadinanza dell'Unione di cui all'art. 20 Tfu.¹⁷⁴

Si perviene, adesso, alle tutt'altro che numerose pronunce della Corte di Giustizia che richiamano il principio dei *best interests*. Vi è da dire, innanzitutto, che molto spesso il principio è utilizzato non tanto perché contenuto nella Carta di Nizza, e quindi in un atto normativo sovraordinato a quello che la Corte di Giustizia è chiamata nel singolo caso a interpretare, quanto piuttosto perché è un criterio presente nello stesso atto normativo di diritto derivato che viene in rilievo in quel momento. In questi casi, quindi, il richiamo all'art. 24, comma 2, della Carta è soltanto indiretto in quanto la Corte di Giustizia procede ad una semplice interpretazione sistematica dell'atto normativo di diritto derivato, cercando una coerenza tutta interna all'atto stesso e leggendo la disposizione da interpretare alla luce delle altre presenti nel medesimo atto normativo, tra le quali compare, appunto, anche il principio del migliore interesse. Emblematiche sono alcune pronunce in tema di sottrazione internazionale di minori, in cui la Corte di Giustizia attinge principalmente al principio del migliore interesse del minore enunciato nello stesso Regolamento Bruxelles II, sia nei suoi "Considerando" sia in diverse sue disposizioni, e a volte senza neppure affiancarvi il richiamo all'art. 24, comma 2, della Carta. È chiaro che un'interpretazione sistematica svolta per intero al livello del diritto derivato non può dare luogo a una giurisprudenza creativa come quella che si avrebbe assumendo il principio del migliore interesse del minore come norma

¹⁷⁴ E. LAMARQUE, op. cit. pp. 133 – 134.

sovraordinata di livello sostanzialmente “costituzionale”. Il risultato di questo modo di procedere è una giurisprudenza essenzialmente conservativa delle norme esistenti e solo a tratti moderatamente innovativa.¹⁷⁵

Passando alle sentenze che richiamano l’art. 24, comma 2, della Carta di Nizza, alcune volte il principio dei *best interests* è preso in considerazione non in sé e per sé, ma piuttosto quale fondamento e, insieme, limite del diritto del minore a intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, enunciato al comma 3 del medesimo articolo, oppure dell’altro diritto del minore, di cui al comma 1, a ch  la propria opinione sia ascoltata e presa in considerazione. Interessanti, ai fini del presente lavoro, sono le note *sentenze Detic ek, Povse* e *J. McB* del 2010, perch  confermano che nella giurisprudenza della Corte di Giustizia il principio dei *best interests* tende a oggettivizzarsi, a perdere di indeterminatezza, agendo principalmente come fondamento e limite degli altri due diritti del minore enunciati dalla Carta. In tutte e tre le sentenze, infatti, si afferma che “uno di tali diritti fondamentali del minore   quello, sancito dall’art. 24, comma 3, della Carta, di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, il rispetto del quale si identifica innegabilmente con un migliore interesse di qualsiasi minore”. Ne consegue, nella *sentenza Detic ek*¹⁷⁶ che il trasferimento illecito di un minore in uno Stato diverso non pu  valere a spostare sui giudici di quello Stato il potere di adottare una misura che implichi il mutamento della responsabilit  genitoriale perch  ci  si tradurrebbe in un inammissibile rafforzamento della posizione del genitore responsabile del trasferimento illecito e, soprattutto, nella privazione, per il minore, della possibilit  di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con l’altro genitore. Analogamente, la *sentenza Povse*¹⁷⁷ ricorda che il regolamento Bruxelles II “mira a dissuadere dal commettere sottrazioni di minori tra Stati membri e, in caso di sottrazione, a ottenere che il ritorno del minore sia effettuato al pi  presto”. Ne consegue che il trasferimento illecito del minore non deve comportare lo spostamento della competenza dai giudici dello Stato membro in cui il minore aveva la residenza abituale nemmeno nell’ipotesi in cui, a seguito del trasferimento, il minore abbia poi acquisito la residenza abituale nell’altro

¹⁷⁵ Ivi, pp. 136 – 137.

¹⁷⁶ Corte Giust., sent. 23 dicembre 2009, causa C-403/09 PPU, *Detic ek*.

¹⁷⁷ Corte Giust., sent. 1  luglio 2010, causa C-211/10 PPU, *Povse*.

Stato membro. Una simile conclusione, ricorda la Corte di Giustizia, “discende dalla sistematica del Regolamento e risponde altresì agli interessi del minore” e, aggiunge, vale anche nel caso in cui il giudice competente abbia adottato una decisione solo provvisoria, e non definitiva, sull’affidamento del minore, proprio perché il diritto di quest’ultimo di intrattenere regolari rapporti personali con entrambi i genitori prevale sugli eventuali inconvenienti che il suo ritorno forzato nel primo Stato e ogni altro eventuale successivo spostamento potrebbero provocare. La *sentenza J. McB*¹⁷⁸ stabilisce che il Regolamento Bruxelles II non osta alla normativa di uno Stato membro che subordini l’acquisizione, da parte del padre naturale di un minore, del diritto di affidamento sul figlio al previo ottenimento di una decisione del giudice nazionale in questo senso. Tale assetto, infatti, secondo la Corte, permette di tenere conto dell’interesse del minore e, segnatamente, di assicurare il suo diritto a mantenere relazioni con entrambi i genitori, perché consente al giudice nazionale competente “di prendere una decisione sull’affidamento del minore e sul diritto di visita alla luce di tutti i dati pertinenti”, quali “le circostanze della nascita del minore, la natura del rapporto tra i genitori e del rapporto tra ciascun genitore e il minore stesso nonché l’attitudine di ciascun genitore ad assumere l’onere dell’affidamento”. Nella *sentenza Aguirre Zarraga*¹⁷⁹, sempre del 2010, infine, l’interesse del minore di cui al comma 2 dell’art. 24 della Carta agisce contemporaneamente come fondamento e come limite dell’altro diritto previsto dallo stesso articolo, al comma 1, quello di essere ascoltato. Nell’occasione, infatti, la Corte di Giustizia impone di interpretare il Regolamento Bruxelles II alla luce di entrambe quelle previsioni della Carta, e dunque richiede che il giudice disponga l’audizione del minore illecitamente sottratto, precisando tuttavia che “pur rimanendo un diritto del minore, l’audizione non può costituire un obbligo assoluto, ma deve essere oggetto di una valutazione delle esigenze legate al migliore interesse del minore in ogni caso di specie”. È importante notare che anche questa volta la soluzione finale presentata dalla Corte di Giustizia non è eversiva, e cioè non fa saltare i meccanismi rigidi sulla competenza giurisdizionale previsti dal Regolamento proprio a tutela della posizione dei minori sottratti che, anzi, ne escono rafforzati. La Corte afferma, infatti, che l’accertamento

¹⁷⁸ *Corte Giust., sent. 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, J. McB.*

¹⁷⁹ *Corte Giust., sent. 22 dicembre 2010, causa C-491/10 PPU, Aguirre Zarraga.*

della sussistenza della violazione del diritto fondamentale del minore a essere sentito compete sempre esclusivamente ai giudici dello Stato membro di origine. Di conseguenza, il giudice dello Stato membro dell'esecuzione resta sempre tenuto a eseguire il provvedimento rilasciato dal giudice dello Stato membro di origine, e ciò anche se ritiene che tale provvedimento sia viziato da una grave violazione di quel diritto fondamentale. Nella giurisprudenza di Lussemburgo, dunque, il principio in argomento assume tratti ben diversi da quelli assunti nella giurisprudenza di Strasburgo, ed arriva ad assumere connotati più oggettivi, fino a identificarsi con i due diritti del minore enunciati nel medesimo art. 24 della Carta. In questo modo, evidentemente, il principio del migliore interesse del minore vede quasi completamente disinnescato il suo potenziale esplosivo, perché nel momento in cui perde ogni ambiguità esso perde anche la possibilità, che lo caratterizza nella giurisprudenza di Strasburgo, di agire negli ambiti più disparati e di produrre risultati a priori imprevedibili. Sono molto poche, in definitiva, le sentenze nelle quali la Corte di Giustizia fa un uso creativo del principio. Raro elemento di consonanza tra la Corte di Lussemburgo e la Corte di Strasburgo si ha, tuttavia, sotto il profilo dell'importanza del fattore tempo nell'azione pubblica come elemento dei *best interests of the child*.¹⁸⁰

3. La sottrazione internazionale e il rimpatrio del minore;

Si attenziona, adesso, il fenomeno della “sottrazione internazionale del minore”, intendendosi per tale la situazione in cui un minore viene illecitamente condotto all'estero da chi non esercita la potestà esclusiva e senza alcuna autorizzazione o non viene ricondotto nel Paese di residenza abituale a seguito di un soggiorno all'estero.¹⁸¹ Secondo l'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 1980, un trasferimento o il mancato rientro di un minore è ritenuto illecito «[...] quando avviene in violazione dei diritti di custodia assegnati in base alla legislazione dello Stato nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro [...]».¹⁸² Tale fenomeno si verifica, di

¹⁸⁰ E. LAMARQUE, op. cit. pp. 139 – 144.

¹⁸¹ Sito web del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale.

¹⁸² Art. 3, Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori.

solito, nel contesto di una separazione conflittuale in coppie miste (in aumento in Italia secondo i dati Istat), e cioè quelle nelle quali i genitori hanno diversa nazionalità. In questi casi, il conflitto della coppia, può causare il “rapimento” del figlio da parte del genitore straniero, che torna nel suo Stato d’origine portando con sé il minore, allontanandolo da quello della sua residenza abituale. La sottrazione internazionale del minore non solo mette in grave pericolo sicuramente la continuità dell’esercizio genitoriale, ma costringe il bambino a numerosi cambiamenti connessi al suo trasferimento e, in particolare riguardo, la sua situazione familiare e relazionale nonché abitativa. In base a quanto detto, risulta chiaro che queste situazioni familiari gravemente disfunzionali sono foriere di abuso psicologico di cui è vittima il minore, il quale il più delle volte costituisce così un oggetto completamente passivo del rapimento da parte del proprio genitore.¹⁸³ Ancora, secondo parte della dottrina, altro fattore determinante che contribuisce al verificarsi della sottrazione internazionale di minore è il caso di violenza subita dal minore nel contesto familiare da parte di un genitore, circostanza che talvolta induce l’altro alla fuga col minore. In questo ambito, l’importanza del principio dei *best interests of the child* è destinata ad aumentare per ovvie ragioni. È la Convenzione dell’Aja (*infra*) a stabilire che il principio del migliore interesse del minore, oltre che da principio generale ispiratore della materia, funzioni anche da “correttivo”, stabilendo talune circostanze ostative al rimpatrio agli artt. 12, 13 e 20.

La sottrazione internazionale di minori è disciplinata, a livello internazionale, dalla Convenzione dell’Aja del 1980, ratificata dall’Italia con legge 15 gennaio 1994 n. 64.¹⁸⁴ Tale Convenzione è dedicata agli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori e vincola più di ottanta paesi, prefiggendosi di contrastare il fenomeno della sottrazione dei minori di sedici anni, imponendo agli Stati parte di disporre il rientro immediato del minore nello Stato di residenza abituale. In sostanza, la Convenzione impone di ristabilire lo *status quo* quando la sottrazione dal (o il non ritorno al) luogo di residenza abituale siano avvenuti senza il consenso preventivo, o anche successivo, di chi esercita in modo effettivo, individualmente o

¹⁸³ M. TAFÀ, *The best interest of the child*, in M. BIANCA (a cura di), Sapienza Università Editrice, 2021, pp. 1361 – 1362.

¹⁸⁴ *Ivi*, p. 1363.

congiuntamente con altri, il diritto di custodia o di affidamento secondo i termini definiti negli art. 3 (*supra*), 5¹⁸⁵ e 13 (*infra*).¹⁸⁶

L'intera Convenzione è improntata alla tutela dell'interesse del minore e tale principio compare sia quale principio generale ed astratto sia nella funzione di standard giudiziario per la definizione del caso concreto. In riferimento alla sua enunciazione astratta, nel preambolo della Convenzione emerge che un generale interesse del minore è «[...] di rilevanza fondamentale in tutte le questioni pertinenti alla sua custodia»¹⁸⁷. Nella sua funzione di standard giudiziario, invece, gli artt. 12 e 13 si riferiscono all'interesse del minore come un principio al quale il giudice dovrà attenersi per la decisione dei casi concreti in cui la regola generale del rientro del minore non possa ritenersi applicabile. Secondo l'art 12, la richiesta di rimpatrio del minore deve essere presentata entro l'anno dal trasferimento (o del mancato ritorno) e, una volta rispettato tale termine e verificati i presupposti per l'adozione del provvedimento (artt. 3, 8, 14 e 15 della Convenzione dell'Aja), il giudice adito dovrà ordinare il ritorno immediato nel termine di sei settimane. L'art. 12 prosegue stabilendo che il ritorno deve essere ordinato anche se la richiesta è presentata dopo il termine di un anno; tuttavia, l'integrazione del minore nel nuovo ambiente sociale assume, in questo caso, la rilevanza di motivo ostativo del provvedimento. Altre due cause di diniego sono previste dall'art. 13: 1) opposizione del minore al ritorno, quando è opportuno tener conto della sua opinione in considerazione della sua età e del suo grado di maturità; 2) esistenza di un fondato rischio che il ritorno provochi un danno fisico o psichico al minore, o comunque lo ponga in una situazione intollerabile. Si noti, però, che già a quest'ultimo riguardo è bene anticipare che interviene il Regolamento Bruxelles II-bis con una disposizione (art. 11, par. 4) modificativa del disposto della Convenzione, stabilendo che i rischi di un danno al

¹⁸⁵ Art. 5, Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori: «Ai sensi della presente Convenzione: - 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; - il "diritto di visita" comprende il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo».

¹⁸⁶ L. MARI, *L'interesse superiore del minore nel quadro dello spazio giuridico europeo (a proposito di recenti casi di sottrazione internazionale di minori)*. Studi Urbinati, A - Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche, 63, 2013, p. 106.

¹⁸⁷ Preambolo, Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori.

minore non possono essere invocati se viene dimostrato che sarà adeguatamente protetto dopo il suo ritorno. Rileva infine, quale circostanza ostativa al rimpatrio, anche l'art. 20, che prevede che «il ritorno del minore [...] può essere rifiutato, nel caso che non fosse consentito dai principi fondamentali dello Stato richiesto relativi alla protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»¹⁸⁸.¹⁸⁹ In base a quanto detto, risulta che l'art. 13, ed in particolare la lett. b), è la disposizione chiave, in quanto affida ai giudici la valutazione della situazione concreta, dovendo gli stessi accertare se esista un pregiudizio tale da giudicare non consigliabile il ritorno del minore nello Stato di residenza abituale o valutare se il minore sottratto abbia raggiunto un grado di maturità tale da poter tenere in considerazione la sua opinione riguardo al luogo in cui risiedere. Si segnala, tuttavia, che la decisione relativa alla sottrazione del minore non riguarda il merito del diritto di affidamento, che sarà deciso dallo Stato in cui risiede abitualmente lo stesso, ma persegue l'obiettivo di ripristinare lo *status quo* restituendo la parola al giudice considerato competente dal sistema dell'Aja.

Nell'ambito dell'Unione europea, gli istituti e le regole procedurali stabiliti dalla Convenzione si coordinano con la disciplina del Regolamento 2201/2003, conosciuto come Bruxelles II-bis che, all'art. 11, si occupa di “sottrazione intercomunitaria”. L'obiettivo della disciplina del Regolamento, al pari di quello della Convenzione, è di ottenere il ritorno del minore nel più breve tempo possibile, lasciando, ad un momento successivo, la decisione in materia di affidamento. La procedura e le condizioni fissate dalla Convenzione per l'emanazione dell'ordine di rimpatrio restano sostanzialmente inalterate e ad esse deve farsi riferimento anche nell'ambito di applicazione del Regolamento. Da notare è che le disposizioni del Regolamento e della Convenzione possono anche trovarsi in contrasto, e, in questo caso, si segnala come il Regolamento si pone come prevalente nei rapporti tra gli Stati membri rispetto alla Convenzione dell'Aja, la quale rimane applicabile nella misura in cui non è da esso derogata.¹⁹⁰

¹⁸⁸ Art. 20, Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori.

¹⁸⁹ L. MARI, op. cit. p. 108.

¹⁹⁰ Ivi, pp. 107 – 108.

Dove il Regolamento più incide nel sistema della Convenzione, sino ad alterarlo profondamente, è quando il giudice adito ai sensi della Convenzione rifiuta di ordinare il ritorno per uno dei motivi indicati al suo art. 13. Il Regolamento mette allora a disposizione un meccanismo cooperativo fra tale giudice e quello dello Stato di residenza abituale, prevedendo che quest'ultimo sia informato del rifiuto anche se non è già stato adito dall'affidatario, dovendo poi esso invitare le parti interessate a presentare le proprie conclusioni entro tre mesi. Sarà quindi chi afferma la lesione del diritto di affidamento che dovrà decidere se richiedere il ritorno o fare acquiescenza, posto che in caso di mancato ricevimento delle conclusioni entro il termine stabilito, l'autorità giurisdizionale archivia il procedimento¹⁹¹. È a questo punto, quando anche al giudice dello Stato di residenza viene richiesto di ordinare il ritorno, che interviene una disposizione del Regolamento a risolvere l'eventuale conflitto con il giudice dello Stato dove il minore è stato trasferito o trattenuto. Dispone, infatti, l'art. 11, comma 8, che «Nonostante l'emanazione di un provvedimento contro il ritorno in base all'art. 13 della Convenzione del 1980, una successiva decisione che prescrive il ritorno del minore emanata da un giudice competente ai sensi del presente regolamento è esecutiva conformemente alla sezione 4 del capo III, allo scopo di assicurare il ritorno del minore». Il braccio di ferro tra le due giurisdizioni interessate è dunque risolto a favore del giudice della

¹⁹¹ Art. 11, comma 6, Regolamento (CE) n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale: «Se un'autorità giurisdizionale ha emanato un provvedimento contro il ritorno di un minore in base all'articolo 13 della convenzione dell'Aia del 1980, l'autorità giurisdizionale deve immediatamente trasmettere direttamente ovvero tramite la sua autorità centrale una copia del provvedimento giudiziario contro il ritorno e dei pertinenti documenti, in particolare una trascrizione delle audizioni dinanzi al giudice, all'autorità giurisdizionale competente o all'autorità centrale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o mancato ritorno, come stabilito dalla legislazione nazionale. L'autorità giurisdizionale riceve tutti i documenti indicati entro un mese dall'emanazione del provvedimento contro il ritorno».

Art. 11, comma 7, Regolamento (CE) n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale: «A meno che l'autorità giurisdizionale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o mancato ritorno non sia già stata adita da una delle parti, l'autorità giurisdizionale o l'autorità centrale che riceve le informazioni di cui al paragrafo 6 deve informarne le parti e invitarle a presentare all'autorità giurisdizionale le proprie conclusioni, conformemente alla legislazione nazionale, entro tre mesi dalla data della notifica, affinché quest'ultima esamini la questione dell'affidamento del minore».

residenza abituale. In conclusione, si segnala come l'art. 11, comma 8, esplicitamente attribuisce a questa seconda decisione una particolare forza processuale, prevedendo che essa prevalga sulla contraria decisione del giudice dello Stato di rifugio. È, tuttavia, qui che il problema della giustizia compare. Secondo il Regolamento, le decisioni esecutive sul ritorno del minore, adottate nello Stato di residenza abituale, nonostante il giudice dello Stato di trasferimento o trattenimento si sia rifiutato di ordinare il ritorno per uno dei motivi previsti dall'art. 13 della Convenzione, hanno efficacia esecutiva immediata in qualunque altro Stato membro. Il Regolamento, infatti, dispone che la decisione sul ritorno, ex art. 11, comma 8, è riconosciuta ed eseguibile in un altro Stato membro senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al riconoscimento se la decisione è stata "certificata" nello Stato membro d'origine. L'art. 42, par. 2 prevede che questa certificazione altro non è che una attestazione amministrativa formata dallo stesso giudice che ha emanato la decisione che è atta ad attribuirle immediata efficacia esecutiva anche nello Stato richiesto a condizione che le parti abbiano avuto la possibilità di essere ascoltate, il minore abbia avuto anch'esso la possibilità di essere ascoltato, salvo che il giudice abbia escluso l'audizione per ragioni di età o di maturità e la decisione tenga conto dei motivi e prove adottati per rifiutare il ritorno ai sensi dell'art. 13 della convenzione de L'Aja.¹⁹² In virtù della contraddizione con il dettato della Convenzione, la disposizione del Regolamento ha sollevato alcune perplessità, in particolare perché sembra minare il principio di reciproca fiducia tra Stati membri permettendo il riesame della decisione di un giudice di un diverso Stato UE. Il Regolamento europeo, in sostanza, riconosce la possibilità al giudice della residenza abituale di adottare una decisione esecutiva nello Stato richiesto, dopo che le sue autorità, in considerazione di una eccezione prevista dalla Convenzione, hanno negato il rientro del minore. Inoltre, nei casi di sottrazione in Unione europea, il Regolamento statuisce che gli Stati membri debbano disporre il ritorno del minore anche in presenza di uno dei rischi previsti dall'art. 13 lett. b) della Convenzione dell'Aja quando lo Stato dimostri di attuare le misure adatte ad evitare un pregiudizio al minore. Tale disposizione si fonda sulla fiducia reciproca che lega gli stati dell'UE e sulla volontà di ridurre l'utilizzo della causa ostativa al rientro. L'interesse generale

¹⁹² L. MARI, op. cit. pp. 108 – 110.

dell'intera categoria dei minori protetto dalla Convenzione dell'Aja deve individuarsi sia nel diritto alla bigenitorialità, messo in discussione dalla sottrazione, sia nell'interesse a preservare il proprio ambiente di vita. Accanto ai diritti del minore sottratto devono essere presi in considerazione anche i diritti del genitore che subisce l'illecita sottrazione. Dalle norme convenzionali si può desumere come il diritto del genitore venga protetto quando coincidente con l'interesse del figlio, cioè quando l'interesse del figlio sia identificato nel suo rientro nel paese di residenza abituale. Il diritto del genitore affidatario tende invece a soccombere nel bilanciamento con l'interesse del minore nei casi eccezionali previsti dalla Convenzione stessa agli artt. 12 e 13. Questo si spiega considerando che i diritti degli adulti hanno la particolare funzione di protezione dei diritti e degli interessi dei minori.

A conclusione di questa analisi sul principio del migliore interesse in relazione al fenomeno della sottrazione dei minori, emerge come da un lato la clausola dei *best interests of the child* così come è utilizzata dalla Convenzione dell'Aja potrebbe essere vista come un “varco pericoloso” a vantaggio del giudice nazionale il quale, negando il rientro del minore nel suo superiore interesse, frustrerebbe la soluzione classica fornita dalla Convenzione ovvero il ripristino della situazione pre-sottrazione. Allo stesso tempo, dall'altro lato, la clausola è un importante strumento che, grazie alla sua flessibilità, permette di decidere i casi eccezionali in cui la regola generale prevista dalla Convenzione nell'interesse della generalità dei minori finirebbe per non rappresentare l'interesse del singolo minore. Ad ogni modo, è bene ricordare, come ormai del resto noto, che l'applicazione del principio del migliore interesse del minore al caso concreto si risolve in un'operazione di bilanciamento di diritti o interessi.

3.1 *Neulinger e Shuruk c. Svizzera; X c. Lettonia;*

A questo punto, avendo presentato l'argomento e la disciplina internazionale ed europea della sottrazione dei minori, è adesso possibile focalizzare l'attenzione su due casi giurisprudenziali fondamentali in materia della Corte di Strasburgo in

applicazione della Cedu, e cioè il caso *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*¹⁹³ e il caso *X. c. Lettonia*¹⁹⁴. Entrambi i casi scelti appaiono fortemente significativi per l'iter argomentativo seguito dalla Corte di Strasburgo e si ritiene che essi abbiano segnato delle tappe fondamentali nel percorso di tutela dei diritti del minore sottratto. Come precedentemente evidenziato, la reazione, incardinata nella normativa internazionale ed europea in materia di sottrazione internazionale di minore, si fonda sulla presunzione che la miglior tutela esperibile per il minore sottratto, alla luce del suo migliore interesse, sia fare immediato e tempestivo ritorno nel luogo di residenza abituale, nel tentativo di elidere le conseguenze pregiudizievoli dell'illegittimo trasferimento. Questo sistema, come detto, conosce delle eccezioni nei casi in cui appare necessario non disporre il ritorno, e proprio in tale terreno dei motivi di rifiuto del rimpatrio del minore che si snoda il dibattito giurisprudenziale e dottrinario in materia di sottrazione internazionale del minore, trattandosi del settore in cui emerge più chiaramente la questione della tutela del migliore interesse dello stesso. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo, quale organo garante della tutela dei diritti fondamentali del minore sottratto, ha conosciuto due distinti approcci in riferimento ai casi in materia di sottrazione internazionale di minori; si tratta di due percorsi ermeneutici assolutamente differenti, che giova ripercorrere per comprendere gli ultimi risvolti segnati dalle conclusioni del caso *X. c. Lettonia*.¹⁹⁵

In un primo periodo, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di sottrazione internazionale di minore si ispirava alla valorizzazione delle regole di diritto sancite nella Convenzione dell'Aja del 1980. Premesso che tale sistema convenzionale si fonda sulla presunzione che la tutela del migliore interesse del minore sottratto implica la pronuncia di ritorno del minore, la Corte europea ha ritenuto non sussistere una violazione dell'art. 8 Cedu ogni qualvolta lo Stato membro avesse rispettato il *dictum* della Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minore, non approfondendo, invece, il rispetto del migliore interesse del minore nel caso concreto. Si potrebbe definire questa fase della

¹⁹³ Corte EDU, Grande Chambre, 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, ricorso n. 41615/07.

¹⁹⁴ Corte EDU, Grande Chambre, 26 novembre 2013, *X c. Lettonia*, ricorso n. 27853/09.

¹⁹⁵ N. DI LORENZO, *Sottrazione internazionale e diritti fondamentali del fanciullo in una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Ordine internazionale e diritti umani», n.1/2014, pp. 115 – 116.

giurisprudenza di Strasburgo come deputata a un mero “controllo estrinseco” del rispetto dell’art. 8 Cedu e, più in generale, del migliore interesse del minore, poiché la Corte si limita a verificare il rispetto della normativa prevista dalla Convenzione dell’Aja del 1980, ribadendo come il proprio controllo si ispiri alla verifica della «non arbitrarietà» della pronuncia di ritorno.¹⁹⁶

Nel 2010, invece, con la pronuncia della Corte nel caso *Neulinger*, si è verificata un’evidente rottura con l’approccio della Corte che aveva caratterizzato la prima fase, ponendo l’accento sul migliore interesse del minore quale criterio per decidere sulla violazione delle norme della Convenzione europea. Si tratta di un evidente cambio di prospettiva, poiché la Corte ritiene che non sia più sufficiente controllare il rispetto della normativa internazionale in materia di sottrazione internazionale di minore, ma è anche necessario verificare in concreto se l’ingerenza statale risponda alla tutela del migliore interesse dello stesso. Corollario di tale argomentazione è che pure una decisione presa in conformità alla Convenzione dell’Aja del 1980 potrebbe apparire contraria al migliore interesse del minore nel caso concreto, ponendosi così in contrasto con il rispetto dell’art. 8 Cedu.¹⁹⁷

Il *leading case*, come già anticipato, è il celebre caso *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, riguardante la sottrazione internazionale del piccolo Noam Shuruk, nato dalla sig.ra Neulinger, di nazionalità svizzera, e il sig. Shuruk, cittadino israeliano. Ripercorrendo le tappe della vicenda, si evidenzia che la vita familiare dei coniugi Shuruk venne fissata a Tel Aviv dove nacque Noam nel 2003. Successivamente, la crisi coniugale, dovuta anche a violenze domestiche, portò i coniugi a chiedere la separazione e il piccolo Noam venne affidato alla madre, con diritto di visita condizionato del padre, nonostante la potestà genitoriale fosse rimasta in capo ad entrambi i genitori. Uno dei punti di maggiore conflitto nella coppia riguardava l’educazione religiosa del figlio, in quanto il padre, appartenente al movimento religioso ebraico ultra-ortodosso “Loubavitch”, desiderava iscrivere il figlio ad una scuola che accoglieva i bambini già a partire dai 3 anni. Allarmata da tale prospettiva e trovandosi la scuola al di fuori del territorio israeliano, la madre chiese e ottenne un divieto di espatrio per il figlio sino al compimento della maggiore età.

¹⁹⁶ Ivi, pp. 116 – 117.

¹⁹⁷ Ivi, pp. 117 – 118.

Successivamente, stante anche il mancato pagamento del contributo di mantenimento da parte del sig. Shuruk, la sig.ra Neulinger, non ottenendo il ritiro del divieto di espatrio, decise comunque di fare ritorno in Svizzera. Il padre, allora, presentò una domanda di rimpatrio del minore fondata sull'illegittimità del trasferimento in Svizzera che fu accolta in ogni stato e grado dei procedimenti elvetici. Esperiti tutti i mezzi di ricorso interni, la sig.ra Neulinger si rivolse alla Corte europea dei diritti dell'uomo per la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare propria e del piccolo Noam; violazione che fu attestata nel luglio del 2010 dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo che riconobbe tutte le istanze della sig.ra Neulinger. È interessante notare il percorso ermeneutico posto in essere dalla Corte di Strasburgo per giungere a tale conclusione. Infatti, abbandonando l'approccio del controllo estrinseco circa il rispetto della normativa internazionale, in questa occasione i giudici chiamarono in causa la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, la quale ha provocato effetti dirompenti nel ragionamento seguito dalla Corte europea, in quanto essa arrivò ad affermare la prevalenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Convenzione di New York rispetto alla Convenzione dell'Aja del 1980, con la conseguenza che doveva essere abbandonato ogni automatismo nell'applicare le regole in materia di sottrazione di minore a favore di un'analisi concreta del migliore interesse del minore nel singolo caso. Così argomentando, la Corte pare abbia individuato un criterio di gerarchia tra le fonti internazionali a tutela del minore sottratto, in cui la Convenzione dell'Aja del 1980 acquista rango subordinato.¹⁹⁸

L'orientamento così inaugurato dalla Corte di Strasburgo, pur avendo il pregio di trovare la soluzione giuridica più equa per il piccolo Noam, pose delicati problemi di "tenuta" dell'intero sistema a tutela del minore sottratto. Questo tipo di criterio ermeneutico relegava la Convenzione dell'Aja del 1980 tra le fonti sussidiarie, disponendo l'applicazione generalizzata della normativa universale in materia di diritti fondamentali, con l'ulteriore conseguenza che la *lex specialis* che individua una normativa specifica in risposta alla sottrazione internazionale di minori cedeva dinanzi all'applicazione di principi generali certamente più soggetti alla

¹⁹⁸ Ivi, pp. 118 – 119.

discrezionalità dell'interprete. Questa conclusione appare quanto meno criticabile soprattutto sulla base di evidenti carenze di certezza del diritto.¹⁹⁹

A questo punto, si attenziona la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *X c. Lettonia*, la quale, ponendosi nel solco del nuovo orientamento inaugurato dai giudici di Strasburgo nel caso *Neulinger c. Svizzera*, ne precisa, tuttavia, gli aspetti riguardo il rapporto tra fonti e tutela dei diritti fondamentali del minore.²⁰⁰ Infatti, questo caso ha posto le basi per il superamento delle critiche avanzate nei confronti dell'orientamento espresso nel caso *Neulinger*.²⁰¹

Ripercorrendo i fatti, si segnala come il caso riguardasse il ricorso presentato dalla sig.ra X, cittadina lettone, la quale lamentava la violazione del proprio diritto al rispetto della vita privata e familiare, ex art. 8 Cedu, in ragione di un'illegittima ingerenza delle autorità lettoni per aver disposto il ritorno della piccola E. in Australia presso il padre. E. nasceva nel 2005 dalla relazione tra la sig.ra X ed il sig. T, il quale non aveva provveduto al suo riconoscimento. La bambina, dopo la separazione della coppia, viveva con la madre in un appartamento di proprietà di T., a dire della ricorrente come locatari. La sig.ra X, peraltro, fruiva di un contributo statale per il sostegno delle "ragazze madri". Nel 2008 la sig.ra X decise di rientrare nel proprio Stato portando con sé la figlia e si oppose alla successiva istanza di rimpatrio della figlia ai sensi della Convenzione dell'Aja adducendo che la fattispecie non poteva qualificarsi in termini di illecita sottrazione di minore, stante il fatto che essa era la sola titolare del *droit de garde*, ai sensi e per gli effetti della Convenzione. Difettava, quindi, il presupposto fondamentale per dirsi integrata una sottrazione illecita di minore considerato che il padre non esercitava effettivamente il proprio diritto di affidamento, circostanza che la ricorrente dimostrò allegando l'insussistenza di documenti che attestassero la paternità, la percezione del contributo per le ragazze madri, il rapporto locativo che legava la sig.ra X al sig. T. In subordine, la madre si oppose al rimpatrio della figlia considerando un rischio grave di danno psichico, circostanza che la ricorrente provava allegando una perizia psicologica effettuata sulla minore. Tuttavia, nei vari gradi di giudizio delle autorità

¹⁹⁹ Ivi, p. 119.

²⁰⁰ Ivi, p. 112.

²⁰¹ Ivi, p. 120.

lettoni, le corti ritennero integrata la sottrazione internazionale di minore, considerando che l'ordinamento australiano riconosce la responsabilità genitoriale anche al padre naturale, e rigettarono l'eccezione di non ritorno ex art. 13 lett. b) della Convenzione dell'Aja del 1980 e non accolsero il deposito della perizia psicologica allegata dalla madre. Non dando seguito al provvedimento, la sig.ra X si vide portare via con la forza la piccola E. dal sig. T., il quale ottenne, poi, l'autorizzazione di partire alla volta dell'Australia in esecuzione alle decisioni dei tribunali lettoni. La sig.ra X rientrò in Australia per non perdere i contatti con la bambina e subì un provvedimento giurisdizionale interno limitativo della sua responsabilità genitoriale. Al momento dell'introduzione del ricorso dinanzi la Corte europea, la piccola E. era affidata al padre e poteva incontrare la madre solo una volta a settimana presso i servizi sociali.²⁰²

La Corte europea dei diritti dell'uomo, nel giudicare il caso in esame, ha sancito alcuni fondamentali principi di diritto, che rappresentano un punto d'arrivo significativo nella tutela del migliore interesse del minore sottratto. Dichiarato il ricorso ricevibile, il vaglio della Corte di Strasburgo si è concentrato sulla legittimità dell'operato delle autorità lettoni, e cioè sulla necessità dell'ingerenza in una società democratica, criterio che attiene alla proporzionalità dell'ingerenza statale rispetto allo scopo perseguito. Su questo punto la Corte ha dichiarato la violazione dell'art. 8 Cedu, considerando non necessaria e sproporzionata l'ingerenza statale nella vita privata e familiare della sig.ra X. La tesi della ricorrente si concentrava sulla mancata acquisizione della consulenza psicologica effettuata su E. che fondava l'eccezione di non ritorno ex art. 13 lett. b) della Convenzione dell'Aja del 1980; più in particolare, la mancata considerazione di un elemento di prova atto a fondare il convincimento del giudice rappresentava una lesione dei diritti fondamentali della minore e della tutela del suo migliore interesse. La Corte europea, aderendo a tale impostazione, chiarì che l'acquisizione della consulenza psicologica avrebbe consentito un ascolto mediato della bambina e che, quindi, il mancato utilizzo di tale strumento di prova costituiva violazione del diritto ad essere ascoltati, nonché violazione del principio del migliore interesse del minore, compromesso nel non essere state valutate le

²⁰² Ivi, pp. 113 – 114.

conseguenze psicologiche che il ritorno in Australia avrebbe potuto produrre nell'equilibrio psichico della bambina.²⁰³

Con la sentenza pronunciata in questa occasione, la Corte di Strasburgo ritornò sul rapporto tra fonti del diritto internazionale in materia di sottrazione di minore (*supra*), fornendo una nuova chiave di lettura, affermando che il sistema di protezione del migliore interesse del minore deve fondarsi su una lettura convenzionalmente orientata della Convenzione dell'Aja del 1980. Inoltre, questa volta, lungi dal relegare la normativa di diritto internazionale privato in posizione subordinata rispetto alla Convenzione europea, i Giudici di Strasburgo sancirono il principio di diritto per cui la Convenzione dell'Aja del 1980 mantiene un valore cogente e deve essere interpretata alla luce dell'ordinamento internazionale in materia di diritti fondamentali del minore. La Corte affermò che la Convenzione dell'Aja del 1980 si fonda sulla presunzione per cui il ripristino dello *status quo ante* all'illegittimo trasferimento rappresenti la miglior tutela dei *best interests of the child*, prevedendo tuttavia casi in cui lo stesso principio impone di non disporre il ritorno del fanciullo. Ne deriva che l'apprezzamento dei *best interests of the child* deve essere condotto alla luce della dicotomia tra regola (rimpatrio) ed eccezione (cause ostative espresse) e che è possibile rinvenire una violazione dell'art. 8 Cedu tutte le volte in cui tale accertamento in concreto non venga esperito nell'ambito del procedimento di rimpatrio del minore. La Corte, quindi, affermò la necessità di giungere «à une interprétation harmonieuse de la Convention et de la Convention de La Haye»²⁰⁴, a una «interprétation téléologique et évolutive à la lumière de la Convention», che tenga conto di come «la Convention de La Haye est fondamentalement un traité attributif de compétence mais qui ne méconnaît pas pour autant certaines questions de fond touchant au bien-être de chaque enfant concerné, puisqu'il impose une appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant en son article 13 et des droits fondamentaux de celui-ci en son article 20»^{205 206}.

A conclusione dell'analisi del caso *X. c. Lettonia*, si mette in evidenza che i principi di diritto in questo sanciti devono essere apprezzati in quanto consentono di

²⁰³ Ivi, pp. 114 – 115.

²⁰⁴ Punto 106 della sentenza su *X c. Lettonia*.

²⁰⁵ Opinione concordante del giudice Pinto De Albuquerque.

²⁰⁶ N. DI LORENZO, op. cit. pp. 120 – 121.

riconoscere dignità e giusta collocazione alla Convenzione dell’Aja del 1980 che, lungi dall’essere superata, diviene ancora una volta strumento centrale nella lotta al fenomeno della sottrazione internazionale dei minori. Ne deriva che il combinato disposto della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e della Convenzione di New York, da una parte, e della Convenzione dell’Aja del 1980, dall’altra, impone agli Stati, chiamati a pronunciarsi sul ritorno del minore, a valutare ed accertare quale soluzione sia richiesta dal migliore interesse del minore, tenendo conto di tutte le circostanze familiari e sociali che riguardano lo stesso. La decisione all’esito di tale procedimento deve essere adeguatamente motivata al fine di consentire alla Corte di Strasburgo un vaglio di conformità all’art. 8 Cedu. In questo modo si stempera uno dei maggiori limiti della Convenzione dell’Aja 1980 ossia la mancata previsione di un organo giurisdizionale, terzo rispetto agli Stati contraenti, che possa verificare il rispetto degli obblighi convenzionalmente assunti. La Corte europea dei diritti dell’uomo diviene, quindi, nel sistema Consiglio d’Europa, l’organo imparziale chiamato a verificare che gli ordinamenti statali tutelino l’interesse del minore sottratto e i suoi diritti fondamentali, scongiurando interpretazioni ondivaghe e legate alla logica del “nazionalismo”, così agendo in chiave preventiva sul fenomeno della sottrazione internazionale del minore.²⁰⁷

4. La maternità surrogata;

In materia di maternità surrogata (m.s. talvolta d’ora in avanti) la questione dell’interesse del minore viene in rilievo in modo immediato e dirompente.²⁰⁸

La legalità o il divieto di accesso a tale pratica dipende dalla sua compatibilità con i principi fondamentali dei vari ordinamenti nazionali valutata all’esito di considerazioni filosofiche, etiche, biologiche, sociologiche e, naturalmente, di diritto. La m.s. è vietata e sanzionata penalmente in molti paesi, tra cui nel nostro ai sensi dell’art. 12 comma 6 della legge n. 40 del 2004, mentre è consentita in altri Stati fra i quali, in alcuni di essi solo se gratuita (Canada, Danimarca, Regno Unito, Irlanda, Australia, Nuova Zelanda, Belgio, Olanda, Grecia, Israele, Repubblica Ceca), in altri

²⁰⁷ Ivi, pp. 121 – 122.

²⁰⁸ G. LUCCIOLI, *La maternità surrogata e l’interesse del minore*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, 2021, p. 69.

anche se attuata in forma commerciale (così in Georgia, Ucraina, Messico, Russia, alcuni Stati degli Usa). In particolare, si segnala che in California il favore verso tale pratica è così forte che l'accordo di surrogazione può essere sciolto soltanto con l'intervento del giudice (e non per volontà delle parti) e che è possibile ottenere un provvedimento giudiziale attributivo della genitorialità ai committenti ancor prima della nascita del bambino, così rendendo, fin da quel momento, definitiva e irrevocabile la rescissione di ogni legame tra madre surrogata e nascituro. Va, inoltre, evidenziato che in vari ordinamenti, in cui la m.s. era in passato ampiamente consentita, è stato di recente avviato un processo di revisione delle normative nazionali, arrivando a vietarla come in Thailandia e Nepal che, nel 2015, hanno vietato la maternità surrogata commerciale, o limitandola come in India che, dopo aver largamente aperto alle pratiche surrogatorie, nel dicembre 2018 ha approvato una legge che ne limita l'applicazione alle coppie indiane sposate da almeno cinque anni.²⁰⁹

Dal punto di vista fenomenologico, si osserva, in prima approssimazione, che nel quadro delle metodiche di procreazione medicalmente assistita la maternità surrogata riveste una posizione del tutto peculiare rispetto alle ordinarie procedure di fecondazione artificiale, omologa o eterologa, postulando la collaborazione di una donna estranea alla coppia, definita madre surrogata o gestazionale, che si presta per condurre e portare a termine una gravidanza non per sé, ma per la coppia committente. Si tratta, dunque, di una pratica che coinvolge più soggetti in modo assai più pervasivo della fecondazione eterologa e che conferisce un ruolo centrale alla posizione della gestante.²¹⁰

Considerando la normativa sovranazionale, pertinenti alla questione maternità surrogata sono: l'art. 3 della Carta di Nizza, che vieta di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro ed il disposto dell'art. 21 della Convenzione di Oviedo, ai sensi del quale il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto, sancendo il disvalore della pratica della maternità surrogata ed inducendo a ritenere che il divieto di maternità surrogata si ponga a tutela del valore fondamentale della dignità della donna. Si ricorda, altresì, che il

²⁰⁹ Ivi, p. 70.

²¹⁰ Ivi, pp. 70 – 71.

Parlamento Europeo con la Risoluzione del 17 dicembre 2015, ha condannato la pratica di cui trattasi in quanto lesiva per la dignità umana della donna, dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive vengono usate come una merce, e che il Consiglio d'Europa, l'11 ottobre 2016, ha bocciato la proposta di raccomandazione della parlamentare belga De Sutter diretta a dettare le linee guida per la disciplina dello *status* dei bambini venuti al mondo a seguito di maternità surrogata, ritenendo che detto intervento potesse favorire la legalizzazione diffusa di detta pratica. Risulta altresì problematica la questione riguardante lo *status* del bambino nato all'estero da *surrogacy* conformemente alla *lex loci*, ovvero comunque nato da detta pratica in uno Stato in cui viga il divieto della pratica della maternità surrogata. È evidente che nell'analisi di ogni questione inerente alla maternità surrogata è necessario confrontarsi con il principio del migliore interesse del minore, che costituisce, come è noto, la stella polare del sistema ed il fondamentale canone di riferimento in tutte le decisioni che riguardano i minori. In particolare, si vedrà come, nell'analisi dei casi, il principio del migliore interesse del minore sia sottoposto, spesso e volentieri, ad un giudizio di bilanciamento con l'ordine pubblico degli Stati.²¹¹

Si sottolinea, infine, che dal punto di vista critico, a proposito di maternità surrogata, si fronteggiano due posizioni antitetiche: gli osservatori e soprattutto tra le osservative, divise tra coloro che intendono la surrogazione come un dono o come espressione di libertà procreativa e coloro che ritengono che essa si sostanzia in un atto di mercificazione del bambino e del grembo materno, integrando una sorta di schiavismo moderno.²¹² Lungi dal voler propendere per una delle due posizioni, seguirà una analisi dei casi più significativi in materia.²¹³

4.1 *Paradiso e Campanelli c. Italia;*

Il primo caso ritenuto meritevole di trattazione, *key-case* in materia di m.s., è la vicenda *Paradiso e Campanelli c. l'Italia*²¹⁴ del 2017. Questo noto caso di scuola approdò, in realtà, davanti alla Corte di Strasburgo già nel 2015 e si concluse con una

²¹¹ Ivi, pp. 71 – 74.

²¹² Ivi, pp. 69 – 70.

²¹³ Ivi, pp. 69 – 70.

²¹⁴ *Corte EDU, Grande Chambre, 24 gennaio 2017, Paradiso e Campanelli c. Italia, ricorso n. 25358/12.*

condanna a carico dello Stato italiano, tuttavia, in seguito all'impugnazione del Governo, il caso è stato sottoposto al riesame della Grande Camera, e, proprio in questa sede processuale, la Corte di Strasburgo, nel 2017, capovolgendo l'esito della sua precedente pronuncia, ha adottato una nuova sentenza in cui la m.s. veniva definita come una "pratica illecita", "estremamente problematica" da un punto di vista etico e giuridico, suscettibile di concretarsi, fra l'altro, in situazioni che "possono essere definite traffico di esseri umani".²¹⁵

Si riassumono i passaggi fondamentali di questa emblematica vicenda. La coppia di coniugi Paradiso-Campanelli nel 2010 stipulò un contratto di "gestazione per altri" presso una clinica russa dalla quale, in seguito alla nascita di un bambino, aveva ottenuto un certificato attestante il rapporto di filiazione con quest'ultimo. Il detto certificato indicava unicamente che i ricorrenti fossero i genitori naturali del neonato, senza quindi fornire alcuna informazione né sulla madre naturale né, più in generale, sulla nascita del bambino tramite una pratica di m.s. Al rientro dei coniugi nel nostro Paese, le autorità italiane, informate dal Consolato italiano di Mosca della particolarità del caso, rifiutarono la trascrizione del certificato di nascita prodotto in Russia e, per esigenze di tutela dell'ordine pubblico tese ad accertare l'"alterazione dello stato civile", avviarono le indagini ai sensi dell'articolo 567 del codice penale. Contemporaneamente, il Pubblico Ministero presso il competente Tribunale per i minorenni italiano chiese l'apertura del procedimento di adottabilità nei confronti del neonato, considerato in stato di abbandono. Le risultanze delle indagini e, in particolare, del test del DNA in contrasto con le affermazioni dei signori Paradiso e Campanelli, evidenziarono, successivamente, l'assenza di un legame biologico tra questi ultimi e il neonato e, in seguito a tali accertamenti, il competente Tribunale per i minorenni, che nel frattempo aveva sospeso la potestà genitoriale dei ricorrenti ai sensi dell'articolo 10, comma 3, della legge n. 184/1983, adottò, pertanto, un provvedimento immediatamente esecutivo in conseguenza del quale il bambino, che all'epoca aveva circa otto mesi, fu allontanato dalla coppia e collocato dapprima presso una casa-famiglia e, successivamente, presso una famiglia adottiva. A questo

²¹⁵ L. MURA, *Predisposizione ai rapporti di schiavitù e ruolo del diritto internazionale privato al vaglio della giurisprudenza CEDU sulla maternità surrogata*, in «Rivista quadrimestrale online "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"», 2022, n.1, pp. 174 – 175, www.fsjeurostudies.eu.

punto, i coniugi Paradiso-Campanelli si rivolsero alla Corte europea lamentando la violazione della loro vita familiare di cui l'art. 8 Cedu per la sottrazione del minore da parte delle autorità italiane e per la mancata trascrizione del certificato di nascita rilasciato ai sensi della legge russa. La prima sentenza, pronunciata il 27 gennaio 2015 dalla Seconda sezione della Corte di Strasburgo, accolse parzialmente il ricorso della coppia di coniugi, riconoscendo l'avvenuta violazione dell'art. 8 Cedu da parte dello Stato italiano. Nell'occasione, infatti, la Corte europea ritenne che il periodo trascorso dalla coppia insieme al neonato, benché breve, potesse essere considerato sufficiente ed adeguato ad instaurare un legame familiare *de facto* meritevole di tutela. In definitiva, secondo la Corte in parola, il mantenimento dei rapporti affettivi nel frattempo instaurati doveva essere garantito ad ogni costo a prescindere dalla loro origine illegale; in tal senso, il riferimento all'ordine pubblico utilizzato dalle autorità italiane per risolvere il caso di specie, secondo la stessa Corte, non poteva essere considerato come una formula in grado di giustificare qualsiasi misura, in quanto l'obbligo di tenere in considerazione il migliore interesse del minore incombe sullo Stato indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo. Con riguardo poi al mancato riconoscimento della filiazione accertata all'estero da parte dello Stato italiano, secondo la medesima Corte, esso costituiva una "stretta applicazione del diritto nazionale" che integrava la violazione dell'art. 8 Cedu. La sentenza in esame concludeva osservando che le conseguenze dell'intervento delle autorità italiane fossero molto pesanti per i ricorrenti, senza peraltro che fosse stata mai dimostrata la loro mancanza di "buona fede". È pertanto su queste basi che essa condannava lo Stato italiano per violazione dell'art. 8 Cedu. All'esito della prima sentenza, il Governo italiano impugnò la stessa ai sensi dell'art. 43 della Convenzione chiedendone il riesame da parte della Corte EDU nella sua composizione di Grande Camera, la quale, con la sua pronuncia del 24 gennaio 2017, capovolse l'esito del primo verdetto. Tanto la breve durata del rapporto fra il neonato e i ricorrenti, quanto le modalità illegittime con cui questo si era formato, portavano infatti ad escludere che tra gli interessati potesse esistere una forma di vita familiare *de facto* ai sensi dell'art. 8 Cedu. La Corte considerò giustificato, al riguardo, il rifiuto di trascrizione del certificato di nascita straniero da parte dell'Italia; nonostante, infatti, risultasse che le autorità italiane avessero riconosciuto,

“implicitamente, nella misura in cui ne era stata richiesta la sospensione”, la potestà genitoriale esercitata dai ricorrenti sul minore, tuttavia, tale potestà genitoriale doveva ritenersi “dubbia” in quanto le indagini avevano dimostrato “che la situazione dei ricorrenti” fosse in conflitto con l’ordinamento italiano di cui avevano violato alcuni principi fondamentali. In particolare, la decisione dei coniugi di portare il minore fuori dalla Russia per risiedere con lui in Italia, ben sapendo che la maternità surrogata fosse proibita nel nostro Paese, aveva reso oltremodo incerta e precaria la relazione giuridica ad essi riconosciuta dall’ordinamento russo; relazione questa, che è diventata ancora più tenue una volta ottenuto l’esito del DNA che aveva dimostrato l’assenza di un legame biologico tra i coniugi e il minore. La Corte EDU del 2017, pertanto, ritenne che la relazione rivendicata dai ricorrenti non potesse rientrare neppure nella nozione di “vita privata” ai sensi dell’art. 8 Cedu, in quanto, sebbene si riconosca che la vita privata delle persone possa ben realizzarsi a mezzo di “legami affettivi che si instaurano e si sviluppano tra un adulto e un minore in situazioni diverse dalla classica situazione di parentela”, tuttavia, si ritenne che una tale circostanza non si sia verificata nel caso di specie. Se è vero, infatti, che “una gran parte” della vita privata dei ricorrenti sia stata rivolta alla realizzazione del loro progetto di diventare genitori, è altrettanto vero che questa risulta essersi realizzata in violazione di importanti disposizioni del diritto italiano, nella specie quelle previste dalla legge n. 218 del 1995 e, per effetto di quest’ultima, delle leggi sulla procreazione medicalmente assistita e sull’adozione internazionale. La Grande Camera, dopo aver rammentato la sua giurisprudenza costante secondo la quale le parole “prevista dalla legge” impongono, non solo che la misura contestata abbia una base giuridica nel diritto interno ma, inoltre, che questa debba essere “accessibile alle persone sottoposte alla giustizia, e che i suoi effetti devono essere prevedibili”, ritenne che, nella specie, l’applicazione delle norme in materia di conflitti di leggi da parte dello Stato italiano “fosse prevedibile” e priva di condizionamenti da parte del diritto internazionale vigente. Successivamente, si è soffermata sull’importanza e sulle finalità perseguite dalle norme di diritto privato italiano nel caso concreto e, al riguardo, ha osservato che, vietando l’adozione privata fondata su una relazione contrattuale tra gli individui e limitando il diritto dei genitori adottivi di far entrare dei minori stranieri in Italia nei casi in cui le norme in materia di adozione

internazionale siano rispettate, il legislatore nazionale si è sforzato di proteggere i minori, nel loro migliore interesse, da pratiche illecite, alcune delle quali possono essere definite addirittura quale traffico di esseri umani nonché per proteggere anche le donne interessate. Alla luce delle argomentazioni esposte, il provvedimento delle autorità italiane che disponeva la rottura dei rapporti fra il minore e i ricorrenti, secondo la Corte europea *de quo*, doveva considerarsi rispettoso del migliore interesse del minore, posto che esso fosse idoneo non solo a proteggere l'interesse del neonato ad avere urgentemente una famiglia conformemente alla legge sull'adozione che possa avere adeguatamente cura di lui, ma anche a garantire che il neonato non ricevesse “un pregiudizio grave o irreparabile a causa della separazione” stessa. Infine, la Grande Camera concluse che lasciare il minore con i ricorrenti, sarebbe equivalso a legalizzare la situazione da essi creata in violazione di norme del diritto italiano, realizzando il “desiderio narcisistico” della coppia di diventare genitori. Su queste basi, pertanto, la Corte EDU giudica l'intervento posto in essere dallo Stato italiano come legittimo e proporzionato alla tutela degli interessi in gioco (tra cui, come sopra esposto, il migliore interesse del minore) e, quindi, conforme all'art. 8 Cedu.²¹⁶

4.2 *Labassee c. Francia; Mennesson c. Francia;*

Si procede, adesso, con l'analisi congiunta di due casi, precedenti a quello appena trattato, nei quali la Corte europea dei diritti umani è intervenuta in maniera significativa sui profili civilistici della maternità surrogata. Le sentenze, pronunciate nei casi *Labassee c. Francia*²¹⁷ e *Mennesson c. Francia*²¹⁸, riguardano i ricorsi presentati da due coppie francesi che avevano utilizzato la surroga di maternità negli Stati Uniti senza riuscire ad ottenere la trascrizione dei certificati di nascita esteri nei

²¹⁶ Ivi, pp. 175 – 178.

²¹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 giugno 2014, *Labassée c. France*, n. 65941/11.

²¹⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 giugno 2014, *Mennesson c. France*, n. 65192/11.

registri di stato civile francesi, in ragione del divieto di surroga di maternità previsto dal loro paese.²¹⁹

Nel caso *Labassee c. Francia*, i coniugi francesi avevano concluso un contratto di m.s. con l'*International Fertility Center for Surrogacy*, in seguito al quale era nata una bambina, concepita con l'ovulo di una donatrice anonima e i gameti del coniuge; il Tribunale del Minnesota aveva attestato la paternità del Labassee e autorizzato la registrazione in Minnesota dell'atto di nascita della minore come figlia di entrambi i coniugi, avendo la madre biologica rinunciato ai propri diritti genitoriali. Il *Parquet du tribunal de grande instance de Nantes* rifiutò la trascrizione dell'atto nei registri di stato civile francesi per contrarietà di tale atto all'ordine pubblico francese, e da ciò prese piede la vicenda giudiziaria dei coniugi Labassee, che si svolse secondo diverse tappe, l'ultima delle quali, a livello nazionale, è stata la pronuncia della *Cour de Cassation* che respinse, anch'essa sulla base della contrarietà all'ordine pubblico del contratto di maternità surrogata, il ricorso dei coniugi.²²⁰

Nel caso *Menesson c. Francia*, invece, i coniugi francesi avevano stipulato un contratto di maternità surrogata in California in seguito al quale, con un ovulo donato e i gameti del marito, erano nate due gemelle, dichiarate figlie della coppia da una sentenza della Corte Suprema di California. Al diniego della richiesta di registrare i certificati di nascita presso le autorità consolari francesi a Los Angeles, si unì una trasmissione di atti all'ufficio del pubblico ministero di Nantes per le indagini relative alla sospetta surroga di maternità. In seguito all'emissione dei passaporti statunitensi per le gemelle, negli stessi qualificate figlie dei coniugi francesi, la famiglia fece ritorno in Francia. Il procedimento penale venne archiviato perché i fatti erano stati commessi nel territorio statunitense e quindi non erano punibili in Francia, e su istanza del pubblico ministero i certificati di nascita vennero registrati nei registri dello stato civile di Nantes. Successivamente il pubblico ministero di Créteil instaurò un procedimento dinanzi al *Tribunal de grande instance de Créteil* per ottenere l'annullamento della registrazione degli atti di nascita e della sentenza americana annotata a margine degli stessi, in quanto la sentenza pronunciata in

²¹⁹ S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Diritti umani e Diritto internazionale», 2015, pp. 202.

²²⁰ Ivi, pp. 202 – 203.

seguito a un contratto di surroga di maternità era da ritenersi contraria all'ordine pubblico francese e i certificati di nascita che sulla stessa si fondavano non potevano essere riconosciuti in Francia. Il *Tribunal de grande instance de Créteil* dichiarò l'azione del pubblico ministero inammissibile per contraddittorietà con la registrazione avvenuta in seguito ad iniziativa dello stesso; la *Cour d'Appel de Paris* confermò tale sentenza, sempre sulla base di argomentazioni concernenti l'operato del pubblico ministero; la *Cour de Cassation* tuttavia annullò la decisione di secondo grado sulla base di un interesse del pubblico ministero all'annullamento della registrazione degli atti di nascita e rinviò la decisione alla *Cour d'Appel de Paris* che, in una diversa composizione, annullò la registrazione dei certificati di nascita e ordinò la trascrizione della propria sentenza a margine dei certificati dichiarati invalidi per contrarietà all'ordine pubblico; la *Cour d'Appel* ritenne inoltre che il pubblico ministero non aveva agito contrariamente né all'ordine pubblico né al principio fondamentale del migliore interesse del minore, chiedendo l'annullamento di atti di nascita stranieri, perché tali atti derivavano da un contratto di surroga di maternità in contrasto con l'ordine pubblico francese. La *Cour de Cassation*, cui si rivolsero i coniugi Mennesson, facendo valere il migliore interesse delle minori alla continuità del loro *status*, respinse il ricorso per inammissibilità della registrazione di atti fondati su sentenze straniere contrarie all'ordine pubblico francese, per violazione del principio fondamentale dell'inalienabilità dello stato civile, violato dal contratto di surroga di maternità statunitense.²²¹

Entrambe le coppie di coniugi, esauriti i rimedi a livello nazionale, si rivolsero alla Corte di Strasburgo, fondando i loro ricorsi sul principio del migliore interesse del minore, che nel caso si riteneva essere violato dall'impossibilità di ottenere riconoscimento dello *status* di filiazione, in violazione del diritto al rispetto della vita familiare, garantito dall'art. 8 della Cedu.²²²

I casi in esame affrontavano, soprattutto, il profilo dell'identità personale del minore nato da maternità surrogata, declinando in maniera innovativa il migliore interesse del minore, il quale orienta la lettura dell'art. 8 Cedu, e il tema della trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata. Nei casi Mennesson

²²¹ Ivi, pp. 203.

²²² Ivi, pp. 203 – 204.

e Labassee, la Corte di Strasburgo è apparsa orientata a tutelare il diritto dei minori nati da maternità surrogata a vedere riconosciuto il loro legame di filiazione, in ragione del fatto che «Il rispetto della vita privata richiede che ognuno sia in grado di stabilire i dettagli della propria identità come essere umano» (Labassee c. Francia, cit., par. 38)²²³. Con le sentenze Mennesson e Labassee c. Francia si delinea, pertanto, un significativo mutamento nell'orientamento della Corte europea in merito alla riconoscibilità dello *status* come complemento del rispetto della vita privata, facendo prevalere la realtà sociale a quella biologica e permettendo il superamento del limite dell'ordine pubblico in ragione del migliore interesse del minore. Nei casi Mennesson e Labassee, si recepisce, come anticipato, l'orientamento volto a considerare l'interesse del minore quale possibile controlimite all'ordine pubblico, sviluppato chiaramente nella sentenza Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo²²⁴. Con le sentenze Mennesson e Labassee, la Corte europea si ricollega a tale orientamento chiarendo che anche nei casi di atti di nascita derivanti da maternità surrogata l'interesse al rispetto dell'identità personale può valere come controlimite al principio di ordine pubblico.²²⁵

Le questioni di m.s. sollevate dalle vicende Mennesson e Labassée, non sono state interamente esaurite con l'adozione delle due sentenze del 2014. In particolare, la vicenda Mennesson ha lasciato aperti problemi di notevole importanza pratica e giuridica per il minore, e, fra questi, *in primis*, quello del suo legame con la madre d'intenzione. Se, infatti, le due sentenze del 2014 sono pervenute alla conclusione che la soluzione migliore fosse quella di consentire la trascrizione del legame di filiazione con il padre biologico ove accertato che l'atto di nascita straniero fosse autentico e veritiero (cioè né invalido, né falso), molti erano i dubbi rimasti aperti circa la disciplina da destinare al rapporto del bambino nato da surrogata con la madre sociale, specie ove quest'ultima non presentasse un legame genetico con il bambino. È pertanto proprio sotto questo profilo che, nel 2019, la Corte di Cassazione francese, chiamata a pronunciarsi sul caso Mennesson c. Francia, decise di chiedere il parere della Corte EDU utilizzando la procedura prevista dal Protocollo

²²³ «*le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain*».

²²⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 28 giugno 2007, Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo, ricorso n. 76240/01.

²²⁵ S. TONOLO, op. cit. pp. 204 – 208.

n. 16. Il quesito posto dall'Alta Corte francese verteva sui limiti alla discrezionalità degli Stati in materia di trascrizione degli atti di nascita formati all'estero nel caso in cui, come in quello di specie, le gemelle nate tramite surroga di maternità risultavano registrate, oltre che come figlie del sig. Mennesson loro padre naturale, anche come figlie della Sig.ra Mennesson che, tuttavia, non era la loro madre biologica. Sullo sfondo di questo caso, continuava a restare ferma la necessità di trovare una soluzione tale da conciliare la tutela del minore con la repressione del fenomeno della m.s. e, quindi, con la difesa dell'ordine pubblico. Nel dettaglio, la Corte di cassazione francese chiese alla Corte EDU: se il rifiuto di trascrivere un documento straniero che designasse la madre intenzionale come madre legittima fosse contrario alla Cedu e, quindi, se violasse la vita privata e familiare degli interessati; se fosse necessario distinguere a seconda che la madre intenzionale avesse o no un legame di sangue con il bambino; se il riconoscimento di un tale legame attraverso la procedura di adozione fosse compatibile con i requisiti previsti dall'art. 8 Cedu; e, infine, se la soluzione individuata per la madre intenzionale potesse essere applicata, all'occorrenza, anche ai padri d'intenzione che non fossero anche i genitori biologici del bambino. Il 10 aprile 2019 la Grand Chambre emise il suo *Avis consultatif* di risposta all'istanza della Corte di cassazione francese. La Corte EDU esordì affermando che i casi di m.s. non prevedono soltanto aspetti che coinvolgono la vita privata del minore, bensì anche altre situazioni che meritano analoga tutela, precisando che il migliore interesse del minore non implica semplicemente il rispetto di aspetti connessi al suo diritto alla vita privata, ma coinvolge anche «altre componenti fondamentali che non necessariamente pesano a favore del riconoscimento di un rapporto legale genitore-figlio con la madre affidataria, come la protezione contro i rischi di abuso che gli accordi di maternità surrogata comportano e la possibilità di conoscere le proprie origini». Ciò premesso, la Corte EDU ritenne, comunque, importante dare un riconoscimento legale al rapporto del minore con quelle persone che sono responsabili della sua educazione e accudimento. Sul presupposto, quindi, che colei che risulti designata come madre nel certificato di nascita legittimamente rilasciato all'estero sia anche colei che, nei fatti, si assume la responsabilità di educare e crescere il nato da m.s., la Corte EDU ritenne che lo Stato interessato, nella specie quello francese, fosse tenuto a prevedere la possibilità di

dare un riconoscimento legittimo ad una siffatta relazione. Una soluzione diversa da quella ora prospettata sarebbe, pertanto, da considerarsi contraria al migliore interesse del minore così come inteso ai sensi della Cedu. La Corte di Strasburgo, nell'occasione, precisò che un tale riconoscimento non debba necessariamente avvenire, “*ab initio*” tramite la trascrizione del certificato di nascita nei registri dello Stato, ma possa essere anche successivo, (ad esempio tramite l'adozione del bambino da parte della madre designata) a condizione che la procedura stabilita al riguardo dalla legislazione nazionale risulti rapida ed efficace, spettando, tuttavia, alle autorità nazionali la valutazione di “*whether and when, in the concrete circumstances of the case*”, il legame madre sociale-figlio sia diventato “*a practical reality*”, cioè una realtà stabile e concreta, e, in tal senso, assuma un valore protettivo e di effettivo aiuto alla crescita del minore, favorendone il regolare percorso evolutivo. Alla luce di ciò, dunque, lo Stato conserva sicuramente un ampio margine di apprezzamento nella materia e può, pertanto, anche perseguire l'obiettivo di vietare, contrastare e sanzionare il ricorso alla m.s. all'estero tramite l'applicazione delle sue norme di diritto privato. Un tale obiettivo, tuttavia, non può tradursi in un ostacolo al riconoscimento dei legami familiari del bambino nato tramite m.s, incluso quello con la madre d'intenzione, in quanto riferimento stabile ed effettivo anche se non madre biologica. Di tutta evidenza, con la formulazione di questo *Avis* la Corte di Strasburgo introduce ulteriori temperamenti dei livelli di ordine pubblico degli Stati in virtù della forza prevalente ed espansiva del migliore interesse del minore.²²⁶

4.3 D. c. Francia; *Valdis Fjölfnisdóttir e altri c. Islanda*;

Si presta l'attenzione, adesso, a due casi della più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo, tornata ad occuparsi di maternità surrogata. La prima di queste, D. c. Francia²²⁷ del 2020, riguardante la trascrizione in Francia degli atti di stato civile formati all'estero e il procedimento di adozione di una minore, nata in Ucraina mediante la gestazione per altri, da parte della madre d'intenzione. Quest'ultima, tuttavia, pur non avendo partorito la bambina aveva fornito il suo materiale genetico

²²⁶ L. MURA, op. cit. pp. 189 - 191.

²²⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 luglio 2020, D. c. Francia, ricorso n. 11288/18.

e quindi poteva considerarsi la madre naturale. La seconda sentenza, la *Valdis Fjölnisdóttir e altri c. Islanda*²²⁸ del 2021 affronta, invece, il caso di una coppia dello stesso sesso che si era recata in California per avere un figlio da maternità surrogata e, tornata in Islanda, si è vista respingere la propria richiesta di trascrizione dell'atto di nascita ottenuto negli USA, nei pubblici registri islandesi.²²⁹

Nel caso oggetto della sentenza *D c. France* del 16 luglio 2020, i due genitori di intenzione si recano in Ucraina per effettuare una m.s. fornendo entrambi i propri gameti; la madre surrogata ha quindi ricevuto l'embrione e ha portato a termine la gravidanza fino al parto. Di questa circostanza, tuttavia, non è stata fatta alcuna menzione sul certificato di nascita redatto in Ucraina dove, pertanto, i ricorrenti figuravano come il padre e la madre naturali della neonata con la conseguenza che l'atto dovesse ritenersi redatto con un'alterazione dei dati reali e, perciò, fosse falso. Al rientro dei coniugi in Patria, le autorità francesi, in conformità al proprio diritto positivo, accettarono la domanda di trascrizione sui registri di stato civile del legame di filiazione paterna, ma non anche quella materna adducendo il fatto che il riconoscimento di quest'ultimo legame dovesse realizzarsi tramite procedimento di adozione, come stabilito dalla Corte di Cassazione francese in adeguamento all'*Avis consultatif* pronunciato, come detto, dalla Corte di Strasburgo nel 2019. La coppia, pertanto, presentò ricorso alla Corte EDU lamentando di avere subito un'interferenza sproporzionata con il suo diritto alla vita privata da parte del proprio Stato, sia per il rifiuto da parte di quest'ultimo della trascrizione dell'atto di nascita della minore nata tramite m.s. all'estero, sia per il ritardo con il quale è stata successivamente pronunciata la sentenza di adozione della piccola da parte della madre sociale. I ricorrenti lamentano, altresì, una discriminazione della bambina nata da maternità surrogata rispetto agli altri minori francesi nati all'estero che ottengono il riconoscimento dei rispettivi legami di filiazione così come accertati dall'atto di nascita straniero. La Corte EDU, dal canto suo, ritenne che non vi fosse stata affatto un'ingerenza, né quindi una violazione dell'art. 8 della Convenzione, da parte dello Stato francese. Secondo la stessa Corte, infatti, il fatto che la madre d'intenzione fosse anche madre genetica del bambino non obbliga lo Stato a procedere al

²²⁸ *Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 18 maggio 2021, Valdis Fjölnisdóttir e altri c. Islanda, ricorso n. 71552/17.*

²²⁹ L. MURA, op. cit. pp. 192.

riconoscimento del relativo legame di filiazione tramite trascrizione dell'atto di nascita straniero allorché la relazione genitore-figlio può effettivamente essere stabilita con altri mezzi; a questo proposito aggiunge, altresì, che il riconoscimento di tale legame di filiazione tramite l'adozione del figlio del coniuge produce effetti della stessa natura della trascrizione dell'atto di nascita straniero. Di fondamentale importanza resta, quindi, la circostanza che lo Stato, dal momento in cui il legame tra il bambino e la madre intenzionale si è materializzato, garantisca comunque alla stessa un meccanismo efficace e sufficientemente rapido per il riconoscimento. Con riguardo poi alla questione che una tale modalità di riconoscimento sia suscettibile di creare una discriminazione fra i minori francesi nati all'estero da m.s. e gli altri minori francesi nati all'estero, la Corte rileva che la differenza di trattamento in questione non riguarda il fatto che i primi, diversamente dai secondi, non possano ottenere il riconoscimento nel diritto interno di un rapporto di filiazione nei confronti della persona il cui nome figura sul certificato di nascita straniero ma, piuttosto, le modalità di un tale riconoscimento: i primi, infatti, all'epoca dei fatti del caso, a differenza di quest'ultimo, non potevano ottenere a tale scopo la trascrizione completa del certificato di nascita straniero e dovevano passare attraverso il processo di adozione per quanto riguarda la loro filiazione materna. La *ratio* di questa diversità di trattamento da parte della legislazione francese risiede, dunque, secondo la Corte di Strasburgo, nella necessità, da un lato, di consentire che il giudice nazionale possa valutare se rientri o meno nel migliore interesse del minore riconoscere il legame di filiazione materno in ragione della qualità che esso riveste nel caso concreto e, dall'altro, di scoraggiare il ricorso, da parte dei propri cittadini, alla m.s. nei Paesi stranieri in cui questa è consentita, evitando quindi di eludere *in toto* l'esistenza e il significato stesso delle norme nazionali.²³⁰

La sentenza *Valdis Fjölfnisdóttir e altri c. Islanda* del 18 maggio 2021, riguarda invece il caso di una m.s. effettuata in California da una coppia di donne omosessuali che, peraltro, si è successivamente separata e che, nel proprio Paese, si è vista respingere la richiesta di trascrizione nei pubblici registri dell'atto di nascita ottenuto negli USA. Le due donne si erano rivolte ad un'agenzia a pagamento californiana con cui avevano concluso "*a surrogacy delivery plan*" che avrebbe permesso loro di

²³⁰ Ivi, pp. 192 – 193.

diventare genitori. La Corte ritiene che la vicenda di cui si tratta sia “*comparable to that in the leading case of Paradiso and Campanelli [...]*” del 2017 alla quale, pertanto, fa numerosi rinvii. Oltre alle numerose analogie, la Corte mette in evidenza, però, anche le sostanziali differenze esistenti fra questi due casi: in particolare, rileva il fatto che le autorità islandesi, pur non avendo registrato le due donne come madri del bambino, non avessero sottratto quest’ultimo, considerato un “minore non accompagnato”, alle loro cure; inoltre, che “*the quality of their bond has not been contested by the Government*”²³¹ e che, proprio perciò, la “*family life*” fra “*all three applicants*”²³² “*was not interrupted by an intervention by the respondent State*”²³³. Il bambino, pertanto, continuò a restare affidato ad entrambe le due donne anche in seguito al loro divorzio, inoltre, ottenne la cittadinanza islandese e, dunque, la regolarizzazione del proprio *status* legale dato che, nonostante non fosse stato registrato come il figlio della coppia delle due madri sociali, il suo certificato di nascita americano era stato trascritto sui pubblici registri islandesi. Nel rigettare, quindi, le accuse delle ricorrenti nei confronti delle autorità islandesi per violazione della loro vita familiare ai sensi dell’art. 8 Cedu, la Corte di Strasburgo rileva che le misure adottate dall’Islanda nel caso di specie fossero previste dalla legge nazionale e, quindi, fossero conoscibili; inoltre, essa riconosce come meritorio lo scopo della stessa legge di proteggere da un lato, gli interessi delle donne particolarmente vulnerabili; e, dall’altro, il diritto del bambino di costruire una propria identità, di conoscere la propria storia e le proprie origini, quindi, di poter distinguere fra i suoi genitori naturali e quelli sociali. In definitiva, secondo la Corte di Strasburgo le autorità islandesi hanno bilanciato correttamente gli interessi in gioco, coniugando le istanze delle due ricorrenti con quelle attinenti all’ordine pubblico internazionale.²³⁴

Di tutta evidenza, nella visione della Corte EDU, le sentenze ora esaminate hanno lo scopo di concorrere, anche con l’aggiunta di nuovi tasselli, alla costruzione di una disciplina comune della m.s. in Europa. Nella specie, esse hanno definito il profilo attinente al legame “effettivo” e “di qualità” del nato da surrogata con la madre sociale, inoltre, hanno affrontato la questione del rapporto fra il nato da m. s. e

²³¹ *Sentenza Valdis Fjölfnisdóttir and others v. Iceland, cit., par. 61.*

²³² *Sentenza Valdis Fjölfnisdóttir and others v. Iceland, cit., par. 60 – 61.*

²³³ *Sentenza Valdis Fjölfnisdóttir and others v. Iceland, cit., par. 62.*

²³⁴ L. MURA, op. cit. pp. 194 – 195.

la coppia genitoriale omosessuale, considerandone la disciplina anche in caso di divorzio della coppia stessa. In quest'ottica, esse operano un bilanciamento di tutti gli interessi in gioco considerando, tuttavia, che quello migliore del minore debba sempre prevalere su quello dei ricorrenti ma anche della stessa legge nazionale. Non può non notarsi, in tal senso, che le conclusioni a cui giunge la Corte EDU nelle sentenze ora esaminate sono assai diverse, addirittura opposte, a quelle della sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 2017 nonostante i numerosi ed espliciti richiami ad essa. A ben guardare, infatti, le contestazioni sull'origine illecita dei rapporti derivanti dalla m.s. e, quindi, sulla violazione delle norme nazionali, mostrano di perdere rilevanza per lasciare spazio al riconoscimento legale di questi rapporti attraverso una deroga all'applicazione dell'ordine pubblico.²³⁵

In conclusione, dalla giurisprudenza richiamata emerge che la Corte europea, pur dando rilievo all'ordine pubblico, lo comprime a favore del principio del migliore interesse del minore, il quale, dunque, ne costituisce un limite volto ad una maggiore tutela dei diritti umani del minore, in quanto soggetto più vulnerabile. Come si ha avuto modo di analizzare, nel bilanciamento tra i due interessi contrapposti, la Corte adotta una soluzione volta a obbligare lo Stato a riconoscere i legami con i genitori di intenzione che siano anche biologici e a tutelare giuridicamente in modo stabile e certo la relazione col genitore di intenzione non biologico, permanendo alla discrezionalità dello Stato la scelta dell'istituto o modello da utilizzare in questo secondo caso.²³⁶

5. Il migliore interesse del minore nel caso dei minori non accompagnati;

Partendo dall'assunto, tacito a questo punto della trattazione, che i diritti fondamentali appartengono all'umanità in quanto tale, si evidenzia come anche i migranti, indipendentemente dalle ragioni che li hanno spinti a lasciare il proprio Stato d'origine, godano della protezione degli stessi, previsti dalle norme interne,

²³⁵ Ivi, p. 195.

²³⁶ E. NALIN, *Dialogo tra Corti europee e giudici nazionali in tema di maternità surrogata: verso un bilanciamento tra limite dell'ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in «Rivista quadrimestrale on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"», 2022, n.1, p. 245, www.fsjeurostudies.eu.

dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti. Nella categoria dei migranti, vulnerabile per definizione, si distinguono, a maggior ragione, i minori, bisognosi di particolari ed ulteriori protezioni. La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo obbliga lo Stato che la ha ratificata ad applicarla a tutti i fanciulli che si trovano sul suo territorio, anche se non in modo stabile e prescindendo dal fatto che essi abbiano un valido titolo per soggiornarvi. In altre parole, le garanzie ed i principi generali ivi previsti (principio di non discriminazione; principio del migliore interesse del minore; diritto alla vita, alla sopravvivenza, allo sviluppo; e il diritto alla partecipazione e rispetto per l'opinione del minore) devono essere assicurati dagli Stati non solo ai minori d'età propri cittadini, ma anche a tutti quelli che si trovano sotto la loro giurisdizione, indipendentemente dalla regolarità del soggiorno. La Risoluzione dell'Assemblea Generale dell'ONU del 19 dicembre 2017, resa pubblica il 29 gennaio 2018, ha ribadito tali principi invitando gli Stati membri a promuovere e proteggere i diritti umani e le libertà fondamentali di tutti i migranti, a prescindere dal loro *status* migratorio, raccomandando un'attenzione particolare per le donne ed i minori ed evitando approcci che potrebbero minare ulteriormente la vulnerabilità dei migranti stessi. La stessa Risoluzione prosegue raccomandando a tutti gli Stati di mettere in atto azioni e procedure che diano concreta attuazione del migliore interesse del minore, che deve avere considerazione primaria in tutte le azioni e decisioni riguardanti i minori migranti e che mettano fine alla detenzione degli stessi. A tale ultima raccomandazione fa eco la Risoluzione del Parlamento europeo del 3 maggio 2018 sulla protezione dei minori migranti, la quale contiene una molto simile disposizione e prevede anche una serie di raccomandazioni agli Stati al fine di darne effettiva attuazione, con specifico riferimento al sistema di accoglienza ed all'accesso ai servizi ed alle politiche di integrazione (agli Stati è richiesto di accelerare le procedure di accoglienza dei minori stranieri non accompagnati, di garantire agli stessi ad essere informati sulle questioni rilevanti ai fini della procedura secondo modalità che tengano conto delle loro specificità di genere e linguistica, di garantire loro assistenza sanitaria, un alloggio e l'accesso all'istruzione). Si sottolinea, altresì, l'importanza di elaborare un piano individuale basato sulle necessità e altre vulnerabilità specifiche a ciascun minore, tenendo conto del fatto che la qualità di

vita e il benessere dei minori richiedono anche un'integrazione precoce, un sistema di sostegno comunitario e il fatto di avere l'opportunità di realizzare appieno il proprio potenziale. L'ONU ha lavorato anche al "*Global Compact for Migration*", adottato il 10 dicembre 2018, e consistente in un accordo intergovernativo che regola le migrazioni internazionali, tuttavia, non si tratta di un documento vincolante in quanto rispettoso della sovranità degli Stati. Il Consiglio dell'Unione Europea ha adottato nel 1997 una Risoluzione sui minori stranieri non accompagnati²³⁷, per tali intendendosi i minori che entrano nel territorio degli Stati membri senza essere accompagnati da un adulto che ne sia responsabile per legge o per prassi dello Stato membro interessato, fino a quando non siano effettivamente affidati a un tale adulto; il termine include i minori che siano stati abbandonati dopo essere entrati da accompagnati nel territorio degli Stati membri.²³⁸ In tale Risoluzione si stabilisce l'obbligo degli Stati membri di garantire a ogni minore non accompagnato accoglienza temporanea e un'idonea rappresentanza attraverso tutela legale o un organismo che si occupi della loro cura e del loro benessere, tutele dovute sulla base della particolare fragilità e vulnerabilità riconosciuti. Il minore che fa ingresso nel territorio dell'Unione europea deve essere accolto tenendo conto del migliore interesse del fanciullo e deve essergli assicurato il rispetto delle garanzie procedurali per l'adozione di provvedimenti finalizzati al ricongiungimento familiare. Gli Stati membri devono assicurare un livello di vita adeguato allo sviluppo psicofisico del minore, in particolar modo devono fornire assistenza riabilitativa a coloro i quali abbiano subito qualsiasi forma di abuso, negligenza, sfruttamento, tortura, trattamento crudele, disumano o degradante, ovvero che siano predisposte, se necessario, misure di assistenza psichica e consulenza qualificata. Questi principi hanno trovato parziale attuazione in alcuni ordinamenti attraverso il divieto di espulsione della persona minore di età, l'autorizzazione al soggiorno, a certe condizioni, degli adulti che accompagnano il minore, la normativa sul ricongiungimento familiare, le disposizioni in materia di identificazione e di accoglienza ed il divieto di trattenimento (per ciò che concerne l'ordinamento

²³⁷ S. ALBANO, *Minore migrante e tutela dei diritti umani*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, 2021, p. 1282 – 1284.

²³⁸ EASO — Guida pratica sull'interesse superiore del minore nelle procedure di asilo, 2019.

italiano, la recente legge sui minori stranieri non accompagnati c.d. legge Zampa e Regolamento di attuazione della L. n. 47 del 2017 - d.P.R. 4 ottobre 2022, n. 191 D.P.R. 04/10/2022, n. 191). Dal punto di vista fattuale, si segnala che i minori di età, soli od accompagnati, costituiscono, poi, una componente significativa delle procedure di protezione internazionale, sulla base che tali soggetti sono sovente esposti a rischi di tratta, sfruttamento sessuale e lavorativo, mutilazioni genitali femminili, torture, schiavitù, conflitti, ecc. Le specifiche misure di protezione per casi simili non sono, tuttavia, alternative alla protezione internazionale. Come è noto, nelle costituzioni contemporanee le libertà non sono soltanto quelle negative della tradizione liberale, ma anche quelle positive, volte a rendere la vita delle persone, di qualunque condizione od origine, concorde al principio della dignità umana. La Convenzione ONU del 1951 e il Protocollo del 1967 che prevedono le Procedure e i Criteri per la determinazione dello *status* di Rifugiato non contengono specifiche disposizioni riguardanti i minori, tuttavia, l'Alto Commissariato ONU per i Rifugiati ha predisposto delle linee guida per determinare lo *status* di rifugiato del minore; in tali linee guida si affronta la questione del livello di sviluppo e maturità mentale del minore non accompagnato, in particolare se trattasi di bambini al di sotto dei 16 anni, solitamente considerati non sufficientemente maturi. Ogni caso, poi, varia in base alle condizioni del paese d'origine e a fattori personali specifici relativi al singolo richiedente asilo. La disposizione di maggior impatto per la materia dei minori migranti richiedenti asilo è inserita nella Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, al suo articolo 22, il quale obbliga gli Stati parte ad adottare misure adeguate affinché il fanciullo, che cerca di ottenere lo *status* di rifugiato o già considerato come rifugiato, solo o accompagnato, possa beneficiare della protezione e della assistenza umanitaria necessarie per consentirgli di usufruire dei diritti che gli sono riconosciuti dalla Convenzione stessa e dagli altri strumenti internazionali relativi ai diritti dell'uomo o di natura umanitaria di cui gli Stati sono parti. Per questo fine, gli Stati parte collaborano a tutti gli sforzi compiuti dalle organizzazioni intergovernative delle Nazioni Unite o non governative competenti, per proteggere ed aiutare i fanciulli. Con riguardo ai fanciulli non accompagnati, sempre l'art. 22

vincola gli Stati ad aiutarli a ottenere informazioni necessarie per il ricongiungimento familiare.²³⁹

A livello dell'Ue, oltre ai cenni su Risoluzione del 3 maggio 2018 e di quella del 1997 sui minori stranieri non accompagnati, si segnala che gli artt. 78, 79 e 80 Tfeue delineano quale dovrebbe essere la politica comune in materia di asilo, volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il principio di non respingimento, che dovrebbe essere fondata sul principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità degli Stati membri. Al riconoscimento legale della particolare vulnerabilità connessa alla minore età, consegue l'obbligo di tenere conto di tale vulnerabilità nell'applicazione dell'intera disciplina sull'attribuzione delle misure di protezione internazionale, al di là dei singoli obblighi previsti specificamente dalla normativa interna. Anche la motivazione del provvedimento in materia di protezione internazionale dovrà, pertanto, indicare il ragionamento svolto dal giudice di merito e in modo particolare di come abbia applicato al caso concreto il principio dei *best interests of the child*. Il diritto del minore all'ascolto in tutte le procedure che lo riguardano dovrà trovare piena applicazione, anche in deroga alla disciplina generale della procedura per il riconoscimento della protezione internazionale, che attualmente prevede che l'audizione del richiedente innanzi al giudice sia solo eventuale.²⁴⁰

Dal punto di vista giurisprudenziale, si evidenzia che nel 2022, a seguito di una serie di sentenze sul diritto dell'Ue in materia di asilo e migrazione, la Corte di giustizia delle ha fatto sempre più riferimento all'articolo 24, comma 2, della Carta di Nizza, il quale, come già visto, codifica l'obbligo di prendere in considerazione l'interesse migliore del minore in tutte le azioni che lo riguardano direttamente o indirettamente. L'aumento della considerazione del principio dei *best interests* in materia di asilo e migrazione si è incardinata nello spirito del dialogo giudiziario a seguito di esplicite formulazioni di questioni pregiudiziali in base alle quali i giudici del rinvio, in particolare quelli di Belgio, Germania e Paesi Bassi, hanno richiesto l'interpretazione delle disposizioni di diritto derivato dell'Unione alla luce

²³⁹ S. ALBANO, op. cit. pp. 1284 – 1287.

²⁴⁰ Ivi, p. 1287 – 1289.

dell'articolo 24, comma 2, della Carta.²⁴¹ Tale ultimo articolo ha ottenuto un esplicito riferimento nel *Causa C-648/11 M.A e altri c. Secretary of State for the Home Department*, nella quale la Corte di Giustizia si è pronunciata su una questione pregiudiziale, proposta dalla Court of Appeal d'Inghilterra e Galles (*Civil Division*) sul Regolamento (CE) n. 343/2003 (Dublino II) e determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di asilo presentata da minori non accompagnati, cittadini di uno Stato terzo.²⁴²

Esposto, seppur sommariamente il quadro normativo e le evoluzioni giurisprudenziali della Corte di Giustizia in materia di minori non accompagnati, si segnala, tuttavia, che, nonostante gli impegni maturati a livello politico e gli obblighi scaturenti dall'ordinamento giuridico, in primo luogo internazionale, la condizione reale dei minori stessi che arrivano in Europa è tuttora molto distante dai piani e dai progetti implementati, in quanto l'esclusione e la marginalizzazione, nel paese di accoglienza, costituiscono dei rischi molto verosimili e le misure relative non sempre tengono conto del principio del migliore interesse. Compito degli operatori del diritto, dei giudici in particolare, è avere ben chiari la gerarchia delle fonti ed il proprio compito, che è quello di garantire e rendere effettivi i diritti fondamentali degli individui, da qualsiasi parte del mondo provengano; ciò comporta tenere necessariamente conto degli elementi di vulnerabilità che potrebbero inficiare la possibilità stessa di esercitare tali diritti, in attuazione piena del principio fondamentale di eguaglianza. Inoltre, si mette ulteriormente in luce la necessità impellente, in tale materia, di fare buona applicazione del principio della prevalenza del migliore interesse del minore, dovuta alla particolare vulnerabilità e bisogni dei soggetti coinvolti.²⁴³

5.1 *Darboe e Camara c. Italia;*

²⁴¹ E. FRASCA, J.Y CARLIER, *'The best interests of the child in ECJ asylum and migration case law: Towards a safeguard principle for the genuine enjoyment of the substance of children's rights?'*, 2023, 60, *Common Market Law Review*, Issue 2, pp. 345-346, <https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/Common+Market+Law+Review/60.2/COLA2023024>.

²⁴² CURIA - Documenti (europa.eu).

²⁴³ S. ALBANO, op. cit. p. 1288 – 1289.

Si procede, adesso, analizzando il caso Darboe e Camara c. Italia²⁴⁴ sottoposto alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Sez. I, 21 luglio 2022, n. 5797.

La Corte Europea dei Diritti Umani, a cinque anni dalla proposizione del ricorso, ha condannato l'Italia per la violazione dei diritti di uno straniero gambiano, giunto in Italia da minorenne non accompagnato, non avendo potuto egli beneficiare delle minime garanzie nella procedura di determinazione dell'età e per essere stato collocato, per oltre quattro mesi, in un centro di accoglienza per adulti in condizioni inadeguate alla sua minore età. La pronuncia è di particolare interesse perché giunge dopo anni dall'entrata in vigore della L. n. 47 del 2017, la quale, forse proprio a quel caso deve la sua tempestiva emanazione.²⁴⁵

Si riportano, adesso, i fatti del caso. Nei primi giorni del 2017, nel Centro di accoglienza straordinaria (Cas) di Cona, in provincia di Venezia, scoppiò una rivolta in seguito alla morte di una ragazza ivoriana all'interno del centro, in quanto alcuni migranti lamentarono i ritardi nei soccorsi. Con il supporto di varie associazioni umanitarie (Asgi, Giuristi Democratici, Meltingpot, Bassa Padovana Accoglie, Campagna LasciateCIEntrare e Avvocato di Strada), tre minori e un maggiorenne proposero ricorso d'urgenza alla Corte europea dei diritti umani nel gennaio 2017, sulla base delle condizioni inumane e degradanti di accoglienza nel centro, a seguito del quale la Corte dispose che lo Stato italiano avesse dovuto fornire le dovute informazioni sulla natura della struttura, sulle condizioni denunciate, sulla presenza di minori e sulle misure eventualmente adottate a loro protezione e chiarire per quale motivo i minori ricorrenti non erano stati inseriti in strutture adeguate come previsto dalla normativa nazionale e internazionale, che impone il collocamento in un luogo sicuro e dedicato ai soli minori.²⁴⁶

Nella fase interlocutoria della procedura, la Prefettura competente trasferì i (soli) minori ricorrenti in una struttura a loro adeguata, cercando di evitare una misura cautelare da parte della Corte, ma certamente non ponendo fine

²⁴⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 luglio 2022, Darboe e Camara c. Italia, ricorso n. 5797/17.

²⁴⁵ A. CORDIANO, *La condanna della Cedu per la violazione dei diritti dei minori stranieri non accompagnati in tema di accertamento dell'età e di condizioni inumane e degradanti dei centri di accoglienza*, in «Famiglia e Diritto», n. 3, 1 marzo 2023, pp. 204 – 205.

²⁴⁶ Ivi, p.205.

alle condizioni degli altri minori nelle medesime condizioni. Emerse, infatti, successivamente, sempre grazie all'informazione delle stesse associazioni umanitarie, che nel Cas si trovavano oltre trenta minori stranieri (e molti altri registrati come maggiorenni nonostante essi si fossero esplicitamente dichiarati minori e, pertanto trovandosi senza l'assistenza di tutori e senza l'avvio di alcuna procedura innanzi al giudice tutelare, in violazione dell'art. 19, comma 5, D.lgs. n. 142 del 2015) in una condizione ambientale di sovraffollamento, con impianti inadeguati di riscaldamento, in mancanza di supporto legale, psicologico e di orientamento. Nel successivo febbraio, la Corte adottò comunque una misura provvisoria a protezione dei due minori non accompagnati collocati nel centro, ordinando al Governo italiano di trasferire i ricorrenti in strutture per minori e affrontando per la prima volta la questione dell'accertamento dell'età dei minori non accompagnati. Nonostante fossero stati registrati come maggiori, infatti, una successiva perizia radiografica da parte di un esperto dell'Università di Torino ne certificò la minore età, in ragione della maturazione ossea. Nel ricorso, le parti opportunamente segnalavano che il primo accertamento dell'età fosse stato effettuato dalla prefettura di Venezia secondo modalità e procedure non conformi alla normativa vigente e in particolare al D.P.C.M. n. 234 del 2016 che, pur disciplinando in specifico l'accertamento dell'età dei minori vittime di tratta, doveva ritenersi applicabile in via analogica ai minori che non siano vittime di tratta, come auspicato anche dall'Autorità Garante per l'infanzia e l'adolescenza, dall'Associazione italiana dei magistrati per i minorenni. La Corte, pertanto, evidenziò: la mancanza dell'indicazione del margine di errore sul referto radiologico, con conseguente impossibilità di applicare il principio di presunzione della minore età in caso di dubbio; l'utilizzo di una tecnica radiografica poco affidabile e l'assenza di un approccio multidisciplinare che comprenda una visita pediatrica auxologica e una valutazione psicologica; la mancata comunicazione dei risultati dell'accertamento dell'età agli interessati. L'Italia, inoltre, si trovò ad affrontare anche la questione relativa alle condizioni nel centro di accoglienza, lamentate come trattamento inumano e degradante, insieme all'assenza della messa in atto delle misure ordinarie di protezione nei confronti di minori privi della rappresentanza e dell'assistenza di

soggetti adulti, giuridicamente rilevanti quali i tutori. Nelle more del procedimento, nell'aprile del 2017, venne emanata la nuova disciplina L. n. 47 del 2017, con una tempistica e una rapidità straordinaria, complice il fatto che la Corte dichiarò di voler trattare e decidere la questione in via prioritaria, configurandosi, quindi, probabilmente, come un tentativo per evitare una condanna che è comunque giunta, anche se cinque anni dopo e nei riguardi di uno solo dei ricorrenti.²⁴⁷

Nel luglio del 2022, i giudici di Strasburgo hanno così condannato l'Italia, accertando la violazione dell'art. 8 Cedu ("Diritto alla vita privata e familiare"), per non aver ottemperato alle misure adeguate e di tutela nella determinazione dell'età, tramite esami medici relativi all'accertamento dell'età obsoleti e non attendibili, in contrasto con quanto dichiarato dal ricorrente, così mancando di attivare le misure di protezione ordinarie, come le segnalazioni alle autorità competenti e la nomina di un tutore che fosse il portavoce del migliore interesse del minore, e impedendo la presentazione della richiesta di protezione internazionale. Peralto, l'erronea determinazione dell'età del ricorrente ne ha determinato la collocazione nel centro di accoglienza per adulti di Cona, caratterizzato da condizioni igienico-sanitarie e inadeguate, violando così il divieto di sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti *ex art. 3 Cedu*, unitamente alla constatazione circa l'inesistenza, all'interno dell'ordinamento italiano, di rimedi giudiziali effettivi (art. 13 Cedu) per promuovere istanza giudiziale contro le condizioni di vita all'interno delle strutture di accoglienza, nonché contro gli errati accertamenti dell'età di minorenni, considerati alla stregua dei maggiorenni.²⁴⁸

Dal quadro ricostruito dalla Corte si desumono dunque, molteplici mancanze nella speciale protezione per i migranti minori non accompagnati: una protezione che appare violata quanto all'obbligo positivo di tutelare i diritti del ricorrente quale minore non accompagnato sia *sub specie* del diritto alla nomina di un rappresentante e/o di un tutore (nomina che avrebbe consentito di promuovere la domanda di asilo ed in generale perseguire il suo migliore interesse); sia *sub specie* del diritto del minore ad essere adeguatamente informato circa e durante la procedura di determinazione dell'età: questa specifica violazione, oltre a non aver consentito

²⁴⁷ Ivi, pp. 205 – 206.

²⁴⁸ Ivi, p. 206.

l'espressione del consenso informato, si è tradotta anche nella mancata comunicazione degli esiti dell'accertamento, nell'assenza del margine di errore e, di qui, anche nella conseguente collocazione in un centro di accoglienza per adulti. Se questo aspetto appare assodato, la riconducibilità all'art. 8 Cedu delle violazioni integrate costituisce un passaggio di autentico interesse; infatti, sebbene la finalità dell'art. 8, dice la Corte, sia essenzialmente quella di proteggere un individuo dalle ingerenze arbitrarie delle autorità pubbliche, la norma non obbliga meramente gli Stati ad astenersi da tali ingerenze, ma riconosce altresì obblighi positivi inerenti al rispetto effettivo della vita privata e familiare, pure lasciando un ampio margine di discrezionalità circa le modalità di detta attuazione. Pur essendo la nozione di "vita privata" un termine dal contenuto ampio, variabile e estensibile, essa sicuramente possiede un profilo inerente l'integrità fisica e psichica della persona, comprensiva questa di un "diritto allo sviluppo personale" e di un "diritto a stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani e con il mondo esterno": questi interessi fondamentali non possono essere frustrati dallo scopo legittimo, perseguito dall'ordinamento, di disincentivare elusioni e violazioni delle norme sull'immigrazione. In tal senso, le autorità italiane non hanno rispettato il principio della presunzione della minore età.²⁴⁹

Pur riconoscendo allo Stato italiano di aver introdotto, successivamente alla promozione del ricorso, la L. n. 47/2017 che ha consentito di progredire in senso positivo in tema di accertamento dell'età, la Corte ha statuito la violazione degli artt. 19 e 26, D.lgs. n. 25/2008 e dell'art. 18, D.lgs. n.142/2015, vigenti precedentemente al 2017, come strumenti che già prevedevano alcune forme minime di garanzia per i minori stranieri non accompagnati, insieme ad altre misure normative di tipo ministeriali (circ. Ministero dell'Interno 9 luglio 2007) e la disciplina sovranazionale e dell'Unione.²⁵⁰

A chiusura dell'analisi relativa al minore migrante non accompagnato, si segnala che il procedimento di identificazione, precedentemente assente e ricavabile, come detto, per via analogica dal D.p.r. n. 448 del 1988 e, poi, anche dal D.p.c. n. 234 del 2016, è stato correttamente specificato e individuato dal nuovo art. 5 della

²⁴⁹ Ivi, p. 207.

²⁵⁰ *Ibidem*.

Legge Zampa: quando il minore sia stato segnalato, rintracciato o entri in contatto con le autorità preposte, deve essere prontamente identificato; in caso di mancanza di documenti attestanti in maniera incontrovertibile l'età dichiarata dalla persona e di dubbi in merito alla veridicità delle dichiarazioni offerte, l'età dovrà essere accertata attraverso un procedimento che sostituisce la modalità di accertamento radiografico con un approccio clinico multidisciplinare alla presenza di personale qualificato, mediante un colloquio che ricostruisca la storia personale e familiare del minore. Gli accertamenti debbono assolvere i principi tipici del consenso informato e avvenire alla presenza del tutore. Se permangano dubbi e solo previa autorizzazione della procura presso il tribunale per i minorenni, è possibile disporre di esami pediatrici, radiografici e di indagine ossea, avvalendosi dei presidi socio-sanitari, ma svolti in ambiente idoneo e utilizzando le modalità meno invasive possibili e rispettose della dignità del minore, secondo un principio di gradualità o di progressività di intervento. Se a seguito dell'accertamento socio-sanitario permangano dubbi, la minore età è presunta, in virtù di principio di *favor minoris*. Il provvedimento di attribuzione dell'età deve essere comunicato all'interessato e all'esercente i poteri tutelari, ed è impugnabile con reclamo, ai sensi degli artt. 737 c.p.c. ss. nei consueti termini, al quale il giudice dovrà rispondere in via d'urgenza entro dieci giorni.²⁵¹

Il nuovo sistema, encomiabile sotto il profilo del rispetto della personalità del minore e delle tecniche di garanzia processuali e sostanziali, va incontro ad una serie di problematiche derivanti dalla mancanza concreta di risorse umane e di una formazione del personale addetto all'accertamento dell'età dei minori stranieri. Infine, si sottolinea che la disposizione della nomina del tutore pronto a far emergere in concreto il migliore interesse del minore, come già prevedeva il D.lgs. 18 agosto 2015, n. 142²⁵², anche provvisorio, per l'adempimento delle procedure di identificazione è certamente lodevole, ma si deve confrontare con la carenza di tutori volontari adeguatamente formati a coprire le esigenze dei minori stranieri non accompagnati, con l'esito che non è infrequente il ricorso alla misura della tutela

²⁵¹ Ivi, 207 – 208.

²⁵² Art. 19, comma 6, D.lgs. 18 agosto 2015, n. 142: «Il tutore possiede le competenze necessarie per l'esercizio delle proprie funzioni e svolge i propri compiti in conformità al principio dell'interesse superiore del minore. Non possono essere nominati tutori individui o organizzazioni i cui interessi sono in contrasto anche potenziale con quelli del minore. Il tutore può essere sostituito solo in caso di necessità».

pubblica all'ente locale, la quale, per quanto residuale, talvolta è davvero l'unico strumento disponibile²⁵³.

²⁵³ A. CORDIANO, op. cit. p. 208.

Capitolo III

IL PRINCIPIO DEL MIGLIORE INTERESSE DEL MINORE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: QUESTIONI SCELTE

SOMMARIO: 1. L'effetto di vincolo giuridico del migliore interesse del minore nell'ordinamento italiano – 1.1. Le osservazioni conclusive 2019 del Comitato Onu all'Italia – 2. Il fenomeno del cyberbullismo – 3. L'adozione di minori come diritto degli stessi ad avere una famiglia – 3.1. L'adozione in casi particolari e *stepchild adoption* – 3.2. L'adozione di minori stranieri – 4. La maternità surrogata e il riconoscimento dei provvedimenti stranieri che riconoscano lo *status* parentale – 4.1. La nuova proposta di legge sulla maternità surrogata come “reato universale” – 5. Cenni sugli effetti giuridici dell'istituto della *kafalah* nell'ordinamento italiano alla luce del migliore interesse del minore

1. L'effetto di vincolo giuridico del migliore interesse del minore nell'ordinamento italiano;

Come è ormai chiaro, il principio del migliore interesse del minore si trova richiamato ovunque: negli impegni internazionali e sovranazionali degli Stati, nella legislazione nazionale, nella giurisprudenza delle due corti europee e dei giudici nazionali di ogni ordine e grado, nonché nei provvedimenti amministrativi relativi alla condizione delle persone minori di età.²⁵⁴ Nell'ordinamento italiano l'interesse del minore è assunto a valore apicale del sistema, quale principio organizzatore ed ispiratore di tutto il diritto minorile e più in generale del diritto di famiglia. Il principio trova fondamento nell'esigenza solidaristica di pieno sviluppo della persona enunziata negli artt. 2²⁵⁵ e 3²⁵⁶ Cost. e richiamata dalla Convenzione di New

²⁵⁴ E. LAMARQUE, *Il principio dei best interests of the child nella prospettiva del diritto costituzionale*, in «Minori giustizia: rivista interdisciplinare di studi giuridici, psicologici, pedagogici e sociali sulla relazione fra minorenni e giustizia», 2017, (2), p. 20.

²⁵⁵ Art. 2, Costituzione: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

²⁵⁶ Art. 3, Costituzione: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali».

«È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della

York del 1989 (artt. 18, 27, 29 32), ed è idoneo, come noto oramai, a) a delineare la finalità politica d'indirizzo dell'attività legislativa; b) a costituire il principale criterio ermeneutico di ogni normativa sui minori; c) a fondare la *ratio decidendi* di ogni questione controversa riguardante i minori; d) a porsi quale criterio di controllo, a fini integrativi o correttivi del sistema, per mitigare, dunque, la rigidità del principio di legalità e per giustificare a volte anche la disapplicazione, legittimando contrastanti situazioni di fatto²⁵⁷. Dunque, il principio dei *best interests of the child*, avendo assunto anche la dimensione di vincolo internazionale e sovranazionale, provoca conseguenze dirompenti nel nostro ordinamento. L'effetto di vincolo giuridico all'interno dell'ordinamento nazionale, naturalmente, si produce sulla base dell'art. 11 della Costituzione per le norme dell'Unione europea, e dell'art. 117, primo comma, Cost., per la Cedu e per la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989. Ma non solo, infatti, come anticipato, anche l'art. 2 Cost, stabilendo che «La Repubblica italiana riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo [...]», richiede agli interpreti di accogliere all'interno del nostro ordinamento i diritti che, pur non espressamente richiamati nel testo della Costituzione, siano riconosciuti come “inviolabili” negli impegni internazionali dello Stato. In ottemperanza a queste tre norme costituzionali, che costituiscono altrettante finestre del nostro ordinamento costituzionale aperte sul mondo, dunque, il principio dei *best interests of the child*, tutelato sulla scena internazionale e sovranazionale, permea e produce importanti conseguenze nel nostro ordinamento. Infatti, da una parte, come detto, esso condiziona pesantemente le scelte del legislatore nazionale, perché una legge italiana che non lo rispetta può essere dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale (il primo esempio si è avuto all'inizio del 2013, quando la Corte, appoggiandosi al principio così come garantito dalla Convenzione di New York, ha eliminato la norma del codice penale che stabiliva che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di soppressione di stato, conseguisse automaticamente la perdita della potestà genitoriale²⁵⁸) e, dall'altra parte, esso grava quotidianamente sui

persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

²⁵⁷ L. A. SCARANO, *The best interest of the child nella giurisprudenza della Corte suprema di cassazione*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, 2021, pp. 108 – 109.

²⁵⁸ Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 7.

bilanciamenti tra diritti fondamentali compiuti nelle aule dei tribunali perché, come noto, tutti i giudici hanno l'obbligo di interpretare, fin dove possibile, la legge italiana in modo conforme ai vincoli internazionali, quale, appunto, è, indubbiamente, il principio dei *best interests of the child*.²⁵⁹

Come ampiamente sottolineato, però la portata del principio dei *best interests* resta oggi assediata da una serie di gravi incertezze ed ambiguità.

Vi è, innanzitutto, un'ambiguità data dal contesto in cui opera il principio, legata principalmente alla circostanza che la stessa comoda espressione di principio dei *best interests of the child* assume un significato e un ruolo diverso a seconda della tradizione giuridica e costituzionale nella quale, di volta in volta, opera a seconda della differente dimensione nazionale, sovranazionale o internazionale che contemporaneamente riveste e a seconda dei soggetti a cui si rivolge.²⁶⁰ Nell'area culturale oltreoceano e oltre Manica, dove si è sviluppato, il paradigma dei *best interests* ha la precisa funzione di apprestare un surrogato di garanzie a favore di un individuo che non si ritiene in grado di provvedere da solo al proprio bene e alla propria felicità, e serve per scindere gli interessi e il punto di vista dei minori dagli interessi e dal punto di vista dei loro genitori e tutori. I *best interests*, dunque, servono proprio a imporre che la scelta altrui sia compiuta mettendosi *in the child's skin*, e, cioè, dal suo punto di vista.²⁶¹ Come ampiamente detto, nell'Europa continentale, dal secondo dopoguerra in poi, si è diffusa ovunque l'idea che anche i minori godano di tutti i diritti fondamentali dell'uomo e che la titolarità di tali diritti derivi semplicemente dal loro essere persone. La Costituzione italiana, inoltre, ancor più di altre rafforza questa impostazione di massima garanzia del minore di età perché, accanto alla concezione dignitaria dei diritti e al principio personalistico in generale, esprime anche una particolare attenzione alla persona in crescita, affermando la necessità sia di una tutela delle formazioni sociali all'interno delle quali la persona si sviluppa, sia di una tutela della persona stessa contro le formazioni sociali nelle quali lo sviluppo è minacciato o compromesso, come emerge da una inequivoca e consolidata lettura sempre dell'art. 2 Cost., e ciò soprattutto qualora la

²⁵⁹ E. LAMARQUE, op. cit. pp. 21 – 22.

²⁶⁰ Ivi, p. 23.

²⁶¹ Ivi, p. 25.

persona si trovi inserita in una formazione sociale indipendentemente dalla propria volontà, cosa che accade ai figli nella famiglia. Come se non bastasse, la Costituzione italiana pone accanto ai diritti costituzionali comuni a tutti, adulti e minori, alcuni diritti fondamentali di tipo prevalentemente sociale dedicati, in modo specifico, ai minori (quali il diritto di ricevere una particolare protezione da parte dei pubblici poteri in ragione dell'età infantile o giovanile, il diritto dei minori-figli, in quanto parti "deboli" del rapporto di filiazione, non solo di essere mantenuti, educati e istruiti dai propri genitori, ma anche di essere comunque mantenuti, educati e istruiti, sulla base di appositi istituti legislativi di sostegno, in caso di incapacità dei genitori). Insomma, in Italia, come del resto in tutta l'Europa continentale, se si vuole parlare dell'esistenza di un vero e proprio dibattito sui diritti dei minori, lo si deve fare in riferimento a un unico specifico profilo, e cioè quello dell'eguaglianza dei minori nei confronti di coloro che li hanno generati, della loro famiglia e dell'intera società, indipendentemente dalla circostanza che i genitori siano coniugati tra loro. A tal punto, risulta lecito chiedersi se negli ordinamenti costituzionali continentali (compreso quello italiano), che accolgono una visione dignitaria dei diritti dei minori, il paradigma dei *best interests of the child* perda o meno la sua ragion d'essere, essendo venuto ad esistere esclusivamente per compensare il mancato riconoscimento di *rights*. A simili domande, in linea di massima, è difficile rispondere in astratto e prescindendo dalle applicazioni concrete del principio nella giurisprudenza delle due corti europee e dei giudici nazionali. È, infatti, solo dall'esame della stessa giurisprudenza che si può comprendere in quali "intercapedini" esso trovi accoglienza e, soprattutto, se davvero riesce ad aggiungere qualcosa all'imponente apparato di garanzie già esistente oppure se esso sia utilizzato solo come una formula riassuntiva e di comodo uso per esimere gli organi giudicanti dall'onere di una motivazione più approfondita.²⁶²

Stanti le già analizzate ambiguità concettuali sul principio dei *best interests of the child*, si sottolinea, con compiacimento, la chiarezza concettuale crescente con la quale, almeno dal 2017, la nostra Corte costituzionale si riferisce al principio. Si considera, *ex plurimis*, la nota sentenza n. 33 del 2021, la quale dichiara inammissibile la questione relativa alla possibilità di iscrivere all'anagrafe come

²⁶² Ivi, pp. 23 – 27.

figlio della coppia committente il bambino nato all'estero a seguito di una pratica di gestazione per altri. C'è, in tale sentenza, la massima attenzione nel sottolineare che «l'interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco», e ciò perché «se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». Ne consegue che gli interessi del minore possono e devono essere sottoposti a un equo bilanciamento con diritti fondamentali altrui ed esigenze ed interessi di pari rango costituzionale. Non è un caso, allora, che i termini “bilanciamento” e “bilanciati” ricorrano per ben cinque volte nel Considerato in diritto della sentenza n. 33 la quale conclude: «Gli interessi del minore dovranno essere bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore». Ad una simile ritrovata chiarezza concettuale corrisponde, nella motivazione delle sentenze costituzionali più recenti, la ricerca di nuove espressioni linguistiche per indicare il principio in questione, differenti da quella tradizionale di “superiore interesse” e capaci di sgombrare il campo da ogni residua possibilità di fraintendimento. In particolare, in alcune importanti sentenze del 2020 (la n. 102, sulla sospensione della responsabilità genitoriale per il reato di sottrazione di minore), e del 2021 (la n. 32 e, ancora una volta, la n. 33) la Corte costituzionale ha suggerito una formulazione più adeguata di quella tradizionale con: principio della “soluzione ottimale per il minore”, della “soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore”, o ancora “principio del migliore interesse del minore” (espressione sposata nel presente lavoro). Tuttavia, nella motivazione di quelle stesse sentenze del 2020 e del 2021 gli aggettivi “superiore” e “preminente”, accompagnati a “interesse” del minore, sono riaffiorate a tratti, quasi per abitudine o inerzia. La svolta si è avuta, invece, nella più recente sentenza sull'adozione in casi particolari, la n. 79 del 2022, con la quale la Corte costituzionale estende all'adottato la parentela con i parenti dell'adottante. Nella motivazione di questa pronuncia la Corte costituzionale si riferisce sempre al principio “del miglior interesse del minore”, oppure qualifica tale interesse come “primario” e dunque, attenzione, un interesse

molto importante, ma non già per forza prevalente su qualsiasi altro, mentre gli aggettivi “preminente” e “superiore” compaiono solo come relitti del passato, nelle citazioni testuali di atti meno recenti.²⁶³

La stessa accuratezza nella scelta delle parole, invece, non si ritrova ancora nella giurisprudenza della Cassazione dove (si pensi, ad esempio, alla sentenza delle Sezioni Unite dello scorso dicembre sullo *status* del nato all'estero da surrogazione di maternità²⁶⁴) convivono pacificamente la versione “ripulita” e aggiornata della locuzione italiana del principio dei *best interests* e la sua formulazione tradizionale, con tutta la sua pericolosa carica di ambiguità che consentirebbe di utilizzare il principio nelle aule giudiziarie italiane in modo vuoto, retorico o addirittura fraudolento.²⁶⁵

Bisogna dire, inoltre, che il principio dei *best interests* non ama gli automatismi legislativi, e, anzi, è ontologicamente incompatibile con le soluzioni legislative rigide che non consentono all'organo pubblico, che deve in un determinato momento assumere una decisione che riguarda la vita di un minore, di modularla su tutte le circostanze di fatto a sua conoscenza. Dunque, qualora il testo della legge, o l'intero sistema legislativo, imponga al giudice un'unica soluzione, la quale appaia divergente rispetto alle esigenze del minore nel caso concreto, il giudice non ha altra strada, per recuperare il potere di decidere diversamente, che adire la Corte costituzionale per aspirare ad ottenere quella flessibilità richiesta dal principio dei *best interests*. Le “manipolative” di accoglimento della Corte costituzionale che rispondono positivamente a simili accorati appelli dei giudici comuni sono molto numerose. Alla continua correzione dei testi di legge da parte del virtuoso raccordo Corte costituzionale-giudici comuni, del resto, si è da tempo abituati, nel campo del diritto di famiglia come in molti altri settori dell'ordinamento, dato l'endemico ritardo (e la colpevole inerzia) dei nostri legislatori di ogni colore, incapaci di

²⁶³ E. LAMARQUE, *Pesare le parole. Il principio dei best interests of the child come principio del miglior interesse del minore*, in «Famiglia e Diritto», n. 4, 1° aprile 2023, pp. 369 – 370.

²⁶⁴ Cass. Civ., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162.

²⁶⁵ E. LAMARQUE, op. cit. p. 370.

adeguare tempestivamente il tessuto normativo ai mutamenti già avvenuti nelle relazioni umane in seno alla società.²⁶⁶

1.1 Le Osservazioni conclusive 2019 del Comitato Onu all'Italia;

Lo strumento delle Osservazioni conclusive fornisce indicazioni fondamentali rivolte agli Stati-parte della Convenzione di New York per individuare i passi ancora da compiere per ottenere la piena attuazione della Convenzione a livello nazionale.

Prima di procedere all'analisi del V e VI rapporto dell'Italia al Comitato CRC e delle Osservazioni del 2019, si riassumono brevemente le Osservazioni dello stesso Comitato del 2003, 2006 e 2011.

Nelle Osservazioni conclusive del 2003, il Comitato, avendo analizzato il secondo rapporto periodico dell'Italia, accolse con favore che la Corte Costituzionale avesse dichiarato il migliore interesse del minore principio costituzionale, ma ribadì la propria preoccupazione che tale principio (art. 3) non venisse pienamente applicato né debitamente inserito nell'attuazione delle politiche e dei programmi dello Stato parte. Per tale motivo, si raccomandò allo Stato italiano di prendere tutte le misure appropriate per garantire che il principio generale dell'interesse migliore del minore fosse debitamente inserito in tutta la legislazione pertinente così come nelle decisioni giudiziali e amministrative, nei progetti, programmi e servizi aventi un impatto sui minori. Nelle Osservazioni conclusive del 2006 e 2011, il Comitato esaminò rispettivamente il primo rapporto e, congiuntamente, il terzo e quarto presentati dall'Italia, non disponendo, tuttavia, nulla che riguardasse direttamente il principio del migliore interesse del minore.

I Rapporti V e VI illustrano, in sintesi, le politiche e i programmi a favore dell'infanzia e dell'adolescenza realizzati dal Governo italiano nel periodo 2008–2016. L'esame degli stessi da parte del Comitato CRC è avvenuto nel corso della ottantesima Sessione, tenutasi dal 14 gennaio al 1° febbraio 2019. Nel V e VI Rapporto sullo “stato d'attuazione dei diritti del fanciullo”, il Governo italiano ha precisato che: La promozione dei diritti dell'infanzia è integralmente sancita dalla Costituzione italiana, da considerarsi come quadro giuridico strategico generale.

²⁶⁶ Ivi, pp. 370 – 372.

Finora il migliore interesse del minore è stato gradualmente assunto come criterio chiave, al di là della sua attuazione nel campo della separazione familiare. È stato, infatti, richiamato in occasione del riconoscimento dei bambini nati da relazioni incestuose da parte dei Tribunali per i minorenni; in relazione al diritto di essere ascoltato ai sensi della citata legge n. 219 e del decreto legislativo n. 154/2013; in relazione all'adozione delle misure di accoglienza, ai sensi dell'art. 18, D.lgs. n. 142/2015, prevedendo il diritto di essere ascoltati per conoscere le esperienze passate, per valutare il rischio di tratta nonché l'opportunità di ricongiungimento familiare, e dell'art. 19 con riferimento al nucleo familiare, come principio da applicare nella ricerca sulla propria famiglia nel pieno rispetto della privacy; in relazione alla legge n. 101/2015, che menziona i principi di riferimento per l'assegnazione del minore in una famiglia o in un ricovero residenziale, o il patrocinio a spese dello Stato; in relazione al 4° PAI e alle Linee guida nazionali 2012 sull'affido familiare.

Il Governo sottolineava, altresì, come il principio sia stato menzionato nella giurisprudenza della Corte di Cassazione Sez. Unite, in particolare nella sentenza n.13332/2010, nella quale il migliore interesse del minore deve rappresentare un criterio guida a cui si deve uniformare ogni percorso decisionale relativo ai minori, mettendo in secondo piano tutti quelli astrattamente confliggenti con esso (compresi quelli fondati sui desideri degli adottanti) che devono essere recessivi rispetto al primo.²⁶⁷

Nelle Osservazioni conclusive del 2019, il Comitato al punto 16, intitolato “superiore interesse del minorenni”: «Riconoscendo l’impegno dello Stato parte per integrare il principio del superiore interesse del minorenni nella propria legislazione e in riferimento al Commento generale n. 14 (2013) del Comitato relativo al diritto del minorenni a vedere tenuto in primaria considerazione il proprio superiore interesse, il Comitato ha raccomandato allo Stato parte di: a) rafforzare il proprio impegno per garantire che il principio del superiore interesse di ogni minorenni sia adeguatamente integrato, coerentemente interpretato ed applicato in tutte le Regioni del Paese e in tutti i procedimenti e le decisioni legislative, amministrative e

²⁶⁷ [Rapporto_UNU_integrazioni_Osservatorio_PerPubblicazione.pdf](#) (minori.gov.it), pp. 22 – 23.

giudiziarie così come in tutte le politiche, i programmi e i progetti che siano rilevanti e che abbiano un impatto sui minorenni, in particolare quelli non accompagnati o separati; b) sviluppare procedure e criteri che siano di indirizzo per tutti i professionisti competenti nel determinare in ogni ambito quale sia il superiore interesse del minorenne e nel dare ad esso il dovuto peso come considerazione prioritaria, in particolare in relazione ai minorenni non accompagnati o separati arrivati nello Stato parte; c) diffondere presso i professionisti che lavorano con e per i minorenni e tra il pubblico in generale, in particolare tra gli stessi minorenni in un modo ad essi adatto, il Commento generale n.14 (2013) del Comitato sul diritto di questi ultimi a che il proprio superiore interesse sia tenuto in primaria considerazione».²⁶⁸

2. Il fenomeno del cyberbullismo;

Con riferimento al fenomeno del cyberbullismo, nel 2017, è stata emanata la L. n. 71, intitolata "Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo", la quale risulta fortemente influenzata dal principio del migliore interesse del minore e tesa a garantire la protezione e il benessere dei minori vittime di abusi.²⁶⁹ Mettendo sin da subito in evidenza l'intromissione del migliore interesse del minore in materia di cyberbullismo, si riporta quando disposto dal Tribunale per i Minorenni di Caltanissetta nel provvedimento dell'08/10/2019, nel quale ha sottolineato, innanzitutto, che l'utilizzo, da parte del minore, dello strumento tecnologico consente «l'esercizio di un diritto di libertà, ossia del diritto di ricevere e comunicare informazioni e idee»; successivamente però precisa che, la libertà di espressione, cristallizzata nel comma 1 dell'art. 10 della Convenzione di Roma del 1950, nell'art. 11 della Carta di Nizza e anche dall'art. 21 della Costituzione, deve trovare un limite nella tutela della dignità della persona, specie se minore di età; e, in tale ultimo caso, nell'ambito del giudizio di bilanciamento fra i diversi valori costituzionali, fra cui la libertà di espressione e il diritto all'informazione del minore, deve prevalere il migliore interesse del minore,

²⁶⁸ [1602520072-osservazioniconclusivecrcitalia2019.pdf \(datocms-assets.com\)](#), p. 11.

²⁶⁹ A. M. BENEDETTI, *Minori "buoni" e minori "cattivi" nella nuova disciplina sul cyberbullismo*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, 2021, p. 165.

crystallizzato, come oramai più che noto, nell'art. 3 della Convenzione di New York.²⁷⁰

Per comprendere il vero spirito della legge, è opportuno fare un breve riepilogo delle disposizioni costituzionali pertinenti. In primo luogo, occorre evidenziare quanto stabilito dall'art. 2 Cost., secondo il quale, come si ha già avuto modo di vedere, «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità [...]». La tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, elevata dalla nostra Carta costituzionale a principio fondamentale del nostro ordinamento giuridico, può essere, tuttavia, lesa dal fenomeno del cyberbullismo a causa dell'impatto potenzialmente devastante che le varie manifestazioni di questa forma di bullismo possono avere sugli interessi del minore coinvolto e, più in generale, sulla sua crescita. In secondo luogo, riveste importanza il principio di eguaglianza stabilito dall'art. 3 Cost., che, dopo aver affermato il principio secondo il quale «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale [...]», affida alla Repubblica il compito, tra gli altri, di «[...] rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana [...]». Anche in questo caso è facile comprendere come la L. n. 71 del 2017, mirando a contrastare il grave fenomeno sociale del cyberbullismo, abbia l'intenzione di prevenire le lesioni alla dignità del danneggiato dovute dal senso di vergogna e isolamento che si instaurano nella mente del minore nella maggior parte dei casi. In definitiva, il cyberbullismo ostacola lo sviluppo del minore, minacciando la sua dignità, serenità e persino, in alcuni casi, l'educazione.²⁷¹

Alla luce del quadro costituzionale di riferimento, è necessario, ora, volgere l'attenzione al complesso fenomeno del cyberbullismo, che presenta una doppia difficoltà, sia per la varietà di manifestazioni concrete che può assumere, sia per le sue specificità, in particolare se confrontato con il bullismo tradizionale.²⁷²

Per quanto riguarda il primo aspetto, le difficoltà sono evidenti fin dalla definizione fornita dall'articolo 1, comma 2, della legge n. 71/2017, secondo il quale

²⁷⁰ S. MOLFINO, *I genitori devono controllare i figli minorenni nell'utilizzo dello strumento tecnologico. Anche se ultraquattordicenni?*, in «IUS Famiglie», 24 marzo 2020.

²⁷¹ A. M. BENEDETTI, op. cit. p. 166.

²⁷² Ivi, pp. 166 – 167.

«[...] per “cyberbullismo” si intende qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d’identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti *on line* aventi ad oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minore il cui scopo intenzionale e predominante sia quello di isolare un minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo».

Questa definizione offre un elenco eterogeneo di comportamenti che possono costituire episodi di cyberbullismo. È una definizione che si scontra con la difficoltà di includere nelle leggi le diverse manifestazioni del fenomeno. Si cerca di mitigare questa eterogeneità delle condotte elencate con un criterio teleologico implicito, cioè la finalità oppressiva e vessatoria che rappresenta il denominatore comune di ogni atteggiamento del bullo. Inoltre, il secondo comma dell'art. 2 include sotto una sola definizione condotte già contemplate da fattispecie penali (come le molestie) e condotte atipiche, descritte in modo non tecnico (come le "pressioni"). Ciò non aiuta né a classificarle né a evidenziare le diverse manifestazioni concrete che il fenomeno può assumere, rivelando le difficoltà incontrate dal legislatore nella formulazione delle norme. Infine, questa definizione sembra non tener adeguatamente conto degli apporti provenienti dagli studi sociologici e criminologici sul tema, che hanno rilevato come le caratteristiche fondamentali delle condotte di cyberbullismo siano: l'intenzionale aggressione, la ripetizione nel tempo delle condotte vessatorie e uno squilibrio nei rapporti di forza o di potere tra il cyberbullo e la sua vittima. In generale, l'illecito che costituisce cyberbullismo si distingue per tre elementi fondamentali: a) deve essere commesso verso un minore o un familiare del minore come soggetto passivo. Per quanto riguarda il soggetto attivo, la legge non richiede necessariamente il requisito della minore età, anche se nella maggior parte dei casi il bullo stesso è minorenne (spesso e volentieri coetaneo della vittima); b) è tipicamente un illecito doloso; c) può essere commesso solo attraverso mezzi telematici (come e-mail, sms o social media). Quest'ultimo punto offre l'opportunità di analizzare un ulteriore aspetto problematico, cioè i rapporti con il bullismo "tradizionale", che viene definito come «l’aggressione o la molestia reiterate, da parte di una singola persona o di un gruppo di persone, a danno di una o più vittime,

idonee a provocare in esse sentimenti di ansia, di timore, di isolamento o di emarginazione, attraverso atti o comportamenti vessatori, pressioni o violenze fisiche o psicologiche, istigazione al suicidio o all'autolesionismo, minacce o ricatti, furti o danneggiamenti, offese o derisioni per ragioni di lingua, etnia, religione, orientamento sessuale, aspetto fisico, disabilità o altre condizioni personali o sociali della vittima». Come sottolineato dalla dottrina, «la distinzione tra bullismo e cyberbullismo [...] non può essere riassunta solo nella differenza esistente tra un bullismo off line e bullismo on line», poiché «lo strumento telematico deve considerarsi [...] di per sé in grado di mutare drasticamente tanto le forme di manifestazione quanto la pericolosità sociale del bullismo tradizionalmente inteso»²⁷³. Infatti, ci sono diversi fattori che portano a considerare il cyberbullismo come un fenomeno in grado di arrecare un maggior danno alla vittima e di presentare una maggiore pericolosità sociale rispetto al bullismo tradizionale. Si pensi alla facilità di accesso alla rete, che consente al cyberbullo di agire in qualsiasi momento e da qualsiasi luogo; alla potenziale diffusione illimitata dei contenuti illegali, che aumenta significativamente il danno alla dignità della vittima; all'anonimato che, sebbene soltanto illusorio, impedisce all'autore del comportamento di percepire appieno l'orrore della propria azione; alla limitata possibilità di intervento da parte dei genitori e degli insegnanti.²⁷⁴

Ferma restando la salvezza delle disposizioni penali, la L. 71/2017 evidenzia una preferenza per misure educative e preventive, relegando in posizione marginale le sanzioni punitive e ciò in linea con le finalità della legge stessa, che all'art. 1, comma 1, risultano essere quelle «[...]di contrastare il fenomeno del cyberbullismo in tutte le sue manifestazioni, con azioni a carattere preventivo e con una strategia di attenzione, tutela ed educazione nei confronti dei minori coinvolti, sia nella posizione di vittime sia in quella di responsabili di illeciti, assicurando l'attuazione degli interventi senza distinzione di età nell'ambito delle istituzioni scolastiche» Pertanto, la legge n. 71/2017 adotta un approccio duplice, prevedendo da un lato misure per la protezione immediata e specifica dell'immagine del minore e, dall'altro lato,

²⁷³ In questi termini, R. BOCCHINI - M. MONTANARI, Le nuove disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo, in «Le nuove leggi civili commentate», fasc. 2, 2018, p. 341.

²⁷⁴ A. M. BENEDETTI, op. cit. pp. 167 – 169.

iniziative volte a prevenire gli episodi illegali e sensibilizzare i minori sulla questione, coinvolgendo diversi soggetti.²⁷⁵

Relativamente al primo aspetto, l'art. 2, comma 1 prevede che «Ciascun minore ultraquattordicenne, nonché ciascun genitore o soggetto esercente la responsabilità del minore che abbia subito taluno degli atti di cui all'articolo 1, comma 2 [...] può inoltrare al titolare del trattamento o al gestore del sito internet o del social media un'istanza per l'oscuramento, la rimozione o il blocco di qualsiasi altro dato personale del minore, diffuso nella rete internet, previa conservazione dei dati originali [...]». Questo rappresenta una nuova forma di rimedio per garantire una protezione rapida, efficace ed effettiva della dignità dei minori, attraverso la rimozione dei contenuti che costituiscono manifestazione di episodi di cyberbullismo. È importante notare che questa disposizione offre ai minori di almeno quattordici anni la possibilità di agire direttamente. Per i minori al di sotto dei quattordici anni, la responsabilità di attivare la suddetta protezione è attribuita ai genitori o ai soggetti aventi la responsabilità genitoriale. Questa previsione limita, in qualche modo, questa forma di tutela, poiché esclude la possibilità per un considerevole numero di minori potenzialmente esposti al cyberbullismo di agire direttamente. Tuttavia, prevede in modo appropriato l'assistenza di un adulto per proteggere gli interessi dei minori che, a causa della loro età, si presume non abbiano ancora una sufficiente capacità di discernimento. Una possibile criticità di questo strumento è l'ampio margine di discrezionalità che sembra essere attribuito al gestore riguardo alla natura illecita del comportamento posto in essere attraverso il sito internet dal momento che non è sempre facile stabilire la linea di demarcazione, ad esempio, tra la denigrazione e una critica lecita. Queste criticità sono ancora più evidenti se si considera, da un lato, le tempistiche estremamente ridotte entro le quali il gestore (o il destinatario della richiesta) deve effettuare tale valutazione e, dall'altro lato, la genericità delle descrizioni delle condotte che costituiscono l'illecito in questione.²⁷⁶

Sempre nell'ottica di fornire una tutela rapida ed efficace per le vittime degli episodi illegali, l'art. 5, comma 1 della legge stabilisce che «Salvo che il fatto

²⁷⁵ Ivi, pp. 169 – 170.

²⁷⁶ Ivi, pp. 170 – 171.

costituisca reato, in applicazione della normativa vigente e delle disposizioni di cui al comma 2, il dirigente scolastico che venga a conoscenza di atti di cyberbullismo ne informa tempestivamente i soggetti esercenti la responsabilità genitoriale ovvero i tutori dei minori coinvolti e attiva adeguate azioni di carattere educativo». Questa è una novità particolarmente importante poiché si affianca, senza sovrapporsi, alle ipotesi di responsabilità di cui all'articolo 2048, comma 2, c.c., considerando che: a) per quanto riguarda la responsabilità secondo l'articolo 2048 cc, riscontrabile in casi di bullismo "tradizionale", i soggetti contemplati sono responsabili dell'atto illegale commesso dagli studenti solo nel periodo in cui si trovano sotto la loro supervisione; b) l'articolo 5, comma 1, legge n. 71/2017, invece, prevede un obbligo di avviso che si attiva laddove il dirigente scolastico venga a conoscenza di un episodio di cyberbullismo e la relativa responsabilità è legata proprio alla violazione di un siffatto dovere di avviso, indipendentemente dall'effettivo potere di intervento degli insegnanti. Questa responsabilità si basa sullo schema dell'articolo 2043 cc e può sorgere anche nei casi in cui la scuola non sia attrezzata per verificare se si verificano episodi illeciti tra i minori che frequentano l'istituto.²⁷⁷

Da un punto di vista metodologico e sistematico, è interessante osservare come la L. n. 71/2017, da un lato, faccia salve le ipotesi di reato e, dall'altro, non influisca sulla responsabilità civile e sul risarcimento del danno, soprattutto di natura non patrimoniale. Sotto quest'ultimo aspetto, è già stato evidenziato come il fenomeno del cyberbullismo si intrecci con l'obbligo costituzionalmente sancito, dall'articolo 30 della Costituzione, per i genitori di educare i propri figli. Quest'obbligo educativo viene ribadito dall'articolo 147 c.c., mentre il corrispondente diritto dei figli minori è sancito dall'articolo 315-bis c.c. Nonostante tale obbligo sia affermato costituzionalmente, non viene definito in nessuna parte dell'ordinamento giuridico. La scelta di non definire, nemmeno in modo generico, cosa si intenda per obbligo di educazione è da ritenersi saggia e opportuna, considerando che i suoi contenuti si evolvono insieme ai cambiamenti del contesto sociale e culturale. In termini pratici, si tratta di un obbligo che si concretizza nella trasmissione di un insieme di regole, suggerimenti e modelli da parte dei genitori ai figli durante una fase di sviluppo in cui quest'ultimi sono maggiormente in grado di assimilarli e osservarli. In questo

²⁷⁷ Ivi, pp. 169 – 172.

modo si vuole responsabilizzare i figli minori e prepararli a una vita all'interno di una società basata sui rapporti con gli altri individui. Nonostante sia discrezionale, l'attività di indirizzo di cui si compone l'obbligo di educazione dei genitori ha dei limiti definiti dai valori costituzionali e dal rispetto della "personalità" dei figli, comprendente le loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni (articolo 147 c.c.). Si tratta non di imporre il proprio modello di vita, ma di permettere ai figli di sviluppare la loro personalità in modo libero. In tale contesto il cyberbullismo mina la visione consegnata dalla Costituzione e dal Codice civile del rapporto educativo tra genitore ed educato. Gli episodi di cyberbullismo mettono in luce come l'obbligo di educazione non riesca a tenere il passo con le nuove tecnologie, che lo arricchiscono di nuove sfaccettature e richiedono, di conseguenza, anche una maggior attenzione nei casi in cui tale obbligo possa essere ritenuto violato. È importante valutare la responsabilità dei genitori nella mancata assimilazione da parte del minore dei modelli comportamentali riguardanti l'utilizzo delle tecnologie che facilitano la commissione degli illeciti previsti dall'articolo 1, comma 2, della L. n. 71/2017. È utile fare riferimento alla giurisprudenza che si occupa della responsabilità dei genitori *ex art. 2048 del Codice Civile*, e in particolare dei casi di bullismo online. Per quanto riguarda la prova liberatoria dell'articolo 2048, comma 3 c.c., la Corte Suprema ha chiarito che i genitori devono dimostrare di aver impartito al figlio una buona educazione e di aver esercitato su di lui una vigilanza adeguata, tenendo conto delle condizioni sociali, familiari, dell'età, del carattere e dell'indole del minore. La mancanza di una educazione adeguata e di una vigilanza sufficiente può essere desunta dalle modalità dell'illecito commesso. In altre parole, il giudice dovrà valutare se, considerando le circostanze specifiche del caso, l'illecito avrebbe potuto essere evitato se i genitori avessero fornito un'adeguata educazione al figlio. Sotto un altro punto di vista, la giurisprudenza ha dichiarato che l'obbligo di educazione non si limita all'insegnamento di determinati valori e comportamenti, ma implica anche la verifica dell'assimilazione di tali insegnamenti da parte del minore. I genitori devono dimostrare di aver effettivamente controllato e verificato che i figli abbiano assimilato l'educazione impartita. La gravità e la ripetitività dei comportamenti messi in atto possono essere considerate come indicatori del grado di attuazione di questo compito di verifica. Per essere esonerati dalla responsabilità, i

genitori devono quindi dimostrare di non aver potuto impedire il fatto, fornendo prove di avere adempiuto pienamente al dovere di educare la prole sviluppando nei figli minori una capacità critica e di discernimento adeguate. È compito dei genitori comprendere il mondo in cui vivono i loro figli, informandosi e cercando di prevenire ogni possibile abuso, insegnando loro che l'uso di questi strumenti non deve ledere gli altri, nemmeno per gioco. Questo compito è difficile e si complicherà ulteriormente con lo sviluppo futuro delle comunicazioni.²⁷⁸

Dunque, stante il dovere stabilito dalla giurisprudenza di valutare l'adempimento dell'obbligo educativo dei genitori di cui all'art. 147 c.c. in relazione alle modalità concrete di svolgimento del fatto che assurge a cyberbullismo, occorre comprendere la complessità del "mondo virtuale" in cui si verificano tali episodi. Le difficoltà nell'adempimento dell'obbligo educativo aumentano quando si tratta di contesti che coinvolgono strumenti tecnologici, fondamentali per costituire l'illecito di cui l'art. 1, comma 2, L. n. 71/2017, a causa dell'alta velocità con cui tali tecnologie si evolvono e delle possibilità di abuso che possono comportare, suggerendo che dai genitori non si possa pretendere un eccessivo controllo e interferenza nella vita quotidiana dei propri figli. Pertanto, sono positivamente considerate le misure previste dalla legge n. 71/2017 che incoraggiano i minori a conoscere non solo le opportunità, ma anche le insidie nascoste di tali strumenti tecnologici. D'altra parte, l'attuale sistema normativo presenta alcune criticità dovute alla marginalità delle sanzioni nel quadro generale delineato dalla nuova disciplina. Sebbene comprensibile in base agli obiettivi legislativi, tale approccio potrebbe non essere sufficiente per far comprendere ai responsabili il disvalore delle loro azioni, considerando che spesso il cyberbullismo non viene percepito nella sua gravità dall'autore. Infine, una considerazione conclusiva riguarda l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 101/2018, che stabilisce che solamente gli ultraquattordicenni possono prestare validamente il proprio consenso per il trattamento dei dati personali. Sorge, quindi, una questione di "compatibilità" tra una siffatta previsione ed un sistema che richiede ai genitori degli obblighi di controllo che, talvolta, sembrano quasi presupporre l'assenza di una tale capacità del minore

²⁷⁸ Ivi, pp. 172 – 175.

(ultraquattordicenne). Su tale tema probabilmente a breve giurisprudenza, legislatore e dottrina dovranno confrontarsi.²⁷⁹

3. L'adozione di minori come diritto degli stessi ad avere una famiglia;

Il codice del 1942 prevedeva una sola figura di adozione e, cioè, quella volta a consentire ad una persona che avesse compiuto cinquant'anni, priva di figli, di stabilire un rapporto di filiazione con una persona inferiore di età di almeno 18 anni. In seguito, è emersa la necessità di utilizzare l'adozione come strumento per garantire una famiglia ai minori privi dei genitori. In tal senso, la prospettiva tradizionale è stata ribaltata in quanto l'adozione si concentra esclusivamente sugli interessi del minore anziché sugli interessi del genitore adottivo. L'adozione oggi, pertanto, si configura come un diritto del minore di avere una famiglia. Tale mutamento di prospettiva è avvenuto in conformità con i principi stabiliti dalle fonti internazionali, tra cui la Convenzione di New York e, a livello comunitario, la Convenzione di Strasburgo sull'adozione del 1967. L'istituto dell'adozione, così configurato, rappresenta un rimedio eccezionale per situazioni di emergenza e può essere utilizzato solo quando non siano disponibili altre forme di protezione all'interno della famiglia biologica. Di conseguenza, l'adozione diventa uno strumento per affrontare situazioni ritenute patologiche, garantendo al minore la sostituzione della sua famiglia d'origine con una nuova famiglia, determinando un rapporto genitore-figlio tra persone che non hanno tra loro alcun rapporto di tipo biologico.²⁸⁰

La materia relativa all'adozione è regolata dalla legge n. 184 del 4 maggio 1983, che stabilisce tassativamente i casi in cui è permesso stabilire un legame genitoriale giuridico. Sono previsti due tipi di adozione: una chiamata "legittimante" (o piena) e un'altra definita "in casi particolari" (o non piena). Per quanto riguarda l'adozione legittimante, essa è «[...] consentita ai coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni. Tra i coniugi non deve sussistere e non deve avere avuto luogo negli ultimi tre

²⁷⁹ Ivi, pp. 175 – 177.

²⁸⁰ A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A Milano – 2017, pp. 1320 – 1321.

anni separazione personale neppure di fatto»²⁸¹. Inoltre, «i coniugi devono essere affettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendono adottare»²⁸². «L'età degli adottanti deve superare di almeno diciotto anni e di non più di quarantacinque anni l'età dell'adottando»²⁸³. «L'adozione è consentita a favore dei minori dichiarati in stato di adottabilità»²⁸⁴, cioè per coloro ai quali è stata riconosciuta una situazione di abbandono in quanto non ricevono assistenza morale e materiale dai genitori biologici o dai parenti incaricati di fornirla e purché che la mancanza di assistenza non sia dovuta a cause di forza maggiore a carattere temporaneo. L'adozione legittimante esclude, in linea di massima, l'adozione da parte di coppie dello stesso sesso poiché è un procedimento riservato solo ai coniugi e non anche agli uniti ed ai conviventi di fatto. Per quanto riguarda l'adozione in casi particolari, essa è disciplinata dall'art. 44 e ss. della L. n. 184/1983. L'articolo 57 della stessa legge prevede che il Tribunale che deve decidere sull'adozione in casi particolari, attraverso adeguate indagini, verifichi oltre alla presenza delle circostanze previste dall'articolo 44, anche se l'adozione realizzi il migliore interesse del minore.

3.1 L'adozione in casi particolari e *stepchild adoption*;

L'adozione in casi particolari presenta requisiti meno rigidi rispetto all'adozione legittimante; in particolare con riferimento ai requisiti che riguardano sia l'età, dove è richiesta solo una differenza minima di 18 anni tra l'adottante e l'adottato, sia lo stato civile dell'adottante, che può anche essere una persona singola. Questo tipo di adozione è deciso dal tribunale per i minorenni, previo il consenso dei genitori del minore, e ha effetti limitati rispetto all'adozione legittimante, in quanto, il minore mantiene formalmente il legame con la famiglia di origine e il suo cognome, sebbene possa aggiungere quello dell'adottante. Come anticipato, l'articolo 57 della L. n. 184 richiede che il Tribunale per i minorenni valuti attentamente se l'adozione risponde al

²⁸¹ Art. 6, comma 1, L. 4 maggio 1983, n. 184 sul “Diritto del minore ad una famiglia”.

²⁸² Art. 6, comma 2, L. 4 maggio 1983, n. 184 sul “Diritto del minore ad una famiglia”.

²⁸³ Art. 6, comma 3, L. 4 maggio 1983, n. 184 sul “Diritto del minore ad una famiglia”.

²⁸⁴ Art. 7, comma 1, L. 4 maggio 1983, n. 184 sul “Diritto del minore ad una famiglia”.

miglior interesse del minore, che diventa quindi il punto chiave per interpretare la normativa.²⁸⁵

È importante sottolineare che inizialmente il minore adottato in casi particolari non era considerato legato da parentela ai membri della famiglia dei genitori adottivi. Ciò era stabilito dall'articolo 55 della L. n. 184, il quale prescriveva che, per quanto riguarda gli effetti, le norme sull'adozione dei maggiorenni dovevano essere applicate all'adozione in casi particolari. Va tenuto presente che la L. n. 219/2012, che riguarda le disposizioni sul riconoscimento dei figli naturali, ha introdotto, in linea con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, una significativa modifica al concetto di parentela riscrivendo l'articolo 74 c.c. e abolendo la distinzione tra parentela legittima e parentela naturale. Questo ha comportato l'inclusione a tutti gli effetti del figlio adottivo nella famiglia, ad eccezione del figlio adottato da maggiorenne. Di conseguenza, i bambini adottati in base all'articolo 44 erano esclusi dalla parentela con i membri della famiglia dei genitori adottivi. Questa limitazione si riteneva contrastare con l'innovazione introdotta dalla L. n. 219/2012, che mirava a stabilire uno *status* unico di figlio parente che comprenda tutte le filiazioni biologiche e adottive, nelle quali si doveva ritenere compresa anche la filiazione adottiva in casi particolari.²⁸⁶ A causa di queste incongruenze normative, la Corte Costituzionale²⁸⁷ ha dichiarato, nel 2022, l'illegittimità dell'articolo 55 della legge numero 184 del 1983 nella parte in cui afferma che dall'adozione in casi particolari non deriva alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante, in quanto in contrasto con gli artt. 3, 31 e 117 comma 1 Cost. in relazione all'articolo 8 della Cedu, il quale garantisce il diritto alla vita privata e familiare.²⁸⁸

Si analizza, in questa sede, il primo caso in Italia di *stepchild adoption*, instaurato con il ricorso presentato al Tribunale per i minorenni di Roma²⁸⁹ con il quale una donna, convivente *more uxorio* con la sua compagna, mirava ad ottenere l'adozione della figlia naturale di quest'ultima. «Per “adozione coparentale” deve intendersi

²⁸⁵ M. CAVALLO, *L'adozione in casi particolari*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, 2021, p. 1119.

²⁸⁶ Ivi, pp. 1119 – 1120.

²⁸⁷ Corte Costituzionale - Sent. 79/2022.

²⁸⁸ Corte Costituzionale - Sent. 79/2022: Adozioni in casi particolari e relazioni familiari / Giurisprudenza / Biolaw-pedia / Biodiritto - Biodiritto.

²⁸⁹ Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza n. 299/2014.

l'adozione del figlio o della figlia del convivente; essa è riferibile sia alle convivenze di fatto tra persone eterosessuali o omosessuali, sia alle unioni civili tra persone dello stesso sesso»²⁹⁰. In sede istruttoria, la ricorrente descrisse dettagliatamente la situazione familiare che prevedeva una convivenza omosessuale con la sua compagna e l'intenzione delle due conviventi di concepire un bambino. Dopo una ponderata riflessione, le due donne decisero che la gravidanza sarebbe stata portata avanti dalla compagna più giovane; una volta presa questa decisione, le donne si recarono in Spagna presso una clinica specializzata che seguì le prime fasi della gestazione. Tornate in Italia, la compagna della ricorrente diede alla luce la piccola A sotto l'assistenza della ricorrente stessa. Durante il processo istruttorio, emerse anche la dedizione e la cura che la compagna della madre riservava alla minore, tuttavia, nonostante questo legame autentico e significativo, la "seconda madre" non riceveva un riconoscimento giuridico appropriato, il che comportava la necessità di ottenere autorizzazioni *ad hoc* per prelevare la bambina da scuola, portarla al centro sanitario per le vaccinazioni, visitarla e assisterla in ospedale durante un breve ricovero. La richiedente chiedeva, quindi, l'adozione della minore ai sensi e per gli effetti previsti dall'adozione in casi particolari ex art. 44, comma 1, lettera d) della L. n. 184/1983. Sulla scorta di quanto stabilito dalle leggi nazionali e internazionali, l'attività istruttoria del giudice minorile deve avere come obiettivo quello di individuare la soluzione che meglio rispecchiava il migliore interesse del minore e, concordemente a tale assunto, il Tribunale per i minorenni di Roma esaminò il ricorso mettendo in evidenza le necessità della minore e verificando le relazioni tra la minore e la ricorrente, nonché tra entrambe le donne, allo scopo di avere un quadro accurato sulla situazione familiare e accertare quale fosse il migliore interesse della minore nel caso di specie. L'esame dei verbali mostrò una situazione estremamente tranquillizzante; infatti, gli insegnanti della bambina e il suo pediatra la descrissero come socievole, allegra e affettuosa, ed elogiarono entrambe le madri per il modo in cui si occupavano della piccola accompagnandola nella sua crescita. Inoltre, la minore manifestava affetto per entrambe le donne che si prendevano cura di lei, rivolgendosi a una come mamma O e all'altra come mamma C, ed è apparsa serena e felice, quindi l'interesse della minore sembrava rispettato. Il Collegio cercò dei

²⁹⁰ M. CAVALLO, op. cit. p. 1120.

precedenti nella giurisprudenza. La prima riflessione ha riguardato una sentenza emessa dal Tribunale per i minorenni di Milano²⁹¹, che aveva autorizzato l'adozione in casi particolari di una minore da parte del compagno della madre che, di fatto, agiva da padre. Il Tribunale così decise che: «nel caso di specie la presenza della madre che da sempre si occupa della figlia esclude la configurabilità dello stato di abbandono, e, dunque, la giuridica impossibilità di procedere ad un affidamento preadottivo consente di ritenere integrato uno dei casi particolari, quello di cui alla lettera d) che consente di dar luogo alla adozione che è clausola residuale. Va, quindi, valutato in concreto ciò che può comportare maggiore utilità per il minore, intesa come preminente somma di vantaggi di ogni genere e specie e minor numero d'inconvenienti nella prospettiva del pieno sviluppo della personalità del minore stesso e della realizzazione di validi rapporti interpersonali ed affettivi tenuto conto delle particolarissime situazioni esistenziali che caratterizzano le persone coinvolte»²⁹². Tale situazione di fatto apparve meritevole di tutela nel contesto delle adozioni in casi particolari, nel rispetto dei principi di protezione del minore e del perseguimento del suo esclusivo interesse. Pertanto, il Tribunale per i minorenni di Milano stabilì che non è necessario un legame matrimoniale, ma è sufficiente una convivenza serena per poter applicare l'articolo 44, lettera d). È stato inoltre osservato che la Corte Costituzionale²⁹³, molto tempo fa, aveva riconosciuto esplicitamente, sempre riguardo alle adozioni in situazioni particolari introdotte nel codice civile alcuni anni prima, da un lato, la necessità che il giudice abbia poteri sufficienti per individuare la soluzione più idonea a soddisfare gli interessi del minore e, dall'altro, che i legami creatisi nel tempo tra il minore e gli affidatari siano protetti, essendo, pertanto, sempre necessario che il giudice valuti il migliore interesse del minore, tenendo conto del fatto che la legge, in determinate situazioni, abbandona soluzioni rigide, prevedendo che la valutazione sia effettuata dal giudice in modo concreto e nell'esclusivo interesse del minore. L'esigenza di adeguata considerazione dei legami di fatto istituitisi trova nella nuova normativa un riconoscimento così pervasivo da spingere il legislatore a derogare in taluni casi a un rapporto matrimoniale o di convivenza tra gli affidatari. La Corte Costituzionale,

²⁹¹ Tribunale per i minorenni di Milano, sentenza n. 626/2007.

²⁹² M. CAVALLO, op. cit. p. 1123.

²⁹³ Corte Cost., sentenza n. 198/1986.

dunque, non ha richiesto di prendere in considerazione il sesso dei potenziali genitori adottivi ma, piuttosto, la loro responsabilità educativo-assistenziale nel ruolo di genitori. Questo approccio è ulteriormente rafforzato dalla lettura dell'art. 3 Cost., il quale non lascia dubbi sulla possibilità di accogliere la richiesta se questa risponda al miglior interesse del minore, poiché viene solennemente affermato che «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali»²⁹⁴. Di conseguenza, dove l'articolo richiamato della legge n. 184 si riferisce a una persona singola, essa può essere sia un uomo che una donna, poiché non c'è nessuna indicazione sul sesso, ma solo una parità di genere. Il Collegio prese in considerazione anche la sentenza della Corte di Cassazione²⁹⁵ che respinse il ricorso presentato da un padre contro la decisione della Corte d'appello di Brescia di assegnare l'affidamento esclusivo del figlio alla madre, convivente con una donna con la quale aveva stabilito un legame affettivo che, pertanto, si configurava come una relazione omosessuale. Il ricorso era fondato sul fatto che la relazione omosessuale della madre avrebbe potuto influire negativamente sull'educazione del figlio. La Suprema Corte ha motivato così la sua sentenza: «[...] alla base della doglianza del ricorrente non sono poste certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale. In tal modo si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto per il bambino [...]»²⁹⁶. Inoltre, il Collegio ha osservato che, se non si può presumere che sia dannoso per un minore crescere in una famiglia omosessuale, non si può neanche presumere che il miglior interesse del minore non possa essere realizzato in tale contesto. Pertanto, un'interpretazione della legge che escluda le coppie omosessuali dal ricorso all'adozione *ex art. 44, comma 1, lettera d)*, ma consenta alle coppie eterosessuali di farlo, sarebbe contraria alla *ratio* della legge. Anche la Corte Costituzionale²⁹⁷ ha dichiarato, allo stesso modo, che l'unione omosessuale, intesa come una convivenza stabile tra due persone dello stesso sesso, ha il diritto

²⁹⁴ Art. 3, Costituzione.

²⁹⁵ Cass. Civ., Sez. I, sentenza n. 601/2012.

²⁹⁶ M. CAVALLO, *op. cit.* p. 1124.

²⁹⁷ Corte Cost., sentenza n. 138/2010.

fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendo il riconoscimento giuridico con i relativi diritti e doveri e, tra tali diritti, il desiderio di avere figli, naturali o adottivi, deve essere considerato parte integrante del diritto alla vita familiare. Pertanto, una volta valutato il miglior interesse del minore e l'idoneità dei richiedenti ad assumersene cura, l'interpretazione dell'art. 44, comma 1, lett. d) che escluda l'adozione per le coppie omosessuali solo a causa di tale omosessualità sarebbe contraria alla Costituzione (art. 3 – principio di uguaglianza; art. 2 principio della tutela dei diritti fondamentali) e ai trattati internazionali (artt. 14 e 8 Cedu). Quindi, secondo il Collegio l'art. 44 rappresenta una “finestra aperta” sui cambiamenti che la società comporta e sui quali il giudice minorile non può restare indifferente, se in ogni suo provvedimento deve realizzare il migliore interesse del minore. Nel rispetto dei principi costituzionali spetta al giudice ordinario effettuare una “interpretazione convenzionalmente orientata” delle leggi nazionali in modo da non incappare in un ricorso presso la Corte di Strasburgo (come avvenuto per l'Austria²⁹⁸). In base a quanto detto, né il numero né il genere dei genitori possono a priori garantire le migliori condizioni di sviluppo per i bambini, ma piuttosto è la capacità dei genitori di assumere il ruolo e le responsabilità educative a giocare un ruolo determinante. Alla luce di queste considerazioni, il Tribunale per i minorenni di Roma decise di accogliere la richiesta di adozione della piccola A. da parte della compagna della madre biologica ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d) della L. n. 184/1983. Tale sentenza fu confermata dalla Corte di appello di Roma²⁹⁹ nel 2015 e dalla Corte di Cassazione³⁰⁰ nel 2016. In tal modo, la Suprema Corte è intervenuta in modo definitivo nel dibattito sull'omogenitorialità, confermando la validità della decisione del Tribunale per i minorenni di Roma e il suo fondamento giuridico.³⁰¹

La sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma del 2014 è stata ampiamente contestata anche da alcuni tribunali per i minorenni e anche dopo che l'intervento della sentenza della Corte di Cassazione che, nel giugno 2016, “validò” la sentenza della Corte di appello di Roma del 2015. Si ricorda che, nel 2018, il Tribunale per i

²⁹⁸ Sentenza della Grande Camera 19 febbraio 2013, *X e altri c. Austria*, ric. n. 19010/07.

²⁹⁹ Corte di appello di Roma, sentenza decisa il 20 ottobre 2015.

³⁰⁰ Cass. Civ., Sez. I, sentenza n. 12962/2016.

³⁰¹ M. CAVALLO, op. cit. pp. 1120 – 1129.

minorenni di Napoli³⁰² respinse il ricorso volto ad ottenere l'adozione coparentale del figlio del partner, ignorando completamente la sentenza della Corte di Cassazione del 2016. Lo stesso tribunale motivava il rigetto facendo riferimento agli articoli 48 e 50 della legge sull'adozione del 1983. L'articolo 48 prevede l'esercizio comune della responsabilità genitoriale solo nel caso di adozione da parte di una coppia di coniugi o dell'adozione del figlio del coniuge. Pertanto, l'adozione coparentale sarebbe riservata solo alle coppie coniugate, poiché una persona che convive in una relazione omosessuale, non essendo coniugata, non potrebbe esercitare questa responsabilità genitoriale se la madre biologica non se ne priva. Secondo l'articolo 50, la madre biologica potrebbe riacquistare tale responsabilità solo se, per i motivi previsti dalla legge, viene revocata all'adottante. In altre parole, non sarebbe possibile esercitare congiuntamente la responsabilità genitoriale da parte della madre biologica e della sua compagna. Si contesta, tuttavia, che gli articoli 48 e 50 non possono (e non devono) essere presi in considerazione nel presente contesto, poiché riguardano l'adozione in casi particolari da parte di coppie coniugate o di una persona coniugata con il genitore del minore e non si applicano al caso specifico descritto nella lettera d) dell'articolo 44, in cui non è necessario che esista un vincolo matrimoniale. I giudici del Tribunale per i minorenni di Bologna³⁰³ hanno correttamente stabilito che gli articoli 48 e 50 della L. n. 184 confermano il principio della condivisione della responsabilità genitoriale per le coppie coniugate, ma non si può desumere il principio opposto per le coppie non coniugate. In ogni caso, la sentenza del Tribunale per i minorenni di Napoli è stata riformata in appello e non è stata ulteriormente impugnata, quindi è passata in giudicato.³⁰⁴ Pertanto, non c'è dubbio che la Suprema Corte, riunita in sezioni unite, abbia riconosciuto l'applicabilità dell'articolo 44, comma 1, lettera d) anche alle coppie omosessuali, sia per quanto riguarda la fecondazione medicalmente assistita che per la maternità surrogata. In attesa di provvedimenti sull'accesso alle biotecnologie, vi è quindi una risposta di protezione.³⁰⁵

³⁰² Tribunale per i minorenni di Napoli, sentenza n. 46/2018.

³⁰³ Tribunale per i minorenni di Bologna, sentenza del 6 luglio 2017.

³⁰⁴ M. CAVALLO, op. cit. pp. 1129 – 1130.

³⁰⁵ Ivi, pp. 1130 – 1132.

3.2 L'adozione di minori stranieri;

Anche con riferimento a tale tipologia di adozione, il punto focale è sempre il migliore interesse del minore. «L'istituto dell'adozione di minori stranieri è disciplinato, nell'ordinamento italiano, dal Titolo III della citata L. 4 maggio 1983, n. 184, così come modificata dalla L. 28 marzo 2001, n. 149 che, a sua volta, si divide in due Capi, il primo riguardante l'adozione di minori stranieri e, il secondo, l'espatrio di minori italiani a scopo di adozione. L'intero Capo I (artt. 29-39 quater) è stato sostituito dall'art. 3 della L. 31 dicembre 1998, n. 476 di ratifica ed esecuzione, in Italia, della Convenzione “sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale”, adottata all'Aja il 29 maggio 1993, che è entrata in vigore in Italia il 1° maggio 2000. Con riferimento al Capo II (artt. 40-43), la L. n. 476/1998 ha provveduto ad aggiungere dei commi e a modificare parzialmente le disposizioni normative»³⁰⁶. L'articolo 29 della Legge numero 184 si apre facendo riferimento ai principi e alle direttive della Convenzione dell'Aja, che stabilisce le modalità di adozione dei minori stranieri. Tali principi e direttive devono essere rispettati affinché l'adozione possa avvenire, sia che si tratti di un minore italiano o straniero, senza alcuna forma di discriminazione. I requisiti richiesti dal legislatore italiano per i genitori adottivi sono gli stessi, sia che si tratti di un'adozione nazionale sia che si tratti di un'adozione internazionale, e sono regolamentati nel già analizzato articolo 6 della Legge 184/1983, così come modificato dalla Legge 149/2001. È importante sottolineare che, mentre l'articolo 2 della Convenzione dell'Aja del 1993 permette l'adozione anche da parte di persone singole, questa possibilità non è stata contemplata dal legislatore italiano, né nella Legge di ratifica della Convenzione dell'Aja del 1998, né nella Legge 149/2001. Ai limiti predisposti dai commi 1 – 4 dell'art. 6, tuttavia, si può derogare «[...] qualora il Tribunale per i minorenni accerti che dalla mancata adozione derivi un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore»³⁰⁷. L'adozione, inoltre, «Non è preclusa [...] quando il limite massimo di età degli adottanti sia superato da uno solo di essi in misura non superiore a dieci anni, ovvero quando essi siano genitori di figli anche adottivi dei quali almeno uno sia in

³⁰⁶ K. MASCIA, L'adozione di minori stranieri e quella in casi particolari, in *Famiglia e Diritto* n. 12/2018. <https://www.altalex.com/documents/2018/12/11/1-adozione-di-minori-stranieri-e-quella-in-casi-particolari>

³⁰⁷ Art. 6, comma 5, L. 4 maggio 1983, n. 184 sul “Diritto del minore ad una famiglia”.

età minore, ovvero quando l'adozione riguardi un fratello o una sorella del minore già dagli stessi adottato»^{308 309}.

La sentenza n. 148 del 1° aprile 1992 della Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 6 della Legge n. 184/1983 nella parte in cui non permetteva l'adozione di fratelli in stato di adottabilità quando l'età degli adottanti superava di più di quarant'anni l'età di uno degli adottandi e la separazione causava un grave danno ai minori a causa della perdita della vita e dell'educazione comune. Poiché l'adozione deve sempre prioritariamente tutelare il migliore interesse del minore e favorire la soluzione più adatta per lo sviluppo della sua personalità, l'obbligo di un divario di età tra gli adottanti e l'adottato può essere eccezionalmente e limitatamente modificato in casi specifici per garantire la tutela di interessi strettamente legati al minore e alla famiglia, che trovano protezione costituzionale e che siano attentamente sottoposti alle valutazioni dei giudici. L'adozione può essere concessa a beneficio dei minori che si trovino in uno stato di adottabilità. Nel caso in cui il minore abbia raggiunto l'età di quattordici anni, o la raggiunga durante il procedimento, è necessario che esprima personalmente il proprio consenso che può, tuttavia, essere revocato fino alla pronuncia definitiva sull'adozione. Nel caso in cui l'adottando abbia compiuto dodici anni, deve essere sentito personalmente, mentre se è più giovane, deve essere considerato in base alla sua capacità di discernimento. In conformità con l'articolo 29 *bis*, comma 1, della legge numero 184/1983, coloro che desiderano adottare un minore straniero che risiede all'estero devono presentare una dichiarazione di disponibilità al Tribunale per i minori del distretto in cui risiedono e ottenere una dichiarazione che ne attesti l'idoneità all'adozione. Secondo l'art. 29 *bis*, comma 2, nel caso in cui gli aspiranti adottanti siano cittadini italiani residenti in un paese straniero, la domanda deve essere presentata al Tribunale per i minori del distretto in cui si trova il loro ultimo luogo di residenza o, se non hanno mai avuto residenza in Italia, al Tribunale per i minori di Roma.³¹⁰

³⁰⁸ Art. 6, comma 6, L. 4 maggio 1983, n. 184 sul "Diritto del minore ad una famiglia".

³⁰⁹ K. MASCIA, op. cit. <https://www.altalex.com/documents/2018/12/11/l-adozione-di-minori-stranieri-e-quella-in-casi-particolari>

³¹⁰ *Ibidem*.

Il Tribunale per i minorenni, anzitutto, ha l'obbligo di verificare se siano presenti i requisiti richiesti dall'art. 6. Nel caso in cui sia evidente la mancanza di tali requisiti, il Tribunale emetterà immediatamente un decreto con il quale dichiara l'inidoneità dei richiedenti³¹¹, mentre se la coppia soddisfa i requisiti previsti dalla legge, il Tribunale per i minorenni invierà, entro quindici giorni dalla presentazione della domanda (termine ordinario), una copia della dichiarazione di disponibilità ai servizi socio-assistenziali degli enti locali al fine di acquisire informazioni sulla situazione personale, familiare e sanitaria dei potenziali genitori adottivi, nonché sul loro ambiente sociale, sulle motivazioni che li spingono a voler procedere con l'adozione internazionale, sulla loro capacità di prendersi cura di uno o più minori, sulle eventuali caratteristiche particolari dei minori che potrebbero accogliere e su ogni altro elemento ritenuto rilevante per la valutazione della loro idoneità. Inoltre, i servizi socio-assistenziali devono anche fornire a coloro che desiderano adottare tutte le informazioni relative alla legislazione vigente in materia di adozione internazionale, agli enti autorizzati a gestire le pratiche all'estero e ad altre forme di sostegno verso i minori in difficoltà³¹². Successivamente, i servizi dovranno presentare al Tribunale per i minorenni una relazione completa degli elementi citati al comma 4 entro quattro mesi dalla consegna della dichiarazione di disponibilità^{313 314}.

³¹¹ Art. 29 bis, comma 3, L. 4 maggio 1983, n. 184 sul “Diritto del minore ad una famiglia”: «Il tribunale per i minorenni, se non ritiene di dover pronunciare immediatamente decreto di inidoneità per manifesta carenza dei requisiti, trasmette, entro quindici giorni dalla presentazione, copia della dichiarazione di disponibilità ai servizi degli enti locali».

³¹² Art. 29 bis, comma 4, L. 4 maggio 1983, n. 184 sul “Diritto del minore ad una famiglia”: « I servizi socio-assistenziali degli enti locali singoli o associati, anche avvalendosi per quanto di competenza delle aziende sanitarie locali e ospedaliere, svolgono le seguenti attività: a) informazione sull'adozione internazionale e sulle relative procedure, sugli enti autorizzati e sulle altre forme di solidarietà nei confronti dei minori in difficoltà, anche in collaborazione con gli enti autorizzati di cui all'articolo 39 ter; b) preparazione degli aspiranti all'adozione, anche in collaborazione con i predetti enti; c) acquisizione di elementi sulla situazione personale, familiare e sanitaria degli aspiranti genitori adottivi, sul loro ambiente sociale, sulle motivazioni che li determinano, sulla loro attitudine a farsi carico di un'adozione internazionale, sulla loro capacità di rispondere in modo adeguato alle esigenze di più minori o di uno solo, sulle eventuali caratteristiche particolari dei minori che essi sarebbero in grado di accogliere, nonché acquisizione di ogni altro elemento utile per la valutazione da parte del tribunale per i minorenni della loro idoneità all'adozione».

³¹³ art. 29 bis, comma 5, L. 4 maggio 1983, n. 184 sul “Diritto del minore ad una famiglia”: « I servizi trasmettono al tribunale per i minorenni, in esito all'attività svolta, una

Ricevuta detta relazione, «Il tribunale per i minorenni [...] sente gli aspiranti all'adozione, anche a mezzo di un giudice delegato, dispone se necessario gli opportuni approfondimenti e pronuncia, entro i due mesi successivi, decreto motivato attestante la sussistenza ovvero l'insussistenza dei requisiti per adottare». Il decreto di idoneità ad adottare ha efficacia per la totalità della durata della procedura, la quale deve essere promossa dagli individui interessati entro un periodo di un anno dalla comunicazione del provvedimento. Inoltre, il decreto contiene anche indicazioni volte a facilitare l'incontro ottimale tra gli aspiranti all'adozione e il minore destinato all'adozione. Il decreto viene prontamente trasmesso alla Commissione per le adozioni internazionali, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, e, se richiesto dagli aspiranti adottanti, all'Ente autorizzato responsabile dell'adozione all'estero. Nel caso in cui il decreto di idoneità, previo ascolto dei soggetti interessati, venga revocato a causa di circostanze sopravvenute che influenzano, in modo significativo, la valutazione di idoneità, il Tribunale per i minorenni comunicherà immediatamente la relativa decisione alla Commissione e all'Ente autorizzato. Il decreto di idoneità o di inidoneità e quello di revoca possono essere oggetto di reclamo presso la Corte d'Appello, sulla scorta degli articoli 739 e 740 del codice di procedura civile, a cura del Pubblico Ministero e degli interessati.³¹⁵

Riportando dei riferimenti giurisprudenziali in tema di adozioni internazionali, si sottolinea come il Tribunale per i Minorenni di Genova, con decreto datato 3 giugno 2004, dichiarò una coppia, composta da un coniuge affetto da Hiv, idonea per l'adozione di un minore di nazionalità straniera. Successivamente, i medesimi coniugi contattarono più enti e ricevettero un rifiuto a causa delle difficoltà di abbinamento legate al fatto che il decreto faceva riferimento alla malattia del coniuge. Pertanto, la coppia richiese al Tribunale di eliminare dal decreto la parte di motivazione che riguarda la valutazione della condizione sanitaria della donna. Il Tribunale, nel ribadire il principio che l'adozione non è un diritto per coloro che lo desiderano, ma è una risposta ai bisogni del minore che proviene da una famiglia

relazione completa di tutti gli elementi indicati al comma 4, entro i quattro mesi successivi alla trasmissione della dichiarazione di disponibilità».

³¹⁴ K. MASCIA, op. cit. <https://www.altalex.com/documents/2018/12/11/l-adozione-di-minori-stranieri-e-quella-in-casi-particolari>

³¹⁵ *Ibidem*.

incapace di soddisfare le sue esigenze emotive, educative e materiali, considerando sempre il suo migliore interesse, respinse la richiesta dei coniugi di modificare il decreto. Il Tribunale sostenne che non può prestarsi a tentativi di nascondere informazioni che possano ingannare lo Stato estero sulla reale condizione della coppia, e, di conseguenza, dichiarò l'istanza dei coniugi inammissibile³¹⁶ ³¹⁷.

La giurisprudenza, in effetti, ha stabilito che lo *status* di malattia di uno dei coniugi non ostacola la dichiarazione di idoneità all'adozione internazionale a condizione che la coppia dimostri di essere in grado di svolgere adeguatamente i compiti propri del ruolo genitoriale, ovvero educare, istruire e prendersi cura dei figli. In particolare, si è sostenuto che, alla luce del migliore interesse del minore adottando, la salute fisica dei potenziali adottanti deve essere valutata in concreto, considerando anche la pregressa situazione di abbandono e le sofferenze psicofisiche ad essa associate, al fine di garantire che il minore possa essere inserito in un ambiente familiare efficiente, stabile e affidabile dal punto di vista della salute dei genitori adottivi. Nel caso in cui uno dei genitori adottivi presenti malattie, handicap o altre limitazioni rilevanti, è quindi necessario valutare attentamente se tali situazioni particolari impediscano al genitore di adempiere adeguatamente alle responsabilità assistenziali ed educative assunte con l'adozione. In altre parole, è necessario valutare, di volta in volta, se il genitore, nonostante le proprie limitazioni fisiche, sia in grado di svolgere le funzioni genitoriali in modo che il minore possa sviluppare pienamente e positivamente la propria personalità e raggiungere un adeguato grado di autonomia personale.³¹⁸

La Suprema Corte, con una fondamentale decisione³¹⁹, ha affermato che il decreto di idoneità all'adozione non può essere emesso sulla base di riferimenti all'etnia dei minori da adottare, né può contenere indicazioni riguardanti tale etnia. Ciò perché una disposizione che dia importanza ai dati razziali violerebbe i principi stabiliti dalla legge nazionale e dal diritto internazionale, che identificano il miglior interesse del minore come principio guida per l'adozione e violerebbe il

³¹⁶ Tribunale dei Minorenni di Genova, decreto del 31 gennaio 2005

³¹⁷ K. MASCIA, op. cit. <https://www.altalex.com/documents/2018/12/11/l-adozione-di-minori-stranieri-e-quella-in-casi-particolari>

³¹⁸ *Ibidem*.

³¹⁹ Cass., SS.UU., 1° giugno 2010, n. 13332

divieto di discriminazione o disparità di trattamento tra minori italiani e stranieri nell'ambito dell'adozione. Inoltre, se il rifiuto degli aspiranti genitori di accogliere un minore di una particolare etnia si manifesta successivamente attraverso un'opzione espressa davanti agli organi pubblici, il giudice non solo non può approvare tale opzione, ma deve tener conto di tale comportamento nella valutazione complessiva dell'idoneità all'adozione, che risulterebbe chiaramente compromessa da una disponibilità condizionata al possesso di specifiche caratteristiche genetiche da parte del minore da accogliere. Tra i compiti assegnati dall'articolo 31 della Legge n. 184 all'Ente incaricato di gestire la procedura di adozione è incluso quello di assistere i coniugi nelle pratiche burocratiche all'estero. L'Ente ottiene dall'autorità straniera la proposta di incontro tra gli aspiranti genitori adottivi e il minore da adottare, assicurandosi che sia accompagnata da tutte le informazioni mediche riguardanti il minore, nonché da notizie sulla sua famiglia di origine e le sue esperienze di vita. L'Ente riceve il consenso scritto degli aspiranti genitori all'incontro suddetto, autentica le loro firme e invia l'atto di consenso all'autorità straniera, assolvendo a tutte le altre attività richieste dalla stessa autorità. Quindi, l'Ente autorizzato funge come indispensabile intermediario tra gli aspiranti genitori e il minore. Dopo la fase all'estero, il ruolo centrale nella procedura di adozione internazionale è assunto dalla Commissione per le adozioni internazionali, la quale, dopo aver valutato le conclusioni dell'Ente, dichiara che l'adozione corrisponde al miglior interesse del minore e autorizza il suo ingresso e la sua residenza permanente in Italia³²⁰, dopodiché il minore adottato ottiene la cittadinanza italiana attraverso l'iscrizione del provvedimento di adozione nei registri dello stato civile³²¹. Nel caso in cui l'adozione debba essere finalizzata dopo l'arrivo del minore in Italia, il Tribunale per i minorenni riconosce il provvedimento dell'autorità straniera come affidamento preadottivo, a meno che non sia contrario ai principi fondamentali

³²⁰ Art. 32, comma 1, L. 4 maggio 1983, n. 184 sul "Diritto del minore ad una famiglia": «La Commissione di cui all'articolo 38, ricevuti gli atti di cui all'articolo 31 e valutate le conclusioni dell'ente incaricato, dichiara che l'adozione risponde al superiore interesse del minore e ne autorizza l'ingresso e la residenza permanente in Italia».

³²¹ Art. 34, comma 3, L. 4 maggio 1983, n. 184 sul "Diritto del minore ad una famiglia": «Il minore adottato acquista la cittadinanza italiana per effetto della trascrizione del provvedimento di adozione nei registri dello stato civile».

che regolano, nel Paese, il diritto di famiglia e dei minori, considerati nel contesto del miglior interesse del minore, e stabilisce la durata di tale affidamento in un anno a partire dall'ingresso del minore nella nuova famiglia. Trascorso tale periodo, il Tribunale per i minorenni, se ritiene che la permanenza del minore nella famiglia che lo ha accolto sia ancora nel suo interesse, decreta l'adozione e ne richiede l'iscrizione nei registri dello stato civile. In caso contrario, il Tribunale per i minorenni può revocare l'affidamento preadottivo anche prima della scadenza in base a quanto disposto dall'articolo 35, comma 4 della Legge sull'adozione.³²²

4. La maternità surrogata e il riconoscimento dei provvedimenti stranieri che riconoscano lo *status* parentale;

Nell'ambito del par. 4 del secondo capitolo si è già avuto modo di affrontare la tematica della maternità surrogata (m.s.), in particolare con riferimento alle pronunce della Corte di Strasburgo in materia. In questa sede, invece, si mirerà ad inquadrare il fenomeno della m.s. nel contesto dell'ordinamento italiano. Come già accennato, il tema della m.s. ha generato problemi derivanti soprattutto dalle differenze tra la legislazione italiana e quelle, più permissive, vigenti in altri Paesi; tuttavia, relativamente all'ordinamento italiano, il divieto di m.s. non è stato intaccato dalle varie pronunce della giurisprudenza costituzionale che hanno modificato l'impianto originario della legge 40/2004^{323 324}.

La questione relativa alla m.s., se considerata solo dal punto di vista della legislazione italiana attuale, sembra non essere eccessivamente complessa, in quanto, l'articolo 12, comma 6 della Legge 19 febbraio 2004 n. 40 stabilisce un divieto inderogabile, punito penalmente, di praticare, organizzare o persino pubblicizzare la m.s., senza alcuna possibilità di interpretazione ambigua; tuttavia, la situazione si complica poiché il desiderio di procreazione, quando rischia di rimanere

³²² K. MASCIA, op. cit. <https://www.altalex.com/documents/2018/12/11/l-adozione-di-minori-stranieri-e-quella-in-casi-particolari>

³²³ Art. 12, comma 6, L. 19 febbraio 2004 n. 40: «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

³²⁴ E. L. GUASTALLA, *Maternità surrogata e tutela del minore: quale il best interest of the child?*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, 2021, p. 729.

irrimediabilmente insoddisfatto (a causa del medesimo genere tra i soggetti o a causa di una patologia che impediscono la procreazione nella coppia eterosessuale), spesso induce gli aspiranti genitori a ricorrere a pratiche che soddisfano tale desiderio in Paesi in cui queste sono legali, nonostante siano considerate illegali nello Stato di origine degli interessati. Questa circostanza implica notevoli difficoltà di adattamento del sistema giuridico interno nel momento in cui coloro che si sono rivolti all'estero per la m.s. desiderano che sia riconosciuto loro lo *status* di genitori in Italia. È quindi necessario elaborare soluzioni che tutelino appieno i soggetti nati attraverso m.s., nonostante il divieto di legge contenuto in una norma che non fornisce alcuna indicazione circa lo *status* legale dei figli generati attraverso questo procedimento che, se posto in essere in Italia, comporterebbe sanzioni penali.³²⁵

In questo contesto, la giurisprudenza italiana si è mossa, attraverso un intenso dialogo tra la Prima Sezione della Corte di Cassazione, le Sezioni Unite e la Corte Costituzionale, che hanno dovuto affrontare la questione delle conseguenze della m.s. avvenuta all'estero, bilanciando la necessità di rispettare una precisa scelta legislativa con quella di garantire protezione giuridica ai minori nati attraverso questa modalità di procreazione.³²⁶

Le coppie, quando hanno completato il loro progetto procreativo, attraverso metodi scientifici secondo le leggi dello Stato nel quale viene eseguito, richiedono che l'atto di nascita sia registrato sui registri anagrafici dello Stato di appartenenza, ovvero richiedono il riconoscimento del provvedimento straniero che abbia conferito lo *status* parentale a entrambi i membri della coppia, in conformità con la legislazione locale. La questione affrontata è di grande delicatezza, considerando la complessità e i contrasti degli interessi coinvolti. Questo ha richiesto numerosi interventi da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³²⁷ e della Corte costituzionale³²⁸, che, in un dialogo armonioso, hanno delineato una disciplina coerente con l'intero sistema giuridico e in grado di mantenere un equilibrio tra i molteplici e diversi interessi sottesi alla situazione. Ciò è avvenuto nonostante una

³²⁵ G. GIAIMO, *La gestazione per altri. Persistenti criticità e prospettive di regolamentazione in chiave comparatistica*, in «Diritto di Famiglia e delle Persone (II)», fasc.2, 1 giugno 2023, pp. 698 – 699.

³²⁶ Ivi, p. 699.

³²⁷ Cass., Sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193; Cass., Sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162.

³²⁸ Corte cost. 9 marzo 2021 n. 33.

tendenza dissonante manifestata, in modo ripetuto, dalla giurisprudenza di merito³²⁹ e dalla Prima Sezione della stessa Corte di Cassazione^{330 331}.

Si esamina il caso in cui una coppia di uomini, che avevano contratto matrimonio in Canada, utilizzarono il processo di m.s. con l'aiuto di una donna che agiva motivata da spirito solidale. Dopo la nascita del figlio, i due hanno ottenuto un provvedimento delle autorità canadesi che confermava la genitorialità sia per uno che per l'altro. Successivamente, tali soggetti richiesero la registrazione di tale provvedimento presso l'Ufficiale di Stato Civile italiano; tuttavia, a seguito dell'Ufficio, si rivolsero alla Corte d'Appello di Trento per ottenere il riconoscimento degli effetti, all'interno dell'ordinamento nazionale, della decisione straniera. La Corte d'appello di Trento, con ordinanza del 23 febbraio 2017³³², affermò che l'unico ostacolo all'efficacia di una decisione straniera in Italia è la possibile contrarietà all'ordine pubblico italiano ex art. 65 della legge 31 maggio 1995 n. 218. Secondo la Corte, l'ordine pubblico si riferisce solo ai principi fondamentali della Costituzione e non alle norme interne e, quindi, riconobbe l'efficacia della decisione canadese e respinse l'obiezione del divieto di m.s. sancito dalla legge italiana, poiché «la disciplina contenuta nella legge 19 febbraio 2004 n. 40, in materia di procreazione medicalmente assistita, costituisce espressione della discrezionalità politica del legislatore in un particolare momento storico e in un certo contesto sociale e, per questa ragione, essa non è espressiva di valori fondamentali, intangibili e universalmente validi»³³³. Tuttavia, la decisione della Corte d'appello di Trento fu impugnata³³⁴ e il caso fu condotto innanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³³⁵, le quali ribaltarono la decisione della Corte d'appello, sostenendo che i parametri di valutazione dei provvedimenti stranieri devono tener conto non solo dei principi costituzionali e delle convenzioni internazionali, ma anche dell'interpretazione della legge nazionale. «Una volta fissato tale principio, le Sezioni

³²⁹ Per esempio, App. Trento 23 febbraio 2017, 12.; App. Venezia 16 luglio 2018; Trib. Bari 7 settembre 2022.

³³⁰ Cass. 29 aprile 2020 n. 8325; Cass. 21 gennaio 2022 n. 1842.

³³¹ G. GIAIMO, op. cit. pp. 700 – 701.

³³² App. Trento 23 febbraio 2017.

³³³ G. GIAIMO, op. cit. p. 702.

³³⁴ Il ricorso per Cassazione fu promosso dal Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Trento, dal Sindaco di Trento e dal Ministero dell'Interno.

³³⁵ Cass., Sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193.

Unite entrarono nel dettaglio della questione controversa e, appoggiandosi e richiamando una serie di precedenti della Corte costituzionale³³⁶, sostennero che la pratica della m.s. offende nel profondo la dignità della donna, ridotta a null'altro che uno strumento utile al soddisfacimento di un altrui desiderio di genitorialità. Dignità, questa, che costituisce anch'essa un valore fondamentale in ogni società civile e che, per tale ragione, deve essere necessariamente bilanciata con altri valori altrettanto fondamentali»³³⁷. Dunque, le Sezioni Unite sostennero che il divieto di m.s. è un elemento che contribuisce a comporre il concetto dell'ordine pubblico e rifiutarono di riconoscere l'efficacia della decisione canadese. Pertanto, la coppia può cercare altri mezzi giuridici, come l'adozione *ex art. 44, comma 1, lett d)*, della L. 184/1983, per stabilire il rapporto parentale con i figli nati attraverso la gestazione per altri.³³⁸

La posizione delle Sezioni Unite, tuttavia, non risolse definitivamente il problema riguardante il riconoscimento in Italia degli effetti della m.s. svolta all'estero a favore del genitore solamente intenzionale. Poco prima che le Sezioni Unite rendessero l'analizzato giudicato, la Corte d'appello di Venezia³³⁹ stabilì che una sentenza della Supreme Court del British Columbia, che aveva riconosciuto entrambi i componenti di una coppia omosessuale come genitori di un minore nato in Canada tramite m.s., doveva ritenersi efficace nell'ordinamento italiano. Tale decisione, fondata sulle medesime ragioni addotte dalla Corte d'appello di Trento, fu impugnata in Corte di Cassazione³⁴⁰, la quale ha deciso di non conformarsi all'orientamento, poc'anzi descritto, sposato delle sue stesse Sezioni Unite con la sentenza 12193/2019. La Corte di Cassazione ha sollevato una questione di legittimità costituzionale degli artt. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004, 18 del d.p.r. n. 396/2000, 64 comma 1° lett. g) della l. n. 218/95, sostenendo che la limitazione del riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali stranieri che stabiliscono il diritto di essere inseriti nell'atto di nascita come genitori intenzionali, interpretato sulla base dell'ordine pubblico, può essere contraria al diritto al rispetto della vita

³³⁶ Corte cost. 28 gennaio 2005 n. 45; Corte cost. 8 maggio 2009 n. 151; Corte cost. 1° giugno 2014 n. 16; Corte cost. 18 dicembre 2017 n. 272.

³³⁷ G. GIAIMO, *op. cit.* p. 703.

³³⁸ *Ivi*, pp. 700 – 704.

³³⁹ App. Venezia 16 luglio 2018.

³⁴⁰ Il ricorso per Cassazione fu promosso dal Sindaco di Verona e dal Ministero dell'Interno.

privata e familiare del minore nato tramite gestazione per altri³⁴¹. «La chiave di volta su cui si sostiene l'ordinanza di rimessione formulata dalla Prima Sezione è costituita dal, già analizzato, *Avis consultatif* reso dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo il 10 aprile 2019, secondo cui il diritto al rispetto della vita privata e familiare (8 Cedu) del nato in seguito a m.s. possiede una rilevanza tale da restringere il margine di apprezzamento degli Stati»³⁴², facendo sì che i governi non possono impedire il riconoscimento del legame genitoriale con il genitore intenzionale quando tale legame è stato legittimamente creato e riconosciuto all'estero³⁴³. Basandosi sui principi stabiliti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la Prima Sezione della Corte di Cassazione ha elaborato un ragionamento che si propone di garantire che, all'interno dell'ordinamento italiano, il committente che non sia legato geneticamente al minore nato all'estero attraverso una m.s. possa essere inserito, in qualità di genitore, nell'atto di nascita del minore stesso, nonostante il divieto di cui il comma 6, art. 12, L. n. 40/2004. L'argomento di partenza del ragionamento consiste nel riconoscere come, in virtù del sopracitato *Avis consultatif*, il valore del diritto del minore al rispetto della sua vita privata e familiare risulti prevalente rispetto a qualsiasi scelta discrezionale del legislatore che possa portare a una restrizione o un indebolimento del diritto stesso. Di conseguenza, il divieto di m.s. deve essere interpretato come un'interdizione all'applicazione di questa tecnica in Italia, ma non come un principio di ordine pubblico (poiché privo di validità universale) in grado di impedire il riconoscimento, all'interno del sistema giuridico nazionale, dell'appartenenza del minore alla famiglia nella quale è stato legittimamente inserito all'estero. Dunque, emerge una diversa considerazione della vicenda, in quanto, le Sezioni Unite «consideravano l'art. 12, comma 6, legge 19 febbraio 2004 n. 40 come un baluardo, avente natura e caratteri di elemento costituente l'ordine pubblico, atto a impedire che una condotta tenuta all'estero e proibita in Italia produca i suoi effetti nell'ordinamento interno»³⁴⁴; mentre la Prima Sezione della Cassazione sosteneva che questo divieto non poteva essere considerato un principio di ordine pubblico, in quanto comprimente il diritto del minore al

³⁴¹ Cass. 29 aprile 2020 n. 8325.

³⁴² G. GIAIMO, op. cit. p. 705.

³⁴³ Corte di Strasburgo, *Avis consultatif* del 10 aprile 2019, parr. 45-47.

³⁴⁴ G. GIAIMO, op. cit. p. 706.

rispetto della sua vita privata e familiare. Inoltre, sempre secondo la Prima Sezione, l'adozione in casi particolari da parte del genitore non biologico era un'alternativa inadeguata per garantire gli interessi del minore perché «non crea un vero rapporto di filiazione, ma il riconoscimento di una situazione affettiva cui attribuisce sì diritti e doveri ma che nega comunque al figlio e all'adottante il diritto a una relazione pienamente equiparata alla filiazione e pone il genitore non biologico in una situazione di inferiorità rispetto al genitore biologico»³⁴⁵. Inoltre, il procedimento di adozione è lungo e complesso e non consente la tempestività necessaria per realizzare il migliore interesse del minore. In conclusione, secondo la Prima Sezione l'alternativa era “secca”: o si doveva ritenere che il divieto di m.s. non rientrasse nell'ordine pubblico internazionale³⁴⁶ e quindi non potesse impedire il riconoscimento del legame genitoriale instauratosi all'estero, oppure, se così non fosse stato, la norma che impone il divieto avrebbe dovuto ritenersi contraria all'articolo 8 Cedu e alla Costituzione, poiché in violazione del diritto del minore alla salvaguardia dei rapporti familiari.³⁴⁷

In vista dell'analisi del lavoro svolto dalla Consulta in merito al quesito di legittimità dell'articolo 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004 n. 40, è necessario precisare che i «principi di ordine pubblico rilevanti come limitazione all'applicazione di leggi straniere devono essere ricavati da esigenze (comuni ai diversi ordinamenti statali) di garanzia e tutela dei diritti fondamentali»³⁴⁸. Inoltre, ciò comporta il seguente corollario: il legislatore nazionale, nella sua discrezionalità, può certamente conferire un'impostazione "ideologica" alla regolamentazione di specifiche questioni eticamente sensibili, imponendo divieti su determinati comportamenti e sanzionandone penalmente eventuali violazioni, tuttavia, tali

³⁴⁵ Cass. 29 aprile 2020 n. 8325, p. 31.

³⁴⁶ L'ordine pubblico internazionale può essere interpretato, secondo una concezione “difensiva”, «quale limite all'ingresso nel nostro ordinamento di norme ed atti provenienti da altri sistemi e ritenuti contrastanti con i valori sottesi alla vigente normativa interna» (Cass., Sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193, cit., par. 12.1, 25); ovvero può avere «una diversa funzione, eminentemente promozionale, che circoscrive l'ambito del giudizio di compatibilità ai valori tutelati dalle norme fondamentali, ponendo in risalto il collegamento degli stessi con quelli riconosciuti a livello internazionale e sovranazionale, dei quali mira a favorire la diffusione, congiuntamente all'armonizzazione tra gli ordinamenti» (Cass., Sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193).

³⁴⁷ G. GIAIMO, op. cit. pp. 704 – 707.

³⁴⁸ Cass., Sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193.

norme, se non conformi al quadro di valori condivisi dalla comunità internazionale, pur essendo efficaci all'interno del contesto italiano, non sarebbero sufficienti a costituire un criterio di esclusione per l'introduzione di regolamentazioni o istituzioni straniere nel sistema giuridico nazionale, poiché non appartengono al concetto di ordine pubblico inteso come insieme di principi fondamentali e irrinunciabili diffusi a livello nazionale e sovranazionale. Di conseguenza, la nozione di ordine pubblico deve essere limitata ai valori supremi e vincolanti presenti nella Costituzione e nelle Carte dei diritti fondamentali sovranazionali. Secondo la prima Sezione della Cassazione, quindi, «il principio del migliore interesse del minore impedisce al legislatore di imporre una sua compressione in via generale e astratta e di determinare, conseguentemente, un affievolimento *ex lege* del diritto al riconoscimento dello *status filiationis* legalmente acquisito all'estero. Un simile diniego non può che essere il frutto di una valutazione in sede giurisdizionale»^{349 350}.

La teoria ora descritta, su cui la Prima Sezione della Corte di Cassazione³⁵¹ ha insistito ripetutamente, differisce nettamente dai punti di vista espressi dalle Sezioni Unite in due occasioni recenti³⁵². Le Sezioni Unite hanno chiaramente affermato che «la sentenza straniera applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina europea, deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale»³⁵³. Dunque, il legislatore assume un ruolo centrale nella decisione su ciò che può penetrare all'interno del sistema giuridico nazionale, creando norme che incarnano i valori sovranazionali in un dato momento storico. Queste norme permettono di rendere concreti i valori stessi, anziché confinarli nell'astrattezza. Di conseguenza, quando il giudice valuta la compatibilità di una norma, non può basarsi solo sui principi ricavati dalle leggi sovranazionali e interpretati secondo le proprie preferenze, nel caso in cui la legislazione ordinaria non sia considerata conforme a

³⁴⁹ Cass. 29 aprile 2020 n. 8325.

³⁵⁰ G. GIAIMO, op. cit. pp. 709 – 710.

³⁵¹ Cass. 30 settembre 2016 n. 19599; Cass. 29 aprile 2020 n. 8325.

³⁵² Cass., Sez. un., 5 luglio 2017 n. 16601; Cass., Sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193.

³⁵³ Cass., Sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193.

tali principi. Il giudice deve sempre tenere conto dell'orientamento del legislatore e non può agire in modo autonomo.³⁵⁴

Dopo aver esposto i due punti di vista opposti «è facile rilevare come l'intento perseguito dalla prima Sezione della Cassazione con l'ordinanza di rimessione sia stato, nella sostanza, quello di superare nettamente una posizione espressa neanche un anno prima dalle Sezioni Unite, risultando così [...] criticabile quantomeno dal diverso punto di vista del pieno e non formalistico rispetto della funzione nomofilattica della Suprema Corte e con essa della certezza del diritto»^{355, 356}.

Le osservazioni appena effettuate «hanno disvelato qual è il vero nodo che la Corte costituzionale è stata chiamata a sciogliere dall'ordinanza di rimessione formulata dalla prima Sezione della Cassazione. Il quesito, infatti, formalmente riguarda la legittimità del divieto al riconoscimento dell'efficacia, nell'ordinamento italiano, del provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato dichiarato esistente il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero a seguito di gestazione per altri e il genitore committente privo di legame biologico con la prole».³⁵⁷

Nei fatti, dunque, la Consulta è stata chiamata a dirimere un profondo contrasto ideologico tra la Prima Sezione e le Sezioni Unite, che riguarda non solo il tema dell'ammissibilità della m.s. in modo indiretto, attraverso il riconoscimento degli effetti della procedura eseguita all'estero, ma anche, in modo ancora più complesso, il ruolo della giurisprudenza di fronte a questioni socialmente divisive, su cui il legislatore, pur se sollecitato, non ritiene opportuno intervenire. Pertanto, la decisione della Corte costituzionale³⁵⁸ deve essere interpretata su due piani distinti: uno riguarda la necessaria tutela di coloro che sono nati all'estero attraverso la maternità surrogata, e l'altro, implicitamente, concerne la definizione dei ruoli dei giudici e del legislatore nella regolamentazione di questioni controverse e divisive. Ora meglio si comprende perché la Corte costituzionale ha dovuto compiere un difficile esercizio di equilibrio per contemperare le esigenze della prole nata per m.s. con l'intento di non permettere al giudice di regolamentare materie eticamente sensibili e complesse, al di là del legislatore. La Consulta ha chiarito che la questione

³⁵⁴ G. GIAIMO, op. cit. pp. 711 – 712.

³⁵⁵ Ivi, pp. 712 – 713.

³⁵⁶ Ivi, pp. 707 – 713.

³⁵⁷ Ivi, p. 713.

³⁵⁸ Corte cost. 9 marzo 2021 n. 33.

sottoposta al suo giudizio non riguardava la legittimità del divieto legislativo di maternità surrogata, né se tale divieto doveva essere inteso come principio di ordine pubblico per proteggere la dignità umana della gestante. Invece, la questione da trattare era la salvaguardia dei diritti dei minori in relazione alla coppia committente e in particolare con il genitore intenzionale. La Corte sottolinea che è nel migliore interesse del minore nato tramite gestazione per altri essere cresciuto da una coppia che ha deciso di farlo nascere, ottenendo un riconoscimento giuridico dei legami che già esistono con entrambi i componenti della coppia. L'interesse del bambino è quindi l'elemento guida per trovare una soluzione a questa complessa situazione. Tuttavia, la Corte non ritiene accettabile «[...] un preteso diritto alla genitorialità in capo a coloro che si prendono cura del bambino»³⁵⁹. Questo punto è fondamentale nel ragionamento della Corte e agisce come punto di equilibrio tra i due livelli in cui è strutturata la decisione. Dunque, nonostante sia giusto evitare che i minori innocenti subiscano conseguenze negative a causa di una pratica vietata, non deve essere permesso che l'urgenza di garantire un legame di filiazione con il genitore intenzionale diventi un modo per soddisfare un desiderio irrealizzabile per la coppia committente. È inammissibile che il negare il diritto della prole al riconoscimento giuridico di un legame di fatto sia uno strumento punitivo per vanificare un intento illecito, così come è inaccettabile che l'obbligo dello Stato di garantire tale riconoscimento sia sfruttato da chi vuole eludere un divieto di legge. In entrambi i casi, si verrebbe ad assoggettare gli interessi dei figli al conseguimento di obiettivi ulteriori, estranei ai minori stessi. Infatti, secondo la Consulta «l'interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco. [...]. Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri [...]. Gli interessi del minore dovranno allora essere bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore»³⁶⁰. In altre parole, per quanto essenziale sia proteggere i diritti del minore, la tutela di questi non può

³⁵⁹ Corte cost. 9 marzo 2021 n. 33, par. 5.4.

³⁶⁰ Corte cost. 9 marzo 2021 n. 33, par. 5.5.

essere usata per sviare una norma che difende un valore altrettanto condiviso dalla società, la tutela della dignità della madre gestante, così come interpretata dal legislatore. Seguendo questo ragionamento, la Corte costituzionale ha stabilito che non è possibile trascrivere meccanicamente negli archivi dello stato civile italiano il certificato di nascita straniero che includa un genitore senza legami biologici e che i minori nati da m.s. non devono essere privati del loro diritto a crescere con coloro i quali hanno condiviso il progetto genitoriale al solo scopo di punire comportamenti altrui, di cui i figli stessi sarebbero altrimenti innocenti vittime. Il mezzo tecnico per raggiungere questo risultato è stato individuato, come hanno fatto le Sezioni Unite, nell'adozione in casi particolari, che permette di garantire che gli interessi dei minori non vengano danneggiati e allo stesso tempo offre una valutazione concreta di quale sia il modo adeguato per proteggerli nel caso specifico. La sentenza della Consulta conclude, infine, con una considerazione che sintetizza il significato profondo della decisione, in relazione al tema del ruolo dei giudici e del legislatore nel governo delle questioni eticamente sensibili, che ha diviso la prima Sezione e le Sezioni Unite di Cassazione. Secondo la Corte costituzionale, «il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata, nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati, non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco»³⁶¹ ³⁶².

La Corte costituzionale, fortemente convinta che solo il legislatore possa mediare completamente i diritti e i principi coinvolti, ha deciso che è necessario dare priorità a quest'ultimo nell'urgente individuazione di soluzioni che possano risolvere la situazione attuale di protezione insufficiente degli interessi dei minori. Tale ultima affermazione, pur priva di un accento categorico nel leggero invito rivolto al Parlamento, «è stata successivamente utilizzata dalla Prima Sezione della Cassazione nel tentativo di superare, ancora una volta, per via giurisprudenziale il divieto

³⁶¹ Corte cost. 9 marzo 2021 n. 33, par. 5.9.

³⁶² G. GIAIMO, op. cit. pp. 713 – 719.

legislativo che impedisce il riconoscimento diretto in Italia del legame di filiazione, legittimamente costituito all'estero, tra il minore nato in seguito a maternità surrogata e il genitore d'intenzione, privo di legami biologici con esso»³⁶³. Dopo che il giudizio, successivamente alla decisione di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, è stato ripreso davanti alla Corte remittente, quest'ultima ha richiesto l'assegnazione del caso alle Sezioni Unite presentando, mediante un nuovo ragionamento dettagliato, una nuova ipotesi interpretativa volta a conciliare i diversi interessi in gioco. In breve, secondo l'ordinanza di rimessione, «la valutazione di coerenza all'ordine pubblico insito nella norma che sanziona il divieto di surrogazione deve essere compiuta non in astratto ma con riferimento ad ogni singolo caso concreto, sia pure alla luce di criteri che abbiano validità generale»³⁶⁴. In questo senso, al fine di effettuare un'analisi sulla possibilità di riconoscere in Italia gli effetti giuridici del vincolo di filiazione che si è instaurato all'estero tra il minore nato attraverso una m.s. e il committente che non ha partecipato biologicamente alla concezione, è necessario compiere una distinzione preliminare fondamentale: è indispensabile distinguere «se la donna che ha accettato di portare a termine una gravidanza per altri sia stata a ciò indotta da una condizione di mortificante sfruttamento; ovvero se tale sua scelta sia stata spontanea e consapevole, frutto di piena autonomia decisionale, priva di contropartite e revocabile liberamente sino alla nascita della prole»³⁶⁵. Solo nel primo caso sarebbe giustificato non riconoscere, all'interno del sistema legale italiano, gli effetti generati all'estero dalla m.s., poiché in caso contrario si favorirebbe un comportamento che viola totalmente la dignità della madre surrogata, riducendola a un semplice mezzo per soddisfare il desiderio di qualcun altro. In base a tale ragionamento, la Prima Sezione ha richiesto alle Sezioni Unite di fornire un orientamento interpretativo volto ad indirizzare l'opera dei giudici che, in futuro, si troveranno a dover trattare fattispecie relative al riconoscimento degli effetti dei rapporti costituitisi mediante m.s.³⁶⁶

La risposta delle Sezioni Unite, con la sentenza del 30 dicembre 2022 numero 38162, sembra promettente poiché offre linee guida che, nel rispetto del migliore

³⁶³ Ivi, pp. 720.

³⁶⁴ Cass. 21 gennaio 2022 n. 1842, 19.

³⁶⁵ G. Giaimo, op. cit. pp. 722.

³⁶⁶ Ivi, pp. 719 – 724.

interesse del minore, possono risolvere la questione del riconoscimento degli atti o dei provvedimenti di Stati esteri che stabiliscono un legame parentale tra un minore nato mediante maternità surrogata e un committente senza legami biologici. Si è infatti correttamente affermato in seno alle Sezioni Unite³⁶⁷ che non esiste una lacuna legislativa che debba essere colmata dalla giurisprudenza, poiché l'adozione in casi particolari, sebbene con i già detti limiti, rappresenta un meccanismo che offre la possibilità di creare un legame giuridico tra il minore e il committente che non ha contribuito biologicamente alla procreazione.³⁶⁸ Tale principio mira implicitamente a porre fine a un approccio che sembra propendere costantemente verso la creazione giudiziaria non solo oltre la legge ma talvolta anche contro di essa. Le Sezioni Unite hanno giustamente dedicato un passaggio di particolare importanza al ruolo del giudice nelle questioni controverse ed eticamente sensibili. Il Supremo Collegio ha enunciato un concetto che, all'interno dell'ordinamento italiano, dovrebbe essere evidente e scontato, ma che sembra essere messo in discussione dalle circostanze descritte: «la valutazione in sede interpretativa non può spingersi sino alla elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del legislatore. La giurisprudenza non è fonte del diritto»³⁶⁹. Questa affermazione netta si allinea perfettamente con l'orientamento espresso anche dalla Corte Costituzionale, che ha correttamente assegnato al legislatore il compito di intervenire (se e quando lo riterrà opportuno) sulla questione dello *status* del nato tramite maternità surrogata rispetto al committente non genetico. L'armonia completa «che lega, in merito alla fattispecie dibattuta, le Corti di vertice è espressione di un profondo “rispetto del pluralismo e dell'equilibrio tra i poteri, profilo centrale della democrazia»³⁷⁰.³⁷¹

Nonostante l'obiettivo, perseguito dalla Prima Sezione della Cassazione, di proteggere il diritto del minore alla continuità del rapporto con entrambi i genitori che hanno scelto e pianificato la sua nascita sia stato lodevole, è importante che questo intento non oltrepassi i limiti del ruolo della giurisprudenza. La giurisprudenza non può sostituire il legislatore in caso di sua inattività, che potrebbe essere una scelta politica intenzionale per non modificare uno specifico *status quo*.

³⁶⁷ Cass., Sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162, par. 6 motiv.

³⁶⁸ G. GIAIMO, op. cit. pp. 724 – 727.

³⁶⁹ Cass., Sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162, par. 7 motiv.

³⁷⁰ G. GIAIMO, op. cit. p. 728.

³⁷¹ Ivi, pp. 727 – 728.

Pertanto, il compito del giudice è quello «di organo chiamato, non a produrre un *quid novi* sulla base di una libera scelta o a stabilire una disciplina di carattere generale, ma a individuare e dedurre la regola del caso singolo bisognoso di definizione dai testi normativi e dal sistema, nel quadro dell'equilibrio dei valori già indicato con chiarezza dalla Corte costituzionale»³⁷². L'auspicio è che questa posizione decisa contribuisca a mantenere un'interpretazione coerente con l'obiettivo di offrire certezza nella situazione di un minore nato all'estero tramite gestazione per altri, al fine di garantire una tutela soddisfacente dei suoi interessi.³⁷³

4.1 La nuova proposta di legge sulla maternità surrogata come “reato universale”;

L'analisi prospettata non può prescindere, nella sua conclusione, da alcune considerazioni di estrema attualità *in subjecta materia*, sulla proposta di legge del partito politico “Fratelli d'Italia”, recentemente approvata dalla Camera dei Deputati il 26 Luglio 2023³⁷⁴, volta a rendere la maternità surrogata un “reato universale”. Se questa proposta diventasse legge, il cittadino italiano sarebbe punibile in Italia per questa pratica anche nel caso di realizzazione della stessa in uno Stato in cui è lecita. Tuttavia, la dottrina ha evidenziato diverse criticità in ordine alla compatibilità della nuova previsione con i principi costituzionali. La versione originale della proposta di legge mirava a punire chiunque commettesse il reato in questione all'estero, indipendentemente dalla sua cittadinanza. Tuttavia, durante l'esame in commissione, il suo contenuto è stato limitato alla punibilità del fatto commesso all'estero solo da parte dei cittadini italiani. Questa versione limitata della proposta di legge è stata approvata alla Camera e sarà esaminata nelle prossime settimane.³⁷⁵

L'uso dell'espressione “reato universale” è stato oggetto di forti critiche, definita da alcuni come un termine puramente retorico. Infatti, nel linguaggio giuridico non esiste una nozione simile, che potrebbe essere interpretata in modo da

³⁷² Cass., Sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162, par. 8 motiv.

³⁷³ G. GIAIMO, op. cit. pp. 727 – 729.

³⁷⁴ con 166 voti favorevoli, 109 voti contrari e 4 astenuti, la Camera dei Deputati ha approvato una proposta di legge volta a rendere la maternità surrogata “reato universale”.

³⁷⁵ M. CANEVARI, F. COGLIOLO, Il “reato universale” di surrogazione di maternità: profili critici Criticità in ordine alla compatibilità della nuova previsione con i principi costituzionali, in «Filodiritto», 8 Settembre 2023. maternità surrogata e reato universale. Criticità | Filodiritto.

includere reati di gravità assoluta e indiscussa, come crimini di guerra o crimini contro l'umanità, universalmente riconosciuti e che potrebbero giustificare una repressione globale, anche al di fuori dei confini di uno Stato singolo. Le azioni di m.s., sebbene possano essere considerate moralmente riprovevoli nel contesto sociale italiano, non sono universalmente riconosciute come tali, tanto è vero che, in alcuni Stati, incluso alcuni europei, queste azioni sono consentite e regolamentate. Il c.p., tuttavia, include alcune disposizioni in cui è prevista la punibilità del cittadino italiano che commette un reato all'estero. Questa incriminazione si basa su una scelta politica precisa, volta a proteggere un bene giuridico di assoluta e primaria importanza. Sarà competenza del legislatore valutare se anche le azioni di m.s. sono in grado di ledere un bene giuridico di indiscussa rilevanza.³⁷⁶

Per ottenere una migliore comprensione della questione, è necessario considerare i caratteri e la struttura del reato in esame, nonché le norme vigenti riguardo all'applicazione delle leggi penali italiane per i crimini commessi all'estero.³⁷⁷

Per quanto riguarda il primo punto, alla luce delle considerazioni espresse in precedenza, è evidente che il bene protetto dalla disposizione di cui all'art. 12, comma 6, della Legge 40/2004 è la dignità della donna. È chiaro che, data l'entità della sanzione pecuniaria³⁷⁸ stabilita nell'ipotesi astratta, l'intenzione del legislatore era quella di dissuadere gli individui dal porre in essere tale pratica, già solitamente molto costosa.³⁷⁹

Relativamente al secondo punto, è fondamentale riportare le norme che regolano l'applicabilità della legge penale italiana nello spazio. In merito a ciò, il Codice penale italiano (articoli 3 e 6) sposa il principio di territorialità, secondo cui la legge italiana si applica sia ai cittadini italiani che agli stranieri presenti sul territorio nazionale, nel caso in cui siano stati commessi reati all'interno dello Stato. Tuttavia, è importante sottolineare che il principio di territorialità non può essere considerato assoluto, poiché può essere limitato o derogato da altri principi in casi tassativamente previsti. Uno di questi principi è quello dell'universalità, che prevede

³⁷⁶ *Ibidem.*

³⁷⁷ *Ibidem.*

³⁷⁸ Art. 12, comma 6, L. 19 febbraio 2004, n. 40: «[...] multa da euro 600.000,00 a un milione».

³⁷⁹ M. CANEVARI, F. COGLIOLO, op. cit.

l'applicazione della legge penale italiana senza alcun limite territoriale. Si identificano tre categorie di reati commessi all'estero che sono soggette ad un trattamento in base al principio di universalità: «i reati punibili incondizionatamente (articolo 7 c.p.), i delitti politici (articolo 8 c.p.) e i delitti comuni di cui all'articolo 9 c.p.; per queste due ultime categorie, la punibilità risulta condizionata dalla richiesta del Ministro della giustizia che opera, nei due casi, con condizioni diverse»³⁸⁰. Per quanto riguarda la prima categoria, il principio di universalità viene applicato esclusivamente ai casi elencati nell'articolo 7 del c.p. che fondamentalmente includono reati che danneggiano la personalità dello Stato, i suoi simboli e valori, nonché i reati contro la funzione pubblica. In relazione a tali reati, lo Stato ha il potere di punire i cittadini e gli stranieri che si siano resi colpevoli di tali reati anche all'estero, senza alcuna condizione particolare. La ragione di questa estensione della giurisdizione dello Stato è la necessità di difendere lo Stato da comportamenti ritenuti gravemente offensivi verso la propria identità. Inoltre, va puntualizzato che il Codice Penale, all'articolo 7, comma 1, n. 5, «fa espressamente salve le ipotesi in cui la stessa legge o le convenzioni internazionali abbiano stabilito l'applicabilità della legge penale italiana al di fuori dei confini nazionali»³⁸¹. Tale disposizione si applica a tutti quei reati particolarmente gravi che richiedono l'applicazione incondizionata della legge italiana, ad esempio, la tratta di esseri umani e la prostituzione minorile. Secondo quanto espresso nel disegno di legge, si può affermare che la proposta di riforma in questione rientri completamente in una di tali situazioni. Nello specifico, la proposta prevede l'aggiunta di una disposizione all'articolo 6, comma 2 della Legge 40/2004, che recita come segue: «Le pene stabilite dal presente comma per la surrogazione di maternità si applicano altresì quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano»³⁸². «Il disegno di legge, dunque, non prevede la richiesta del Ministro della giustizia come condizione di punibilità del reato di m.s. commesso all'estero, equiparando, così tale reato a quelli tassativamente elencati dall'articolo 7 c.p., per quanto concerne il cittadino italiano»^{383 384}.

³⁸⁰ *ibidem.*

³⁸¹ *ibidem.*

³⁸² *Ibidem.*

³⁸³ *Ibidem.*

³⁸⁴ *Ibidem.*

«Attualmente, la commissione all'estero di tale reato sia già punibile dalla legge italiana, seppur a condizione che vi sia la richiesta del Ministro della giustizia. Infatti, come già detto, l'articolo 9, comma 2 c.p. prevede l'applicabilità della legge italiana (subordinata alla richiesta del Ministro della giustizia) ai delitti comuni commessi dal cittadino all'estero, puniti con pena della reclusione inferiore nel minimo a tre anni, tra i quali rientra la surrogazione di maternità, punita nel massimo con due anni di reclusione»³⁸⁵. «È evidente, allora, che la proposta di legge mira ad escludere tale reato dall'ambito di applicazione dell'articolo 9 c.p. e di ricondurlo all'interno delle ipotesi di cui all'articolo 7, n. 5 c.p., ossia tra i delitti puniti incondizionatamente, vale a dire senza la necessità della richiesta del Ministro della giustizia. Inoltre, il disegno di legge sembrerebbe mirare altresì a rendere punibile il reato in discussione anche se commesso dal cittadino in uno Stato dove la maternità surrogata è lecita, in violazione del principio della doppia incriminazione che rappresenta, anzitutto, uno dei requisiti per procedere all'estradizione»³⁸⁶, ex art. 13, comma 2 c.p., in base al quale «L'estradizione non è ammessa, se il fatto che forma oggetto della domanda di estradizione, non è preveduto come reato dalla legge italiana e dalla legge straniera»³⁸⁷. Ad ogni modo non si può non notare che il principio della doppia incriminazione «informa i rapporti di cooperazione internazionale tra i diversi Paesi in materia penale. Pertanto, secondo alcuni interpreti, il reato di surrogazione di maternità non sarebbe punibile se commesso dal cittadino in uno Stato in cui tale pratica è lecita; è chiaro, infatti, che se nello Stato estero tale pratica è lecita, quest'ultimo sarebbe impossibilitato a fornire l'adeguata cooperazione internazionale richiesta»^{388 389}.

Un ulteriore aspetto critico del disegno di legge in questione riguarda il diverso grado di gravità tra il reato di m.s. e quelli individuati dall'articolo 7 del Codice penale. Infatti, i reati contemplati da questa norma (come il terrorismo, la violenza sessuale, le mutilazioni genitali femminili, la tratta di persone, il traffico di organi umani e la prostituzione minorile) sono di una gravità tale da giustificare la possibilità di estendere la giurisdizione penale italiana oltre i confini nazionali

³⁸⁵ *Ibidem.*

³⁸⁶ *Ibidem.*

³⁸⁷ Art. 13, comma 2, c.p.

³⁸⁸ M. CANEVARI, F. COGLIOLO, op. cit.

³⁸⁹ *Ibidem.*

incondizionatamente, in base al principio di difesa. La gravità di tali reati è riconosciuta dalla maggior parte della comunità internazionale, a differenza della surrogazione di maternità, la quale è considerata legittima in molti Paesi e viene punita in Italia con una pena significativamente meno severa rispetto ai suddetti crimini. In altre parole, equiparare la m.s. ai delitti per i quali l'art. 7 c.p. prevede l'applicazione incondizionata della legge italiana potrebbe sollevare problemi di compatibilità con i principi costituzionali, in particolare con i principi di ragionevolezza e proporzionalità.³⁹⁰

Un ultimo aspetto critico riguarda le potenziali implicazioni per i minori nati tramite l'uso della pratica in questione. È più che noto, a questo punto della trattazione, che, quando si tratta di minori, si deve tener conto del principio del miglior interesse del minore che in materia di m.s., in concomitanza al principio di non discriminazione, mira ad evitare qualsiasi forma di disparità di trattamento dannosa tra i minori nati tramite m.s. e gli altri. Di conseguenza, si sottolinea la necessità che il legislatore, oltre a ricercare fini persecutori, debba prendere in considerazione le possibili conseguenze negative, al di là del contesto penale, che i nati tramite la surrogazione di maternità potrebbero subire in linea anche con le indicazioni della Corte costituzionale e della Corte di Strasburgo.³⁹¹

In conclusione, stanti i molteplici i nodi di carattere giuridico evidenziati, si segnala che diversi interpreti ritengono che il fenomeno della m.s. non sia adatto ad un'estensione a livello "universale" della legge penale.³⁹²

Si attende, ora, la conclusione dei lavori del Senato per avere ulteriori spunti di riflessione su quanto in argomento.

5. Cenni sugli effetti giuridici dell'istituto della kafalah nell'ordinamento italiano alla luce del migliore interesse del minore;

L'aumento dei flussi migratori in Italia e la conseguente eterogeneità culturale riscontrabile all'interno del Paese hanno reso il tema dell'identità culturale sempre più rilevante nel dibattito filosofico, politico e giuridico contemporaneo. Il pluralismo ha causato conflitti tra le culture dominanti e quelle dei gruppi minoritari,

³⁹⁰ *Ibidem.*

³⁹¹ *Ibidem.*

³⁹² *Ibidem.*

i quali rivendicano il diritto alla differenza e di essere rispettati nelle loro specificità culturali e religiose. È necessario, pertanto, trovare un giusto equilibrio, evitando politiche assimilazioniste da un lato, e ghettizzazione dall'altro, che possono portare a discriminazioni e violazioni dei diritti fondamentali.³⁹³

La presenza di famiglie di immigrati in Italia, specialmente quelli provenienti da comunità islamiche, crea un confronto tra diverse tradizioni giuridiche, specie con riferimento al cosiddetto "Statuto personale", «le cui norme, nei paesi islamici, fondandosi sulla *Shari'a*, si applicano agli interessati su base personale, quindi, sulla scorta della fede religiosa, indipendentemente dalla cittadinanza e dalla localizzazione della persona interessata»³⁹⁴. Sorgono, allora, problemi nell'applicazione della legge, poiché i criteri di collegamento del diritto internazionale privato non sono sempre adeguati. Inoltre, l'applicazione della legge personale del minore potrebbe porre problemi di compatibilità con l'ordine pubblico e potrebbe non garantire il migliore interesse del minore. L'interesse del minore proveniente da diverse tradizioni culturali e religiose deve essere considerato nella sua complessità, tenendo conto di molteplici circostanze, inclusa la necessità di preservare l'identità culturale, ma anche di considerare i bisogni che emergono dal costante confronto del minore con la società in cui vive e con i suoi valori. Inoltre, ci sono sollecitazioni provenienti dal diritto sovranazionale che considerano sempre più modelli familiari diversificati, risultando, pertanto, ancor più difficile l'individuazione della natura e del contenuto dei *best interests of the child* in un contesto multiculturale.³⁹⁵

Per quanto in premessa (e con i limiti sopra espressi), si procede analizzando l'istituto della "kafalah" e gli effetti giuridici da questo prodotti nell'ordinamento italiano, stimolando considerazioni sul "se" il diritto di famiglia italiano sia aperto al pluralismo non solo come un fatto ma anche come un valore che richiede specifiche azioni di tutela (richiedendo, ad esempio, l'attuazione di misure antidiscriminatorie) sempre nel rispetto dei diritti fondamentali delle minoranze e anche all'interno di esse. Inoltre, si rileva sin da subito che il compito dell'interprete, in tali casi, è

³⁹³ I. GARACI, *Identità culturale e best interest of the child*, in «Diritto di Famiglia e delle Persone (II)», fasc.4, 1° dicembre 2020, pp. 1659 – 1660.

³⁹⁴ Ivi, p. 1660.

³⁹⁵ Ivi, pp. 1660 – 1663.

delicato e complesso, poiché deve individuare la soluzione legale adatta, tenendo conto dell'unità del sistema giuridico e della molteplicità delle tradizioni e culture. Ancora, l'interprete deve essere in grado di bilanciare valori e principi concorrenti, adottando un approccio ispirato alla ragionevolezza e applicando le clausole generali del limite dell'ordine pubblico e dei *best interests of the child*, avendo riguardo dell'identità culturale del minore e dell'interesse a salvaguardare tale identità.³⁹⁶

Come anticipato, uno degli argomenti principali affrontati dai tribunali, inerente alla presenza in Italia di famiglie provenienti da tradizioni di matrice islamica, è quello del riconoscimento, all'interno del sistema giuridico italiano, degli effetti legali della "*kafalah*", «ora con riferimento al problema del ricongiungimento familiare (con il minore straniero affidato in *kafalah*), ora con riferimento alla riconoscibilità di detto istituto come adozione internazionale o, comunque, come presupposto per ottenerne la trasformazione in adozione legittimante o adozione in casi particolari *ex art. 44.*, par. 1, lett. d) della L. 4 maggio 1983 n. 184»³⁹⁷. La ratifica da parte dell'Italia della Convenzione dell'Aja del 1996 sembra aver risolto alcuni aspetti della problematica, tuttavia, siccome le opportune disposizioni di adeguamento non sono state inserite, permangono diversi nodi irrisolti che, per essere sciolti, necessitano che i giudici si dimostrino ancor più competenti e attenti interpreti, nell'attesa di un intervento normativo.³⁹⁸

«La *kafalah* è un istituto, previsto dal diritto islamico, diretto a garantire una protezione (sostitutiva alla famiglia biologica) ai minori orfani o, comunque, dichiarati abbandonati, stante il divieto coranico di adozione, presente nella maggior parte delle legislazioni contemporanee dei Paesi islamici»³⁹⁹. La *kafalah*, quale principale misura di protezione per i minori, è ufficialmente riconosciuta dai trattati internazionali e, principalmente, dall'art. 20, comma 3 della Convenzione di New York⁴⁰⁰ e dagli artt. 3⁴⁰¹ e 33⁴⁰² della Convenzione dell'Aja del 1996. Tali strumenti

³⁹⁶ Ivi, pp. 1663 – 1664.

³⁹⁷ Ivi, p. 1664.

³⁹⁸ *Ibidem*.

³⁹⁹ Ivi, pp. 1664 – 1665.

⁴⁰⁰ Art. 20, comma 3, Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: «Tale protezione sostitutiva può in particolare concretizzarsi per mezzo di sistemazione in una famiglia, della *Kafalah* di diritto islamico, dell'adozione o in caso di necessità, del collocamento in un adeguato istituto per l'infanzia. Nell'effettuare una selezione tra queste

giuridici impegnano gli Stati-parte a riconoscere pienamente l'istituto della *kafalah*. «Attraverso tale istituto di natura essenzialmente contrattuale, un soggetto (*kafil*) assume l'impegno di prendersi cura, mantenere ed educare un minore (*makful*) fino al raggiungimento della maggiore età (e fino al matrimonio per le ragazze), senza l'instaurazione di alcun rapporto di filiazione né il conferimento di poteri di rappresentanza o di tutela che rimangono attribuiti alle pubbliche autorità competenti. Il *makful* non assume quindi il cognome del *kafil*, né acquista diritti successori, non recidendo i rapporti con la famiglia di origine, ove esistente. La *kafalah* può essere pronunciata dal Tribunale dei minori (c.d. *kafalah* giudiziale) oppure conclusa davanti a un notaio (c.d. *kafalah* consensuale) e successivamente omologata dall'autorità giudiziaria. Quest'ultima è prevista non già per far fronte alla situazione di abbandono, ma per sostenere, con il consenso dei genitori biologici, la crescita del minore in un ambiente più favorevole. In entrambi i casi la *kafalah* rimane, comunque, uno strumento provvisorio e revocabile»^{403 404}.

L'insieme delle caratteristiche che contraddistinguono tale istituto non permette di classificarlo né come adozione legittimante né come affidamento secondo l'ordinamento italiano e, quindi, non consente il suo riconoscimento automatico nel Paese di destinazione, nonostante vi siano effettivamente stati alcuni tentativi da parte della giurisprudenza di qualificarlo o assimilarlo agli istituti giuridici italiani^{405 406}.

soluzioni, si terrà debitamente conto della necessità di una certa continuità nell'educazione del fanciullo, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica».

⁴⁰¹ Art. 3, lett. e), Convenzione Aja 19 ottobre 1996: «Le misure previste dall'art. 1 possono vertere in particolare su: [...] il collocamento del minore in una famiglia di accoglienza o in un istituto, o la sua assistenza legale tramite kafalah o istituto analogo».

⁴⁰² Art 33, comma 1, Convenzione Aja 19 ottobre 1996: «Quando l'autorità competente ai sensi degli articoli da 5 a 10 prospetta il collocamento del minore in una famiglia di accoglienza o in un istituto, o la sua assistenza legale tramite kafalah o istituto analogo, e quando tale collocamento o assistenza deve avvenire in un altro Stato contraente, essa consulta preliminarmente l'Autorità centrale o un'altra autorità competente di quest'ultimo Stato. A tal fine le comunica un rapporto sul minore e i motivi della sua proposta di collocamento o assistenza».

⁴⁰³ I. GARACI, op. cit. pp. 1665 – 1666.

⁴⁰⁴ *Ibidem*.

⁴⁰⁵ La *kafalah* è stata assimilata all'adozione in casi particolari ex art. 44 l. 4 maggio 1983 n. 184 (Cfr. Trib. min. Trento 11 marzo 2002); all'affidamento (Cass. 20 marzo 2008 n. 7472).

⁴⁰⁶ I. GARACI, op. cit. p. 1666.

Con riferimento alla questione del ricongiungimento familiare per i provenienti dai paesi islamici, i dubbi attecchivano al "se", nel concetto di "familiare", e, dunque, chi può accedere al ricongiungimento, fosse ricompreso anche il minore affidato in *kafalah*. La giurisprudenza ha raggiunto conclusioni diverse a seconda della cittadinanza del richiedente, «in particolare accogliendo il ricongiungimento solo quando richiesto dal cittadino extraeuropeo»⁴⁰⁷. Tale orientamento si basava, in particolare, su un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 29, comma 2, del Testo Unico dell'immigrazione⁴⁰⁸, che evidenziava le somiglianze tra la *kafalah* islamica e il modello di affidamento, e ha portato a considerare incluso nella nozione di familiare anche il minore sottoposto a tale misura di protezione⁴⁰⁹. Questa interpretazione è stata ottenuta attraverso un procedimento equilibrato volto a bilanciare le esigenze di controllo dei flussi migratori con quelle di protezione del minore straniero e della sua famiglia, tenendo conto del principio del migliore interesse del minore e di quello di non discriminazione nei confronti dei minori provenienti dai paesi islamici, per i quali l'istituto della *kafalah* rappresenta l'unica forma di protezione. D'altro canto, la giurisprudenza, senza considerare le stesse esigenze di equità, ha ritenuto non necessaria una simile interpretazione estensiva nel caso in cui il richiedente fosse stato cittadino italiano residente in Italia; situazione che richiede, invece, l'applicazione del decreto legislativo del 6 febbraio 2007, n. 30, in cui il concetto di familiare non include il minore affidato tramite *kafalah*. In questo caso, la preoccupazione prevalente si riteneva essere il rischio di violazione dei principi dell'ordine pubblico internazionale e dell'elusione delle norme sull'adozione internazionale⁴¹⁰. Su tale delicata questione, sono intervenute le Sezioni Unite della Cassazione⁴¹¹, abbandonando il metodo della sussunzione che aveva portato la giurisprudenza a considerare l'istituto della *kafalah* esclusivamente attraverso l'ottica del diritto interno e, di conseguenza, meglio adattandosi ai principi sovranazionali che richiedono di considerare il migliore interesse del minore come

⁴⁰⁷ Ivi, p.1667.

⁴⁰⁸ Art. 29, comma 2, del d.lgs. 286/1998: «ai fini del ricongiungimento si considerano minori i figli di età inferiore a diciotto anni al momento della presentazione dell'istanza di ricongiungimento. I minori adottati o affidati o sottoposti a tutela sono equiparati ai figli».

⁴⁰⁹ Cass. 20 marzo 2008 n. 7472.

⁴¹⁰ Cass. 1° marzo 2010 n. 4868.

⁴¹¹ Cass., Sez. un., 16 settembre 2013 n. 21108.

criterio guida in ogni misura che riguardi lo stesso. Le Sezioni Unite hanno sottolineato che il ricongiungimento familiare è basato sul riconoscimento del diritto fondamentale del minore all'unità familiare e ha affermato che non è praticabile un'interpretazione normativa che discrimini i cittadini italiani da quelli extra-europei. Inoltre, la stessa Corte ha specificato che il rischio di incompatibilità o di elusione con la normativa interna sull'adozione è eliminato dalla natura e dalle peculiarità stesse della *kafalah*, che non produce effetti identici o simili a quelli dell'adozione, ma serve solo a giustificare l'attività di cura materiale e affettiva nei confronti del minore, senza creare alcun vincolo di natura genitoriale o di rappresentanza legale. Di conseguenza, la Suprema Corte ha risolto il problema del ricongiungimento riconoscendo la *kafalah* come presupposto di fatto per un provvedimento amministrativo interno di ricongiungimento.⁴¹²

In linea con la pronuncia delle Sezioni Unite, si collocano indirizzi successivi seguiti dalla giurisprudenza⁴¹³, che, ritenendo l'istituto della *kafalah* negoziale non incompatibile né incoerente con i principi di ordine pubblico, lo considerano un presupposto valido per l'ottenimento del visto d'ingresso funzionale al ricongiungimento familiare. La valutazione sull'ammissione del minore in Italia e il suo ricongiungimento con il tutore non può essere esclusa in base alla natura e all'obiettivo dell'istituto della *kafalah* negoziale, ma deve essere effettuata caso per caso tenendo conto del migliore interesse del minore⁴¹⁴. Come anticipato, quando il legislatore italiano ha attuato la Convenzione dell'Aia con la legge n. 101 del 2015, ha certamente risolto il problema del riconoscimento degli effetti giuridici della *kafalah* nell'ordinamento interno in termini astratti, in quanto ogni Stato contraente si impegna a riconoscere pienamente le misure adottate dagli altri Stati contraenti "come se fossero state adottate dalle proprie autorità" senza possibilità di modificarle. Tuttavia, poiché sono state tralasciate le norme di adeguamento dell'ordinamento interno in relazione alla *kafalah*, lasciando l'adattamento ad un futuro intervento legislativo, la natura giuridica dell'istituto e vari aspetti applicativi rimangono indeterminati e vi è incertezza in merito. «I giudici (e prima di loro le

⁴¹² I. GARACI, op. cit. pp. 1666 – 1669.

⁴¹³ Cass. 2 febbraio 2015 n. 1843; Cass. 24 novembre 2017 n. 28154.

⁴¹⁴ Lo stesso principio è stato peraltro confermato dalla Cassazione 11 novembre 2020 n. 25310.

autorità consolari) sono dunque ancora chiamati ad ovviare alle lacune normative e pertanto in primo luogo a valutare in concreto la compatibilità della *kafalah* c.d. consensuale con la clausola dell'ordine pubblico»⁴¹⁵. Questa valutazione, come sottolineato dalla giurisprudenza stessa, deve essere effettuata tenendo conto dei principi fondamentali della Convenzione di New York del 1989 e, in particolar modo, di quello del migliore interesse del minore, per la determinazione del quale è necessario considerare sia il diritto alla vita familiare del minore, sia il diritto dello stesso a crescere nella sua famiglia di origine e sia l'interesse del minore a vivere in una situazione che favorisca la sua crescita e, eventualmente, il ricongiungimento con la famiglia affidataria anche se ciò comporta una separazione fisica dalla famiglia di origine e richiede la partecipazione di quest'ultima e delle autorità competenti attraverso una procedura adeguata. In ogni caso, in queste soluzioni ermeneutiche e metodologiche, che si discostano dalla logica della sussunzione di istituti stranieri nell'ordinamento nazionale, si può percepire sicuramente la capacità di un sistema inclusivo, complesso ma unitario, di affrontare le sfide presentate dal multiculturalismo, adattandosi alle diverse situazioni concrete, alla cultura e ai bisogni delle persone. In questo contesto favorevole, il giudice è oggi più che mai incoraggiato a valutare i valori predominanti in relazione ai beni e agli interessi in conflitto e a risolvere il contrasto tra di essi attraverso un equilibrato bilanciamento e un costante dialogo con la giurisprudenza nazionale e comunitaria e a muoversi all'interno di una molteplicità di fonti, principi e clausole generali per determinare la rilevanza di nuovi interessi e per creare rimedi efficaci e adatti ai tempi. Inoltre, si sottolinea che, «alle medesime conclusioni della giurisprudenza italiana sul delicato tema del ricongiungimento del minore affidato in *kafalah*, sia pervenuta di recente la Corte di Giustizia dell'Unione europea⁴¹⁶ che, per la prima volta, a seguito di un rinvio pregiudiziale, si è espressa in merito agli effetti di un atto di *kafalah* all'interno di un paese (all'epoca) membro dell'Unione Europea»⁴¹⁷. Tralasciando ogni aspetto fattuale, si precisa che «il quesito posto alla Corte di Giustizia dalla Corte suprema del Regno Unito è: se un minore, che si trova sotto la tutela legale permanente di uno

⁴¹⁵ I. GARACI, op. cit. p. 1670.

⁴¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia (Grande sezione) del 26 marzo 2019, nella causa C-129/18, *SM c. Entry Clearance Officer, UK Visa Section*.

⁴¹⁷ I. GARACI, op. cit. pp. 1672 – 1673.

o più cittadini dell'Unione, in virtù della *kafalah* o di altro istituto giuridico equivalente previsto dalla legge del suo paese d'origine, rientri nella definizione di “discendente diretto” di cui all'articolo 2, punto 2, lett. c), della direttiva 2004/38⁴¹⁸. La Corte dopo aver escluso l'assimilabilità del minore *sub kafalah* alla nozione di “discendente diretto” di un cittadino dell'Unione (stante l'assenza di un legame di filiazione tra il minore e il suo tutore), ne afferma la riconducibilità alla nozione, più ampia, di “altro familiare” di un cittadino dell'Unione, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, primo comma, lett. a), della direttiva 2004/38⁴¹⁹»⁴²⁰. Dunque, ricordando il principale obiettivo della direttiva sulla circolazione, che è quello di preservare l'unità familiare in senso ampio, si sottolinea l'obbligo delle autorità nazionali competenti di agevolare il ricongiungimento anche per i membri della famiglia più estesa, compresi i minori *sub kafalah*. Questo deve avvenire nel rispetto delle disposizioni della Carta di Nizza, tenendo conto di tutte le circostanze specifiche del caso e in considerazione dell'importanza di rispettare la vita privata e familiare, nonché del migliore interesse del minore. È importante notare che questa sentenza si allinea alla tendenza, emersa negli ultimi anni nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁴²¹ e della Corte di Giustizia⁴²², di risolvere le questioni relative al riconoscimento dello *status* personale e familiare ottenuto validamente all'estero tramite il “metodo del riconoscimento” che, «diversamente dal criterio tradizionale dei conflitti di legge, consente di ottenere un maggiore livello di armonizzazione e di coordinamento fra i diversi ordinamenti, nel rispetto dei diritti fondamentali, oltre che delle specificità e bisogni della persona che rilevano nella situazione concreta. Non si tratta infatti di importare modelli familiari estranei al nostro ordinamento, né

⁴¹⁸ Art. 2, punto 2, lett. c), della direttiva 2004/38: «Ai fini della presente direttiva, si intende per: [...] 2) «familiare»: [...] c) i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o partner di cui alla lettera b)».

⁴¹⁹ Art. 3, paragrafo 2, primo comma, lett. a), della direttiva 2004/38: «Senza pregiudizio del diritto personale di libera circolazione e di soggiorno dell'interessato lo Stato membro ospitante, conformemente alla sua legislazione nazionale, agevola l'ingresso e il soggiorno delle seguenti persone: a) ogni altro familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, non definito all'articolo 2, punto 2, se è a carico o convive, nel paese di provenienza, con il cittadino dell'Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo principale o se gravi motivi di salute impongono che il cittadino dell'Unione lo assista personalmente».

⁴²⁰ I. GARACI, op. cit. p. 1673.

⁴²¹ Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 14 dicembre 2017, ricc. nn. 26431/12, 26742/12, 44057/12 e 60088/12 (*Causa Orlandi e altri c. Italia*).

⁴²² sentenza Coman (Corte di giustizia, sentenza 5 giugno 2018, causa C-673/16).

di esaminarli sotto il profilo della legittimità costituzionale, ma di desumere da altri ordinamenti la disciplina del caso concreto idonea a coniugare il rispetto delle identità culturali e religiose con la salvaguardia dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti e, in particolar modo, con l'interesse migliore del minore»^{423 424}.

La problematica del riconoscimento degli effetti della *kafalah* in Italia è stata presa in considerazione per la prima volta dai giudici di legittimità nel 2005⁴²⁵. In tale caso, ad una coppia di coniugi a cui era stato affidato un minore marocchino in *kafalah* fu negata la possibilità di opporsi alla dichiarazione di adottabilità del minore affidato alle loro cure. Tale negazione si basava sul presupposto che l'istituto della *kafalah*, pur conferendo una "custodia" del minore che può essere assimilata, dal punto di vista giuridico, all'affidamento, non attribuisce all'affidatario alcuna tutela o rappresentanza legale; tutela e rappresentanza legale sono invece demandate ad altre autorità (il *wali* in Marocco e il console marocchino) all'estero. La Corte Suprema ha stabilito che, compatibilmente con l'ordine pubblico (interno e internazionale), si riconosce il valore legale della *kafalah* omologata dal giudice straniero in modo da non considerare il minore in stato di abbandono. «La Corte, tuttavia, non riconosce al *kafil* la legittimazione ad opporsi nel procedimento volto alla dichiarazione di adottabilità, ma, in quanto portatore di un mero interesse a non vedere pregiudicata la propria aspettativa all'adozione, gli riconosce comunque la possibilità di spiegare intervento adesivo dipendente»^{426 427}.

In conclusione, si evidenzia che la problematica legata al riconoscimento delle conseguenze giuridiche della *kafalah* nell'ordinamento italiano rappresenta anche un'opportunità «per riflettere anche sulla opportunità di prevedere la regolamentazione specifica di modelli adottivi più aperti e flessibili che i giudici potrebbero di volta in volta adottare nel singolo caso concreto, tenendo conto delle necessità del minore, nel rispetto delle specificità culturali e religiose»⁴²⁸. Tale

⁴²³ I. GARACI, op. cit. p. 1674.

⁴²⁴ Ivi, pp. 1669 – 1974.

⁴²⁵ Cass. 4 novembre 2005 n. 21395.

⁴²⁶ I. GARACI, op. cit. pp. 1674 – 1675.

⁴²⁷ Ivi, pp. 1674 – 1675.

⁴²⁸ Ivi, p. 1681.

soluzione potrebbe essere realmente adeguata per promuovere una maggiore armonia tra gli ordinamenti giuridici e rispondere alle sfide del multiculturalismo.⁴²⁹

⁴²⁹ *Ibidem.*

Conclusioni

I contorni del principio del migliore interesse del minore, così come analizzati nell'elaborato, appaiono ora essere stati definiti così come è stata definita la sua operatività nelle situazioni coinvolgenti i minori e, pur nella sua variegata complessità, il principio non può non considerarsi uno strumento di particolare valore per tutti gli operatori del diritto e, più in generale, per tutti i soggetti che si trovino ad assumere delle decisioni relative ai minori. Si segnala, in particolare, l'importanza del ruolo dei giudici, ai quali è rimesso il potere di depurare il concetto del migliore interesse del minore da ogni accusa di vaghezza e ambiguità ed evitare che lo stesso si trasformi in una scatola vuota di contenuti. A loro spetterà il compito di vagliare, all'esito di un giudizio prognostico condotto nel caso concreto, quello che è il *welfare* e il *well-being* del minore ovvero il suo benessere.

Sarà auspicabile che le soluzioni prospettate dai giudici dovranno, altresì, essere ispirate ad un equo bilanciamento con i diritti fondamentali altrui nonché con esigenze ed interessi di pari rango, in quanto non è in nessun caso possibile l'ammissione di un principio "tiranno" che prevalga su qualsiasi altra esigenza, altrettanto meritevole di attenzione e tutela.

Non può sottacersi, infine, la sfida giornaliera alla quale né il legislatore né i giudici potranno sottrarsi cioè quella di essere interpreti del migliore interesse del minore quale concetto destinato a modificarsi nel tempo in quanto legato al mutamento del concetto di famiglia e di relazioni familiari, il tutto in un quadro di progressiva crescita dell'importanza del principio che trova sempre maggiori spazi nel contesto internazionale e nei vari ordinamenti nazionali e fermo restando che tale principio meglio si presta ad essere soggetto all'interpretazione giurisprudenziale piuttosto che essere ancorato a soluzioni legislative rigide ritenute limitanti per la sua portata.

Bibliografia

- ALBANO, *I best interests of the child tra passato, presente e futuro*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, 2021.
- ALBANO, *Minore migrante e tutela dei diritti umani*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, 2021.
- ALSTON; GILMOUR-WALSH (a cura di), *The Best Interests of the Child: Towards a synthesis of children's rights and cultural values*, Innocenti Studies, International Child Development Centre, Florence, 1996.
- BENEDETTI, *Minori "buoni" e minori "cattivi" nella nuova disciplina sul cyberbullismo*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, 2021.
- BOCCHINI, MONTANARI, *Le nuove disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo*, in «Le nuove leggi civili commentate», fasc. 2, 2018.
- BOELE-WOELKI, BRAAD, CURRY-SUMMERS, *European Law in Action*, Vol. III. Parental Responsibilities, Anwerp-Oxford, p. 479, 2005.
- BOELE-WOELKI, *Un modello europeo per l'armonizzazione della legge sulla responsabilità genitoriale*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, 2021.
- CANEVARI, COGLIOLO, Il "reato universale" di surrogazione di maternità: profili critici Criticità in ordine alla compatibilità della nuova previsione con i principi costituzionali, in «Filodiritto», 8 Settembre 2023. maternità surrogata e reato universale. Criticità | Filodiritto.
- CAVALLO, *L'adozione in casi particolari*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, 2021.
- CORDIANO, *La condanna della Cedu per la violazione dei diritti dei minori stranieri non accompagnati in tema di accertamento dell'età e di condizioni inumane e degradanti dei centri di accoglienza*, in «Famiglia e Diritto», n. 3, 1° marzo 2023.
- CROWE, TOOHEY, *From Good Intentions To Ethical Outcomes: The Paramountcy Of Children's Interests In The Family Law Act*, in Melbourne University Law Review, 15, 2009.
- CULLEN, *Children's Rights*, in The European Union Charter of Fundamental Rights, S. PEERS e A. WARD (a cura di), Hart Publishing, 2004.
- DANOVI, *L'ascolto del minore nel processo civile*, in «Il diritto di famiglia e delle persone», 2014.
- DI LORENZO, *Sottrazione internazionale e diritti fondamentali del fanciullo in una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Ordine internazionale e diritti umani», n.1/2014.
- FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interest of the child»*, in Riv. dir. internaz., 2010.
- FRASCA, CARLIER, *The best interests of the child in ECJ asylum and migration case law: Towards a safeguard principle for the genuine enjoyment of the substance of children's rights?*, 60, Common Market Law Review, Issue 2, 2023, <https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/Common+Market+Law+Review/60.2/COLA2023024>.
- FREEMAN, *Article 3: The Best Intrests of the Child*, Leiden-Boston, 2007.

GARACI, *Identità culturale e best interest of the child*, in «Diritto di Famiglia e delle Persone (II)», fasc.4, 1° dicembre 2020.

GARLATTI, *Autorità giudiziaria e superiore interesse del minore*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, 2021.

GIAIMO, *La gestazione per altri. Persistenti criticità e prospettive di regolamentazione in chiave comparatistica*, in «Diritto di Famiglia e delle Persone (II)», fasc.2, 1 giugno 2023.

GUASTALLA, *Maternità surrogata e tutela del minore: quale il best interest of the child?*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, 2021.

LAMARQUE, *Pesare le parole. Il principio dei best interests of the child come principio del miglior interesse del minore*, in «Famiglia e Diritto», n. 4, 1° aprile 2023.

LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016.

LAMARQUE, *Il principio dei best interests of the child nella prospettiva del diritto costituzionale*, in «Minori giustizia: rivista interdisciplinare di studi giuridici, psicologici, pedagogici e sociali sulla relazione fra minorenni e giustizia», 2017.

LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2016.

LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in «Rivista di diritto civile», Vol. 62, n. 1, 2016.

LUCCIOLI, *La maternità surrogata e l'interesse del minore*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, 2021.

MARI, *l'interesse superiore del minore nel quadro dello spazio giuridico europeo (a proposito di recenti casi di sottrazione internazionale di minori)*, Studi Urbinati, A - Scienze Giuridiche, Politiche Ed Economiche, 2013.

MASCIA, *L'adozione di minori stranieri e quella in casi particolari*, in *Famiglia e Diritto* n. 12/2018. <https://www.altalex.com/documents/2018/12/11/1-adozione-di-minori-stranieri-e-quella-in-casi-particolari>

MCGLYNN, *Rights for Children? The Potential Impact of the European Union Charter of Fundamental Rights*, in «European Public Law», 2002.

MOLFINO, *I genitori devono controllare i figli minorenni nell'utilizzo dello strumento tecnologico. Anche se ultraquattordicenni?*, in «IUS Famiglie», 24 marzo 2020.

MURA, *Predisposizione ai rapporti di schiavitù e ruolo del diritto internazionale privato al vaglio della giurisprudenza CEDU sulla maternità surrogata*, in «Rivista quadrimestrale online "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"», n.1, 2022. www.fsjeurostudies.eu.

NALIN, *Dialogo tra Corti europee e giudici nazionali in tema di maternità surrogata: verso un bilanciamento tra limite dell'ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in «Rivista quadrimestrale on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"», n.1, 2022, www.fsjeurostudies.eu.

PERLINGIERI, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, in *Rass. dir. civ.*, 2018.

PERLINGIERI, ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2019.

SASSI, STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico* in «BioLaw Journal - Rivista Di BioDiritto», 15(1), 2019.

SCARANO, *The best interest of the child nella giurisprudenza della Corte suprema di cassazione*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, 2021.

SCHNEIDER, *Discretion, Rules, and Law: Child Custody and the UMDA's Best-Interest Standard*, in 89 Mich. L. Rev. 2215, 1991.

SONELLI, *L'interesse superiore del minore. Ulteriori «tessere» per la ricostruzione di una nozione poliedrica*, in «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», fasc. 4, 1 dicembre 2018.

STALFORD, SCHUURMAN, *Are We There Yet? The Impact of the Lisbon Treaty on the EU Children's Rights Agenda*, in «International Journal of Children's Rights», 2011.

STALFORD, *The Citizenship Status of Children in the European Union*, in «International Journal of Children's Rights», 2000.

STALFORD, THOMAS, DRYWOOD, *The European Union and Children's Rights: Editorial*, in «International Journal of Children's Rights», 2011.

TAFÀ, *La sottrazione internazionale del minore e i problemi psicologici relativi alla stabilità affettiva e territoriale*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, 2021.

TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Diritti umani e Diritto internazionale», 2015.

TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A Milano – 2017.

WOLF, *The Concept of the Best Interest in the UN Convention on the Rights of the Child*, in M. FREEMAN, P. VEERMAN, *The Ideologies of Children Rights*, Dordrecht, 1992.

Indice della giurisprudenza

Corte Europea dei diritti dell'uomo:

Handyside c. Regno Unito, sentenza 7 dicembre 1976.

Sunday Times c. Regno Unito, sentenza 26 aprile 1979.

Silver e altri c. Regno Unito, sentenza 25 marzo 1983.

Malone c. Regno Unito, sentenza 2 agosto 1984.

Barthold c. Germania, sentenza 25 marzo 1985.

Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo, ricorso n. 76240/01, sentenza 28 giugno 2007.

Neulinger e Shuruk c. Svizzera, ricorso n. 41615/07, *Grande Chambre*, 6 luglio 2010.

X c. Lettonia, ricorso n. 27853/09, *Grande Chambre*, 26 novembre 2013.

Mennesson c. France, n. 65192/11, sentenza del 26 giugno 2014.

Labassée c. France, n. 65941/11, sentenza del 26 giugno 2014.

Nazarenko c. Russia, sentenza 16 luglio 2015.

Vujica c. Croazia, sentenza 8 gennaio 2016;

N.TS. e altri c. Georgia, sentenza 2 maggio 2016.

Paradiso e Campanelli c. Italia, ricorso n. 25358/12, *Grande Chambre*, 24 gennaio 2017.

D'Alconzo c. Italia, sentenza 23 febbraio 2017.

Orlandi e altri c. Italia, ricc. nn. 26431/12, 26742/12, 44057/12 e 60088/12, sentenza 14 dicembre 2017.

D. c. Francia, ricorso n. 11288/18, sentenza del 16 luglio 2020.

Valdis Fjölfnisdóttir e altri c. Islanda, ricorso n. 71552/17, sentenza del 18 maggio 2021.

Darboe e Camara c. Italia, ricorso n. 5797/17, sentenza del 21 luglio 2022.

X e altri c. Austria, ric. n. 19010/07, *Grande Chambre*, sentenza 19 febbraio 2013.

Corte di Giustizia dell'Unione europea:

Corte Giust., sent. 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*.

Corte Giust., sent. 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*.

Corte Giust., sent. 23 dicembre 2009, causa C-403/09 PPU, *Deticĥek*.

Corte Giust., sent. 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *J. McB.*

Corte Giust., sent. 22 dicembre 2010, causa C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*.

Corte Giust., Grande Sezione, sent. 8 marzo 2011, causa C-34/09, *Ruiz*

Zambrano

Corte Giust., sent. 21 dicembre 2011, causa C-507/10, *X*.

Corte Giust., sent. 10 ottobre 2013, causa C-86/12, *Alokpa*.

Corte Giust., sent. 1° luglio 2010, causa C-211/10 PPU, *Povse*.

Corte Costituzionale:

Corte Cost., sentenza n. 198/1986.

Corte Cost., 28 gennaio 2005 n. 45;

Corte Cost., 8 maggio 2009 n. 151;

Corte Cost., sentenza n. 138/2010.

Corte Cost., 23 gennaio 2013, n. 7.

Corte Cost., 1° giugno 2014 n. 16;

Corte Cost., 18 dicembre 2017 n. 272.

Corte Cost., 9 marzo 2021 n. 33.

Corte Cost., sentenza n. 79/2022.

Corte di Cassazione:

Cass. 4 novembre 2005 n. 21395.

Cass. 1° marzo 2010 n. 4868.

Cass., Sez. un., 1° giugno 2010, n. 13332

Cass. Civ., Sez. I, sentenza n. 601/2012.

Cass., Sez. un., 16 settembre 2013 n. 21108.

Cass. 2 febbraio 2015 n. 1843;

Cass. Civ., Sez. I, sentenza 22 giugno 2016 n. 12962.

Cass. 30 settembre 2016 n. 19599;

Cass., Sez. un., 5 luglio 2017 n. 16601;

Cass. 24 novembre 2017 n. 28154.
Cass., Sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193.
Cass. 29 aprile 2020 n. 8325.
Cass. 21 gennaio 2022 n. 1842.
Cass., Sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162.

Corti di merito:

Tribunale per i minorenni di Genova, decreto del 31 gennaio 2005.
Tribunale per i minorenni di Milano, sentenza n. 626/2007.
Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza n. 299/2014.
Corte di appello di Roma, sentenza decisa il 20 ottobre 2015.
Tribunale per i minorenni di Bologna, sentenza del 6 luglio 2017.
Corte di appello di Trento 23 febbraio 2017.
Tribunale per i minorenni di Napoli, sentenza n. 46/2018.
Corte di appello di Venezia 16 luglio 2018.