Elisabetta Lamarque

Prima i bambini

Il principio dei *best interests of the child* nella prospettiva costituzionale

Prefazione di **Livia Pomodoro**

FrancoAngeli

STUDI DI DIRITTO PUBBLICO

Collana diretta da **Roberto Bin**, **Fulvio Cortese** e **Aldo Sandulli**
coordinata da **Simone Penasa** e **Andrea Sandri**

REDAZIONE
Chiara Bergonzini, Fabio Di Cristina
Angela Ferrari Zumbini, Stefano Rossi

COMITATO SCIENTIFICO
Jean-Bernard Auby, Stefano Battini, Daniela Bifulco, Roberto Caranta, Marta Cartabia, Omar Chessa, Mario P. Chiti, Pasquale Costanzo, Antonio D'Andrea, Giacinto della Cananea, Luca De Lucia, Gianmario Demuro, Daria de Pretis, Marco Dugato, Claudio Franchini, Thomàs Font i Llovet, Giulia Maria Labriola, Peter Leyland, Massimo Luciani, Michela Manetti, Alessandro Mangia, Barbara Marchetti, Giuseppe Piperata, Aristide Police, Margherita Ramajoli, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Sandro Stajano, Bruno Tonoletti, Aldo Travi, Michel Troper, Nicolò Zanon

La Collana promuove la rivisitazione dei paradigmi disciplinari delle materie pubblicistiche e l'approfondimento critico delle nozioni teoriche che ne sono il fondamento, anche per verificarne la persistente adeguatezza.
A tal fine la Collana intende favorire la dialettica interdisciplinare, la contaminazione stilistica, lo scambio di approcci e di vedute: poiché il diritto costituzionale non può estraniarsi dall'approfondimento delle questioni delle amministrazioni pubbliche, né l'organizzazione e il funzionamento di queste ultime possono ancora essere adeguatamente indagati senza considerare l'espansione e i modi di interpretazione e di garanzia dell'effettività dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali. In entrambe le materie, poi, il punto di vista interno deve integrarsi nel contesto europeo e internazionale.
La Collana, oltre a pubblicare monografie scientifiche di giovani o affermati studiosi (**STUDI E RICERCHE**), presenta una sezione (**MINIMA GIURIDICA**) di saggi brevi destinata ad approfondimenti agili e trasversali, di carattere propriamente teorico o storico-culturale con l'obiettivo di sollecitare anche gli interpreti più maturi ad illustrare le specificità che il ragionamento giuridico manifesta nello studio del diritto pubblico e le sue più recenti evoluzioni.
La Collana, inoltre, ospita volumi collettanei (sezione **SCRITTI DI DIRITTO PUBBLICO**) volti a soddisfare l'esigenza, sempre più avvertita, di confronto tra differenti saperi e di orientamento alla lettura critica di problemi attuali e cruciali delle discipline pubblicistiche.
La Collana, inoltre, si propone di assecondare l'innovazione su cui si è ormai incamminata la valutazione della ricerca universitaria. La comunità scientifica, infatti, sente oggi l'esigenza che la valutazione non sia più soltanto un compito riservato al sistema dei concorsi universitari, ma si diffonda come responsabilità dell'intero corpo accademico.
Tutti i volumi, pertanto, saranno soggetti ad un'accurata procedura di valutazione, adeguata ai criteri fissati dalle discipline di riferimento.

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati
possono consultare il nostro sito Internet: *www.francoangeli.it* e iscriversi nella home page
al servizio “Informatemi” per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità

Elisabetta Lamarque

Prima i bambini

Il principio dei *best interests of the child* nella prospettiva costituzionale

Prefazione di **Livia Pomodoro**

FrancoAngeli

Questo volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza-
School of Law dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca.
Codice IPA: 8X1KQZ

Copyright 2016 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

Indice

Prefazione, di *Livia Pomodoro* pag. 7

Introduzione » 13

1. Uno sguardo d'insieme. Il principio dei *best interests of the child* all'interno delle tradizioni occidentali dei diritti » 21
1. Preludio » 21
2. Diritti dei minori o *children's rights*? Tradizione europea continentale e tradizione anglo-americana a confronto » 34
3. Il chiaro posto del paradigma dei *best interests of the child* all'interno della tradizione anglo-americana dei *children's rights*… » 52
4. … e la sua difficile collocazione altrove » 58
5. Ambiguità concettuali di un principio polivalente » 64
6. Ambiguità semantiche e la deriva retorica del principio » 77

2. Il principio dei *best interests of the child* nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo » 87
1. L'emersione giurisprudenziale del principio dei *best interests of the child* e la sua attuale straordinaria fortuna » 87
2. Ambiguità concettuali e definizioni ondivaghe » 90

3. Interessi dei minori, interessi degli adulti o prese di posizione astratte e pregiudiziali? pag. 105

3. Il principio dei *best interests of the child* nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea » 111

1. I minori e l'Unione europea: un po' di retorica, qualche interessante contenuto » 111
2. L'interesse del minore nel diritto primario e derivato dell'Unione europea » 114
3. Segue. Ancora sul testo dell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali » 120
4. L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea » 125

Prefazione

di *Livia Pomodoro*

Questo libro dichiara guerra alla retorica del minore nel mondo del diritto, e lo fa insinuando che il principio dei *best interests of the child* possa esserne il principale artefice. Per questo ne ripercorre le origini all'interno della cultura anglo-americana, la sua funzione precisa, la sua vitalità capace di ambiguità ma senza retorica. E ne segue i percorsi: dal nostro ambito nazionale, con le sue ricadute sull'ordinamento, a quello internazionale e multilaterale per tornare alla nostra Europa dove il minore di età è sicuramente titolare di diritti fondamentali che attengono al suo essere prima di tutto persona.

Al contrario il mondo anglo-americano che guarda ai *children's rights* discute e si divide sui diritti dei minori a partire dal problema cruciale se tali diritti siano o meno configurabili, per poi magari accontentarsi di definirne alcuni come doveri morali a carico degli adulti e della società nei confronti di bambini e adolescenti. Se poi guardiamo all'epoca della *civil rights revolution* (anni Settanta), i diritti dei bambini e degli adolescenti diventano in America quelli di una "last minority" parente delle lotte di neri, donne e omosessuali, sostenuti come gruppo sociale debole e oppresso dagli attivisti di un movimento politico di liberazione che più tardi tenterà analoghe conquiste questa volta per gli animali.

Quale la vera causa della distanza tra queste due concezioni dei *children's rights*, oltre Oceano e oltre Manica, e dei diritti dei minori in Europa? Elisabetta Lamarque risponde a questo interrogativo ricordando come nella cultura anglo-americana il dibattito si svolga all'interno di una tradizione costituzionale che "sostanzialmente prescinde dal tema della dignità umana intesa come dote innata di ogni

persona, causa e giustificazione di ogni suo diritto fondamentale". L'individuo è inteso come "entità che si autodetermina", soprattutto negli Usa: qui vengono in particolare esaltati i tratti dell'indipendenza e dell'autonomia individuale del *rights-bearer* che, al contrario, in Europa è tale indipendentemente dalla capacità di compiere scelte sulla propria vita, e che, in aggiunta, non viene mai visto come portatore di pretese (ed in particolare di quella di determinare in completa autonomia le proprie scelte) e conosce inoltre una dimensione sociale che incide sulla stessa consistenza dei suoi diritti.

Ma perché il dibattito sui *children's rights* è per noi europei tanto difficile da seguire? Perché controverte con straordinario accanimento proprio l'aspetto che per noi Europei rappresenta il punto di partenza condiviso e del tutto scontato, e cioè che *anche i minori di età abbiano diritti*. E la ragione di questa distanza risiede nella nozione di rights-bearer propria della tradizione giuridica anglo-americana: "la persona che manca della capacità di provvedere a se stessa, a causa della sua età infantile, non rientra, o almeno è dubbio che rientri, tra coloro che l'ordinamento costituzionale considera titolari di diritti in senso pieno".

Ad avvicinare i due mondi non serve neanche la circostanza che il più importante documento internazionale sui diritti umani del secondo dopoguerra, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948), sia permeato della tradizione di *civil law* e "nel richiedere una lettura unitaria dell'elenco dei diritti alla luce dei principi generali" faccia riferimento insistente proprio al principio di dignità "il quale, nonostante tutta la sua problematicità, aspira comunque a esserne il valore ultimo, suggerendo così, in definitiva, che le sue previsioni siano da intendersi come estese a tutte le persone umane, e quindi agli stessi minori di età". Nella prospettiva del diritto internazionale Usa, la protezione del minore e nel contempo l'affermazione dei suoi diritti si pongono come due anime contraddittorie: lo si osserverà nella stessa Convenzione Onu (1989) che secondo la visione anglo-americana abbraccerebbe in modo inconciliabile le due contraddittorie visioni che al contrario l'Europa apprezza proprio perché, nelle due anime, legge un'aspirazione alla completezza.

Questa accusa di incoerenza, e inconciliabilità, deriva dalla considerazione che i numerosi diritti dei bambini contenuti nella Convenzione, intesi come pure istanze di *self-determination* nei più disparati aspetti dell'esistenza, sarebbero contraddetti o straordinariamente

depotenziati dalla presenza, nella stessa Convenzione, di norme indirizzate ad una speciale protezione dei bambini, che consentono, e anzi impongono, decisioni assunte da altri in vista del loro bene. Mentre in precedenza l'ordinamento internazionale si era allineato perfettamente alla concezione anglo-americana perché aveva scelto la strada della protezione e del sostegno da parte degli adulti e della società intera e rifiutato la via del riconoscimento in capo ai bambini di diritti nel senso della tradizione liberale. Parliamo prima di tutto della Dichiarazione della Società delle Nazioni (1924), un documento di matrice britannica, scritto da Eglantyne Jebb, l'attivista inglese fondatrice dell'associazione *Save the Children Fund*, nata per fare fronte alle condizioni di estrema indigenza in cui versavano i bambini di molti paesi europei all'indomani della prima guerra mondiale. La Dichiarazione preferisce utilizzare il linguaggio dei doveri degli adulti verso i minori, enunciando obblighi morali nei loro confronti, fin dalla frase iniziale: "Gli uomini e le donne di tutte le nazioni, riconoscendo che l'umanità deve al bambino il meglio che essa ha da dare, dichiarano e accettano come loro dovere (*duty*)" e segue una lista di impegni in 5 punti.

Ma parliamo anche della Dichiarazione dei diritti dei bambini (1959) che assume principio dei *best interests* come criterio guida di orientamento protezionista o paternalistico. Ma mentre nella dichiarazione del 1959 i *best interest of the child* dovevano rappresentare la considerazione decisiva, nella Convenzione Onu rappresenteranno solo una considerazione primaria, una attenuazione voluta proprio perché gli interessi del minore non avrebbero dovuto, sempre e comunque, prevalere, bilanciando così il rischio di un diritto fondamentalmente tiranno perché tale proprio in ragione del soggetto che ne è titolare.

Il libro nell'affrontare il principio normativo e giurisprudenziale dei *best interests of the child*, un tema inequivocabilmente giuridico, ricorre però anche a riferimenti e a testi di pedagogia e di poesia. Un ricorso non casuale perché destinato a smontare "(…) la retorica che accompagna l'immagine del bambino nel giornalismo come nella pubblicità commerciale e nel mondo giuridico: qui le sentenze e i contributi dottrinari spesso cedono alla tentazione di riferirsi al facile stilema del superiore, o preminente, interesse del minore". Entrano in campo due autori polacchi: il Premio Nobel per la letteratura Wislawa Szymborska (1923-2012) ed il pedagogo, scrittore e medico Ja-

nusz Korczak (pseudonimo di Henryk Goldszmit), contro l'idea "che i genitori e gli educatori siano autorizzati a guardare al bambino in funzione dell'individuo che diventerà, o meglio che si vuole che diventi, e non dell'individuo che è, e possano dunque considerarlo non tanto una persona quanto piuttosto un buon investimento per il futuro". Mentre il bambino "è già una persona, e in quanto tale gode del diritto al rispetto, e ad avere riconosciuta la propria dignità di essere umano, e di tutti i diritti fondamentali che da questa sua condizione discendono".

Al protagonismo della Polonia dobbiamo la già citata Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, stipulata a New York il 20 novembre 1989. Il pensiero di Korczak per quanto isolato nei ristretti confini polacchi fino al 1967, data della prima traduzione in inglese di alcuni suoi scritti, fa capolino nel corso del decennio di lavori della Commissione che darà vita alla Convenzione, grazie all'iniziativa della Polonia e alla ferma presidenza del gruppo di lavoro affidata al giurista e politico polacco Adam Lopatka. La Convenzione risulta così «indubbiamente nipote – più forse che figlia – di una nonna inglese e di un nonno europeo continentale, e presenta tratti genetici di entrambi i suoi antenati". E ospita una netta contrapposizione ideologica tra *salvation vs. liberation* o, se si preferisce, *protection vs. authonomy*, che prende forma principalmente nell'accoglienza, o al contrario nel rifiuto, del paradigma dei *best interests*. Un paradigma che finisce per "ricoprire il ruolo di ostentato vessillo dell'orientamento protezionistico e, correlativamente, di nemico della prospettiva fondata sui *children's rights* intesi nel senso della tradizione liberale come diritti di *self-determination*".

Ma questo principio non rappresenta solo un criterio giudiziale per decidere casi concreti controversi. Lamarque lo segue nella sua evoluzione storica, nei passaggi da un clima culturale a un altro, da una dimensione nazionale a una internazionale e sovranazionale: nell'accumulazione di altri significati e altre funzioni che convivono e che pure entrano in competizione tra loro. E la sua analisi affronta così anche il ruolo rivestito dal principio dei *best interests of the child* in Europa, e in particolare presso le due corti europee di Strasburgo e di Lussemburgo, e dunque si interroga su quali ricadute esso possa avere nell'ordinamento italiano.

Lamarque ricorda poi che "il principio del preminente, o superiore, interesse del minore – così traduciamo la locuzione inglese – che

da anni condiziona la legittimità delle scelte del legislatore nazionale e incide sui bilanciamenti in concreto tra diritti fondamentali compiuti dai giudici italiani, non ha soltanto un'origine esterna". Ne esiste anche un'accezione di origine tutta interna, che la giurisprudenza costituzionale ha ricavato sulla base di una lettura sistematica ed evolutiva del testo della sola Costituzione italiana ancora prima che esso si affermasse in ambito internazionale ed europeo.

La versione italiana originaria del principio del preminente, o superiore, interesse del minore, allora, consiste nella difficile ma necessaria sintesi, nella ricerca del punto di equilibrio, tra le due opposte esigenze di rigidità e di flessibilità delle regole. Entrambe devono essere sempre tenute presenti, soppesate e infine poste in ragionevole bilanciamento tra loro e, di conseguenza, resta vietato ogni irragionevole e ingiustificato squilibrio nell'una o nell'altra direzione. Entrambe vivono nell'ordinamento italiano a livello costituzionale in almeno due accezioni differenti:

a) di criterio che deve guidare la discrezionalità del legislatore nei suoi interventi generali a favore dei minori, da una parte;
b) di criterio che deve guidare la discrezionalità del giudice per la risoluzione di un caso singolo, dall'altra parte.

Nel secondo dei summenzionati significati il principio esprime l'esigenza di una soluzione individualizzata, ritagliata sul singolo minore, e dunque richiede regole legislative flessibili e adattabili alle più varie e imprevedibili situazioni della vita e, correlativamente, impone che al giudice sia lasciato un ampio margine di manovra. Nella prima accezione (i.c. di criterio-guida per il legislatore) invece, il principio esprime l'esigenza esattamente opposta dell'individuazione una volta per tutte di una misura efficace di protezione del minore che versi in una determinata condizione di vulnerabilità, e dunque richiede regole rigide e non derogabili caso per caso dal giudice, pena il rischio della ineffettività della misura di protezione.

Nel corso degli anni nella giurisprudenza il principio torna a presentarsi nel suo significato iniziale di fronte a vicende eticamente complesse o giuridicamente più controverse. Il dilemma è tra la necessità di rispettare una legge posta a tutela di tutti i bambini e quella, opposta, di prendere una decisione per il bene di un determinato bambino in deroga alla stessa legge. Un dilemma mediatico, ad esempio, nel caso Serena Cruz della fine degli anni Ottanta: qui la Corte di Appello di Torino farà prevalere la prima delle due esigen-

ze stabilendo che una bambina portata in Italia in violazione delle norme sull'adozione internazionale non può comunque essere lasciata alla coppia resasi responsabile di avere violato la legge.

La nostra Costituzione rafforza questo orientamento di massima garanzia del minore di età: infatti, accanto alla concezione dignitaria dei diritti e al principio personalistico in generale, rivolge particolare cura 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 dell'art. 2 Cost., e cioè soprattutto qualora la persona si trovi inserita in una formazione sociale indipendentemente dalla propria volontà, cosa che accade ai figli nella famiglia. E, 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: dal diritto di ricevere una particolare protezione da parte dei pubblici poteri in ragione dell'età infantile o giovanile al 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.

Lamarque conclude che trovare una chiara risposta a questi dilemmi non è facile, ma un punto fermo sì: "Qualunque cosa sia l'interesse del minore, qualunque sia la sua funzione, esso non è tutto fumo, ma è anche sostanza. Se un imbroglio e una finzione ci sono, risiedono soltanto nella sua affermata assoluta prevalenza, o *paramountcy*, rispetto a qualsiasi altro bene della società o a qualsiasi altro diritto o interesse di altre persone". Affermare la preminenza assoluta dell'interesse del minore "(…) significa alimentare un grande desiderio individuale e un'utopia collettiva, perché ogni bambino, e l'infanzia stessa, recano con sé facili promesse di riscatto e di felicità nell'avvenire, e ciò tanto più quando gli adulti non vogliono o non sono in grado né di assumersi le proprie responsabilità nei confronti della società, né di occuparsi concretamente, qui e ora, delle persone dei bambini con cui hanno a che fare". Ma è pur vero – conclude Lamarque – che "(…) negarla, invece, richiede uno sforzo della razionalità e della volontà che non sempre siamo disposti a fare, perché nessuno di noi rinuncia facilmente a propri sogni".

Introduzione

Questo volumetto si propone di tracciare le coordinate del principio dei *best interests of the child* nel quadro internazionale ed europeo che presentano ricadute sul nostro ordinamento sia dal punto di vista culturale, sia in termini di vincolo giuridico, ai sensi degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.[1]

È bene dire subito, tuttavia, che il principio del preminente, o superiore, interesse del minore – così di solito si traduce la locuzione inglese – che ormai da molti anni condiziona la legittimità delle scelte del legislatore nazionale e incide sui bilanciamenti tra diritti fondamentali compiuti dai giudici italiani non ha soltanto un'origine esterna. Esiste anche un'accezione del principio di origine tutta interna, che la giurisprudenza costituzionale ha ricavato sulla base di una lettura sistematica ed evolutiva del testo della sola Costituzione

1. La prima occasione in cui il principio dei *best interests of the child* enunciato in una fonte internazionale ha concorso a determinare la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost. è rappresentata da Corte cost., sent. n. 7 del 2013, che ha dichiarato incostituzionale una disposizione del codice penale nella parte in cui stabiliva che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di soppressione di stato, conseguisse di diritto la perdita della potestà (oggi responsabilità) genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto. Già da molti anni, inoltre, come ricorda F. Tommaseo, *Processo civile e tutela globale del minore*, in *Fam. dir.*, 1999, p. 584, le convenzioni internazionali in materia minorile non solo sono utilizzate come strumenti interpretativi ma trovano anche applicazione diretta da parte dei giudici comuni.

italiana ancora prima che esso si affermasse in ambito internazionale ed europeo[2].

La nozione autoctona italiana del principio emerge a livello costituzionale[3] in una sentenza a firma di Leopoldo Elia relativa alla legge sull'adozione speciale del 1967, una delle più belle e lungimiranti pronunce che la nostra Corte costituzionale ci abbia mai regalato. La sentenza risale al lontano 1981, e dunque precede sia la Convenzione Onu sui diritti dei bambini del 1989, che è il primo atto internazionale vincolante a enunciare il principio dei *best interests of the child*, sia, come vedremo, i più risalenti richiami al medesimo principio effettuati dalle due corti europee di Strasburgo e di Lussemburgo.

In quella sentenza, come molti ricorderanno, la Corte costituzionale dapprima concorda con l'opinione comune della dottrina dell'epoca, secondo cui la legge sull'adozione speciale avrebbe spostato "il centro di gravità dell'adozione dall'interesse dell'adottante a quello dell'adottato", e poi aggiunge, in un passaggio destinato a passare alla storia del diritto di famiglia italiano, che "lo spostamento del centro di gravità dell'istituto era imposto ancor prima sul piano superiore della normativa costituzionale", e ciò "per il combinato disposto degli artt. 2 e 30, primo e secondo comma, della Costituzione"[4].

2. Sia consentito il rinvio a E. Lamarque, *I diritti dei figli*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, Il Mulino, 2007, pp. 294 ss.

3. Mentre nel solo ambito del diritto privato di famiglia, e dunque con un rango e una portata ben diversi, grazie alla giurisprudenza dei giudici civili il principio dell'interesse del minore operava già nel XIX secolo come criterio per l'affidamento dei figli in caso di separazione dei genitori accanto al criterio della colpevolezza del coniuge. Sul punto si vedano L. Lenti, *Interesse del minore e scissione della coppia in diritto comparato*, in *Giur. it*., 1991, IV, c. 38 e J. Long, *Il diritto italiano di famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Giuffrè, 2006, pp. 58-59.

4. Corte cost., sent. n. 11 del 1981, punto 5 del Considerato in diritto. La motivazione della sentenza continua così: "Queste norme, riconoscendo come fine preminente lo svolgimento della personalità in tutte le sedi proprie, assumono a valore primario la promozione della personalità del soggetto umano in formazione e la sua educazione nel luogo a ciò più idoneo: da ravvisare in primissima istanza nella famiglia di origine, e, soltanto in caso di incapacità di questa, in una famiglia sostitutiva. L'art. 30, secondo comma, della Costituzione, prevede infatti il dovere del legislatore e dell'autorità pubblica in generale di predisporre quegli interventi che pongano rimedio nel modo più efficace al mancato svolgimento dei loro compiti da parte dei genitori di sangue: e cioè alle funzioni connesse al dovere-diritto di mantenere, istruire ed educare i figli. Ma la finalità di una educazione sostitutiva al meglio comporta la soddisfazione del bisogno di famiglia avvertito con forza dal

Qui interessano però i passaggi della motivazione che danno forma al principio costituzionale del preminente, o superiore, interesse del minore.

L'enunciazione del principio si ha là dove la sentenza afferma che quelle stesse norme della Costituzione ora richiamate riconoscono "alla situazione soggettiva del minore" una "posizione preferenziale".

Quanto al suo contenuto, dalla sentenza risulta evidente che una simile "posizione preferenziale" deve perseguirsi simultaneamente su due livelli diversi. Per i minori, in altri termini, serve un duplice ordine incrociato di garanzie, in modo da evitare che si creino vuoti di tutela.

Da un lato, la Costituzione impone che la legge predisponga norme generali e astratte che vedano eventuali istanze di altri soggetti recedere di fronte alla necessità di assicurare a tutti coloro che si trovano in età infantile il pieno diritto a sviluppare la propria personalità. Da questo primo punto di vista, dunque, il legislatore è tenuto a predisporre appositi istituti di tutela dei minori, quale era appunto l'istituto dell'adozione speciale, che rappresentava storicamente la prima forma di adozione capace di tagliare ogni legame dei bambini con i genitori di sangue e di assicurare loro, una volta adottati, una posizione stabile nella famiglia di accoglienza, parificata a quella dei figli legittimi.

Dall'altro lato, la Costituzione vuole anche che ogni organo giudicante, nel momento in cui si occupa della situazione di uno specifico bambino o adolescente, abbia la possibilità di scegliere la "soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior cura della persona". Sotto questo profilo, la sentenza riconosce che potrebbero esistere circostanze della vita in cui questa "soluzione ottimale in concreto" è offerta dal vecchio istituto dell'adozione ordinaria, all'epoca ancora applicabile ai minori, che non rescinde il legame con la famiglia di origine, piuttosto che dalla nuova e in linea di principio più garantista adozione speciale; e che, pertanto, è opportuno che il giudice conservi il potere di decidere caso per caso quale delle due strade seguire[5].

minore, che richiede per la sua crescita normale affetti individualizzati e continui, ambienti non precari, situazioni non conflittuali".

5. La Corte costituzionale giudica invece contraria alle norme costituzionali la regola legislativa di raccordo tra la nuova e la vecchia adozione che, nel caso in cui il giudice competente per l'una e per l'altra adozione non fosse il medesimo, assegnava automatica prevalenza al vecchio istituto.

Ecco così delineato il principio costituzionale dei *best interests of the child* secondo l'*Italian style*.

Esso si configura fin dall'inizio come un principio complesso, o meglio *ancipite*, perché da una parte esige rigidità, e cioè l'esistenza di istituti e di regole legislative inderogabili a tutela dei diritti fondamentali dei minori di età considerati astrattamente nel loro insieme, come gruppo sociale o come categoria; ma dall'altra parte, e contemporaneamente, pretende flessibilità, perché obbliga ad attribuire al giudice la possibilità di scegliere di volta in volta, come afferma appunto la sentenza costituzionale del 1981, la "soluzione più idonea per lo sviluppo educativo del minore", e cioè la soluzione realmente migliore, più adeguata, per quel singolo determinato minore di cui in quel momento egli si sta occupando[6].

La versione italiana originaria del principio del preminente, o superiore, interesse del minore, allora, consiste nella difficile ma necessaria *sintesi*, nella ricerca del punto di *equilibrio*, tra le due opposte esigenze di *rigidità* e di *flessibilità* delle regole. Entrambe devono essere sempre tenute presenti, soppesate e infine poste in ragionevole bilanciamento tra loro e, di conseguenza, resta vietato ogni irragionevole e ingiustificato squilibrio nell'una o nell'altra direzione.

Nel corso degli anni nella giurisprudenza comune e costituzionale il principio torna ad affacciarsi nel suo significato iniziale in occasione delle vicende eticamente più difficili o giuridicamente più controverse[7].

Il drammatico dilemma tra la necessità di rispettare una legge posta a tutela di tutti i minori e quella, opposta, di prendere una decisione per il bene di un determinato minore in deroga alla stessa legge assume dimensioni mediatiche nel noto caso Serena Cruz della fine degli anni Ottanta, nel quale la Corte di Appello di Torino

6. Evidenzia bene questa doppia anima L. Lenti, *"*Best Interests of the child*" o "*best interests of the children*"?*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2010, pp. 158-161.

7. La giurisprudenza costituzionale assicura l'interesse del minore in alcuni casi imponendo maggiore flessibilità alle regole legislative (ad esempio Corte cost., n. 303 del 1996, sulla differenza massima di età tra adottante e adottato, e la stessa Corte cost., sent. n. 7 del 2013, cit.), in altri esigendo al contrario la rigidità delle garanzie (ad esempio Corte cost., sent. n. 1 del 2015, sulla necessaria composizione collegiale dell'organo giudicante nel processo minorile anche nel caso di giudizio abbreviato richiesto dall'imputato in seguito a un decreto di giudizio immediato).

sceglie di fare prevalere la prima delle due esigenze, e stabilisce che una bambina portata in Italia in violazione delle norme sull'adozione internazionale non può comunque essere lasciata alla coppia che si era resa responsabile di avere violato la legge[8].

Un ragionamento analogo a quello dei giudici torinesi è condotto molti anni dopo nella sentenza della Cassazione di fine 2014 che conferma l'allontanamento dal nucleo familiare e la conseguente pronuncia dello stato di adottabilità di un neonato partorito all'estero a seguito di maternità surrogata[9]. In quella circostanza la Cassazione afferma che il divieto legislativo di pratiche di surrogazione di maternità, assistito dalla sanzione penale, "è certamente di ordine pubblico", perché vengono "in rilievo la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato". La sentenza fa propria la versione italiana del principio dell'interesse del minore nel momento in cui precisa che esso non si esaurisce sempre nell'esercizio dei poteri discrezionali del giudice a tutela dei singoli bambini, di cui forse altrove ci si accontenta, ma comprende anche l'osservanza di alcune norme legislative rigide e inderogabili volte alla tutela di tutti i bambini, e dell'infanzia in generale: "il legislatore italiano, invero, ha considerato, non irragionevolmente, che tale interesse [l'interesse del minore] si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando all'istituto dell'adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo della parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico. E si tratta di una valutazione operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in rela-

8. Corte App. Torino, sez. min., 21 aprile 1989. Si tratta del caso commentato, tra gli altri, da G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, pp. 192 ss. e da L. Lenti, *"*Best Interests of the child*" o "*best interests of the children*"?*, cit., pp. 162-163 e ancor prima da Id., *Il caso Serena: i bambini non si usucapiscono*, in *Giur. it*., 1989, I, 2, pp. 515 ss. e N. Ginzburg, *Serena o della vera giustizia*, Einaudi, 1989.

9. Cass., sez. I civ., 11 novembre 2014, n. 24001.

zione al caso concreto". Più chiara di così la sentenza non poteva essere.

Un'identica prudente ponderazione di istanze generali e individuali e la medesima ricerca di un punto di equilibrio tra durezza e duttilità delle regole si riscontrano anche, sia pure con esiti interpretativi differenti, nelle più recenti pronunce della Cassazione in tema di *kafalah*, nelle quali si ammette che possono essere riconosciute in Italia forme di affidamento stabile di minori stranieri ulteriori rispetto a quella rigidamente disciplinata dalla legge sull'adozione internazionale, purché nel paese straniero sia stato rispettato il nucleo essenziale della garanzia apprestata dall'ordinamento italiano nei confronti dei minori bisognosi di protezione, e cioè la presenza di un controllo pubblico efficace su tale affidamento.

La pronuncia delle sezioni unite del 2013, relativa al visto di ingresso per ricongiungimento familiare di un bambino marocchino affidato in *kafalah* a una coppia di coniugi italiani, ritiene che il principio del preminente interesse del minore e il principio costituzionale di eguaglianza tra minori cittadini di paesi islamici, nei quali l'adozione piena non è ammessa, obbligano il giudice a offrire un'interpretazione costituzionalmente orientata del testo unico in materia di immigrazione che consenta anche ai minori affidati a coniugi italiani, oltre che a quelli affidati a coniugi stranieri, di ottenere il ricongiungimento familiare[10]. Tuttavia, la stessa pronuncia precisa che la soddisfazione della pretesa del minore affidato in *kafalah* (a stranieri o a italiani, non importa) a che il provvedimento sia riconosciuto in Italia trova un ostacolo nella circostanza che il nostro ordinamento richiede che l'idoneità dell'affidatario sia sempre stata previamente oggetto di valutazione da parte di un'autorità pubblica, con la conseguenza che non potrebbe avere alcun rilievo nel nostro ordinamento una *kafalah* esclusivamente negoziale, e cioè fondata sul solo accordo tra adulti, sia pure successivamente omologato, bensì soltanto una *kafalah* di tipo pubblicistico come quella che era stata pronunciata in quella vicenda da un giudice marocchino.

Questa conclusione è poi in parte corretta da una pronuncia della prima sezione civile del 2015 che interviene proprio in un caso di richiesta di ricongiungimento di un minore affidato in *kafalah* ne-

10. Cass., sez. un. civ., 16 settembre 2013, n. 21108.

goziale (a zii del minore cittadini italiani)[11]. La Cassazione ritiene compatibile con l'ordine pubblico anche questo tipo di istituto, e quindi qualifica quel bambino come "familiare" ai sensi del testo unico sull'immigrazione consentendogli di ricongiungersi con il proprio *kafil* in Italia, ma solo perché la legislazione del paese d'origine prevede un controllo pubblico iniziale e permanente sulla conformità dell'accordo tra privati all'interesse superiore del minore. Analogamente, in una pronuncia di poco successiva, la Cassazione ribadisce che un provvedimento negoziale straniero di affidamento in *kafalah* che presenta la caratteristica ora descritta deve sempre essere riconosciuto in Italia, in modo tale che il bambino che si trova sul territorio italiano in compagnia delle persone affidatarie non possa mai essere dichiarato in stato di abbandono[12].

11. Cass., sez. I civ., 2 febbraio 2015, n. 1843.
12. Cass., sez. I civ., 23 febbraio 2015, n. 6134.

dello stesso regolamento a tutte le misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei suoi beni anche se astrattamente ricadenti nella materia successoria, che a rigore ne sarebbe esclusa[67]; e definisce in modo molto ampio la nozione di 'responsabilità genitoriale' che costituisce l'oggetto dei provvedimenti sottoposti al regolamento sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale[68].

Di quel regolamento, in particolare, la Corte di Giustizia mostra di apprezzare sia la regola secondo cui competenti sono i giudici dello Stato in cui effettivamente i minori risiedono, in quanto maggiormente idonei a valutare la loro situazione concreta (criterio della vicinanza), a tal punto che la estende in via interpretativa anche alla domanda relativa alle obbligazioni alimentari nei confronti dei figli minori, ritenendola "intrinsecamene legata all'azione per responsabilità genitoriale"[69], sia la regola che sottopone a rigide condizioni, sempre nell'interesse del minore, la possibilità di prorogare la competenza in favore di altro giudice, affermando in particolare che l'accordo sulla proroga da parte dei titolari della responsabilità genitoriale non può presumersi sussistere per procedimenti diversi da quello nel quale è stato prestato[70]. E, ancora, la Corte di Giustizia condivide la scelta rigorosa compiuta dal legislatore europeo, che impone che alla sottrazione illecita di un minore da parte di uno dei genitori si debba sempre reagire richiedendo l'immediato ritorno del minore, e che ammette che il riesame della sua situazione ai fini di una eventuale diversa decisione sulla responsabilità genitoriale possa seguire solo in un secondo momento, a rientro avvenuto e sempre da parte del giudice competente secondo i criteri generali previsti dal regolamento[71].

Infine, nella sua più recente pronuncia in argomento la Corte di Giustizia approva anche la scelta del legislatore europeo di fonda-

67. Corte Giust., sent. 6 ottobre 2015, causa C-404/14, Matoušková.

68. Corte Giust., sent. 21 ottobre 2015, causa C-215/15, Ivanova Gogova.

69. Corte Giust., 16 luglio 2015, causa C-184/14, A. e B., resa su rinvio della Cassazione italiana.

70. Corte Giust., sent. 1° ottobre 2014, causa C-436/13, E. e B.

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

re sul principio della fiducia reciproca tra gli Stati tutto il sistema del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale e di limitare "al minimo indispensabile", di conseguenza, i motivi di non riconoscimento di tali decisioni: tra tali motivi vi è anche l'interesse superiore del minore, ma secondo la Corte esso agisce solo ove ricorrano altre rigorose condizioni, e cioè soltanto se la decisione di cui si chiede il riconoscimento lede in modo manifesto una norma giuridica considerata essenziale nell'ordinamento giuridico dello Stato richiesto o un diritto riconosciuto come fondamentale in tale ordinamento[72].

Si può ora passare alle sentenze che richiamano l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali.

In quelle sentenze alcune volte il principio dei *best interests*, di cui al par. 2 di quell'articolo, è preso in considerazione non in sé e per sé, ma piuttosto quale fondamento e insieme limite del diritto del minore a intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, enunciato al par. 3 del medesimo articolo (in due sentenze relative alla direttiva sul ricongiungimento familiare e in almeno tre importanti sentenze in materia di sottrazione internazionale di minori), oppure dell'altro diritto del minore, di cui al par. 1 sempre di quell'articolo della Carta, a che la propria opinione sia ascoltata e presa in considerazione (in un solo caso, sempre in materia di sottrazione internazionale di minori).

La prima occasione in assoluto nella quale la Corte di Giustizia sceglie di riferirsi al nostro principio si verifica nel 2006, in occasione dell'impugnazione della direttiva sul ricongiungimento familiare da parte del Parlamento europeo[73]. Sia qui, sia nella successiva pronuncia avente ad oggetto la medesima direttiva, la sentenza *O.* e *S.* del 2012 già sopra richiamata[74], la Corte ha cura di precisare che il principio non ha la forza di scardinare o travolgere la discrezionalità di cui godono gli Stati sulla base della direttiva nell'esame delle domande di ricongiungimento familiare, ma può e deve agire – "in combinato disposto" con il diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 7 e con il diritto del minore a intrattenere regolarmente relazioni con i suoi genitori – solo negli interstizi la-

72. Corte Giust., sent. 19 novembre 2015, causa C-455/15 PPU, P.
73. Corte Giust., sent. 27 giugno 2006, causa C-540/03, Parlamento c. Consiglio.
74. Corte Giust., sent. 6 dicembre 2012, cause C-356/11 e C-357/11, O. e S., cit.

sciati liberi dalla normativa europea. Secondo la Corte di Giustizia, infatti, la direttiva non viola i diritti fondamentali degli interessati neppure laddove consente agli Stati sia di verificare che l'ingresso e il soggiorno di figli maggiori di 12 anni avvenga solo quando sia dimostrato il raggiungimento di un livello minimo di integrazione, sia di disporre che le domande di ricongiungimento vengano presentate prima che questi raggiungano l'età di 15 anni[75]. In ogni caso, tuttavia, se e quando possibile, le autorità nazionali competenti sull'esame delle domande di ricongiungimento familiare devono applicare la direttiva dopo avere proceduto "a una valutazione equilibrata e ragionevole di tutti gli interessi in gioco, tenendo conto in particolare di quelli dei minori"[76].

Ancora più interessanti ai nostri fini sono le note sentenze *Detiček*, *Povse* e *J. McB* del 2010, perché 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 bambino è quello, sancito dall'art. 24, par. 3, della Carta, di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, il rispetto del quale *si identifica innegabilmente* con un interesse superiore di qualsiasi bambino" (la frase è della Corte di Giustizia, solo i corsivi sono aggiunti)[77].

75. Corte Giust., sent. 27 giugno 2006, causa C-540/03, Parlamento c. Consiglio, cit.

76. Corte Giust., sent. 6 dicembre 2012, cause C-356/11 e C-357/11, O. e S., cit.

77. Corte Giust., sent. 23 dicembre 2009, causa C-403/09 PPU, Detiček, par. 54 (dove ai parr. 59 e 60 si aggiunge: "Vero è che, ai sensi dell'art. 24, n. 3, della Carta, è possibile derogare al diritto fondamentale del bambino di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori qualora tale interesse superiore si riveli contrario a un altro interesse del minore. Pertanto, occorre ritenere che una misura che impedisca al minore di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i suoi due genitori potrebbe essere giustificata soltanto da un altro interesse del minore di importanza tale da comportarne il prevalere sull'interesse sotteso al citato diritto fondamentale. Tuttavia, una valutazione equilibrata e ragionevole di tutti gli interessi in gioco, da effettuarsi sulla base di considerazioni oggettive riguardanti la persona stessa del minore e il suo ambiente sociale, deve essere compiuta, in linea di principio, nell'ambito di un procedimento dinanzi al giudice competente a conoscere del merito in forza delle disposizioni del regolamento n. 2201/2003"). Identicamente Corte Giust., sent. 1° luglio 2010,

Ne consegue, nella sentenza *Detiček*, che il trasferimento illecito di un minore in uno Stato diverso non può valere a spostare sui giudici di quello Stato il potere di adottare una misura che implichi il mutamento della responsabilità genitoriale, perché ciò si tradurrebbe in un inammissibile rafforzamento della posizione del genitore responsabile del trasferimento illecito e, soprattutto, nella privazione, per il bambino, della possibilità di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con l'altro genitore[78].

Analogamente, la sentenza *Povse* 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 più 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 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* 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 ge-

causa C-211/10 PPU, Povse, par. 64 e Corte Giust., sent. 5 ottobre 2010, causa C-400/10PPU, J. McB, par. 60.

78. Su questa decisione P. Biavati, *Una recente applicazione del procedimento pregiudiziale europeo d'urgenza in materia di trasferimento illecito di minore*, e G. Grasso, *Provvedimenti provvisori cautelari in tema di responsabilità genitoriale: le indicazione della Corte di Giustizia sul Regolamento Bruxelles II bis*, entrambi in *Fam. dir.*, 2010, pp. 444 ss. e 992 ss.

nitori 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 bambino nonché l'attitudine di ciascun genitore ad assumere l'onere dell'affidamento".

Nella sentenza *Aguirre Zarraga*, sempre del 2010, infine, l'interesse del minore di cui al par. 2 dell'art. 24 della Carta agisce contemporaneamente come fondamento e come limite dell'altro diritto previsto dallo stesso articolo, al par. 1, quello a essere ascoltato. 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 all'interesse superiore del minore in ogni caso di specie"[79].

È importante notare che anche questa volta la soluzione finale presentata dalla Corte di Giustizia non è eversiva, nel senso che non fa saltare i meccanismi rigidi sulla competenza giurisdizionale previsti dal regolamento proprio a tutela della posizione dei minori sottratti, intesi come categoria, che anzi ne escono rafforzati. La Corte afferma infatti che l'accertamento 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 nostro principio assume tratti ben diversi da quelli assunti nella giurisprudenza di Strasburgo, e da abito buono per tutte le stagioni e per tutte le occasioni arriva ad assumere connotati più oggettivi, fino a identificarsi con i due precisi diritti del minore enunciati nel medesimo art. 24 della Carta.

In questo modo, evidentemente, il principio vede quasi completamente disinnescato il suo potenziale esplosivo, perché nel momento

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

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 nostro principio.

Abbiamo innanzitutto una pronuncia nella quale essa si occupa di un trasferimento di un minore da uno Stato a un altro avvenuto in conformità a una decisione giudiziaria solo provvisoriamente esecutiva e in seguito annullata, e sostiene che l'interesse del minore, coincidente con la sua avvenuta integrazione nel nuovo ambiente familiare e sociale successivo al trasferimento, debba essere considerato come uno degli elementi per determinare la sua residenza abituale ai fini della scelta del giudice competente alla domanda di ritorno del minore nello Stato di origine[80].

Abbiamo poi alcune sentenze relative all'interpretazione del regolamento *Bruxelles II* che impongono, in nome appunto del superiore interesse del minore, la massima celerità dei processi decisionali ivi previsti sia per la dichiarazione di esecutività del provvedimento preso in altro Stato membro[81], sia per la decisione nel merito da parte del giudice competente, precisando che il fatto che si tratti di minore in tenera età deve influire sul periodo di tempo ragionevole che il giudice può far decorrere prima di proseguire nell'esame della domanda senza avere avuto notizie circa una possibile litispendenza[82].

La medesima esigenza di rapidità è ritenuta manifestazione dei "diritti fondamentali del minore quali enunciati dall'art. 24 della Carta" in una sentenza relativa alla possibilità, per uno Stato membro, di affidare a una autorità giurisdizionale specializzata, diversa da quella competente a pronunciarsi sulla responsabilità genitoriale, la competenza a esaminare le questioni relative al ritorno o all'affidamento del minore illecitamente sottratto[83].

C'è, infine, un caso nel quale la Corte di Giustizia utilizza il principio di cui all'art. 24, par. 2, della Carta in modo davvero pregnante, servendosene per colmare in via interpretativa una delle

80. Corte Giust., sent. 9 ottobre 2014, causa C-376/14 PPU, C. e M.

81. Corte Giust., sent. 26 aprile 2012, causa C-92/12 PPU, Health Service Executive.

82. Corte Giust., sent. 9 novembre 2010, causa C-296/10, Purrucker, cit.

83. Corte Giust., sent. 9 gennaio 2015, causa C-498/14 PPU, Bradbrooke e Aleksanrowicz.

lacune del regolamento sulla determinazione dello Stato competente in materia di asilo, che è un atto normativo da sempre fortemente criticato sotto il profilo del rispetto dei diritti umani[84]. In una sentenza del 2013 relativa alla protezione internazionale di minori non accompagnati, infatti, il giudice europeo ritiene che una lettura del regolamento condotta alla luce dei principio dei *best interests* impone di designare come competente per l'esame della domanda di asilo lo Stato membro in cui il minore si trova dopo avervi presentato la domanda, e non il primo Stato membro al quale il minore aveva presentato tale domanda ma da cui poi si era allontanato, come invece sembrerebbe evincersi dal tenore testuale del regolamento. Il ragionamento che sostiene questa interpretazione è semplicissimo: "poiché i minori non accompagnati costituiscono una categoria di persone particolarmente vulnerabili, la procedura di determinazione dello Stato membro competente non dev'essere prolungata più di quanto strettamente necessario, il che implica che, in linea di principio, essi non siano trasferiti verso un altro Stato membro"[85].

Almeno sotto il profilo dell'importanza del fattore tempo nell'azione pubblica come elemento dei *best interests of the child* si ha dunque perfetta consonanza tra Corte di Lussemburgo e Corte di Strasburgo.

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

85. Corte Giust., sent. 6 giugno 2013, causa C-648/11, MA e altri.

Studi di diritto pubblico
diretta da R. Bin, A. Sandulli, coordinata da F. Cortese

Ultimi volumi pubblicati:

STEFANO ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità.* Un dialogo costituzionale (disponibile anche in e-book).

RENATO IBRIDO, *L'interpretazione del diritto parlamentare.* Politica e diritto nel "processo" di risoluzione dei casi regolamentari (disponibile anche in e-book).

PIETRO FARAGUNA, *Ai confini della costituzione.* Principi supremi e identità costituzionale (disponibile anche in e-book).

PIERO PINNA, *La disposizione valida e la norma vera* (disponibile anche in e-book).

MONICA COCCONI, *Poteri pubblici e mercato dell'energia.* Fonti rinnovabili e sostenibilità ambientale.

OMAR CHESSA, *I giudici del diritto.* Problemi teorici della giustizia costituzionale (disponibile anche in e-book).

VINCENZO FERRARO, *L'amministrazione consolare.* Profili di diritto nazionale e ultrastatale (disponibile anche in e-book).

CHIARA BERGONZINI, *Parlamento e decisioni di bilancio* (disponibile anche in e-book).

ANNA LORENZETTI, *Diritti in transito.* La condizione giuridica delle persone transessuali (disponibile anche in e-book).

ANTONELLA SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi.* Il caso del governo del territorio (disponibile anche in e-book).

ILENIA RUGGIU, *Il giudice antropologo.* Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali (disponibile anche in e-book).

MICHELE DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione?.* L'equilibrio costituzionale e la sua crisi (disponibile anche in e-book).

Minima giuridica

DANIELA BIFULCO, *Il disincanto costituzionale.* Profili teorici della laicità.

GIOVANNI DI COSIMO, *Chi comanda in Italia.* Governo e Parlamento negli ultimi vent'anni.

ROBERTO BIN, *A discrezione del giudice.* Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica" (disponibile anche in e-book).

QUESTO LIBRO TI È PIACIUTO?

CLICCA QUI
per trasmetterci il tuo giudizio

VUOI RICEVERE GLI AGGIORNAMENTI SULLE NOSTRE NOVITÀ NELLE AREE CHE TI INTERESSANO?

Seguici in rete | Sottoscrivi i nostri feed RSS | Iscriviti alle nostre newsletter

www.francoangeli.it

CLICCA QUI

PER SCARICARE (GRATUITAMENTE)
I CATALOGHI DELLE NOSTRE PUBBLICAZIONI
DIVISI PER ARGOMENTI E CENTINAIA DI VOCI:
PER FACILITARE LE TUE RICERCHE.

Management & Marketing
Psicologia e psicoterapia
Didattica, scienze della formazione
Architettura, design, territorio
Economia
Filosofia, letteratura, linguistica, storia
Sociologia
Comunicazione e media
Politica, diritto
Antropologia
Politiche e servizi sociali
Medicina
Psicologia, benessere, auto aiuto
Efficacia personale, nuovi lavori

www.francoangeli.it

Il principio del superiore interesse del minore si ritrova ovunque: nelle carte internazionali e sovranazionali dei diritti, nella legislazione, nel dibattito parlamentare, nei discorsi giornalistici e in ogni provvedimento giurisdizionale che si occupa della situazione di un bambino o di un adolescente.

È un argomento efficace, perché basta richiamarlo per mettere tutti a tacere. Chi oserebbe sostenere che il bene degli adulti viene prima di quello dei bambini?

È un abito buono per tutte le stagioni e per tutte le occasioni, perché su ciò che è davvero meglio per un bambino le opinioni sono le più varie. Il principio non serve forse a sostenere una soluzione e anche il suo contrario?

È, infine, un ottimo pretesto per giustificare decisioni che realizzano anche o soprattutto interessi diversi, sui quali tuttavia sarebbe molto più difficile raccogliere consenso.

Una corretta interpretazione costituzionale non contempla la tirannia di un diritto o di un valore su tutti gli altri e guarda con sospetto la retorica dei diritti dei bambini che fa leva sul principio del superiore interesse del minore.

Le armi con cui il volume affronta e combatte l'uso retorico del principio sono l'analisi del paradigma dei *best interests of the child* nella tradizione anglo-americana dei *childrens's rights*, l'indagine circa la sua possibile collocazione all'interno della tradizione europeo-continentale dei diritti e la descrizione di come esso effettivamente opera nella giurisprudenza delle corti europee di Strasburgo e di Lussemburgo.

Elisabetta Lamarque insegna Giustizia costituzionale e Istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza-*School of Law* dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca. Ha pubblicato più di cento contributi su vari argomenti di diritto costituzionale e le monografie: *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità. Contributo allo studio dell'art. 30, quarto comma, della Costituzione* (Cedam 1998); *Regioni e ordinamento civile* (Cedam 2005); *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana* (Laterza 2012). Ha curato, da ultimi, i volumi: *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (Giappichelli 2015); *Cibo e acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo 2015* (con B. Biscotti; Giappichelli 2015); *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella* Constitutional Courts and Democratic Values (con L. Cappuccio; Editoriale Scientifica 2013).

FrancoAngeli
La passione per le conoscenze