

Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel pianeta famiglia

Roberto Conti*

Indice.

1. Discutere sull'art.8 CEDU:tre valide ragioni per essere felici. 2. Alla ricerca del *cuore* delle tutele offerte dall'art.8 CEDU. 3. Alla ricerca del fondamento normativo del *superiore interesse del minore*, con un occhio alla Corte di Giustizia...4. (Segue)... e l'altro alla CEDU. 5. Spigolando nella giurisprudenza CEDU dal caso *Neulinger c. Svizzera* al caso *Kampanella c. Italia*. 6. Il ruolo "ficcante" della Corte EDU nella protezione degli interessi del minore.7. Il *processo equo* nel quale emerge l'interesse superiore del minore. 8. Quattro regole per garantire il rispetto pieno dei diritti fondamentali, di qualunque matrice essi siano.

1. Discutere sull'art.8 CEDU:tre valide ragioni per essere felici.

La scelta degli organizzatori del convegno di dedicare la sessione centrale all'approfondimento delle tematiche collegate all'impatto che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ha prodotto nel campo della giustizia minorile è meritaria per tre ordini di ragioni, tutte tra loro inscindibilmente connesse.

Sul piano *culturale*, lo sguardo rivolto alla CEDU ed al sistema di tutela che promana dall'organo giurisdizionale che ad essa continua a dare linfa dimostra come gli aspetti collegati alla tutela dei minori non possa ormai più prescindere dalla dimensione *globale* che tali tematiche assumono, non solo per coinvolgere, sempre più di frequente, interessi che ruotano, fisiologicamente o patologicamente, attorno a realtà territoriali nazionali diverse, ma anche per la consapevolezza che, essendo in gioco diritti fondamentali di soggetti vulnerabili, la diversità di tutele rispetto ai destinatari a seconda del Paese in cui si trattano tali problematiche appare sempre più "problematica".

In questa prospettiva, il ruolo "unificante" della Corte europea dei diritti dell'uomo, che pure è chiamata ad operare tenendo in considerazione le legislazioni di 47 Stati contraenti, è essenziale per la costruzione di un nucleo comune al di sotto del quale nessuna legislazione può andare, invece pienamente riconoscendosi anche dalla CEDU- art.53- nicchie di tutela più elevati ai diritti in gioco provenienti dalla legislazione nazionale.

L'analisi dell'art.8 CEDU costituisce, ancora, una reale scommessa sul piano *sociale*, intendendo i lavori rivolgersi certamente, su un piano divulgativo, ai destinatari delle tutele apprestate a livello convenzionale ma, anche, a tutte le strutture socio-assistenziali che, chiamate ad operare e ad interagire con la giustizia minorile, rappresentano anch'esse lo Stato agli occhi della Convenzione, rispetto alla quale vige la visione internazionalistica di Stato che ha un "unico volto", qualunque sia l'Istituzione o l'organo che opera al suo interno.

Vi è, infine, il piano strettamente *giudiziario*, al quale direttamente il convegno intende rivolgersi.

*Consigliere della Corte di Cassazione - Il presente contributo nasce dalle riflessioni maturate in preparazione della tavola rotonda organizzata all'interno del convegno nazionale dall'Associazione nazionale magistrati per i minorenni e per la famiglia svoltasi a Roma il 23 novembre 2012 sul tema "*Tutela delle persone minori di età e rispetto delle relazioni familiari*", alla quale hanno preso parte il Presidente della 1^ sezione civile della Corte di Cassazione Dott.ssa Maria Gabriella Luccioli e la Dott.ssa Irene Gentile-Brown, giurista presso la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Ed è proprio volgendo lo sguardo a tale aspetto che agli organizzatori va rivolto un plauso particolare, dimostrando la giustizia minorile, con i fatti, di essere stata molto più sensibile ed all'avanguardia di quella ordinaria nell'avere scelto di affrontare "dal basso" problematiche che, rivolgendosi direttamente al ruolo stesso del giudice minorile ed al suo modo di operare nel concreto, non ha atteso lustri per studiare l'impatto della giurisprudenza convenzionale anche rispetto ai casi di condanne inflitte all'Italia, ma ha commendevolmente pensato di avvicinare prontamente i giudici, togati e non, al tema, per renderlo conoscibile e per evitare di *arrivare tardi, troppo tardi*, rispetto ad un diritto vivente promanante da Strasburgo che si arricchisce continuamente di nuovi casi.

Questa scelta, pertanto, dà la possibilità alla giustizia convenzionale di realizzare pienamente l'esigenza di effettività e concretezza che costituisce il dato di origine dei meccanismi di tutela offerti dalla CEDU.

Per altro verso, la giustizia minorile, da sempre superspecializzata sulle questioni che toccano direttamente l'ambito minorile, si affaccia alla conoscenza ed allo studio di questioni giuridiche di particolare difficoltà, in tal modo dimostrando, laddove ancora taluno potesse dubitarne, che è essa stessa *giurisdizione e giustizia pleno iure*.

2. Alla ricerca del *cuore* delle tutele offerte dall'art.8 CEDU.

Questo convegno e la tavola rotonda che in esso si innesta costituiscono, dunque, occasioni assai ghiotte per riflettere, ancora una volta, sul tema dei diritti fondamentali in un ambito delicato qual è il pianeta famiglia minori¹, in un convegno che, almeno così a me pare, centra perfettamente il "problema dei problemi", rappresentato dalla gestione di un fascio di diritti fondamentali i quali sembrano muoversi su prospettive difficilmente componibili, anzi apparentemente -solo apparentemente- ingarbugliate dalla compresenza di fonti interne ed esterne e che, invece, a me pare riversano sul giudice interno non solo ambiti di operatività enormi, ma anche sfide davvero importanti, nelle quali lo spettro di condanne della CEDU sull'operato nazionale è aspetto in realtà marginale, segnando, a me pare, la svolta rispetto ad un modo di esercitare la giurisdizione che va progressivamente cambiando.

Un mondo nel quale, ad esempio, il rispetto delle regole del processo non è fine a se stesso, ma finisce con il diventare sempre di più garanzia del pieno dispiegamento dei diritti sostanziali e, dunque, anch'esso garanzia di sostanza dei diritti. Il che finisce con l'appiattire di molto il solco spesso esistente fra processualisti e sostanzialisti in un ambito, quello minorile, ove il processo è stato tradizionalmente posto ai margini delle attenzioni e preoccupazioni del giudice.

Ed è seguendo questa prospettiva che l'apparente irresolubile contrasto fra diritti del minore e interesse del minore e fra diritti "dei familiari" e minore - che alle spalle muove da concezioni assai note ai giudici minorili- paternalista l'una, puerocentrica l'altra- che spesso si chiudono a riccio, fino a diventare fra loro incomunicabili, chiama il giudice, minorile e della famiglia, a misurare *sul campo* questi diritti, a conoscerne tutti gli aspetti secondo le prospettive di tutela che emergono dagli strumenti normativi interni e sovranazionali, i quali ultimi sembrano osmoticamente suggerire una giusta composizione degli interessi attraverso processi giurisdizionali per questo motivo complessi non solo intrinsecamente, ma anche perché a loro volta destinati, ipoteticamente ma concretamente, non solo a vivere ed a produrre effetti sul piano interno, ma anche ad essere oggetto di possibile "verifica di compatibilità" con gli strumenti di tutela apprestati dalla CEDU da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.

L'analisi della trama contenutistica dell'art.8 CEDU e dei rapporti, strettissimi, fra contenuto del diritto e sue limitazioni che vede contrapposti il primo ed il secondo paragrafo della medesima disposizione deve, dunque, cercare di dare risposta ad un interrogativo che, in definitiva, tende ad

¹ V.FERRANDO, *Matrimonio e famiglia: la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed i suoi riflessi sul diritto interno*, in Iudica, Alpa (a cura di), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, Volume per i 50 anni della Corte costituzionale, Esi 2006, pp. 131- 154; id., *Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Fam. dir.*, 2009, 1049.

verificare sul campo se rispetto ai temi di cui si è detto occorra muovere da una prospettiva *piramidale* che pone "al di sopra" uno o più dei valori e diritti in competizione, in guisa da anteporre, in astratto, l'interesse superiore del minore agli altri o viceversa, ovvero se il giudice chiamato ad apprestare tutela debba procedere sul sentiero, impervio ed accidentato, della composizione e competizione dei diritti, cercando di tenerli "tutti per mano", salvaguardando, come dice Antonio Ruggeri, le dignità tutte dei soggetti coinvolti, qui stella polare da seguire più che mai². Di guisa che l'affermazione di prevalenza, nel caso, di uno di quei diritti è frutto della composizione di quel diritto con gli altri, apparentemente perdenti ma, in realtà indispensabili per consentire una piena tutela del "diritto vincente" e, in definitiva, di tutti i diritti che vengono in gioco.

Per affrontare il tema si è quindi pensato di far vivere, nelle parole delle relatrici che partecipano alla tavola rotonda l'art.8 della CEDU, per come esso è declinato dalla giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo e dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, scegliendo una prospettiva che non è nè poteva essere limitata al campo del "pianeta minori", ma che guarda all'impatto che l'art.8 ha avuto su istituti affini, comunque ruotanti attorno al tema delle relazioni familiari.

E ciò proprio per misurare la capacità di penetrazione che il parametro convenzionale di cui si è detto e si dirà ha mostrato di possedere, secondo percorsi *circolari*, nei quali il ruolo del giudice nazionale, comune e costituzionale, ha giocato, a me pare, alla pari con quello della Corte dei diritti umani.

3. Alla ricerca del fondamento normativo del superiore interesse del minore, con un occhio alla Corte di Giustizia...

Si diceva essere proprio il tema indicato nel titolo del presente paragrafo ad agitare i giudici minori italiani.

Quello del superiore interesse del minore è sicuramente tema assai arato nella giurisprudenza nazionale (costituzionale e di legittimità) e, forse ancora di più, nel concreto atteggiarsi delle decisioni più o meno interlocutorie, rese dal giudice minorile.

Qui si tenterà, allora, di fornire un velocissimo quadro delle giurisprudenze sovranazionali. Il plurale appena usato potrebbe apparire, *prima facie*, distonico rispetto a quanto si è andato dicendo quando si è posto in primo piano la CEDU ed i meccanismi di tutela da questa offerti.

Ma in realtà, è vero che il concetto di *superiore interesse del minore* è estraneo all'esperienza normativa della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che all'art.8 non ne fa cenno alcuno mentre campeggia, ad esempio, nella Carta di Nizza-Strasburgo che, all'art.24 2^paragrafo, si prende cura di precisare che "In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente."

Non è qui il caso di soffermarsi sui complessi (ed ancora *in progress*) rapporti, ancora peraltro da compiutamente definire in relazione a quanto sancito dall'art.6 TUE in punto di adesione dell'UE alla CEDU, fra Carta dei diritti fondamentali adottata, ormai con efficacia giuridica vincolante pari a quella dei Trattati, dall'Unione Europea e Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, rinviando ad altre approfondimenti svolti dalla dottrina.

² E' impossibile, data la mole sterminata di scritti, dare esaustive indicazioni sugli scritti di Antonio Ruggeri in cui compare il tema della dignità umana. Ci si limita, così, a citare, dei più recenti, RUGGERI, *Dignità versus vita?*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XV, Torino, 2011, 127; id., *La Corte costituzionale "equilibrista", tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, in http://www.lex.unict.it/cde/quaderneuropei/giuridiche/36_2011.pdf, pag.6 del dattiloscritto; id., *Prospettiva prescrittiva e prospettiva descrittiva nello studio dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU (oscillazioni e aporie di una costruzione giurisprudenziale e modi del suo possibile rifacimento, al servizio dei diritti fondamentali)*, <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/articolorivista/prospettiva-prescrittiva-e-prospettiva-descrittiva-nello-studio-dei-rapporti-tra>, pag.10 del dattiloscritto; id., *Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in "sistema"*, in <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri14.pdf>, pag.10 del dattiloscritto.

Preme semmai sottolineare come la Corte di Giustizia non abbia mancato di occuparsi della portata di tale concetto, ponendo una stretta correlazione fra l'art.7 della Carta e l'art.8 CEDU 1^aparagrafo che il primo riproduce quasi fedelmente omettendo di inglobare, però, il secondo paragrafo della medesima disposizione.

Per far ciò la Corte di Giustizia- Corte giust. 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, J. McB.- nel verificare la portata del reg.CE 2201/2003, ha precisato che “l'art. 7 della Carta, citato dal giudice del rinvio nella sua questione, deve essere letto in correlazione con l'obbligo di tener conto del **superiore interesse del minore**, sancito all'art. 24, n. 2, della Carta medesima, e *segnatamente del diritto fondamentale del bambino di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori, quale enunciato all'art. 24, n. 3.*”

Ed è proprio dalla citazione appena compiuta che si comprende che nel concetto di superiore interesse del minore la Corte di Giustizia ingloba un altro fascio di interessi che, necessariamente, coinvolge i diritti dei genitori.

La correlazione fra art.24 2^a paragrafo e l'art.24 3^a paragrafo, alla cui stregua “Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse” segna la prospettiva del giudice di Lussemburgo che viene ulteriormente delineata allorché questi afferma, nel precedente già sopra evocato, che “...Risulta peraltro dal trentatreesimo ‘considerando’ del regolamento n. 2201/2003 che quest’ultimo riconosce i diritti fondamentali e osserva i principi sanciti dalla Carta e che mira, in particolare, a garantire il pieno rispetto dei diritti fondamentali del bambino quali riconosciuti all'art. 24 della medesima. Così, le disposizioni del detto regolamento non possono essere interpretate in modo tale da portare ad una violazione di questo diritto fondamentale, il rispetto del quale s'identifica innegabilmente con l'interesse superiore del bambino.”

Nè può tacersi che il concetto di *superiore interesse del minore* – pur non scolpito in un articolo del Regolamento CE 2201/2003³- è comunque pienamente presente nello strumento regolamentare appena ricordato.

In sostanza, nel concetto di interesse superiore del minore la Corte di Giustizia identifica il diritto alle relazioni familiari che, a ben considerare è “anche” diritto dei genitori. Il che conferma, in definitiva, l'intreccio fra le diverse posizioni sul quale si tornerà appresso.

Occorre dunque verificare se, anche a livello UE, il superiore interesse del minore sia considerato come valore “assoluto” non bilanciabile con altri interessi.

Orbene, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, chiamata a verificare la conformità della Direttiva 2003/86/CE in tema di ricongiungimento familiare dei figli minori di cittadini di paesi terzi, ha ritenuto che “... l'art. 4, n. 1, ultimo comma, della direttiva non può essere considerato in contrasto con il diritto al rispetto della vita familiare. Infatti, nel contesto della direttiva, che impone agli Stati membri obblighi positivi precisi, la detta disposizione mantiene a favore degli Stati stessi

³ Nella Risoluzione del Parlamento europeo sulla proposta di regolamento del Consiglio relativa alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000 e che modifica il regolamento (CE) n. 44/2001 relativamente alle obbligazioni alimentari (COM(2002) 222 _ C5-0234/2002 _ 2002/0110(CNS)), in GUCE 29 gennaio 2004, C 25 E/171 era stato proposto l'inserimento di un articolo specifico dedicato all'*Interesse superiore del bambino* dal seguente tenore:”In tutte le decisioni giudiziarie relative ai bambini dev'essere considerato preminente l'interesse superiore del bambino. Il Comitato economico e sociale, nel parere del 18 settembre 2002 alla proposta della Commissione, sottolineava come “l'interesse del minore è difficile da definire, ma non vi sono dubbi sul fatto che esso debba essere preminente. Sebbene a volte possa essere difficile determinare l'interesse superiore del minore dopo averlo ascoltato, per effetto dell'età, dell'immaturità o dell'influenza indebita dei genitori, è comunque importante cercare sempre e comunque di farlo. Non sempre il punto di vista dei genitori (spesso in conflitto) è utile a chiarire che cosa soddisfi l'interesse superiore del minore, in quanto questi a volte confondono le proprie esigenze emotive con quelle dei figli e altre volte li usano come merce di scambio.” Auspicava, pertanto che “la Commissione dovrebbe quindi adoperarsi per coordinare l'impostazione della questione da parte dei vari apparati giudiziari nazionali, mediante la cooperazione nell'ambito della rete giudiziaria europea. Il Comitato raccomanda inoltre ai governi nazionali di fare in modo che la formazione degli operatori del diritto comprenda anche una conoscenza pratica dei diritti dei minori, in quanto parte integrante dei diritti umani individuali.” La Corte dei diritti umani ha parimenti sottolineato l'importanza cruciale dell'interesse superiore del minore -Corte dir.uomo, 7 agosto 1996, Johansen c. Norway, in www.echr.coe.int-

un potere discrezionale limitato, non diverso da quello riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella propria giurisprudenza in materia di diritto al rispetto della vita familiare, *ponderando, in ogni singola fattispecie concreta, gli interessi in gioco.*"-Corte Giust. 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*⁴.

Analoga presa di posizione si scorge, ancorpiù di recente, nella sentenza resa, ancora una volta, dalla Corte di Giustizia sempre in tema di ricongiungimenti familiari.

Corte giust. 6 dicembre 2012, causa C-356/11 e C-357/11, *Maahanmuuttovirasto*, dichiarando che l'art. 7, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare deve essere interpretato nel senso che, se è pur vero che gli Stati membri possono chiedere che il soggiornante dimostri di disporre di risorse stabili e regolari sufficienti per mantenere se stesso e i suoi familiari, tale facoltà deve però essere esercitata alla luce degli articoli 7 e 24, paragrafi 2 e 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, i quali impongono agli Stati membri di esaminare le domande di ricongiungimento familiare nell'interesse dei minori interessati oltre che nell'ottica di favorire la vita familiare, nonché evitando di pregiudicare sia l'obiettivo di tale direttiva sia il suo effetto utile. Per far ciò, secondo la Corte "...Spetta alle autorità nazionali competenti[*e dunque al giudice*, corsivo nostro], in sede di attuazione della direttiva 2003/86 e dell'esame delle domande di ricongiungimento familiare, procedere a una *valutazione equilibrata e ragionevole di tutti gli interessi in gioco, tenendo conto in particolare di quelli dei minori interessati.*"

Sembra, dunque, emergere come il "valore" dell'interesse superiore del minore è sì primario e fondamentale, ma non è mai assoluto, incomprimibile, semmai forgiandosi in relazione agli altri eventuali diritti ed interessi fondamentali non meno rilevanti che consentono, solo se presi in adeguata considerazione, di realizzare proprio quel superiore interesse.

4. (Segue)... e l'altro alla CEDU.

Occorre ora volgere lo sguardo alla CEDU ed alla considerazione che la stessa attribuisce al concetto di superiore interesse del minore.

Per far ciò occorre partire proprio dall'ultima sentenza della Corte di Giustizia ricordata nel precedente paragrafo che, esaminando il quadro dei diritti fondamentali riferibili al minore, ebbe a precisare che "...L'articolo 7 della Carta, che contiene diritti corrispondenti a quelli garantiti dall'articolo 8, paragrafo 1, della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, riconosce il diritto al rispetto della vita privata e familiare", poi aggiungendo che "...Tale disposizione della Carta deve inoltre essere letta in combinato disposto con l'obbligo di prendere in considerazione l'interesse superiore del bambino, sancito dall'articolo 24, paragrafo 2, della Carta medesima, tenendo conto parimenti della necessità per il bambino di intrattenere regolarmente rapporti personali con i due genitori, necessità affermata dal paragrafo 3 del medesimo articolo".

La Corte di Lussemburgo non manca di collegare la Carta di Nizza-Strasburgo alla CEDU, ponendo a raffronto i rispettivi artt.7 e 8, per poi coniugarli, insieme, con l'interesse superiore del minore che trova riconoscimento nell'art.24 dalla Carta di Nizza. Il che, come già acutamente evidenziato dalla migliore dottrina, offre all'attenzione dell'interprete un "modo nuovo" di interpretare ed applicare il diritto, sia esso di matrice interna che sovranazionale⁵.

⁴ V., anche, conf.Corte Giust. 23 dicembre 2009, causa 403/09 PPU, *Detiček*, p.54:"... Occorre rilevare che uno di tali diritti fondamentali del bambino è quello, sancito dall'art. 24, n. 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.

⁵ FERRANDO, *Matrimonio e famiglia: la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed i suoi riflessi sul diritto interno*, cit., 133.

Per altro verso, è in punto di superiore interesse del minore che emerge, poi, la maggiore “modernità” – quanto meno dal punto di vista testuale- del testo della Carta di Nizza-Strasburgo rispetto al testo della CEDU- che nulla dice sul superiore interesse del minore- non ha tagliato certo fuori la Corte europea dall’esame di tale interesse che, anzi, il giudice di Strasburgo ha commendevolmente *recuperato* facendo diretto riferimento agli strumenti internazionali di protezione dell’infanzia che, al loro interno, contengono un esplicito riferimento al concetto di interesse superiore del minore. Ciò che dimostra, ancora una volta, il carattere *elastico* della CEDU, aperta tradizionalmente a vivere nel circuito degli strumenti sovranazionali ed a mutuare da questi valori fondamentali.

Non può infatti sfuggire che l’art.8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo, nel garantire ad ognuno il rispetto della propria vita familiare, contempla anche il diritto dei genitori e dei figli – ma anche dei minori con i nonni⁶- a mantenere stabili relazioni soprattutto in caso di crisi matrimoniale. Ed è stata la Corte dei diritti dell’uomo a chiarire che tale diritto può subire restrizioni od essere escluso solo quando occorra preservare l’interesse superiore del minore⁷. In questo senso di particolare rilievo è la giurisprudenza di Strasburgo, laddove chiarisce che gli Stati hanno un obbligo positivo di garantire i contatti all’interno del nucleo familiare⁸.

Numerose volte, infatti, compare nelle decisioni di Strasburgo un espresso riferimento al concetto di superiore interesse del minore, ciò capitando tanto nelle ipotesi in cui si lamenti una lesione dell’interesse del minore stesso azionata da uno dei genitori quanto l’ipotesi in cui oggetto della verifica innanzi alla Corte sia il diritto al rispetto della vita privata e familiare di uno dei genitori e l’interesse del minore viene evocato, dall’altro coniuge e dalle autorità nazionali di tale intensità da potere paralizzare il diritto di visita di uno dei genitori. In questo senso, estremamente puntiglioso appare il lavoro di Maria Giovanna Ruo di vero e proprio screening dei casi decisi da Strasburgo al quale non può che rinviarsi per l’estrema completezza e l’esaustività dei riferimenti⁹.

Ed è proprio dall’analisi dei casi lì ricordati che si evidenzia, da un lato, la tendenza della Corte a far prevalere il superiore interesse del minore anche se il diritto di uno dei genitori può rimanere pregiudicato tutte le volte in cui si profilano come imminentí e ed imminentí i pericoli che tale rapporto possa danneggiare a salute pisco-fisica del minore.

Così facendo, la posizione della Corte di Strasburgo poco si discosta da quelle delle autorità nazionali che, a più riprese, hanno riconosciuto il carattere centrale di tale interesse. Quel che qui interessa, piuttosto sottolineare è che il margine di apprezzamento riconosciuto alle Autorità interne nella tutela di tale interesse non può mai, tuttavia, prescindere, dal realizzare un equo temperamento degli interessi che ruotano attorno al minore.

5. Spoglando nella giurisprudenza CEDU dal caso *Neulinger c.Svizzera* al caso *Kampanella c.Italia*.

Quanto si è detto emerge in diverse pronunzie, soprattutto correlate al tema della sottrazione internazionale dei minori, per le quali il *leading case* va individuato, senza ombra di dubbio, nel caso *Neulinger c. Svizzera* già ricordato, poi transitato alla Grande Camera che lo ha definitivamente deciso con la sentenza del 6 luglio 2010¹⁰.

⁶ Corte dir.Uomo, 13 giugno 2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*, par.221.

⁷ Analogi principi si trovano espresso nell’art.4 par.2 della Convenzione sulle relazioni personali riguardanti i fanciulli approvata il 15 maggio 2003 a Strasburgo, in <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Word/192.doc>.

⁸ Corte dir.uomo, 13 giugno 1979, *Marckx c.. Belgium*, in www.echr.coe.int; Corte dir.uomo, 26 marzo 1985, *X e Y c Olanda*.idem.

⁹ Cfr.RUO, *Tutela dei figli e procedimenti relativi alla crisi della coppia genitoriale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, in Minorì e famiglia, 2011.

¹⁰ Nella vicenda concreta la ricorrente, cittadina svizzera, si era stabilita in Israele dove aveva il futuro padre di suo figlio. Di fronte ai suoi timori che il bambino potesse essere rapito da suo padre ed essere da costui condotto in una comunità ultraortodossa all'estero e praticante un proselitismo intenso, il tribunale per gli affari di famiglia israeliano aveva deciso il divieto di uscita dal territorio israeliano per il figlio fino alla sua maggiore età, assegnando la custodia provvisoria del figlio alla ricorrente e la potestà genitoriale affidata congiuntamente ai due genitori. Dopo il divorzio la

Proprio dalla sentenza del gennaio 2009, che attenta dottrina non ha mancato di prontamente esaminare¹¹, emerge in modo inconfutabile l'operazione, posta in essere dalla Corte europea¹², di *adozione* del parametro del *superiore interesse del minore* proveniente dagli strumenti sovranazionali che lo avevano a chiare lettere sancito- Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo del 1959, Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, e Convenzione de L'Aja del 1980 - realizzata attraverso l'obbligo di "interpretazione conforme della CEDU agli strumenti internazionali appena evocati¹³.

Ma la Corte europea non si ferma qui, poichè anche nella decisione resa dalla Grande Camera, che conferma specificamente quanto affermato dalla Camera¹⁴, viene messo in evidenza come ai fini della corretta determinazione di tale concetto è necessario considerare un fascio di interessi, senza i quali il primo non può essere adeguatamente tutelato¹⁵.

madre aveva lasciato clandestinamente Israele recandosi con il figlio in ove, il il Tribunale federale svizzero di ultima istanza aveva ordinato alla stessa di assicurare il ritorno del bambino in Israele.

¹¹ v. SPINA, *I principi in materia di sottrazione internazionale dei minori*, in *Famiglia e minori di Guida al diritto*, n. 9/2011, parte speciale pp. 8 ss.; MARCHEGIANI, *Rispetto della vita privata e familiare e sottrazione internazionale di minori nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti dell'uomo, Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, f. 4/2011.

¹² Sent. NEULINGER (Camera): "...74. La Cour relève d'emblée que depuis l'adoption de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, « l'intérêt supérieur de l'enfant » est au cœur de la protection de l'enfance, en vue de l'épanouissement de l'enfant au sein du milieu familial, la famille constituant « l'unité fondamentale de la société et le milieu naturel pour [sa] croissance et [son] bien-être », selon les termes du préambule de cette Convention. Comme la Cour l'a déjà jugé, cette considération primordiale peut revêtir plusieurs aspects (Maumousseau et Washington, précité, § 66 ; voir, pour le texte du préambule de ce traité, le paragraphe 39 ci-avant).

75. En matière de garde, par exemple, « l'intérêt supérieur de l'enfant » peut avoir un double objet : d'une part, lui garantir une évolution dans un environnement sain, et un parent ne saurait être autorisé à prendre des mesures préjudiciables à sa santé et à son développement ; d'autre part, maintenir ses liens avec sa famille, sauf dans les cas où celle-ci s'est montrée particulièrement indigne, car briser ce lien revient à couper l'enfant de ses racines (voir Gnahoré c. France, no 40031/98, CEDH 2000 IX, confirmé dans Maumousseau et Washington, précité, § 67).

76. La Cour estime que la notion d'*« intérêt supérieur »* de l'enfant est également primordiale dans le cadre des procédures relevant de la Convention de La Haye. Parmi ses éléments constitutifs figure le droit, pour un mineur, de ne pas être éloigné de l'un de ses parents. A cet égard, il convient de rappeler la Recommandation no 874 (1979) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, selon laquelle « les enfants ne doivent plus être considérés comme la propriété de leurs parents, mais être reconnus comme des individus avec leurs droits et leurs besoins propres » (voir le paragraphe 40 ci-avant). La Cour souligne en outre que dans le préambule de la Convention de La Haye, les parties contractantes expriment leur conviction que « l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde » et soulignent leur volonté de « protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites (...) » (voir, pour le texte intégral du préambule, le paragraphe 36 ci-avant)."

¹³ ...vii. Les obligations que l'article 8 de la Convention fait peser sur les Etats en matière de réunion d'un parent à son enfant doivent, dès lors, s'interpréter à la lumière de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 et de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

¹⁴ P.133 sent.Neulinger(GC), cit.: "...However, the Court must also bear in mind the special character of the Convention as an instrument of European public order (ordre public) for the protection of individual human beings and its own mission, as set out in Article 19, "to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties" to the Convention (see, among other authorities, Loizidou v. Turkey (preliminary objections), 23 March 1995, § 93, Series A no. 310)".

¹⁵ "...134. In this area the decisive issue is whether a fair balance between the competing interests at stake – those of the child, of the two parents, and of public order – has been struck, within the margin of appreciation afforded to States in such matters (see *Maumousseau and Washington*, cited above, § 62), bearing in mind, however, that the child's best interests must be the primary consideration (see, to that effect, *Gnahré v. France*, no. 40031/98, § 59, ECHR 2000-II IX), as is indeed apparent from the Preamble to the Hague Convention, which provides that "the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody". The child's best interests may, depending on their nature and seriousness, override those of the parents (see *Sahin v. Germany* [GC], no. 30943/96, § 66, ECHR 2003-II VIII). The parents' interests, especially in having regular contact with their child, nevertheless remain a factor when balancing the various interests at stake (ibid., and see also *Haase v. Germany*, no. 11057/02, § 89, ECHR 2004-II III (extracts), or *Kutzner v. Germany*, no. 46544/99, § 58, ECHR 2002-II I, with the numerous authorities cited).

Ma v'è di più se si considera che la Grande Camera non perde l'occasione di ricordare la particolare valeza della Carta di Nizza-Strasburgo sul tema del superior interesse del minore, ancora una volta dimostrando quanto proficuo e costruttivo sia il confronto dialogico realizzato sulle Carte dei diritti fondamentali da parte dei Corti che se ne occupano¹⁶ I principi affermati nel caso *Neulinger* sono stati, di recente riassunti in una vicenda che ha riguardato un caso di sottrazione nel quale sono state coinvolte le autorità italiane-Corte di Cassazione, 12 luglio 2011-Ric. n. 14737/09 - *Sneersone e Kampanella c. Italia-*.

Per tale motivo è utile riportarne per esteso e testualmente, nella traduzione che della sentenza ha fatto il Ministero della Giustizia, alcuni passi per poi passare ad una veloce rassegna dei principi che dalla stessa è possibile trarre.

“...

85. In *Neulinger e Shuruk* (succitato, §§ 131-140, con ulteriori riferimenti) la Corte ha articolato e cristallizzato diversi principi che sono emersi dalla sua giurisprudenza sulla questione della sottrazione internazionale di minori, come segue.

(i) La Convenzione non può essere interpretata isolatamente, ma, a norma dell'articolo 31 § 3 (c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969), si deve tenere conto di ogni pertinente norma di diritto internazionale applicabile alle Parti contraenti (vedi *Streletz, Kessler e Kreuz contro la Germania* [GC], nn. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, § 90, CEDU 2001-II).

(ii) Gli obblighi positivi che all'articolo 8 impone agli Stati in relazione alla riunificazione tra genitori e figli devono pertanto essere interpretati alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite e della Convenzione dell'Aja (vedi *Maire contro il Portogallo*, n. 48206/99, § 72, CEDU 2003-VII, e *Ignaccolo-Zenide contro la Romania*, n. 31679/96, § 95, CEDU 2000-I).

(iii) La Corte è competente a riesaminare la procedura seguita dai tribunali nazionali, in particolare ad accertare se tali tribunali, nell'applicare e nell'interpretare le disposizioni della Convenzione dell'Aja, abbiano assicurato le garanzie della Convenzione e in particolare quelle di cui all'articolo 8 (vedi, a tal fine, *Bianchi contro la Svizzera*, n. 7548/04, § 92, 22 giugno 2006, e *Carlson contro la Svizzera*, n. 49492/06, § 73, 6 novembre 2008).

(iv) In questo campo la questione decisiva è se si sia raggiunto un equo equilibrio tra gli interessi concorrenti in gioco – quelli del minore, quelli dei due genitori e quelli dell'ordine pubblico – entro il margine di apprezzamento concesso agli Stati in tali materie (vedi *Maumousseau e Washington*, succitato, § 62), tenendo in mente, comunque, che l'interesse superiore del minore deve essere la considerazione principale (vedi, al riguardo, *Gnahoré*, succitato, § 59).

(v) Si ritiene che “gli interessi del minore” siano principalmente i seguenti due: mantenere i legami con la sua famiglia, a meno che non sia dimostrato che tali legami siano indesiderabili, e potersi sviluppare in un ambiente sano (vedi, tra gli altri precedenti, *Elsholz contro la Germania* [GC], n. 25735/94, § 50 CEDU 2000-VIII, e *Maršálek contro la Repubblica Ceca*, n. 8153/04, § 71, 4 aprile 2006). L'interesse superiore del minore, da una prospettiva di sviluppo personale, dipenderà da una varietà di circostanze personali, in particolare dalla sua età e dal suo livello di maturità, dalla presenza o dall'assenza dei genitori e dall'ambiente e dalle esperienze.

(v) Il rimpatrio di un minore non può essere disposto automaticamente o meccanicamente quando è applicabile la Convenzione dell'Aja, come è indicato dal riconoscimento in quello strumento di diverse eccezioni all'obbligo di rimpatrio del minore (vedi, in particolare gli

¹⁶ V., infatti, il punto 135 della sentenza della Grande Camera nel caso NEULINGER: "...135. The Court notes that there is currently a broad consensus – including in international law – in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount (see the numerous references in paragraphs 49-56 above, and in particular Article 24 § 2 of the European Union's Charter of Fundamental Rights). As indicated, for example, in the Charter, “[e]very child shall have the right to maintain on a regular basis a personal relationship and direct contact with both his or her parents, unless that is contrary to his or her interests”.

articoli 12, 13 e 20), in base a considerazioni che riguardano l'effettiva persona del minore e il suo ambiente, dimostrando così che è il tribunale che giudica il caso che deve adottare per esso un approccio in concreto (vedi Maumousseau e Washington, succitato, § 72).

(vii) Il compito di giudicare tale interesse superiore in ogni singolo caso spetta pertanto principalmente alle autorità nazionali, che spesso hanno il vantaggio del rapporto diretto con le persone interessate. A tal fine esse godono di un certo margine di apprezzamento, che rimane comunque soggetto a controllo europeo se la Corte riesamina in base alla Convenzione le decisioni che tali autorità hanno preso nell'esercizio di quel potere (vedi, per esempio, Hokkanen contro la Finlandia, 23 settembre 1994, § 55, Serie A n. 299-A, e Kutzner contro la Germania, n. 46544/99, §§ 65-66, CEDU 2002-I; vedi anche Tiemann contro la Francia e la Germania (dec.), nn. 47457/99 e 47458/99, CEDU 2000-IV; Bianchi, succitato, § 92; e Carlson, succitato, § 69).

(viii) Inoltre, la Corte deve garantire che il processo decisionale che ha condotto all'adozione da parte del tribunale delle misure impugnate sia stato equo e abbia consentito agli interessati di presentare il loro caso in modo completo (vedi Tiemann, succitato, e Eskinazi e Chelouche contro la Turchia, (dec.), n. 14600/05, CEDU 2005-XIII (estratti)). A tal fine la Corte deve accettare se i tribunali nazionali abbiano svolto un'analisi approfondita dell'intera situazione familiare e di tutta una serie di fattori, in particolare di natura fattuale, emotiva, psicologica, materiale e medica, e abbiano effettuato una valutazione equilibrata e ragionevole dei rispettivi interessi di ogni persona, con la costante preoccupazione di determinare quale dovrebbe essere la soluzione migliore per il minore sottratto, nel quadro di una richiesta di rimpatrio dello stesso nel paese d'origine (vedi Maumousseau e Washington, succitato, § 74)...”

Orbene, i paragrafi della decisione sopra riportati non solo sintetizzano i contenuti della sentenza *Neulinger*, ma offrono all'interprete la straordinaria possibilità di cogliere, in concreto, la posizione della Corte rispetto all'interesse di cui qui si discorre.

Si coglie, anzitutto, un preciso riferimento agli *obblighi positivi* ricadenti sugli Stati contraenti i quali, rispetto alla salvaguardia del diritto al rispetto della vita privata e familiare- riferibile, mi pare, tanto ai figli che ai genitori- devono essere interpretati “*alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite e della Convenzione dell'Aja*”.

La Corte, in altri termini, è ben consapevole che il superiore interesse del minore non trova spazio testuale nell'art.8, ma non per questo pensa e vuole eliderne la portata e l'efficacia aprendosi, in questo modo, agli strumenti internazionali che si sono di più caratterizzati in termini di protezione dell'infanzia ed imponendo un'interpretazione della CEDU che non può prescindere da quei parametri e che, dunque, diventa interpretazione della CEDU “*convenzionalmente conforme*”.

Accanto a questo obbligo di *interpretazione orientata* dell'art.8 CEDU agli strumenti sovranazionali che contemplano tale interesse si staglia, in maniera non meno incisiva, il ruolo della Corte dei diritti umani che, nei casi in cui si discute di sottrazione internazionale dei minori, è “...competente a riesaminare la procedura seguita dai tribunali nazionali, in particolare ad accettare se tali tribunali, nell'applicare e nell'interpretare le disposizioni della Convenzione dell'Aja, abbiano assicurato le garanzie della Convenzione e in particolare quelle di cui all'art.8”.

Si tratta, a ben considerare, di un *riesame* particolarmente penetrante¹⁷, volto a verificare se le autorità nazionali “*che spesso hanno il vantaggio del rapporto diretto con le persone interessate*” abbiano raggiunto “*un equo equilibrio tra gli interessi concorrenti in gioco- quelli*

¹⁷ Di ciò si ha la misura al punto 92 della stessa decisione, allorchè la Corte chiarisce che “...non è suo compito prendere il posto delle competenti autorità nell'esaminare se vi sarebbe il grave rischio di esporre Marko a un danno psicologico o fisico, ai sensi dell'articolo 13 della Convenzione dell'Aja, in caso di rimpatrio dello stesso in Italia. Comunque la Corte è competente ad accettare se i tribunali italiani, nell'applicazione e nell'interpretazione delle disposizioni della Convenzione e del Regolamento, abbiano assicurato le garanzie previste all'articolo 8 della Convenzione, tenendo conto in particolare dell'interesse superiore del minore”.

del minore, quelli dei due genitori e quelle dell'ordine pubblico- entro il margine di apprezzamento concesso agli Stati in tali materie, tenendo in mente, comunque, che l'interesse superiore del minore deve essere la considerazione principale”.

Si tratta di due aspetti estremamente rilevanti, poiché il primo sancisce, in maniera netta, la centralità del giudice nazionale rispetto alla delicata verifica alla quale è tenuto mentre il secondo dimostra ancora una volta, almeno così a me pare, come il carattere "primario" dell'interesse non va inteso come impossibilità di operare operazioni bilanciamento con riguardo agli altri interessi che pure coinvolgono il minore.

Si tratta, a mio avviso, della chiara consapevolezza, che la Corte mostra di avere, circa il fatto che l'interesse del minore, *recte* il miglior interesse del minore, passa *anche* e necessariamente attraverso la considerazione e ponderazione degli interessi dei suoi familiari ai quali si rivolge, in modo omogeneo, l'art.8 CEDU. Il che, ovviamente, non fa venir meno il carattere primario dell'interesse del minore, semmai rendendo chiaro che proprio per realizzare tale interesse è necessario garantire una reale tutela ai diritti dei familiari¹⁸.

Insuperabile, sul punto, si dimostra la sintesi sul concetto di interesse superior che ha di recente esposto Gilda Ferrando, allorchè ha precisato che "...Tale principio viene assunto dalla Corte EDU

Come elemento di specificazione e concretizzazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare enunciato dal primo comma dell'art. 8 CEDU e come principio sulla cui base effettuare il bilanciamento richiesto dal secondo comma tra diritti individuali e interesse pubblico¹⁹.

6. Il ruolo “ficcante” della Corte EDU nella protezione degli interessi del minore.

Accanto alla centralità del giudice nazionale comincia, peraltro, ad emergere, con tratti singolari, il *ficcante* controllo che la Corte ritiene di dover compiere sull'operato nazionale.

Quest'attività di penetrante verifica si approfondisce ulteriormente al successivo punto 93 della decisione, allorchè la Corte osserva "...che l'argomentazione contenuta nelle decisioni dei tribunali italiani era piuttosto inadeguata, in quanto i tribunali italiani nello loro decisioni non si sono occupati dei rischi individuati dalle autorità lettoni."

Nella verifica di cui si è detto, la Corte europea passa in rassegna le conclusioni contenute nel rapporto del Tribunale per l'affidamento lettone, la consulenza tecnica dello psicologo e la sentenza del Tribunale distrettuale di quel Paese per affermare che le stesse "non sono state esplicitamente menzionate in nessuna delle due sentenze".

Il fatto che "...I tribunali italiani non hanno fatto riferimento ai rapporti dei due psicologi redatti in Lettonia su richiesta del rappresentante dei ricorrenti e su cui si sono poi basati i tribunali lettoni" rappresenta una mancanza grave agli occhi della Corte. Né, proseguono i giudici di Strasburgo, i tribunali italiani avevano citato i pericoli potenziali per la salute del minore che erano stati individuati in questi rapporti" incrina la solidità della decisione espressa dai giudici italiani, i quali se "... avessero giudicato i rapporti inattendibili, essi avrebbero certamente avuto la possibilità di chiedere il rapporto di uno psicologo di propria scelta."

La Corte non manca nemmeno di stigmatizzare il contegno delle autorità italiane che, quanto alla residenza che il padre del minore proponeva come abitazione dopo il rimpatrio in Italia, "non hanno fatto alcuno sforzo per accertare se essa fosse un'abitazione idonea per un minore in tenera età", anzi addebitando agli stessi il fatto che "l'abitazione non è stata ispezionata, né dai tribunali né da un'altra persona di loro scelta."

¹⁸ V.sent.Corte dir. uomo, 2 novembre 2010-2 febbraio 2011, *PIAZZI C.ITALIA* - ric.n.36168/09-: "...Si les autorités nationales doivent s'efforcer de faciliter pareille collaboration, une obligation pour elles de recourir à la coercition en la matière ne saurait être que limitée : *il leur faut tenir compte des intérêts et des droits et libertés de ces mêmes personnes, et notamment des intérêts supérieurs de l'enfant et des droits que lui reconnaît l'article 8 de la Convention*

¹⁹ FERRANDO, *Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 1050.

Per queste ragioni la Corte ha escluso che “le autorità italiane abbiano valutato sufficientemente la gravità delle difficoltà che M... avrebbe probabilmente incontrato in Italia”. E’ dunque, credo, assai chiaro che la Corte, proprio in ragione della rilevanza degli interessi in gioco per le ricadute che le decisioni assunte dalle autorità nazionali potranno avere in futuro sul minore sulle relazioni che questi avrà con i familiari, se non arriva a sostituirsi alle autorità nazionali, di certo si affianca in modo evidente a queste ultime nell’attività di verifica di eventuali violazioni.

Sensazione, quest’ultima, pienamente confermata da una recente vicenda che, ancora una volta caratterizzata dal contrasto emerso fra giurisdizioni di paesi diversi in ordine alla permanenza del minore con uno dei genitori a fronte di decisioni di trasferimento prese unilateralmente da uno di loro, ha visto la Corte europea adottare misure interinali, in forza dell’art.39 del Regolamento interno, capaci di “paralizzare” l’esecuzione di una decisione nazionale che aveva ordinato il rimpatrio del minore fino alla definizione del procedimento innanzi alla Corte stessa²⁰.

7. Il processo *equo* come garanzia essenziale per il perseguimento dell’interesse superiore del minore.

Non meno rilevante risulta l’affermazione, contenuta nel passo della sentenza *Kampanella* sopra riportata, che riconosce alla Corte europea il compito di “garantire che il processo decisionale che ha condotto all’adozione da parte del tribunale delle misure impugnate sia stato *equo* e abbia consentito agli interessati di presentare il loro caso in modo completo”.

La circostanza che, nel caso di specie, la Corte abbia escluso la violazione dell’art.8 CEDU, ritenendo che la parità processuale tra le parti era stata osservata, dimostra come la Corte, pur chiamata a verificare la tutela apprestata al superiore interesse del minore, non perde in alcun modo di vista gli aspetti di natura procedurale, anche se legati al rispetto del c.d. Giusto processo.

Si tratta di esigenze che ripetutamente la Corte intende salvaguardare, anche quando valorizza il “fattore tempo” nelle decisioni che riguardano i minori, ancora una volta dimostrando in concreto che il valore *sostanziale* rappresentato dalla tutela del minore non puo’ essere pienamente realizzato al di fuori di un quadro processuale “giusto” ed “equo”.

Ciò che segna, a mio giudizio, in modo ancora più evidente, il carattere composito delle “tutele” apprestate dall’art.8 alle posizioni giuridiche che ruotano all’interno del *pianeta famiglia*²¹ e la

²⁰ Nella vicenda qui indicata, poi definita da Corte dir. Uomo 10 luglio 2012, che ha accertato, a carico del Belgio, la lesione dell’art.8 CEDU - ric.4320/11- ancora una volta la Corte di Strasburgo ha incisivamente ribadito i principi espressi nella vicenda *Neulinger*, affermando che "...il appartient à la Cour de se concentrer sur le processus décisionnel et de vérifier si la cour d’appel a procédé à une appréciation équilibrée et raisonnable des intérêts de chacun, avec le souci constant de déterminer quelle est la meilleure solution pour l’enfant enlevé."

²¹ V., infatti, l’intervento scritto, ancora non definitivo, svolto dalla dott.ssa Gentile Brown in occasione della tavola rotonda di cui si è detto all’inizio, che opportunamente ricorda il caso in cui la Corte ha ritenuto che l’applicazione automatica e perpetua della decaduta della potestà genitoriale in casi di condanna dei genitori per violenza sui bambini, viola l’articolo 8 nella misura in cui le giurisdizioni interne non pesano i diversi interessi in gioco, in particolare l’interesse dei minori – Corte dir.uomo, 12 luglio 2012, . K e T. c. *M.D. e altri c. Malta*, (ric.n° 64791/10), p.70: “... Regard must be had to the fair balance which has to be struck between the competing interests of the individual and the community, including other concerned third parties, and the State’s margin of appreciation”. V. anche caso *Kock c.Germania- Corte dir. Uomo* 19 luglio 2012-. La Corte, in questo caso, ha riconosciuto la violazione dell’art.8 in danno del marito di una malata terminale che aveva chiesto di acquistare un farmaco letale per porre fine alle sofferenze del coniuge. Tale rifiuto dei giudici nazionali di esaminare nel merito la domanda del ricorrente integra una violazione del diritto del ricorrente alla tutela della propria vita privata di cui all’art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo-cfr.p.65 ss. sent.cit.: “...La Corte inizierà la sua analisi in base all’aspetto processuale dell’articolo 8 of the Convenzione. La Corte osserva, all’inizio, che sia il Tribunale amministrativo sia la Corte Amministrativa d’Appello hanno rifiutato di esaminare nel merito la richiesta del ricorrente in quanto egli non poteva invocare diritti propri a norma del diritto nazionale e dell’articolo 8 della Convenzione, né aveva egli titolo a proseguire il ricorso della sua defunta moglie dopo la sua morte. Mentre il Tribunale amministrativo di Colonia, in un *obiter dictum*, ha espresso l’opinione che il rifiuto dell’Istituto Federale era stato legittimo e conforme all’articolo 8 della

necessità che i diversi interessi raggiungano un equilibrio giusto attraverso la loro piena ed integrale considerazione *all'interno del processo* dove, come ricorda Gilda Ferrando, "l'interesse del minore prende forma", rendendo chiaro come "il discorso sull'interesse del minore inevitabilmente trascorre dai suoi profile sostanziali a quelli processuali"²².

Il che impone all'interprete di considerare la rilevanza vuoi dell'elemento dell'ascolto, sia esso rivolto a cristallizzare gli interessi del minore²³ vuoi, in generale, delle garanzie processuali di "tutti" i diritti individuali coinvolti²⁴, proprio al fine di evitare la persistenza di quelle disarmonie fra livelli interni di tutela e garanzie apprestate dall'art.8 CEDU che la dottrina ha già colto, a titolo meramente esemplificativo, con riguardo alle modalità operative dell'affidamento eterofamiliare²⁵.

Ed è a questo punto che si coglie, forse, il fondamento ed il limite del potere di ingerenza dell'autorità giudiziaria minorile nelle relazioni familiari.

Il discorso qui svolto, infatti, che va al cuore dell'intero convegno e della tavola rotonda, appunto dedicata al tema **del principio di non ingerenza nella famiglia rispetto alla tutela delle persone minori di età, sembra confermare che in tanto l'ingerenza pubblica nelle relazioni familiari si giustifica ed è, anzi, indispensabile, in quanto la stessa riesca a garantire la migliore tutela possibile degli interessi privatistici che ruotano all'interno delle relazioni familiari. Il che finisce con confermare che il concetto di interesse del minore che il giudice persegue si giustifica non "in quanto orientato a perseguire un interesse di ordine superiore, ma in quanto volto a dare attuazione ai diritti del bambino, riguardati come <>preminenti>> rispetto a quelli dei genitori.²⁶**

8. Quattro regole per garantire il rispetto pieno dei diritti fondamentali, di qualunque matrice essi siano.

Alla luce degli interventi estremamente chiari, puntuali e profondi della relatrice cercherò di offrire quelle che potrebbero chiamarsi le "quattro regole", rispettando le quali il giudice, e l'operatore in generale, possono ritenere di avere svolto la propria funzione "al servizio" della tutela

Convenzione (vedi paragrafo 18, supra), né la Corte Amministrativa d'Appello né la Corte Costituzionale Federale avevano esaminato nel merito l'originaria richiesta. La Corte conclude che i giudici amministrativi – nonostante un *obiter dictum* fatto dal giudice di primo grado – hanno rifiutato di esaminare nel merito la dogianza originariamente presentata da B.K. ai giudici nazionali. La Corte osserva inoltre che il Governo non ha eccepito che il rifiuto di esaminare nel merito questa causa fosse necessario per uno degli interessi legittimi di cui all'articolo 8, comma 2. Né può la Corte constatare che l'ingerenza nel diritto del ricorrente servisse uno dei fini legittimi elencati in quel paragrafo."

²² FERRANDO, *Matrimonio e famiglia: la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed i suoi riflessi sul diritto interno*, cit.,144.

²³ In questo senso è stato particolarmente insiivo l'accenno, svolto dalla Presidente Luccioli, alla rilevanza giocata dall'ascolto del minore in una prospettiva tesa a rafforzare ed implementare il ruolo della bigenitorialità. Sul tema dell'ascolto v. il volume *L'ascolto dei minorenni in ambito giudiziario*, edito da UNICEF, 2012, visionabile in <http://www.unicef.it/doc/3755/pubblicazioni/ascolto-dei-minorenni-in-ambito-giudiziario.htm>, che ha raccolto il lavoro coordinato dal Comitato Scientifico del Consiglio Superiore della Magistratura in occasione di due incontri di studio organizzati nell'anno 2011 destinati, in un'ottica interdisciplinare, a mettere a confronto giudici -ordinari, minorili e specializzati onorari- pubblici ministeri, avvocati ed operatori psicologi in una prospettiva rivolta, per un verso, a registrare prassi ed indirizzi delle diverse sedi giudiziarie sul tema, e, per altro verso, a disseminare i principali orientamenti della giurisprudenza nazionale e sovranazionale in materia presso Organi, Istituzioni ed Enti.

²⁴ V., ancora una volta, con riferimento alle procedure di adozione, decadenza e di affidamento eterofamiliare, le considerazioni estremamente precise espresse sul punto da FERRANDO, *Matrimonio e famiglia: la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed i suoi riflessi sul diritto interno*, 145.

²⁵ Ancora una volta FERRANDO, *Matrimonio e famiglia: la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed i suoi riflessi sul diritto interno*, 143.

²⁶ FERRANDO, *Matrimonio e famiglia: la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed i suoi riflessi sul diritto interno*, ancora a pag. 143.

degli interessi che coinvolgono il pianeta minorile nel pieno rispetto delle Carte dei diritti fondamentali.

Occorre, anzitutto, sottolineare che le forme di tutela, di natura processuale e sostanziale, che provengono dalla CEDU vanno conosciute perché è l'ordinamento nazionale ad imporre il rispetto di quel patrimonio proveniente da Strasburgo.

In questo senso,- regola n.1- non c'è "libertà" da parte dell'operatore ma c'è una *doverosità* che va, peraltro, non solo bene intesa nei suoi contenuti, ma soprattutto accettata nella prospettiva della migliore e più ampia tutela possibile dei diritti fondamentali che trovano matrice nella Convenzione.

In questa prospettiva, la doverosità finisce col diventare non onere, ma pieno dispiegamento del ruolo virtuoso, direi quasi avvolgente, che l'operatore ed il giudice hanno in materia.

Occorre poi chiarire, in termini precisi e semplici, il rapporto fra giudice nazionale e Corte dei diritti umani-regola n.2-. Esigenza che è tanto più avvertita in relazione alla materia prima di cui si discute.

Questo rapporto non è affatto sovrapponibile a quello che corre fra giudice di merito e di legittimità. A me pare che la funzione nomofilattica della corte europea è sicuramente rilevante, ma ancora una volta va rettamente intesa.

L'astrazione dei principi espressi dalla Corte europea è operazione delicata e complessa, va sicuramente favorita e diffusa, ma presuppone la consapevolezza che la Corte dei diritti umani è, a differenza del giudice di legittimità, giudice "del fatto", nel senso che si è cercato di tratteggiare esaminando la sentenza *Kampanella*.

Ecco che qui va approfondito il rapporto fra giudice minorile e Corte Cedu, per evidenziare che la seconda non vuole affatto espropriare il primo delle sue prerogative, fra le quali primeggia la conoscenza diretta dei fatti e delle persone, ma si pone "sullo stesso piano" del primo.

E' qui occorre una buona dose di opera informativa, volta a fare comprendere che il rispetto dei diritti di matrice convenzionale da parte delle autorità interne ha una duplice finalità, correlata prioritariamente ad esercitare correttamente il proprio ruolo, ma anche a consentire alla Corte, ove questa dovesse essere chiamata a verificare l'operato di quel giudice, un pieno sindacato "di fatto" su come l'autorità interna ha fornito tutela ai diritti di matrice convenzionale.

Il che, si badi bene, non vuole affatto dire, come potrebbe pensare chi si ferma superficialmente alla *forma* di quest'affermazione, che la Corte europea costituisca un quarto grado di giudizio-circostanza che è vigorosamente avversata dalla Corte²⁷ anche se spesso, nei casi concreti, non compiutamente applicata- ma semmai sottolineare che la Corte stessa, quando verifica il rispetto della Convenzione da parte dei singoli Stati, scende all'esame complessivo e specifico di tutte le circostanze che hanno caratterizzato la singola fattispecie, valutando se nel caso concreto l'atteggiarsi della condotta dei singoli soggetti ha reso possibile la violazione prospettata dalla parte ricorrente. E tale verifica concreta, proprio nelle vicende che coinvolgono i minori si fa, soprattutto quando si pone un problema di esecuzione delle misure disposto in sede giudiziaria, estremamente pressante, analitica, specifica, proprio perché in gioco vi è lo sviluppo progressivo del minore.

La regola "tre" è strettamente legata alla seconda, mettendo in evidenza che la corte di Strasburgo, quando è chiamata a verificare l'eventuale contrasto dell'operato dello Stato con la protezione di un diritto offerto dalla CEDU, solo apparentemente pone in secondo piano il ruolo del giudice nazionale che rappresenta il volto dello Stato, in realtà valorizzandolo in maniera straordinaria, ma al contempo chiedendogli il massimo sforzo di definizione delle vicende interne nel rispetto dei diritti convenzionali.

Proprio l'esame del complesso reticolo di tutele offerte dall'art.8, tanto sul piano sostanziale che su quello processuale, mette in chiara evidenza come l'attività richiesta al giudice nazionale si muove

²⁷ cfr.sent.PIAZZI, p.59: "...La Cour rappelle à cet égard qu'il ne lui revient pas de substituer son appréciation à celle des autorités nationales compétentes quant aux mesures qui auraient dû être prises car ces autorités sont en principe mieux placées pour procéder à une telle évaluation, en particulier parce qu'elles sont en contact direct avec le contexte de l'affaire et les parties impliquées."

sul filo del bilanciamento fra interessi e, quel che qui più importa fra interesse del minore e fascio di interessi e valori che ruotano sullo stesso minore ed attorno al minore²⁸.

Ciò che si coglie, soprattutto, quando il giudice è chiamato a garantire la prosecuzione- o il ripristino- delle relazioni familiare fra genitore e figlio, ritenendo la Corte che anche in casi complessi tale diritto va salvaguardato, dovendo il giudice avvalersi di tutti quei supporti socio-assistenziali in grado di realizzare un progressivo riavvicinamento del minore con la figura genitoriale²⁹.

Il che, in definitiva, costituisce piana e chiara dimostrazione del fatto che quando entrano in competizione diritti fondamentali riconducibili a diversi centri di interessi è comunque necessario realizzare un'attività di bilanciamento.

Questo bilanciamento fra diritti fondamentali, sanciti da strumenti normativi (talvolta) inseriti in sistemi giuridici distinti (ma pur sempre collegati)³⁰, che pure richiama, come metro fondamentale, i canoni dell'interpretazione adeguatrice del diritto³¹ e della ragionevolezza³², in una prospettiva che supera, ancora una volta, le coordinate fisse inaugurate dalla gerarchia delle fonti arriva addirittura a coinvolgere posizioni, quali il diritto alla vita ed all'autodeterminazione³³, per le quali si usa, sovente, il termine *assoluto* senza compiutamente avvedersi che l'assolutezza tende progressivamente a ridursi ogni volta che di fronte ad un diritto fondamentale si para davanti altro valore parimenti fondamentale e per questo bisognoso di pari tutela³⁴.

Questa forte tendenza a " bilanciare", messa bene in evidenza dalla dottrina(RUGGERI, TANCREDI) coinvolge, dunque, anche quei diritti che, all'apparenza, sembrano doversi considerare incomprimibili e semmai destinati ad essere oggetto di interpretazioni che ne determinano il contenuto ma che, in effetti, mascherano vere e proprie operazioni di bilanciamento.

Ed e' qui che viene fuori, in definitiva e quasi inaspettatamente, la quarta regola.

E cioè che il giudice che applica i diritti CEDU -come quelli tutelati dalla Costituzione e dalla Carta di Nizza-Strasburgo- e', in definitiva, il " sovrano" ed al tempo stesso il "servo" dei diritti, allo stesso spettando una straordinaria opera di costruzione di una trama nella quale gli interessi, i

²⁸ In questa prospettiva, estremamente completo risulta lo scritto di RUO,*Tutela dei figli e procedimenti relativi alla crisi della coppia genitoriale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*,cit.

²⁹ Cfr.sent. PIAZZI C.ITALIA, cit., p.62: "... Eu égard à ce qui précède et nonobstant la marge d'appréciation de l'État défendeur en la matière, la Cour considère que les autorités nationales ont omis de déployer des efforts adéquats et suffisants pour faire respecter le droit de visite du requérant ou lui permettre, à tout le moins, de rétablir le contact avec son enfant, et qu'elles ont ainsi méconnu son droit au respect de sa vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention."

³⁰ Generalmente ci si troverà di fronte a diritti comprimibili, talaltra a diritti *assoluti*, rispetto ai quali si sfruttano tecniche interpretative dietro alle quali si celano, ancora una volta, operazioni di bilanciamento: cfr. TANCREDI, *La tutela dei diritti fondamentali «assoluti» in Europa: «It's all balancing»*, in *Ragion pratica*, 2007, 2, 383 ss.; TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. dir. intern.*, 2006, 644 ss. Sul tema del bilanciamento v. GUASTINI, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996, 142 ss.; CERRI, *Il «principio» come fattore di orientamento interpretativo e come valore «privilegiato»: spunti ed ipotesi per una distinzione*, in *Giur. cost.*, 1987, 1860 ss.; GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 11 ss.

³¹ In termini critici, sul punto, GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Interpretazione e diritto giudiziale. Regole, modelli, metodi*, a cura di BESSONE, Torino, 1999, 321 ss.

³² Cfr. Cass., sez. III, 5 settembre 2006, n. 19069, che, nell'esaminare la vicenda collegata all'azione proposta da un genitore per l'indebita pubblicazione della fotografia del figlio minore, edita senza il consenso, ha riconosciuto alla Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989 e ratificata dalla l. 27 maggio 1991, n. 176, ed ai diritti in essa sanciti dagli artt. 3 e 16 un valore preminente, aggiungendo che il diritto alla riservatezza del minore deve essere "... nel bilanciamento degli opposti valori costituzionali (diritto di cronaca e diritto alla privacy) considerato assolutamente preminente, secondo le indicazioni derivanti dalle norme ora richiamate [la Convenzione surricordata n.d.r.], laddove si riscontri che non vi sia l'utilità sociale della notizia (quindi con l'unico limite del pubblico interesse)".

³³ Sul punto, v., volendo, il mio recente *Il diritto alla vita nella giurisprudenza delle Alte Corti*, in www.diritticomparati.it.

³⁴ Si guardi, quanto al primo, al composito quadro normativo rappresentato dall'art.2,3, 8 e 15 par.2 CEDU ed alla stessa possibilità che lo Stato chieda ai suoi cittadini di mettere al servizio della collettività la vita dei propri soldati – come si constata periodicamente pensando ai caduti nelle operazioni di *peacekeeping*- o degli appartenenti alle forze dell'ordine(RUGGERI). E vale ancor di più quando in discussione e' il diritto all'autodeterminazione.

valori, qualunque sia la loro matrice, costituzionale, sovranazionale, eurounitaria, rappresentano i rochetti che "il giudice operaio" cerca di armonizzare e fare girare tutti insieme, appunto armonicamente e che in tanto girano, in quanto vivono in un luogo comune, sicché se se ne blocca uno si bloccano, in realtà, tutti.

Ciò che dimostra, ancora una volta, quanto straordinaria -ed onerosa- sia l'opera del *giudiziario* e quanto vere fossero le parole che Piero Calamandrei andava scrivendo in un suo vecchio, ma sempre straordinariamente attuale saggio, intitolato *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*.

La verità, diceva Calamandrei, è che il giudice non è un meccanismo: non è una macchina calcolatrice. E' un uomo vivo: e quella funzione di specificare la legge e di applicarla nel caso concreto, che in vitro si può rappresentare come un sillogismo, è in realtà un'operazione di sintesi, che si compie a caldo, misteriosamente, nel crogiuolo sigillato dello spirito, ove la mediazione e la saldatura tra la legge astratta e il fatto concreto ha bisogno, per compiersi, della intuizione e del sentimento acceso in una coscienza operosa...ridurre la funzione del giudice ad un puro sillogismo vuol dire impoverirla..., inaridirla..., disseccarla.... La giustizia è qualcosa di meglio: è creazione che sgorga da una coscienza viva, sensibile, vigilante, umana.

E', dunque, nell'esercizio di queste funzioni al servizio dei diritti che l'interprete si accorge, forse, di operare in un mondo nel quale non esiste un diritto che, a monte, deve prevalere sull'altro, ma nel quale i diritti viaggiano, *recte* devono viaggiare, su binari che continuamente si intersecano e si intrecciano, di guisa che l'omessa considerazione anche di uno solo di quei diritti incide, danneggiandola, sulla tutela dell'altro, apparentemente garantito, ma in realtà non pienamente tutelato.

Per questo, forse, prendendo a prestito le parole di Ruggeri, qualunque valore fondamentale, e dunque anche il superiore interesse del minore, "... proprio per ciò, è da sé medesimo[o] portato[o] (e, comunque obbligato[o]) a comporsi armonicamente in sistema coi restanti valori. La "logica" dei valori è...quella del reciproco contemperamento, non già l'altra della tirannica sopraffazione di un valore sull'altro (o sugli altri)"³⁵.

³⁵ V. RUGGERI, *Le dichiarazioni di fine vita tra rigore e pietas costituzionale*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIII, Torino, 2009, 522.