

## IL PRINCIPIO DEL SUPERIORE INTERESSE DEL MINORE NEL SISTEMA DI PROTEZIONE DEL FANCIULLO ALL'INTERNO DELLE RELAZIONI FAMILIARI

NADIA DI LORENZO\*

SOMMARIO: 1. Brevi cenni sul principio del superiore interesse del minore. - 2. Il superiore interesse del minore: da criterio ispiratore a principio generale nel sistema internazionale a tutela del minore. - 3. Il superiore interesse del minore vittima di sottrazione internazionale: da criterio interpretativo nelle decisioni di ritorno ad autonoma causa ostativa al rientro presso la residenza abituale. Il *revirement* della Corte europea dei diritti dell'uomo. - 3.1. Il diritto alla protezione internazionale del minore vittima di sottrazione internazionale. - 4. Il superiore interesse del minore a "una famiglia" e l'affidamento a coppie omosessuali. - 5. Il riconoscimento dei provvedimenti di *kafalah* tra ordine pubblico internazionale e *best interests of the child*. - 6. Conclusioni.

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

Il *best interests of the child* rappresenta il principio informatore di tutta la normativa a tutela del fanciullo, garantendo che in tutte le decisioni che lo riguardano il giudice deve tenere in considerazione il superiore interesse del minore. Ogni pronuncia giurisdizionale, pertanto, è finalizzata a promuovere il benessere psicofisico del bambino e a privilegiare l'assetto di interessi più favorevole a una sua crescita e maturazione equilibrata e sana. Corollario applicativo è che i diritti degli adulti cedono dinnanzi ai diritti del fanciullo, con l'ulteriore conseguenza che essi stessi trovano tutela solo nel caso in cui questa coincida con la protezione della prole. Si potrebbe dire che i diritti degli adulti, nel settore familiare, acquistino una portata "funzionale" alla protezione del bambino, soggetto debole della relazione e pertanto bisognoso di maggiore tutela.

Gli strumenti internazionali a tutela del bambino si informano al principio del superiore interesse del minore, sancito in maniera formale in tutte le convenzioni e dichiarazioni dedicate al fanciullo. Si pensi, in via esemplificativa, alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, il cui art. 3, par. 1, disciplina il rilievo del superiore interesse del minore nelle decisioni che lo riguardano<sup>1</sup>. Parimenti, l'art. 24, par. 2. della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dichiara: «in tutti gli atti relativi ai bambini (...) l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente»<sup>2</sup>.

Gli strumenti internazionali dedicati al minore non definiscono il principio del superiore interesse del minore, lasciando alla discrezionalità (e creatività) dell'interprete il compito di riempire di contenuto tale formula<sup>3</sup>. Stante la mancata definizione del concetto e trattandosi di principio contenuto in disposizioni internazionali, occorre interpretarlo alla luce della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, artt. 31-33, più precisamente i criteri interpretativi da seguire sono: i lavori preparatori, l'analisi del testo e del contesto, l'esame dei rapporti e dei commenti generali che accompagnano lo strumento internazionale, nonché la prassi applicativa<sup>4</sup>.

---

\* Nadia Di Lorenzo, Avvocato, Dottore di ricerca in Politiche europee di diritto processuale, penale e di cooperazione giudiziaria.

<sup>1</sup> Adottata il 20 novembre 1989 con risoluzione n. 44/25 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, è entrata in vigore il 2 settembre 1990, attualmente vincola 193 Stati. L'Italia ha proceduto alla ratifica con L. 27 maggio 1991 n. 176. La Convenzione è completata da due Protocolli facoltativi, rispettivamente, dedicati al coinvolgimento dei minori nei conflitti armati e alla vendita di minori. Per una disamina approfondita della Convenzione, P. ALSTON, *Commentary on the Convention on the Rights of the Children*, UN Center for Human Rights and UNICEF, 1992; S. ARBIA, *La Convenzione ONU sui diritti del minore*, in *Dir. uomo*, 1992, 39 ss.

<sup>2</sup> Proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, dopo essere stata approvata dal Consiglio, dal Parlamento europeo e dalla Commissione europea; diviene diritto vincolante, avente rango pari ai Trattati istitutivi dell'Unione europea, con il Trattato di Lisbona del dicembre 2007, art. 6, par. 1, co.1, TUE.

<sup>3</sup> Si pensi al celebre caso deciso dalla Corte costituzionale del Sud Africa, 4 maggio 2000, *Christian Education South Africa c. Minister of Education*, in [www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/11.html](http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/11.html). La Corte costituzionale, chiamata a decidere della legittimità costituzionale della legge nazionale che impedisce l'utilizzo di pene corporali, si trova a bilanciare la posizione governativa secondo cui sarebbe nell'interesse del minore non subire punizioni corporali, dalla posizione della Chiesa cristiana che ritiene tale normativa contraria alla libertà religiosa in quanto il sistema educativo delle scuole religiose si fonda sull'utilizzo delle punizioni corporali così come previsto dalla Bibbia. Nel caso di specie la Corte afferma la sussistenza di una «multiplicity of intersecting constitutional values and interests» e decide proprio sulla base della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo ove è sancito l'interesse del minore a essere protetto da trattamenti degradanti.

<sup>4</sup> C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»*, in *Riv. Dir. int.*, 2010, 981 ss. L'Autore tenta di definire il concetto di superiore interesse del minore attraverso l'interpretazione della Convenzione di New York secondo i criteri sanciti dalla Convenzione sul diritto dei Trattati. Vedi anche in tema, P. MARTINELLI - J. MOYERSON, *L'interesse del minore: proviamo a ripensarlo davvero*, in *Min. giust.*, 2011, 7 ss.; R. RIVELLO, *L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità*, in *Min. giust.*, 2011, 15 ss.; F. SANTOSUOSSO, *Il minore e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo*, in *Iust.*, 1997, 361 ss.

Seguendo tale percorso argomentativo si potrebbe tentare di definire il superiore interesse del minore. L'espressione in esame si trova formulata per la prima volta nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1959<sup>5</sup>. Nella versione inglese la Dichiarazione, all'art. 2, statuiva che «*the best interests of the child shall be the paramount consideration*», espressione che potrebbe essere tradotta nel senso che il superiore interesse del minore dovrebbe avere la considerazione *decisiva*. Tale formulazione venne presto abbandonata nel corso dei lavori preparatori per la redazione della Convenzione sui diritti del bambino del 1979. Si ritenne più opportuno parlare di «*a primary consideration*»: l'utilizzo dell'articolo indeterminato (“a” invece di “the”) e il passaggio dall'aggettivo “paramount” all'aggettivo “primary” indica la necessità di un bilanciamento di interessi: la posizione del minore deve essere messa a sistema con le ulteriori posizioni in gioco.

Il primo criterio interpretativo tracciato dalla Convenzione di Vienna impone una verifica testuale e letterale della Convenzione sui diritti del fanciullo nella sua formulazione linguistica originaria. Tra le diverse lingue ufficiali, per comodità di trattazione, vengono considerate la versione inglese e francese. Appare evidente una prima singolarità: il testo inglese afferma che «*the best interests of the child shall be a primary consideration*», mentre il testo francese «*l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale*». Le differenze nelle due formulazioni non sono di poco conto: innanzitutto l'inglese parla di interessi, al plurale, con ciò introducendo il concetto per cui il minore sarebbe portatore di più interessi, da bilanciare; il testo francese si riferisce invece all'interesse al singolare, individuando una posizione univoca del minore che deve prevalere sulle posizioni degli altri soggetti coinvolti nelle decisioni. Nella versione, non ufficiale, italiana (la stessa che viene utilizzata nella legge di autorizzazione alla ratifica) il nostro ordinamento pare aver accreditato la versione francese.

Il secondo passaggio interpretativo fornito dalla Convenzione sul diritto dei trattati richiede l'analisi del testo e del contesto della disposizione di dubbia portata ermeneutica. In primo luogo, il bambino vanta diversi interessi che possono anche confliggere in alcuni casi (si parla dell'interesse al benessere fisico, all'integrazione sociale, allo sviluppo intellettuale, all'equilibrio psichico); inoltre, ciò che appare nell'interesse del bambino può divergere a seconda che si prenda come momento di riferimento il presente o il futuro: l'interesse del minore va valutato nel momento della sola decisione giurisdizionale oppure in proiezione futura<sup>6</sup>? Ancor più complessa la risoluzione dell'interrogativo circa il rapporto tra interesse del minore e diritti fondamentali. Più in particolare, il riferimento all'interesse del minore in che rapporto si colloca con i diritti del fanciullo, sanciti all'interno del *corpus* dello strumento convenzionale? Si tratta di una posizione giuridica di minore forza? Questi interrogativi sorgono nel momento in cui il principio del *best interests of the child* viene letto nel contesto della normativa internazionale in cui è proclamato. La questione non è di poco conto. Si pensi ai casi in cui l'interesse del minore confligga con uno dei diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione sui diritti del fanciullo<sup>7</sup> o dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In tale percorso di ricostruzione dell'esatta nozione del principio in esame, un ulteriore criterio utilizzabile è rappresentato dall'analisi dei commenti generali del Comitato sui diritti del fanciullo<sup>8</sup>. Emerge con chiarezza come esiste una “tendenza universale”, cioè comune agli Stati parte della Convenzione, a considerare alcune condotte certamente contrarie all'interesse del minore<sup>9</sup>, nonché la convinzione che l'interesse del bambino va salvaguardato a preferenza di altri.

Il procedimento ermeneutico elaborato fonda la conclusione che sussiste una difficoltà oggettiva a interpretare la nozione di superiore interesse del minore. Si tratta di un'espressione che per sua stessa natura è foriera di ambiguità e di molteplici interpretazioni. Ciò non deve stupire l'interprete: la tutela dell'infanzia è un settore del diritto in continua evoluzione, mutando consapevolezza ed esigenza dal tessuto sociale sottostante. Il fanciullo, nell'elaborazione giurisprudenziale e dottrina del secolo scorso, appariva come un oggetto del diritto, parte passiva nelle relazioni familiari e sottoposto all'autorità degli esercenti la “patria potestà”. Il superiore interesse del minore, in questo assetto di interessi, determinava la ricerca di quegli

---

<sup>5</sup> Vedi [www.un.org/cyberschoolbus/humanrights/resources/child.asp](http://www.un.org/cyberschoolbus/humanrights/resources/child.asp).

<sup>6</sup> Si pensi, in chiave esemplificativa, alla prassi giurisprudenziale che esclude l'affidamento dei minori a coppie omosessuali. In questo caso l'interesse del minore a essere cresciuto da una famiglia eterosessuale appare dominante nel tessuto sociale e culturale odierno, ma non è da escludere una diversa soluzione nel prossimo futuro o in alcuni Stati.

<sup>7</sup> Il rapporto tra diritto di ascolto del minore e superiore interesse che, in talune circostanze, può comportare la necessità di non procedere all'audizione del bambino poiché questo comporterebbe un danno psicofisico e/o un *vulnus* all'equilibrio psichico del bambino.

<sup>8</sup> Il Comitato vigila sul rispetto dei diritti del fanciullo, ma per espressa previsione normativa non vanta alcuna competenza di natura giurisdizionale, non valuta quindi gli inadempimenti degli Stati nel rispetto della Convenzione. Tuttavia, pur non producendo “giurisprudenza” in senso stretto, il Comitato si occupa di interpretare la Convenzione, alla luce degli apporti forniti dagli Stati contraenti.

<sup>9</sup> Tra queste si citano in via esemplificativa le mutilazioni genitali, il ritorno in famiglia a rischio di violenze sessuali, le punizioni corporali, la fissazione per legge di un'età matrimoniale molto bassa, la discriminazione verso bambini appartenenti a gruppi minoritari.

equilibri basati su una concezione verticistica di nucleo familiare e ancorati all'idea di uno *status filiationis*. Odiernamente, il fanciullo acquista la propria autonoma considerazione giuridica: egli è soggetto di diritto, titolare di una propria soggettività giuridica da tutelare e proteggere, avendo cura che i diritti fondamentali riconosciutigli trovino compiuta affermazione nelle sue relazioni familiari e sociali. In questo mutato contesto, il superiore interesse del minore si riempie di nuovi contenuti e di una rinnovata portata applicativa nella prassi giurisdizionale e dottrina. Il principio in esame diviene, in un primo momento, criterio interpretativo dei diritti fondamentali del minore e, da ultimo, criterio generale che fonda e ispira, in via autonoma, la protezione giuridica di questo riaffermato soggetto del diritto: il minore.

## 2. Il superiore interesse del minore: da criterio ispiratore a principio generale nel sistema internazionale a tutela del minore

Come anticipato nel paragrafo precedente, il principio del *best interests of the child* ha subito una notevole evoluzione dogmatica nella prassi giurisprudenziale e dottrina, in linea con una rinnovata concezione del minore nel tessuto sociale e giuridico.

Nel secolo scorso, le relazioni familiari erano costruite attorno la figura dell'esercente la patria potestà, con una progressiva affermazione della parità tra padre e madre, che comportava il superamento del concetto di "patria" potestà verso il più ampio concetto di "autorità genitoriale". Il minore, pertanto, era oggetto delle relazioni familiari, sottoposto alle decisioni dei genitori, che dovevano certamente essere prese in considerazione del suo interesse, nel rispetto delle sue inclinazioni ed esigenze (come cita lo stesso art. 147 del codice civile italiano del 1942).

In questa fase storica, non vi era ancora una concettualizzazione della figura del minore come soggetto di diritto, considerato invero solo nella sua veste di figlio. Il bambino era oggetto di norme di diritto, solo in quanto titolare di tale *status filiationis*.

Alla fine del secolo scorso emergono i primi tentativi di tutela autonoma del minore, inteso in una rinnovata accezione di soggetto di diritto: il bambino viene tutelato in quanto persona, soggetto autonomo e titolare di posizioni giuridiche soggettive a lui riconosciute in quanto tale. E' il periodo dell'elaborazione degli strumenti internazionali volti alla protezione del fanciullo e al riconoscimento espresso dei suoi diritti fondamentali. In questo contesto in evoluzione viene coniato il principio del superiore interesse.

In una prima fase applicativa, la prassi giurisprudenziale appariva restia nell'utilizzo del brocardo *best interests of the child*. Ciò in dipendenza delle difficoltà ermeneutiche nel riempire di contenuto il principio o del substrato culturale degli interpreti ancorati ad una concezione verticistica delle relazioni familiari, nel cui contesto appariva inammissibile una concezione autonoma del minore.

In questo periodo storico, che coincide con la fine del secolo scorso, anche le legislazioni nazionali nella materia del diritto di famiglia mutano: si assiste alla trasformazione del concetto di "autorità genitoriale" in quello di "responsabilità genitoriale"<sup>10</sup>. Il padre e la madre, nel mutato assetto di interessi tracciato, non esercitano più un potere verso il minore, ma assumono la responsabilità di assistere, educare e mantenere la prole nella sua crescita quale autonomo soggetto, divengono garanti del rispetto dei suoi diritti fondamentali che egli esercita prima di tutto nel contesto familiare<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Così prevede l'art. 18 della Convenzione di New York del 1989 che richiede ai genitori di educare la prole nel suo prevalente interesse, con ciò confermando l'orientamento secondo cui il minore non è soggetto passivo della relazione genitoriale, ma soggetto attivo di un rapporto che lo vede protagonista in quanto portatore di diritti e interessi autonomi che non possono essere ignorati nel contesto familiare. La conclusione è che nel caso di allontanamento del minore ad opera di uno dei genitori, quest'ultimo viola il diritto del bambino alla bigenitorialità con l'ulteriore conseguenza che il superiore interesse del minore impone la condanna di questo comportamento illegittimo. In questo senso si è espressa Cour Cass. Franc., 4 luglio 2006, n. 1127, in *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2007, 622 ss., sancendo il principio di diritto per cui ogni membro della famiglia deve rispettare i diritti dei componenti il nucleo, per cui i giudici del merito devono valutare se il comportamento della madre che ritiene di trasferire il figlio non implichi una violazione del suo superiore interesse a intrattenere relazioni stabili con entrambi i genitori.

<sup>11</sup> La ridefinizione dei rapporti genitore – figlio che veda il minore sempre più protagonista del nucleo familiare si esplica attraverso la sostituzione del termine autorità genitoriale con il diverso binomio della responsabilità genitoriale. Sull'evoluzione del diritto di famiglia si è espresso il Consiglio d'Europa con la Raccomandazione 874 del 1979 relativa a una *Charte européenne des droits de l'enfant*, adottata il 4 ottobre 1979, la quale afferma che occorre sostituire le due nozioni richiamate, precisando i diritti del minore quale soggetto autonomo all'interno del nucleo familiare. A livello di Unione europea, non diversamente dispone il Parlamento europeo con la Risoluzione A3-0172/1992 relativa alla *Charte européenne des droits de l'enfant* adottata l'8 luglio 1992. Gli Stati membri dell'Unione europea hanno operato un sostanziale mutamento delle proprie legislazioni intere. Senza voler essere esaustivi, il Belgio ha iniziato la riforma già nel lontano 1995, giungendo al suo completamento con la legge del 18 luglio 2006, in tema: J. SOSSON, *La mise en œuvre concrète des principes relatifs à l'autorité parentale: focus sur quelques questions pratiques*, in *Dr. familles*, 2010, 148 ss.; M. FALLON, *La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparées et réglementant l'exécution forcée en matière*

In questo quadro giuridico, il principio del superiore interesse del minore acquista una sua progressiva rilevanza autonoma e appare frequentemente richiamato nelle decisioni giurisdizionali in materia. Mutato il quadro giuridico di riferimento e avendo il minore acquisito una propria autonoma soggettività giuridica, il superiore interesse del minore diviene chiave di lettura del sistema di protezione e tutela del fanciullo. In questo contesto, si possono individuare due fasi evolutive nell'interpretazione del superiore interesse del minore: in primis il principio è criterio interpretativo nella materia dell'ordinamento minorile, successivamente *the best interests of the child* diviene principio generale avente portata autonoma.

Più in particolare, in una prima fase, la giurisprudenza e la dottrina si riferiscono al principio del superiore interesse del minore valorizzandone la portata esplicativa nel contesto dei singoli diritti riconosciuti al minore. Nelle decisioni che riguardano la prole, quindi, le singole disposizioni normative vengono interpretate alla luce del suo superiore interesse. In via esemplificativa, il diritto alla bigenitorialità<sup>12</sup> implica che appare nel superiore interesse del minore intrattenere relazioni stabili e significative con entrambi i genitori, sia nella fase fisiologica della vita familiare che nel caso di crisi delle relazioni tra coniugi o conviventi. Tuttavia, in materia di responsabilità genitoriale in caso di separazione e divorzio si assiste a decisioni giurisdizionali che possono limitare la relazione del minore con uno dei due genitori ciò in virtù di una considerazione differente dell'interesse del bambino nel caso concreto. Tali decisioni sono giustificate e assistite proprio dalla valorizzazione del *best interests of the child* che funge da criterio ermeneutico per il giudice chiamato a decidere della cura del minore.

Questo passaggio interpretativo appare costante soprattutto nella prassi dei tribunali nazionali, in cui, statisticamente, il maggior numero di decisioni giurisdizionali concernenti la posizione giuridica del minore riguardano il contesto delle relazioni familiari.

Progressivamente si assiste ad una evoluzione della portata applicativa del principio del superiore interesse del minore che, pur conservando il valore di criterio ermeneutico, diviene principio generale del sistema di tutela del minore. In tal senso, alla luce del *best interests of the child*, la giurisprudenza elabora importanti *revirement* delle proprie posizioni consolidate, giungendo in taluni casi a stravolgere il senso e la portata della stessa normativa a protezione del minore.

Da ultimo, quindi, il superiore interesse del minore può essere considerato un principio generale all'interno del sistema giuridico di tutela del fanciullo, che fonda in maniera autonoma decisioni giurisdizionali originali e nuove, nella prospettiva secondo cui nella protezione dei suoi diritti fondamentali non trovano ingresso meccanismi stereotipati e automatici, quanto soluzioni ragionate *case by case*, avendo presente la cura del *best interests* non del minore quale soggetto generale del diritto, ma del singolo fanciullo destinatario finale del provvedimento giurisdizionale.

Per meglio comprendere il percorso evolutivo descritto, senza pretesa alcuna di essere esaustivi sul punto, si conviene di ripercorrere alcuni storici *revirement* giurisprudenziali in specifici ambiti di protezione giuridica del fanciullo in cui il *best interests of the child* da criterio interpretativo delle disposizioni pertinenti diviene principio generale del sistema.

Si analizzeranno di seguito, quindi, il settore della sottrazione internazionale del minore, del riconoscimento dello *status* di rifugiato a minore sottratto, dell'affidamento del fanciullo a coppie omosessuali, nonché del riconoscimento giuridico della c.d. *kafalah* negli ordinamenti europei<sup>13</sup>.

### 3. Il superiore interesse del minore vittima di sottrazione internazionale: da criterio interpretativo nelle decisioni di ritorno ad autonoma causa ostativa al rientro presso la residenza abituale. Il *revirement* della Corte europea dei diritti dell'uomo

---

*d'hébergement d'enfant*, in *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, 9 ss. La Francia si è adeguata con legge del 4 marzo 2002, anche se non ha abbandonato formalmente il concetto di "autorité parentale", l'assetto giuridico statuisce il dovere dei genitori di educare e istruire la prole nel suo prevalente interesse. In Italia il processo di riforma delle relazioni familiari e della filiazione si è concluso con la legge 10 dicembre 2012 n. 219, volta ad equiparare i figli naturali ai figli legittimi, nel più ampio quadro dei diritti del minore quale soggetto autonomo dell'ordinamento giuridico.

<sup>12</sup> Disciplinato dall'art. 24 della Carta di Nizza, dall'art. 9 della Convenzione di New York del 1989, dall'art. 8 della CEDU (secondo l'interpretazione fornita dalla consolidata giurisprudenza di Strasburgo), nonché a livello interno italiano, dagli artt. 155 e ss. come novellati con legge 54/2006.

<sup>13</sup> Una premessa di metodo si rende necessaria. I tre settori individuati verranno di seguito approfonditi in maniera trasversale e al solo fine di verificare la precedente affermazione in tema di evoluzione del concetto del superiore interesse del minore. Per questioni di brevità della trattazione, quindi, nessuno dei tre ambiti individuati verrà adeguatamente approfondito.

Uno dei settori di tutela dei diritti del minore di notevole interesse dogmatico appare l'ordinamento giuridico in materia di sottrazione internazionale. Il *legal kidnapping* consiste nel trasferimento o trattenimento oltre frontiera della prole in violazione di un diritto di affidamento, perpetrato da un genitore a scapito dell'altro. Si tratta di una fattispecie illecita a connotazione transnazionale che implica la violazione di una pluralità di posizioni giuridiche soggettive tanto in capo al minore, vittima del trasferimento, quanto al genitore che subisce la perdita del figlio. Il fenomeno, proprio per le sue connotazioni ultraterritoriali, trova disciplina in diversi strumenti internazionali e più compiutamente nella Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale e, a livello di Unione europea, nel Regolamento 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale. Tale composito sistema giuridico si fonda, espressamente, sulla convinzione che è nel superiore interesse del minore sottratto fare immediato ritorno nel suo luogo di residenza abituale precedente all'illecito, centro dei suoi interessi e affetti. Pertanto, la normativa sovranazionale prevede che il giudice del luogo di rifugio deve prontamente ordinare il ritorno del minore in patria, salve eccezioni tassativamente previste.

La tematica della sottrazione internazionale del minore, come tutti i settori di disciplina specifica, involge il delicato problema della tutela dei diritti fondamentali del fanciullo, pregiudicati dal comportamento illecito di cui la prole è vittima. Ne deriva che il dato normativo specifico e settoriale deve essere letto in combinato disposto con la normativa internazionale a tutela dei diritti fondamentali del minore<sup>14</sup>. Proprio per tale ragione, l'ambito giuridico del *legal kidnapping* è caratterizzato da pronunce nazionali aventi ad oggetto la questione del ritorno del minore nel luogo di residenza abituale, nonché decisioni giurisdizionali delle Corti internazionali europee chiamate a tutelare i diritti fondamentali delle vittime dell'illecito trasferimento (o, più precisamente, con riferimento all'ordinamento giuridico europeo, pronunce relative all'esatta portata e interpretazione del diritto dell'Unione europea applicabile).

In tale panorama giurisprudenziale si rende possibile tracciare il percorso evolutivo di cui si è dato atto in premessa in materia di superiore interesse del minore.

La tutela del minore sottratto si è caratterizzata, infatti, per due fasi di incidenza del principio del superiore interesse del minore: chiave interpretativa in un primo nucleo di decisioni, principio generale ed autonomo, più di recente. Occorre premettere che i giudici nazionali, chiamati a pronunciarsi sul ritorno del minore, appaiono statisticamente meno propensi ad utilizzare la formula del *best interests of the child*, che trova, viceversa, dignità applicativa nelle decisioni sovranazionali.

Più in particolare, in ambito nazionale, appare difficile ricostruire un unico filone giurisprudenziale chiaro nella tutela del minore sottratto, tanto che in dottrina il settore viene definito come caratterizzato da un "caos interpretativo". Nell'applicare il dato normativo internazionale, i giudici del caso concreto sembrano più preoccupati di decidere la singola fattispecie pendente *sub judice* senza preoccuparsi di tracciare un orientamento interpretativo chiaro e consolidato in materia. Maggiore sforzo ermeneutico si rinviene nelle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata a verificare la presunta violazione dell'art. 8 della Convenzione europea, in ragione del mancato rispetto del diritto alla vita privata e familiare delle parti coinvolte.

È proprio in questa giurisprudenza sovranazionale in materia di *legal kidnapping* che si rinviene l'evoluzione del principio del superiore interesse del minore.

In un primo momento, la Corte europea dei diritti dell'uomo esordisce con una serie di pronunce in cui viene sancito il principio di diritto secondo cui l'applicazione ragionevole e proporzionata della Convenzione dell'Aja in materia di sottrazione internazionale di minore, assicurando la tutela del superiore interesse del minore a fare pronto rientro nel luogo di residenza del minore, non viola l'art. 8 della Convenzione europea. Ciò in forza della presunzione giuridica per cui il ritorno del minore immediato e automatico è esplicitazione

---

<sup>14</sup> Ciò comporta una lettura convenzionalmente orientata della normativa in materia di sottrazione internazionale, alla luce della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 (a livello internazionale), della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 (a livello regionale europeo), della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000 (a livello di Unione europea). Solo incidentalmente si precisa che i tre strumenti richiamati non si trovano in rapporto gerarchico, ma complementare; anche alla luce del *Presidium* alla Carta di Nizza che esplicita i rapporti tra la stessa e la Convenzione del Consiglio d'Europa. Peraltro, nella specifica materia della tutela del minore, si segnala una possibile equiparazione dei diritti riconosciuti in seno agli strumenti richiamati, sussistendo, invece, una notevole differenza in punto di tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche ivi riconosciute. In particolare, lo strumento internazionale elaborato in seno all'Organizzazione delle Nazioni Unite non prevede un organo giurisdizionale a tutela dei diritti in esso sanciti. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, viceversa, ha determinato la creazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, competente a giudicare su ricorsi individuali aventi ad oggetto la presunta violazione dei diritti fondamentali del cittadino. Allo stesso modo, la portata vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è assicurata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea. Per ragioni di brevità non si rende possibile in questa sede analizzare la delicata questione dei diversi livelli di tutela giurisdizionale assicurati dalle due Corti internazionali europee.

del principio del *best interests of the child*, con l'ulteriore conseguenza che il diritto del minore al rispetto della vita privata e familiare è pienamente garantito in virtù del suo pronto rientro. Anche le cause ostative al rimpatrio (sancite dagli articoli 12 e 13 della Convenzione dell'Aja del 1980) sono interpretate come espressione del superiore interesse del minore e come tali, applicate restrittivamente, impongono un temperamento all'automatismo della normativa in materia di ritorno. In questo primo nucleo di decisioni, il superiore interesse del minore viene utilizzato come criterio interpretativo della normativa e come parametro di valutazione della discrezionalità e del margine di apprezzamento dello Stato nel disporre i provvedimenti in materia di cura del minore sottratto.

Più in particolare, il controllo estrinseco della Corte europea si fonda sulla considerazione che, sussistendo un testo convenzionale esplicito, lo Stato parte integra una violazione dell'art. 8 della Convenzione di salvaguardia ogni qualvolta ometta di porre in essere quelle obbligazioni positive di tutela previste dal diritto internazionale privato pattizio. In ossequio a tale principio, la Corte rileva la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare nel caso di eccessiva durata del procedimento di ritorno o ancora in ipotesi di mancata attivazione della normativa penale in materia di sottrazione internazionale. Viceversa le cause ostative al rimpatrio sono interpretate in maniera restrittiva, per cui non viene riconosciuta la sussistenza di un rischio grave di danno alla salute del bambino per il solo fatto della separazione dalla madre sottraente<sup>15</sup>. In queste pronunce, il superiore interesse del minore è criterio per interpretare l'esatta portata dei vincoli di tutela imposti allo Stato in favore del minore, nonché per riempire di contenuto le disposizioni in materia di ritorno.

L'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo muta nel 2010 quando i giudici di Strasburgo sono chiamati a giudicare un caso di sottrazione internazionale in cui la mera applicazione del dato normativo avrebbe condotto ad una decisione giurisdizionale contraria al superiore interesse del minore. Il *leading case* è il celebre caso della sottrazione internazionale del piccolo *Noam Shuruk* perpetrata dalla madre, la signora *Neulinger* di nazionalità svizzera, ai danni del padre, il signor *Shuruk*, cittadino israeliano<sup>16</sup>. La questione imponeva diverse pronunce sia dei tribunali elvetici che dei tribunali israeliani. In un primo momento, la giurisdizione dello Stato di rifugio del minore, ritenuta integrata la sottrazione internazionale del piccolo *Noam*, si pronunciava per il non ritorno del bambino stante l'esistenza di una causa ostativa al rimpatrio: sussisteva il rischio di esporre il bambino ad un pericolo fisico o psichico o ad una situazione intollerabile a causa del suo rientro in Israele (art. 13, lett. b) della Convenzione dell'Aja del 1980). Tale decisione, confermata in appello, veniva ribaltata dal Tribunale federale (giudice di ultimo grado) il quale rilevava la necessità di interpretare restrittivamente le cause ostative al rimpatrio e, pertanto, non riteneva sussistente alcun rischio grave per il minore per il fatto del suo ritorno, considerato come la madre avrebbe potuto riaccomparlo in Israele eliminando il danno da separazione. La signora *Neulinger*, prima che la sentenza venisse eseguita, si rivolgeva alla Corte europea dei diritti dell'uomo, a nome proprio e come tutore del piccolo *Noam*, ritenendo violato il loro diritto al rispetto della vita privata e familiare, stante l'eccessiva ingerenza delle autorità elvetiche nel disporre il ritorno del bambino in Israele senza tenere in dovuta considerazione le circostanze del caso di specie che imponevano di ritenere integrata la causa ostativa di cui all'art. 13, lett. b), della Convenzione dell'Aja del 1980<sup>17</sup>. La prima pronuncia della Corte europea dei

---

<sup>15</sup> Corte eur. dir. uomo, 13 settembre 2005, n. 77710/01, *H.N. c. Polonia*; Corte eur. dir. uomo, 15 dicembre 2005, *Karadzic c. Croazia*; Corte eur. dir. uomo, 22 giugno 2006, n. 35030/04, *Bianchi c. Svizzera*; tutte commentate in G. WILL, *Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008)*, in *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, 799 ss. In tema: D. DELVAX, *L'intérêt supérieur de l'enfant et son déplacement illicite*, in *Jour. dr. jeun.*, 2006, 18 ss.; N. DEFFAINS, *Enlèvement International d'enfants et obligations positives des autorités nationales*, in *Europe*, 2003, 33 ss.

<sup>16</sup> Per comprendere la decisione della Corte europea nell'*affaire Neulinger* si rende necessario ripercorrere le tappe della vicenda. La vita familiare dei coniugi Shuruk viene fissata a Tel Aviv dove nasce *Noam* nel 2003. Successivamente, la crisi coniugale, dovuta anche a violenza domestica, porta i coniugi a chiedere la separazione personale: il piccolo *Noam* viene affidato alla madre, con diritto di visita condizionato del padre, nonostante la potestà genitoriale rimanga in capo ad ambedue i genitori. Uno dei punti di maggiore conflitto nella coppia riguarda l'educazione religiosa del figlio: il padre, appartenente al movimento religioso ebraico ultra – ortodosso "*Loubavitch*", desidera iscrivere il piccolo a una scuola che accoglie i bambini a partire dalla tenera età di 3 anni. Allarmata da tale prospettiva la madre chiede e ottiene un divieto di espatrio per il figlio sino al compimento della maggiore età (la scuola si trovava al di fuori del territorio israeliano). Successivamente, stante anche il mancato pagamento del contributo di mantenimento da parte del sig. Shuruk, la signora *Neulinger* intende fare ritorno in Svizzera e chiede che venga ritirato il divieto di espatrio per il bambino. Non ottenendo il consenso all'espatrio, la signora *Neulinger* decideva in ogni caso di trasferirsi con il bambino. Il padre introitava una domanda di ritorno del minore stante l'illegittimità del trasferimento in Svizzera.

<sup>17</sup> Il ritorno del bambino in Israele appariva controproducente per il suo benessere psicofisico stante i trascorsi violenti del padre, considerato l'inadempimento dell'obbligo di mantenimento nei confronti della prole e considerato come, nelle more del giudizio, il signor Shuruk aveva contratto un nuovo matrimonio, salvo poi separarsi avuta notizia della gravidanza della nuova moglie e il successivo inadempimento dell'onere di mantenere il neonato. Inoltre, il piccolo *Noam* rischiava la separazione dalla madre una volta rientrati in Israele considerato come la stessa poteva essere sottoposta all'esercizio dell'azione penale, in ragione della sottrazione del figlio in violazione del divieto di

diritti dell'uomo<sup>18</sup>, ponendosi probabilmente sulla scia della precedente impostazione giurisprudenziale, dichiarava la non violazione dell'art. 8 CEDU, ritenendo rispettate le norme convenzionali che impongono di disporre il ritorno del minore e di interpretare restrittivamente le eccezioni al rientro. Nel caso di specie, riconoscere l'esistenza del rischio grave per il fatto del rientro avrebbe garantito alla madre sottraente un risultato favorevole, con ciò eliminando l'effetto deterrente del sistema internazionale a protezione del minore sottratto. La questione viene quindi rimessa alla Grande Camera della Corte europea<sup>19</sup> che ribaltando la precedente pronuncia riconosce una violazione dell'art. 8 CEDU *sub specie* di violazione del superiore interesse del minore.

Appare interessante come i giudici di Strasburgo, pur concludendo per la violazione dell'art. 8 della Convenzione europea, non criticano apertamente la decisione di ritorno resa dalla giurisdizione elvetica di ultima istanza, ma fondano il proprio convincimento su un cambiamento di circostanze successivo al provvedimento definitivo sul ritorno di *Noam*<sup>20</sup>, ponendo l'accento sull'integrazione del minore in Svizzera, correlata al decorso di un notevole lasso di tempo (al momento della sottrazione il bambino aveva due anni, all'atto finale di questa lunga battaglia giudiziaria *Noam* ha 7 anni, frequenta le scuole elvetiche e parla perfettamente il francese), nonché sul comportamento inadeguato del padre; inoltre, anche la possibilità che la madre venga sottoposta a misura limitativa della libertà personale una volta rientrata in Israele rappresenta un fattore da tenere in considerazione. La Corte europea afferma che tutti questi fatti complessivamente considerati rendono il ritorno del bambino contrario al suo superiore interesse e, quindi, al rispetto della sua vita privata e familiare.

È interessante notare il percorso ermeneutico posto in essere dalla Corte di Strasburgo per tracciare tale conclusione. Se fino a questo momento il controllo di compatibilità si fondava su una lettura congiunta della Convenzione europea e della Convenzione dell'Aja del 1980, tanto che la corretta applicazione di quest'ultima determinava pronunce di non violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare; in questa occasione i giudici strasburghesi chiamano in causa un terzo strumento internazionale, ossia la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo<sup>21</sup>. L'entrata in scena di questo strumento internazionale ha però effetti dirompenti nel ragionamento seguito dalla Corte europea: essa afferma la prevalenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Convenzione di New York, trattati internazionali a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, rispetto alla Convenzione dell'Aja del 1980, strumento di natura processuale che si occupa di sola cooperazione tra gli Stati parte, con l'ulteriore conseguenza che deve essere abbandonato ogni automatismo nell'applicare le regole in materia di sottrazione di minore a favore di un'analisi concreta del superiore interesse del fanciullo nel singolo caso pendente *sub judice*<sup>22</sup>.

Anche la giurisprudenza successiva al caso *Neulinger*, consolida la portata centrale ed autonoma del principio del superiore interesse del minore, addivenendo a pronunce che dichiarano la violazione dell'art. 8 della Convenzione di salvaguardia motivate dalla mancanza di un'analisi accurata e approfondita del superiore interesse del minore nel caso concreto<sup>23</sup>. A livello nazionale, i principi di cui sopra comportano una rilevanza autonoma del superiore interesse del minore, tale da giustificare pronunce di non ritorno fondate sulla mera separazione della prole dal genitore sottraente, questione di fatto sempre considerata insufficiente ad impedire la *restituito ad integrum* del minore. Nel caso deciso dalla Corte di Cassazione francese<sup>24</sup>, viene negato il ritorno del minore sottratto poiché l'allontanamento dalla madre sottraente sarebbe contrario al suo superiore interesse, sancendo anche la paralisi della Convenzione dell'Aja del 1980, nel caso in cui la sua applicazione comporti una decisione che, nel caso concreto, non appare nel *best interests of the child*.

In conclusione, il principio del superiore interesse del minore determina un vero e proprio *revirement* nella giurisprudenza sovranazionale e non solo. Se in un primo momento, il principio viene utilizzato come

---

espatrio, fattispecie per la quale in Israele è prevista anche una pena detentiva. Tutte queste circostanze implicano la necessità di considerare che sussiste un rischio grave a cui si sottopone il minore a causa del suo ritorno.

<sup>18</sup> Corte eur. dir. uomo, 8 gennaio 2009, n. 41615/07, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera* (Neulinger I)

<sup>19</sup> Corte eur. dir. uomo, 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, (Neulinger II), cit.

<sup>20</sup> Una parte della dottrina per tale motivo ritiene che la pronuncia in commento rappresenti un "quarto grado" di giudizio sul caso della sottrazione internazionale del piccolo *Noam* piuttosto che un vaglio di conformità classicamente inteso.

<sup>21</sup> Il percorso ermeneutico appare quello tracciato in alcuni storici precedenti in tema di sottrazione internazionale di minore ove si richiama l'art. 31, par. 3, lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati per giustificare un'interpretazione sistematica della Convenzione europea: essa lungi dall'essere interpretata in maniera isolata deve essere posta all'interno dell'ordine giuridico internazionale e letta in combinato disposto alle altre norme rilevanti in materia. La disposizione di cui all'art. 31, in effetti, se appariva giustificata nelle precedenti pronunce della Corte europea che ritenevano sussistere una concordanza tra la Convenzione europea e la Convenzione dell'Aja del 1980, stupisce se utilizzata per "affossare" il sistema convenzionale in materia di sottrazione internazionale di minori.

<sup>22</sup> Punto 145 della sentenza in commento.

<sup>23</sup> Corte eur. dir. uomo, 12 luglio 2011, n. 14737/09, *Sneerson e Campanella c. Italia*.

<sup>24</sup> Cour de Cassation, 13 febbraio 2013, n. 10. Per un commento vedi N. DI LORENZO, *Il superiore interesse del minore sottratto supera l'applicazione della Convenzione dell'Aja 1980*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 50 ss.

chiave di lettura e interpretazione della Convenzione di diritto internazionale privato in materia di sottrazione di minore, si assiste ad una progressiva erosione dalla rigida applicazione della fonte di diritto in esame, per giungere a decisioni in cui il *best interests of the child* autonomamente considerato, determina provvedimenti giurisdizionali non stereotipati ma aderenti ad un'analisi *case by case*<sup>25</sup>.

### 3.1. *Il diritto alla protezione internazionale del minore vittima di sottrazione internazionale*

Le eccezioni al ritorno del minore devono essere interpretate restrittivamente, in quanto comportano la deroga al meccanismo di rimpatrio immediato e automatico del fanciullo sottratto. Una *querelle* interpretativa che ha impegnato la giurisprudenza nazionale di taluni ordinamenti giuridici concerne la possibilità di inquadrare nell'alveo dell'art. 13, lett. b), il caso in cui per il minore sottratto sia stata presentata una domanda di protezione internazionale nello Stato di rifugio. Più in particolare, la questione è se la domanda di asilo motivata in ragione del pericolo di subire trattamenti inumani e degradanti o di essere esposto a pericoli per il caso di rientro nel paese di cittadinanza integra la condizione del rischio di danno grave di cui alla Convenzione dell'Aja del 1980.

In un primo nucleo di decisioni, i giudici del caso concreto escludevano la possibile interferenza tra il procedimento di ritorno del minore e quello di protezione internazionale. Così nel caso *Kovacs v. Kovacs*<sup>26</sup> la Corte canadese riteneva di disporre il ritorno del minore in virtù della prevalenza della normativa in materia di sottrazione internazionale; nel caso *Canada v. Garcia*<sup>27</sup> il giudice stimava la necessità di rispettare la tempestività della *restitutio in integrum* del minore, per cui essendo il procedimento di ritorno più celere della domanda di asilo occorreva disporre il rimpatrio del minore per non pregiudicare l'effetto favorevole della celere risposta statale. In un caso di sottrazione internazionale dall'India verso l'Inghilterra<sup>28</sup> veniva confermato il ritorno del minore in virtù del suo superiore interesse di fare pronto rientro nel paese di residenza abituale, a nulla rilevando la domanda di asilo presentata dalla madre sottraente. Si ritiene, ancora una volta prevalente l'applicazione della Convenzione dell'Aja del 1980. In queste pronunce la questione giuridica sottoposta al giudice viene inquadrata nell'alveo dei rapporti tra le due normative confliggenti. Da ultimo, invece, in un recentissimo arresto della *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit*<sup>29</sup> la domanda di asilo assume rilievo ai sensi dell'art. 13, lett. b), della Convenzione dell'Aja 1980. In particolare, i ricorrenti erano i medesimi minori sottratti da uno zio e condotti in Texas, la procedura di ritorno veniva avanzata dalla madre residente in Messico, luogo di residenza abituale dei minori prima dell'illegittimo trasferimento. La domanda di rifugio si fondava sul timore che i bambini mostravano nei confronti del compagno della madre, asseritamente legato ad un'associazione criminale dedita allo spaccio di stupefacenti, nonché autore di presunte violenze e maltrattamenti sui minori. In primo grado, veniva ordinato il ritorno dei minori sul presupposto che il timore del fidanzato della madre, non confortato da ulteriori prove e/o allegazioni, non potesse giustificare un provvedimento di non ritorno. Nelle more dell'appello, i minori ottenevano su propria istanza un provvedimento di accoglimento dello status di rifugiati da parte degli organismi competenti a motivo di protezione internazionale. La Corte di Appello, pur ritenendo di non poter autonomamente modificare il provvedimento di ritorno emesso dalla Corte distrettuale competente, rimette la questione alla stessa affinché si pronunci sulla possibilità di ritenere integrata la causa ostativa al rimpatrio ex art. 13, lett. b), della Convenzione dell'Aja del 1980 a motivo dello status di rifugiato concesso ai minori proprio in ragione del rischio di danno grave in cui gli stessi incorrono per effetto del ritorno nel luogo di residenza abituale. Più in particolare, il provvedimento giurisdizionale in commento, facendo leva sul superiore interesse del minore, propone un'interpretazione evolutiva delle cause ostative al ritorno del

<sup>25</sup> Tuttavia non si possono non mostrare perplessità in merito: la stringente applicazione della Convenzione dell'Aja del 1980 determinava la certezza della risposta giuridica all'illecito trasferimento del minore. Il sistema recuperatorio, ancorché irrigidito da un forte automatismo, aveva un effetto deterrente sulle condotte illecite del genitore sottraente, impedendo lo spostamento oltre frontiera a fini di *forum shopping*. Trattasi di un'esplicita finalità del sistema internazionale costruito intorno alla nozione di ritorno del minore. Inoltre, disporre che il giudice dello Stato di rifugio non potesse pronunciarsi nel merito della questione dell'affidamento e della cura del minore, garantiva che tali decisioni potessero essere rimesse al giudice del luogo di residenza abituale del minore prima dell'illegittimo trasferimento, l'unico deputato a conoscere approfonditamente delle esigenze di tutela del minore. L'interrogativo della dottrina è se tali conclusioni possano considerarsi in linea con un'efficace lotta al fenomeno del *legal kidnapping* che pregiudica i diritti fondamentali del fanciullo.

<sup>26</sup> Supreme Court of Ontario, 2002, 59 O.R., *Kovacs v. Kovacs*, in [www.incadat.com/index.cfm?act=analysis.show&sl=3&Ing=2](http://www.incadat.com/index.cfm?act=analysis.show&sl=3&Ing=2).

<sup>27</sup> Federal Court of Appeal Montreal, 2007, FCA 75, *Canada v. Garcia*, in [www.incadat.com/index.cfm?act=analysis.show&sl=3&Ing=2](http://www.incadat.com/index.cfm?act=analysis.show&sl=3&Ing=2).

<sup>28</sup> Family Division of High Court for England and Wales, 2003, EWHC 1820, *Re H.*, in [www.incadat.com/index.cfm?act=analysis.show&sl=3&Ing=2](http://www.incadat.com/index.cfm?act=analysis.show&sl=3&Ing=2).

<sup>29</sup> United States Court of Appeals, 1 agosto 2014, n. 12-50783, in [www.incadat.com/index.cfm?act=analysis.show&sl=3&Ing=2](http://www.incadat.com/index.cfm?act=analysis.show&sl=3&Ing=2).

minore, giudicando la possibilità di considerare l'accoglimento di una domanda di asilo un fatto nuovo tale da determinare una revisione di un giudizio di ritorno, in ragione dell'art. 13, lett. b).

La recente pronuncia valorizza il principio del superiore interesse del minore quale strumento per garantire una più ampia tutela del minore sottratto, al fine di ampliare il novero delle cause ostative al ritorno presso il luogo di residenza abituale. Si supera, evidentemente, il precedente orientamento che risolveva la questione sulla base del conflitto tra norme, per addivenire ad una interpretazione del dettato normativo in materia di sottrazione internazionale di fanciulli volto a ricomprendere, in ragione al *best interests of the child*, i casi in cui viene chiesta e accordata protezione internazionale e riconosciuto lo *status* di rifugiato.

#### 4. Il superiore interesse del minore a “una famiglia” e l'affidamento a coppie omosessuali

Il minore vanta il diritto a crescere in un contesto familiare sano e equilibrato, ove gli adulti sono onerati della responsabilità di crescerlo, educarlo e istruirlo. Il fanciullo ha diritto ad avere relazioni stabili e significative con entrambi i genitori, diritto che può essere limitato solo ove ciò appaia nel suo superiore interesse (art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

Il minore è, quindi, titolare del diritto a una vita familiare, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il che comporta l'obbligo positivo per gli Stati di porre in essere tutte le misure necessarie a garantire al fanciullo un contesto familiare funzionale al suo sereno sviluppo<sup>30</sup>.

In giurisprudenza si è posta la delicata questione della possibilità di disporre l'affidamento del bambino a coppie omosessuali. Più in particolare, gli interpreti si sono chiesti se risponde al superiore interesse del minore crescere in un contesto familiare in cui sussiste una convivenza *more uxorio* tra soggetti dello stesso sesso. La questione è stata affrontata diversamente a seconda che il minore fosse legato da parentela con almeno uno dei membri della coppia omosessuale, dal caso in cui fossero i due conviventi a rendersi disponibili ad accogliere un fanciullo temporaneamente allontanato dal contesto familiare di origine.

Nel caso in cui la crisi del rapporto di coniugio e la conseguente instaurazione di una convivenza *more uxorio* di uno dei genitori con un *partner* dello stesso sesso la giurisprudenza ha esordito con un orientamento molto restrittivo. Si sosteneva la contrarietà della convivenza in oggetto all'ordine e alla morale della famiglia nei riguardi della prole, condotta, quindi, integrante il reato di cui all'art. 570 c.p. in quanto idonea a produrre la violazione dell'obbligo di educare i figli in conformità ai principi della morale<sup>31</sup>. Tale posizione è stata più di recente abbandonata in concomitanza con il riconoscimento di una copertura costituzionale alla convivenza *more uxorio* tra *partner* dello stesso sesso, quale formazione sociale in cui si svolge la personalità dell'individuo ai sensi e per gli effetti dell'art. 2 della Costituzione italiana<sup>32</sup>. Successivamente, già negli anni Ottanta, si registrano pronunce in cui si elide la presunzione per cui l'instaurata convivenza *more uxorio* del genitore con persona del suo stesso sesso sia pregiudizievole per il sano sviluppo del bambino. Occorre, a parere degli interpreti, valutare caso per caso se le concrete modalità in cui si svolge il rapporto tra i *partners* possa in effetti ledere la crescita armoniosa del minore<sup>33</sup>. Tale percorso ermeneutico viene condotto alle sue estreme conseguenze in una importante pronuncia della Corte di Cassazione<sup>34</sup> in cui entra in scena il principio del superiore interesse del minore. I giudici di legittimità valorizzano il principio del *best interests of the child* e, in particolare, il diritto del minore ad intrattenere relazioni stabili con entrambi i genitori, il quale non può essere compresso se non in virtù di una seria, allegata e certificata dimostrazione che la convivenza *more uxorio* del genitore con *partner* del medesimo sesso comporti una “*effettiva idoneità a costituire fonte di nocimento per il minore*”. Secondo la Corte di legittimità, quindi, il giudice del caso concreto non può che operare un ordinario accertamento circa la necessità di garantire relazioni stabili con entrambi i genitori, nonostante la crisi familiare, diritto che può

<sup>30</sup> Interessante il lavoro di C. EOCHÉ-DUVAL, *Le droit d'un enfant à être nourri, entretenu et élevé par sa mère et par son père est-il un principe à un valeur constitutionnelle?*, in *Rec. Dall.*, 2013, 786 ss. in cui ci si interroga se a livello costituzionale francese esiste una norma o un principio che riconosca il diritto del minore ad essere necessariamente educato e cresciuto da un padre e una madre congiuntamente.

<sup>31</sup> Così Cass. pen., 9 luglio 1962, in *Cass. pen. mass.*, 1963, 160 ss.; Corte app. L'Aquila, 31 dicembre 1976, in *Giur. mer.*, 1979, 625 ss.

<sup>32</sup> Negli anni Settanta si assiste ad un diverso riconoscimento giuridico alle convivenze omosessuali, riconosciute formazioni sociali ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, tuttavia questo *revirement* era limitato al caso in cui i componenti la nuova formazione non avessero generato prole. Si continua, pertanto, a interpretare come contraria all'interesse del minore la convivenza tra *partners* dello stesso sesso.

<sup>33</sup> Trib. Napoli, 6 maggio 1980, in *Giur. it.*, 1981, 26 ss., caso in cui venivano disposti opportuni accertamenti in ordine ad eventuali pregiudizi per i minori scaturenti dalla convivenza della madre.

<sup>34</sup> Così Cass. civ., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Corr. giur.*, 2013, 893 ss., con commento di L. BALESTRA, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra pregiudizio e interesse del minore*.

essere limitato solo in forza del superiore interesse del minore. Ciò avviene solo ed esclusivamente nel caso in cui il bambino possa trarre nocimento dalla relazione con uno dei due genitori, situazione che, a parere della Corte di Cassazione, non può essere rinvenuta tout court nella sussistenza di una convivenza di tipo omosessuale.

Altra delicata questione attiene la possibilità che una coppia convivente dello stesso sesso sia considerata idonea ad accogliere in affidamento temporaneo un bambino allontano dal contesto familiare di origine. Interessante una pronuncia di merito<sup>35</sup> che conferma un decreto di affidamento di una bambina ad una coppia di conviventi dello stesso sesso, sul presupposto che è nell'interesse superiore della bambina crescere in una "famiglia", potendosi intendere ai sensi dell'evoluzione giurisprudenziale in merito anche la convivenza more uxorio, caratterizzata da stabilità e certezza, tra persone dello stesso sesso<sup>36</sup>. Il ragionamento seguito dal giudice del caso concreto concerne la necessità di garantire al minore, momentaneamente allontanato da un contesto familiare giudicato inidoneo, a vivere in una "famiglia". Più in particolare, nella sentenza si riconosce il bisogno del bambino di crescere rapportandosi a due figure di riferimento di sesso diverso, un padre e una madre, ritenuti necessari al suo sereno sviluppo, tuttavia nel caso di affidamento temporaneo, il minore non percepisce una confusione dei ruoli, attribuendo alla famiglia temporanea un ruolo e un significato diverso dalla propria famiglia di origine, ove riconosce la figura paterna e materna. Tale iter logico, che giustifica il mancato riconoscimento di un generale diritto alla filiazione nelle coppie omosessuali, determina un'apertura importante nella giurisprudenza in materia di protezione della prole, riconoscendo che il diritto del minore a vivere in un contesto familiare, possa essere garantito, ancorchè temporaneamente, nell'ambito di una convivenza more uxorio tra *partners* dello stesso sesso. Anche in questa pronuncia, non si tratta del riconoscimento di un ulteriore diritto in capo agli adulti coinvolti, quanto di una valorizzazione del principio del *best interests of the child* che comporta il superamento degli ordinari principi e capisaldi dell'ordinamento giuridico in materia di protezione del minore per elaborare nuovi assetti in cui il bambino esplica la propria personalità ed esercita i propri diritti.

##### 5. Il riconoscimento dei provvedimenti di kafalah tra ordine pubblico internazionale e best interests of the child

La *kafalah* è un istituto di protezione del minore abbandonato disciplinato negli ordinamenti di matrice islamica, ove non è consentita l'adozione. Il bambino abbandonato (*makful*) viene affidato alle cure di una persona (*kafil*) che si impegna volontariamente a mantenerlo, educarlo e proteggerlo sino al raggiungimento della maggiore età. L'istituto è riconosciuto tra le misure di protezione del minore da diversi strumenti internazionali, quali la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 all'art. 20, par. 3; nonché nella Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e misure di protezione dei minori<sup>37</sup>.

Molto dibattuta la natura giuridica di tale misura di protezione. Secondo un orientamento minoritario, la *kafalah* dovrebbe essere ricondotto per analogia all'adozione, considerando come viene disposta in favore di un minore in totale e definitivo stato di abbandono, presupposto che negli ordinamenti occidentali determina l'adottabilità del bambino. Tuttavia, si registra una posizione che valorizza le differenze tra i due istituti: l'adozione determina l'acquisizione dello *status* di figlio da parte dell'adottato, mentre la *kafalah* è una misura che garantisce la protezione sino al raggiungimento della maggiore età, senza determinare l'ingresso del minore nella famiglia del *kafil*. Proprio per tale ragione, la giurisprudenza maggioritaria ritiene sussistente una maggiore analogia con l'istituto dell'affidamento temporaneo, previsto nel nostro

<sup>35</sup> Trib. min. Bologna, 31 ottobre 2013, in *Corr. giur.*, 2014, 155 con commento di C. RIMINI, *L'affidamento familiare ad una coppia omosessuale: il diritto del minore ad una famiglia e la molteplicità dei modelli familiari*.

<sup>36</sup> Sull'evoluzione del concetto di famiglia, ivi comprendendovi anche la coppia omosessuale, si veda Cass. civ., 15 maggio 2012, n. 4184, in *Fam. dir.*, 2012, 665 ss.; Corte cost., 15 marzo 2010, n. 138, in *Giur. it.*, 2011, 537, che rinviene la copertura costituzionale dell'unione omosessuale stabile e durata nell'art. 2 della Costituzione; nonché Corte eur. dir. uomo, 24 giugno 2010, n. 30141/04, *Schalk e Kopf v. Austria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 1137: il fondamento dell'unione tra persone dello stesso sesso è l'art. 8 della Convenzione europea che garantisce anche alle persone omosessuali il diritto al rispetto della vita familiare e, più precisamente, il diritto alla famiglia. L'evoluzione giurisprudenziale di cui si è dato atto non comporta il diritto della coppia omosessuale ad avere dei figli, per cui le coppie omosessuali nell'ordinamento italiano non possono accedere alla procreazione medicalmente assistita, né al procedimento di adozione.

<sup>37</sup> Il procedimento di ratifica di tale importante strumento di protezione dell'infanzia per l'Italia è stato avviato solo di recente quando il Consiglio dei Ministri, il 2 agosto 2013, ha approvato e trasmesso al Parlamento il disegno di legge per l'esecuzione nel nostro ordinamento di tale strumento di diritto pattizio.

ordinamento come misura assistenziale per l'infanzia nel caso di transitoria inidoneità dei genitori ad accudire la prole<sup>38</sup>.

Poste tali premesse la *vexata quaestio* affrontata dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale ritiene la compatibilità di questa misura di protezione con l'ordinamento interno, con specifico riferimento alla possibilità di riconoscimento e di ricongiungimento familiare a titolo di *kafalah*.

La questione deve essere affrontata distinguendo a seconda che il provvedimento di cura del minore in esame venga emesso in favore di un *kafil* straniero o cittadino di un Paese occidentale, *rectius* dell'Unione europea.

Nel caso in cui la *kafalah* attribuisca il dovere di cura del minore ad un cittadino straniero la giurisprudenza ha pacificamente ammesso sia il diritto al riconoscimento del provvedimento del giudice straniero, ex art. 67 della legge 218 del 1995, sia il diritto a richiedere il ricongiungimento familiare, secondo le norme del Testo unico sull'immigrazione, art. 29, comma 3, D.lgs. 286/1998. Ciò in forza della considerazione che il riconoscimento dei provvedimenti *de quibus* nelle Convenzioni internazionali determina la presunzione di non contrarietà di questa misura di protezione rispetto al superiore interesse del minore, nonché all'ordine pubblico internazionale<sup>39</sup>.

Controversa l'efficacia giuridica della *kafalah* concessa a cittadino europeo, in particolare italiano. La *vexata quaestio* attiene la compatibilità di questa misura di protezione con le norme in materia di adozione internazionale. In questo ambito il principio del superiore interesse del minore appare determinante al fine di consolidare un orientamento giurisprudenziale a tutela di una più forte protezione del minore.

Per quanto attiene il riconoscimento automatico dei provvedimenti di *kafalah* emessi in favore di un cittadino italiano, la giurisprudenza ha assunto una posizione di netta chiusura, dichiarando non riconoscibili tali misure di protezione nel nostro ordinamento se emesse nei confronti di un cittadino italiano. In particolare, gli interpreti ritengono che in questo caso l'intento del *kafil* sia di aggirare la normativa in materia di adozione internazionale prevista dalla legge 184 del 1983, la quale prescrive un complesso iter amministrativo e burocratico per ottenere l'adozione di un bambino di cittadinanza straniera. Lo scopo spiccatamente elusivo determina una contrarietà del riconoscimento del provvedimento straniero di *kafalah* all'ordine pubblico e, conseguentemente, la giurisprudenza consolidata non ammette l'efficacia automatica nel nostro ordinamento di decisioni di tal tipo<sup>40</sup>.

L'ordinamento francese, viceversa, riconosce efficacia giuridica al provvedimento di *kafalah* in virtù del principio del *best interests of the child*<sup>41</sup>, quale misura di protezione di diritto internazionale, conforme all'ordine pubblico. Tuttavia, la giurisprudenza consolidata afferma l'impossibilità di riconoscere l'adozione del bambino affidato in *kafalah*, sul presupposto che tale riconoscimento è precluso dal divieto di adozione statuito nell'ordinamento del Paese di origine del minore<sup>42</sup>. La questione è stata peraltro sottoposta al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo, sub specie di compatibilità di questo mancato riconoscimento e il

<sup>38</sup> In tal senso, Cass. civ., 20 marzo 2008, n. 7472, in *Dir. imm. citt.*, 2008, 148. In dottrina si registra anche la posizione di chi ritiene di dover attribuire alla *kafalah* natura giuridica *sui generis*, trattandosi di una misura di protezione di origine islamico, affatto corrispondente agli istituti propri degli ordinamenti occidentali. Si veda in tal senso, F. MARCHANDIER, nota a sentenza *Cour d'appel de Limoges, 25 janvier 2011*, in *Rev. cr. dr. int. pr.*, 2011, 690.

<sup>39</sup> Questo tipo di provvedimento hanno determinato invece problematiche di diritto internazionale privato relativamente alla competenza e alla legge applicabile nel caso in cui si chieda la modifica e/o la revoca della decisione di *kafalah* nello Stato ove la famiglia risiede. La questione è stata affrontata dalla *Cour d'appelle di Limoges* (cit. in nota 38) in una controversia in cui una volta ottenuto il riconoscimento del provvedimento di *kafalah* in Francia, il *kafil* intendeva fare rientro nel Paese di origine con il *macful*. I genitori, consenzienti alla *kafalah* di tipo negoziale, ne chiedevano la revoca per impedire il trasferimento del bambino dalla Francia. Il Giudice del caso concreto si interroga sull'esistenza di una competenza giurisdizionale dell'autorità francese a modificare la misura di protezione del minore, stante peraltro la mancata ratifica da parte del Paese di origine delle Convenzioni internazionali in materia.

<sup>40</sup> Cass. civ., 1 marzo 2010, n. 4868. Una certa dottrina ritiene che tale atteggiamento di totale chiusura sia contrario al superiore interesse del minore. In particolare, occorrerebbe esaminare il concreto intento perseguito dalla parte che abbia ottenuto una *kafalah* e ne chieda il riconoscimento. Non mancano casi in cui il *kafil*, cittadino europeo, richiama l'affidamento del minore dopo un periodo di contatto dovuto ad un prolungato soggiorno nel Paese di residenza abituale del minore, o ancora spinto da un mutamento di credo religioso, o perché legato da un vincolo di parentela con il minore medesimo. In questi casi non vi sarebbe un intento elusivo della normativa in materia di adozione internazionale e, conseguentemente, il provvedimento nel caso concreto potrebbe essere riconosciuto. In ogni caso, precisa questa dottrina tale possibilità sarebbe limitata alla sola *kafalah* giudiziale, ossia quella emessa su iniziativa e decisione dell'autorità giudiziaria dello Stato straniero e non anche per la *kafalah* negoziale, ancorché omologata, in cui rileva l'accordo tra le parti in ordine alla cura del minore. Tale ultimo modello non sarebbe riconoscibile in quanto contrario al superiore interesse del minore, mancando un'approfondita analisi nel caso concreto della migliore soluzione per la prole da parte di un soggetto terzo e imparziale.

<sup>41</sup> Conseil d'Etat, 1 dicembre 2014, n. 328063, *Naili*, in cui si afferma che le autorità francesi non possono opporsi al riconoscimento della *kafalah* se ciò appare nel superiore interesse del minore.

<sup>42</sup> Cass. française, 25 février 2009, in *Bull. civ.*, 2009, 730, in cui viene negato il riconoscimento di un'adozione alla *kafil* di un minore algerino poiché non prevista dalla legge francese.

diritto al rispetto della vita privata e familiare. I giudici di Strasburgo, nel caso *Harroudi c. France*<sup>43</sup>, hanno dichiarato la non violazione dell'art. 8 della Convenzione di salvaguardia sul presupposto che tale norma non riconosce un diritto alla filiazione e all'adozione, non sussistendo quindi un'obbligazione positiva per gli Stati parte di far ottenere un provvedimento di adozione, quanto di consentire lo sviluppo e la protezione di un legame familiare già esistente e accertato. Afferma la Corte che la *kafalah* quale misura di protezione dell'infanzia riconosciuta a livello internazionale, consente un'adeguata tutela dei diritti del minore, sussistendo il margine di apprezzamento degli Stati membri circa la concreta misura da adottare per proteggere la prole abbandonata.

La chiusura della giurisprudenza italiana e sovranazionale circa la legittimazione ad adottare connessa ad un provvedimento di *kafalah* si ispira alla tutela del superiore interesse del minore in una prospettiva antielusiva della normativa sull'adozione internazionale, per cui l'ingresso del bambino straniero in una famiglia italiana si attua necessariamente attraverso le norme di cui alla legge 184 del 1983 che «rappresenta l'unico ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze di protezione dei minori stranieri abbandonati e le richieste di inserimento familiare dei cittadini»<sup>44</sup>.

Questione diversa attiene la tutela del diritto al ricongiungimento familiare del cittadino italiano con un minore affidato in *kafalah*. La problematica del possibile intento elusivo della disciplina appare centrale anche in questo caso. Ciò ha giustificato l'orientamento restrittivo della Corte di Cassazione che non riconosceva il ricongiungimento familiare sul presupposto della contrarietà all'ordine pubblico, stante che l'unico iter per accogliere un bambino straniero in una famiglia italiana è quello sancito dalla legge 184 del 1983<sup>45</sup>. Questa conclusione è avvalorata dal differente dato normativo di cui al Testo unico sull'immigrazione, che disciplina il diritto al ricongiungimento familiare dello straniero, e il d.lgs. 30/2007, concernente specularmente il cittadino europeo; nel primo caso la norma si riferisce al ricongiungimento con i «famigliari ricongiungibili», ivi ricompresi espressamente i minori affidati; nel secondo caso il diritto concerne i discendenti, con esclusione quindi dei bambini affidati. Inoltre, si sostiene che il differente trattamento tra cittadino europeo e straniero sarebbe determinato dalla differenza delle situazioni sottostanti. Invero, per il cittadino straniero, il cui ordinamento vieta l'adozione, l'unico provvedimento riconoscibile sarebbe la *kafalah*; mentre per il cittadino europeo sussiste una normativa espressa, ossia la disciplina dell'adozione internazionale.

Diverse le obiezioni a tale impostazione. In primis, dal punto di vista letterale, il testo unico sull'immigrazione deve essere applicato se contiene disposizioni più favorevoli. Inoltre, la disparità di trattamento tra cittadino europeo e cittadino straniero non sarebbe ammissibile per contrasto con taluni principi fondamentali dell'ordinamento. Tra questi il divieto di discriminazioni fondato sulla nazionalità (art. 19 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>46</sup>), il diritto di ogni persona a vedersi riconosciute le proprie specificità culturali e religiose (artt. 2, 6, 8, 19 e 21 della Costituzione Italiana; nonché art. 27 del Patto internazionale dei diritti civili e politici), considerato come una persona di cittadinanza europea ma di fede musulmana sarebbe costretta a violare il proprio divieto di adozione per potersi prendere cura di un minore in totale stato di abbandono. Queste non facilmente superabili obiezioni, giustificano un diverso orientamento giurisprudenziale tendente ad ammettere il ricongiungimento familiare, talora giustificato dall'esigenza di evitare una diversità di trattamento tra cittadino europeo e cittadino straniero<sup>47</sup>.

La questione viene di recente risolta da un'importante sentenza a Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>48</sup>. L'intervento della Corte di legittimità è dirompente in quanto l'asse del ragionamento si sposta dal diritto del cittadino italiano al ricongiungimento familiare alla posizione del fanciullo. Punto di svolta è

<sup>43</sup> Corte eur. dir. uomo, 4 ottobre 2012, n. 43631/2009, *Harroudj c. Francia*. Vedi il commento di S. BOLLÉE, *La conformité à la Convention européenne des droits de l'homme de l'interdiction d'adopter un enfant recueilli en kafala*, in *Rev. trim. dr. homme*, 2013, 717; A. DI PASCALE, *La kafalah al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: tra tutela dell'interesse del minore e preoccupazione di diritto pubblico*, in *Dir. imm. citt.*, 2012, 113; J. LONG, *Cedu e kafalah: un'esortazione alla flessibilità del diritto civile minorile*, in *Min. giust.*, 2013, 304.

<sup>44</sup> Cass. civ., 23 settembre 2011, n. 19450, in <http://www.minoriefamiglia.it/download/cass-2011-19450.PDF>.

<sup>45</sup> Cass. civ., 1 marzo 2010, n. 25661; Cass. civ., 23 settembre 2011, n. 19450, cit.; Trib. Torino, 4 maggio 2007, inedita; Corte app. Torino, 19 novembre 2009, in *Fam. dir.*, 2010, 783.

<sup>46</sup> Tanto che taluni autori ritengono che il giudice di merito, giudicando sul ricongiungimento di un minore straniero in *kafalah* a cittadino italiano, dovrebbe sollevare una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea per accertare se la soluzione offerta dalla giurisprudenza di legittimità consolidata sia conforme al diritto dell'Unione europea.

<sup>47</sup> Trib. Tivoli, 22 giugno 2010, in *Dejure*, 2011.

<sup>48</sup> Cass. S.U., 16 settembre 2013, n. 21108, in *Fam. min.*, 2014, 127, con commento di R. GELLI, *Il ricongiungimento del minore in kafalah al cittadino italiano: la svolta delle Sezioni Unite*.

ancora una volta il principio del superiore interesse del minore, principio che impone al giudice di valutare, in ogni decisione che lo riguarda, l'interesse del bambino in maniera preminente.

In precedenza si era affermato che il *best interests of the child* comporta la prevalente considerazione della posizione del minore rispetto alle altre parti coinvolte mentre non può determinare una violazione della legge; la conseguenza immediata di tale ragionamento era che il superiore interesse del fanciullo non poteva determinare un'elusione della normativa in materia di adozione internazionale. Le Sezioni Unite capovolgono il ragionamento. In primis riconoscono al minore affidato in *kafalah* la qualifica di "altro familiare" il quale può essere ricongiunto secondo la normativa di diritto interno<sup>49</sup>. Tuttavia è estremamente importante come tutto l'iter argomentativo della sentenza in esame si concentra sulla posizione del minore straniero, al quale devono essere garantiti pari diritti sia in caso di affidamento in *kafalah* a cittadino straniero che italiano. Occorre considerare, infatti, come per il minore straniero la *kafalah* è prima di tutto una misura di protezione, l'unica possibile nei Paesi di religione musulmana, riconosciuta idonea a tutelare il superiore interesse del minore abbandonato secondo il diritto internazionale. Sarebbe, quindi, contrario al *best interests of the child* non consentire al minore il ricongiungimento al nucleo familiare con il quale ha abitato e ove gli viene garantito un ambiente educativo ed affettivo<sup>50</sup>.

## 6. Conclusioni

La tesi secondo cui il *best interests of the child* sia divenuto un principio generale e autonomo nell'ordinamento giuridico internazionale e nazionale appare confortata dal percorso ermeneutico condotto settorialmente nel contesto della sottrazione internazionale, dell'affidamento del minore a coppie omosessuali, del riconoscimento giuridico della *kafalah*. Non può non rilevarsi una preoccupazione, sollevata da certa dottrina in materia di *legal kidnapping*, ma universalmente applicabile al settore della protezione internazionale del minore. La progressiva erosione della giurisprudenza da orientamenti consolidati che interpretavano restrittivamente la disciplina in materia di tutela del fanciullo, potrebbe determinare un effetto regressivo nelle garanzie riconosciute al minore. Partendo dalla considerazione che il principio del superiore interesse del bambino rappresenta una formula aperta che può essere riempita di contenuti specifici, non si può omettere di considerare come potrebbe determinarsi un certo caos interpretativo connesso alla eccessiva discrezionalità riconosciuta in questi termini al giudice del caso concreto. La conclusione di tale iter argomentativo potrebbe condurre all'eccesso per cui ogni singolo caso venga deciso secondo criteri *sui generis* e legati alla specificità della controversia pendente *sub judice*. Questo tipo di potere decisionale, assolutamente creativo, auspicabile per trovare nel singolo caso concreto la decisione che meglio risponde all'interesse non di un minore stereotipato, ma di quel bambino di cui vengono ad aversi istanze di cura e protezione, presuppone una certa preparazione dell'interprete. Corollario indefettibile, in una prospettiva *de jure condendo*, sarebbe imporre un ulteriore aggiornamento e specializzazione dei magistrati, degli avvocati, dei mediatori e di tutti gli operatori coinvolti in ambito minorile al fine di consentire di comprendere a pieno quali diritti vanta il bambino, quali strumenti internazionali sono posti a sua tutela, nonché quali soluzioni vengono fornite a casi simili, anche in chiave comparativa, quanto meno in ambito europeo. Ciò potrebbe consentire lo scambio di buone prassi e la creazione di una banca dati fondamentali per evitare che ogni singola decisione sia una monade nell'erosione di un sistema di protezione internazionale della prole che, proprio perché "sistema" deve possedere una vocazione all'omogeneità pur nella valorizzazione delle peculiarità del singolo caso concreto.

---

<sup>49</sup> La dottrina ritiene che le Sezioni Unite abbiano fatto un timido passo avanti, poiché la posizione giuridica degli "altri familiari" appare meno garantita di quella dei discendenti, con l'ulteriore conseguenza che l'Italia potrebbe comunque essere considerata inadempiente rispetto al diritto dell'Unione europea riconoscendo un diritto di soggiorno estremamente limitato ai soggetti qualificati come "altri familiari".

<sup>50</sup> Anche in questo caso, come in materia di sottrazione internazionale di minore, non si può non constatare che il *revirement* operato in forza del principio del superiore interesse del minore possa comunque comportare, nel concreto, una minore tutela del bambino, considerato come l'ottimismo delle Sezioni Unite in commento non deve celare il reale problema che pone il riconoscimento giuridico della *kafalah*, ossia l'elusione delle norme di diritto interno in materia di adozione internazionale, pure poste a tutela del *best interests of the child*.

## BIBLIOGRAFIA

- ALSTON P., *Commentary on the Convention on the Rights of the Children*, UN Center for Human Rights and UNICEF, 1992.
- ARBIA S., *La Convenzione ONU sui diritti del minore*, in *Dir. uomo*, 1992.
- BALESTRA L., *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra pregiudizio e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2013.
- BOLLEE S., *La conformité à la Convention européenne des droits de l'homme de l'interdiction d'adopter un enfant recueilli en kafala*, in *Rev. trim. dr. homme*, 2013.
- DEFFAINS N., *Enlèvement International d'enfants et obligations positives des autorités nationales*, in *Europe*, 2003.
- DELVAX D., *L'intérêt supérieur de l'enfant et son déplacement illicite*, in *Jour. dr. jeun.*, 2006, 18 ss.
- DI LORENZO N., *Il superiore interesse del minore sottratto supera l'applicazione della Convenzione dell'Aja 1980*, in *Dir. fam. pers.*, 2014.
- DI PASCALE A., *La kafalah al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: tra tutela dell'interesse del minore e preoccupazione di diritto pubblico*, in *Dir. imm. citt.*, 2012.
- EOCHE-DUVAL C., *Le droit d'un enfant à être nourri, entretenu et élevé par sa mère et par son père est-il un principe à un valeur constitutionnelle?*, in *Rec. Dall.*, 2013.
- FALLON M., *La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparées et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant*, in *Rev. trim. dr. fam.*, 2007.
- FOCARELLI C., *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»*, in *Riv. Dir. int.*, 2010.
- GELLI R., *Il ricongiungimento del minore in kafalah al cittadino italiano: la svolta delle Sezioni Unite*, in *Fam. min.*, 2014.
- LONG J., *Cedu e kafalah: un'esortazione alla flessibilità del diritto civile minorile*, in *Min. giust.*, 2013.
- MARCHANDIER F., *Nota a Cour d'appel de Limoges, 25 janvier 2011*, in *Rev. cr. dr. int. pr.*, 2011.
- MARTINELLI P. – MOYERSON J., *L'interesse del minore: proviamo a ripensarlo davvero*, in *Min. giust.*, 2011.
- RIMINI C., *L'affidamento familiare ad una coppia omosessuale: il diritto del minore ad una famiglia e la molteplicità dei modelli familiari*, in *Corr. giur.*, 2014.
- RIVELLO R., *L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità*, in *Min. giust.*, 2011.
- SANTOSUOSSO F., *Il minore e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo*, in *Iust.*, 1997.
- SOSSON J., *La mise en œuvre concrète des principes relatifs à l'autorité parentale: focus sur quelques questions pratiques*, in *Dr. familles*, 2010.