

LUIGI MARI

*L'INTERESSE SUPERIORE DEL MINORE NEL QUADRO
DELLO SPAZIO GIURIDICO EUROPEO
(A PROPOSITO DI RECENTI CASI
DI SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORI) **

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'interesse superiore del minore negli atti internazionali. – 3. (*Segue*). Preminenza su altri interessi. – 4. La sottrazione dei minori nelle discipline de L'Aja e di Bruxelles. – 5. La tutela astratta dell'interesse del minore nella giurisprudenza di Lussemburgo. – 6. La tutela concreta dell'interesse del minore nella giurisprudenza di Strasburgo. – 7. Conclusioni.

1. 18 ottobre 1862. In una lettera indirizzata all'editore italiano de *I miserabili*, Victor Hugo denuncia il “flagrante delitto” che gli ordinamenti sociali della sua epoca perpetrano nei confronti delle donne e dei bambini, crudelmente destinati a condurre un'esistenza estromessa dal diritto: “...mostratemi la donna e il bambino. È dalla somma di protezione accordata a queste due creature deboli che si misura il livello di civiltà....Qual è la quantità di verità che esce dalle vostre leggi e la quantità di giustizia che esce dai vostri tribunali?”¹.

È un fatto che in gran parte del nostro mondo evoluto e globalizzato si è ancora fermi alla penosa realtà sociale stigmatizzata da quella appassionata denuncia. Ma per quanto gravi ed urgenti, non è a questioni generali di così tanta complessità che intendiamo rivolgere ora la nostra attenzione. Più modestamente, c'interessa stringere il campo d'osservazione a qualche aspetto della condizione dei minori – meglio, dei “bambini” o “fanciulli”, per evidenziare la fragilità della loro dimensione esistenziale – nella nostra società europea, la quale pretende di porre i diritti fondamentali dell'individuo a propria essenza costitutiva. Guardando specificamente alle tutele apprestate nell'ordinamento europeo – nell'accezione lata di complessi normativi vigenti nel nostro continente –, qual è la

* Saggio destinato al *Liber Amicorum Augusto Sinagra*.

¹ La lettera, pubblicata alla fine del V volume della prima edizione italiana de *I Miserabili*, G. Daelli editore, 1862-1863, è stata ripubblicata su *Il Sole 24 Ore/Domenica* del 20 maggio 2012.

quantità di verità che esce dalle *sue* leggi e la quantità di giustizia che esce dai *suoi* tribunali?

A livello delle fonti internazionali, che pure rappresentano parte cospicua dell'ordinamento europeo, la quantità di testi che proclamano e sanciscono tutela incondizionata dei minori, nelle più svariate situazioni in cui possono trovarsi coinvolti, è davvero impressionante. Nelle recenti "Linee guida del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla giustizia a misura di minore", adottate il 17 novembre 2010², sono richiamati, fra convenzioni e raccomandazioni, decine di atti internazionali. La concezione di fondo che li ispira è che ai minori debbano essere riconosciuti diritti specificamente adeguati alla loro realtà esistenziale, non solo i diritti genericamente riferibili ad essi in quanto persona. Di qui il principio, affermato o sottinteso dalla generalità dei documenti internazionali, che ad essi debba essere accordata una protezione speciale, in funzione della naturale debolezza della loro condizione fisica e psichica³. Si direbbe dunque che la coscienza universale assegni al rispetto e alla protezione dei minori un valore intrinsecamente assoluto, una "dignità" nel senso kantiano del termine⁴.

Ai nostri fini non occorre, né sarebbe possibile in un saggio necessariamente contenuto, passare in rassegna i diritti internazionalmente riconosciuti ai minori. C'interessa, piuttosto, il momento dell'attuazione concreta della protezione ad essi accordata, attuazione che presenta profili di particolare problematicità proprio nel contesto transnazionale in cui opera il diritto dell'Unione europea, al quale intendiamo principalmente riferirci. Ci soffermeremo perciò sulle modalità con le quali esso concretizza il principio dell'*interesse superiore del minore* nel non raro caso in cui tale interesse è più direttamente e drammaticamente coinvolto: la sottrazione internazionale dei minori. Cercheremo così, sia pure in termini ine-

² Il testo, in traduzione non ufficiale, è reperibile all'indirizzo www.minoriefamiglia.it/categoria-www/id_47/ (per il testo ufficiale v. all'indirizzo www.marincastellana.it/category/diritti-dei-bambini).

³ Artt. 23 e 24 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (1966) e art. 10 del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali. L'idea è già presente nella *Déclaration de Genève del 26 settembre 1924 (Déclaration des Droits de l'Enfant)* della Società delle Nazioni, primo documento internazionale che riconosca ai minori alcuni diritti fondamentali.

⁴ L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali dei bambini*, in *Atti del XXX Congresso nazionale AIMMF*, reperibile al sito www.minoriefamiglia.it.

vitabilmente parziali, di farci un'idea della quantità di verità e della quantità di giustizia che escono dalle leggi e dai tribunali europei.

2. Di "interesse superiore del minore" si parla già nella Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 20 novembre 1959, n. 1386 (XIV) (*Déclaration des droits de l'enfant*), dove si legge (Principio n. 7, primo cpv.) "*L'intérêt supérieur de l'enfant doit être le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de son orientation; cette responsabilité incombe en priorité à ses parents*".

In modo analogo, ma ampliando l'ambito d'operatività del principio, l'interesse superiore del minore, o piuttosto dei bambini, è affermato nell'art. 3, par. 1, della Convenzione del 1989 sui diritti dei fanciulli ("In tutte le azioni riguardanti bambini, se avviate da istituzioni di assistenza sociale, private o pubbliche, tribunali, autorità amministrative o corpi legislativi, i maggiori interessi del bambino devono costituire oggetto di primaria considerazione"). Sempre a questo superiore interesse si riferisce anche l'art. 18 della Convenzione, ponendolo a criterio fondamentale nell'esplicazione della potestà genitoriale⁵.

Dello stesso tenore, il par. 2 dell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: "In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente".

Specificamente finalizzata alla concretizzazione dell'interesse superiore dei minori è poi la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, adottata dal Consiglio d'Europa il 25 gennaio del 1996 (in vigore per l'Italia dal 1° novembre 2003). Come lo definisce l'art. 1, par. 2, oggetto della Convenzione è promuovere, nell'interesse superiore dei minori, i loro diritti, concedere loro diritti azionabili e facilitarne l'esercizio facendo in modo che possano, essi stessi o tramite altre persone o organi, essere informati e autorizzati a partecipare ai procedimenti che li riguardano dinanzi ad un'autorità giudiziaria. Al par. 3 si precisa che i procedimenti che interessano i minori sono quelli in materia di famiglia, in particolare quelli relativi all'esercizio delle responsabilità genitoriali, soprattutto in materia di residenza e di diritto di visita nei confronti dei minori.

Di particolare rilievo è l'art. 6, il quale impone all'autorità giudiziaria, prima di giungere a qualunque decisione, di accertare se dispone di in-

⁵ Sulla Convenzione, v. M.R. SAULLE (a cura di), *La Convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Napoli, 1994.

formazioni sufficienti al fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore e, se necessario, di ottenere informazioni supplementari, in particolare da parte dei detentori delle responsabilità genitoriali. Quando poi il minore riveli capacità di discernimento, l'autorità giudiziaria deve assicurarsi che il minore abbia avuto tutte le informazioni pertinenti, e deve consultarlo personalmente, nei casi che lo richiedono, nelle forme più adeguate, tenendo in debito conto l'opinione da lui espressa. Ciò, naturalmente, sempre che non sia manifestamente contrario all'interesse superiore del minore.

È appena il caso di notare che le norme sin qui richiamate sono tutte dotate di efficacia imperativa⁶. Ce lo rammenta la Corte costituzionale in una recentissima sentenza dello scorso 15 febbraio, la n. 31 del 2012, sulla quale avremo modo di tornare in seguito. Né è da meno la Corte di Cassazione, che nella ben argomentata sentenza del 10 maggio 2011, n. 10265, richiama il citato art. 18 della convenzione del 1989 a fondamento della prospettiva che conferisce centralità e preminenza alla posizione dei minori nei riguardi della potestà genitoriale⁷.

Last but not least, l'interesse superiore del minore traspare quale principio imperativo dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che lo ha ripetutamente valorizzato, come meglio si vedrà, nel definire la portata del divieto di ingerenza nella vita privata e familiare stabilito dall'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁸.

⁶ Cfr. A. CANNONE, *L'interesse del fanciullo*, cit., p. 553.

⁷ *Giust. civ.*, 2012, I, pp. 1055 ss.

⁸ Su tali aspetti e sul principio generale, v. E. LAMARQUE, *I diritti dei figli*, in M. CARTABIA, *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, pp. 283 ss.; A. CANNONE, *L'interesse del fanciullo nelle convenzioni internazionali dell'Aja*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, II, Milano, 1999, pp. 549 ss.; M. MARCHEGIANI, *Rispetto della vita privata e familiare e sottrazione internazionale di minori nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 2011, pp. 987 ss.; R. DI CHIO, *La Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in G. CARELLA (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, 2009, pp. 91 ss. L'interesse superiore del minore vuole essere altresì il principio che ispira e fonda tutta la disciplina della responsabilità genitoriale dettata dal regolamento (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003 (c.d. Bruxelles II-bis, poi Bruxelles II in seguito all'abrogazione del reg. 1347/00 da esso stesso operata). A tale riguardo, v. M.C. BARUFFI, *La responsabilità genitoriale: competenze e riconoscimento delle decisioni nel regolamento*

3. Ai fini del nostro discorso non interessa dar conto del confronto di opinioni intorno alla nozione di interesse del minore e al suo statuto dogmatico. È fuor di dubbio che siamo dinanzi ad un concetto indeterminato, che si apparenta alle clausole generali di cui ogni ordinamento conosce molteplici esempi. La sua natura non muta quando l'interesse è qualificato "superiore". Anche qui siamo in presenza di una clausola generale, ma la determinazione del suo valore ed efficacia si pone in una più complessa prospettiva⁹.

Ora, come solitamente avviene per questo genere di norme, "il giudice non dispone di un patrimonio di dati offerti dal testo normativo" ma deve orientarsi nella ricerca della giusta decisione verso valori e standards valutativi forniti dall'esperienza sociale¹⁰. Ciò che costituisce interesse superiore del minore non è dunque accertabile indipendentemente da ogni riferimento ai dati dell'esperienza sociale e del concreto contesto esistenziale del minore. L'interesse superiore del minore non è predeterminato in una fattispecie astratta, ma va individuato caso per caso anche in difformità, se necessario, dall'assetto o composizione degli interessi che la legge prefigura in via generale. Sembra quasi banale sottolineare questo aspetto, ma se ne comprenderà dopo la decisiva importanza e rilevanza.

Inoltre, è da notare che l'interesse superiore del minore è sì oggetto autonomo di accertamento, ma l'accertamento è destinato ad operare nell'ambito di altre norme, vuoi sostanziali vuoi processuali. Esso può allora intervenire o in funzione integrativa del significato di norme che riguardano la situazione giuridica del minore (ad esempio nell'esercizio della potestà genitoriale: art. 18, par. 1, Conv. 1989) o come criterio di soluzione di antinomie tra i valori in essa presenti e protetti (ad esempio, separazione del bambino dai genitori contro la loro volontà: art. 9 par. 1, Conv. 1989), o ancora come limite o deroga ai diritti e facoltà connessi a quella situazione (ad esempio, esclusione di rapporti del bambino con i genitori da cui è stato separato: art. 9, par. 3, Conv. 1989; v. anche art. 316 cc. ult. comma: potestà genitoriale ad uno dei genitori).

Bruxelles II, in S.M. CARBONE - I. QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, pp. 257 ss. Sul punto v. *infra*.

⁹ Naturalmente, è possibile che l'interesse superiore del minore assuma la valenza di principio generale quando sia posto dal precetto internazionale a direttiva vincolante per il legislatore nel definire la disciplina delle situazioni giuridiche in cui il minore è coinvolto: v., ad esempio, l'art. 3 par. 1 e l'art. 21 della Convenzione del 1989.

¹⁰ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 17-18.

Siamo quindi alla presenza di un criterio ordinatore della decisione del giudice. Un criterio che agisce sulla discrezionalità del giudice vincolandola alla realizzazione del benessere del minore (benessere attuale, potenziale o futuro). Vi è però un'importante precisazione da fare. Si può dire che il potere discrezionale del giudice è tale solo in parte, nel momento dell'accertamento di ciò che costituisce interesse del minore, ma una volta identificata la situazione corrispondente a tale interesse, la discrezionalità viene meno: tale interesse è qualificato "preminente". In definitiva, l'accertamento è inserito in una gerarchia di valori che pone l'interesse del minore in posizione di supremazia. Interesse superiore significa appunto esclusione della possibilità di bilanciamento con altri interessi. Un confronto con altri interessi è sicuramente presente, ma nella fase di ricerca dell'interesse da proteggere, allorché nelle contingenti relazioni interpersonali del minore compaiono differenti e contrapposti interessi, suoi e di terzi. Caso tipico i contrasti in ordine all'affidamento. Quando però la valutazione di tutti gli interessi coinvolti è definita e conclusa, la decisione non è operabile attraverso la tecnica del bilanciamento. L'interesse del minore si pone in posizione assoluta, sovrastante agli altri e la sua composizione con essi è preclusa.

Sono, quelle ora delineate, considerazioni che troviamo sintetizzate come "principio fondamentale" nelle già ricordate *Linee guida del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa*: "1. Gli Stati membri dovrebbero garantire l'effettiva attuazione del diritto dei minori ad avere il loro interesse superiore riconosciuto come considerazione preminente in tutte le questioni che li coinvolgono direttamente o indirettamente". Si noti che si afferma il diritto del minore alla considerazione preminente del proprio interesse, diritto al riconoscimento della superiorità di questo interesse rispetto a qualunque altro interesse. Lo conferma subito dopo il punto 3: "L'interesse superiore di tutti i minori coinvolti nello stesso procedimento o caso dovrebbe essere valutato separatamente e bilanciato al fine di conciliare eventuali interessi divergenti dei bambini". È dunque solo in presenza di altri minori che entra in gioco il bilanciamento. Al di fuori di tale ipotesi il minore ha il diritto a veder tutelato con priorità assoluta il proprio interesse personale ¹¹.

¹¹ Il principio è fermamente ribadito nella decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo del 15 maggio 2012, *M.R. e L.R. c. Estonia*, ric. n. 13520/12, par 37, che si richiama alla sent. del 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, ric. n. 41615/07, con la quale la Corte ha mutato un costante indirizzo ed accolto per la prima volta, appunto sul fondamento della preminenza dell'interesse del minore, un ricorso contro lo Stato che

4. Possiamo ora portare l'attenzione sullo strumento normativo comunitario specificamente inteso ad apprestare, nelle situazioni di carattere transnazionale, gli istituti processuali più adeguati all'attuazione dell'interesse superiore del minore. Ci riferiamo al regolamento (CE) n. 2201 del 2003 (noto come Bruxelles II-*bis*) relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, il quale abroga il regolamento 1347/2000.

La disciplina introdotta dal regolamento è di grande complessità e numerose sono le norme specificamente volte a garantire l'interesse superiore del minore¹². Al nostro scopo, non è necessario entrare nei dettagli: basterà evidenziare l'impianto normativo della parte in cui l'interesse superiore del minore è più direttamente e problematicamente coinvolto, vale a dire quella che prevede il caso d'illecito trasferimento o trattenimento di un minore in uno Stato diverso da quello di residenza abituale (c.d. sottrazione internazionale di minore), dettando quindi le regole atte ad assicurare il ritorno del minore in quest'ultimo.

Occorre premettere che in questa materia il regolamento interferisce in misura notevole con la disciplina stabilita dalla Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980, appunto dedicata agli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori¹³.

La Convenzione del 1980 è molto nota e sarà qui sufficiente qualche richiamo generale al suo sistema di regole.

dispone il rientro del minore in applicazione della Convenzione de L'Aja del 1980 (sul punto, M. MARCHEGANI, *Rispetto della vita privata e familiare*, cit, pp. 993 ss.). Sull'orientamento della Corte v. *oltre*, par. 6.

¹² B. ANCEL – H. MUIR WATT, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis*, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2005, pp. 571 ss. La bib. sul regolamento è ormai vastissima. Per tutti, si veda U. MAGNUS – P. MANKOWSKI, *Bruxsel IIbis Regulation*, Munich, 2012.

¹³ R. ESPINOSA CALABUIG, *La sottrazione di minori nell'Unione europea: tra regolamento n. 2201/2003 e Convenzione dell'Aja del 1980*, in *Diritto di famiglia e Unione europea*, cit, pp. 283 ss.; S. TONOLO, *La sottrazione dei minori nel diritto processuale civile europeo: il regolamento Bruxelles II-bis e la Convenzione dell'Aja del 1980 a confronto*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, pp. 81 ss. Per un primo inquadramento dell'interferenza tra i due testi normativi, v. F. MOSCONI – C. CAMPIGLIO, *Diritto intenzionale privato e processuale*, vol. II (3^a ed.), Torino, 2011, pp. 196 ss. Sulla Convenzione, che può vantare una ricca bibliografia (reperibile nel sito della Conferenza de L'Aja), in generale v., per tutti, G. CARELLA, *La Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, pp. 777 ss.

La Convenzione vincola più di ottanta paesi. Si prefigge di contrastare il fenomeno della sottrazione dei minori (di sedici anni), per lo più da parte del genitore non affidatario e titolare del diritto di visita, imponendo agli Stati parti di disporre il rientro immediato del minore nello Stato di residenza abituale¹⁴ quando esso sia stato “illecitamente trasferito o trattenuto” in uno Stato diverso. In sostanza, la Convenzione impone di ristabilire lo *status quo* quando la sottrazione dal (o il non ritorno al) luogo di residenza abituale siano avvenuti senza il consenso preventivo (od anche successivo al trasferimento o trattenimento) di chi esercita in modo effettivo, individualmente o congiuntamente con altri, il “*droit de garde*” (*rights of custody*, diritto di custodia o di affidamento) secondo i termini definiti negli art. 3, 5 e 13¹⁵.

¹⁴ Dovrebbe dirsi, più precisamente, che lo Stato è quello nel quale il titolare (o i titolari) del diritto di affidamento ha (o hanno) fissato legittimamente la residenza del minore. Circa la determinazione di tale titolarità, v. G. CARELLA, *La Convenzione*, cit., pp. 783 ss.

¹⁵ Art. 3: “Il trasferimento o il mancato rientro di un minore è ritenuto illecito: a) quando avviene in violazione dei diritti di custodia assegnati ad una persona, istituzione o ogni altro ente, congiuntamente o individualmente, in base alla legislazione dello Stato nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro e; b) se tali diritti vanno effettivamente esercitati, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o avrebbero potuto esserlo se non si fossero verificate tali circostanze. Il diritto di custodia citato al capoverso a) di cui sopra può in particolare derivare direttamente dalla legge, da una decisione giudiziaria o amministrativa, o da un accordo in vigore in base alla legislazione del predetto Stato”.

Si deve poi tener conto di quanto stabilisce l’art. 5 della Convenzione, per il quale: “Ai sensi della presente Convenzione: a) il “diritto di affidamento” comprende i diritti concernenti la cura della persona del minore, ed in particolare il diritto di *decidere riguardo al suo luogo di residenza* (cors. agg.); b) il “diritto di visita” comprende il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo”.

Al riguardo è importante notare che il concetto di “diritto di custodia” (*droit de garde*, *rights of custody*; nella versione italiana, non ufficiale, figurano indifferentemente i termini *custodia* o *affidamento*) va inteso in senso autonomo e coerente con la scopo della Convenzione (v. le conclusioni e raccomandazioni della Commissione speciale per il funzionamento pratico della Convenzione, sesta riunione del giugno 2011, reperibile al sito internet www.hccb.net), tanto che, come deciso in *Abbott v. Abbott*, 130 S.Ct. 1983 (2010), deve ritenersi ricompreso nel concetto di custodia anche il caso del diritto di visita cui inerisca un diritto di determinazione della residenza del minore. Sul punto, cfr. L.J. SILBERMAN, *The Hague Convention on Child Abduction and Unilateral Relocations by Custodial Parents: A Perspective from The United States and Europe – Abbot, Neulinger, Zaraga*, in *Oklahoma Law Review*, vol. 63, 2011, pp. 733 ss. (reperibile al sito internet:

Nell'ambito dell'Unione europea, gli istituti e le regole procedurali stabiliti dalla Convenzione vanno ad innestarsi nella disciplina del regolamento 2201/2003, che si pone come prevalente (art. 60) tra gli Stati membri rispetto a quella de L'Aja, la quale rimane applicabile, come vedremo, integrata dal regolamento e nella misura in cui non è da esso derogata.

L'obiettivo della disciplina del regolamento, al pari di quello della Convenzione, è di ottenere il ritorno del minore nel più breve tempo possibile, lasciando ad un momento successivo la decisione in materia di affidamento.

Il regolamento (art. 11, par. 1) considera l'ipotesi che il titolare del diritto di affidamento chieda, ai sensi della Convenzione, agli organi giudi-

<http://ssrn.com/abstract=1995567>). Per l'ampia nozione di "affidamento" sul piano internazionale, ed espressioni equivalenti, nonché per i vari istituti che vi sono ricompresi, v. A. CANNONE, *L'affidamento dei minori nel diritto internazionale privato e processuale*, Bari, 2000. L'autonomia della nozione di affidamento è anche affermata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel quadro del regolamento 2201/2003: v. la sentenza del 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *J. McB c. L.E.*, spec. pt. 41.

Il consenso del titolare del diritto di custodia/affidamento è posto quale condizione di liceità del trasferimento o trattenimento, in paese diverso dallo Stato di residenza abituale, dall'art. 13, il quale però, coerentemente con quanto stabilito all'art. 3, rende rilevante il consenso solo se il diritto di custodia/affidamento viene effettivamente esercitato (o avrebbe potuto esserlo effettivamente, se non fosse intervenuta la sottrazione: v. art. 3). Sull'effettività dell'esercizio del diritto, v. G. CARELLA, *La Convenzione dell'Aja*, cit., pp. 783 ss., che giustamente mette in rilievo come l'art. 13 incida sull'onere della prova, ponendo a carico di chi si oppone al ritorno del minore nello Stato di residenza abituale la prova della mancanza di tale effettività. Non convince, però, la deduzione (p. 786) che l'effettività di cui all'art. 3 sia semplicemente presunta (cfr. in senso contrario, Cass. civ. sez. I, 19 maggio 2010, n. 12293, in *Foro it.*, 2011, I, col. 2766 ss., con ampia argomentazione fondata sulla necessità di accertare se la tutela del diritto di custodia, asseritamente violato, corrisponda effettivamente all'interesse superiore del minore). Neppure convince l'altra affermazione (*ibidem*) secondo cui, se provata la mancanza di effettività, è venuto meno l'*obbligo* di ordinare il ritorno, ve ne sarebbe comunque la *facoltà*. In realtà, se così fosse, l'inversione dell'onere della prova in sede di opposizione al ritorno non avrebbe alcun senso. Vero è, invece, che il provvedimento non può essere adottato in difetto dell'essenziale presupposto di cui all'art. 3, anche perché la mancanza di effettività della custodia è quanto meno sintomo di un disinteresse alla situazione del minore (cfr. Cass. *cit.*), effettività che non a caso è posta dall'art. 13 sullo stesso piano del consenso al trasferimento del minore quale fatto impeditivo dell'ordine di ritorno. Del resto, che l'effettività dell'esercizio del diritto di custodia sia un presupposto essenziale dell'ordine di ritorno, è dimostrato dalla circostanza che la Convenzione – come si evince dall'art. 19 (la decisione sul ritorno non pregiudica il merito del diritto di custodia), nonché dall'art. 17, il quale esclude ogni efficacia impeditiva a qualsiasi decisione di affidamento presa o rico-

ziari dello Stato membro in cui il minore è stato trasferito (o illecitamente trattenuto) di ordinare il ritorno del minore nel paese dove questi aveva la residenza abituale. La procedura e le condizioni fissate dalla Convenzione per l'emanazione dell'ordine di ritorno restano sostanzialmente inalterate e ad esse deve farsi riferimento anche nell'ambito di applicazione del regolamento. La richiesta deve essere presentata entro l'anno dal trasferimento (o del mancato ritorno). Rispettato tale termine, e verificati i presupposti per l'adozione del provvedimento (artt. 3, 8, 14 e 15 della Convenzione), il giudice adito dovrà ordinare il ritorno immediato nel termine di sei settimane. L'adozione del provvedimento sarà peraltro impedita qualora ricorrano le circostanze ostative indicate negli artt. 12, 13 e 20 della Convenzione.

Secondo l'art. 12, il ritorno deve essere ordinato anche se la richiesta è presentata dopo il termine di un anno; tuttavia l'integrazione del minore nel nuovo ambiente sociale assume, in questo caso, la rilevanza di motivo ostativo del provvedimento.

Più importanti ancora le due cause di diniego previste, in aggiunta a quanto si è già rilevato¹⁶, dall'art. 13: 1) opposizione del minore al ritorno, quando è opportuno tener conto della sua opinione in considerazione della sua età e del suo grado di maturità; 2) esistenza di un fondato rischio che il ritorno provochi un danno fisico o psichico al minore, o comunque lo ponga in una situazione intollerabile. Si noti, però, che già a quest'ultimo riguardo interviene subito il regolamento con una disposizione (art. 11, par. 4) modificativa del disposto della Convenzione, stabilendo che i rischi di un danno al minore non possono essere invocati se viene dimostrato che sarà adeguatamente protetto dopo il suo ritorno.

Rileva infine anche l'art. 20, che prevede come causa di diniego il contrasto dell'ordine di ritorno con i principi fondamentali dello Stato richiesto in materia di protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Dove il regolamento più incide nel sistema della Convenzione, sino ad alterarlo profondamente, è quando il giudice adito ai sensi della Convenzione rifiuta di ordinare il ritorno per uno dei motivi indicati al suo art. 13. Il regolamento mette allora a disposizione un meccanismo cooperati-

nosciuta nello Stato richiesto dell'ordine di ritorno – tutela la situazione di fatto della residenza del minore indipendentemente da qualsiasi titolo giuridico (cfr. ancora, Cass. *cit.* e i numerosi precedenti ivi richiamati).

¹⁶ V. la nota prec.

vo (anche per il tramite delle Autorità centrali) fra tale giudice e quello dello Stato di residenza abituale (o quello comunque dotato di competenza), prevedendo che quest'ultimo sia informato del rifiuto anche se non è già stato adito dall'affidatario, dovendo poi esso invitare le parti interessate a presentare le proprie conclusioni entro tre mesi. Sarà quindi chi afferma la lesione del diritto di affidamento che dovrà decidere se richiedere il ritorno o fare acquiescenza, posto che "in caso di mancato ricevimento delle conclusioni entro il termine stabilito, l'autorità giurisdizionale archivia il procedimento". (art. 11, par. 6 e 7).

È a questo punto, quando anche il giudice dello Stato di residenza viene richiesto di ordinare il ritorno, che interviene una disposizione del regolamento a risolvere l'eventuale conflitto con il giudice dello Stato dove il minore è stato trasferito o trattenuto. Dispone, infatti, l'art. 11, par. 8: "Nonostante l'emanazione di un provvedimento contro il ritorno in base all'art. 13 della convenzione del 1980, una successiva decisione che prescrive il ritorno del minore emanata da un giudice competente ai sensi del presente regolamento è esecutiva conformemente alla sezione 4 del capo III, allo scopo di assicurare il ritorno del minore". Il braccio di ferro tra le due giurisdizioni interessate è dunque risolto a favore del giudice della residenza abituale (per lo più il solo competente). Questo risultato è ottenuto attraverso una singolare alterazione del regime della Convenzione, ed è conseguenza del modo in cui è strutturata e disciplinata dal regolamento l'esecuzione della decisione. È qui che il problema della giustizia compare.

Secondo il regolamento, le decisioni esecutive sul ritorno del minore, adottate nello Stato (per lo più) di residenza abituale – nonostante il giudice dello Stato di trasferimento o trattenimento si sia rifiutato di ordinare il ritorno per uno dei motivi previsti dall'art. 13 della Convenzione –, hanno efficacia esecutiva immediata, al pari di quelle sul diritto di visita (art. 41), in qualunque altro Stato membro (42, par. 1) ¹⁷. Il regolamento, infatti, dispone che la decisione sul ritorno, *ex art.* 11, par. 8, è riconosciuta ed eseguibile in un altro Stato membro senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al riconoscimento se la decisione è stata "certificata" nello Stato membro d'ori-

¹⁷ Nel senso che l'esecutività non sia subordinata ad una decisione definitiva sull'affidamento del minore, v. Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 1° luglio 2010, causa C-211/10 PPU, *Povse c. Alpage* (spec. ptt. 56-66) e in precedenza sent. 11 luglio 2008, in causa C-195/08 PPU, *Rinau*.

gine¹⁸. Come prevede l'art. 42, par. 2, questa certificazione altro non è che una attestazione amministrativa formata dallo stesso giudice che ha emanato la decisione, attestazione redatta secondo il modello stabilito nell'allegato IV e che deve essere rilasciata d'ufficio a condizione che le parti abbiano avuto la possibilità di essere ascoltate, il minore abbia avuto anch'esso la possibilità di essere ascoltato, salvo che il giudice abbia escluso l'audizione per ragioni di età o di maturità, e la decisione tenga conto dei motivi e prove addotti per rifiutare il ritorno ai sensi dell'art. 13 della convenzione de L'Aja (inclusa, eventualmente, l'indicazione delle misure disposte a protezione del minore).

Da notare che il certificato, quando non ne sia contestata l'autenticità, può solo essere rettificato per errori formali o materiali, ma non impugnato (24° *considerando* del regolamento e art. 43). Quanto all'esecuzione, l'art. 47 del regolamento prescrive, poi, l'applicazione della legge dello Stato d'esecuzione come per le decisioni pronunciate in tale Stato. Si prevede inoltre che una decisione esecutiva non può essere eseguita se incompatibile con un'altra decisione, esecutoria ai sensi del regolamento, emessa posteriormente dai giudici dello Stato d'origine della decisione di ritorno¹⁹. Il sistema della certificazione è inteso ad evidenziare e sancire la regolarità della decisione sotto ogni profilo, e implicitamente anche quello della compatibilità con l'ordine pubblico dello Stato richiesto, essendo esclusa ogni possibilità di opposizione o impugnazione. In pratica, l'autore della decisione che ordina il ritorno impartisce agli organi dello Stato richiesto, con il certificato, anche l'ordine inoppugnabile di eseguirla.

¹⁸ Con gli artt. 41 e 42 del reg. 2001/2003, che creano l'artificio del "certificato", s'inaugura il percorso della dottrina ufficiale dell'Unione che, in omaggio ai principi del mutuo riconoscimento e della reciproca fiducia tra gli organi giurisdizionali degli Stati membri, persegue tenacemente l'obiettivo di generalizzare l'abolizione dell'*exequatur* nella circolazione delle decisioni in tutto lo spazio giuridico europeo, obiettivo che troverà subito dopo attuazione nel regolamento 805/2004 che istituisce il titolo esecutivo europeo. Al riguardo, v. T. BALLARINO – L. MARI, *Uniformità e riconoscimento. Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea*, in *Riv. dir. int.*, 2006, pp. 7 ss.

¹⁹ Cfr. Corte di giustizia, sent. dell'11 luglio 2008, *Rinau*, cit. e sent. del 1° luglio 2010, *Povse c. Alpago*, cit., la quale chiarisce (ptt. 76-78) che l'incompatibilità rileva *soltanto* rispetto alle eventuali decisioni di annullamento, riforma o revoca, anche implicita, pronunciate successivamente dai giudici competenti dello Stato membro di origine. È quindi inopponibile una decisione emessa successivamente nello Stato di esecuzione, che attribuisca un affidamento provvisorio e sia considerata esecutiva in tale Stato (pt. 79).

5. Vogliamo ora chiederci se il “combinato disposto” della Convenzione de L’Aja e del regolamento 2201/2003 tenga in debito conto il contesto reale in cui si manifesta, nella varietà delle situazioni concrete, il triste fenomeno della sottrazione internazionale dei minori e se l’intervento degli organi giudiziari nell’applicazione delle regole sia effettivamente conforme a giustizia. Tenteremo così di rispondere alle due domande che ci siamo posti all’inizio: quanta verità esce dalle nostre leggi e quanta giustizia esce dai nostri tribunali?

Non saremo certo noi a dare la risposta definitiva. Lasciamo che a parlare sia invece la giurisprudenza al più alto livello di autorevolezza nell’ambito europeo, ed iniziamo dalla Corte di giustizia dell’Unione europea, rigida interprete delle disposizioni del regolamento.

Quando sia stato pronunciato e “certificato” l’ordine di ritorno “nonostante il rifiuto del giudice del paese in cui il minore è illecitamente trattenuto” (art. 11, par. 8), l’opposizione al riconoscimento del provvedimento è vietata – afferma la Corte – ed al giudice adito spetta solo di constatare l’esecutività del provvedimento, attuando immediatamente l’esecuzione secondo le proprie norme procedurali, cioè quelle e *soltanto* quelle che disciplinano *le modalità dell’esecuzione*, non potendo sospendere quest’ultima per nessun motivo, ogni decisione al riguardo essendo riservata al giudice dello Stato membro d’origine ²⁰.

Secondo la Corte di giustizia, all’esecutività immediata della decisione “certificata”, che ordina il ritorno, non è possibile opporre alcunché: neppure un mutamento delle circostanze relative alla situazione del minore, quand’anche tale da rendere l’esecuzione gravemente lesiva de suo superiore interesse. Competente a decidere sugli effetti delle nuove circostanze, sospendendo eventualmente la decisione sul ritorno, è solo il giudice dello Stato d’origine ²¹.

Di singolare rilievo un altro rigido principio fissato dalla Corte di giustizia: all’esecuzione di una decisione di ritorno “certificata” non è con-

²⁰ Cfr. Corte di giustizia, sent. del 1° luglio 2010, *Povse c. Alpago*, cit., ptt. 73-75, 82. Nella sent. 11 luglio 2008, *Rinau*, cit., la Corte ha altresì chiarito che una volta ordinato il ritorno è irrilevante, in ordine alla decisione che rifiuta il ritorno del minore, qualunque vicenda processuale che si svolga successivamente nel paese tenuto all’esecuzione.

²¹ Sent. 1° luglio 2010, *Povse c. Alpago*, cit. pt. 79; il principio che solo il giudice dello Stato d’origine ha competenza per decidere, anche in via provvisoria, in merito all’affidamento, è affermato dalla Corte di giustizia anche nella sentenza del 23 dicembre 2009, causa C-403/09 PPU, *Detiček c. Sgueglia*.

sentito opporsi invocando una violazione dell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da parte del giudice dello Stato d'origine della decisione. L'esecuzione va disposta anche nel caso in cui al giudice richiesto consti, contrariamente a quanto asserisce il certificato, che il minore non è stato ascoltato dal giudice che ha ordinato il ritorno, e consti invece che esso si oppone persistentemente al rientro nel paese di residenza abituale. Secondo la Corte, infatti, spetta solo al giudice dello Stato d'origine decidere sull'audizione (art. 42, par. 2, lett. a), che non costituisce un obbligo assoluto ma soltanto una possibilità oggetto di decisione discrezionale del giudice: eventuali violazioni del diritto del minore ad essere ascoltato potranno essere fatte valere solo dinanzi ai giudici dello Stato d'origine, dal momento che il regolamento si fonda sul principio della reciproca fiducia tra gli Stati membri e dell'equivalenza dei sistemi giurisdizionali quanto al fatto e che i diritti fondamentali siano rispettati e che tutti gli ordinamenti giuridici nazionali siano in grado di farli rispettare²².

Come può facilmente arguirsi dalle pronunce appena richiamate, non si può dire che la Corte di giustizia abbia dovuto compiere eccessivi sforzi interpretativi per intendere il senso della disciplina dettata dal regolamento 2201/2003 nell'integrare la Convenzione de L'Aja. La Corte si attiene al testo, nel quale la drammatica questione della sottrazione internazionale dei minori è affrontata e trattata come semplice problema di determinazione della competenza a decidere sul "ritorno".

Due sono le considerazioni che orientano le decisioni della giurisprudenza comunitaria.

La prevenzione del trasferimento illecito è un valore preminente e assoluto che si persegue attraverso la ferma applicazione delle regole fissate dalla Convenzione de L'Aja *come* integrata dal regolamento. L'interesse primario del minore è tutto nell'applicazione di tali regole. L'*interesse superiore del minore* è già concretizzato nella legge, cristallizzato nelle regole di competenza e nell'efficacia esecutiva automatica attribuita alla decisione di ritorno "nonostante il rifiuto". La *giustizia* risiede nell'applicazio-

²² Sentenza del 22 dicembre 2010, causa C-491/10 PPU, *Zarraga c. Pelz*, nella quale Corte di giustizia ribadisce che la decisione che prescrive il ritorno del minore, emanata dal giudice competente ai sensi del regolamento, qualora sia esecutiva nello Stato d'origine e "certificata" ex art. 42, è riconosciuta e automaticamente dotata di efficacia esecutiva in un altro Stato membro, senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento, ogni questione sulla validità del certificato, come anche sulla legittimità della decisione, dovendo essere proposta al giudice dello Stato d'origine (ptt. 48-51).

ne puntuale di tali regole, applicazione alla lettera, di per sé idonea a soddisfare l'interesse superiore del minore.

La legge – se ne rende ben conto la Corte – contempla però un interesse astratto. Ecco, dunque, che se, e nella misura in cui, vi è da tutelare anche l'interesse specifico e concreto del singolo minore, tale tutela è realizzabile e consentita solo nello Stato di residenza abituale del minore (o quello comunque competente in base al regolamento), che è anche Stato d'origine della decisione di ritorno. Solo al giudice di tale Stato compete l'attuazione dell'interesse superiore del minore in quanto concreto interesse del singolo. Tale assetto non deve essere modificato in nome di una superiore tutela personalistica da accordare al singolo minore coinvolto nella vicenda di illecito trasferimento. Osta al potere di revisione delle decisioni dello Stato d'origine il principio della reciproca fiducia su cui si base il sistema giurisdizionale dell'Unione. Il *superiore e concreto* interesse del minore è dunque affidato, in nome della fiducia, all'automatismo del riconoscimento dell'esecutorietà della decisione dello Stato d'origine. La giustizia del sistema è garanzia di giustizia della decisione del caso concreto: *fiat iustitia et pe-reat mundus!*

Vincolata senza immaginazione ai testi, la lettura che ne offre la Corte di giustizia elude però la questione centrale che si presenta in ogni vicenda di sottrazione internazionale di minori. Qual è l'interesse del minore concretamente coinvolto nella vicenda processuale, quale la decisione individualmente corrispondente all'interesse che i testi internazionali e l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali pongono come preminente rispetto ad ogni altro? Il dogma dell'inviolabilità della competenza del giudice dello Stato di residenza abituale del minore – è di questo giudice che sempre si tratta nei casi concreti – può reggere dinanzi ad un accertamento contrastante con il ritorno, compiuto dal giudice del paese dove il minore effettivamente si trova? Perché si dovrebbe avere assoluta “fiducia” nel primo e non nel secondo? *Spoliatus ante omnia restituendus* è criterio pratico di soluzione di un conflitto su beni materiali, ma non si presta ad essere tradotto in una norma di decisione che *deve* corrispondere all'interesse preminente del minore.

Non a caso, implicitamente percorsa da simili interrogativi è la più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, per funzione e carattere ben più propensa della Corte di giustizia a valutare, nel controllo di conformità delle decisioni dei giudici ai valori positivizzati nella Convenzione europea, tutte le implicazioni del caso concreto.

6. In verità, fino ad epoca recente anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condiviso l'idea che la prevenzione dei trasferimenti illeciti dei minori, obiettivo generale ed astratto dalla Convenzione de L'Aja, fosse da considerare la finalità primaria nella protezione accordata a tali soggetti dalla CEDU. La Corte ha così ritenuto che il rispetto degli obblighi posti a carico degli Stati dalla Convenzione de L'Aja fosse di per sé idoneo ad attuare l'interesse superiore del minore in concreto e in termini coerenti con il divieto di ingerenza nella vita privata e familiare sancito dall'art. 8 della CEDU, al quale per giurisprudenza costante è stato ricondotta la tutela dei minori nelle relazioni familiari. Infatti, numerose sono state le pronunce che hanno accertato la violazione di tale norma per mancato o incompleto rispetto della Convenzione de L'Aja quanto all'obbligo di emanare l'ordine di ritorno o di darvi esecuzione, nell'assunto che il ripristino dello *status quo* imposto dalla Convenzione, a discapito del genitore non affidatario, concretizzasse proprio la *ratio* del rispetto della vita familiare del genitore affidatario imposto dall'art. 8. In sostanza, copiosa giurisprudenza della Corte ha affermato che la conformità degli atti giurisdizionali alla Convenzione de L'Aja decide della conformità alla CEDU²³.

Con una recente sentenza della Grande Camera nel caso *Neulinger*²⁴, la Corte abbandona tale prospettiva unificatrice e si pone alla verifica autonoma, alla luce del senso proprio dell'art. 8, del rispetto dell'interesse superiore del minore nel caso concreto, facendo quindi completa astrazione dall'assetto degli obblighi stabiliti a carico degli Stati dalla Convenzione de L'Aja. Nel caso di specie era l'autore del trasferimento illecito che reclamava la protezione offerta dall'art. 8 della CEDU e la Corte rileva che un'automatica applicazione del regime previsto dalla Convenzione de L'Aja non è di per sé rispettosa dell'art. 8, rendendosi invece necessario valutare il caso concreto per stabilire se il superiore interesse del minore sia stato attuato. Conta, in altre parole, la valutazione del merito della vicenda di illecito trasferimento, da svolgere attraverso un esame approfondito di ogni elemento pertinente, al fine di stabilire se il rientro del minore sia effettivamente necessario a tutela del suo superiore inte-

²³ Per puntuali riferimenti, cfr. R. DI CHIO, *op. cit.*, nonché M. MARCHEGANI, *op. cit.*

²⁴ Sent. del 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, ric. n. 41615/07. La sentenza rovescia le conclusioni cui era giunta la sentenza di una Camera della Corte dell'8 gennaio 2009. Ampiamente, al riguardo, M. MARCHEGANI, *op. cit.* pp. 992 ss.

resse, e non perché semplicemente coerente con l'applicazione meccanica e automatica del regime de L'Aja.

Pronunce della Corte europea successive alla sentenza *Neulinger* hanno confermato tale nuova impostazione del rapporto fra l'art. 8 della CEDU e la Convenzione del 1980²⁵, con evidenti riflessi sul sistema del regolamento comunitario, che non hanno tardato a manifestarsi. Nel caso *Sneersone e Kampanella*²⁶, richiamandosi al nuovo indirizzo interpretativo che impone la verifica in concreto dell'interesse superiore del minore, la Corte giunge alla conclusione che un provvedimento di ritorno emesso da un giudice italiano ai sensi del regolamento 2201/2003, dopo una decisione di rifiuto di ritorno ai sensi dell'art. 13 della Convenzione de L'Aja, non può essere considerato conforme allo standard di tutela imposto dall'art. 8, in particolare per non avere considerato a sufficienza le conseguenze che sarebbero derivate al minore nel caso di rientro Italia, paese da cui era stato trasferito in Lettonia ad opera della madre unica affidataria.

È chiaro che qui abbiamo una categorica smentita dell'impostazione astratta e dogmatica fatta propria dalla Corte di giustizia. Si noti che nella vicenda fu adita dalla Lettonia anche la Commissione dell'Unione europea per violazione del regolamento e che la Commissione ebbe ad approvare la decisione di ritorno italiana.

Dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, come s'intuisce, vi è un insegnamento di capitale importanza da trarre. L'interesse del minore, proprio perché va considerato "superiore", è sottratto ad una prestabilita ed astratta configurazione ad opera del legislatore. L'interesse è materia di accertamento concreto, indipendente dalla logica amministrativa con la quale è concepito il regolamento 2201/2003. Se l'esecutorietà della decisione di ritorno non può essere messa in discussione, ciò è incompatibile con la pretesa dei diritti fondamentali di vedersi rispettati nel caso concreto. La quantità di verità della legge che astrattamente protegge l'interesse del minore e la quantità di giustizia della deci-

²⁵ Cfr. le decisioni di irricevibilità 26 ottobre 2010, *Raban c. Romania*, ric. n. 25437/08; 2 novembre 2010, *Van den Berg e Sarri*, ric. n. 7239/08; 15 maggio 2012, *M.R. e L.R. c. Estonia*, ric. n. 13420/12, nonché le sentenze del 12 luglio 2011, *Sneersone e Kampanella c. Italia*, ric. n. 14737/09; 21 febbraio 2012, *Karrer c. Romania*, ric. n. 16965/10; 3 maggio 2012, *Uyanik c. Turchia*, ric. n. 60328/09 (e si veda anche la sentenza della Camera del 13 dicembre 2011, *X. c. Lettonia*, ric. n. 27853/09, peraltro rinviata alla Grande Camera).

²⁶ Cfr. la nt. prec.

sione che rispetta meccanicamente la legge non sono sufficienti. Ciò che esigono verità e giustizia è che l'interesse superiore del singolo sia accertato e protetto nel momento in cui il problema della protezione si pone. È il tempo dell'accertamento che definisce quale sia la modalità di azione corrispondente all'interesse da proteggere, ed è al tempo dell'azione che si provvede alla sua tutela, lì e allora. L'automatismo non appartiene all'ora del giorno in cui la situazione del minore richiede tutela.

È anche la nostra Corte costituzionale a darci questa indicazione. Nella sentenza già ricordata, la n. 31 del 2012, la Corte censura l'automatismo con il quale la legge penale impone la perdita della potestà genitoriale nel caso di condanna per alterazione dello stato di figlio legittimo (art. 567 cod. pen.). Con una secca osservazione sulla irragionevolezza dell'automatismo, che non consente al giudice di verificare se la perdita della potestà sia effettivamente nell'interesse superiore del minore, interesse internazionalmente affermato e protetto, la Corte dichiara l'illegittimità della disposizione che impone l'applicazione della pena accessoria²⁷.

È degno di nota come la Corte rilevi che la stessa questione fu respinta come infondata nel 1988. Se ora può dichiararla fondata è perché il quadro normativo di riferimento, il parametro evocato, è radicalmente mutato in seguito all'attuazione nell'ordinamento dei principi posti a tutela dell'interesse superiore del minore. Nella precedente ordinanza, afferma la Corte, non fu possibile tener conto del quadro normativo oggi assunto a parametro di costituzionalità, perché in larga parte non ancora intervenuto.

Dicendo dunque che la norma penale che commina la perdita della potestà genitoriale è costituzionalmente illegittima perché preclude al giudice ogni possibilità di valutare l'interesse del minore nel caso concreto, la Consulta si rivela in singolare sintonia con la Corte di Strasburgo, lontana dal dogmatismo astratto di quella di Lussemburgo.

7. Le conseguenze da trarre dalle diverse concezioni dell'interesse superiore del minore, proprie delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo, sono molteplici sul piano dei rapporti tra i sistemi normativi coinvolti,

²⁷ La pronuncia è coerente con l'orientamento, a più riprese manifestato dalla Corte costituzionale, volto a valorizzare nel massimo grado l'interesse del fanciullo. Si veda, ad esempio, la sentenza del 24 luglio 1996, n. 303, sulla quale, anche per ulteriori riferimenti a pronunce fondate sulla preminenza dell'interesse del minore, E. LAMARQUE, *L'eccezione non prevista rende incostituzionale la regola (ovvero il giudice minorile è soggetto alla legge, ma la legge è inderogabile nell'interesse del minore)*, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 2509 ss.

ma non è questa la sede per un simile approfondimento. Piuttosto, vale la pena di mettere in chiaro le implicazioni sostanziali della divergenza.

Nell'applicazione del regolamento 2201/2003 e della Convenzione de L'Aja, l'art. 8 della CEDU – lo abbiamo visto – impone di accertare l'interesse superiore del minore nel caso concreto. L'ordine di ritorno e la sua esecuzione non sono oggetto di un obbligo assoluto, ma vanno subordinati all'attuazione di quell'interesse, la quale compete e al giudice d'origine dell'ordine e al giudice richiesto, in quanto giudice dello Stato di rifugio. Nel campo di applicazione del regolamento 2201/2003, l'esecuzione di un ordine di ritorno “certificato” è però da considerarsi inoppugnabile. Si presuppone, così, che il giudice richiesto altro non sia che la *longa manus* del giudice d'origine, il mero esecutore dell'ordine impartitogli da questi, laddove la Convenzione de L'Aja, letta in senso conforme alla CEDU, lo considera invece soggetto al dovere di esercitare una reale funzione giurisdizionale di accertamento.

È dunque palese come l'integrazione della Convenzione nel sistema del regolamento non possa dirsi ben riuscita, almeno finché si pretende che il superiore interesse del minore sia un valore irrinunciabile. Il fatto che il giudice richiesto, “vero” giudice per la CEDU, sia chiamato dal regolamento ad intervenire nella vicenda del ritorno del minore senza poter esercitare fino in fondo il suo naturale potere di accertamento, pone in forse la legittimità – non solo alla luce della CEDU, ma anche della Carta dei diritti fondamentali – della scelta di considerare il giudice del paese di residenza abituale il solo qualificato ad accertare l'interesse superiore del minore. La giustizia è solo una “questione di competenza”? Parrebbe di sì, quando il *ius dicere* è ridotto a pura amministrazione.