



NADIA DI LORENZO\*

## SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE E DIRITTI FONDAMENTALI DEL FANCIULLO IN UNA RECENTE PRONUNCIA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti principali del caso *X v. Lettonia*. – 3. Sulla violazione dell'art. 8 CEDU. – 4. I principi di diritto sanciti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: il controllo formale ed estrinseco. – 4.2. Il caso *Neulinger*: un nuovo indirizzo interpretativo. – 4.3. Sugli effetti della sentenza *Neulinger* nel sistema di protezione dei diritti fondamentali del minore. – 5. La recente pronuncia della Corte europea, specificazione dell'orientamento inaugurato nel caso *Neulinger*. – 6. Conclusioni.

### 1. Introduzione

La recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *X c. Lettonia*<sup>1</sup> si pone nel solco del nuovo orientamento inaugurato dai giudici di Strasburgo con il noto caso *Neulinger c. Svizzera*<sup>2</sup>, precisandone tuttavia in maniera significativa i contenuti e i contorni.

In materia di sottrazione internazionale di minore, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha esordito con un orientamento restrittivo volto a configurare come non violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo la decisione nazionale che sia rispettosa delle norme sancite dalla Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale<sup>3</sup>.

\* Avvocato; Specializzata in Professioni Legali; Dottoranda in politiche europee di diritto penale, processuale e di cooperazione giudiziaria presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania.

<sup>1</sup> Corte EDU, Grande Chambre, 26 novembre 2013, *X c. Lettonia*, ricorso n. 27853/09. Decisa in prima istanza con sentenza Corte EDU, 15 novembre 2011.

<sup>2</sup> Corte EDU, Grande Chambre, 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, ricorso n. 41615/07, decisa in prima istanza con sentenza Corte EDU, 08 gennaio 2009; vedi per un commento approfondito G. WILLEMS, *Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011)*, in *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 9 e ss.; D. RIETIKER, *Un enlèvement d'enfant devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme: l'affaire Neulinger et Shuruk c. Suisse analysée à la lumière des Traités internationaux*, in *Rev. trim. dr. homme*, 2012, p. 377 e ss.

<sup>3</sup> La Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale, aperta alla firma all'Aja il 25 ottobre 1980, è entrata in vigore internazionalmente l'1 dicembre 1983, di cui oggi fanno parte 90 Stati, di cui 26 non fanno parte della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato e, tuttavia hanno avvertito

Più in particolare, chiamata a pronunciarsi sulla presunta violazione dell'art. 8 Cedu, la Corte europea chiariva che l'ingerenza statale nella vita privata e familiare era legittima tutte le volte in cui risultasse conforme e compatibile con la normativa internazionale settoriale in materia di *legal kidnapping*<sup>4</sup>.

Il caso *Neulinger* scardina tale meccanismo: la Corte europea dei diritti dell'uomo fonda il proprio convincimento prendendo le mosse dalla normativa universale in materia di diritti fondamentali del fanciullo e, richiamando la Convenzione di New York del 1989<sup>5</sup>, pone al centro del proprio percorso ermeneutico il principio del superiore interesse del minore. Ne consegue che la violazione dell'art. 8 CEDU deve essere valutata alla stregua del rispetto del principio del *best interests of the child*. La sentenza dello scorso novembre dei giudici di Strasburgo, confermando tale orientamento, si segnala per il merito di specificare alcuni aspetti in materia di rapporto tra fonti e tutela dei diritti fondamentali del fanciullo che appaiono certamente interessanti.

## 2. I fatti principali del caso X v. Lettonia.

Il caso concerne il ricorso presentato dalla sig.ra X, cittadina lettone (la cui identità non viene indicata nei documenti ufficiali), la quale lamenta la violazione del proprio diritto al rispetto della vita privata e familiare in ragione di un'illegitima ingerenza delle autorità lettoni per aver disposto il ritorno della piccola E. in Australia presso il padre.

Ripercorrendo brevemente i contorni della vicenda, la piccola E. nasceva nel 2005 dalla relazione tra la sig.ra X ed il sig. T, il quale non provvedeva al suo riconoscimento. La bambina, dopo la separazione della coppia, viveva con la madre in un appartamento di proprietà di T., a dire della ricorrente come locatari. La sig.ra X, peraltro, fruiva di un contributo statale per il sostegno delle "ragazze madri". Nel 2008 la sig.ra X decideva di rientrare nel proprio Stato portando con sé la figlia; successivamente veniva raggiunta da un'istanza di ritorno ai sensi della Convenzione dell'Aja del 1980.

La signora X. si opponeva al ritorno della bambina adducendo, preliminarmente, che la fattispecie non poteva qualificarsi in termini di illecita sottrazione di minore, stante che essa era la sola titolare del *droit de garde*, ai sensi e per gli effetti della Convenzione. Difettava, quindi, il presupposto fondamentale per dirsi integrato un *legal kidnapping*

---

l'urgenza di aderire allo strumento internazionale a tutela del minore sottratto. L'Italia ha provveduto ad adeguarsi alla normativa internazionale con legge di autorizzazione alla ratifica e esecuzione n. 15 gennaio 1994, n. 64. L. MARINI, *La sottrazione di minore nell'ordinamento internazionale*, Padova, 1995; V. LIBRANDO, F. MOSCONI e D. RINOLDI, *Tempi biblici per la ratifica dei trattati – i diritti dei minori contesi e la storia infinita della partecipazione italiana a quattro Convenzioni internazionali*, Padova, 1993.

<sup>4</sup> Più in particolare, la Corte europea dei diritti dell'uomo, richiamando la disposizione di cui all'art. 31 par. 3, lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, norma che enuncia il principio per cui nell'interpretare il diritto internazionale occorre considerare «ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni tra le parti», interpreta l'art. 8 CEDU alla luce delle regole di diritto sancite dalla Conv.Aja 1980.

<sup>5</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, p. 39.

considerato che il padre non esercitava effettivamente il proprio diritto di affidamento, circostanza che la ricorrente dimostrava allegando l'insussistenza di qualsivoglia documento che attestasse la paternità, la percezione del contributo per le "ragazze madri", il rapporto locativo che legava la sig.ra X al sig. T. In subordine, la madre si opponeva al ritorno considerato come sussistesse per la piccola E. un rischio grave di danno psichico, circostanza che la ricorrente provava allegando una perizia psicologica effettuata sulla minore.

Tuttavia, nei vari gradi di giudizio delle autorità lettoni, le Corti ritenevano integrato il *legal kidnapping*, considerando che l'ordinamento australiano riconosce la responsabilità genitoriale anche al padre naturale, e rigettavano l'eccezione di non ritorno ex art. 13 lett. b) della Convenzione dell'Aja del 1980<sup>6</sup>, non accogliendo il deposito della perizia psicologica allegata dalla madre.

Successivamente, la sig.ra X non dava seguito al provvedimento di ritorno. Il sig. T., in viaggio in Lettonia, riusciva a incontrare la bambina in un centro commerciale a prenderla con la forza, ottenendo poi l'autorizzazione di partire alla volta dell'Australia in esecuzione delle decisioni dei tribunali lettoni. La sig.ra X rientrava in Australia per non perdere i contatti con la bambina e subiva un provvedimento giurisdizionale interno limitativo della sua responsabilità genitoriale. Al momento dell'introduzione del ricorso dinanzi la Corte europea, la piccola E. veniva affidata al padre e poteva incontrare la madre solo una volta a settimana presso i servizi sociali.

### 3. Sulla violazione dell'art. 8 CEDU

La Corte europea dei diritti dell'uomo, nel giudicare il caso in esame, sancisce alcuni fondamentali principi di diritto: si ritiene che essi rappresentino un punto d'arrivo significativo nella tutela del superiore interesse del minore sottratto.

Dichiarato il ricorso ricevibile in ragione della sussistenza di un'ingerenza nella vita privata e familiare della ricorrente, il vaglio della Corte di Strasburgo si concentra sulla legittimità dell'operato delle autorità lettoni, fondato sui tre criteri di conformità rispetto alle norme poste a tutela dei diritti fondamentali dell'uomo. Nel caso di specie, per quanto concerne il criterio di legalità, la ricorrente lamentava che la decisione di ritorno non era fondata su base legale: la Convenzione dell'Aja del 1980 non poteva essere applicata al caso di specie dal momento che il sig. T. non era titolare di un *droit de garde* effettivamente esercitato. Tale eccezione, contestata in sede di difesa dal Governo lettone, non viene accolta dalla Corte europea, la quale ritiene che i giudici lettoni abbiano applicato il diritto australiano interno che riconosceva il diritto di affidamento in capo al sig. T., con ciò utilizzando legittimamente la Convenzione dell'Aja del 1980 come base legale della decisione. In ordine allo scopo legittimo, la Corte europea consacra il precedente

---

<sup>6</sup> L'art. 13 lett. b) della Conv. Aja 1980 prescrive l'eccezione al ritorno del minore nei casi in cui lo stesso possa essere esposto a un rischio di danno psichico o fisico o una situazione intollerabile per il fatto del suo rientro. Trattasi della causa ostativa al rimpatrio che più viene utilizzata nella prassi giudiziaria dei procedimenti di ritorno del minore, sovente con effetti distorsivi, e che ha dato vita a maggiori problematiche interpretative. A livello procedurale, l'onere della prova della sussistenza della circostanza di cui all'art. 13 lett. b) incombe su colui il quale la invoca. Non basta, quindi, una mera allegazione della circostanza, occorre la prova giudiziale e certa della verità dei fatti dichiarati.

orientamento secondo cui le decisioni in materia di sottrazione internazionale si fondano *ex se* sullo scopo legittimo di tutelare i diritti e le libertà dei soggetti coinvolti. Il punto *dolens* della fattispecie concerne il terzo e ultimo presupposto per vagliare la legittimità dell'intervento dell'ordinamento interno sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, ossia la necessità dell'ingerenza in una società democratica, criterio che attiene alla proporzionalità dell'ingerenza statale rispetto allo scopo perseguito. Su questo punto la Corte europea dei diritti dell'uomo dichiara la violazione dell'art. 8 CEDU, considerando che l'ingerenza statale nella vita privata e familiare della sig.ra X appare non necessaria e sproporzionata. La tesi della ricorrente si concentra sulla mancata acquisizione della consulenza psicologica effettuata su E. che fondava l'eccezione di non ritorno *ex art.* 13 lett. b) della Convenzione dell'Aja del 1980; più in particolare, la mancata considerazione di un elemento di prova atto a fondare il convincimento del giudice rappresenta un *vulnus* ai diritti fondamentali della bambina e alla tutela del suo superiore interesse. La Corte europea, aderendo a tale impostazione, chiarisce che l'acquisizione della consulenza psicologica avrebbe consentito un ascolto mediato della bambina e che, quindi, il mancato utilizzo di tale strumento di prova costituisce violazione del diritto ad essere ascoltati, nonché violazione del principio del superiore interesse del minore, compromesso nel non essere state valutate le conseguenze psicologiche che il ritorno in Australia poteva produrre nell'equilibrio psichico della bambina.

#### 4. *I principi di diritto sanciti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo*

Il caso in commento appare significativo non solo per la peculiarità della vicenda, ma soprattutto per l'*iter* argomentativo seguito dalla Corte di Strasburgo; si reputa che esso segni una tappa fondamentale nel percorso di tutela dei diritti del minore sottratto.

Invero, i casi di sottrazione internazionale di minore, ormai tristemente noti alla prassi dei tribunali nazionali, involgono il delicato problema della tutela dei diritti del bambino vittima dell'illegittimo trasferimento, posto che il sistema di tutela pecca di effettività. Basti pensare al diritto alla bigenitorialità, al diritto a preservare il proprio ambiente di vita, al diritto ad uno sviluppo sano e armonioso: l'atto di forza del genitore "sottraente" viola tutti i diritti del minore. La reazione dell'ordinamento giuridico, incardinata nella normativa internazionale<sup>7</sup> ed europea<sup>8</sup> in materia di *legal kidnapping*, si

<sup>7</sup> Oltre gli strumenti internazionali a tutela dei diritti fondamentali dell'uomo e del fanciullo, in particolare, la materia del *legal kidnapping* ottiene una disciplina speciale, in considerazione dell'allarmante aumento dei casi di sottrazione oltre frontiera dei minori. Oltre la citata Convenzione dell'Aja del 1980, il fenomeno è regolamentato anche dalla *Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento*, aperta alle firme il 20 maggio 1980 a Lussemburgo, strumento che si applica ai casi di sottrazione internazionale di minore posti in essere in violazione di un provvedimento giurisdizionale che dispone l'affidamento della prole.

<sup>8</sup> L'Unione europea si è dotata di una propria normativa in materia di sottrazione internazionale di minore, contenuta nel regolamento CE 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. Il regolamento "*Bruxelles II bis*" è entrato in vigore il primo agosto 2004 e si applica dal primo marzo 2005. Esso concerne tutte le misure relative alla protezione del minore e alla sola materia civile. Restano escluse dal suo campo di applicazione questioni relative alla sicurezza sociale, misure pubbliche di carattere generale in materia di istruzione e di sanità o decisioni sul diritto d'asilo e nel settore dell'immigrazione. Esso non si applica nemmeno ai provvedimenti relativi al diritto di filiazione o ai

fonda sulla presunzione che la miglior tutela esperibile per il minore sottratto, alla luce del suo superiore interesse, sia fare immediato e tempestivo ritorno nel luogo di residenza abituale, nel tentativo di elidere le conseguenze pregiudizievoli dell'illegittimo trasferimento. Tale presunzione, fondata sulla valutazione primaria del *best interests of the child*, reca in sé un ulteriore elemento di valutazione: reintegrando la situazione anteriore all'illecito, si consente al giudice naturale precostituito per legge (il giudice del luogo di residenza abituale) di poter decidere nel merito della responsabilità genitoriale, addivenendo a una decisione fondata su un preciso e approfondito esame della situazione concreta e familiare. Questo sistema conosce delle eccezioni: si tratta dei casi in cui, in ragione del preminente interesse del minore, appare necessario non disporre il ritorno; ciò avviene in caso di decorso del tempo, di volontà oppositiva del minore che abbia raggiunto un sufficiente grado di maturità, di rischio grave di danno per il fatto del ritorno. Le cause ostative al rimpatrio, tassativamente indicate dalla Convenzione dell'Aja del 1980, devono essere interpretate restrittivamente, al fine di non scardinare la *ratio* del sistema restitutorio di cui si è appena detto.

Sul terreno dei motivi di rifiuto del rimpatrio del minore si snoda il dibattito giurisprudenziale e dottrinario in materia di *legal kidnapping*, trattandosi del settore in cui emerge più chiaramente la questione della tutela del superiore interesse del minore.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, quale organo garante della tutela dei diritti fondamentali del fanciullo sottratto, conosce due distinte fasi di apprezzamento del legame tra diritti fondamentali del minore coinvolto, da una parte, e decisioni in materia di *legal kidnapping*, dall'altra. Si tratta di due percorsi ermeneutici assolutamente differenti, che giova ripercorrere brevemente per comprendere le conclusioni del caso in commento.

#### 4.1. *Il primo periodo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: il controllo formale ed estrinseco*

In un primo periodo, la giurisprudenza della Corte EDU in materia di sottrazione internazionale di minore si ispira alla valorizzazione delle regole di diritto sancite nella Convenzione dell'Aja del 1980<sup>9</sup>. Premesso che tale sistema convenzionale si fonda sulla presunzione che la tutela del superiore interesse del minore sottratto implichi la pronuncia di ritorno del minore, la Corte europea ha ritenuto rispettato l'art. 8 CEDU ogni qualvolta lo Stato membro abbia rispettato il *dictum* della Convenzione sugli aspetti civili della

---

provvedimenti riguardanti illeciti penali commessi dai minori. Peraltro la sentenza della Corte di Giustizia CE 27 novembre 2007, C- 435/2006, ha chiarito come la nozione di materia civile ha natura comunitaria e va intesa in termini autonomi, secondo un criterio funzionale, tenendo conto degli obiettivi del regolamento. Ne deriva che, in virtù delle finalità della normativa, le decisioni in materia genitoriale devono essere tutte ricomprese nell'ambito di applicazione del regolamento, ancorchè, dal punto di vista del diritto interno di uno Stato membro, siano espressione di una potestà pubblica (nel caso di specie si trattava del provvedimento di affidamento in custodia di un minore ad una struttura pubblica, rientrante in materia di diritto pubblico). Nello stesso senso v. Corte di Giustizia CE, 2 aprile 2009, causa C – 523/07, ricorso per pronuncia pregiudiziale promossa dal Korkein hallinto-oikeus — Finlandia.

<sup>9</sup> Più in particolare, la Corte europea dei diritti dell'uomo, richiamando la disposizione di cui all'art. 31 par. 3, lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, norma che enuncia il principio per cui nell'interpretare il diritto internazionale occorre considerare «ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni tra le parti», interpreta l'art. 8 CEDU alla luce delle regole di diritto sancite dalla Conv. Aja 1980.

sottrazione internazionale di minore. Si potrebbe definire questa fase della giurisprudenza di Strasburgo come deputata a un mero “controllo estrinseco” del rispetto dell’art. 8 CEDU e, più in generale, del superiore interesse del minore<sup>10</sup>. La violazione dell’art. 8 della CEDU è stata ritenuta integrata nei casi di mancato rispetto della Convenzione dell’Aja del 1980 dovuto a fattispecie in cui si lamentava il decorso di un tempo eccessivo per ottenere un provvedimento di ritorno del minore e/o l’inattività delle autorità statali per portare a esecuzione tale pronuncia. In tal senso il non essersi adoperati per pronunciare una decisione di ritorno del minore, unitamente alla mancata esecuzione della stessa, integra una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare *sub specie* del mancato adempimento degli obblighi derivanti dalla Convenzione sulla sottrazione internazionale di minori<sup>11</sup>.

Citando in via solo esemplificativa il caso *Eskinazi e Chelouche c. Turchia*<sup>12</sup>, la Corte europea, chiamata a giudicare la legittimità dell’intervento statale in relazione alla violazione degli artt. 6 e 8 CEDU<sup>13</sup> nel caso della sottrazione internazionale di una bambina di cinque anni, trasferita illegittimamente dalla madre in Turchia, utilizza proprio il cd. controllo estrinseco. Nel caso di specie, stante l’illegittimità del trasferimento e l’assenza di cause ostative al rimpatrio, la giurisdizione dello Stato turco aveva imposto il ritorno della bambina in Israele. Contro tale decisione la signora *Eskinazi* adiva la Corte europea dei diritti dell’uomo ritenendo l’ingerenza dell’autorità statale illegittima per contrasto con l’art. 8 CEDU. Il controllo della Corte europea nel caso di specie appare ancora una volta di natura estrinseca e formale: il rispetto del superiore interesse del minore non viene approfondito nel caso concreto, poichè la Corte si limita a verificare il rispetto della normativa prevista dalla Convenzione dell’Aja del 1980, ribadendo come il proprio controllo si ispiri alla verifica della «non arbitrarietà» della pronuncia di ritorno.

#### 4. 2. *Il caso Neulinger: un nuovo indirizzo interpretativo*

Nel 2010 la Corte europea dei diritti dell’uomo pronuncia la sentenza nel caso *Neulinger*: si tratta di una decisione che si pone in evidente rottura con la giurisprudenza sin qui esaminata, ponendo l’accento sulla tutela del *best interests of the child* quale criterio per decidere sulla violazione delle norme della Convenzione europea. Si tratta di un evidente cambio di prospettiva, poichè la Corte ritiene che non sia sufficiente controllare il rispetto

<sup>10</sup> Peraltro tale meccanismo interpretativo è stato criticato in dottrina poichè la Corte europea finisce per applicarlo anche a Stati che sono parte della Convenzione europea ma che non hanno ratificato la Conv. Aja 1980 (come nel caso deciso con sentenza 23 settembre 2000, *Sophia Gudrun Hansen c. Turchia*, ricorso n. 36141/97; la Turchia ha aderito solo successivamente alla Conv. Aja 1980 sulla sottrazione internazionale di minori). Sul punto v. 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, p. 987 ss.

<sup>11</sup> Molte le sentenze sul punto: *Karadzic c. Croazia*; 22 giugno 2006, *Bianchi c. Svizzera*, ricorso n. 7548/04 ; 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, p. 799 ss.

<sup>12</sup> Corte EDU, 6 dicembre 2005, *Eskinazi e Chelouche c. Turchia*. Vedi il commento di F. SUDRE, *Enlèvement international d’enfant: l’entrée en scène de l’article 6 par. 1 de la Convention EDH*, in *Dr. fam.*, 2006, p. 40 ss; in tema vedi anche D. DELVAX, *L’intérêt supérieur de l’enfant et son déplacement illicite*, in *Journ. dr. jeun.*, 2006, p. 18 ss.

<sup>13</sup> Con riferimento all’art. 6 CEDU la ricorrente lamentava come il ritorno della minore in Israele e, conseguentemente, la sottoposizione di ogni decisione nel merito del diritto di affidamento alla giurisdizione israeliana comporta un evidente diniego di giustizia stante la tendenza religiosa dei tribunali israeliani che certamente si sarebbero pronunciati in favore del padre. Tale doglianza viene considerata irricevibile poichè fondata su un pregiudizio astratto e non su circostanze concrete.

della normativa internazionale in materia di sottrazione internazionale di minore, quanto piuttosto sia necessario verificare in concreto se l'ingerenza statale risponda alla tutela del superiore interesse del minore. Corollario di tale argomentazione è che pure una decisione presa in conformità alla Convenzione dell'Aja del 1980 potrebbe apparire contraria al superiore interesse del minore nel caso concreto, ponendosi così in contrasto con il rispetto dell'art. 8 CEDU<sup>14</sup>.

Il *leading case* è il celebre caso della sottrazione internazionale del piccolo Noam Shuruk nato dall'unione coniugale tra la signora Neulinger di nazionalità svizzera e il signor Shuruk, cittadino israeliano. 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 violenze 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 presentava una domanda di ritorno del minore fondata sull'illegittimità del trasferimento in Svizzera, richiesta accolta in ogni stato e grado dei procedimenti elvetici sul caso. Esperiti tutti i mezzi di ricorso interni, la sig.ra Neulinger si rivolgeva alla Corte europea dei diritti dell'uomo per vedere riconosciuta la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare propria e del piccolo Noam. La Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo riconosce tutte le istanze della sig.ra Neulinger.

E' interessante notare il percorso ermeneutico posto in essere dalla Corte di Strasburgo per giungere a tale conclusione. Infatti, abbandonando il c.d. controllo estrinseco circa il rispetto della normativa internazionale, in questa occasione i giudici chiamano in causa un terzo strumento internazionale, ossia la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo<sup>15</sup>. L'entrata in scena di questo strumento internazionale ha 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

<sup>14</sup> G. WILLEMS, *Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011)*, in *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 9 e ss.

<sup>15</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 Conv. Aja 1980, stupisce se utilizzata per "affossare" il sistema convenzionale in materia di sottrazione internazionale di minori.

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<sup>16</sup>. Così argomentando, la Corte pare individui un criterio di gerarchia tra le fonti internazionali a tutela del minore sottratto, in cui la Convenzione dell'Aja del 1980 acquista rango subordinato: la sentenza sancirebbe il principio di diritto per cui, decorso un certo lasso di tempo e stante l'integrazione nel nuovo ambiente di vita, il ripristino dello *status quo ante*, così come sancito dal sistema di cooperazione internazionale in materia di *legal kidnapping*, non rappresenta la più effettiva tutela dei diritti del bambino sottratto. Il decorso del tempo impone quindi un'analisi in concreto, caso per caso, del superiore interesse del minore, alla luce dei trattati internazionali in materia di diritti fondamentali dell'individuo.

#### 4.3. *Sugli effetti della sentenza Neulinger nel sistema di protezione dei diritti fondamentali del minore*

L'orientamento così inaugurato dalla Corte di Strasburgo, pur avendo il pregio di trovare la soluzione giuridica più equa per il piccolo Noam, pone delicati problemi di "tenuta" dell'intero sistema a tutela del minore sottratto. Questo tipo di criterio ermeneutico relega la Convenzione dell'Aja del 1980 tra le fonti sussidiarie, disponendo l'applicazione generalizzata della normativa universale in materia di diritti fondamentali, con l'ulteriore conseguenza che la *lex specialis* che individua una normativa specifica in risposta al fenomeno del *legal kidnapping* cede dinnanzi all'applicazione di principi generali certamente più soggetti alla discrezionalità dell'interprete. Questa conclusione appare quanto meno criticabile. Le sentenze successive della Corte europea, pur non ricostruendo tale rapporto tra fonti, utilizzano il criterio del *best interests of the child*, come sancito nella Convenzione di New York, quale autonomo principio di diritto su cui fondare le decisioni in materia di sottrazione internazionale<sup>17</sup>. L'impatto di tale ricostruzione è ancor più incisivo nell'ambito della giurisprudenza nazionale, ove sussiste un elevato rischio che l'utilizzo autonomo del principio del superiore interesse del minore, volto a superare l'applicazione rigorosa della Convenzione dell'Aja del 1980, comporti un incremento delle decisioni viziate da cd. "nazionalismo"<sup>18</sup>.

In questo senso, una recentissima pronuncia della *Cour de Cassation française*, che ha cassato la decisione di ritorno del minore sul presupposto che la separazione dalla madre sottraente sarebbe contraria al suo superiore interesse, individuando nel criterio del *best interests of the child*, una possibile causa autonoma ostativa<sup>19</sup>. Nel caso di specie, quindi, i

<sup>16</sup> Punto 145 della sentenza in commento.

<sup>17</sup> Così nel caso *Raban c. Romania* e *Van Den Berg e Sarri c. Paesi Bassi*, sentenza 26 ottobre 2010, ricorso n. 25437/08 e sentenza 2 novembre 2010, ricorso n. 7239/08, la Corte europea ha ribadito la centralità del principio del superiore interesse del minore e la necessità di procedere ad una accurata, vasta e complessiva valutazione di merito. Nella sentenza della Corte europea, 12 luglio 2011, *Sneerson e Kampanella c. Italia*, ricorso n. 14737/09 si censura proprio la mancanza di un'indagine accurata in materia di superiore interesse del minore.

<sup>18</sup> Pratica per cui i giudici nazionali sono più propensi ad emettere decisioni basate sull'accoglimento delle ragioni del genitore "sottraente" in quanto connazionale.

<sup>19</sup> *Cour de Cassation*, 13 febbraio 2013 n. 107. Sul punto vedi N. DI LORENZO, *Il superiore interesse del minore sottratto supera l'applicazione della Convenzione dell'Aja 1980*, in corso di pubblicazione in *Dir. fam. pers.*, 2014.

supremi giudici nazionali francesi ritengono di non disporre il ritorno del minore, superando l'applicazione della Convenzione dell'Aja del 1980 e decidendo sul solo presupposto della Convenzione di New York 1989, ove viene sancito il principio del superiore interesse del minore.

Questa impostazione non appare condivisibile. Il superamento e la lettura riduttiva del sistema internazionale in materia di *legal kidnapping*, giustificato apparentemente dalla *ratio* di maggior tutela del superiore interesse del minore, comporta un *vulnus* alla tutela dei suoi diritti fondamentali. La presunzione che il ritorno del minore nel luogo di residenza abituale risponda al suo miglior interesse appare ancora oggi cogente e supportata da evidenti logiche di certezza del diritto e di elisione delle conseguenze pregiudizievoli che il trasferimento implica nella psiche del bambino.

##### 5. *La recente pronuncia della Corte europea, specificazione dell'orientamento inaugurato nel caso Neulinger*

Il caso in commento pone le basi per il superamento delle critiche avanzate nei confronti dell'orientamento espresso nel caso *Neulinger*. Con la sentenza pronunciata nell'occasione, la Corte di Strasburgo ritorna, infatti, sul rapporto tra fonti del diritto internazionale in materia di sottrazione di minore, fornendo una nuova e, a mio parere, più adeguata chiave di lettura. Superata l'impostazione fondata sul controllo estrinseco, la Corte europea dei diritti dell'uomo afferma che il sistema di protezione del superiore interesse del minore deve fondarsi su una lettura convenzionalmente orientata della Convenzione dell'Aja del 1980. Più in particolare, lungi dal relegare la normativa di diritto internazionale privato in posizione subordinata rispetto alla Convenzione europea, i Giudici di Strasburgo sanciscono il principio di diritto per cui la Convenzione dell'Aja del 1980 mantiene un valore cogente e deve essere interpretata alla luce dell'ordinamento internazionale in materia di diritti fondamentali del minore.

La Corte afferma che la Convenzione dell'Aja del 1980 si fonda sulla presunzione cogente per cui il ripristino dello *status quo ante* precedente all'illegittimo trasferimento rappresenta la miglior tutela del *best interests of the child*, prevedendo tuttavia casi in cui lo stesso principio impone di non disporre il ritorno del fanciullo. Deriva, quindi, dalla stessa impostazione convenzionale che la decisione di ritorno non è automatica, ma corrisponde alla valutazione del suo superiore interesse<sup>20</sup>. Quest'ultimo poi non deve essere confuso con quello degli adulti di riferimento, dovendo al contrario essere valutato in maniera autonoma nell'ambito del giudizio circa il ritorno del minore. Ne deriva che l'apprezzamento del *best interests of the child* deve essere condotto alla luce della dicotomia tra regola (ritorno) ed eccezione (cause ostative espresse) e che è possibile rinvenire una violazione dell'art. 8 CEDU tutte le volte in cui tale accertamento in concreto non venga esperito nell'ambito del procedimento di ritorno del minore. La Corte, quindi, afferma la necessità di giungere

---

<sup>20</sup> Punto 97 della sentenza in commento. Acquisizione già formulata nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel famoso caso *Maumousseau e Washington c. Francia*, ricorso n. 39388/05, deciso con sentenza del 6 dicembre 2007, in cui la Corte afferma il superamento di ogni rigido automatismo al ritorno del minore.

«à une interprétation harmonieuse de la Convention et de la Convention de La Haye»<sup>21</sup>, a una «interprétation téléologique et évolutive à la lumière de la Convention», che tenga conto di come «la Convention de La Haye est fondamentalement un traité attributif de compétence mais qui ne méconnaît pas pour autant certaines questions de fond touchant au bien-être de chaque enfant concerné, puisqu'il impose une appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant en son article 13 et des droits fondamentaux de celui-ci en son article 20»<sup>22</sup>.

## 6. Conclusioni

I principi di diritto sanciti nella sentenza in commento devono essere apprezzati in quanto consentono di riconoscere dignità e giusta collocazione alla Convenzione dell' Aja del 1980 che, lungi dall'essere superata, diviene ancora una volta strumento centrale nella lotta al fenomeno del *legal kidnapping*. Il criterio del superiore interesse del minore, secondo il prudente apprezzamento della Corte europea, deve essere utilizzato non come norma autonoma per decidere le controversie in materia di sottrazione internazionale, ma come chiave di lettura di tutto il sistema normativo. Ne deriva che il combinato disposto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Convenzione di New York, da un parte, e della Convenzione dell'Aja del 1980, dall'altra, impone agli Stati, chiamati a pronunciarsi sul ritorno del minore, obbligazioni positive volte a valutare e accertare, nella dicotomia tra ritorno e cause ostative, quale soluzione sia richiesta dal superiore interesse del minore, tenendo conto di tutte le circostanze familiari e sociali che riguardano il bambino. In questo senso, occorre superare l'orientamento giurisprudenziale che dichiarava la necessità di interpretare restrittivamente le cause ostative al rimpatrio. Invero, le ragioni di non ritorno devono essere valutate in ragione dell'interesse del minore stesso e non aprioristicamente confezionando criteri ermeneutici validi *ex ante*. Il precipitato applicativo che sembra possa desumersi da questa impostazione è che, restando all'interno dello schema normativo tracciato dalla Convenzione dell'Aja del 1980, occorre interpretarne le norme e le regole in virtù dei diritti fondamentali e del superiore interesse del minore. In questo senso, le cause ostative al rimpatrio, la cui elencazione resta tassativa, devono essere valutate alla luce di tutto il contesto familiare e sociale in cui si colloca il bambino, per giungere alla conclusione che più risponda alla tutela e protezione della sua posizione giuridica.

La decisione confezionata all'esito di tale procedimento deve essere adeguatamente motivata al fine di consentire alla Corte di Strasburgo un vaglio di conformità all'art. 8 CEDU. Posto in questi termini il sistema, non si può non condividere la conclusione del giudice Pinto De Albuquerque il quale, in seno alla propria opinione concordante alla sentenza, chiarisce: «l'application uniforme des obligations tirées de la Convention de La Haye interprétées à la lumière de la Convention renforce la protection des droits de l'enfant» ciò consente al giudice sovranazionale la valutazione del rispetto dei diritti fondamentali del minore da parte dei giudici nazionali.

<sup>21</sup> Punto 106 della sentenza in commento

<sup>22</sup> Opinione concordante del giudice Pinto De Albuquerque.

In questo modo si stempera uno dei maggiori limiti della Convenzione dell' Aja 1980 ossia la mancata previsione di un organo giurisdizionale, terzo rispetto agli Stati contraenti, che possa verificare il rispetto degli obblighi convenzionalmente assunti. La Corte europea dei diritti dell'uomo diviene, quindi, nel sistema Consiglio d'Europa, l'organo imparziale chiamato a verificare che gli ordinamenti statali tutelino l'interesse del minore sottratto e i suoi diritti fondamentali, scongiurando interpretazioni ondivaghe e legate alla logica del "nazionalismo", così agendo in chiave preventiva sul fenomeno della sottrazione internazionale del minore.