



FACOLTÀ DI GIURISPUDENZA

TESI DI LAUREA IN: DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

LA SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORI

Relatore: Chiar.ma Prof.ssa Alessandra Zanobetti

Correlatore: Chiar.mo Prof. Pietro Pustorino

Tesi di laurea di:

Cecilia Giovannetti

Matr. 068773

A.A. 2007/2008

LA SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORI

INDICE

CAPITOLO I - ANALISI DEL FENOMENO

1.1. Il fenomeno della sottrazione internazionale di minori nel quadro delle norme internazionali di protezione dei minori

1.2. La tutela dei minori a livello europeo.

1.3. L'ordinamento italiano e la tutela dei minori

CAPITOLO II - LA CONVENZIONE SUGLI ASPETTI CIVILI DELLA SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORI, L'AJA, 1980

2.1. I presupposti applicativi della Convenzione dell'Aja

2.2. La violazione del diritto di affidamento e del diritto di visita: differenti modalità di tutela

2.3. Il rimpatrio del minore ed il ruolo delle Autorità centrali

2.4. Le eccezioni all'obbligo di rimpatrio del minore

2.5. La Convenzione dell'Aja nel contesto comunitario e le modifiche apportate dal regolamento CE 2201/03

2.6. L'Italia e l'attuazione della Convenzione dell'Aja

2.7. La sottrazione internazionale di minori negli Stati non aderenti alla Convenzione dell'Aja del 1980.

2.8. Confronto tra la Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori (L'Aja, 1980) e la Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento (Lussemburgo, 1980)

CAPITOLO III - ANALISI DELLA GIURISPRUDENZA. IN PARTICOLARE, IL RIFIUTO DI RIENTRO DEL MINORE

3.1. L' audizione del minore nelle convenzioni internazionali

3.2. L'audizione del minore ed il suo rifiuto al rientro ai sensi della Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori (L'Aja 1980). Analisi della giurisprudenza

3.3. L'audizione del minore nel regolamento CE 2201/2003

3.4. Il rifiuto di rientro del minore. Analisi della giurisprudenza italiana

APPENDICE

a) Analisi statistica dei dati relativi ai casi di sottrazione internazionale di minori trattati dall'Ufficio dell'Autorità Centrale italiana

b) Modulo per la richiesta di ritorno

BIBLIOGRAFIA

CAPITOLO I

ANALISI DEL FENOMENO

1.1. Il fenomeno della sottrazione internazionale di minori nel quadro delle norme internazionali di protezione dei minori

Il termine “sottrazione internazionale di minori” indica l’atto con il quale un genitore, senza il consenso dell’altro, sottrae il figlio, portandolo in un Paese diverso da quello di residenza abituale, con l’intento di nascondere e trattenerlo con sé a tempo indeterminato. Di frequente tale sottrazione viene compiuta con la speranza inespressa che le autorità dello Stato in cui ci si rifugia siano propense a legalizzare ciò che nel Paese dal quale ci si allontana è considerato un trasferimento illegittimo; il “rapitore” dunque si precostituisce all’estero per creare una situazione di fatto a sé favorevole in materia di affidamento (attraverso la pratica del forum shopping, ovvero di un foro più facile e più sicuro per ottenere l’affidamento).

Per comprendere la dinamica entro la quale si manifestano le vicende della sottrazione internazionale dei minori, è necessario rifarsi alla più ampia cornice della conflittualità che si manifesta tra genitori in sede di separazione e/o di divorzio; tale conflittualità diviene il campo di battaglia su cui si combatte la guerra tra adulti ed il figlio viene utilizzato da ciascuno, in modo proporzionale al potere che ne ha, come arma per colpire l’altro.

Tutto questo solitamente si manifesta in condizione di inconsapevolezza da parte dei genitori che in buona fede sono convinti di amare il figlio e di doverlo proteggere dalle esperienze negative cui l'altro lo esporrebbe. Ciascuno lo ama, ma non tiene in debito conto che ciò è vero anche per l'altro, con le proprie modalità e che il figlio è in grado di stabilire rapporti funzionali con entrambi i genitori, pur se caratterizzati da stili educativi diversi¹.

Spesso, dunque, occorre proteggere il minore dai suoi stessi genitori che, a seguito della separazione, allontanano il minore dal luogo di residenza abituale, sradicandolo così dal suo contesto sociale, affettivo, scolastico e geografico, altresì ledendo il suo diritto inalienabile a relazionarsi con entrambi i genitori, anche se essi vivono separati e risiedono in Stati differenti².

L'illecito trasferimento del bambino, da parte di uno dei genitori, in uno Stato diverso da quello in cui il minore aveva la propria residenza abituale (cosiddetto *legal kidnapping*) comprende sia l'ipotesi di trasferimento illegittimo del minore da parte del genitore non affidatario, sia il trattenimento dello stesso, sempre ad opera del genitore non affidatario, in uno Stato diverso da quello di residenza abituale per un periodo ben maggiore a quello normalmente concesso dal giudice o comunque maggiore di quello previsto su accordo delle parti.

¹ PERSIANI, *Il più piccolo diventa un' "arma" puntata contro l'altro genitore*, in *Il Sole 24 Ore*, *Famiglia e Minori*, 2008, n.2, 37.

² Tale fenomeno interessa sia le coppie composte da persone aventi la medesima provenienza giuridica, sia le cd. coppie miste, ovvero costituite da coniugi di diversa nazionalità. In quest'ultimo caso i problemi si complicano ancora di più in quanto la diversità delle legislazioni nazionali in materia familiare si pone come un ulteriore elemento di disturbo ad un'efficace tutela dell'interesse del minore. Questa delle coppie miste è una realtà in continuo aumento. Si registra infatti un boom di matrimoni misti: erano appena 58 mila nel 1991, superavano già le 200 mila unità nel 2005, ora crescono al ritmo di 6 mila all'anno. I matrimoni misti in Italia si sono più che quadruplicati. Non solo, negli ultimi quattro anni, il numero dei bambini nati da coppie miste è aumentato del 22%. Il boom è ben fotografato dall'Istat: nel 2004, in Italia si sono celebrati 28mila matrimoni con almeno un coniuge straniero. Circa 12mila coppie miste si separano ogni anno.

Aggiornamento base dati sulla giustizia

http://www.istat.it/salastampa/comunicati/non_calendario/20060621_01/

La sottrazione è altamente traumatica per il figlio che vive l'evento in questione come una perdita di uno dei genitori; altrettanto traumatica è la separazione dal contesto socio-culturale del luogo di residenza abituale e l'eventuale cambiamento del contesto linguistico cui il bambino va incontro. Più il bambino è piccolo, più l'attaccamento alle proprie figure di riferimento è connesso alla propria casa che simboleggia la protezione e la cura a lui fornite e pertanto più traumatica sarà l'esperienza del suo trasferimento in un altro Paese, lontano dall'altro genitore, dai luoghi, dagli affetti e dal contesto sociale nel quale viveva³.

La protezione del fanciullo e la tutela dei suoi diritti hanno ormai acquisito un ruolo estremamente rilevante all'interno degli ordinamenti giuridici di gran parte degli Stati e rappresentano un punto fermo e costante all'interno delle relazioni internazionali. Questa necessità di tutela del minore ha determinato l'adozione di strumenti pattizi specifici, accomunati dalla previsione di procedure celeri volte a ripristinare la situazione socio-affettiva precedente alla sottrazione⁴. La necessità di procedere e definire con urgenza la vicenda della sottrazione internazionale, è motivata dal fatto che più si protrae la permanenza del minore nel Paese in cui è stato trasferito, maggiori saranno le possibilità di una sua integrazione nel Paese in questione con conseguente inopportunità del ripristino della situazione precedente alla sottrazione.

Tuttavia, un'integrazione normativa in materia di diritto di famiglia è ancora lontana e difficilmente raggiungibile, non potendosi pretendere che gli Stati rinuncino alle proprie e più radicate tradizioni per modificare istituti che sentono

³ RE-SANCHEZ, *La sottrazione internazionale dei minori: aspetti psicologici*, in *Dir. Fam.*, 2003, 577.

⁴ GREGORI, *La sottrazione internazionale dei minori figli di coppie miste separate*, in *Nuovo Dir.*, 2000, 15.

propri ed inalienabili. Fondamentale è la cooperazione internazionale, la cui funzione è anzitutto lo scambio di informazioni tra Stati, in particolare sulle diverse legislazioni nei rispettivi Paesi, allo scopo di rendere accessibili, a chi ne ha diritto, gli strumenti che sulla carta esistono.

A livello internazionale, il primo strumento a tutela dei diritti dell'infanzia è stata la Convenzione sull'età minima adottata dalla Conferenza Internazionale del Lavoro del 1919.

A parte questa, la prima significativa attestazione dei diritti del fanciullo si ha con la Dichiarazione di Ginevra o Dichiarazione dei diritti del bambino, adottata dalla Quinta Assemblea Generale della Società delle Nazioni nel 1924. Tale documento non è però ancora concepito come strumento atto a valorizzare il bambino in quanto titolare, ma solo in quanto destinatario passivo di diritti. Inoltre la Dichiarazione non si rivolge agli Stati per stabilirne gli obblighi, ma chiama in causa più genericamente l'umanità intera affinché garantisca protezione ai minori. Tale Dichiarazione infatti nasce a seguito degli eventi drammatici che hanno caratterizzato l'inizio del '900 ed in particolare a seguito della I Guerra Mondiale che aveva posto in primo piano la necessità di attivare la tutela e la salvaguardia delle generazioni future. La Dichiarazione di Ginevra ha un impianto sostanzialmente assistenzialista, teso ad affermare le necessità materiali ed affettive dei minori.

Nel 1948 viene adottata dall'Assemblea delle Nazioni Unite la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo che avrebbe dovuto costituire la somma dei valori cui ispirarsi per la ricostruzione della comunità internazionale dopo le ferite

delle guerre mondiali. Tale Dichiarazione, tuttavia, non contiene previsioni relative alla tutela del fanciullo.

Solo un decennio più tardi si fa strada il progetto di una Carta sui diritti dei bambini che integri la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, con lo scopo di sottolinearne i bisogni specifici. La stesura e l'approvazione della Dichiarazione dei diritti del fanciullo da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite avviene all'unanimità e senza astensioni il 20 novembre 1959.

Il documento si propone di mantenere i medesimi intenti previsti nella Dichiarazione di Ginevra, ma chiede agli Stati sia di riconoscere i principi contemplati nella Dichiarazione, sia di impegnarsi attivamente nella loro applicazione e diffusione. Pur non essendo uno strumento vincolante, bensì una mera enunciazione di principi, la Dichiarazione gode di una notevole autorevolezza morale, che le deriva dal fatto di essere stata approvata all'unanimità e di essere un documento estremamente innovativo. La Dichiarazione del 1959, con portata innovativa, introduce il concetto che anche il minore, al pari di qualsiasi altro essere umano, sia soggetto di diritti.

Pochi anni dopo, nel 1961, viene firmata a L'Aja la Convenzione internazionale sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori. La Convenzione ha sancito per la prima volta il principio della competenza dello Stato di residenza abituale del minore in materia di protezione della sua persona e dei suoi beni⁵. La competenza dello Stato di residenza abituale viene meno nelle ipotesi in cui prevale la legislazione e la giurisprudenza delle autorità dello Stato di cui il minore è cittadino (artt. 3, 5 e 5 terzo capoverso).

⁵ DOSI, *Le convenzioni internazionali sulla protezione dei minori*, in Fam. Dir., 1997, 390.

Inoltre, in situazioni di urgenza, qualunque Stato Contraente ospitante il minore ha l'obbligo di assumere provvedimenti di protezione della persona e dei beni del minore straniero.

Fondamentale per un' effettiva protezione del fanciullo è l'attività di collaborazione tra gli Stati; ciò si evince espressamente da quanto previsto dell'art. 6 secondo il quale le autorità dello Stato di residenza e di cittadinanza possono reciprocamente delegarsi per l'applicazione dei provvedimenti adottati per la tutela della persona o dei beni del minore.

La principale convenzione internazionale in materia di protezione dei fanciulli è senza dubbio la Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori firmata all'Aja il 25 ottobre 1980 e che verrà ampiamente trattata nel capitolo successivo.

Altro importante strumento internazionale in materia di protezione dei minori è la Convenzione sui diritti del fanciullo firmata a New York il 20 novembre 1989, che segna definitivamente il passaggio da una concezione del bambino come oggetto di tutela a soggetto di diritti. L'obiettivo di tale Convenzione è, non solo e non tanto quello di assicurare al minore un idoneo ed appropriato contesto educativo, quanto quello di garantire allo stesso il pieno soddisfacimento dei propri diritti ed interessi. Non a caso il perseguimento del benessere del minore viene indicato come condizione determinante ai fini del raggiungimento del suo pieno sviluppo fisico e psichico.

Inoltre, sulla scia della Convenzione dell'Aja del 1980, in materia di diritto di visita, la Convenzione newyorkese sancisce il diritto di ogni fanciullo "separato da entrambi i genitori o da uno di essi di intrattenere regolarmente rapporti

personali e contatti diretti con entrambi i suoi genitori”, in ossequio alla norma secondo cui “entrambi i genitori hanno una responsabilità comune per quanto riguarda l’educazione della prole e il provvedere al suo sviluppo”.

La Convenzione presenta poi un dato innovativo costituito dal riconoscimento al minore di una partecipazione attiva nella formazione delle decisioni che lo riguardano ed in eventuali procedimenti giudiziari o amministrativi che lo concernono. A tal proposito occorre richiamare l’art. 12 che sancisce la possibilità attribuita al fanciullo “di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato”. È necessario pertanto che nel momento in cui occorra prendere una decisione che possa influire sul minore, questi ne venga informato, gli venga data la possibilità di esprimere la propria opinione e che questa venga tenuta in debito conto. Dunque, per la prima volta, il minore viene considerato alla stregua di persona, dotata di capacità e potenzialità espressive che gli consentono di prendere attivamente parte alle scelte che lo coinvolgono.

L'attenzione sul concetto di benessere del bambino inteso come condizione da garantire nel presente, in quanto basilare per la sua crescita in futuro, viene ribadita anche nella Convenzione sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale, promulgata all'Aja nel 1993.

Nel preambolo di questa si fa, infatti, riferimento alla necessità di garantire al minore la crescita nell'ambito familiare in un clima di benessere, amore e comprensione, assimilando tale condizione all'interesse primario e superiore del minore ed al rispetto dei suoi diritti fondamentali. Degno di rilievo appare, nell'ottica del riconoscimento dell'identità e dignità del bambino, il riferimento

alla necessità di tener conto non solo delle opinioni espresse dal minore ma anche dei suoi desideri e delle aspettative maturate per il futuro, nonché alla necessità di informarlo debitamente consentendogli, quindi, di formarsi un'opinione personale in ordine alle conseguenze derivanti dall'adozione.

Altrettanto indubbia appare la volontà degli Stati di ribadire chiaramente il concetto di bambino come persona a tutti gli effetti, soggetto di diritti ed in grado perciò di esprimere scelte autonome.

1.2. La tutela dei minori a livello europeo.

La tutela dei minori è sempre stata oggetto di una particolare attenzione anche a livello europeo.

Già nel 1970, in seno al Consiglio d'Europa, è stata adottata la Convenzione europea sul rimpatrio dei minori che tuttavia non è in vigore non avendo ricevuto sufficienti ratifiche. Infatti è stata ratificata solo dall'Italia con legge 30 giugno 1975, n. 396 e dalla Turchia nel 1976⁶.

Il principale strumento di tutela di minori adottato in ambito europeo è la Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento, firmata a Lussemburgo nel maggio 1980. La Convenzione tratta esplicitamente della sottrazione internazionale di minori. Presupposto per chiederne l'applicazione è infatti l'illecito trasferimento o il mancato rientro di un fanciullo. L'illiceità si riscontra quando un minore, in violazione di un provvedimento di affidamento, viene trasferito in uno degli Stati Contraenti o lì trattenuto dopo la scadenza del periodo di visita.

La Convenzione assicura il riconoscimento e l'esecuzione, nello Stato interessato, delle decisioni relative all'affidamento ed al diritto di visita emanate in ogni altro Stato contraente. Infatti l'art. 4 prevede che "chiunque abbia ottenuto in uno Stato Contraente un provvedimento relativo all'affidamento di un minore e desideri ottenere in un altro Stato Contraente il riconoscimento o l'esecuzione di tale

⁶ <http://conventions.coe.int>

provvedimento può rivolgersi, mediante ricorso, all'autorità centrale di uno Stato Contraente".

Organo di centrale importanza nell'impianto creato dalla Convenzione è l'Autorità centrale, cui sono attribuite funzioni di rilievo per l'attuazione delle finalità previste dalla Convenzione; in particolare l'Autorità Centrale dello Stato in cui il minore si trova deve provvedere direttamente a rintracciare il minore ed a garantire l'esecuzione del provvedimento assicurando la riconsegna del minore al ricorrente⁷.

L'obbligo di riconoscimento e l'esecuzione di un provvedimento opera, ai sensi dell'art. 8, quando l'istanza di ritorno è stata inoltrata entro sei mesi dall'illecito trasferimento e " quando all'atto dell'introduzione dell'istanza nello Stato in cui il provvedimento è stato pronunciato o alla data del trasferimento illegittimo, se questo ha avuto luogo precedentemente, il minore e i suoi genitori avevano soltanto la cittadinanza di questo Stato e il minore aveva la residenza abituale sul territorio di tale Stato".

L'esecuzione del provvedimento di affidamento può tuttavia essere rifiutata in alcune circostanze: l'art. 9 introduce dei motivi di rifiuto destinati ad operare nei casi non disciplinati dall'art. 8 e quando il provvedimento sia stato pronunciato in assenza del genitore convenuto o del suo legale rappresentante e l'atto introduttivo del giudizio non gli sia stato comunicato regolarmente e quando il provvedimento di affidamento sia incompatibile con un altro divenuto esecutivo nello Stato richiesto prima del trasferimento illecito del minore⁸. La domanda può

⁷ GALBIATI, LIBRANDO, ROVELLI, *La Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento di minori e sul ristabilimento dell'affidamento*, in Riv. Dir. Eur., 1980, 377.

⁸ DOSI, *Le convenzioni internazionali sulla protezione dei minori*, cit., 390.

essere parimenti rifiutata nelle ipotesi previste dall'art. 10, ovvero per palese incompatibilità degli effetti della decisione con i principi fondamentali del diritto di famiglia e dei fanciulli dello Stato richiesto (lett. a) e, in ogni caso, quando sia constatata l'attuale contrarietà del disposto affidamento all'interesse del minore a causa delle circostanze, con l'avvertenza che detto mutamento ben può consistere nel decorso del tempo, ma non anche nel mero cambiamento di residenza del fanciullo a seguito dell'illegittimo trasferimento (lett. b). A tali motivi di rifiuto si aggiungono quelli dipendenti dalla condizione del minore, quali la cittadinanza o la residenza abituale nello Stato richiesto e la contestuale assenza di legami con lo Stato di origine o il contrasto del provvedimento di affidamento con altro provvedimento emesso o reso esecutivo nello Stato richiesto, a seguito di procedimento instaurato prima della proposizione della domanda di riconoscimento o di esecuzione, sempre che il rifiuto sia conforme all'interesse del minore (lett. d).

Il secondo comma dell'articolo in esame, prevede poi delle ipotesi di sospensione tanto del procedimento di riconoscimento, quanto di quello d'esecuzione, che fanno dubitare dell'efficacia di tale strumento convenzionale ad assicurare l'esecuzione dei provvedimenti di affidamento⁹.

L'importanza di strumenti volti a contrastare il fenomeno della sottrazione internazionale di minori è stata sempre ribadita dal Parlamento europeo che, attraverso un notevole numero di risoluzioni, ha svolto una funzione di stimolo in relazione alla materia della protezione dei minori. A tal proposito è necessario ricordare che il 27 aprile 1989 la Commissione giuridica per i diritti dei cittadini

⁹ CONDÒ, *Provvedimento straniero di affidamento e obbligo di rimpatrio del minore*, in Fam. Dir., 2001, 640.

del Parlamento europeo, riunita in sede deliberante, ha approvato all'unanimità un progetto di risoluzione sulla sottrazione di minore¹⁰. In questo documento il Parlamento europeo invita innanzitutto gli Stati membri delle Comunità che non l'abbiano ancora fatto a ratificare il più presto possibile le due Convenzioni del 1980 ed a tradurre in termini operativi il disposto dei due accordi in modo che essi producano il loro pieno effetto. In particolare gli Stati membri sono invitati a realizzare una rete di corrispondenti nell'ambito dei rispettivi Ministeri della Giustizia allo scopo di accelerare le procedure di riconoscimento dell'efficacia delle sentenze straniere nonché per assicurare la restituzione dei minori sottratti¹¹. Il Parlamento europeo ha dunque sempre sostenuto che per far fronte al fenomeno della sottrazione internazionale di minori sia necessario armonizzare le varie leggi nazionali, così da poter garantire un' adeguata tutela ai minori a fronte della separazione dei genitori¹² e ha raccomandato l'adozione di una regolamentazione comunitaria sufficientemente agile e flessibile da assicurare il rientro del bambino nel Paese di residenza nel più breve tempo possibile¹³.

Anche a livello europeo si ritrovano poi strumenti convenzionali che mirano a riconoscere il minore come soggetto di diritto in grado di esprimere le proprie opinioni e di effettuare scelte autonome. La necessità di garantire la massima partecipazione del minore nella determinazione delle decisioni a sé relative, è affermata infatti nella Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del minore adottata in seno al Consiglio d'Europa a Strasburgo nel 1996 nell'ambito della

¹⁰ Risoluzione 26 maggio 1989, sulla sottrazione dei minori.

¹¹ MARINI, *La sottrazione di minore nell'ordinamento internazionale*, in Beghè Loreti, la tutela internazionale dei diritti del fanciullo, Cedam, 1995, 163.

¹² SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori. Accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*, Giuffrè, 1995, 13.

¹³ Risoluzione 9 marzo 1993, sulla sottrazione di minori.

quale vengono proclamati come diritti del minore sia quello di ricevere informazioni adeguate, sia quello di esprimere le proprie opinioni¹⁴. Il tener conto delle opinioni dei bambini non vuol dire soltanto prenderle in considerazione nel momento in cui vengono prese decisioni che li riguardano, ma vuol dire soprattutto valutarle nel momento della preparazione e dello svolgimento dei programmi atti a renderle operative ed attuali. Con la conseguenza, quindi, che l'indicazione di favorire l'essere del bambino comporta anche un cambiamento radicale nel modo di impostare la tutela e le strategie di intervento a favore del minore stesso. Proprio in funzione di tale svolta decisiva nella considerazione del minore si pone l'accento sulla necessità di riferirsi alla capacità di discernimento del bambino, tanto nell'ascoltarlo, quanto nel tener conto delle sue opinioni e dei suoi desideri, avendo come parametri, ai fini della partecipazione del minore alle decisioni che lo riguardano, la sua età e maturità¹⁵.

Per concludere, occorre ricordare che a livello europeo ci si avvia sempre più verso un uniforme ambito normativo, grazie all'introduzione del regolamento (CE) 2201/03 del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale.

¹⁴ CASSANO-QUARTA, *La tutela del minore nelle recenti Convenzioni internazionali*, in Fam. Dir. 2002, 205.

¹⁵ CASSANO, *La tutela del minore nel diritto internazionale e comunitario*, in Il Diritto di tutti, http://www.giuffre.it/age_files/dir_tutti/archivio/cassano_0403.html

1.3. L'ordinamento italiano e la tutela dei minori

Nel nostro ordinamento il minore era dapprima considerato soltanto come autore di reato (ed a questa logica si ispirarono le prime leggi istitutive dei tribunali per i minorenni); successivamente venne adottata una posizione di *favor*, sia pur incerto ed ambiguo, come benevola concessione dall'alto nei confronti del fanciullo; solo da alcuni anni si parla di minore come soggetto di diritto. Tale concezione trova un preciso riscontro nelle norme della Costituzione. Quest'ultima si è sempre distinta per la sua notevole carica innovativa in linea generale ed in particolare in materia di diritti dei minorenni, infatti dalla Costituzione può ricavarsi un vero e proprio statuto dei minori.

Secondo una linea ideale che va dagli artt. 2 e 3, comma 2, fino agli artt. 29, 30, 31 ed ancora 32, 34, e 37 s'individuano i diritti del minore, come quelli di ogni altro individuo, a lui garantiti come singolo e nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità. In particolare si delinea un programma di protezione dell'infanzia e della condizione giovanile di dimensioni assai ampie e complesse: il minore si pone al centro di un sistema che lo considera come un soggetto di diritto a tutti gli effetti.

Inoltre, in materia di protezione dei minori, l'Italia ha ratificato le più importanti convenzioni a tal proposito adottate sia a livello internazionale sia comunitario.

Con legge 27 maggio 1991, n. 176, il Parlamento ha autorizzato il Presidente della Repubblica a ratificare la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989. Si tratta di un passo molto importante nell'evoluzione della tutela dei diritti dell'infanzia a livello nazionale: l'introduzione vincola lo Stato al rispetto delle disposizioni

contenute nella Convenzione. Questo sotto due punti di vista. Prima di tutto gli organi istituzionalmente preposti alla produzione normativa e quelli amministrativi dovranno tenere costantemente presenti, nell'espletamento delle loro funzioni, i principi e le linee guida dettati dalla Convenzione. Ma, cosa ancora più importante, lo Stato italiano si è impegnato ad adottare una serie di misure per rendere effettivi i diritti dell'infanzia, così come definiti nella Convenzione. Molte delle leggi approvate in Italia sono proprio frutto delle disposizioni contenute nella Convenzione di New York (tra cui: legge 451/97; legge 285/97; legge 269/98; legge 476/98; legge 148/2000).

Nel 1994, con legge 15 gennaio, n. 64, il nostro Paese ha ratificato la Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento del 20 maggio 1980 e della Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori del 25 ottobre 1980. Tale legge contiene anche le norme di attuazione delle predette Convenzioni nonché della Convenzione in materia di protezione dei minori del 5 ottobre 1961 e della Convenzione in materia di rimpatrio dei minori del 28 maggio 1970.

Questi strumenti, oltre a disciplinare la protezione del minore prevedendo obblighi reciproci di uniformità del diritto e di riconoscimento delle decisioni giudiziarie o amministrative, prevedono una cooperazione attiva a tutela dei minori in fattispecie aventi carattere internazionale¹⁶.

È opportuno considerare le norme di attuazione previste nel testo legislativo in quanto tutte e quattro le Convenzioni prevedono l'istituzione di un'Autorità

¹⁶ BEGHÈ LORETI, *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, Cedam, 1995, 47.

centrale con fini e compiti diversi. La legge italiana identifica all'art. 3 l'Autorità centrale con il Ministero di Grazia e Giustizia, ufficio per la giustizia minorile.

Anche se esistono elementi di differenziazione tra i vari strumenti internazionali si riscontra un elemento comune: la competenza del Tribunale per i Minorenni. Questa competenza viene affermata in ordine al riconoscimento ed all'esecuzione dei provvedimenti adottati da autorità straniere sia per la protezione dei minori (Conv. L' Aja 1961), sia per l'affidamento ed il diritto di visita (Conv. Lussemburgo 1980); in ordine all'adozione di provvedimenti concernenti sia il rimpatrio del minore (Conv. L'Aja 1970), sia il ritorno presso l'affidatario o il ristabilimento dell'esercizio del diritto di visita (Conv. L' Aja 1980).

L'art. 4 della legge n. 64 del 1994, nel dare attuazione alla Convenzione dell'Aja del 1961, dopo aver specificato la competenza del Tribunale per i Minorenni del luogo in cui i provvedimenti devono avere attuazione, prevede che le decisioni vengono assunte in camera di consiglio sentito il pubblico ministero ed eventualmente il minore e le persone presso cui questo si trova. Il tribunale decide con decreto non appellabile, ma ricorribile in Cassazione. Al giudice tutelare è riservata l'attuazione delle misure di protezione della persona o dei beni del minore che siano state disposte dalle autorità del Paese di appartenenza del fanciullo stesso.

Per effetto dell'art. 42 della legge 218/95 (riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato), l'Italia ha esteso l'ambito di applicazione della Convenzione anche ai rapporti con gli Stati non firmatari; questo significa che per il nostro Paese essa costituisce la legge applicabile in materia di protezione degli stranieri.

Nonostante la Convenzione sia stata firmata a l’Aja nel 1961, poiché il deposito da parte del Governo italiano dello strumento di ratifica è avvenuto solo nel 1995, fino a tale data il trattato non ha avuto alcuna applicazione nei confronti dei minori italiani residenti all’estero. Anche dopo la legge del 1995, la Convenzione è stata applicata in maniera molto ridotta in quanto il 1° maggio dello stesso anno è entrata in vigore la Convenzione dell’Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori che sancisce esplicitamente all’art. 34 che «nelle materie di sua competenza, la Convenzione prevale sulla “Convenzione del 5 ottobre del 1961, relativa alla competenza delle autorità e alla legislazione applicabile in materia di protezione dei minori”, tra gli stati parti alle due convenzioni». Tale prevalenza della Convenzione del 1980 su quella del 1961 è ben registrata dalle analisi statistiche effettuate dal Dipartimento Giustizia Minorile dalle quali si evince che, in riferimento all’anno 2007, i casi relativi all’applicazione della Convenzione Internazionale sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori che hanno interessato l’Italia ammontano ad uno soltanto, mentre quelli concernenti la Convenzione Internazionale sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori sono ben 209¹⁷.

L’art. 5 detta le norme di attuazione della Convenzione dell’Aja del 1970 che, tuttavia, non è mai entrata in vigore.

L’art. 6 contiene le norme procedurali per lo svolgimento del processo, previsto dalla Convenzione di Lussemburgo del 1980, per il riconoscimento e l’esecuzione nel territorio dello Stato delle decisioni emesse da autorità straniere relativamente

¹⁷ <http://www.giustiziaminorile.it/Statistica/statistica.html>

all'affidamento ed all'esercizio del diritto di visita¹⁸. Uno degli scopi primari della Convenzione consiste nel favorire la circolazione internazionale, tra gli Stati contraenti, delle sentenze rese in materia di affidamento e diritto di visita; pertanto il giudice italiano deve attribuire efficacia alle decisioni straniere che abbiano le caratteristiche descritte nel trattato adottando le procedure ivi previste e prescindendo, dunque, dall'applicazione delle norme stabilite dal codice di procedura civile agli artt. 796 e seguenti. Il tribunale per i minorenni del luogo in cui le decisioni devono essere attuate è il giudice funzionalmente competente e territorialmente competente a decidere sulla domanda che deve essere formulata con ricorso. Nel caso in cui l'Autorità centrale sia adita direttamente dall'interessato, essa deve trasmettere al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni territorialmente competente gli atti contenenti la domanda prevista dall'art. 13 del trattato. Il procedimento si conclude con un provvedimento emesso dal tribunale in camera di consiglio sotto forma di decreto dopo aver sentito il pubblico ministero e, qualora ritenuto opportuno, il minore e le persone presso le quali egli si trova. La proposizione del ricorso non sospende l'esecuzione della decisione impugnata. Contro il decreto è ammesso ricorso in cassazione.

L'art. 7 prevede poi le norme di attuazione della Convenzione dell'Aja del 1980 che verrà trattata nel capitolo successivo.

Da tali considerazioni si evince che l'Italia si è impegnata ad assumere concrete misure di protezione ed una collaborazione internazionale per dare attuazione agli specifici obblighi previsti a livello internazionale ed europeo.

¹⁸ SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori. Accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*, cit, 90.

Il nostro Paese si è anche attivato per garantire il diritto fondamentale del fanciullo di intrattenere regolari rapporti e contatti con entrambi i genitori.

L'importanza che il minore mantenga rapporti con entrambi i genitori è ribadita anche dalla legge 8 febbraio 2006 n. 54 che ha recentemente riformato in maniera radicale la materia dell'affidamento condiviso. Nel sistema previgente, come modificato dalla Riforma del 1975, l'affidamento dei figli in occasione dei procedimenti di separazione o divorzio veniva di norma disposto dal giudice in favore dell'uno o dell'altro coniuge anche se l'art. 155 c.c. consentiva forme di affidamento congiunto. In particolare il legislatore, resosi conto della necessità di assicurare alla prole contatti con entrambi i genitori, anche se separati, introdusse modalità differenti rispetto a quella tradizionale dell'affidamento esclusivo: l'affidamento congiunto e quello alternato.

Tuttavia, solo con la legge 54/2006, il legislatore ha attuato appieno il diritto del minore ad un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori prevedendo un meccanismo che consenta loro di partecipare attivamente alla vita del figlio anche dopo la disgregazione del nucleo familiare. Pertanto, in base alla nuova legge, la regola è l'affidamento condiviso e non più l'affidamento esclusivo ad uno soltanto dei genitori, che può essere invece disposto solo in circostanze eccezionali che rendano l'affidamento bigenitoriale contrario all'interesse del minore. L'opzione tra affidamento condiviso e affidamento esclusivo dipende dunque dalla verifica giudiziale della rispondenza dell'uno o dell'altro all'interesse del minore; ancora una volta, criterio di giudizio è l'interesse del minore stesso.

Per comprendere a fondo quale sia il migliore interesse del minore, un ruolo fondamentale è svolto dall'ascolto del minore, previsto dall'art. 155 sexies c.c., quando il minore abbia compiuto dodici anni e anche di età inferiore ove capace di discernimento. L'audizione del minore è sia strumento di informazione del giudice, sia soprattutto strumento di attuazione dell'interesse del minore in quanto tramite l'audizione dello stesso è possibile cogliere *in toto* le sue esigenze ed i suoi interessi¹⁹.

Uno degli aspetti più significativi della riforma del 2006 si sostanzia nella previsione dell'art. 155, comma 3 c.c. che attribuisce l'esercizio della potestà ad entrambi i genitori. Il testo previgente invece, all'abrogato art. 155 c.c., attribuiva al genitore affidatario, salva diversa disposizione del giudice, l'esercizio esclusivo della potestà sui figli, mentre solo le decisioni di maggiore interesse dovevano essere assunte di comune accordo²⁰. Pertanto, sempre secondo la previgente disciplina, il genitore affidatario era anche l'esercente in via esclusiva della potestà sui figli, pur rimanendo la titolarità anche in capo all'altro coniuge. Dunque, mentre la vecchia disciplina privilegiava la monogenitorialità, a seguito della riforma, si privilegia l'affidamento condiviso, anche se tuttavia non si rileva dal testo normativo il modo attraverso il quale debba avvenire tale condivisione.

Un forte contributo al cambiamento e all'affermarsi del principio della bigenitorialità anche in caso di separazione tra i coniugi, proviene dalla Convenzione di New York che sancisce "il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi di intrattenere regolarmente rapporti personali

¹⁹ TOMMASEO, *L'interesse dei minori e la nuova legge sull'affidamento condiviso*, in Fam. Dir., 2006, 295.

²⁰ SESTA, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali*, in Fam. Dir., 2006, 377

con entrambi i genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo". Altrettanto significativa è la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che stabilisce, all'art. 24 comma 3 che "ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse". Fondamentale è infine il regolamento (CE) n. 2201/2003 che, con portata innovativa, sancisce il principio del riconoscimento e dell'esecuzione immediata delle decisioni in materia di diritto di affidamento e diritto di visita emessi in uno Stato membro anche in Stati diversi rendendo chiaro il proprio intento di garantire il diritto del minore a mantenere contatti diretti e personali con i coniugi.

È infine opportuno soffermarci sulla recentissima introduzione nel nostro Paese del Garante nazionale per l'infanzia e l'adolescenza, istituito dal disegno di legge del 1 agosto 2008 con l'obiettivo di assicurare la tutela dei diritti e degli interessi delle persone di minore età²¹.

La figura del Garante (cd. Ombudsperson) è già stata istituita in più di quaranta Stati ed è già esistente in molti Paesi europei (Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Norvegia, Portogallo, Spagna e Svezia), in attuazione di convenzioni internazionali ed europee.

In particolare, l'istituzione di tale figura è prevista dalla Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 che prevede che gli Stati firmatari si adoperino per garantire i diritti del fanciullo anche attraverso la creazione di specifiche istituzioni, incaricate di vigilare sul suo benessere (art. 18). Inoltre, il documento conclusivo della Sessione speciale dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, svoltasi a

²¹ *Nasce il Garante nazionale per i minori*,
<http://www.altalex.com/index.php?idstr=39&idnot=42657>

New York dall'8 al 10 maggio 2002, al punto 31 auspica che i Governi partecipanti alla Sessione speciale si impegnino ad attuare misure tra le quali, l'istituzione o il potenziamento di organismi nazionali, come i difensori civici indipendenti per l'infanzia.

L'istituzione del Garante è stabilita anche dai cosiddetti "Principi di Parigi" (Risoluzione Ass. Gen. ONU 48/134 del 1993) e dalla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996 che prevede che gli Stati si attivino per la promozione e l'esercizio dei diritti dei minori attraverso appositi organi con vari compiti: propositivi, per rafforzare le disposizioni legislative relative all'esercizio dei diritti dei minori; consultivi, in ordine ai disegni legislativi concernenti i diritti dei minori; di informazione, al fine di fornire a tutti coloro che si occupano delle questioni relative ai minori; di ascolto dei minori (art. 12). Emblematica in questo senso la Risoluzione A3-172/92 del Parlamento europeo nella quale si invitano gli Stati membri a designare un difensore dell'infanzia che possa tutelarne a livello nazionale i diritti e gli interessi, in grado di ascoltare le richieste dei bambini e dotato dei poteri necessari per vigilare sull'applicazione delle leggi che li proteggono, nonché per informare e orientare l'azione dei pubblici poteri a favore dei diritti dell'infanzia.

Di pari importanza è la Risoluzione A4-0393/96, su misure per la protezione dei minori, nella quale il Parlamento europeo, al punto 24, "invita gli Stati membri a potenziare la partecipazione sociale dei minori e ciò in particolare attraverso la nomina di responsabili per l'infanzia sulla falsariga del diritto norvegese o di altri esempi rivelatisi positivi e afferma che è importante che esistano istituzioni e organismi che effettuino il controllo, indipendente e imparziale, dell'effettivo

rispetto della normativa vigente e dei diritti del fanciullo”. A ciò si aggiunga la Raccomandazione n. 1286 del 24 gennaio 1996 adottata dall’Assemblea dei parlamentari del Consiglio d’Europa che, in modo ancora più preciso, ha sottolineato l’importanza di istituire la figura dell’ ombudsperson per i fanciulli, o comunque una struttura analoga che sia in grado di offrire garanzie di indipendenza e di assumere le responsabilità necessarie a migliorare la condizione di vita dei bambini.

Il Consiglio d’Europa è tornato sul tema il 7 aprile 2000 (Raccomandazione 1460, n. 8), richiedendo al Comitato dei Ministri di sollecitare quegli Stati che ancora non l’hanno fatto, a nominare un difensore civico nazionale per l’infanzia ed il 26 marzo 2002 (Raccomandazione 1551, n. 4), chiedendo al Comitato dei Ministri di prendere l’impegno di istituire un difensore civico nazionale per i fanciulli, o una simile istituzione indipendente per curare i diritti dei fanciulli e sorvegliare sulla relativa applicazione. Quest’ultimo documento, al n. 5, auspica anche l’istituzione di un difensore civico indipendente europeo per l’infanzia con poteri d’iniziativa.

Anche la Commissione parlamentare per l’infanzia, istituita con legge 23 dicembre 1997, n. 451, nella relazione per l’istituzione di un Garante nazionale per l’infanzia e l’adolescenza (Doc. XIV-bis, n. 4), approvata il 29 luglio 2003, “ha confermato la necessità, già precedentemente avvertita, di istituire anche in Italia un Garante nazionale per l’infanzia e l’adolescenza”, al fine di dare attuazione alle Convenzioni internazionali ed europee sopra richiamate. Tale Commissione, analizzando gli atti e gli impegni internazionali relativi alla tutela dei diritti dell’infanzia, ha ribadito che “il documento conclusivo della Sessione speciale dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite, svoltasi a New York dall’8

al 10 maggio 2002, al punto 31 auspica che i Governi partecipanti alla Sessione speciale si impegnino ad attuare misure, tra le quali l'istituzione o il potenziamento di organismi nazionali, come i difensori civici indipendenti per l'infanzia. Le Osservazioni conclusive relative all'Italia, nell'ambito dell'esame dei rapporti presentati dagli Stati parti, ai sensi dell'art. 44 della Convenzione sui diritti del fanciullo firmata a New York il 20 novembre 1989, formulate dal Comitato per i diritti del fanciullo delle Nazioni Unite il 31 gennaio 2003, al n. 15 contengono la raccomandazione che lo Stato parte si impegni a nominare un difensore civico indipendente nazionale per i minori”.

Si è costituita inoltre, sin dal 1997, una rete internazionale di ombudsmen, denominata ENOC (European network of ombudsmen for children) volta a consentire la piena realizzazione degli scopi della Convenzione sui diritti del fanciullo, a supportare strategie per la tutela dei diritti dei minori, a scambiare informazioni in materia e a promuovere lo sviluppo di uffici indipendenti per i minori.

Tutto ciò ha portato all'istituzione anche nel nostro Paese della figura del Garante nazionale per l'infanzia e l'adolescenza, con sede a Roma.

Ai sensi del disegno di legge del 1 agosto 2008, “il Garante è scelto tra persone di notoria indipendenza e di comprovata professionalità ed esperienza nei campi del disagio minorile e delle problematiche familiari ed educative ed è nominato con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica. Il Garante dura in carica 4 anni e può essere riconfermato per non più di una volta. Per tutta la durata dell'incarico non può esercitare, a pena di decadenza, alcuna attività professionale o di consulenza, non

può essere amministratore o dipendente di enti pubblici o privati né ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura o rivestire cariche elettive”. In particolare il disegno di legge prevede che il Garante svolga i seguenti compiti:

- 1) promozione e tutela dei diritti dell’infanzia e dell’adolescenza, nonché del diritto del minore ad essere accolto ed educato nella propria famiglia e, se necessario, in un altro ambito familiare di appoggio o sostitutivo;
- 2) collaborazione con la rete dei Garanti Europei – European network of ombudpersons for children (ENOC) – e con tutte le organizzazioni e le reti internazionali, con gli organismi e istituti per la promozione e la tutela dell’infanzia e dell’adolescenza operanti in Italia e negli altri Paesi, con le associazioni e con le organizzazioni non governative (ONG) e con tutti gli altri soggetti privati operanti nell’ambito della tutela e della promozione dei diritti dei minori;
- 3) formulazione di pareri sui disegni di legge e sugli atti normativi del Governo in materia di infanzia e di adolescenza;
- 4) promozione, a livello nazionale, di iniziative di sensibilizzazione e diffusione della conoscenza e della cultura dei diritti dell’infanzia e dell’adolescenza.

CAPITOLO II

LA CONVENZIONE DELL'AJA SUGLI ASPETTI CIVILI DELLA SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORI

2.1. I presupposti applicativi della Convenzione dell'Aja

La Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, adottata il 25 ottobre 1980 in seno alla Conferenza di diritto internazionale privato, ha la funzione di proteggere il minore contro gli effetti nocivi derivanti da un suo trasferimento all'estero o dal mancato rientro nel Paese di residenza abituale e di evitare al tempo stesso che, con il trasferimento o il trattenimento del minore all'estero, possano determinarsi legami più o meno artificiali di competenza giurisdizionale attraverso i quali l'autore della sottrazione possa scegliere il foro competente e ottenere una decisione che gli sia favorevole e che probabilmente, di pieno diritto, gli attribuisca la custodia.

Lo scopo è dunque la tutela della situazione di fatto, in quanto il trattato mira all'immediato rientro del minore nel Paese di residenza abituale facendo prevalere l'interesse del fanciullo a mantenere una continuità con il proprio Paese ed il proprio contesto socio-culturale a fronte di rivendicazioni circa il diritto di affidamento avanzate dai genitori.

A tal proposito si riporta la sentenza n. 13823 del 2001, in cui la Corte di Cassazione esprime una "valutazione di prevalenza a priori dell'interesse del minore a ritornare nella sua residenza abituale, attraverso la previsione di forme di

tutela dirette a ripristinare prima di ogni altra statuizione il precedente affidamento, assunto a situazione di mero fatto – e quindi a prescindere dall’esistenza di un titolo giuridico di affidamento – così da scoraggiare ogni forma di *legal kidnapping* da parte del genitore non affidatario o di altri parenti residenti in un altro Stato”²².

La Convenzione in questione non ha carattere esclusivo, nel senso che le autorità dello Stato richiesto possono ordinare la restituzione del minore anche in applicazione di disposizioni diverse da quelle convenzionali, se più favorevoli. Il trattato riguarda esclusivamente gli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori e non entra nel merito del diritto di affidamento, lasciando l’adozione di decisioni a riguardo alle autorità competenti individuate in base alle norme della Convenzione o del diritto interno.

Inoltre, la Convenzione si applica solo in caso di trasferimento o mancato rientro di un minore attraverso una frontiera internazionale; il carattere di internazionalità che la fattispecie deve rivestire, sebbene non risulta direttamente dal testo del trattato, si ricava dal combinato disposto degli artt. 1, lett a) e 4, che rendono applicabile la Convenzione solo allorché il cambio di residenza del minore interessi il territorio di due Stati contraenti, essendo irrilevante uno spostamento interno al territorio di uno Stato parte.

Analizzando l’applicazione *ratione materiae* della Convenzione, questa si applica quando il trasferimento o il mancato rientro del minore sono da considerarsi illeciti²³. Secondo il dettato dell’art. 3 l’illiceità in questione sussiste quando si verificano due condizioni: quando sia stato violato un diritto di affidamento

²² BUGETTI, *Diritto di custodia*, in Fam. Dir. 2004, 221.

²³ DONNARUMMA, *Recenti convenzioni in materia di rapimento internazionale dei minori e di reintegro del diritto di custodia*, in Dir. Fam., 1981, 326.

attribuito ad una persona, ad un'istituzione o ad ogni altro ente in base alla legislazione dello Stato di residenza abituale del minore immediatamente prima del suo trasferimento (elemento di diritto) e quando il diritto in questione sia effettivamente esercitato da tali soggetti (elemento di fatto).

Ai fini della determinazione dell'illiceità ciò che rileva è la nozione di diritto di affidamento che viene specificata nell'art. 5 secondo cui "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"; esso dunque attiene alla cura del minore, indipendentemente dall'esercizio di diritti sui suoi beni.

Nulla è detto sulla possibilità di applicare la Convenzione anche ai casi di affidamento congiunto, ma si deve ritenere che la questione sia implicitamente accettata.

Il diritto di affidamento può "derivare dalla legge, da una decisione giudiziaria o amministrativa, o da un accordo in vigore" in base al diritto dello Stato di residenza abituale del minore.

L'affidamento *ex lege* può basarsi sia sul diritto interno dello Stato di residenza abituale, sia sulle norme richiamate dal sistema di diritto internazionale privato di tale Stato.

In relazione al secondo elemento da cui può derivare il diritto di affidamento, ovvero una decisione giudiziaria, occorre sottolineare come il termine "decisione" venga utilizzato in senso ampio, comprendendo ogni decisione o parte di essa, sia giudiziaria che amministrativa, relativa all'affidamento del minore pronunciata dalle autorità dello Stato di residenza, ma altresì da quelle di uno Stato terzo.

Infine, l'affidamento può basarsi su un accordo in vigore nel Paese di residenza abituale; dal momento che la Convenzione non specifica le forme o il contenuto di tale accordo si può concludere che all'interno di tale categoria possa rientrare qualsiasi tipo di accordo conforme alla legge e che possa fondare una pretesa giuridica di fronte alle autorità dello Stato di residenza abituale.

In conclusione, l'intenzione della Convenzione è di proteggere tutte le modalità di esercizio del diritto di affidamento. A ciò consegue che nei casi di contrasto tra i diritti di affidamento discendenti direttamente dalla legge ed il diritto di affidamento dipendente da un provvedimento giudiziale di un determinato Paese, prevale comunque il diritto che è effettivamente esercitato, in quanto si suppone che il mantenimento dello *status quo ante* risponda all'interesse del minore.

Dalle considerazioni sopra effettuate si evince che la Convenzione rinvia all'ordinamento del Paese di residenza abituale immediatamente prima della sottrazione, rimanendo dunque prive di valore eventuali valutazioni effettuate in altri Stati; tale riferimento al Paese di residenza abituale implica che non hanno effetto eventuali provvedimenti in materia emanati dallo Stato in cui il minore è stato condotto.

Per questo motivo, l'art. 16 sancisce il divieto per le autorità giudiziarie o amministrative dello Stato richiesto di deliberare sul merito dell'affidamento a partire dal momento in cui sono venute a conoscenza del trasferimento illecito o del mancato rientro.

Non si tratta di una causa di estinzione del giudizio nello Stato richiesto, ma solo di una sospensione; infatti tale divieto viene meno nel caso in cui si accerti l'insussistenza delle condizioni previste dalla Convenzione per disporre il rientro

e quando trascorra un periodo di tempo ragionevole senza che sia stata presentata istanza di restituzione del minore.

Qualora l'autorità, decorso "un periodo di tempo ragionevole", decida di intervenire e successivamente il ricorrente presenti istanza di restituzione, essa dovrà sospendere il procedimento; se invece l'autorità ha già deciso, il fatto che il ricorrente sia intervenuto, "non può giustificare il rifiuto di fare ritornare il minore", come previsto dall'art. 17²⁴.

Nonostante il riferimento al concetto di "residenza abituale", la Convenzione non ne fornisce alcuna definizione. Il rapporto esplicativo della Convenzione si limita a richiamare la nozione di residenza abituale "*as a well-established concept in the Hague Conference, which regards it as a question of pure fact, differing from domicile*"²⁵.

Un'analisi sul concetto di residenza abituale è stata svolta dalla Court of Appeals for the Sixth Circuit statunitense che in HC/E/USf 14, 22/01/1993, Friedrich contro Friedrich ha affermato: "*We agree that habitual residence must not be confused with domicile. To determine the habitual residence, the court must focus on the child, not the parents, and examine past experience, not future intentions*".

In tal senso anche Cass., 19 dicembre 2003, n.19544: "d'accordo con la prevalente giurisprudenza internazionale, riguardante l'interpretazione della Convenzione dell'Aja del 1980, per «residenza abituale» deve intendersi il luogo in cui il minore, grazie anche ad una durevole e stabile permanenza, ancorché di fatto trova e riconosce il baricentro dei suoi legami affettivi, non solo parentali,

²⁴ ZANOBETTI, *Sottrazione di minori*, in Codice della famiglia a cura di Michele Sesta, Giuffrè, 2007, 4292.

²⁵ PEREZ-VERA, Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, L'Aja, 1982, 33.

originati dallo svolgersi della sua quotidiana vita di relazione. Il concetto di residenza abituale non coincide, pertanto, con quello di domicilio quale sede principale degli affari ed interessi di una persona (art. 43, comma 1 c.c.), né con quello di carattere meramente formale di residenza scelta di comune accordo tra i coniugi (art. 144 c.c.), ma corrisponde ad una situazione concreta, di puro fatto, il cui accertamento da parte del giudice di merito sfugge al sindacato di legittimità, se congruamente e logicamente motivato”.

È dunque unanimemente affermato e riconosciuto, che in mancanza di una definizione convenzionale, la residenza abituale debba essere determinata in modo autonomo rispetto al diritto interno degli Stati; l'assenza di una definizione specifica sembra pertanto intenzionale dal momento che in questo modo il concetto di residenza abituale si caratterizza come un concetto di fatto, elaborato in maniera tale da permettere la sua applicazione in differenti sistemi giuridici e la sua precisazione potrebbe snaturare lo spirito della Convenzione.

Tuttavia, si possono individuare alcuni elementi che consentono di ricostruire la nozione di residenza abituale nel caso concreto: ad esempio lo stabilimento della famiglia in un determinato Paese, la scolarizzazione del minore, l'integrazione del minore ed il tempo trascorso e vissuto in un certo luogo.

Il periodo temporale trascorso da un minore in uno certo Stato è il principale elemento in base al quale valutare la residenza abituale; tuttavia non è opportuno indicare a priori quale sia l'arco temporale necessario per potersi configurare la residenza abituale in quanto tale periodo può variare notevolmente a seconda delle condizioni dello stabilimento del minore in un luogo di residenza.

È perciò compito del diritto nazionale e della giurisprudenza valutare l'elemento temporale necessario a riempire la nozione di abitudine, tenendo conto dell'oggetto e dello scopo della Convenzione che intende assicurare l'immediata restituzione del minore illecitamente sottratto²⁶.

Il trasferimento per una durata predeterminata, anche se per un lungo periodo, di norma non comporta la perdita della precedente residenza: ma, per esempio, in Re R del 2003 (EWHC 1968) in Inghilterra un periodo di 5 mesi all'estero è stato considerato sufficiente a mutare la residenza abituale del minore, ancorché la famiglia si fosse trasferita per un periodo di soli sei mesi complessivi.

Si deduce pertanto come vi sia una difforme interpretazione del modo di intendere il concetto di residenza abituale, a seconda che si prenda a riferimento la posizione del solo minore, di costui, ma anche delle intenzioni di chi ne ha la potestà, o semplicemente di questi ultimi.

Nel caso di Stati plurilegislativi su base territoriale, il riferimento alla residenza abituale deve intendersi come riferimento alla residenza abituale nell'unità territoriale; nel caso di Stati plurilegislativi su base personale, il riferimento alla legge di residenza abituale deve intendersi come riferimento a quel particolare sistema giuridico che risulta applicabile sulla base del diritto che lo Stato plurilegislativo stesso designa come applicabile.

Analizzando ora l'elemento fattuale necessario per integrare il concetto di illiceità e dunque rendere applicabile la Convenzione, è opportuno ricordare come esso si sostanzia nell'esercizio effettivo del diritto di custodia da parte del titolare dello stesso.

²⁶ FRANCHI, *Audizione senza modalità particolari se il rifiuto è adeguatamente motivato*, in *Il Sole 24 Ore*, Guida al Diritto, Diritto Comunitario e Internazionale, 1 marzo 2008, n. 2.

Al momento della stesura della Convenzione vi furono delle proposte di eliminare il riferimento all'esercizio effettivo del diritto di affidamento quale presupposto per l'applicazione della Convenzione perché la sua permanenza avrebbe imposto al richiedente il peso di provare qualcosa difficile da dimostrare. Le proposte vennero rigettate e l'art. 3, nell'individuare come presupposto tale elemento fattuale, si propone esclusivamente di delimitare l'ambito di applicazione della Convenzione senza affrontare la problematica dell'onere della prova; non si può pertanto sostenere che la previsione dell'articolo in questione attribuisca un onere della prova a carico di chi subisca la sottrazione, ma si deve concludere che l'esistenza dell'elemento giuridico va dimostrata da chi invoca la tutela, mentre quella dell'elemento di fatto è presunta, anche se rimane la possibilità di prova contraria.

L'ambito di applicazione *ratione personae* della Convenzione è limitato ai minori di anni 16 aventi la residenza abituale in uno Stato contraente prima dell'avvenuta sottrazione.

L'anzidetto limite d'età solleva diverse questioni: innanzitutto dà luogo ad un concetto di minore più restrittivo rispetto a quello adottato nella Convenzione newyorkese del 1989 e nella Convenzione europea sul rimpatrio dei minori firmata a l'Aja il 28 maggio 1970 che statuisce che l'espressione "minore indica ogni persona che non abbia ancora raggiunto la maggiore età in base alla legge applicabile secondo le norme di diritto internazionale privato dello Stato richiedente e che in base a tale legge non abbia la capacità di fissare la propria residenza".

Tuttavia, il fatto che si prenda come limite di età non il diciottesimo, ma il sedicesimo anno, si giustifica con il fatto che generalmente un soggetto di età superiore ai 16 anni è in grado di avere una propria opinione indipendente che non può facilmente essere ignorata dai genitori o da provvedimenti giudiziari o amministrativi.

Altra questione riguarda i minori di 16 anni aventi il diritto di scegliere il loro luogo di residenza. Tale diritto è parte del più generale diritto di affidamento e, pertanto, vi erano proposte volte ad escludere l'applicabilità della Convenzione in tali situazioni; tuttavia tali proposte sono state respinte dal momento che avrebbero limitato eccessivamente il campo di applicazione della Convenzione. Inoltre bisogna tenere presente che il diritto di stabilire il luogo di residenza è solo un possibile elemento del diritto di affidamento ed il fatto che questo possa essere attribuito al minore non priva di contenuto il diritto di affidamento spettante al genitore.

Infine, un altro problema che si pone è quello di determinare il momento a partire dal quale il compimento del sedicesimo anno di età esclude l'applicazione della Convenzione.

A quest'ultimo proposito sono state prospettate due diverse interpretazioni: secondo la prima bisognerebbe individuare un momento preciso nel quale accertare l'età con la conseguenza che, se il compimento del sedicesimo anno avvenisse dopo tale momento, sarebbe irrilevante e sarebbe comunque ammessa l'applicazione della Convenzione e tale parametro di riferimento potrebbe essere

individuato nel momento della sottrazione o in quello della presentazione della domanda di restituzione all’Autorità centrale²⁷.

Ai sensi della seconda interpretazione, che si ricava dal rapporto esplicativo della Convenzione (Perez-Vera), non andrebbe individuato un momento specifico nel quale valutare l’età, bensì bisognerebbe dare rilievo al compimento del sedicesimo anno di età in qualsiasi fase della procedura esso avvenga.

Una prima analisi della Convenzione sembrerebbe far prevalere la seconda tesi sancendo infatti all’articolo 4 che “l’applicazione della Convenzione cessa allorché il minore compie 16 anni”.

In tal senso si è pronunciata la High Court inglese (HC/E/UK 476, 12/02/2000, RE H.) in un caso riguardante due fratelli dei quali il maggiore aveva 14 anni al momento della sottrazione da parte della madre, 15 al momento della presentazione della istanza di ritorno da parte del padre e 16 al momento dell’udienza. Nel caso in questione la High Court ha negato l’applicabilità della Convenzione nei confronti del fratello maggiore, rispetto al quale avrebbe comunque preso le necessarie misure ai sensi della legge inglese.

Tuttavia, interpretando in maniera sistematica il testo, se ne ricava una conclusione opposta dal momento che la Convenzione statuisce all’art. 27 che “qualora sia evidente che le condizioni prescritte dalla Convenzione non siano osservate, o che la domanda non ha fondamento, l’autorità centrale non è tenuta ad accettare l’istanza”; dunque l’autorità giudiziaria o amministrativa è tenuta ad esaminare la sussistenza delle condizioni previste per l’applicazione della Convenzione, tra cui il compimento del sedicesimo anno di età, esclusivamente al

²⁷ CARELLA, *La Convenzione dell’Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori* in Riv. Dir. Int. Priv. Proc., 1994, 777.

momento della presentazione della domanda di rientro senza poter pertanto ritornare successivamente sulla questione se non nei casi eccezionali che consentono di derogare all'obbligo di restituzione del minore.

Pertanto, si deve concludere che il compimento del sedicesimo anno di età va valutato esclusivamente in relazione al momento della presentazione della domanda di restituzione, a nulla rilevando un eventuale compimento dello stesso dopo l'anzidetta presentazione.

Occorre, infine, far riferimento all'applicazione *ratione temporis* che l'art. 35 limita alle sottrazioni e ai mancati rientri illeciti verificatisi dopo l'entrata in vigore della Convenzione in ciascuno degli Stati membri.

L'art. 38 prevede poi che "la Convenzione entrerà in vigore, per ogni Stato che vi aderisce, il primo giorno del terzo mese successivo al deposito del proprio strumento di adesione".

Sempre in relazione all'elemento temporale, l'obbligo per le autorità competenti di disporre il rientro del minore, nel caso in cui riscontrino la presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi, sussiste quando la richiesta di rientro venga presentata entro un anno dall'avvenuta sottrazione. Il momento dal quale comincia a decorrere il termine di un anno è quello del trasferimento o del mancato rientro del minore; il termine *ad quem*, in relazione al quale valutare se sia trascorso o meno il periodo in questione, è quello dell'introduzione della domanda da parte del richiedente o dell'Autorità centrale alle autorità giurisdizionali o amministrative del Paese in cui si trova il minore.

Nel caso in cui sia decorso un periodo di tempo superiore ad un anno, l'autorità adita non è più obbligata ad ordinare il ritorno, che può infatti essere negato

qualora risulti che il minore si sia integrato nel nuovo ambiente. L'analisi circa l'avvenuta ambientazione è rimessa ad una valutazione discrezionale dell'autorità giurisdizionale o amministrativa.

A tal proposito si richiama la pronuncia del Tribunale per i Minorenni di Messina emessa con decreto 6 maggio 1999 con cui questo Tribunale ha accolto la richiesta di restituzione presentata dal padre del minore. I fatti alla base di tale decisione sono i seguenti: il padre di un minore, cittadino statunitense, con lui residente negli Stati Uniti, aveva proposto istanza di restituzione del figlio deducendo l'illecita sottrazione dello stesso ad opera della madre trasferitasi in Italia.

Nel caso in questione, la richiesta di restituzione del minore era stata presentata dopo che fosse trascorso un anno dall'illecita sottrazione; nonostante ciò, il Tribunale ha comunque disposto l'accoglimento della domanda in quanto l'art 12, comma 2 della Convenzione, prevedendo che "l'autorità giudiziaria o amministrativa, benché adita dopo la scadenza del periodo di un anno, deve ordinare il ritorno del minore, a meno che non sia dimostrato che il minore si sia integrato nel suo nuovo ambiente", lascia un margine di discrezionalità nel valutare l'opportunità di accogliere comunque la domanda.

Tutto ciò risulta motivato dal fatto che lo scopo della Convenzione è tutelare nel miglior modo l'interesse del minore, evitando il pericolo che l'ordine di rimpatrio possa rivelarsi per il minore più traumatico della sottrazione stessa, essendosi lo stesso ambientato nel Paese in cui è stato condotto.

Il Tribunale per i Minorenni di Messina, ha comunque disposto il ritorno del minore sostenendo che "il rientro negli Stati Uniti non verrebbe vissuto in maniera

sofferta dal piccolo E.; per la sua tenera età (ha da poco compiuto sei anni), il bambino non è ancora in grado di intrecciare solide relazioni sociali, la cui brusca interruzione si potrebbe rilevare traumatica per la sua crescita. Il rientro negli Stati Uniti rappresenta, invece, l'occasione per riprendere l'indispensabile rapporto con la figura paterna che, con la permanenza in Italia, rischierebbe di essere irrimediabilmente compromesso”²⁸.

²⁸ TM Messina, 6 maggio 1999, Dir. Fam., 1999, 1235.

2.2. La violazione del diritto di affidamento e del diritto di visita: differenti modalità di tutela

Le fattispecie di sottrazione internazionale di minori sono innumerevoli e risulta pertanto difficile arrivare ad una definizione legislativa univoca; tuttavia, due elementi sono sempre presenti in tutte le situazioni oggetto della Convenzione.

In primis, in tutti i casi in cui si applica la Convenzione, ci si trova di fronte ad un allontanamento dal luogo di residenza abituale di un minore, la cui custodia era attribuita ed effettivamente esercitata da una persona fisica o giuridica, a cui corrisponde la situazione di mancato ritorno del minore nel Paese di residenza abituale a seguito di un temporaneo e legittimo trasferimento all'estero compiuto nel rispetto del diritto di visita.

Il secondo elemento è costituito dal fatto che la persona che ha sottratto il minore, spera di ottenere dalle autorità del Paese in cui ha condotto il minore un provvedimento che gli attribuisca il diritto di affidamento, rendendo così legittima la situazione di fatto che si è creata a seguito della sottrazione del minore²⁹.

La Convenzione, dunque, attribuisce rilievo esclusivo alla violazione di un diritto di affidamento, con la sola condizione che esso sia effettivamente esercitato al momento del trasferimento o del mancato ritorno e che esso derivi “direttamente dalla legge, da una decisione giudiziaria o amministrativa, o da un accordo in vigore” in base alla legge dello Stato di residenza abituale.

La giurisprudenza è andata oltre, precisando innanzitutto che la Convenzione non consente alcun margine di discrezionalità nell'apprezzamento dell'illiceità del

²⁹ PEREZ-VERA, Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, cit., 16.

trasferimento o del mancato rientro del minore; di conseguenza, quando l'esercizio del diritto di visita sia stato specificamente regolamentato nel provvedimento di affidamento e ne siano state fissate le modalità e la durata, va considerato illecito il mancato rientro del minore che non avvenga alla scadenza stabilita, indipendentemente dalla lunghezza del ritardo³⁰.

Tuttavia, la Convenzione, all'art. 1, nell'indicare espressamente le finalità che questa si propone, fa riferimento anche al diritto di visita, sostenendo che “la presente Convenzione ha come fine di assicurare che i diritti di affidamento e di visita previsti in uno Stato Contraente siano effettivamente rispettati negli altri Stati contraenti”.

In realtà si tratta di un unico oggetto considerato in due momenti diversi: l'immediato rientro del minore risponde infatti al desiderio di ristabilire la situazione di fatto anteriore alla sottrazione, mentre il rispetto effettivo del diritto di visita si colloca su un livello preventivo nella misura in cui questo fa venir meno una delle cause più frequenti di sottrazione di minori.

Il diritto di affidamento, come visto nel paragrafo precedente, è definito dall'art. 5 come comprendente “i diritti concernenti la cura della persona del minore, ed in particolare il diritto di decidere riguardo al suo luogo di residenza”.

L'art. 5 definisce anche il diritto di visita, stabilendo che esso “comprende il diritto di condurre il minore in un luogo diverso da quello della sua residenza abituale per un periodo di tempo illimitato”.

Una definizione così stringente del diritto di visita non significa che la Convenzione escluda tutte le altre modalità di esercizio del diritto in questione. La

³⁰ Cassaz., 7 dicembre 1999, n. 13657.

tutela del diritto di visita risponde all'interesse del minore a mantenere contatti con entrambi i genitori.

La Convenzione prevede espressamente che la richiesta del genitore interessato può concernere sia la tutela di un diritto di visita già eventualmente riconosciuto e regolamentato, sia l'organizzazione da parte delle autorità competenti dello Stato richiesto di visite al figlio secondo una modalità ed un calendario che consentono l'esercizio concreto del diritto.

La Convenzione dell'Aja, dunque, può essere attivata in caso di violazione sia del diritto di affidamento, sia del diritto di visita; tuttavia differenti sono le modalità di tutela dell'uno e l'altro diritto.

Nel primo caso la persona o l'ente i cui diritti di affidamento siano stati lesi dalla sottrazione può rivolgersi sia all'Autorità Centrale dello Stato di residenza abituale del minore, "sia a quella di ogni altro Stato Contraente, al fine di ottenere assistenza per assicurare il ritorno del minore".

Nel caso di violazione del diritto di visita, quando è il genitore affidatario a sottrarre il minore all'altro genitore, quest'ultimo non può presentare domanda di rientro, non configurandosi l'illiceità del trasferimento, ma potrà esclusivamente richiedere una tutela del diritto di visita ai sensi dell' art. 21.

In tal senso, Cass. 28.04.2006 n. 9865 "quando è il genitore affidatario a sottrarre il minore all'altro genitore, quest'ultimo non può domandare il ritorno immediato del figlio, stante la liceità del suo trasferimento in conseguenza di una decisione sulla scelta della residenza che legittimamente spetta al genitore affidatario; può invece sollecitare l'Autorità centrale, a norma dell'art. 21 della Convenzione, a

compiere tutti "i passi necessari per rimuovere, per quanto possibile, ogni ostacolo all'esercizio del suo diritto"³¹.

In tal senso anche HC/E/USf 976, 18/07/2008, Duran contro Beaumont: *“the Hague Convention distinguishes between the rights of custody and rights of access. Although remedies exist in the event that a child is removed in breach of access rights, recourse for such removal does not include an order of return to the child’s place of habitual residence”*.

Da tali considerazioni, appare pertanto evidente come per le vicende relative alla sottrazione internazionale di minore siano tracciati percorsi assai differenti in ragione della natura del diritto del genitore che si assume lesa; in caso di violazione di un diritto di custodia, attribuito al genitore in via esclusiva o congiunta, obiettivo della Convenzione è ripristinare la situazione preesistente alla sottrazione, consentendo al minore di tornare il prima possibile a vivere con il genitore a cui è stato illecitamente sottratto. Invece, nel caso invece in cui a essere compromesso, con il trasferimento del minore all'estero, sia il diritto di visita del genitore non affidatario, l'obiettivo della Convenzione – difettando il presupposto dell'illiceità del trasferimento a norma dell'art. 5 – è garantire a quest'ultimo, con l'ausilio dell'Autorità centrale, l'effettività dell'esercizio del suo diritto o, in alternativa, una ridefinizione dei suoi rapporti con il figlio alla luce del nuovo contesto ambientale in cui il medesimo si è trasferito.

Occorre precisare che le nozioni di “diritto di affidamento” e “diritto di visita” da prendere in considerazione ai fini dell'applicabilità della Convenzione non sono

³¹ In tal senso anche Cass., 18 marzo 2005, n. 6014.

quelle fornite dalle norme di diritto interno dei vari Stati, ma esclusivamente quelle definite dalla Convenzione all'art.5.

A tal proposito sempre HC/E/USf 976, 18/07/2008 Duran contro Beaumont. Il caso in questione concerne un minore nato in Cile, nell'Aprile 2001, da entrambi i genitori cileni. Dopo la separazione intercorsa tra i coniugi nel 2004 il minore viene affidato alla madre, dal momento che, ai sensi della legge cilena quando i genitori vivono separatamente, la responsabilità per la cura personale del minore rimane alla madre; tuttavia, l'altro genitore continua ad avere "*ne exeat right*", ovvero il diritto di decidere congiuntamente alla madre circa un eventuale trasferimento del minore all'estero.

Nel 2005 la madre porta il minore con sé negli Stati Uniti così come concessole, limitatamente ad un periodo di tre mesi, dalla Eighth Minor's Court of Santiago. Allo scadere di tale arco temporale, tuttavia, la madre ed il minore non fanno ritorno violando il "*ne exeat right*" spettante al padre. Il padre pertanto si rivolge alla competente autorità statunitense chiedendo il rimpatrio del minore. L'autorità così adita nega il rientro giudicando la violazione del "*ne exeat right*" insufficiente ad integrare una violazione del diritto di affidamento così come definito dalla Convenzione dell'Aja..

In tal senso anche Amtsegericht Munchen, 16 dicembre 2003 e Oberlandesgericht Munchen, 19 gennaio 2004, in cui l'autorità giudiziaria tedesca è intervenuta a tutela dei diritti del genitore non affidatario, ma titolare di un ampio diritto di visita.

Nel caso sottoposto all'autorità tedesca il giudice adito ha ritenuto che il genitore istante, titolare in base all'accordo di separazione consensuale di un mero diritto

di visita, per quanto di ampio contenuto, risulta in realtà anch'egli genitore affidatario, ai fini dell'applicazione della Convenzione dell'Aja in ragione dell'attribuzione del diritto di decidere, congiuntamente all'altro, anche sul luogo di residenza dei figli.

Nel caso appena esaminato, la soluzione è stata agevolata dalla sussistenza di specifiche pattuizioni assunte in sede di separazione da cui si è ricavata la sussistenza del diritto di affidamento, come definito dalla Convenzione, in capo ad entrambi i genitori.

Particolarmente significativa in tale senso è anche la pronuncia del Tribunale per i Minorenni di Pescara resa con decreto del 27 maggio 2005. Le vicende che hanno condotto alla decisione in esame possono così riassumersi: una signora argentina, dopo aver ottenuto il divorzio nel proprio Paese decide di trasferirsi in Italia, portando con sé il figlio minore del quale ha l'affidamento esclusivo, senza consultarsi con l'ex coniuge, titolare di un diritto di visita.

Quest'ultimo, invocando le norme del diritto argentino che stabiliscono la necessità del consenso di entrambi i genitori per l'espatrio del figlio, chiede al giudice italiano di accertare l'illiceità dell'avvenuto trasferimento ai sensi della Convenzione dell'Aja.

Il Tribunale per i Minorenni di Pescara respinge la richiesta del padre affermando che “non commette sottrazione internazionale di minore il genitore che si reca all'estero con il figlio, impedendo con ciò all'altro genitore di esercitare pienamente il proprio diritto di visita”.

Da tali pronunce si evince che le norme dello Stato di appartenenza del minore prevedono il diritto del genitore non affidatario ad essere consultato prima di

qualsiasi cambiamento della residenza abituale del minore, ma ciò non equivale a riconoscere a quest'ultimo un diritto di "affidamento".

Infatti, come ha avuto modo di chiarire la Cassazione nella citata sentenza 6014/05, è la Convenzione dell'Aja stessa che fornisce, all'art. 5, le nozioni di diritto di affidamento e di diritto di visita che rilevano ai fini dell'applicabilità del trattato, "ed è questa la prospettiva, di tipo internazionale, che occorre tenere presente nella interpretazione delle disposizioni della Convenzione, in particolare per quanto attiene alla corretta definizione delle nozioni di affidamento e diritto di visita, evitando di operare contaminazioni con significati propri dei diritti interni degli Stati".

Il vero nodo della questione consiste nella difficoltà di tradurre la nozione di custodia contenuta nella Convenzione dell'Aja all'art. 5 sul piano del diritto interno del Paese che ne invoca l'applicazione.

Il problema, così posto, è di particolare importanza in quanto richiede, in tutti i casi in cui non vi sia coincidenza tra la nozione di affidamento contenuta nella Convenzione dell'Aja e quella delineata dalla legislazione interna, un particolare sforzo interpretativo da parte del giudice che deve decidere sulla richiesta di rimpatrio.

In buona sostanza, al giudice adito ai sensi della Convenzione, si richiede di guardare all'effettività del diritto esercitato dal genitore, piuttosto che alla sua definizione sul piano formale ed egli deve fondare il proprio giudizio verificando unicamente se il diritto esercitato di fatto dal genitore istante, corrisponde al "*right of custody*" a presidio del quale la Convenzione è posta.

2.3. Il rimpatrio del minore ed il ruolo delle Autorità centrali

La Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori mira a tutelare il minore vittima di un trasferimento o di un mancato rientro illecito, ripristinando nel più breve tempo possibile lo *status quo ante* e predisponendo ogni misura opportuna per evitare che la sottrazione diventi uno strumento per ottenere, da parte di un tribunale di propria scelta, un giudizio sul merito dell'affidamento.

La Convenzione si preoccupa di rendere effettivo l'obbligo di rientro del minore, attraverso la predisposizione di strumenti che ne agevolino l'applicazione. Tali sono le Autorità centrali. Ogni Stato deve nominare un'Autorità centrale il cui compito è quello di assicurare la cooperazione con le altre Autorità centrali, nonché con le Autorità, che nell'ambito di quello Stato, siano competenti ad assicurare il ritorno del minore.

Le Autorità centrali costituiscono il vero asso portante dell'impianto della Convenzione. Tali autorità possono essere sia giudiziarie che amministrative.

La Conferenza dell'Aja al momento della redazione del testo in questione era perfettamente consapevole delle differenze esistenti a livello di diritto interno tra gli Stati Contraenti e per questo nel trattato non viene definita la struttura e le caratteristiche di tali autorità; tutto ciò risulta confermato anche dalla previsione dell'art. 7 secondo cui tali autorità possono farsi assistere anche da intermediari.

Nel caso di Stati aventi più sistemi legislativi o composti da più entità territoriali, come gli Stati Federali, questi sono liberi di nominare più di un'Autorità centrale; “qualora uno Stato abbia nominato più di un'autorità centrale, esso designerà

l'autorità centrale alla quale le domande possono essere inviate per essere trasmesse all'autorità centrale competente nell'ambito di questo Stato”.

La Convenzione, dopo aver specificato in generale il dovere di cooperazione tra le varie Autorità, elenca i principali compiti delle stesse lasciando gli Stati liberi in relazione ai mezzi da adottare per svolgerli; si tratta comunque di una elencazione precisa, ma non tassativa.

Tali autorità hanno l'obbligo di organizzare il lavoro in comune, di promuovere la cooperazione tra le autorità competenti degli Stati contraenti; di fornire informazioni circa l'applicazione della Convenzione e l'obbligo d'informazione reciproca sull'evoluzione della legislazione.

In materia di Autorità centrali, nel 2002, è stata completata la parte di “*a guide to a good practice*” ad esse relativa, la cui adozione risponde ad un'esigenza emersa nel corso del 4° meeting degli Stati Contraenti della Convenzione dell'Aja.

Secondo il dettato di tale guida, le Autorità centrali dovrebbero essere dotate di un mandato sufficientemente ampio, di personale qualificato e di risorse tra cui moderni mezzi di comunicazione necessari per agire rapidamente per poter appieno adempiere all'obbligo di cooperazione ad esse imposto. La guida in questione, sempre nell'intento di garantire al meglio la cooperazione tra le diverse autorità, elenca i requisiti ottimali sia a livello di personale che di dotazione che un'Autorità centrale dovrebbe aver per efficacemente svolgere i propri compiti³².

La persona o l'ente i cui diritti di affidamento siano stati lesi dalla sottrazione, può rivolgersi sia all'Autorità centrale dello Stato di residenza abituale del minore,

³² http://www.hcch.net/upload/abdguide_e.pdf

“sia a quella di ogni altro Stato Contraente, al fine di ottenere assistenza per assicurare il ritorno del minore”.

Per formulare la richiesta alle Autorità centrali, la Convenzione prevede la possibilità di utilizzare un modulo già predisposto³³; gli Stati non sono vincolati ad utilizzarlo, ma hanno soltanto la facoltà in quanto l'adozione di un rigido modello avrebbe determinato la necessità di procedere a continue revisioni dello stesso a seguito degli sviluppi applicativi della Convenzione.

La richiesta alle Autorità centrali deve contenere i dati informativi indicati all'art. 8; gli elementi essenziali sono pochi: quelli relativi alle generalità del minore e della persona o dell'ente che ne chiede la restituzione e della persona che si presume abbia sottratto il minore, i motivi alla base della richiesta di rientro (si tratta dei due elementi individuati nell'art. 3) ed ogni informazione utile per la localizzazione del minore.

Possono poi essere allegate “una copia autenticata di ogni decisione o accordo pertinente e un attestato o una dichiarazione giurata, rilasciata dall'autorità centrale, o da un'altra autorità competente dello Stato di residenza abituale, o da persona qualificata, concernente la legislazione dello Stato in materia e ogni altro documento pertinente”.

Qualora l'autorità cui è stata presentata la richiesta ritenga che il minore si trovi in un altro Stato Contraente deve trasmettere la domanda direttamente e senza ritardo all'Autorità centrale di tale Stato in virtù del principio secondo cui la competenza ad ordinare il rientro del minore spetta esclusivamente all'autorità del Paese in cui il minore si trova.

³³ Cfr. appendice b).

Alla medesima *ratio* risponde anche la previsione contenuta nel successivo art. 12 secondo cui, qualora l'autorità giudiziaria o amministrativa abbia motivo di ritenere che il minore, dopo la presentazione della richiesta di rientro in uno Stato Contraente, sia stato trasferito in un altro Stato, può sospendere la procedura o rigettare la domanda.

L'Autorità centrale investita della richiesta ne valuta la ricevibilità, potendola respingere qualora sia manifestamente infondata o se non sussistano le condizioni previste dalla Convenzione.

Qualora invece non vi siano cause di irricevibilità, è obbligata ad accettare la richiesta e a dar corso agli adempimenti esemplificativi di cui all'art. 7.

“In particolare esse dovranno, sia direttamente, o tramite qualsivoglia intermediario, prendere tutti i provvedimenti necessari:

- a) per localizzare un minore illecitamente trasferito o trattenuto;
- b) per impedire nuovi pericoli per il minore o pregiudizi alle parti interessate, adottando a tal scopo o facendo in modo che vengano adottate, misure provvisorie;
- c) per assicurare la consegna volontaria del minore, o agevolare una composizione amichevole;
- d) per scambiarsi reciprocamente, qualora ciò si riveli utile, le informazioni relative alla situazione sociale del minore;
- e) per fornire informazioni generali concernenti la legislazione del proprio Stato, in relazione all'applicazione della Convenzione;

- f) per avviare o agevolare l'instaurazione di una procedura giudiziaria o amministrativa, diretta ad ottenere il rientro del minore e, se del caso, consentire l'organizzazione o l'esercizio effettivo del diritto di visita;
- g) per concedere o agevolare, qualora lo richiedano le circostanze, l'ottenimento dell'assistenza giudiziaria e legale, ivi compresa la partecipazione di un avvocato;
- h) per assicurare che siano prese, a livello amministrativo, le necessarie misure per assicurare, qualora richiesto dalle circostanze, il rientro del minore in condizioni di sicurezza;
- i) per tenersi reciprocamente informate riguardo al funzionamento della Convenzione, rimuovendo, per quanto possibile, ogni eventuale ostacolo riscontrato nella sua applicazione”.

Tra tali compiti è attribuita particolare rilevanza al tentativo di “assicurare la consegna volontaria del minore, o agevolare una composizione amichevole”, previsione ripresa anche dall’art. 10 che, tuttavia, nulla stabilisce circa il momento in cui effettuare tale tentativo.

Non si tratta comunque di un tentativo che deve essere obbligatoriamente esperito in ogni circostanza e al cui fallimento è subordinato l’inizio della procedura coatta di restituzione del minore; ciò per evitare che l’autore della sottrazione possa, in malafede, avviare trattative solo per ottenere lo spirare del termine di un anno previsto per l’applicabilità della Convenzione³⁴.

Resta da chiedersi se, nei casi in cui il richiedente la restituzione si rivolga direttamente alle autorità giudiziarie o amministrative dello Stato Contraente *ex*

³⁴ Colloquio avuto in data 7 ottobre 2008 con la Dott.ssa Procaccini, consulente presso l’Autorità centrale italiana.

art. 29, sia comunque necessario esperire il tentativo di riconsegna volontaria del minore.

Nel caso in cui l'interessato agisca sulla base dell'*art. 29*, senza richiamarsi alle norme della Convenzione, non è possibile avere alcun intervento delle Autorità centrali e di conseguenza non si prevede che l'autorità debba avere ricevuto una richiesta ai sensi dell'*art. 8*, la conclusione sembra essere che la previsione dell'*art. 10* abbia una valenza autonoma e sia perciò applicabile anche al caso in questione.

Se non si realizza il ritorno volontario del minore, l'Autorità centrale deve assistere il richiedente nell'espletamento delle procedure volte ad ottenere il rientro del minore.; a questo proposito l'*art. 11* sancisce che le Autorità centrali debbano procedere d'urgenza.

Si prevede in particolare un termine, non perentorio, di sei settimane dalla data d'inizio del procedimento; nel caso in cui tale periodo trascorra senza che l'autorità amministrativa o giudiziaria adita si sia pronunciata, il richiedente può chiedere i motivi del ritardo.

2.4. Le eccezioni all'obbligo di rimpatrio del minore

Come evidenziato in precedenza, la Convenzione dell'Aja del 1980 è finalizzata a tutelare e ripristinare la situazione di fatto violata dal rapimento del minore o dalla sua mancata restituzione nel momento convenuto, con l'immediato rientro del minore nel suo Paese di residenza abituale.

Viene infatti considerato prevalente, a priori, l'interesse del fanciullo a non essere arbitrariamente sottratto al suo ambiente di vita, interesse che può essere tutelato solo con l'immediato ripristino della situazione precedente alla sottrazione³⁵.

In particolare, una volta che le autorità di uno Stato membro della Convenzione dell'Aja del 1980 abbiano riscontrato che il minore è stato illecitamente trasferito, esse hanno il dovere di compiere sforzi adeguati ed efficaci per assicurare il ritorno del minore nel più breve tempo possibile³⁶.

Come sottolineato da tali considerazioni, appare evidente che la Convenzione configura l'ordine del ritorno come provvedimento urgente, da adottarsi in tempi brevissimi, fondato sulla ragionevole presunzione che, in caso di illecita sottrazione internazionale di minore, l'interesse dello stesso vada anzitutto tutelato mediante il ripristino immediato della situazione *quo ante*.

In tal senso dispone l'art. 12 secondo cui "qualora un minore sia stato illecitamente trasferito o trattenuto ai sensi dell'articolo 3, e sia trascorso un periodo inferiore ad un anno, a decorrere dal trasferimento o dal mancato ritorno del minore, fino alla presentazione dell'istanza presso l'autorità giudiziaria o

³⁵ Cassazione, 8 novembre 2001 n. 13823.

³⁶ Iglesias GIL e A.U.I contro Spagna del 29 aprile 2003, Ignacolo-Zenide contro Romania del 25 gennaio 2000 e Maire contro Portogallo del 26 giugno 2003

amministrativa dello Stato Contraente dove si trova il minore, l'autorità adita ordina il suo ritorno immediato”.

Tuttavia, il secondo comma dell'articolo in questione conferisce alle autorità giudiziarie o amministrative, adite direttamente dall'interessato o per il tramite dell'Autorità centrale, il potere di respingere la richiesta di rimpatrio qualora l'istanza sia stata presentata dopo che sia decorso un anno dall'illecito trasferimento del minore e quando risulti che questo si sia inserito nel nuovo ambiente; vale a dire in una realtà familiare, anche intesa in senso lato, sociale e culturale che possa garantire il suo corretto sviluppo psico-fisico e comunque tale da far ritenere la sua permanenza maggiormente vantaggiosa rispetto al rimpatrio³⁷. Si vuole così evitare al minore, già bruscamente sradicato dal suo ambiente e di nuovo inserito in un altro, un ulteriore trauma.

Dunque, quando la domanda sia presentata entro un anno, si ha una presunzione assoluta che il ritorno sia vantaggioso; trascorso l'anno, invece, tale presunzione è solo relativa e può essere superata dalla prova contraria³⁸.

La Convenzione prevede poi ulteriori ipotesi che eccezionalmente consentono di derogare all'obbligo di ritorno del minore³⁹. Considerando che la finalità rimane comunque quella di protezione del minore, le eccezioni all'obbligo di rimpatrio devono essere oggetto di strettissima interpretazione⁴⁰.

³⁷ SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori. Accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*, cit., 82.

³⁸ GALLUZZO, *Diritto di famiglia. Focus su minori italiani contesi all'estero norme alla rincorsa dell'emergenza*, in *Il Sole 24 Ore*, Guida al Diritto, n. 32, 70.

³⁹ Il numero di casi in cui la domanda può essere respinta è tassativo; infatti le ipotesi in cui è concessa allo Stato contraente la facoltà di esprimere riserve sono state opportunamente circoscritte all'uso delle lingue ed al regime delle spese. Il comma 1 dell'art. 42 è lapidario nell'affermare che “nessuna riserva sarà ammessa oltre quelle appena menzionate”.

⁴⁰ FRIGESSI DI RATTALMA, *Minore illecitamente trattenuto dal genitore non affidatario e Convenzione dell'Aja del 1980*, in *Fam. Dir.*, 1997, 371.

L'art. 13 definisce, insieme agli artt. 20 e 12, comma 2, le ipotesi eccezionali in forza delle quali l'obbligo di restituzione del minore viene sottoposto a valutazioni di merito e di opportunità.

Tali eccezioni non si applicano automaticamente: in tali ipotesi, infatti, l'autorità non è tenuta obbligatoriamente a rigettare la richiesta, ma ha la possibilità di farlo.

Mentre le eccezioni previste dall'art. 13, comma 1, sono applicabili solo su richiesta dell'interessato; quelle previste dal 2° comma dell'art. 13 e dall'art. 20 si applicano invece d'ufficio ad opera dell'autorità amministrativa o giudiziaria.

Analizzando singolarmente le varie ipotesi che consentono di derogare all'obbligo immediato di rientro del minore, è opportuno soffermarci innanzi tutto sul motivo di rifiuto di cui all'art. 13, comma 1, lett. a) che consente di derogare all'obbligo di rimpatrio se “la persona, l'istituzione o l'ente cui era affidato il minore non esercitava effettivamente il diritto di affidamento al momento del trasferimento o del mancato rientro, o aveva consentito, anche successivamente, al trasferimento o al mancato ritorno”.

La Convenzione non contiene una definizione di “esercizio effettivo del diritto di affidamento”, tuttavia la previsione in questione richiama i requisiti essenziali per l'applicazione della Convenzione indicati nell'art. 3 ed è opportuno perciò interpretarla alla luce di tale articolo e dell'art. 5 che fornisce una definizione di diritto d'affidamento.

Dunque l'esercizio effettivo del diritto di affidamento comprende due aspetti: uno giuridico che stabilisce che la persona o l'ente che chiedono la restituzione siano titolari di un diritto di affidamento secondo il Paese di residenza abituale del

minore e uno di fatto in base al quale tale diritto deve essere effettivamente esercitato, anche se congiuntamente.

Il mancato esercizio del diritto di affidamento non costituisce motivo legittimante l'eccezione al rientro qualora dipenda dal fatto che il titolare dello stesso si trovava nell'impossibilità di esercitarlo a causa dell'avvenuta sottrazione.

L'art 13, comma 1, lett. a) fa riferimento anche al caso in cui il genitore affidatario aveva consentito, anche successivamente, al trasferimento o al mancato ritorno.

A tal proposito HC/E/UKn 594, 22/12/2003, Re G. e A. in cui la High Court irlandese si è pronunciata in relazione alla richiesta di rientro di due minori proposta dal padre. I bambini avevano vissuto sia nel Regno Unito sia in Australia. Nell'estate 2002, la famiglia si recò in Australia, tornò dopo qualche mese nel Regno Unito per poi trasferirsi nuovamente in Australia. Nel giugno 2003, dopo essere sorti dei problemi tra i coniugi, la madre portò i figli con sé in Irlanda del Nord. Il 17 novembre dello stesso anno il padre chiese il ritorno dei minori in Australia.

L'autorità irlandese così adita, dichiarò l'illiceità del trasferimento compiuto dalla madre, ma negò il rientro sulla base dell'art. 13, comma 1, lett. a) della Convenzione dell'Aja del 1980. Infatti nel giugno 2003 i coniugi avevano firmato un accordo davanti alla Family Court of Australia a Dandenong in base al quale veniva meno il divieto per i minori di lasciare l'Australia con la conseguenza che avrebbero potuto tranquillamente trasferirsi in un altro Paese; la High Court irlandese ritenne pertanto che, con tale accordo, il padre aveva mostrato inequivocabilmente il suo consenso ad un eventuale trasferimento dei minori.

Gli altri motivi legittimanti il mancato accoglimento della domanda previsti nell'art. 13, comma 1, lett. b), riguardano il caso in cui “sussiste un fondato rischio, per il minore, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, a pericoli fisici e psichici, o comunque di trovarsi di fronte ad una situazione intollerabile”.

L'eccezione di cui all'art. 13, comma 1, lettera b), deve essere interpretata in maniera restrittiva in quanto potrebbe altrimenti impedire l'efficacia del sistema della Convenzione consentendo al genitore rapitore di fare decidere la questione di merito dal tribunale che egli stesso ha scelto.

È opportuno chiarire che l'articolo in questione non pone distinzioni, a seconda che il rischio di danno si concretizzi nel luogo di destinazione (residenza abituale) o in quello da cui il minore deve staccarsi oppure nel corso dello stesso viaggio, ma si limita a collegare il rischio al mero fatto del ritorno, cioè all'intera operazione di rimpatrio.

Le due categorie dei pericoli fisici e psichici e della situazione intollerabile, possono definirsi come condizioni generali ed indeterminate rispetto alle quali la Convenzione si limita a proporre l'incidenza, senza delimitarne i confini e i contenuti, lasciando così alla discrezionalità delle autorità dello Stato richiesto di individuarle nel concreto⁴¹. In particolare, il grado di pericolo fisico o psichico o l'effettiva intollerabilità non devono elevarsi a meri inconvenienti, ma devono

⁴¹ Come è stato opportunamente evidenziato da VERUCCI, *La sottrazione internazionale di minori da parte di uno dei genitori: la Convenzione europea e la Convenzione dell'Aja a confronto*, in Giust. Civ., 1995, 531. Tali deroghe, se male interpretate, sono facilmente elusive dello spirito e della finalità della Convenzione in quanto capaci di legittimare l'aggiramento della stessa, in forza del fatto che le autorità dello Stato richiesto vedono con sfavore gli ordinamenti stranieri e con un certo favore tutelano i propri connazionali. Sul tema si veda anche UCCELLA, *Il diritto internazionale a protezione del dramma del minore prigioniero di uno dei suoi genitori o affidatari: ius positum e ius condendum. Alcune preliminari considerazioni*, in Vita Not., 200, 725.

assumere consistenza di carattere oggettivo ed essere eziologicamente legati al rimpatrio⁴².

In relazione al rischio di pericoli fisici o psichici non sorgono particolari problemi interpretativi in quanto queste ipotesi sono facilmente riconducibili alle ipotesi di maltrattamenti e di abusi, che ledono e pongono in pericolo beni come l'incolumità personale, la libertà, l'onore e la dignità della persona minore.

Affinché possa rilevare come causa esclusiva dell'obbligo di rimpatrio, il danno che il minore potrebbe subire deve avere, comunque, i caratteri del danno psichico di particolare intensità a cui possono anche accompagnarsi ulteriori possibili tipologie di danni e/o traumi⁴³. In tal senso si è espressa la nostra Corte di Cassazione con sentenza 4 luglio 2003, n. 10577 in cui la Suprema Corte, in linea con la giurisprudenza internazionale, ha ribadito che “la gravità del rischio («*un risque grave*», «*a grave risk*», nei due testi ufficiali), va intesa come elevata probabilità che il minore sia esposto, per il fatto del rimpatrio, a subire un danno fisico o psichico”. Il danno, per sua natura ed intensità, deve essere «psichico», “non essendo sufficiente ad impedire l'ordine di rientro, secondo il dettato convenzionale, il trauma psicologico ossia la semplice sofferenza morale (o pena o nostalgia) per il distacco dal genitore autore della sottrazione abusiva ed a prescindere dalla sussistenza di un buon legame affettivo anche con l'altro genitore”⁴⁴.

⁴² ROSSI, *Previste ipotesi tassative in cui l'autorità giudiziaria può negare il rimpatrio*, in *Il Sole 24 Ore*, Famiglia e Minori, 1 dicembre 2007, n. 11, 54.

⁴³ LENA, *Le eccezioni all'ordine di rimpatrio del minore illecitamente sottratto al genitore affidatario*, in *Fam. Dir.*, 2006, 588.

⁴⁴ Si veda anche Cass 18 marzo 2006, n. 6081 in cui la Corte ha precisato che la gravità deve essere intesa come elevata probabilità che il minore sia esposto, per il fatto del suo rientro, a subire un danno fisico e psichico di particolare intensità.

In tal senso anche HC/E/UKe 2310/06/1987, Re A. in cui la Hight Court inglese ha affermato che *“the risk has to be more than an ordinary risk, or something greater than would normally be expected on taking a child away from one parent and passing him to another; not only must the risk be a weighty one, but that it must be one of substantial, and not trivial, psychological harm”*.

Il danno psichico, è peraltro inteso in senso lato, dato che vi sono ricomprese anche le conseguenze psichiche del danno fisico e, forse, sarebbe preferibile la formula usata con frequenza dalla prassi curiale francese, che identifica il presupposto in esame come il rischio alla “sicurezza” del minore⁴⁵.

Il grave rischio di danno psichico implica un’indagine di fatto dominata dal principio della prevalenza, nel dubbio, della soluzione maggiormente favorevole all’interesse del minore. Invero, la necessità di dare prevalente considerazione all’interesse del minore, espressamente enunciata dalla Convenzione di New York del 1989, impone al giudice di impedire che i bambini sperimentino sulla propria persona, attraverso un provvedimento giudiziario traumatico, le conseguenze dei comportamenti degli adulti.

Il riferimento alla situazione intollerabile è valutato con estrema cautela e pone maggiori problemi interpretativi; in particolare ci si interroga se nell’accertamento della intollerabilità si debba valutare o meno l’eventuale ambientazione del minore nel nuovo ambiente. Taluni escludono che l’intollerabilità della situazione possa dipendere da una valutazione relativa al positivo inserimento del minore nel nuovo ambiente socio-familiare.

⁴⁵ Cour de Cassation 18 aprile 2000, in European Legal Forum, 2000, 264.

Una simile esclusione infatti, ha il pregio di evitare che si creino incertezze in ordine alla differenza tra l'accertamento previsto dalla clausola di cui all'art. 13, comma 1, lett. b), che deve aver riguardo al rischio connesso al rimpatrio del minore e la valutazione da effettuarsi secondo la diversa previsione contenuta nell'art. 12, comma 2, per il caso in cui sia invece trascorso un anno dal mancato rientro del minore illecitamente sottratto; in quest'ultimo caso infatti, diversamente dalla prima ipotesi, al giudice che deve decidere se dar corso all'istanza di rimpatrio è consentito di valutare come il minore si sia integrato nel nuovo ambiente, prendendo in considerazione, ai fini dell'accertamento, anche gli affetti e le relazioni sociali che ha instaurato nel nuovo Paese.

Secondo altri, invece, la valutazione della situazione socio-familiare del minore nel nuovo ambiente può costituire, sotto il profilo dell'accertamento del suo positivo inserimento, elemento da cui desumere l'intollerabilità della situazione in cui questi si troverebbe per effetto del ritorno nello Stato di provenienza.

Tra le due opposte opinioni sembra preferibile la prima in quanto è evidente, altrimenti, il pericolo di utilizzare l'eccezione di cui all'art. 13, comma 1, lett. b) come una sorta di clausola in bianco che consente al giudice di decidere tenendo presente il migliore interesse del minore in relazione al singolo caso concreto, laddove la Convenzione ha invece posto una sorta di presunzione d'interesse del minore a ritornare nella sua residenza familiare.

Al giudice del Paese nel quale il minore viene condotto non compete di valutare alla luce del rapporto che ciascuno dei genitori ha instaurato con il minore e del contesto socio-ambientale nel quale vivono, la loro idoneità a prendersi cura del figlio, compito che spetta evidentemente al giudice della separazione.

Non è un caso pertanto che l'art. 16 della Convenzione faccia divieto all'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato in cui il minore è stato trasferito di deliberare in merito al suo affidamento dopo aver avuto notizia del suo trasferimento fino a quando non siano state soddisfatte tutte le condizioni previste dalla Convenzione per il ritorno.

La situazione intollerabile per giustificare l'eccezione all'obbligo di rimpatrio, deve essere effettiva, cioè corrispondere ad una realtà concreta e non solo supposta o potenziale, perché solo in presenza di tale effettività può ricostruirsi il nesso eziologico tra il rimpatrio ed i pericoli a cui potrebbe andare incontro il minore.

“Intolerable means simply and demonstrably not able to be countenanced”⁴⁶”.

Si deve ritenere quindi che la situazione intollerabile può essere fatta valere come causa autonoma non solo nel corso di un giudizio di merito riguardante il diritto di custodia, ma anche innanzi all'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato in cui il minore rapito viene a trovarsi⁴⁷.

Quanto al contenuto dei motivi ostativi al rientro immediato, la Convenzione non impone alcuna limitazione alle fonti di prova utilizzabili, con la conseguenza che la sussistenza dei motivi legittimanti l'eccezione può essere dimostrata anche per mezzo di semplici informazioni⁴⁸.

Sempre in relazione all'ambito probatorio, è opportuno analizzare la questione della ripartizione dell'onere probatorio sugli elementi di rischio che, ai sensi dell'art. 13, comma 1, lett. b), escludono l'opportunità di far rientrare in patria il

⁴⁶ HC/E/NZ 91, 07/05/1993, Damiano contro Damiano.

⁴⁷ PERONI, *L'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980 e il rimpatrio del minore illecitamente sottratto*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2002, 48.

⁴⁸ FIORINI, *Il provvedimento di diniego è adottabile anche sulla base di semplici informazioni*, in *Il Sole 24 Ore, Guida al Diritto*, n. 44, 61..

minore. Si tratta insomma di stabilire se la persona, l'ente o l'organismo che si oppongono al ritorno del minore siano tenuti a specificare la ragione dell'opposizione a fornire adeguata dimostrazione; ancora, se il giudice possa e debba accertare, con i mezzi a sua disposizione, trattandosi di materia dominata dal principio dell'interesse del minore, la natura e la reale sussistenza del motivo ostativo al rimpatrio⁴⁹.

Certamente la persona, l'ente o l'organismo che si oppone al rientro del minore deve specificare la ragione di tale opposizione, fornendone adeguata dimostrazione; ciò non toglie che il giudice possa e debba accertare con i mezzi a sua disposizione, trattandosi di materia dominata dal principio dell'interesse del minore e dall'impulso d'ufficio, la reale sussistenza e le caratteristiche del motivo ostativo al rimpatrio come, nel caso, la gravità del rischio. Il potere del giudice si risolve quindi in una mera facoltà di acquisire le prove o di valorizzare le prove già acquisite agli atti e non si può mai estendere alla ricerca di nuovi fatti, sicché il *thema decidendum* è esclusivamente scandito da quanto dedotto dalle parti in causa.

Nella valutazione di tali circostanze derogatorie, i giudici devono valutare altresì le informazioni fornite dall'Autorità centrale o da altra autorità competente dello Stato di residenza abituale del minore sulla sua situazione sociale ai sensi dell'art. 13, comma 3.

Ultimando l'analisi dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980 avviata nel paragrafo precedente occorre far riferimento alla previsione dell'art. 13, comma 2 secondo cui "l'autorità giudiziaria o amministrativa può altresì rifiutarsi di

⁴⁹ GIORGETTI, *Sottrazione internazionale e procedimento per l'immediato rientro del minore*, in Fam. Dir., 2004, 362.

ordinare il ritorno del minore qualora essa accerti che il minore si oppone al ritorno, e che ha raggiunto un'età ed un grado di maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere”.

La problematica relativa all'audizione del minore è stata ampiamente trattata dalla giurisprudenza internazionale e avremo modo di trattarla nel capitolo successivo.

Tra le ipotesi in presenza delle quali si può derogare vi è poi quella prevista dall'art. 20 che descrive una generalissima fattispecie secondo la quale la domanda può essere respinta qualora il rimpatrio del minore contrasti con i principi fondamentali in materia di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali vigenti nello Stato in cui il minore si trova.

Un'ipotesi di applicazione di quest'ultima disposizione potrebbe aversi qualora dovesse ordinarsi il ritorno di un minore appartenente ad una minoranza etnica, religiosa o linguistica di uno Stato in cui tale minoranza è oggetto di genocidio.

Altra ipotesi prospettabile è quella del ritorno di una bambina in una società in cui alle donne non sono riconosciuti la piena capacità giuridica ed il godimento di diritti fondamentali tra cui, appunto, il diritto a non essere discriminati in ragione di sesso.

Va precisato peraltro, che l'art. 20, richiedendo una situazione concreta di contrasto tra il ritorno ed il godimento di diritti fondamentali, esclude la rilevanza di un semplice confronto astratto di ordinamenti. Pertanto, la constatazione che il Paese in cui la minore deve ritornare abbia una legislazione discriminatrice in base al sesso, non è sufficiente a consentire l'esclusione del ritorno qualora il parente che lo invochi sia antitradizionalista e non intenda attenersi a detta normativa nell'educazione della bambina.

L'eccezione di cui trattasi, viene spesso invocata da chi si oppone al ritorno e tuttavia, difficilmente viene accolta; infatti, è difficile ipotizzare una fattispecie che rientri nell'art. 20 e che al tempo stesso non costituisca motivo di rifiuto in base all'art. 13, 1° comma, lett. b)⁵⁰.

Un'applicazione di tale eccezione è avvenuta ad opera dell'autorità giudiziaria spagnola (21 aprile 1997- Audiencia Provincial Barcelona, Sección 1°) che ha negato il ritorno del minore *ex art.* 20 in un caso in cui la madre, originariamente titolare di un diritto di affidamento congiunto con il padre, aveva trasferito la figlia da Israele in Spagna, violando un successivo provvedimento di un tribunale rabbinico che aveva dichiarato la madre "sposa ribelle", togliendole ogni diritto sul figlio.

Il tribunale Spagnolo, ha negato la restituzione giudicando la situazione creatasi in Israele incompatibile con i principi in materia di protezione dei diritti umani vigenti in Spagna.

⁵⁰ ZANOBETTI, *La sottrazione internazionale di minori*, cit., 4294.

2.5. La Convenzione dell'Aja nel contesto comunitario e le modifiche apportate dal regolamento CE 2201/2003

Il 1° agosto 2004 è entrato in vigore il regolamento (CE) n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di in materia di responsabilità genitoriale (Bruxelles II bis), con applicazione dal 1° marzo 2005⁵¹.

Il regolamento 2201/03 ha sostituito ed abrogato il regolamento (CE) n. 1347/2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi (Bruxelles II).

Come si comprende dall'intitolazione, esso riguardava fundamentalmente i casi di scioglimento del matrimonio e, in caso di figli comuni, i conseguenti provvedimenti sull'affidamento e sul cosiddetto diritto di visita. Ne restavano quindi escluse tutte le questioni estranee alla materia matrimoniale, vale a dire le decisioni sull'affidamento di figli naturali (e dunque la materia della famiglia di fatto), e quelle concernenti la decadenza e la limitazione della potestà genitoriale, attribuite in Italia ai tribunali per i minorenni⁵².

Pertanto l'obiettivo del regolamento 2201/2003 è di estendere il campo d'applicazione del regolamento abrogato, alle decisioni che riguardano la materia

⁵¹ Per un'analisi completa sull'applicazione del regolamento 2201/03, si veda *Guida pratica all'applicazione del nuovo regolamento Bruxelles II*, http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_it.pdf

⁵² FADIGA, *Il regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio dell'Unione Europea*, www.minoriefamiglia.it

della "responsabilità parentale" indipendentemente da qualsiasi nesso con un procedimento matrimoniale⁵³.

In tal modo, il legislatore comunitario sembra aver voluto prendere in considerazione i profondi mutamenti dei modelli familiari degli ultimi anni. Infatti, anche se rimane largamente prevalente la famiglia coniugale, ad essa vanno affiancandosi, in misura sempre più preponderante, modelli di vita in comune tra i quali vanno considerate le convivenze di fatto⁵⁴.

Il regolamento si applica in tutti gli Stati membri dell'Unione Europea ad eccezione della Danimarca; è direttamente applicabile negli Stati membri e prevale sulla legislazione nazionale.

Le norme in materia di riconoscimento ed esecuzione del regolamento si applicano, in relazione ai procedimenti giuridici instaurati prima del 1° marzo 2005, a tre categorie di decisioni:

- a) decisioni pronunciate a partire dal 1° marzo 2005 nei procedimenti instaurati prima di tale data, ma successivamente alla data di entrata in vigore del regolamento Bruxelles II (art. 64, comma 2);
- b) decisioni pronunciate prima del 1° marzo 2005 nei procedimenti instaurati dopo l'entrata in vigore del regolamento Bruxelles II nei casi che ricadono nell'ambito di applicazione del regolamento Bruxelles II (art. 64, comma 3);
- c) decisioni pronunciate prima del 1° marzo 2005 ma successivamente alla data di entrata in vigore del regolamento Bruxelles II nei procedimenti

⁵³ CASTELLI, Conferenza "Cooperazione giudiziaria in materia di diritto familiare transfrontaliero", Lecco, 9 ottobre 2003, www.giustizia.it.

⁵⁴ CONTI, *Il nuovo regolamento comunitario in materia matrimoniale e di potestà parentale*, in Fam. Dir., 2004, 291.

instaurati prima dell'entrata in vigore del regolamento Bruxelles II (art. 64, comma 4).

Le decisioni che ricadono in tali categorie, sono riconosciute ed eseguite ai sensi del capo III del regolamento alle seguenti condizioni:

1. l'autorità giudiziaria che ha emesso la decisione ha fondato la sua competenza su norme compatibili con il regolamento, con il regolamento Bruxelles II o con una convenzione applicabile tra lo Stato membro di origine e lo Stato membro di esecuzione;
2. e, per le decisioni pronunciate prima del 1° marzo 2005, purché esse riguardino il divorzio, la separazione legale o l'annullamento del matrimonio oppure la responsabilità genitoriale in relazione ai figli di entrambi i coniugi nell'ambito di questi procedimenti matrimoniali.

Il regolamento si applica alle decisioni emesse sia da autorità giudiziarie sia dalle autorità competenti a decidere sulle materie oggetto del regolamento, a prescindere dalla denominazione con la quale vengono indicate (decreto, sentenza, ordinanza). Si applica anche agli atti pubblici formati ed aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro con la conseguenza che questi saranno riconosciuti ed eseguiti alle stesse condizioni previste per le decisioni.

Rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento anche gli accordi conclusi tra le parti ed aventi efficacia esecutiva nello Stato membro d'origine; si tratta di una disposizione avente portata innovativa, la cui finalità è quella di incoraggiare le parti a raggiungere accordi in materia di responsabilità genitoriale stragiudizialmente.

L'applicazione del regolamento è limitata alle materie civili. La nozione di "materie civili" deve essere interpretata alla luce degli obiettivi del regolamento 2201/03 ed è comprensiva di tutte le materie elencate all'art. 1, comma 2.

Pertanto, laddove una decisione relativa ad una delle materie dell'art. 1, comma 2, rientri, ai sensi del diritto nazionale, nella sfera di diritto pubblico, sarà comunque applicabile il regolamento⁵⁵. Esso prevede norme in materia di competenza, riconoscimento ed esecuzione e cooperazione tra le autorità centrali in materia di responsabilità genitoriale; contiene inoltre norme specifiche sulla sottrazione di minori e sul diritto di visita.

Dunque, a seguito dell'entrata in vigore del reg. CE 2201/2003, la Convenzione dell'Aja continua ad essere applicata nelle relazioni tra i Paesi membri dell'Unione Europea (ad eccezione della Danimarca); tuttavia, è integrata da alcune disposizioni del regolamento, che entrano in gioco nei casi di sottrazione internazionale di minori tra Stati membri.

Le norme del regolamento prevalgono su quelle della Convenzione nelle relazioni tra Stati membri per le materie disciplinate dal regolamento (art. 60).

Il regolamento vuole essere un deterrente nei confronti della sottrazione internazionale di minori; se tuttavia ciò accade, intende assicurare l'immediato rientro del minore nel suo Stato di origine.

Ai sensi del regolamento, per sottrazione internazionale di minori s'intende, secondo una definizione molto simile a quella dettata dalla Convenzione dell'Aja, il trasferimento illecito o il mancato rientro di un minore "quando avviene in violazione dei diritti di affidamento derivanti da una decisione, dalla legge o da un

⁵⁵ ZANOBETTI, *Campo di applicazione del regolamento (CE) 2201/2003 relativo alla competenza, a riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, in Fam. Dir., 2008, 403.

accordo vigente in base alla legislazione dello Stato membro nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro e se il diritto di affidamento era effettivamente esercitato, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o lo sarebbe stato se non fossero sopravvenuti tali eventi. L'affidamento si considera esercitato congiuntamente da entrambi i genitori quando uno dei titolari della responsabilità genitoriale non può, conformemente ad una decisione o al diritto nazionale, decidere il luogo di residenza del minore senza il consenso dell'altro titolare della responsabilità genitoriale”.

Di conseguenza, il trasferimento di un minore da uno Stato membro all'altro senza il consenso dell'altro genitore, costituisce sottrazione di minore ai sensi del regolamento.

Il diritto di affidamento, si sostanzia nei “diritti e doveri concernenti la cura della persona di un minore, in particolare il diritto di decidere riguardo al suo luogo di residenza”.

Il regolamento non stabilisce un'età massima per i minori a cui si applica il regolamento, ma rinvia al diritto nazionale.

In caso di trasferimento illecito o mancato rientro del minore, la competenza a pronunciarsi sulla richiesta di rientro spetta all'autorità giurisdizionale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento o del mancato rientro.

In relazione alla nozione di residenza abituale, il regolamento (CE) 2201/03 non ne fornisce alcuna definizione; tuttavia, ha introdotto degli elementi chiarificatori: infatti l'art. 10 del regolamento presuppone che il minore possa acquisire una

nuova residenza abituale senza il consenso dei genitori e inoltre, come deciso dalla High Court inglese il 25 agosto 2007 (HC/E/UK 973, 27/03/2007, Re A) , il minore non può che avere una sola residenza abituale.

Inoltre la guida pratica all'interpretazione del regolamento, che ha però solo valore indicativo, prevede espressamente nel commento all'articolo 8 che il concetto di "residenza abituale", sempre più adoperato negli strumenti internazionali, non è definito dal regolamento, ma deve essere determinato dal giudice volta per volta nel caso concreto sulla base di elementi di fatto. Il significato del termine deve essere interpretato conformemente agli obiettivi e ai fini del regolamento.

Va sottolineato che ciò non si riferisce a nessun concetto di residenza abituale ai sensi della legislazione nazionale, ma a una nozione "autonoma" di diritto comunitario. Se un minore si trasferisce da uno Stato membro ad un altro, l'acquisizione della residenza abituale nel nuovo Stato membro dovrebbe, in linea di principio, coincidere con la "perdita" della residenza abituale nello Stato membro precedente. La valutazione caso per caso da parte del giudice implica che, anche se l'aggettivo "abituale" tende ad indicare una certa durata, non va escluso che il minore possa acquisire la residenza abituale in uno Stato membro il giorno stesso del suo arrivo, e ciò dipende dagli elementi fattuali del caso concreto"⁵⁶.

Una volta che il giudice competente sia stato adito, in via di principio conserva la giurisdizione anche se il minore acquisisce la residenza abituale di un altro Stato membro durante il corso del procedimento.

⁵⁶Guida pratica all'applicazione del nuovo regolamento Bruxelles II
http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_it.pdf

Tuttavia, in casi d'urgenza, l'art. 20 consente alle autorità giurisdizionali dello Stato in cui il minore si trova, di adottare “i provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge interna” anche se, ai sensi del regolamento, la competenza a decidere nel merito spetta all'autorità giudiziaria di un altro Stato.

Tale norma non sancisce un definitivo spostamento della competenza in capo all'autorità dello Stato in cui il minore si trova, con la conseguenza che i provvedimenti provvisori o cautelari adottati “cessano di essere applicabili quando l'autorità giurisdizionale dello Stato membro competente in virtù del presente regolamento a conoscere nel merito abbia adottato i provvedimenti ritenuti appropriati”.

Dunque, ai sensi del regolamento, la competenza a decidere nel merito spetta, di regola, alle autorità giudiziarie dello Stato membro di residenza abituale del minore alla data in cui sono adite.

Tuttavia, nell'interesse del minore, l'art. 15 prevede, a certe condizioni, il trasferimento della controversia all'autorità giudiziaria di un altro Stato membro ritenuta più adatta a trattare il caso.

Nel caso in cui la residenza abituale cambi a seguito di un trasferimento illecito del minore il regolamento prevede una disposizione specifica, l'art. 10, che detta condizioni molto rigorose, in presenza delle quali la competenza a decidere spetta non alle autorità dello Stato di residenza abituale, ma a quelle dello Stato in cui il minore è stato condotto.

In particolare, la competenza dello Stato richiesto, sussiste :

- 1) se il minore ha acquisito la residenza nel nuovo Stato e ciascuna persona, istituzione o altro ente titolare del diritto di affidamento ha accettato il trasferimento o mancato rientro;
- 2) se il minore ha acquisito la residenza nel nuovo Stato e vi ha soggiornato per un anno da quando la persona, istituzione o altro ente titolare del diritto di affidamento ha avuto conoscenza, o avrebbe dovuto avere conoscenza, del luogo in cui il minore si trovava e il minore si è integrato nel nuovo ambiente e se ricorre una qualsiasi delle seguenti condizioni:
 - a) è decorso un anno da quando il titolare del diritto di affidamento ha avuto conoscenza, o avrebbe dovuto avere conoscenza, del luogo in cui il minore si trovava a seguito del trasferimento illecito e non è stata presentata alcuna domanda di ritorno del minore dinanzi alle autorità competenti dello Stato richiesto;
 - b) una domanda di ritorno presentata dal titolare del diritto di affidamento è stata ritirata e non è stata presentata una nuova domanda entro un anno;
 - c) una decisione contro il rientro del minore è stata emessa nello Stato membro richiesto e le autorità giudiziarie di entrambi gli Stati hanno agito in base a quanto disposto dall'art. 11, comma 6, ma il procedimento è stato archiviato ai sensi dell'art. 11, comma 7, in quanto le parti non hanno presentato le loro conclusioni entro tre mesi dalla data della notifica.
 - d) l'autorità giurisdizionale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o del mancato ritorno ha emanato una decisione di affidamento che non prevede il ritorno del minore.

L'autorità giudiziaria dello Stato richiesto, ricevuta l'istanza di rientro, deve valutare l'illiceità o meno del trasferimento.

Qualora accerti l'illiceità del trasferimento deve prontamente procedere al ritorno del minore emanando, tranne il caso in cui sussistano circostanze eccezionali, il provvedimento entro sei settimane dal ricevimento della domanda.

Il regolamento non specifica se le decisioni da prendere entro il termine di sei settimane siano parimenti esecutive entro lo stesso periodo di tempo.

Considerando però le finalità del regolamento e, ribadendo che l'obiettivo a cui tale strumento mira è l'immediato ritorno del minore, sembra doversi concludere, in via interpretativa, che il termine di sei settimane riguarda anche l'esecutività delle decisioni stesse.

Tale celerità potrebbe venir meno nel caso in cui il diritto nazionale consenta di presentare appello contro le decisioni di ritorno, senza prevedere dei termini per il giudizio d'impugnazione e sancendo la sospensione dell'esecutività della decisione durante l'appello stesso. Pertanto i vari legislatori nazionali devono garantire il rapido riconoscimento dell'esecutività del provvedimento stesso.

Anche il regolamento fa riferimento a casi eccezionali, in presenza dei quali viene meno l'obbligo di restituzione del minore.

Le circostanze che legittimano il rigetto dell'istanza di rientro sono quelle previste dalla Convenzione dell'Aja all'art. 13, comma 1, lett b). Tale Convenzione prevede che il giudice non è obbligato ad ordinare il ritorno del minore quando ciò possa esporre il minore ad un danno fisico o psicologico o metterlo in una situazione intollerabile. Il regolamento però fa un passo in avanti precisando che il rientro del minore in base all'articolo sopracitato non può essere rifiutato se le

autorità dello Stato di origine abbiano adottato o siano pronte ad adottare le misure adeguate per garantire la protezione del minore dopo il ritorno.

L'autorità giudiziaria incaricata della decisione deve effettuare una valutazione sulla base delle circostanze di fatto, in quanto per poter essere comunque disposto il rientro non è sufficiente che nello Stato di origine esistano procedure per la protezione del minore, ma si richiede che le autorità dello Stato in questione abbiano effettivamente adottato misure concrete per la sua protezione.

In tal senso HC/E/UK 931, 05/10/2007, Klentzeris contro Klentzeris. Il caso concerne due minori, di 12 e 11 anni cresciuti in Inghilterra con i genitori e la sorella maggiore di 20 anni. Nel 2003 il padre, cittadino greco, tornò nel proprio Paese d'origine per motivi di lavoro mentre il resto della famiglia rimase nel Regno Unito. Nel 2006 la famiglia si trasferì in Grecia. Nel Natale dello stesso anno la sorella maggiore si recò in Grecia per le vacanze per far visita alla famiglia, ma al momento di tornare in Inghilterra, portò con sé i fratelli. Il giorno successivo anche la madre tornò in Inghilterra.

Il padre presentò immediatamente istanza di rientro, ma la Family Division della High Court negò il ritorno sulla base dell'art. 13, comma 1, lett. b) della Convenzione dell'Aja ritenendo che ci fosse il pericolo per i minori di essere esposti a danni fisici o psichici per il fatto del ritorno. Alla luce del regolamento 2201/03, il giudice valutò se nello Stato di origine vi fossero o potessero essere predisposte le misure adeguate per la protezione dei minori dopo il loro ritorno.

Dopo aver condotto tale analisi, la Family Court negò comunque il rientro sostenendo che anche eventuali misure non avrebbero eliminato il pericolo per i minori di essere esposti a danni fisici o psichici per il fatto del ritorno.

Il padre presentò allora richiesta di appello, che fu però rigettata dalla Court of Appeal che ritenne corrette le osservazioni e le conclusioni della Family Division della High Court.

Di solito è difficile per il giudice valutare le circostanze di fatto nello Stato membro di origine; al riguardo è di massima importanza è l'assistenza delle Autorità centrali dello Stato Membro di origine per verificare se in quel Paese siano state adottate misure di protezione e se esse garantiscano in modo adeguato la protezione del minore nel corso del suo ritorno.

Inoltre, ai sensi dell'art. 11, comma 5 del regolamento 2201/03, il ritorno non può essere rifiutato se la persona che lo ha chiesto non ha avuto la possibilità di essere ascoltata. L'audizione deve tenersi nella maniera più rapida ed efficiente possibile. Una possibilità è quella di utilizzare le disposizioni del regolamento (CE) n. 1206/2001 del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione tra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale. Questo regolamento, che si applica dal 1° gennaio 2004, facilita la cooperazione tra le autorità giudiziarie dei vari stati membri nel settore dell'assunzione delle prove, ad esempio in materia di diritto di famiglia.

Un'autorità giudiziaria può richiedere al giudice competente dell'altro Stato membro di provvedere all'assunzione delle prove o assumerle direttamente nell'altro Stato membro. Dato che l'autorità giudiziaria deve decidere entro sei settimane in merito al ritorno del minore, la richiesta deve necessariamente essere eseguita senza indugio e possibilmente entro il termine generale di 90 giorni, prescritto dall'art. 10, comma 1 del regolamento sulle prove. L'uso delle

videoconferenze e delle teleconferenze, proposto dall'art. 10, comma 4 del regolamento di cui sopra, può essere particolarmente utile ai fini dell'assunzione di prove in questi casi.

Il regolamento poi, sulla scia della Convenzione dell'Aja e della Convenzione di New York, stabilisce il principio dell'ascolto del minore nei procedimenti che lo riguardano sempre che "ciò non appaia inopportuno in ragione della sua età o del suo grado di maturità". Il regolamento sottolinea dunque l'importanza di dare al minore l'opportunità di esprimere il suo punto di vista. L'ascolto del minore è uno dei requisiti per la soppressione della procedura di *exequatur* per il diritto di visita e per le decisioni che prescrivono il ritorno del minore.

Nel caso in cui le autorità dello Stato richiesto adottino una decisione di non ritorno, in quanto non integrati gli estremi dell'illiceità del regolamento o in quanto sussistente l'eccezione di cui all'art 11, comma 4, il regolamento prevede la speciale procedura dettata dall'art. 11, commi 6 e 7.

Il giudice del Paese ove il minore è stato condotto che ha emanato un provvedimento contro il ritorno del minore, ha l'obbligo di trasmettere una copia dello stesso e dei pertinenti documenti, in particolare una trascrizione delle audizioni davanti al giudice, al giudice competente a decidere nel merito, che di regola coincide con lo Stato di origine del minore, al quale, quindi, spetta l'ultima decisione sul ritorno.

La trasmissione dei relativi documenti può essere effettuata dall'autorità giurisdizionale direttamente o tramite la sua Autorità centrale.

L'autorità giurisdizionale riceve tutti i documenti indicati entro un mese dall'emanazione del provvedimento contro il ritorno.

L'autorità giurisdizionale o l'Autorità centrale che riceve le predette informazioni, a meno che l'autorità giurisdizionale dello Stato in cui il minore aveva la residenza abituale prima del trasferimento o del mancato ritorno illecito, non sia già stata adita da una delle parti, deve informare le parti ed invitarle a presentare le proprie conclusioni, conformemente alla legislazione nazionale ed entro tre mesi dalla data della notifica per consentire all'autorità giurisdizionale di esaminare la questione concernente l'affidamento del minore.

Nel caso in cui tale autorità non riceva le conclusioni delle parti nel termine anzidetto procederà ad archiviare il procedimento.

Il giudice d'origine che prende una decisione in virtù dell'art. 11, comma 7 è competente a trattare nel merito alla controversia nella sua integralità; la sua competenza non è pertanto limitata alla decisione sull'affidamento del minore, ma il giudice può anche decidere, ad esempio, in merito al diritto di visita.

Se il giudice così adito adotta una decisione che non prescrive il ritorno del minore il procedimento è archiviato e la competenza a decidere nel merito spetta all'autorità giudiziaria dello Stato membro in cui il minore è stato trasferito trattenuto.

Qualora, al contrario, il giudice d'origine adotti una decisione di ritorno del minore, questa dovrà repentinamente essere eseguita nell'altro Stato membro, purché corredata da un certificato.

Ne deriva pertanto una duplice conseguenza: non è più necessario richiedere l'*exequatur* e non è possibile opporsi alla decisione.

Sulla base di un certificato standard e senza che sia necessaria alcuna dichiarazione di esecutività sarà quindi possibile eseguire una decisione in ogni

Stato membro, esecuzione che verrà, comunque, realizzata secondo le regole nazionali dello Stato *ad quem*.

Il giudice d'origine rilascia detto certificato di sua iniziativa e utilizzando il modello standard di cui all'allegato IV del regolamento.

La lingua del certificato deve essere la stessa della decisione.

Non è prevista alcuna forma di impugnazione del provvedimento di rilascio del certificato, salvo i casi di errore materiale.

Il certificato potrà essere rilasciato:

- a) se tutte le parti interessate hanno avuto la possibilità di essere ascoltate;
- b) se il minore ha avuto la possibilità di essere ascoltato, a meno che l'audizione non sia inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità;
- c) l'autorità giurisdizionale ha tenuto conto, nel rendere la sua decisione, dei motivi e degli elementi di prova alla base del provvedimento emesso conformemente all'articolo 13 della Convenzione dell'Aia del 1980.

La decisione del giudice d'origine è automaticamente esecutiva in tutti gli Stati membri e non solo nello Stato richiesto; pertanto, in caso di trasferimento del minore in un altro Stato membro, non è necessario avviare una nuova procedura volta ad ottenere il ritorno del minore, ma va eseguita la decisione del giudice d'origine.

È di tutta evidenza l'importanza del passo compiuto nella direzione dell'abolizione dell'*exequatur*, giustificata proprio dalla delicatezza della materia

che tratta di situazioni ove un ritardo nell'esecuzione può causare danni gravi ai minori ed arrecare ingiustificati vantaggi a chi impedisce l'esercizio del diritto di visita o ha sottratto illecitamente il minore portandolo in un altro stato membro.

Il regolamento, come la Convenzione dell'Aja del 1980, disciplina anche il diritto di visita, definito come "il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo".

Le nuove norme in materia di diritto di visita si applicano a qualunque tipo di diritto di visita, indipendentemente da chi ne sia il beneficiario; ai sensi del diritto nazionale infatti, il diritto di visita può essere attribuito al genitore non affidatario o ad altri membri della famiglia, come i nonni o terze persone.

Dal momento che il regolamento mira a garantire al titolare del diritto di visita l'esercizio effettivo dello stesso, in caso di trasferimento del minore da uno Stato membro all'altro, è spesso necessario rivedere gli accordi concernenti il diritto di visita per adeguarli alle nuove circostanze.

In tal senso dispone l'art. 9 che attribuisce al titolare del diritto di visita che non è più in condizione di esercitarlo come in precedenza, la possibilità di rivolgersi non alle autorità giudiziarie dello Stato in cui il minore è stato trasferito, ma possa richiedere un adeguamento del diritto di visita alle autorità dello Stato d'origine, la cui competenza permane, in deroga all'art. 8, per un periodo di tre mesi dal trasferimento.

Per potersi applicare l'art. 9 occorre che nello Stato di origine sia stata emessa una qualche decisione in materia di diritto di visita e che il minore, a seguito del lecito trasferimento abbia acquisito la residenza abituale nel nuovo Stato membro durante il periodo di tre mesi (altrimenti le autorità dello Stato d'origine sarebbero

comunque competenti ai sensi dell'art. 8) e che il titolare del diritto di visita sia ancora residente nello Stato d'origine.

L'art. 9 non sancisce tuttavia un principio assoluto di ultrattività della competenza della precedente residenza abituale, ma attribuisce una semplice facoltà al titolare del diritto di visita di adire le autorità dello Stato di origine. Pertanto, se costui è pronto ad accettare la competenza del nuovo stato d'origine, non si applica l'art. 9; analogamente, tale disposizione non impedisce al titolare del diritto di visita la possibilità di adire direttamente le autorità giudiziarie del nuovo Stato membro per la revisione del diritto di visita.

Anche per le decisioni concernenti il diritto di visita, è stato abolito l'*exequatur* garantendo così che una decisione in materia di diritto di visita emessa in uno Stato membro sia direttamente riconosciuta ed esecutiva in un altro Stato membro purché corredata da un certificato rilasciato al giudice d'origine che ha emesso la decisione.

Il fatto che la decisione sul diritto di visita sia corredata da un certificato implica che il titolare del diritto di visita possa richiedere il riconoscimento e l'esecuzione della decisione in un altro Stato membro senza alcuna procedura intermedia.

Inoltre l'altra parte non può opporsi al riconoscimento della decisione.

Il giudice d'origine rilascia l'anzidetto certificato sulla base del modello standard di cui all'allegato III del regolamento e solo se:

- a) il minore ha avuto la possibilità di essere ascoltato, salvo che l'audizione sia stata ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità;
- b) tutte le parti hanno avuto la possibilità di essere ascoltate;

- c) l'autorità giurisdizionale ha tenuto conto, nel rendere la sua decisione, dei motivi e degli elementi di prova alla base del provvedimento emesso conformemente all'articolo 13 della Convenzione dell'Aia del 1980.

Può accadere che la decisione emessa dallo Stato competente non contenga sufficienti informazioni circa le modalità pratiche volte ad organizzare il diritto di visita rendendo così difficile, se non addirittura impossibile, l'esecuzione della decisione.

In tal caso, le autorità giurisdizionali dello Stato membro dell'esecuzione possono stabilire le necessarie modalità pratiche volte a ad organizzare l'esercizio del diritto di visita a condizione che siano rispettati gli elementi essenziali della decisione.

Tuttavia, qualora successivamente le autorità giurisdizionali dello Stato membro competenti a conoscere nel merito, emettano una decisione in materia di diritto di visita, le modalità pratiche di cui sopra, cessano di essere applicabili.

Anche il nuovo regolamento prevede la presenza delle Autorità centrali cui sono attribuiti compiti volti a facilitare la cooperazione giudiziaria, così come previsto in molti strumenti internazionali.

A tali organismi, infatti, viene sempre più spesso affidato il compito di scambiarsi informazioni (in particolare sulle rispettive legislazioni), di promuovere iniziative, di vigilare sulla attuazione degli strumenti internazionali e proporre miglioramenti.

Preferibilmente le Autorità centrali per il regolamento coincideranno con quelle già istituite per l'applicazione della Convenzione dell'Aja del 1980; nel caso

dell'Italia l'autorità centrale si trova incardinata nel Dipartimento per la Giustizia Minorile⁵⁷.

Il regolamento prevede che le Autorità centrali siano integrate nella rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale (Rete giudiziaria europea) e che esse si riuniscano regolarmente in tale ambito per discutere dell'applicazione del regolamento.

Le funzioni delle Autorità centrali sono elencate all'art. 55 del regolamento e consistono nell'agevolazione delle comunicazioni tra autorità giudiziarie, nello scambio di informazioni concernenti la situazione del minore, gli eventuali procedimenti in corso e le decisioni adottate.

Le Autorità centrali hanno anche il compito di fornire assistenza e informazione ai titolari della responsabilità genitoriale e di facilitare accordi tra di essi, ad esempio tramite la mediazione.

Esse possono svolgere i compiti loro assegnate direttamente o tramite le autorità pubbliche o altri organismi.

Per concludere, Bruxelles II bis è un valido strumento di cooperazione, anche se particolarmente complesso e di non facile interpretazione, dovuta anche alla necessità di trovare delle soluzioni di mediazione tra le proposte presentate dai 15 Paesi membri (i nuovi Paesi erano presenti come osservatori) in sede di elaborazione tecnica del testo.

Sarà importante, quindi, il compito degli interpreti e delle autorità centrali dei vari Paesi, affinché il regolamento (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003 riesca

⁵⁷ VIALE, *Perché un nuovo regolamento?*, in Speciale minori, www.giustizia.it

veramente a diventare uno strumento che aiuti a risolvere le controversie in materia familiare, ancor più complesse se transfrontaliere.⁵⁸

Nonostante l'adozione del regolamento 2201/03 consenta di contrastare in maniera più incisiva il fenomeno della sottrazione internazionale di minori, esistono numerosi casi che sfuggono alla disciplina dettata dalla Convenzione dell'Aja e dal regolamento.

Il Parlamento Europeo ha riconosciuto questa problematica già negli anni 80 e ha creato, nel 1987, la carica di Mediatore Europeo.

Quando si presenta una situazione di sottrazione del minore o di mancato rientro, i genitori possono chiedere una procedura di mediazione sulla questione rivolgendosi al Mediatore Europeo che, nel prioritario interesse della prole coinvolta, assisterà i genitori e cercherà di favorire un accordo volontario tra il genitore che ha sottratto il figlio e l'altro genitore, fornendo per esempio informazioni e consigli su come dirimere la controversia.

Come emerge dalle parole dell'On. Evelyne Gebhardt, Mediatrice del Parlamento europeo per i casi di sottrazione internazionale di minori, “a causa della distanza geografica talvolta considerevole tra i genitori, dell'incertezza delle azioni giudiziarie nonché dell'incertezza giuridica derivante dalla scontro tra culture giuridiche diverse, in molti casi la mediazione è l'unica via per giungere a un accordo equo tra le parti e per trovare una via d'uscita personale dal conflitto sul diritto di residenza e di custodia del bambino”⁵⁹ (Relazione intermedia, On.

⁵⁸ DANОВИ, *L'applicazione dei regolamenti di Bruxelles II e II bis*, dal Convegno “Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei”, Milano, 24 febbraio 2006.

⁵⁹ Relazione intermedia, On. Evelyne Gebhardt Mediatrice del Parlamento europeo per i casi di sottrazione internazionale di minori - Bruxelles, 1° marzo 2007.

Evelyne Gebhardt Mediatrice del Parlamento Europeo per i casi di sottrazione internazionale di minori – Bruxelles, 1° marzo 2007).

La mediazione è un'offerta d' intervento extragiudiziale e di responsabilità propria in casi di conflitti tra i genitori riguardo al diritto di visita e di custodia e viene effettuata tenendo presente la responsabilità propria delle parti, con l'aiuto di assistenti neutrali.

Un altro aspetto dell'attività del mediatore si sostanzia nella realizzazione di una rete operante con le Autorità centrali nazionali che, in base alla Convenzione dell'Aja, sono gli organismi competenti per i casi di sottrazione internazionale di minori da parte dei genitori.

In caso di necessità, il Mediatore può fornire un sostegno per contattare le autorità del Paese in cui è stato trasferito il minore.

Ciò avviene soprattutto se uno dei genitori denuncia la mancata cooperazione con o fra le autorità, ad esempio le Autorità centrali o la polizia locale.

È tuttavia necessario svolgere una più intesa attività di informazione a livello europeo, in modo generale e preventivo per quanto riguarda la mediazione, sensibilizzando le coppie di genitori binazionali in modo da evitare sin dall'inizio l'aggravarsi di situazioni familiari di conflitto.

2.6. L'Italia e l'attuazione della Convenzione dell'Aja.

L'Italia ha ratificato la Convenzione dell'Aja del 1980 con la legge 15 gennaio 1994, n. 64. Il deposito dello strumento di ratifica è avvenuto nel febbraio 1995 e pertanto, ai sensi dell'art. 43 del trattato, la Convenzione è entrata in vigore per l'Italia il 1° maggio 1995.

A tal proposito si può ricordare la decisione presa dal Tribunale per i Minorenni di Roma con decreto del 6 luglio 1995.

Nel caso in questione, la madre del minore, Elena Staller, avente cittadinanza italiana e ungherese, coniugata con il sig. Jeffrey Lynn Koons, cittadino statunitense, in data 9 giugno 1994 era fuggita da New York con il bambino recandosi in Italia.

Il padre del minore si rivolse pertanto al Tribunale per i Minorenni di Roma chiedendo il rientro del figlio negli Stati Uniti sostenendo che la madre, portando con sé il minore in Italia e sottraendolo alla sua abituale residenza e alle cure del padre, aveva violato l'impegno assunto davanti alla Suprema Corte di New York.

La madre, resistendo alla richiesta, negò di aver illecitamente sottratto il minore in quanto, riportandolo in Italia, non avrebbe fatto altro che ripristinare la situazione legittima infranta dal padre che, nel dicembre 1993, aveva portato con sé il minore a New York.

Inoltre la signora Staller contestava l'applicabilità della Convenzione dell'Aja del 1980 al caso in questione in quanto l'asserita sottrazione si sarebbe verificata prima dell'entrata in vigore della Convenzione per l'Italia.

Il Tribunale per i Minorenni di Roma disattese la tesi del ricorrente secondo cui la Convenzione sarebbe stata applicabile in Italia sin dalla data di entrata in vigore della legge n. 64 del 1994 e negò perciò l'accoglimento della domanda motivandola come segue: "La domanda non può essere accolta, stante l'inapplicabilità al caso di specie della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 in base alla quale è stata proposta la richiesta di rientro negli USA del minore. Detta Convenzione infatti, ai sensi dell'art. 35 della stessa «ha effetto nei confronti degli Stati contraenti solo per quanto riguarda i trasferimenti o mancati ritorni illeciti verificatisi dopo la sua entrata in vigore nei predetti Stati»"⁶⁰.

È incontestabile che la Convenzione sia entrata in vigore per l'Italia solo il 1° maggio 1995, infatti l'art. 43 della Convenzione dell'Aja prevede che questa entri in vigore per gli Stati che la ratifichino, l'accettino, l'approvino o vi aderiscano successivamente, il primo giorno del terzo mese successivo a quello del deposito dello strumento di ratifica.

Poiché lo strumento di ratifica è stato depositato nel febbraio 1995, la Convenzione è entrata in vigore in Italia il 1° maggio 1995.

Naturalmente, come sancito dall'art. 36, nulla osta a che due o più Stati Contraenti convengano di derogare a quelle regolamentazioni della Convenzione suscettibili di implicare restrizioni relative all'ambito temporale di entrata in vigore della Convenzione stessa.

Ciò non è però accaduto nei rapporti tra l'Italia e gli Stati Uniti, non essendo stipulato alcun accordo in tal senso, né può ritenersi sufficiente che si siano

⁶⁰ Per un ulteriore commento del caso, si veda: SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori: l'esordio in Italia della Convenzione de L'Aja 25 ottobre 1980*, in *Dir. Fam.*, 1995, 80.

espresse in senso favorevole all'applicabilità al caso concreto della Convenzione le Autorità centrali italiana e statunitense, come accaduto nel caso Koons.

Infatti, come sostenuto dal Tribunale per i Minorenni di Roma, “dette Autorità, nella loro qualità di organi amministrativi, non possono esprimere la volontà degli Stati di appartenenza, che soli possono, attraverso i propri organi di rappresentanza esterna, decidere ai sensi dell'art. 36, di derogare di comune accordo alle clausole restrittive della Convenzione stessa”⁶¹.

La legge 64/94 detta inoltre, nell'art. 7, le norme di attuazione della Convenzione dell'Aja.

In particolare, ai sensi della legge in questione, il ruolo di Autorità centrale è svolto dall'Ufficio Centrale per la Giustizia Minorile del Ministero di Grazia e Giustizia. La competenza territoriale spetta al Tribunale per i Minorenni del luogo in cui il minore è stato condotto.

La legge italiana di esecuzione della Convenzione, conformemente a quanto esplicitamente imposto dall'art. 11 del trattato, prevede e disciplina uno specifico procedimento in camera di consiglio al fine di ottenere un rapido ritorno del minore.

L'Autorità centrale a cui è stata presentata richiesta di ritorno, dovrà attivare il procuratore della Repubblica presso il Tribunale dei Minorenni del luogo in cui si trova il minore, che dovrà inoltrare al Tribunale un “ricorso in via d'urgenza”.

Il presidente dello stesso, assunte “se del caso sommarie informazioni”, fissa con decreto l'udienza in camera di consiglio e ne dà informazione all'Autorità centrale; il tribunale deciderà entro trenta giorni, dopo aver sentito sia la persona

⁶¹ FRIGESSI DI RATTALMA, *Sottrazione internazionale di minori e Convenzione dell'Aja*, in Fam. Dir., 1996, 57.

presso cui si trova il minore sia il pubblico ministero e, “se del caso”, il minore stesso; la persona che ha presentato il ricorso deve essere informata dall’Autorità centrale della data dell’udienza e può comparire a sue spese e chiedere di essere sentita.

Al termine dell’udienza, il Tribunale decide con decreto immediatamente esecutivo, ricorribile per Cassazione. La presentazione del ricorso non sospende l’esecuzione del decreto. Il decreto emesso dal tribunale inoltre non è revocabile, né modificabile, trattandosi di statuizione immediatamente esecutiva, da adottare in via d’urgenza al fine di garantire il ritorno immediato del minore illecitamente sottratto o il ripristino del diritto di visita violato⁶².

Nel caso in cui il decreto sia stato emesso senza che l’Autorità centrale abbia informato il richiedente sulla data fissata per la camera di consiglio, il decreto deve essere cassato.

A tal proposito Cass., 28 gennaio 1999, n. 746: il ricorrente dopo aver presentato richiesta di rientro al Tribunale per i Minorenni di Firenze e dopo la decisione di rigetto da parte di tale autorità della richiesta stessa, aveva proposto ricorso di Cassazione contro il decreto del Tribunale per i Minorenni, lamentando la nullità insanabile del provvedimento emesso per violazione dell’art. 7 della legge 64/1994 non avendo mai ricevuto alcuna comunicazione circa la data in cui si sarebbe svolta l’udienza davanti al Tribunale per i Minorenni di Firenze.

La Corte di Cassazione, rilevando la mancata informazione al ricorrente circa la data dell’udienza fissata dal Presidente del Tribunale minorile, ha accolto il

⁶² GALLUZZO, *Il ricorso in Cassazione non sospende l’esecutività del decreto*, in *Il Sole 24 Ore, Famiglia e Minori*, 2008, n. 2, 26.

motivo di ricorso presentato dal ricorrente, cassando il decreto del Tribunale per i Minorenni di Firenze.

Analogamente Cass., 29 novembre 2000 n. 15295. Nel caso in questione, il ricorrente, padre di un minore, si era rivolto alla Suprema Corte impugnando il decreto emesso dal Tribunale per i Minorenni di Catania che disponeva il ritorno del minore presso la madre, facendo valere la nullità del provvedimento in questione in quanto la comunicazione circa la data dell'udienza fissata dal tribunale minorile, era stata effettuata soltanto il giorno precedente la data dell'udienza ed in una città diversa dalla sede del Tribunale stesso.

La Corte di Cassazione ha negato la nullità del decreto impugnato per aver il Tribunale omesso di rinviare l'udienza onde consentire al padre del minore di apprestare un'adeguata difesa.

Nelle sue considerazioni, la Corte ha ribadito che la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, diretta a tutelare l'interesse del minore "contro gli effetti nocivi derivanti da un suo trasferimento o da un suo mancato rientro illecito", come enunciato nel preambolo, ha inteso assicurare l'immediato rientro del minore nello Stato di residenza abituale, attraverso procedure improntate alla massima celerità per limitare il più possibile il pregiudizio che può derivare al fanciullo.

Dalla fisionomia complessiva del procedimento, dalla circostanza che il potere di iniziativa, peraltro vincolato dalla richiesta dell'Autorità centrale, appartiene soltanto al pubblico ministero, dalla previsione di una mera audizione della persona presso la quale il minore si trova e di colui che ha presentato la richiesta, dall'assenza di ogni riferimento al patrocinio legale obbligatorio ed ai tempi e modi dell'audizione in giudizio e dalla natura del provvedimento da emettere che

non mira all'accertamento dei diritti, ma solo alla gestione degli interessi, si ricava il carattere di volontaria giurisdizione del procedimento stesso.

Peraltro, la mancata previsione di termini minimi di comparizione, rende evidente che l'audizione dei soggetti suindicati, si pone come garanzia necessaria e sufficiente ai fini del contraddittorio, richiedendosi soltanto che gli stessi siano informati dell'udienza e posti in grado di parteciparvi⁶³.

Nel contesto della legge 64/94 alcuni elementi non vengono ben delineati, ad esempio non si comprende il ruolo ed il significato della partecipazione al procedimento sia della persona presso la quale si trova il minore, sia del soggetto che ha inoltrato la richiesta all'Autorità centrale.⁶⁴

Indipendentemente da tale questione, non vi sono dubbi circa la legittimazione del richiedente, come risulta dal fatto che la Corte di Cassazione ha sempre accolto i ricorsi da questo proposti. Sembra doversi pertanto concludere che l'Autorità centrale agisca come rappresentante del richiedente e che quest'ultimo non sia perciò parte del procedimento come litisconsorte necessario.

Una volta emesso il decreto che dispone la riconsegna, sorge il problema di individuare il luogo nel quale il minore deve ritornare; non è stata accolta la proposta di prevedere esclusivamente come luogo di ritorno lo Stato di residenza abituale prima della sottrazione perché può verificarsi che il richiedente non viva più nello Stato in questione con la conseguenza che il rientro del minore in tale Stato potrebbe causare problemi pratici di difficile risoluzione.

⁶³ PRENDINI, *Procedimenti di rimpatrio di minori e (in)congruità dei termini di difesa*, Fam. Dir. 2001, 144.

⁶⁴ CHIZZINI, *Sottrazione internazionale di minori e tutele processuali: art. 7, l. 64 del 1994 e litisconsorzio necessario*, in Fam. Dir. 1999, 341.

Il silenzio della Convenzione in materia deve pertanto essere interpretato come un'ammissione della facoltà delle Autorità centrali dello Stato in cui il minore è stato condotto di disporre la riconsegna del minore direttamente al richiedente senza considerare il luogo di residenza abituale prima della sottrazione o del mancato ritorno.

Analizzando ora il caso in cui ci si rivolga all'Autorità centrale per lamentare una violazione del diritto di visita, si richiama l'art. 21 che prevede che "la domanda concernente l'organizzazione o la tutela del diritto di visita, può essere inoltrata all'Autorità centrale di uno Stato contraente con le stesse modalità di quelle previste per la domanda di ritorno del minore".

Di fronte a tale istanza, la Convenzione non prevede particolari compiti delle autorità se non, genericamente, quello di attivarsi al fine di rimuovere, per quanto possibile, ogni ostacolo all'esercizio del diritto di visita avviando o agevolando una procedura legale "al fine di organizzare o tutelare il diritto di visita e le condizioni cui l'esercizio di detto diritto possa essere soggetto".

Pertanto, in caso di violazione del diritto di visita, il genitore non affidatario non è legittimato a richiedere il ritorno del minore.

Tuttavia, a seguito dell'adozione della legge sull'affidamento condiviso avvenuta nel nostro Paese nel 2006, resta da chiedersi se il trasferimento del minore da parte del genitore affidatario, in un Paese diverso determini una violazione delle prerogative dell'altro genitore, a lui attribuite sulla base dell'artt. 317 e 155 c.c.

La questione è dunque se al coniuge non affidatario, che rimane comunque titolare della potestà sul minore, spetti il diritto di decidere congiuntamente all'altro genitore circa un eventuale trasferimento di residenza del minore all'estero e se

quindi, nel caso in cui non venga consultato, possa invocarne il rientro immediato ai sensi della Convenzione dell'Aja.

L'art. 317 statuisce infatti che la potestà comune dei coniugi non cessa con la separazione in quanto la titolarità resta congiunta.

L'art. 155 prevede, al 1° comma, che “anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale” e al terzo comma statuisce che “la potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione ed alla salute sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli”.

Il nostro ordinamento interno, nonostante riconosca ampio spazio al genitore non affidatario in relazione alla cura del minore, non fa alcun riferimento al potere di decidere circa la sua residenza, che è invece elemento fondamentale del diritto di custodia così come definito dalla Convenzione dell'Aja.

È tuttavia opportuno indagare se il potere di decidere circa il luogo di residenza del minore sia in qualche modo riconducibile alle decisioni di maggiore interesse per le quali i coniugi devono decidere di comune accordo.

Tale questione diventa particolarmente rilevante quando la scelta di espatriare venga unilateralmente assunta dal genitore successivamente al provvedimento con cui in sede di separazione gli sia stato affidato il figlio.

In tal caso, il diritto del genitore affidatario di scegliere il Paese in cui vivere, diritto che nel nostro ordinamento è costituzionalmente garantito dall'art. 16, ultimo comma della Costituzione, potrebbe porsi in contrasto con l'interesse del figlio a non venire sradicato dall'ambiente in cui ha vissuto fino a quel momento e a non subire un repentino cambio d'abitudini.

Sembrerebbe pertanto difficile, sotto questo profilo, ritenere che lo spostamento della residenza dei figli all'estero non rientri in quelle decisioni di maggiore interesse che devono essere adottate congiuntamente dai coniugi.

Questo verrebbe confermato dalla normativa in materia di rilascio del passaporto (art. 3 legge 1185/1967 come modificato dalla legge 3/2003) che richiede al genitore che intende iscrivere il figlio minore sul passaporto l'autorizzazione del giudice tutelare, ritenendola non necessaria soltanto quando il richiedente abbia l'assenso dell'altro genitore⁶⁵.

Da tali considerazioni, si potrebbe dedurre che anche il genitore titolare di un diritto di visita, che di fatto lo veda coinvolto nella cura del minore, sia legittimato ad attivare i rimedi convenzionali nel caso in cui venga pretermesso nella decisione del trasferimento della residenza del minore all'estero.

Tuttavia, un'interpretazione così ampia delle prerogative attribuite al titolare del diritto di visita dall'art. 155, comma 3, potrebbe condurre a ritenere che il genitore avente l'affidamento esclusivo non possa legalmente trasferire i figli all'estero⁶⁶.

Per risolvere tale questione, occorre valutare, caso per caso, il ruolo che il genitore non affidatario riveste nella vita del minore, verificando se il diritto di fatto da lui

⁶⁵ LENA, *Trasferimento all'estero del figlio, mancato consenso del genitore non affidatario e sottrazione internazionale di minore*, in Fam. Dir., 2006, 206.

⁶⁶ LENA, *Affidamento e custody quali presupposti per il rimpatrio del minore tra Convenzione di L'Aja e diritto interno*, in Fam. Dir., 2004, 190.

esercitato sia o meno riconducibile al diritto di affidamento come definito dalla
Convenzione.

2.7. La sottrazione internazionale di minori negli Stati non aderenti alla Convenzione dell'Aja del 1980

La Convenzione dell'Aja del 1980 riveste grande importanza nel dare risposta ai problemi legati alla sottrazione internazionale di minori. Attualmente gli Stati membri⁶⁷ sono ottatuno, dislocati tra l'Europa, l'Africa, il Nord e Sud America e l'Asia. Nonostante le numerose ratifiche, tuttavia, la rete di protezione del fanciullo rimane incompleta.

In caso di sottrazione di minori non abitualmente residenti in uno degli Stati membri o in caso di loro trasferimento in uno Stato non aderenti alla Convenzione, la risoluzione del problema dipende molto dall'ampiezza giurisdizionale del caso.

Per contrastare il fenomeno della sottrazione internazionale di minori in relazione ai casi concernenti Stati non membri della Convenzione, sono state concluse numerose convenzioni regionali⁶⁸ e bilaterali⁶⁹. Inoltre, numerosi sono stati gli incontri di giudici e politici, sia a livello regionale sia bilaterale che hanno condotto all'elaborazione di memoranda e di dichiarazioni di principi per la risoluzione dei casi di sottrazione internazionale di minori non rientranti nell'ambito della Convenzione dell'Aja del 1980⁷⁰.

⁶⁷ http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=conventions.status&cid=24

⁶⁸ Si veda ad esempio e [The Inter-American Convention on the International Return of Children](#), 15.VII.1989.

⁶⁹ Si veda ad esempio [Child Abduction and Transfrontier Access: Bilateral Conventions and Islamic States, Prel. Doc 7 of August 2002 for the attention of the Special Commission of September/October 2002](#).

⁷⁰ Si veda ad esempio [Second Judicial Conference on Cross-Frontier Family Law Issues](#), St. Julian's, Malta, 19-22 Marzo 2006; [The Cairo Declaration from the Anglo-Egyptian Congress](#) (Cairo, Egitto; 14-17 Gennaio 2005); [Declaration from the Malta Judicial Conference on Cross-Frontier Family Law Issues](#) (Malta; 14-17 Marzo 2004); [Conclusions and Recommendations from the Anglo-Egyptian Congress](#) (Londra, Inghilterra; 19-20 Gennaio 2004); [Conclusions and](#)

Tutti gli strumenti adottati per contrastare il menzionato fenomeno si sono comunque ispirati alle previsioni contenute nella Convenzione dell'Aja ed infatti il principale obiettivo è sempre quello di garantire l'immediato rientro del minore nel Paese di residenza abituale alle cui autorità spetta il compito di decidere sul merito dell'affidamento del minore.

In tal senso, HC/E/UK 982, 22/07/2008, Re F. Il fatto concerne due sorelle nate in Africa nel 1999 e nel 2000. Le due bambine hanno vissuto una vita itinerante finché la famiglia nel 2003/04 si è stabilita in Mozambico.

Nell'agosto 2005 la madre ha portato le figlie nel Regno Unito per una vacanza. Tuttavia presto la madre non ha più comunicato sue notizie al padre. Per un primo periodo di tempo quest'ultimo ha continuato a mantenere contatti telefonici, ma non è stato in grado di scoprire il luogo in cui si trovavano le figlie fino al settembre 2006.

Dal momento che il Mozambico non è parte della Convenzione dell'Aja del 1980, il padre delle minori ha chiesto il rientro delle stesse, non invocando la Convenzione dell'Aja, ma facendo leva sulla "*inherent jurisdiction*"⁷¹ della High Court inglese.

Il 24 novembre 2006 è stato ordinato il rientro delle minori, lasciando alla madre l'alternativa se accompagnare le figlie o lasciarle al padre. Tuttavia, a causa di

[Recommendations from the United Kingdom-Pakistan Judicial Conference on Child and Family Law](#) (Londra, Inghilterra, 15-17 January 2003).

⁷¹ L' *inherent Jurisdiction*, tipica della *common law* inglese, consiste in una sorta di riserva di giurisdizione a favore della corte superiore, a meno che uno statuto od una legge attribuiscono la giurisdizione esclusiva ad altre corti o tribunali. L'*inherent jurisdiction* si articola in tre ordini di poteri:

- a) il potere di controllo sul processo che, a sua volta, comprende il potere di regolare il procedimento, quello di impedire forme di abuso del processo e quello di assicurare l'effettività dei provvedimenti giurisdizionali;
- b) il potere di controllo sulle persone che si traduce soprattutto nei poteri disciplinari nei confronti del personale della corte e degli stessi procuratori delle parti in causa;
- c) il potere di controllo sui poteri delle corti inferiori.

problemi legati al visto e ai documenti, il rientro non è stato possibile e la madre ne ha approfittato, trattenendo le figlie con sé, nonostante l'ordine di rientro. Nel novembre 2007 la madre ha chiesto che la decisione circa il ritorno delle bambine venga riesaminata. Il 31 gennaio 2008, il giudice ha annullato il precedente ordine di rientro sulla base del fatto che le minori si erano ormai ambientate nel nuovo contesto e non era più rispondente al loro miglior interesse il ritorno in Mozambico.

Il padre ha proposto appello a seguito del quale è stato ordinato il ritorno dal momento che alla madre non era stato concesso l'asilo da lei richiesto e pertanto vi è fondato motivo di ritenere che non avrebbe ottenuto il permesso a rimanere nel Regno Unito.

Analogamente HC/E/UK 590, 28/05/2002, Re S, relativo ad una minore nata negli Emirati Arabi da madre inglese e padre cittadino degli Emirati Arabi.

Nell'estate 2005 madre e figlia si recarono in Inghilterra per una visita. L'anno successivo, la madre andò nuovamente in Inghilterra con la figlia. Entrambe sarebbero dovute ritornare negli Emirati Arabi nel settembre dello stesso anno, ma con il consenso del padre rimasero più a lungo. In ottobre la madre comunicò al marito che non sarebbe tornata; quest'ultimo a dicembre si recò in Inghilterra e realizzò che la figlia e la moglie non sarebbero tornate volontariamente; iniziò dunque una procedura per il rientro, non compresa comunque nell'ambito di applicazione della Convenzione dell'Aja, non essendo gli Emirati Arabi parte di essa.

Il 20 febbraio 1997 la Family Division della High Court respinse la richiesta di rientro presentata dal padre sulla base del fatto che quest'ultimo avrebbe dimostrato una certa acquiescenza a lasciare la figlia con la madre.

Il padre propose dunque appello. L'appello fu però respinto ed il ritorno negato in quanto il rischio connesso al rientro fu considerato tale da ritenere il rimpatrio contrario all'interesse del minore.

Dall'analisi di tali casi non rientranti nell'ambito di applicazione della Convenzione dell'Aja si evince che nelle controversie relative alla sottrazione e all'affidamento di minori è fondamentale garantire il migliore interesse del minore ed assicurare quindi il suo immediato rientro nel Paese di residenza abituale, a meno che non ricorrano circostanze eccezionali che rendano il ritorno contrario all'interesse del minore, con la convinzione che risponda all'interesse del minore che le decisioni di merito siano prese dalle autorità dello Stato di residenza abituale.

2.8. Confronto tra la Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori (L'Aja, 1980) e la Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento (Lussemburgo, 1980)

Sia la Convenzione dell'Aja del 1980, sia quella di Lussemburgo dello stesso anno, presentano la medesima finalità, ovvero quella di tutelare l'interesse del minore in caso di trasferimento da un Paese all'altro ad opera di uno dei genitori con la conseguente interruzione di ogni rapporto con l'altro genitore.

Entrambe le Convenzioni mirano a ristabilire lo *status quo ante* nel modo più rapido possibile, prima che il minore si integri nel nuovo Paese nel quale è stato condotto.

Le Convenzioni però non si limitano a garantire il diritto di affidamento, ma mirano a tutelare anche il diritto di visita del genitore non affidatario consentendo così al minore di mantenere un rapporto con entrambi i genitori, anche se separati⁷².

Le modalità di tutela del diritto di affidamento e del diritto di visita sono tuttavia diverse in quanto solo in caso di violazione del diritto di affidamento è previsto il rimpatrio immediato del minore.

Le Convenzioni in esame sono entrambe di tipo multilaterale, tuttavia hanno un diverso ambito geografico in quanto il trattato europeo nasce come trattato tra i Paesi europei, mentre la Convenzione dell'Aja è una Convenzione internazionale ed ha pertanto portata mondiale.

⁷² MORI, *La sottrazione internazionale di minori e le nuove integrazioni normative apportate dal regolamento CE n. 2201/2003*, in *Psicologia e Giustizia*, anno VI, 2.

Entrambi i trattati sono poi aperti alla firma di nuovi Stati; tuttavia, mentre la Convenzione dell'Aja prevede che “ogni altro Stato potrà aderire alla Convenzione”, il trattato europeo, invece, sancisce che per gli Stati non membri del Consiglio d'Europa, l'adesione alla Convenzione è subordinata ad uno specifico invito formulato dal comitato dei ministri dopo che si sia svolto un apposito procedimento.

Altro elemento comune consiste nel fatto che entrambi i trattati si occupano solo di casi che presentino elementi di internazionalità e trattano esclusivamente gli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori; i redattori delle Convenzioni infatti hanno ritenuto che, essendo la materia in questione quella familiare e quindi concernente l'ambito civilistico, è più opportuno adottare strumenti di diritto civile, disincentivando quindi l'adozione di misure punitive previste dalla legge penale.

Inoltre, entrambe le Convenzioni non hanno la pretesa di regolare la materia in maniera esaustiva ed esclusiva e non escludono perciò, su richiesta della parte interessata, eventuali trattati bilaterali concernenti la medesima materia; si pongono pertanto come alternative ad altre norme sia nazionali che internazionali, sia presenti che future, lasciando dunque la libertà di scelta al cittadino.

Tuttavia, “le norme di cui alla Convenzione del Lussemburgo del 20 maggio 1980 e di cui alla Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, pur avendo la medesima finalità di tutela dell'interesse del minore dal pregiudizio derivante dai trasferimenti indebiti, hanno contenuto, funzione e condizioni di applicazioni del tutto diversi. È, in particolare, presupposto della prima che, anteriormente al trasferimento di un minore attraverso una frontiera internazionale, sia stata

adottata, in uno Stato contraente, una decisione esecutiva sull'affidamento ovvero, successivamente al trasferimento, sia stato pronunciato un provvedimento sull'affidamento dichiarativo dell'illiceità del trasferimento stesso. Diversamente, caratteristica della seconda è, per converso, la totale irrilevanza di un titolo giuridico di affidamento (e, a più forte ragione, di un'eventuale pronuncia di un provvedimento giurisdizionale straniero), attese lo scopo esclusivo di tutela l'affidamento quale situazione di mero fatto, da reintegrare con l'immediato ritorno del minore nel proprio Stato di residenza abituale”⁷³.

Il trattato europeo infatti mira a facilitare il riconoscimento e l'esecuzione di provvedimenti riguardanti l'affidamento dei minori ed il ristabilimento di tale affidamento e si caratterizza pertanto per una duplicità di scopi: assicurare il rientro del minore e garantire il riconoscimento delle decisioni relative all'affidamento rese in uno Stato contraente anche negli altri Stati membri della Convenzione.

Presupposto per l'applicazione della Convenzione è dunque che prima della sottrazione in uno Stato Contraente sia stata adottata una decisione esecutiva sull'affidamento ovvero sia stato pronunciato un provvedimento sull'affidamento che riconosca l'illiceità del precedente trasferimento⁷⁴.

La Convenzione dell'Aja, invece, persegue un unico obiettivo, ovvero il ripristino della situazione di fatto esistente anteriormente all'illecito trasferimento del minore o al suo mancato ritorno, indipendentemente dall'esistenza di un titolo

⁷³ Cass., 28 dicembre 2006, n. 27593; nello stesso senso anche Cass., 7 marzo 2007, n. 5236; Cass., 10 febbraio 2004 n. 2474; Cass., 19 dicembre 2003, n. 19544 e Cass., 28 marzo 2000, n. 3701.

⁷⁴ DE MARZO, *Sottrazione internazionale di minori e convenzioni applicabili*, in Fam. Dir., 1998, 529; si veda anche CLERICI, *Ancora sulle regole internazionali in materia di sottrazione dei minori*, Fam. Dir., 2001, 171.

giudiziario, o amministrativo, il quale, se anche vi sia, deve trovar riscontro in una situazione di fatto.

Dunque, la Convenzione dell'Aja trova applicazione a prescindere dall'esistenza di un titolo giuridico di affidamento e a maggior ragione dall'eventuale pronuncia di un provvedimento straniero, restando finalizzata al mero ripristino della situazione di fatto, da reintegrare con l'immediato rientro del minore⁷⁵.

In sostanza, il trasferimento del minore diviene illecito in virtù della violazione del diritto di custodia, senza che rilevi la fonte del diritto in parola; pertanto, anche laddove esista un provvedimento giurisdizionale sull'affidamento, l'interessato non richiederà il riconoscimento di tale provvedimento, ma l'immediato rientro del minore⁷⁶.

Altra differenza tra le due convenzioni riguarda l'ambito di applicazione *ratione personae*.

Entrambe fanno riferimento a minori di anni 16; tuttavia la Convenzione di Lussemburgo richiede un requisito ulteriore, ovvero che il minore non abbia il diritto di fissare il proprio luogo di residenza.

Come già visto, tale condizione non è stata invece accolta dalla Convenzione dell'Aja dal momento che avrebbe finito per creare una notevole restrizione circa il campo di applicazione del trattato.

Alcune divergenze riguardano anche le Autorità centrali.

⁷⁵ SACCHETTI, *Le convenzioni internazionali di Lussemburgo e dell'Aja del 1980. Confronto e problematiche giuridiche*, in Dir. Fam., 1997, 1495.

⁷⁶ PASCASI, *Il rimpatrio del bimbo può essere negato se ci sono rischi per la sua incolumità*, in Il Sole 24 Ore, Guida al Diritto, 2007, n. 14, 30.

Tra tutti gli accordi multilaterali in materia di protezione dei minori, quelli in esame sono gli unici ad aver previsto Autorità centrali dotate di ampi poteri e di autonomia.

Tuttavia, le competenze di tali organi sono determinate in modo più dettagliato e specifico nella Convenzione dell'Aja rispetto al trattato europeo nel quale le Autorità in questione hanno più che altro un dovere di raccogliere informazioni e comunicarle ad altre Autorità centrali o agli organi giudiziari e amministrativi interessati e non hanno assolutamente un funzione di tentare una restituzione volontaria che è invece loro attribuita nella Convenzione dell'Aja.

In entrambi i testi è comunque disposta la gratuità dell'opera delle Autorità centrali che non possono richiedere pagamenti a chi si rivolga loro per avere assistenza.

Entrambi i trattati, come già visto, mirano a realizzare l'immediato rientro del minore nel Paese di residenza abituale; tuttavia in entrambi si configurano motivi eccezionali che giustificano il mancato rientro dello stesso.

La Convenzione europea richiede che parecchie condizioni si verifichino per poter procedere alla restituzione del minore; in particolare, questa verrà disposta solo se la domanda è stata presentata entro sei mesi a partire dalla sottrazione e se il minore ed i genitori avevano la sola cittadinanza dello Stato richiedente e il minore vi aveva anche la sua residenza abituale.

Ai sensi della Convenzione dell'Aja, invece, affinché la domanda possa essere accettata occorre che venga presentata entro un anno; anche nel caso in cui tale termine sia decorso senza che alcuna richiesta sia stata inoltrata, potrà comunque

esser disposto il rientro del minore a meno che non risulti che questo si sia integrato nel nuovo ambiente nel quale è stato condotto.

Per quanto riguarda i motivi che giustificano il rifiuto a restituire il minore, la Convenzione dell'Aja ne prevede solo tre: art. 13, comma 1 , lett. a) e b) e comma 2.

Il trattato europeo elenca invece una lunga serie di motivi, aventi natura prevalentemente procedurale (artt. 9, 10). Le principali ipotesi riguardano le garanzie processuali per i diritti delle parti contendenti, la eventuale litispendenza e l'inserimento del minore nel nuovo contesto.

Entrambi i trattati contengono una norma più restrittiva di una clausola ordinaria di ordine pubblico, che ha però la stessa funzione di tutelare i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico interno dello Stato richiesto.

Diversa è tuttavia la formulazione di tale clausola nelle due Convenzioni⁷⁷: il trattato europeo stabilisce che il riconoscimento e l'esecuzione di provvedimenti relativi all'affidamento possono essere rifiutati anche “se si è constatato che gli effetti del provvedimento sono manifestamente incompatibili con i principi fondamentali del diritto che regola la famiglia ed i minori nello Stato richiesto”(art. 10, comma 1 lett. a)), mentre la Convenzione dell'Aja sancisce la possibilità di negare il rientro del minore quando non sia “consentito dai principi fondamentali dello Stato richiesto relativi alla protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”(art.20).

Durante i lavori preparatori della Convenzione dell'Aja vi erano opinioni contrastanti tra chi voleva inserire un esplicito richiamo all'ordine pubblico e

⁷⁷ VERUCCI, *La sottrazione internazionale di minori da parte di uno dei genitori: la Convenzione europea e la Convenzione dell'Aja a confronto*, cit., 531.

coloro che erano contrari; in un primo momento venne inserita una formula simile a quella della Convenzione di Lussemburgo, che fu però rifiutata dalla maggioranza degli Stati, che ritenne opportuno diminuire l'importanza attribuita al diritto interno dei vari Stati.

Infatti la previsione contenuta nell'art. 20, anche se fa riferimento ai "principi fondamentali dello Stato richiesto", richiama una materia, quella della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali, che viene trattata da numerosi accordi internazionali.

Inoltre, non viene ritenuta sufficiente una generica affermata incompatibilità; occorre invece che i principi riconosciuti nello Stato richiesto vietino espressamente il ritrasferimento.

Un altro aspetto che differenzia i due trattati è il regime delle riserve.

Maggiori sono le possibili riserve opponibili ad un trattato, minore sarà l'effettività dello stesso in quanto gli Stati avranno possibilità di derogare alle sue norme; pertanto, nel redigere un trattato occorre limitare il più possibile il numero delle riserve ammissibili per poter efficacemente raggiungere gli scopi che il trattato si propone.

La Convenzione di Lussemburgo consente di apporre molte più riserve rispetto alla Convenzione dell'Aja determinando la possibilità di una grave restrizione del campo di operatività del trattato.

In particolare l'art. 27, che disciplina le riserve, dichiara ammissibili le sole riserve relative alle previsioni di cui all'art. 6 comma 3, art. 17 ed art. 18.

La prima di tale ipotesi consiste nella possibilità di escludere in tutto o in parte l'applicabilità della disciplina relativa all'uso delle lingue in cui devono essere

redatti i documenti; la seconda consente di estendere i motivi di rifiuto contenuti nell'art. 10 anche alle ipotesi regolate dagli artt. 9 e 10; infine, in base all'art. 18 è possibile sottrarsi al riconoscimento di provvedimenti concernenti l'affidamento emessi in epoca successiva alla sottrazione del minore, pur se in essi sia contenuta la pronuncia di illiceità del trasferimento⁷⁸.

La Convenzione dell'Aja invece ammette la possibilità di apporre riserve in relazione ad alcune materie di importanza secondaria in quanto non incidono direttamente sul meccanismo per disporre il rientro del minore; esse infatti sono ammissibili solo in relazione alle lingue con cui devono essere redatti i documenti ed al regime delle spese.

Sembra pertanto che il trattato dell'Aja consenta una lotta più efficace alla piaga della sottrazione internazionale di minori rispetto a quella europea.

In conclusione, la Convenzione dell'Aja adotta un metodo più semplice per contrastare il *legal kidnapping* che pone in secondo piano le questioni giuridiche privilegiando invece la situazione di fatto preesistente alla sottrazione stessa.

La Convenzione europea, invece, ricerca una soluzione che tenga conto dei vari ordinamenti giuridici, tentando una difficile armonizzazione fra necessità concrete del rapito e problematiche giuridiche interne ed esterne.

Da quanto detto emerge, in conclusione, che i due trattati, redatti in vista di un uguale scopo, adottano visioni operative differenti anche in relazione ai rispettivi ambiti di applicazione geografica con la conseguenza che le due Convenzioni non si sovrappongono, ma anzi si integrano l'una con l'altra.

⁷⁸ SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori, accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*, cit., 58.

CAPITOLO III

ANALISI DELLA GIURISPRUDENZA. IN PARTICOLARE IL RIFIUTO DI RIENTRO DEL MINORE

3.1. L'ascolto del minore nelle convenzioni internazionali

Prima di procedere ad un'analisi della giurisprudenza in relazione all'ascolto del minore è opportuno richiamare le disposizioni delle varie convenzioni che disciplinano l'audizione del minore.

Innanzitutto, la necessità di procedere all'ascolto del minore è prevista nell'art. 5 della Convenzione europea relativa al rimpatrio dei minori (L'Aja, 1970) per il quale “nessuna decisione su di una richiesta di rimpatrio dovrà essere presa prima che il minore sia stato sentito personalmente, se le sue facoltà di giudizio lo consentono, da un'autorità competente dello Stato richiesto”.

Si richiama poi l'art. 15 della Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento (Lussemburgo, 1980), per il quale “prima di decidere sull'applicazione (...) l'autorità (...) a) deve rendersi edotta del punto di vista del minore, a meno che non vi sia impossibilità pratica, avuto riguardo, in particolare all'età ed alla capacità di discernimento di quest'ultimo”.

Di fondamentale importanza è poi l'art. 13 della Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori (L'Aja, 1980) che sarà trattato nel paragrafo successivo.

Un diritto di espressione e di ascolto del minore da parte delle istituzioni è sancito altresì dalla Convenzione sui diritti del fanciullo (New York,1989)⁷⁹. Norma di riferimento è anzitutto l'art. 12 della Convenzione di New York che, in coerenza con la concezione del minore come soggetto di diritti e protagonista delle scelte che riguardano la sua vita, prevede l'obbligo per gli Stati parti di garantire, in via generale, ad ogni fanciullo capace di discernimento, il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, opinione che dovrà essere tenuta in debita considerazione in relazione alla sua età ed al suo grado di maturità. Con particolare riferimento poi alle procedure giudiziarie o amministrative che riguardano il fanciullo, sempre l'art. 12 al comma 2, prevede che si debba dare allo stesso la possibilità di essere ascoltato o direttamente o tramite un rappresentante o un organo appropriato⁸⁰.

Assai rilevante è il numero degli Stati che hanno partecipato alla stesura della Convenzione e che la ha poi ratificata, impegnandosi ad adottare tutte le misure giuridiche di carattere legislativo o costituzionale, necessarie per dare attuazione alla Convenzione, così da garantire la massima tutela del fanciullo, a prescindere dalla nazionalità.

Tuttavia, la specificità dei vari sistemi giuridici, le diverse tradizioni storiche e culturali, le diverse religioni hanno creato non pochi ostacoli all'attuazione, all'interno dei vari Paesi, del diritto del minore ad essere ascoltato; ciò anche in considerazione del fatto che sempre l'art. 12, al comma 2, della Convenzione subordina la possibilità di ascolto del minore alla compatibilità con le regole di

⁷⁹ SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori. Accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*, cit., 6.

⁸⁰ LIUZZI, *L'ascolto del minore tra convenzioni internazionali e normativa interna*, in Fam. Dir., 2001, 675.

procedura della legislazione nazionale. Ne consegue che, da una parte, la specificità del precetto indurrebbe ad un'applicazione immediata, cosicché, ove le regole di procedura della legislazione interna non offrano la possibilità di ascolto, nel senso di rimetterla al potere discrezionale del giudice, non è da escludere che queste norme possano essere modificate o, comunque, interpretate in conformità alla regola convenzionale; dall'altra, non manca chi ritiene che la norma rientrerebbe tra quelle non *self-executing*, essendo la sua effettiva attuazione subordinata all'esistenza nell'ordinamento interno di organi e procedure indispensabili per la corretta applicazione⁸¹.

In questo senso si muove la giurisprudenza francese, anche se sono proprio i giudici di tale Paese, unitamente ai colleghi belgi ad essere tra i primi in Europa a recepire il disposto dell'art. 12 della Convenzione di New York e a continuare a farne ampia applicazione nel corso degli anni.

Pur ispirata all'esigenza di un diretto coinvolgimento del minore è la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei bambini (Strasburgo, 1996). A differenza della Convenzione di New York, che riconosce in capo al minore il diritto a manifestare la propria opinione e ad essere ascoltato, la Convenzione europea mira ad un coinvolgimento più diretto del fanciullo. In base a questa Convenzione, nei procedimenti dinanzi ad un'autorità giudiziaria che lo riguardano, al minore che sia considerato secondo il diritto interno come avente una capacità di discernimento sufficiente vengono riconosciuti, come diritti di cui egli stesso può chiedere di beneficiare, quelli di ricevere ogni informazione

⁸¹ Si veda in tal senso SACCHETTI, *Le Convenzioni internazionali di Lussemburgo e dell'Aja del 1980: confronto e problematiche giuridiche*, cit., 1495 secondo cui la Convenzione ONU del 1989 non ha prodotto direttamente diritti soggettivi; in tal senso anche RUSCELLO, *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, in *Famiglia*, 2002, 933.

pertinente, di essere consultato ed esprimere la propria opinione, di essere informato delle eventuali conseguenze dell'attuazione della sua opinione e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione; inoltre l'autorità giudiziaria, prima di giungere a una decisione e quando il diritto interno ritiene che il minore abbia una capacità di discernimento sufficiente, deve, nei casi che lo richiedono, consultare il minore personalmente con una forma adeguata alla sua maturità, a meno che ciò non sia manifestamente contrario agli interessi superiori del minore, consentire al fanciullo di esprimere la sua opinione e tenere debitamente conto dell'opinione da lui espressa (artt. 3 e 6).

**3.2. L'audizione del minore ed il suo rifiuto al rientro ai sensi della
Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori
(L'Aja 1980). Analisi della giurisprudenza**

Come accennato in precedenza, l'art. 13, comma 2 della Convenzione dell'Aja prevede che "l'autorità giudiziaria o amministrativa può altresì rifiutarsi di ordinare il ritorno del minore qualora essa accerti che il minore si oppone al ritorno, e che ha raggiunto un'età ed un grado di maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere".

Prima di soffermarci sull'analisi dell'audizione del minore, è opportuno ribadire che la decisione circa il rientro del minore non si sostanzia in una decisione sul merito dell'affidamento e non mira dunque a stabilire quale sia il genitore a cui spetta l'affidamento, decisione rimessa alle autorità dello Stato di residenza abituale del minore, pertanto l'audizione del minore non è finalizzata alla decisione relativa all'affidamento del minore, ma riguarda solo la decisione se disporre o meno il rientro dello stesso.

Analizzando la disciplina posta dalla Convenzione dell'Aja, dire che l'autorità giudiziaria o amministrativa può "altresì" e, cioè, al di fuori delle altre ipotesi contemplate nel comma 1 dell'art. 13, rifiutarsi di ordinare il ritorno del minore, qualora accerti l'opposizione dello stesso, vuol dire non solo ascoltare il minore, ma tenere conto dei suoi interessi e della sua opinione.

L'ascolto del minore è, dunque, subordinato a due requisiti: il raggiungimento di un certo livello di età e il possesso di un adeguato grado di maturità; inoltre l'audizione può essere disposta solo nel caso in cui il minore si opponga al rifiuto.

La disciplina posta dalla Convenzione esclude dunque che possa assumere rilievo la volontà di minori che sono esposti a condizionamenti, minacce e promesse da parte dei parenti con i quali convivono e che, pertanto, non possono essere buoni giudici del loro interesse; inoltre, attenuando la rigidità del limite temporale di 16 anni posto all'applicazione *ratione personae* della Convenzione, consente di andare incontro alle esigenze di talune legislazioni nazionali che, già a partire dal quattordicesimo anno di età, attribuiscono al minore libera scelta della sua residenza⁸².

Pertanto, affinché il rifiuto espresso dal minore al rientro operi come eccezione all'obbligo di ritorno è necessario che il giudice non valuti genericamente la capacità di discernimento, ma accerti la sussistenza di specifiche condizioni, ossia se il minore ha raggiunto un'età ed un grado di maturità tali da giustificare il rispetto della sua opinione.

Benché nella nostra cultura giuridica il concetto di "maturità", sia poco preciso, presuppone tuttavia sempre un apprezzabile grado di discernimento e autocontrollo; per cui, per "maturità", non va considerata la semplice capacità di provare ad esprimere sentimenti e bisogni psicologici elementari⁸³.

Per quanto riguarda l'età, invece, diverse pronunce della giurisprudenza internazionale⁸⁴ hanno sottolineato che la Convenzione dell'Aja del 1980 non fissa un'età minima a partire dalla quale è opportuno procedere all'ascolto del minore. Tuttavia, da un esame della giurisprudenza dei vari Paesi che hanno ratificato la Convenzione dell'Aja, si possono ricavare due dati: innanzitutto i

⁸² CARELLA, *La Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*, cit., 777.

⁸³ SACCHETTI, *Le convenzioni internazionali di Lussemburgo e dell'Aja del 1980. Confronto e problematiche giuridiche*, cit, 1450.

⁸⁴ HC/E/CH 795, 22/03/2005; Bundesgericht II. Zivilabteilung.

giudici hanno ritenuto di procedere all'audizione dei minori solo ove gli stessi non fossero in tenera età sicché, in genere, si è proceduto all'ascolto dei minori di età compresa tra i 9 ed i 15 anni; in secondo luogo, il parere da essi manifestato ha influito sulla decisione giudiziale in misura proporzionale all'età: più il bambino è grande, maggiore rilevanza hanno le sue opinioni nella formazione del convincimento del giudice⁸⁵.

L'obiezione del minore al ritorno non deve consistere in una generica obiezione al rientro, ma deve concernere esclusivamente l'immediato ritorno a seguito del trasferimento o del mancato ritorno illecito che sarebbe altrimenti disposto ai sensi dell'art. 12 della Convenzione dell'Aja⁸⁶.

Inoltre, nel valutare l'obiezione del minore al ritorno, è opportuno considerare se il suo sia solo un rifiuto a tornare nel suo Paese di residenza abituale o se si tratti di una mancata accettazione a vivere con il genitore da cui è stato allontanato. Tuttavia, si tratta di elementi strettamente legati tra loro con la conseguenza che spesso risulta difficile, se non addirittura impossibile, accertare quale sia il vero motivo alla base del rifiuto del minore.

Il giudice deve prestare molta cautela nell'applicare l'eccezione di cui all'art. 13, comma 2, in quanto è fondamentale analizzare se l'obiezione espressa dal minore sia dovuta ad un convincimento autentico del minore stesso o se dipenda dal fatto che questi sia stato influenzato dal genitore che lo ha sottratto o trattenuto illecitamente.

⁸⁵ LIUZZI, *L'ascolto del minore tra convenzioni internazionali e normativa interna*, cit., 675.

⁸⁶ HC/E/UKe 87, 07/07/1992, Re S.

Molti sono gli esempi di casi in cui l'autorità adita per il rientro del minore non ha tenuto conto dell'opinione espressa dal minore in quanto era evidente l'influenza esercitata dal genitore che si opponeva al ritorno.

In tal senso HC/E/UKs 415, 12/12/2001, A.Q. contro J.Q. Il caso in questione riguarda due minori sottratti dal padre. A seguito dell'illecito trasferimento dei minori, la madre propose istanza di rientro. I minori, di 11 e 9 anni, furono ascoltati in merito al loro eventuale ritorno. La Outer House of the Court of Session scozzese rilevò però che *“Both children have been heavily influenced by their father to think – as he does – negatively about their mother and to see her as the «guilty party» in the separation. His influence on the children, was so strong that they hardly dared to admit that they liked to see their mother. Nevertheless, both children missed their mother”*. Pertanto, sulla base di tali considerazioni, negò il rientro.

Tuttavia si riscontrano delle pronunce⁸⁷ nelle quali l'autorità competente a decidere il rientro si è espressa nel senso che, anche se risulti evidente che il minore è stato influenzato, ciò non esclude che venga chiesto ugualmente al minore di esporre la propria opinione; l'opinione prevalente resta comunque quella secondo cui non bisogna tener conto del parere del minore qualora sia evidente che questa non corrisponda ad un convincimento interno del minore, ma sia il frutto di un'opera di convincimento da parte di altri.

Nel caso in cui il giudice accerti che il minore si sia opposto al ritorno di propria iniziativa ed abbia un'età ed un grado di maturità tali da prendere in considerazione il suo ascolto, non è obbligato a rifiutare il ritorno del minore in

⁸⁷ HC/E/DE 233, 29/10/1998, Bundesverfassungsgericht; HC/E/NZ 473, 05/01/2002, Winters contro Cowen.

quanto la decisione finale è rimessa al suo discrezionale apprezzamento. In tal senso HC/E/UK 937,05/12/2007, Re M. I fatti alla base della decisione in questione riguardano due minori di 13 e 10 anni. I genitori delle minori si separarono nel 2001 e la madre si trasferì all'estero lasciando le figlie con il padre. Nel 2004 tornò nello Zimbabwe ed iniziò ad avere periodici contatti con le bambine. Nel 2005 la madre portò via le bambine e le condusse in Inghilterra. Solo nel 2006 il padre venne a conoscenza della Convenzione dell'Aja e, a causa di problemi amministrativi, la sua richiesta raggiunse la High Court Inglese solo nel 2007.

Il 19 giugno 2007 la High Court ordinò il ritorno delle minori. Tuttavia, la Corte era consapevole che le bambine si erano opposte al ritorno e che avevano un'età ed una maturità tali da dover tener in conto le loro opinioni. Nonostante ciò, la High Court, facendo leva sulla propria discrezionalità, ordinò il ritorno delle minori. La madre presentò ricorso alla Court of Appeal che confermò però la decisione della High Court sostenendo che quest'ultima non aveva errato nell'esercizio della sua discrezionalità. Il 24 ottobre tuttavia la madre si rivolse alla House of Lords che negò il ritorno dal momento che le minori si erano ormai abituate al nuovo ambiente.

Dalla decisione della High Court emerge che, nel caso in cui il minore si opponga al rientro ed abbia un'età ed un grado di maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere, l'autorità competente a decidere circa il rimpatrio, non sarà comunque obbligata a disporre il rientro in quanto la stessa formulazione dell'art. 13, comma 2 ("l'autorità giudiziaria o amministrativa può altresì rifiutarsi di

ordinare il ritorno”), lascia all’autorità un margine di discrezionalità nella decisione relativa al ritorno.

Differenti sono i modi in cui tale discrezionalità viene interpretata e di conseguenza esercitata dalla giurisprudenza internazionale. Si richiama ad esempio il caso HC/E/AU 904, 15/02/2007, Richards & Director-General, in cui la Court of Appeal ha ribadito che nelle ipotesi di cui all’art. 13, comma 2, sussiste una discrezionalità nel decidere se ordinare il rientro o meno e “*the relevant factor in the exercise of that discretion would vary according to each case*”.

Parimenti rilevante è HC/E/UKe 87, 07/07/1992, Re S in cui la Court of Appeal inglese ha affermato che, secondo l’impianto della Convenzione dell’Aja, a meno che non ricorrano le circostanze eccezionali di cui agli artt. 13 e 20, il migliore interesse del minore si sostanzia nel suo immediato rientro nello Stato di residenza abituale e “*only in exceptional cases the court should have a discretion to refuse to order an immediate return. That discretion must be exercised in the context of the approach of the Convention*”⁸⁸

Un caso particolarmente interessante in materia di discrezionalità attribuita al giudice è HC/E/UKe 937,05/12/2007, Re M in cui la House of Lords analizza come la discrezionalità debba essere esercitata nei vari casi di sottrazione internazionale di minori.

In particolare, la Corte sostiene che nei casi in cui la Convenzione dell’Aja lascia spazio alla discrezionalità degli organi giudicanti, nell’esercizio di tale facoltà, bisogna tener conto dell’impianto globale della Convenzione e del migliore interesse del minore⁸⁹. Nello specifico, nei casi di cui all’art. 13, comma 3, il

⁸⁸ In tal senso anche HC/E/UKe 48, 12/02/1992, Re A.

⁸⁹ In tal senso anche HC/E/UKe 813, 23/06/2005, Zaffino contro Zaffino.

giudice deve valutare la natura e la forza dell'obiezione del minore, se questa dipenda da un convincimento del fanciullo o se questi sia stato influenzato e tutti gli altri elementi rilevanti per garantire il migliore interesse del minore.

Infine, sempre in materia di discrezionalità, è opportuno far riferimento a HC/E/UKs 197, 09/05/1997, Singh contro Singh in cui la Corte ha ribadito che *“the welfare of the child was a general factor which should be taken into account in the exercise of discretion. A court should not limit itself to a consideration of the child's objection and the reasons for it. Nevertheless, the court held that a rule could not be laid down as to whether a child's welfare should be considered broadly or in detail; this was a matter within the discretion of the court concerned”*.

Dall'analisi di tali pronunce emerge che, secondo la giurisprudenza internazionale, nell'esercizio della discrezionalità che la Convenzione dell'Aja attribuisce in determinate ipotesi agli organi giudicanti questi ultimi devono sempre avere come parametro di riferimento il migliore interesse del minore e pertanto anche le opinioni del minore devono essere valutate tenendo conto del suo migliore interesse.

La discrezionalità attribuita all'autorità competente a decidere il ritorno comporta che molto spesso, nonostante l'opinione contraria del minore, si tenda comunque a disporre il rientro dello stesso e ciò ha determinato il verificarsi di un certo numero di casi in cui l'opposizione del minore al ritorno è andata ben oltre una mera obiezione e si è manifestata in un'opposizione fisica

Un esempio è costituito da HC/E/UKe 56, 22/11/1993, Re M. nel caso in questione, i genitori, avevano raggiunto un accordo approvato dalla High Court

inglese in base al quale i minori sarebbero ritornati in Australia dal padre mentre la madre decise di rimanere in Inghilterra. Tuttavia, al momento del ritorno, quando i minori erano ormai sull'aereo per l'Australia, il fratello maggiore cercò di aprire una delle porte dell'aereo in fase di decollo. Il volo fu così annullato ed i minori vennero affidati alla custodia della polizia. La madre allora appellò ed il caso fu rimesso alla High Court per ulteriori indagini circa le obiezioni dei minori. Analogamente, in HC/E/UKe 420, 25/04/2001, Re B. In questo caso i minori furono ascoltati dalle competenti autorità; il figlio maggiore si oppose al ritorno ed aveva un'età ed un grado di maturità sufficienti; il secondo figlio aveva sufficiente maturità, ma era confuso nel dover effettuare una scelta tra i due genitori; il terzo figlio si oppose chiaramente, ma non aveva un sufficiente grado di maturità. Nonostante l'opposizione, soprattutto del figlio maggiore, venne comunque ordinato il rimpatrio dei fanciulli in Nuova Zelanda.

A fronte di tale ordine di rientro, i minori, una volta condotti all'aeroporto di Londra per ritornare in Australia, si opposero fisicamente agli ufficiali che li avevano accompagnati in aeroporto.

Vi sono stati anche casi in cui il minore ha minacciato il suicidio se fosse stato ordinato il suo ritorno. Si veda ad esempio HC/E/UKe 59, 24/04/1991, Re R. in cui una minore, dopo essere stata trasferita dalla madre dalla Germania all'Inghilterra, in violazione del diritto di affidamento spettante alla zia, minacciò di suicidarsi in caso di rientro in Germania. Nel caso in questione, il convincimento della minore di suicidarsi in caso di rimpatrio, era così forte che la High Court considerò opportuno esercitare la propria discrezionalità e negare di conseguenza il ritorno della minore.

In altri casi, la minaccia di suicidio proveniva non dal minore, bensì dal genitore che lo aveva illecitamente sottratto o trattenuto. A tal proposito si richiama il caso HC/E/HK 234, 04/03/1998, S. contro S. in cui, a seguito di un ordine di ritorno, la madre uccise il minore e poi si suicidò.

In materia di ascolto del minore, merita infine di essere approfondita la questione di come valutare l'opinione contraria al rimpatrio espressa direttamente dal minore⁹⁰. Il rifiuto di tornare manifestato dal minore nel corso della sua audizione può infatti essere utilizzato dal giudice come elemento di prova dell'esistenza di un rischio di grave pregiudizio psichico e giustificare pertanto un eventuale rigetto dell'istanza di rimpatrio proposta dal genitore a cui è stato sottratto; se tuttavia, il rifiuto opposto al rientro proviene da un minore che il giudice ritiene in possesso di un'età ed una maturità tali da giustificare il rispetto della sua opinione, esso di per sé costituisce a norma dell'art. 13, comma 2, una causa autonoma che consente di derogare all'obbligo di immediato rientro del minore illecitamente sottratto.

⁹⁰ LENA, *Le eccezioni all'ordine di rimpatrio del minore illecitamente sottratto al genitore affidatario*, cit., 588.

3.3. L'audizione del minore nel regolamento CE 2201/2003

Il regolamento (CE) 2201/2003 rafforza il diritto del minore ad essere ascoltato nel corso del procedimento, in particolare, l'art 11, comma 2 prevede che “nell'applicare gli articoli 12 e 13 della Convenzione dell'Aja del 1980, si assicurerà che il minore possa essere ascoltato durante il procedimento se ciò non appaia inopportuno in ragione della sua età o della sua maturità”.

L'audizione del minore deve essere condotta tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità; la valutazione del punto di vista dei bambini più piccoli deve essere svolta con cura particolare ed in modo diverso da quella prevista per gli adolescenti.

Il regolamento non modifica le procedure nazionali applicabili in materia (considerando 19).

Non è necessario che il minore sia sentito in giudizio: il suo parere può essere ottenuto anche da un'autorità competente ai sensi del diritto nazionale. Ad esempio, in alcuni Stati membri, l'audizione del minore è svolta da un assistente sociale che presenta una relazione indicante i desideri ed i sentimenti del minore.

Se l'audizione avviene in giudizio, il giudice deve cercare di organizzare le domande tenendo conto della natura del caso, dell'età del minore e delle altre circostanze rilevanti.

A fronte dell'audizione del minore, indipendentemente dal fatto che questa sia svolta ad opera del giudice o di un'altra persona, è necessario che tutti possano beneficiare di un'informazione adeguata, ad esempio per apprendere meglio a comunicare con i bambini e ad essere coscienti del rischio delle pressioni

esercitate dai genitori. Quando l'audizione è svolta adeguatamente e con appropriata discrezione, può permettere al minore di esprimere i suoi desideri e liberarlo da una sensazione di responsabilità o di colpevolezza .

L'audizione del minore, nel caso di sottrazione di minori ha la funzione di identificare le obiezioni che il bambino potrebbe avere al suo ritorno e di comprendere perché queste ragioni si sono sviluppate; l'audizione permette anche di determinare se il bambino può essere in pericolo e, se sì, di quale genere. Nei casi di sottrazione esiste infatti sempre la possibilità che i genitori provino ad influenzare il bambino.

L'importanza dell'audizione del minore è stata di recente sottolineata dalle parole di Baroness Hale of Richmond in HC/E/UKe 880,16/11/2006, Re D. In particolare, in relazione al regolamento (CE) 2201/2003, ha affermato che la previsione di cui all'art. 11, comma 2, è un principio di applicazione universale; ha inoltre ribadito che nella maggior parte dei casi, il metodo più comune per procedere all'audizione del minore è quello di attribuire tale compito ad un apposito assistente sociale, tuttavia, nei casi i cui il minore stesso faccia richiesta di essere sentito dal giudice, è opportuno che quest'ultimo proceda all'audizione del minore.

Nello specifico, Baroness Hale ha sostenuto che la riforma introdotta con il regolamento Bruxelles II bis, che stabilisce che il minore sia sentito a meno che ciò risulti inopportuno, comporta che i minori siano sentiti con maggiore frequenza rispetto a quanto accadeva prima dell'adozione del regolamento 2201/03.

Nell'ottica del regolamento 2201/03, l'audizione del minore è inoltre uno dei requisiti per la soppressione della procedura di *exequatur* per il diritto di visita e le decisioni che prescrivono il ritorno del minore. Infatti, sia il diritto di visita sia il ritorno del minore disposti con una decisione esecutiva emessa in uno Stato membro, sono riconosciuti ed eseguibili in un altro Stato membro senza che sia necessaria alcuna dichiarazione di esecutività e sia possibile opporsi al suo riconoscimento, sempre che la decisione in questione sia stata certificata; per ottenere tale certificazione il regolamento richiede, tra i vari requisiti, anche “che il minore ha avuto la possibilità di essere ascoltato, salvo che l'audizione sia stata ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità”.

3.4. Il rifiuto di rientro del minore. Analisi della giurisprudenza italiana

Nei procedimenti di sottrazione internazionale, l'ascolto del minore rinviene la propria disciplina nella legge 15 gennaio 1994, n. 64 la quale, nel rendere esecutiva e nell'autorizzare la ratifica della Convenzione dell'Aja del 1980, impone al Tribunale per i Minorenni (articolo 7, comma 3) di sentire, oltre al pubblico ministero e agli altri interessati, il minore medesimo "se del caso", ossia quando ne ritiene l'opportunità, in relazione alle diverse circostanze, a nozioni di comune esperienza e prudenza, come quelle riferibili all'età del soggetto ed alla necessità di evitargli ulteriori traumi psichici.

Ne risulta, pertanto, che nella disciplina in tema di sottrazione di minori, l'audizione del minore è richiesta:

- a) dall'art. 7 della legge 64/ 94 di ratifica della Convenzione dell'Aja;
- b) dall'art. 13 della Convenzione stessa: "l'autorità giudiziaria o amministrativa può altresì rifiutarsi di ordinare il ritorno del minore qualora essa accerti che il minore si oppone al ritorno, e che ha raggiunto un'età ed un grado di maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere".

Da una prima lettura delle due disposizioni si evince come la formulazione dell'art. 7 della legge 64/94 risulti meno incisiva rispetto a quella dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja. Il legislatore italiano, nella legge di ratifica, ha usato una formula più ambigua ed infatti, non solo non vi è alcun riferimento al rifiuto che il minore potrebbe opporre al suo ritorno presso l'affidatario ma, addirittura, la norma si limita a statuire che il tribunale decida con decreto, sentiti la persona

presso cui il minore si trova, il p.m. e “se del caso” il minore. In altri termini, il legislatore, lungi dal disporre l’obbligo di ascoltare il minore, ha rimesso alla valutazione discrezionale del giudice la scelta di disporre o meno l’ascolto, così precludendo ogni possibile e successiva indagine in ordine alla capacità di discernimento del minore alla luce della sua età e del suo grado di maturità.

Tale limitazione è difficilmente giustificabile soprattutto se si considera che la legge di ratifica della Convenzione dell’Aja è stata promulgata tre anni dopo quella contenente le norme di attuazione della Convenzione di New York, nel ratificare la quale l’Italia si è obbligata ad adeguare l’ordinamento interno così da garantire al fanciullo il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo riguarda⁹¹.

Sulla differenza tra la previsione dell’art. 7 della legge 64/94 e quella dell’art. 13 della Convenzione dell’Aja si è pronunciata la Corte di Cassazione. Ai sensi dell’art. 7 della legge 64/94, che richiede all’autorità procedente di sentire il minore solamente “se del caso”, l’ascolto del minore è subordinato ad una valutazione di opportunità lasciata al giudice e soggetta al suo insindacabile giudizio.

Nell’ipotesi dell’art. 13, invece, il giudice non deve valutare genericamente la capacità di discernimento, ma deve accertare la sussistenza di specifiche condizioni ossia “se il minore ha raggiunto un’età ed un grado di maturità tali da giustificare il rispetto della sua opinione”. L’indagine sulla maturità del minore, normalmente, è pertanto “testualmente subordinata al compimento di una certa età del soggetto, al di sotto della quale è sconsigliabile dar peso alla sua opinione”,

⁹¹ LIUZZI, *L’ascolto del minore tra convenzioni internazionali e normativa interna*, cit., 675.

qualora sia contrastante con il prevalente interesse, presunto dalla stessa Convenzione, a tornare presso il genitore affidatario⁹².

Da tali sentenze emerge inoltre un'ulteriore distinzione relativa al peso da dare all'opinione del minore ascoltato. Il rifiuto espresso dal minore nel corso della sua audizione in merito al rientro va valutato dal giudice come elemento di prova, da ponderare alla luce dell'intera istruttoria del caso, ai fini della valutazione in ordine alla sussistenza del fondato rischio, per il minore medesimo, di essere esposto, per il fatto del suo rientro, a pericoli psichici o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile. In tal caso, "alla opinione espressa dal minore, contraria al rimpatrio può attribuirsi efficacia, non di causa esclusiva del rigetto dell'istanza, bensì di elemento corroborante il convincimento in ordine alla sussistenza del pregiudizio psichico, quale causa autonoma e sufficiente di deroga al principio generale del rientro immediato"⁹³. Quando invece il rifiuto opposto al rientro proviene da un minore ritenuto in possesso di un'età e una maturità tali da giustificare il rispetto della sua opinione esso costituisce causa autonoma di deroga al rimpatrio immediato ai sensi dell'art. 13, comma 2 della Convenzione dell'Aja e non può dunque essere ignorato dal giudice. Tuttavia, l'articolo in questione non impone al giudice l'obbligo di ordinare il rientro del minore qualora questi si sia opposto al rientro ed abbia un'età ed una maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere. Infatti la stessa formulazione dell'art. 13, comma 2 della Convenzione dell'Aja ("l'autorità giudiziaria o amministrativa può altresì rifiutarsi di ordinare il ritorno"), lascia all'autorità giudiziaria un margine di discrezionalità nella decisione relativa al ritorno.

⁹² Cass., 19 dicembre 2003, n. 19544, cit.

⁹³ Cass., 18 marzo 2006, n. 6081, cit.

In tal senso Cass. 28 dicembre 2006, n. 27593 in cui la Corte ribadisce che l'opposizione del minore al rientro non vincola il giudice a negare il rimpatrio dello stesso "permanendo, al riguardo, il potere discrezionale del Giudice adito".

Bisogna comunque sottolineare che dietro i principi di diritto esposti vi sono i casi concreti caratterizzati spesso da età dei minori ben diverse. Andando infatti a vedere le singole vicende si ritrovano decisioni in cui il bambino conteso, che non è stato ascoltato dal giudice aveva 4 anni, 6 anni (Cassazione 17 settembre 1999 n. 13657), 7 anni (Cassazione 23 settembre 1998 n. 9501) e anche 10 (Cassazione 15 novembre 1997 n. 11328).

La Corte si conforma così alle varie disposizioni sparse nei codici e nelle leggi speciali che, seppur ispirate a criteri tra loro differenti, considerano capace di discernimento il minore in età ben più avanzata. In particolare, fanno riferimento all'età di 16 anni l'art. 145 del codice civile che, in caso di disaccordo dei coniugi prevede che il giudice possa sentire le opinioni espresse dai figli conviventi che abbiano compiuto i 16 anni, l'art. 273 del c.c. in tema di azioni per la dichiarazione giudiziale di maternità o paternità e l'art. 250 del c.c. in materia di riconoscimento del figlio naturale. Solo la recente legge 54/2006 in materia di affidato condiviso prevede che il giudice, prima dell'emanazione dei provvedimenti riguardo ai figli, disponga, l'audizione del figlio minore ultradodicesimo e anche di età inferiore ove capace di discernimento (art. 155 sexies)⁹⁴.

In relazione al mancato ascolto del minore, non si contesta il fatto che l'età eccessivamente bassa di un minore, o la difficile situazione familiare in cui è coinvolto possano di fatto rendere non opportuno l'ascolto, tenuto conto delle

⁹⁴ GALLUZZO, *L'ascolto del fanciullo è subordinato al raggiungimento di una certa maturità*, in *Il Sole 24 Ore*, Guida al Diritto, 2004, n. 9, 38.

possibili conseguenze traumatiche che l'incontro tra un minore "difficile" ed il giudice potrebbe produrre. Tuttavia, la mancanza di strumenti che consentano un ascolto "protetto", non giustifica la tendenza generale dei nostri tribunali ad escludere *a priori* la possibilità stessa dell'audizione⁹⁵.

Basti considerare, in proposito, che in un caso di sottrazione internazionale di minori, la Cassazione, pur riconoscendo che l'art. 13, comma 2 della Convenzione dell'Aja del 1980 consente all'autorità giudiziaria dello Stato richiesto di rifiutare di disporre detto rientro ove il minore vi si opponga e abbia raggiunto "un'età ed un grado di maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere", piuttosto sbrigativamente ha negato che la norma indicata potesse trovare applicazione nel caso sottoposto al suo esame "trattandosi di un bambino di 6 anni" (che non aveva, comunque, manifestato parere)⁹⁶.

Di poco successiva è un'altra sentenza⁹⁷, nella quale la Corte si è preoccupata al meglio di argomentare in ordine al mancato ascolto del minore, sottolineando che l'art. 13 in esame deve essere interpretato nel senso che "l'autorità giudiziaria può rifiutare di disporre il rientro del minore se accerta che questi vi si oppone e che egli ha raggiunto un'età e una maturità in cui si ritiene opportuno tenere conto di questa opinione. Tale disposizione subordina l'accertamento in concreto della maturità del minore al compimento di un'età in mancanza della quale le nozioni di comune esperienza sconsigliano la sua audizione, onde evitargli traumi psichici che la tenera età può rendere pericolosi e che sarebbero del tutto ingiustificati, non potendo comunque, in tale età, egli ritenersi capace di scelte libere e razionali, da farsi prevalere sulla presunzione del suo interesse a ritornare presso il soggetto

⁹⁵ LIUZZI, *L'ascolto del minore tra convenzioni internazionali e normativa interna*, cit., 675.

⁹⁶ Cass., 18 gennaio 1997, n. 507.

⁹⁷ Cass., 15 novembre 1997, n. 11328, cit.

affidatario, nella sua residenza abituale”. Tale interpretazione si basa innanzitutto, sulla lettera della norma, che richiede contestualmente i requisiti dell’età e della maturità; in secondo luogo sulla *ratio* dell’art. 13, comma 2, di vincere la presunzione, posta dalla Convenzione, secondo la quale l’interesse del minore è quello di ritornare, presso il soggetto affidatario, nella sua residenza abituale; in terzo luogo, sulla struttura della procedura volta a ripristinare con la massima sollecitudine lo stato di fatto e di diritto compromesso con la sottrazione internazionale del minore: la Convenzione, infatti, mira ad apprestare una procedura d’urgenza diretta a ricostruire lo *status quo ante* alla sottrazione del minore, garantendo, tra l’altro, il suo rientro immediato nello Stato di sua residenza abituale (come recita il preambolo della Convenzione).

L’interpretazione offerta si basa ancora su quanto stabilito dall’art. 7 della legge di esecuzione della Convenzione, in virtù del quale il minore va sentito “se del caso”, così confermandosi, anche attraverso l’interpretazione della Convenzione operata dal legislatore nel darle esecuzione, che essa non fa obbligo all’autorità procedente di ascoltare il minore in ogni caso al fine di accertarne la maturità, ma rimette l’ascolto al suo prudente apprezzamento, in relazione all’età del bambino, con valutazione dalla stessa Convenzione definita di opportunità e come tale, discrezionale.

A tale impostazione si è uniformata la Cassazione con sentenza 10 marzo 2003, n. 15145. Nel caso in questione la madre di un minore di anni 7, lamentava la violazione dell’art. 13, comma 2, della Convenzione dell’Aja e dell’art. 12, comma 2 della Convenzione di New York in quanto il giudice di primo grado aveva ommesso l’audizione del minore. La Corte di Cassazione così adita ribadiva

che “non sussiste, innanzitutto, la denunciata violazione delle due clausole convenzionali citate le quali non obbligano il giudice ad ascoltare il minore in ogni caso, ma lasciano al suo prudente apprezzamento il giudizio circa la possibilità e l'opportunità di farlo. In particolare, l'articolo 12, 2° comma, della Convenzione di New York stabilisce che il fanciullo sia ascoltato, in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, «in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale». Ora, con riferimento alla specifica materia, l'articolo 7 comma 3, L. n. 64/1994 dispone che il Tribunale per i Minorenni decide, sentiti il pubblico ministero, gli altri interessati e, «se del caso, il minore medesimo», lasciando evidentemente al giudice il compito di decidere circa l'opportunità dell'ascolto. Ancor più specificamente, nell'ipotesi (sostenuta, in questo caso, dal ricorrente) di opposizione del minore al rimpatrio, la decisione di ascoltarlo e la considerazione da accordare alla sua opinione sono regolate dal secondo comma dell'articolo 13 della Convenzione dell'Aja, nel senso che il giudice deve valutare "se il minore ha raggiunto un'età ed una maturità tali da giustificare il rispetto della sua opinione".

In tal senso anche Cass., 19 dicembre 2003, n. 19544. Il caso che ha dato origine alla vicenda è il seguente: un padre, dopo aver trascorso un periodo di soggiorno in Italia con la figlia, rifiutava di riconsegnare la bambina alla madre, affidataria per effetto di un provvedimento del giudice svizzero.

Il Tribunale per i Minorenni di Bologna, adito ai sensi dell'art. 7 della legge 64/1994, ordinava la restituzione del minore. Contro tale decreto il padre proponeva opposizione in Cassazione, lamentando la mancata audizione della figlia e la conseguente irregolarità della procedura seguita dal Tribunale.

La Cassazione confermava la decisione del Tribunale per i Minorenni di Bologna in quanto nel caso di specie la bambina aveva appena quattro anni, un livello di età troppo basso per tener conto della sua opinione in quanto priva del grado di maturità richiesto per prendere una decisione di fondamentale importanza come quella in questione⁹⁸. Inoltre la Suprema Corte ribadiva che “nel procedimento previsto dalla legge 64/94 il Tribunale per i Minorenni è tenuto a sentire, oltre al pubblico ministero ed agli altri interessati, il minorene "se del caso", ossia soltanto se ne ritiene l'opportunità, con suo insindacabile giudizio, in relazione alle diverse circostanze, a nozioni di comune esperienza e prudenza, come quelle riferibili all'età del soggetto ed alla necessità di evitargli ulteriori traumi psichici, ed a ragioni di economia processuale, in una materia caratterizzata dall'urgenza di provvedere”.

Ne consegue, dunque, che in virtù del citato art. 7 della legge 64/94, mentre l'audizione del p.m. e del genitore affidatario che abbia richiesto il ritorno del minore presso di sé è obbligatoria, l'audizione del minore è sempre soltanto eventuale.

Con la pronuncia in questione la Cassazione ha ribadito pertanto che l'audizione del minore deve essere subordinata, secondo un apprezzamento discrezionale, a varie valutazioni ed in particolare alla capacità di discernimento del minore stesso, alla sua età e al suo grado di maturità e a un giudizio di opportunità da effettuare caso per caso. A questo proposito si richiama Cass., 18 marzo 2006, n. 6081, in cui si sottolinea che “l'accertamento della capacità di discernimento del minore rientra nell'insindacabile giudizio del Tribunale per i Minorenni, senza che

⁹⁸ GALLUZZO, *L'ascolto del fanciullo è subordinato al raggiungimento di una certa maturità*, cit., 38.

sussista l'obbligo per il giudice specializzato, istituzionalmente competente per natura, composizione e funzioni a rendersi direttamente conto del grado di sviluppo intellettuale del minore, di disporre specifici mezzi di accertamento di tale capacità, come la consulenza tecnica d'ufficio, considerati anche i ritmi serrati in cui il procedimento è scandito”.

Dall'analisi di tali pronunce della Suprema Corte, emerge che, proprio sull'assenza di una norma che imponga al giudice l'ascolto del minore, si fonda l'orientamento prevalente della giurisprudenza che propende per una maggiore discrezionalità dell'autorità giudiziaria nelle procedure relative al rimpatrio⁹⁹.

Sempre in relazione tematica dell'ascolto del minore si richiama l'ordinanza 16 aprile 2007, n. 9094 della Cassazione. Oggetto della contesa è, nella specie, un minore originario degli Stati Uniti, affidato dall'autorità giudiziaria statunitense al padre e venuto in Italia nel 2006 al fine di trascorrere il periodo natalizio con la madre. Di fronte al mancato rientro del figlio dopo i giorni convenuti il padre attivava la procedura prevista dalla Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minorenni. Pertanto, ai sensi dell'articolo 7 della legge 15 gennaio 1994 n. 64 di ratifica ed esecuzione della Convenzione stessa, veniva instaurato un procedimento di fronte al Tribunale per i Minorenni di Genova, luogo in cui si trovava il minore, per il rientro dello stesso. Il giudizio terminava con l'ordine di rimpatrio del figlio. Contro tale provvedimento proponeva ricorso in Cassazione la madre.

La Cassazione così adita accoglieva le doglianze della madre motivando la decisione sulla base della considerazione secondo cui il dissenso del minore, cioè

⁹⁹ GALLUZZO, *L'adempimento può essere escluso in presenza di rischi per l'interessato*, in *Il Sole 24 Ore*, Guida al Diritto, 2007, n. 18, 54.

l'opposizione dello stesso al suo rientro non costituisce un di più rispetto alla valutazione del rischio di cui all'articolo 13, lett. b), cui lo stesso minore può essere esposto, ma è un riscontro e una verifica della sussistenza di tale rischio. Conformandosi alla giurisprudenza precedente, la Corte affermava che “l’audizione è frutto di una mediata ma non obbligata scelta del giudice”, ma precisava che tale audizione non dipende dalla discrezionalità dell'autorità giudiziaria e può essere esclusa «solo ove la stessa audizione esponga a rischio il minore» e sia «manifestamente in contrasto con gli interessi superiori del fanciullo stesso». Inoltre, deve motivare la sua decisione qualora ritenga di non ascoltare il minore.

Con l'ordinanza in esame la Corte di Cassazione ha ribadito ancora una volta che l’audizione del minore non è un atto obbligato; tuttavia la Suprema Corte è andata oltre, ponendosi in contrasto con la tendenza dei nostri tribunali ad escludere *a priori* la possibilità stessa dell’audizione, precisando che nel caso in cui il minore abbia un’età ed un grado di maturità tali da essere ascoltato, la rilevanza dell’audizione può essere esclusa solo ove la stessa audizione esponga a rischio il minore¹⁰⁰.

La Corte ha fondato tale sua interpretazione non soltanto sulle disposizioni delle norme della Convenzione dell'Aja, in materia di sottrazione internazionale di minori, ma anche sulla Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 25 gennaio 1996, Convenzione che ratificata dall'Italia con la legge 77/2003 stabilisce la necessità di garantire la massima partecipazione del minore nella determinazione delle decisioni che hanno riflessi sulla sua esistenza.

¹⁰⁰ TOMMASEO, *La Cassazione sull’audizione del minore come atto istruttorio necessario*, in Fam. Dir., 2007, 883.

Sulla base di tali argomentazioni, la Corte di Cassazione cassava l'ordinanza impugnata disponendo il rinvio al Tribunale Minorile di Genova rilevando "la violazione commessa dal T.M. genovese là dove, indiscutibile essendo la intelligenza brillante, la piena adeguatezza delle risorse psichiche e la sufficiente maturità del fanciullo ad esprimere opinione, nondimeno viene escluso che tale opinione possa essere assunta dal Collegio e valutata come tale non già per i gravi rischi psico-fisici che l'audizione e la valorizzazione della opinione ivi espressa arrecherebbero al giovinetto bensì, puramente e semplicemente, per non gravarlo del peso futuro di una «scelta» tra l'uno e l'altro genitore".

Sulla questione dell'ascolto del minore e sul peso da attribuire alla sua volontà si richiama poi Cass., 27 luglio 2007, n. 16753. La pronuncia in questione nasce da una vicenda processuale che ha visto un padre, al termine delle vacanze estive, trattenere in Italia il proprio figlio undicenne senza riconsegnarlo alla madre residente all'estero, e poi rivolgersi al Tribunale dei Minorenni per ottenere l'emissione di provvedimenti urgenti e temporanei. Dopo il decreto del Tribunale dei Minorenni con il quale veniva ritenuta illecita la condotta del padre e sussistenti i presupposti per ordinare il rientro del minore presso la madre, il padre adiva la Suprema Corte. Il genitore riteneva che il tribunale non avesse effettuato un'approfondita istruttoria sull'incidenza che il rimpatrio avrebbe avuto sulla psiche del minore a causa del fatto che questi avrebbe dovuto trasferirsi in un'altra località, avendo la madre nel frattempo deciso di andare a vivere presso il proprio convivente, con cui il minore non aveva rapporti positivi. Secondo il padre ciò avrebbe comportato dei disagi per il minore che avrebbe dovuto vivere in una località lontana e disagiata e avrebbe diminuito le frequentazioni con il padre.

Inoltre, il ricorrente lamentava che il tribunale non avesse dato il giusto peso alla volontà del minore di rimanere con lui in Italia.

Ricorrendo in Cassazione, il padre lamentava quindi che il Tribunale per i Minorenni si fosse limitato a verificare per quali motivi il minore desiderasse rimanere in Italia con il padre, senza poi accertare se tale desiderio si traducesse in una effettiva opposizione a ritornare in Slovacchia. In secondo luogo, il tribunale avrebbe erroneamente interpretato e valutato le dichiarazioni rese dal minore ritenendo che nel caso di specie non fosse opportuno tenerne conto, siccome provenienti da un bambino di soli 11 anni e in quanto probabilmente influenzate dall'ambiente familiare in cui lo stesso era vissuto negli ultimi mesi. Il ricorrente sosteneva che in sede di audizione al minore sarebbero state chieste soltanto informazioni generiche sulla sua vita in Slovacchia e in Italia e sulla sua famiglia, nonché spiegazioni sul perché desiderava rimanere in Italia con il padre, mentre non gli sarebbero state chieste le ragioni per le quali non voleva ritornare in Slovacchia con la madre e con il suo compagno a lui estraneo. Il padre lamentava perciò che il tribunale aveva errato nel ritenere di non dovere tenere conto della volontà espressa dal minore che all'epoca aveva solo 11 anni, nonché nel non considerare le dichiarazioni rese dalla stessa madre che aveva riferito che il minore aveva manifestato la sua paura di non poter vedere più il suo papà una volta effettuato il cambio di residenza, mostrando così la sua contrarietà al cambiamento. Il padre sosteneva che tali affermazioni, unitamente ad ulteriori documenti, avrebbero provato che il minore aveva maturato e consolidato dentro di sé già da tempo la volontà di vivere in Italia con lui e che, pertanto, la sua

volontà non era frutto di un convincimento repentino, coartato dall'ambiente in cui lo stesso era vissuto negli ultimi mesi.

La Corte, di fronte al ricorso presentato dal padre del minore ha ribadito che “L'articolo 13, comma 2, della Convenzione dell'Aja riguarda un'ipotesi di esclusione dell'ordine di rimpatrio (per la quale non è richiesto il rischio di pericolo fisico o psichico o, comunque, di trovarsi in una situazione intollerabile), che ricorre allorché il minore vi si oppone, sempre che costui abbia raggiunto «un'età ed un grado di maturità» tali da giustificare il rispetto della sua opinione. L'indagine sulla maturità del minore è testualmente subordinata al compimento di una certa età del soggetto, al di sotto della quale – secondo comuni nozioni di esperienza e prudenza, apprezzabili dal Giudice del merito – è sconsigliabile dar peso decisivo al suo parere, se contrastante con la presunzione, sulla quale è fondata la Convenzione, di prevalente interesse del minore illecitamente sottratto a tornare presso l'affidatario”.

Secondo la Corte, nel caso in questione, il Tribunale per i Minorenni, avendo considerato l'età del minore (che avrebbe compiuto 11 anni il successivo 4 novembre), aveva concluso che alla dichiarata volontà del minore di rimanere con il padre non poteva riconnettersi una valenza di per sé ostativa all'emanazione dell'ordine di rientro.

La Corte Costituzionale ha pertanto rigettato la censura del ricorrente, giacché «ai sensi dell'articolo 13 della Convenzione dell'Aja 25 ottobre 1980, la volontà del minore di opporsi al rientro non integra una condizione di per sé preclusiva dell'emanazione dell'ordine di rimpatrio da parte del Giudice dello Stato richiesto quando essa provenga da un minore che – secondo il motivato apprezzamento del

Tribunale per i Minorenni – non abbia ancora raggiunto l'età ed il grado di maturità tali da giustificare il rispetto della sua opinione; in tal caso, l'ascolto del minore, avente capacità di discernimento, ha una rilevanza cognitiva, in quanto l'esito di quel colloquio consente al giudice di valutare direttamente se sussista o meno il fondato rischio, per il minore medesimo, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, a pericoli fisici e psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile”.

In tal senso anche Cass., 15 febbraio 2008, n. 3798. Nel caso in questione il ricorrente lamentava che il tribunale di primo grado non aveva sentito il minore alla presenza di personale qualificato e che non era stato attribuito il giusto peso all'opposizione del minore al rientro.

Chiamata a pronunciarsi su tali questioni, la Corte confermava la correttezza della decisione del tribunale di primo grado sottolineando che “l'esperimento di indagini più approfondite sulla personalità del minore, tra cui anche un'eventuale c.t.u., si sarebbe resa opportuna nel futuro ed eventuale giudizio avanti al giudice naturale in ordine alla modifica delle condizioni di affidamento e custodia, ma era superflua in sede di provvedimento urgente sul rimpatrio, anche alla luce della circostanza che era stata acquisita agli atti la relazione redatta dal ct. di parte ricorrente” e formulava il seguente principio di diritto: “L'articolo 13, comma 2, della Convenzione dell'Aja del 1980 sulla sottrazione internazionale di minori riguarda un'ipotesi di esclusione dell'ordine di rimpatrio che ricorre allorché il minore vi si oppone, sempre che costui abbia raggiunto "un'età ed un grado di maturità" tali da giustificare il rispetto della sua opinione. Nell'indagine sul raggiungimento da parte del minore di un'adeguata capacità di discernimento, al

fine di esprimere una volontà idonea ad opporsi al rimpatrio, il giudice non è tenuto a procedere all'audizione del minore secondo modalità particolari, in particolare procedendo all'esperimento di una consulenza tecnica d'ufficio, purché le ragioni del rifiuto siano adeguatamente motivate”.

APPENDICE

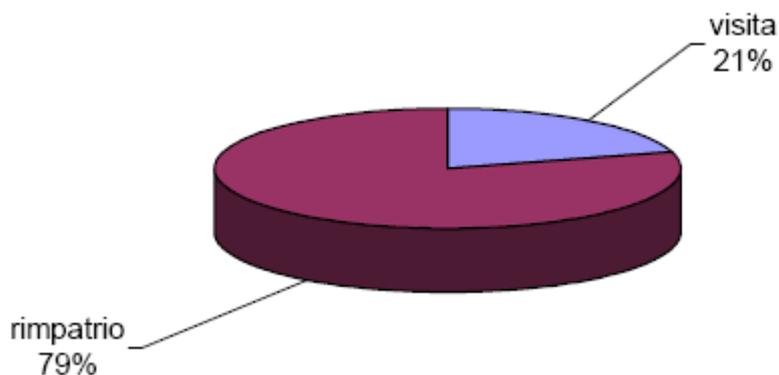
a) Analisi statistica dei dati relativi ai casi di sottrazione internazionale dei minori trattati dall'Ufficio dell'Autorità Centrale italiana.

1. Dati di riepilogo relativi al periodo 2000 – 2007¹⁰¹.

Tabella 1.1 – Istanze pervenute all'Ufficio dell'Autorità Centrale italiana negli anni dal 2000 al 2007, secondo la tipologia di istanza.

Anni	Esercizio del diritto di visita e di alloggio	Rimpatrio	Totale
2000	41	100	141
2001	26	99	125
2002	26	94	120
2003	24	99	123
2004	32	98	130
2005	21	130	151
2006	27	124	151
2007	40	169	209
Totale	237	913	1.150

Grafico 1.1 – Istanze pervenute all'Ufficio dell'Autorità Centrale italiana negli anni 2000 al 2007, secondo la tipologia di istanza.



¹⁰¹ Fonte dei dati: Dipartimento per la Giustizia Minorile, www.giustizia.it

Tabella 1.2 – Istanze pervenute all’Ufficio dell’Autorità Centrale italiana complessivamente negli anni dal 2000 al 2007, secondo la tipologia di istanza e le AA.CC richieste. Casi attivi*.

AA.CC. richieste	Tipo istanza		Totale
	esercizio del diritto di visita e di alloggio	rimpatrio	
Argentina	2	8	10
Australia	5	12	17
Austria	4	8	12
Belgio	3	12	15
Brasile	3	16	19
Bulgaria	0	2	2
Canada	4	9	13
Cile	0	4	4
Colombia	1	11	12
Costa Rica	1	2	3
Croazia	0	3	3
Danimarca	4	2	6
Ecuador	0	5	5
Finlandia	0	5	5
Francia	9	40	49
Germania	16	59	75
Grecia	0	3	3
Irlanda	2	4	6
Israele	1	5	6
Lettonia	0	2	2
Macedonia	0	2	2
Messico	6	9	15
Moldova	1	2	3
Norvegia	4	0	4
Olanda	5	19	24
Panama	2	1	3
Perù	0	3	3
Polonia	11	47	58
Portogallo	1	5	6
Principato di Monaco	0	1	1
Regno Unito	9	34	43
Rep. Ceca	4	19	23
Rep. Dominicana	0	1	1
Romania	6	34	40
Serbia-Montenegro	0	2	2
Slovacchia	2	7	9
Slovenia	0	1	1
Spagna	9	28	37
Stati Uniti	23	56	79
Sud Africa	2	1	3
Svezia	0	3	3
Svizzera	9	18	27
Turchia	1	2	3
Ucraina	1	3	4
Ungheria	4	10	14
Uruguay	0	2	2
Venezuela	2	2	4
Totale	157	524	681

* Casi attivati dall’Autorità Centrale italiana.

Tabella 1.3 – Istanze pervenute all’Ufficio dell’Autorità Centrale italiana complessivamente negli anni dal 2000 al 2007, secondo la tipologia di istanza e le AA.CC. richiedenti. Casi passivi*.

AA.CC. richiedenti	Tipo istanza		Totale
	esercizio del diritto di visita e di alloggio	rimpatrio	
Argentina	8	25	33
Australia	1	6	7
Austria	1	6	7
Belgio	2	14	16
Bielorussia	0	2	2
Bosnia-Erzegovina	0	1	1
Brasile	0	5	5
Canada	5	6	11
Cile	1	0	1
Cina	0	1	1
Colombia	2	2	4
Costa Rica	0	1	1
Croazia	0	3	3
Danimarca	3	1	4
Ecuador	0	3	3
Estonia	0	1	1
Finlandia	0	3	3
Francia	8	29	37
Germania	8	78	86
Grecia	0	2	2
Irlanda	0	1	1
Israele	2	2	4
Lituania	0	2	2
Lussemburgo	1	1	2
Macedonia	0	2	2
Mauritius	0	1	1
Messico	1	3	4
Moldova	0	1	1
Norvegia	0	4	4
Nuova Zelanda	1	0	1
Olanda	2	10	12
Panama	0	2	2
Paraguay	0	1	1
Perù	0	1	1
Polonia	4	23	27
Portogallo	0	5	5
Regno Unito	2	29	31
Repubblica Ceca	1	4	5
Romania	6	8	14
Serbia-Montenegro	0	1	1
Slovacchia	2	6	8
Spagna	3	13	16
Stati Uniti	4	31	35
Sud Africa	0	2	2
Svezia	0	6	6
Svizzera	8	30	38
Turchia	0	1	1
Ungheria	3	7	10
Uruguay	0	1	1
Venezuela	1	2	3
Totale	80	389	469

* Casi attivati dalle Autorità centrali estere.

Tabella 1.4 – Istanze di rimpatrio pervenute all’Ufficio dell’Autorità Centrale italiana complessivamente negli anni dal 2000 al 2007, secondo il tempo intercorrente tra la data di sottrazione e la data di presentazione dell’istanza.

Tempo intercorrente tra sottrazione e istanza	Casi		Totale
	Attivi	Passivi	
meno di 1 mese	94	98	192
1-3 mesi	173	113	286
3-6 mesi	107	66	173
6-9 mesi	51	28	79
9-12 mesi	40	16	56
1 anno e oltre	37	31	68
nr	22	37	59
Totale	524	389	913

nr = non si conosce la data precisa in cui è avvenuta la sottrazione del minore.

Tabella 1.5 – Istanze di rimpatrio pervenute all’Ufficio dell’Autorità Centrale italiana complessivamente negli anni dal 2000 al 2007, secondo il tempo intercorrente tra la data di presentazione dell’istanza e la data di archiviazione.

Tempo intercorrente tra istanza e archiviazione	Casi		Totale
	Attivi	Passivi	
meno di 1 mese	39	43	82
1-3 mesi	64	124	188
3-6 mesi	115	118	233
6-9 mesi	77	47	124
9-12 mesi	43	12	55
12-18 mesi	55	13	68
18-24 mesi	24	3	27
2 anni e oltre	28	2	30
In corso	79	27	106
Totale	524	389	913

Tabella 1.6 – Istanze di rimpatrio pervenute all’Ufficio dell’Autorità Centrale italiana complessivamente negli anni dal 2000 al 2007, secondo la fase e il motivo dell’archiviazione. Casi attivi.

Motivi di archiviazione della pratica	Fase di archiviazione					Totale
	Istruttoria	Giudizio	Impugnazione	Esecuzione	in corso	
Art.3 Convenzione de L' Aja	2	60	7	11	0	80
Art.10 Convenzione de L'Aja	0	0	0	1	0	1
Art.13 Convenzione de L'Aja	1	44	14	0	0	59
Art.21 Convenzione de L'Aja	2	0	0	0	0	2
Art.27 Convenzione de L'Aja	0	1	0	0	0	1
Art.29 Convenzione de L'Aja	2	1	0	0	0	3
Art.35 Convenzione de L'Aja	3	0	0	0	0	3
Accordo tra le parti	41	5	1	1	0	48
Impossibilità di rintracciare il minore	5	0	0	0	0	5
Inerzia delle parti	7	0	0	0	0	7
Minore deceduto	1	0	0	0	0	1
Minore in transito	4	0	0	0	0	4
Rientro volontario	91	1	0	3	0	95
Rinunzia	103	0	1	0	0	104
Altro	30	1	1	0	0	32
In corso	0	0	0	0	79	79
Totale	292	113	24	16	79	524

Tabella 1.7 – Istanze di rimpatrio pervenute all’Ufficio dell’Autorità Centrale italiana complessivamente negli anni dal 2000 al 2007, secondo la fase e il motivo dell’archiviazione. Casi passivi.

Motivi di archiviazione della pratica	Fase di archiviazione					Totale
	Istruttoria	Giudizio	Impugnazione	Esecuzione	in corso	
Art.3 Convenzione de L' Aja	1	86	2	27	0	116
Art.13 Convenzione de L'Aja	1	87	1	0	0	89
Art.21 Convenzione de L'Aja	0	1	0	1	0	2
Art.35 Convenzione de L'Aja	1	1	0	0	0	2
Accordo tra le parti	6	2	0	1	0	9
Impossibilità di rintracciare il minore	14	2	0	0	0	16
Inerzia delle parti	1	0	0	0	0	1
Minore in transito	4	0	0	0	0	4
Rientro volontario	70	2	0	1	0	73
Rinunzia	26	1	0	0	0	27
Altro	17	6	0	0	0	23
In corso	0	0	0	0	27	27
Totale	141	188	3	30	27	389

2. Le istanze pervenute nell'anno 2007.

Tabella 2.1 – Istanze pervenute all'Ufficio dell'Autorità Centrale italiana nell'anno 2007, secondo la tipologia di istanza ed il numero dei minori coinvolti.

N. minori	Rimpatrio	Esercizio del diritto di visita e di alloggio	Totale
1	120	31	151
2	45	9	54
3	4	0	4
Totale casi	169	40	209

Grafico 2.1 – Istanze pervenute all'Ufficio dell'Autorità Centrale italiana nell'anno 2007: composizione percentuale secondo la tipologia.

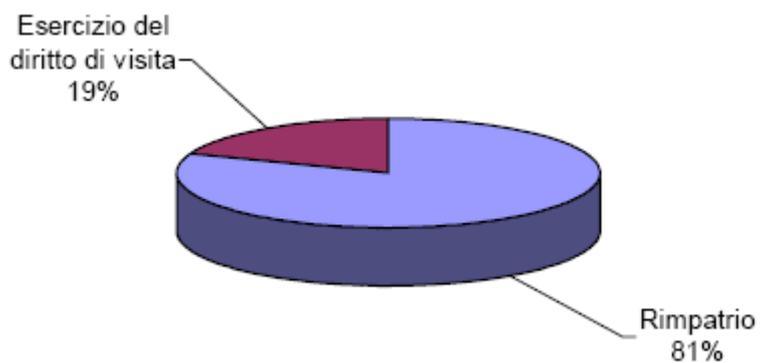


Grafico 2.2 – Istanze pervenute all’Ufficio dell’Autorità Centrale italiana nell’anno 2007: composizione percentuale secondo il numero dei minori coinvolti.

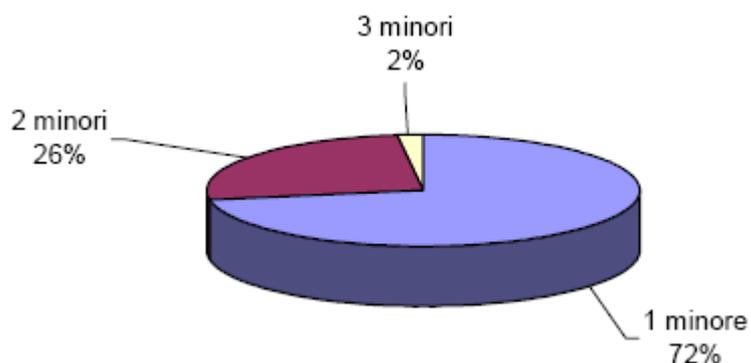


Tabella 2.2 – Istanze di rimpatrio pervenute all’Ufficio dell’Autorità Centrale italiana nell’anno 2007, secondo la persona responsabile della sottrazione ed il richiedente il rimpatrio del minore.

Richiedente	Responsabile della sottrazione			Totale
	Padre	Madre	Altri	
Padre	0	107	1	108
Madre	47	0	3	50
Altri	4	6	1	11
Totale	51	113	5	169

Grafico 2.3 – Istanze di rimpatrio pervenute all'ufficio dell'Autorità Centrale italiana nell'anno 2007: composizione percentuale secondo il responsabile della sottrazione.

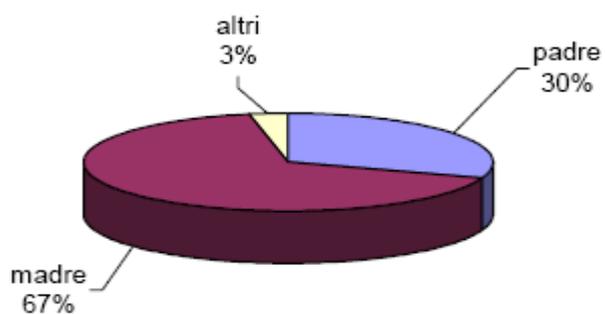


Grafico 2.4 – Istanze di rimpatrio pervenute all'Ufficio dell'Autorità Centrale italiana nell'anno 2007: composizione percentuale secondo il richiedente.

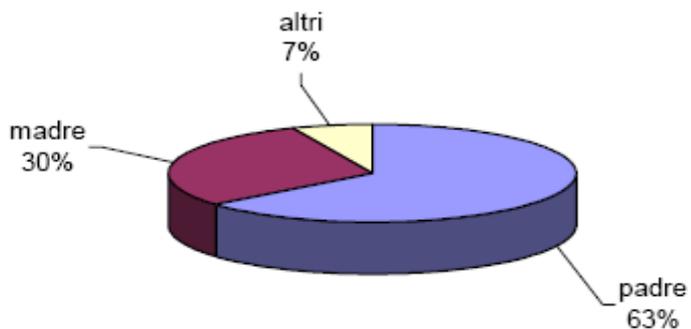


Tabella 2.3 – Istanze pervenute all’Ufficio dell’Autorità Centrale italiana nell’anno 2007, secondo la tipologia di istanza e le AA.CC. richieste. Casi Attivi.

AA.CC. richieste	Tipo istanza		Totale
	Esercizio del diritto di visita e di alloggio	Rimpatrio	
Argentina	0	2	2
Australia	1	3	4
Austria	0	1	1
Belgio	1	0	1
Brasile	1	5	6
Bulgaria	0	1	1
Cile	0	1	1
Colombia	0	2	2
Costa Rica	0	1	1
Ecuador	0	1	1
Finlandia	0	2	2
Francia	1	9	10
Germania	3	10	13
Grecia	0	1	1
Irlanda	0	2	2
Israele	1	0	1
Lettonia	0	1	1
Messico	0	1	1
Moldova	0	2	2
Norvegia	1	0	1
Olanda	0	3	3
Perù	0	1	1
Polonia	4	8	12
Portogallo	0	2	2
Principato di Monaco	0	1	1
Regno Unito	0	4	4
Rep. Ceca	0	1	1
Rep. Dominicana	0	1	1
Romania	3	16	19
Slovacchia	0	2	2
Spagna	3	4	7
Stati Uniti	2	6	8
Svizzera	2	4	6
Ucraina	1	3	4
Ungheria	0	1	1
Venezuela	1	0	1
Totale	25	102	127

Tabella 2.4 – Istanze pervenute all’Ufficio dell’Autorità Centrale italiana nell’anno 2007, secondo la tipologia di istanza e le AA.CC. richiedenti. Casi passivi.

AA.CC. richiedenti	Tipo istanza		Totale
	Esercizio del diritto di visita e di alloggio	Rimpatrio	
Argentina	0	2	2
Austria	0	3	3
Belgio	0	1	1
Bielorussia	0	1	1
Bosnia Erzegovina	0	1	1
Brasile	0	2	2
Cina	0	1	1
Colombia	0	1	1
Costa Rica	0	1	1
Croazia	0	2	2
Ecuador	0	1	1
Francia	1	4	5
Germania	4	8	12
Irlanda	0	1	1
Lituania	0	1	1
Olanda	2	1	3
Paraguay	0	1	1
Polonia	2	7	9
Regno Unito	0	5	5
Repubblica Ceca	0	2	2
Romania	2	4	6
Slovacchia	1	1	2
Spagna	0	3	3
Stati Uniti	1	4	5
Svezia	0	1	1
Svizzera	2	6	8
Turchia	0	1	1
Ungheria	0	1	1
Totale	15	67	82

Grafico 2.5 – Istanze pervenute all’Ufficio dell’Autorità Centrale italiana nell’anno 2007. Casi attivi.

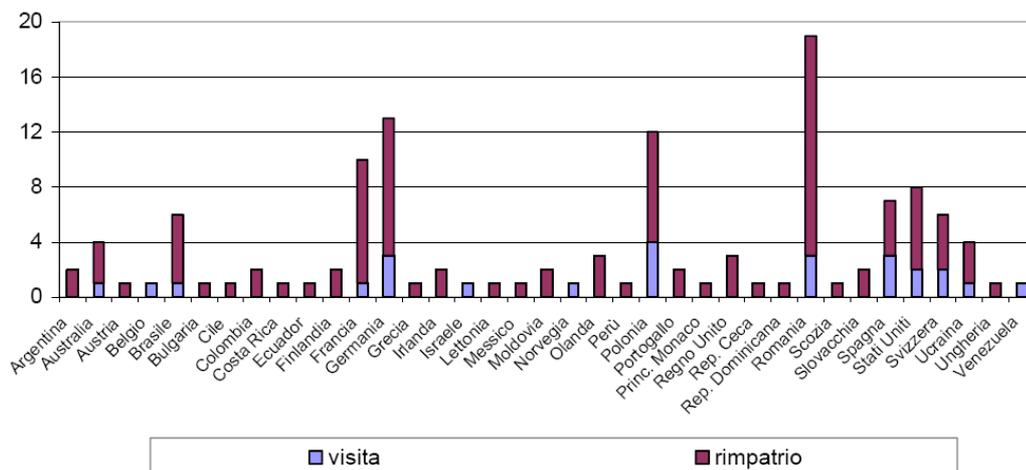


Grafico 2.6 – Istanze pervenute all’Ufficio dell’Autorità Centrale italiana nell’anno 2007. Casi passivi.

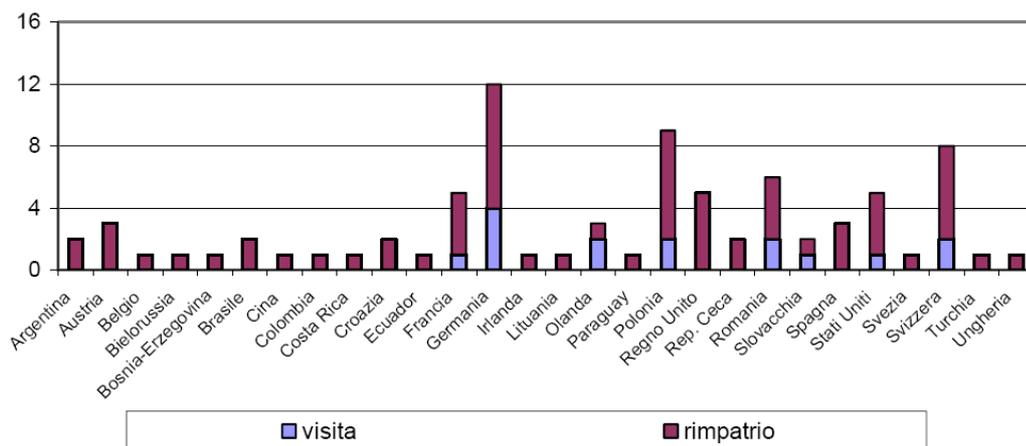


Tabella 2.5 – Istanze di rimpatrio pervenute all’Ufficio dell’Autorità Centrale italiana nell’anno 2007, secondo il tempo intercorrente tra la data della sottrazione e la data di arrivo dell’istanza.

Tempo intercorrente tra sottrazione e istanza	Casi		Totale
	Attivi	Passivi	
meno di 1 mese	18	19	37
1-3 mesi	43	17	60
3-6 mesi	21	11	32
6-9 mesi	8	8	16
9-12 mesi	7	5	12
1 anno e oltre	5	6	11
n.r.	0	1	1
Totale	102	67	169

Tabella 2.6 – Istanze di rimpatrio pervenute all’Ufficio Autorità Centrale italiana nell’anno 2007, secondo il tempo intercorrente tra la data di arrivo dell’istanza e la data di archiviazione della pratica.

Tempo intercorrente tra istanza e archiviazione	Casi		Totale
	Attivi	Passivi	
meno di 1 mese	9	5	14
1-3 mesi	7	12	19
3-6 mesi	12	15	27
6-9 mesi	3	4	7
9-12 mesi	4	1	5
In corso	67	30	97
Totale	102	67	169

Grafico 2.7 – Istanze di rimpatrio pervenute nell'anno 2007: percentuale dei casi definiti nello stesso anno. Casi attivi.

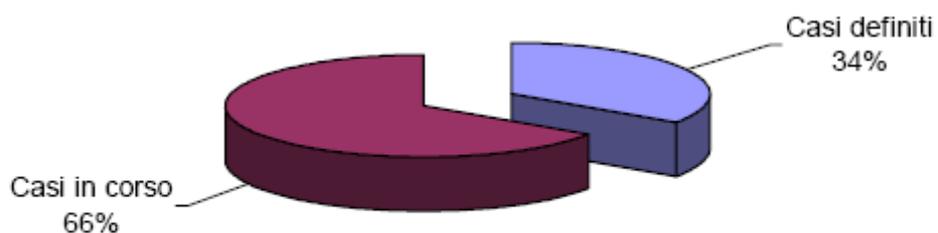


Grafico 2.8 – Istanze di rimpatrio pervenute nell'anno 2007: percentuale dei casi definiti nello stesso anno. Casi passivi.

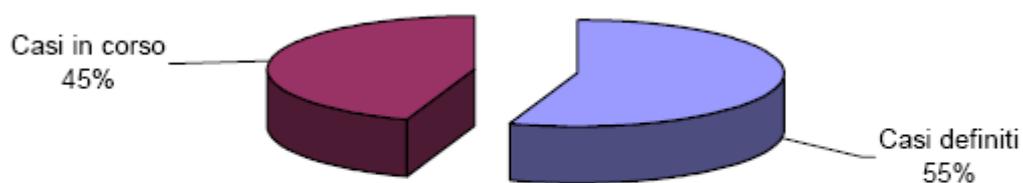


Tabella 2.7 – Istanze di rimpatrio pervenute all’Ufficio dell’Autorità Centrale italiana nell’anno 2007, secondo la fase processuale ed il motivo di archiviazione della pratica. Casi attivi.

Motivi di archiviazione della pratica	Fase di archiviazione della pratica				Totale
	Istruttoria	Giudizio	Impugnazione	In corso	
Art.3 Convenzione de L'Aja	0	4	0	0	4
Art.13 Convenzione de L'Aja	0	1	1	0	2
Rientro volontario	10	0	0	0	10
Rinunzia	12	0	0	0	12
Accordo tra le parti	3	0	0	0	3
Altro	4	0	0	0	4
In corso	0	0	0	67	67
Totale	29	5	1	67	102

Tabella 2.8 – Istanze pervenute all’Ufficio dell’Autorità Centrale italiana nell’anno 2007 secondo la fase processuale ed il motivo di archiviazione della pratica. Casi passivi.

Motivi di archiviazione della pratica	Fase di archiviazione della pratica			Totale
	Istruttoria	Giudizio	In corso	
Art.3 Convenzione de L'Aja	0	10	0	10
Art.13 Convenzione de L'Aja	0	8	0	8
Rientro volontario	10	0	0	10
Rinunzia	5	0	0	5
Accordo tra le parti	1	0	0	1
Altro	3	0	0	3
In corso	0	0	30	30
Totale	19	18	30	67

Grafico 2.9 – Istanze di rimpatrio pervenute nell'anno 2007. Composizione percentuale secondo il motivo di archiviazione. Casi attivi.

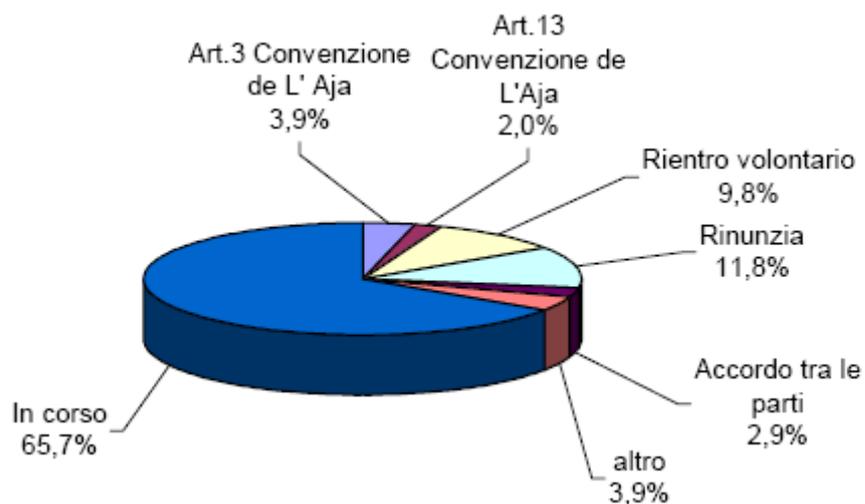
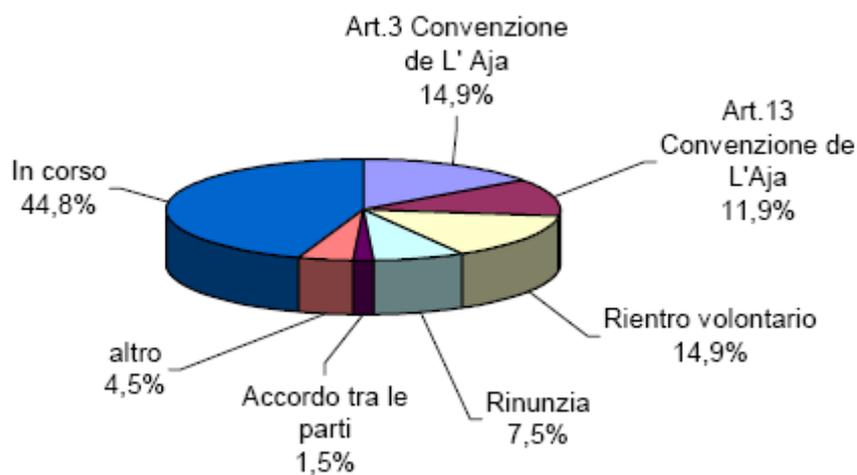


Grafico 2.10 – Istanze di rimpatrio pervenute nell'anno 2007. Composizione percentuale secondo il motivo dell'archiviazione. Casi passivi.



3. I minori sottratti nell'anno 2007.

Tabella 3.1 – Minori per cui è stata effettuata istanza di rimpatrio all'Ufficio dell'Autorità Centrale italiana nell'anno 2007, secondo l'età alla sottrazione ed il sesso.

Età (in anni compiuti)	Sesso		Totale
	Maschi	Femmine	
meno di 1 anno	7	5	12
1 anno	10	11	21
2 anni	12	10	22
3 anni	14	11	25
4 anni	13	10	23
5 anni	11	10	21
6 anni	9	11	20
7 anni	10	6	16
8 anni	8	8	16
9 anni	4	4	8
10 anni	5	4	9
11 anni	5	7	12
12 anni	5	2	7
13 anni	1	2	3
14 anni	1	3	4
15 anni	0	2	2
n.r.	0	1	1
Totale	115	107	222

Grafico 3.1 – Minori per cui è stata effettuata istanza di rimpatrio all'Ufficio dell'Autorità Centrale italiana nell'anno 2007, secondo l'età.

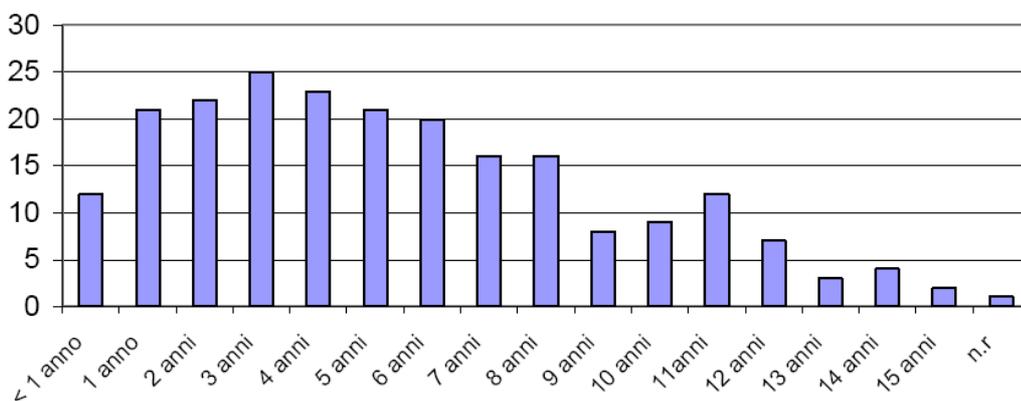


Tabella 3.2 – Minori per cui è stata effettuata istanza di rimpatrio all’Ufficio dell’Autorità Centrale italiana nell’anno 2007, secondo il Paese di provenienza ed il sesso.

Paese	Sesso		Totale
	Maschi	Femmine	
Italia	71	66	137
Argentina	0	4	4
Austria	2	3	5
Belgio	1	1	2
Bielorussia	0	1	1
Bosnia- Erzegovina	0	1	1
Brasile	1	0	1
Bulgaria	1	1	2
Canada	0	1	1
Cile	0	1	1
Colombia	0	1	1
Costa D’Avorio	0	1	1
Costa Rica	1	1	2
Croazia	1	1	2
Ecuador	1	0	1
Francia	1	1	2
Germania	5	3	8
Lituania	1	0	1
Marocco	0	1	1
Messico	1	0	1
Moldavia	1	0	1
Pakistan	1	0	1
Paraguay	0	1	1
Perù	2	0	2
Polonia	1	4	5
Regno Unito	6	1	7
Rep.Ceca	1	1	2
Romania	6	3	9
Slovacchia	0	1	1
Spagna	4	2	6
Stati Uniti	5	2	7
Svezia	0	1	1
Turchia	0	2	2
Ungheria	1	0	1
Uzbekistan	0	1	1
Totale	115	107	222

Grafico 3.2 – Minori per cui è stata presentata istanza di rimpatrio all’ Ufficio dell’ Autorità Centrale italiana nell’ anno 2007. Composizione percentuale secondo il sesso.



Tabella 3.3 – Minori per cui è stata effettuata istanza di esercizio del diritto di visita e di alloggio all’ Ufficio dell’ Autorità Centrale italiana nell’ anno 2007, secondo l’ età al momento in cui è stata presentata l’ istanza ed il sesso.

Età (in anni compiuti)	Sesso		Totale
	Maschi	Femmine	
meno di 1 anno	0	0	0
1 anno	0	0	0
2 anni	2	0	2
3 anni	1	5	6
4 anni	1	2	3
5 anni	3	1	4
6 anni	2	4	6
7 anni	4	4	8
8 anni	1	3	4
9 anni	5	2	7
10 anni	0	0	0
11 anni	0	0	0
12 anni	0	2	2
13 anni	3	0	3
14 anni	0	0	0
15 anni	2	1	3
16 anni	0	1	1
Totale	24	25	49

Grafico 3.3 – Minori per cui è stata presentata istanza di esercizio del diritto di visita all’Ufficio dell’Autorità Centrale italiana nell’anno 2007, secondo l’età.

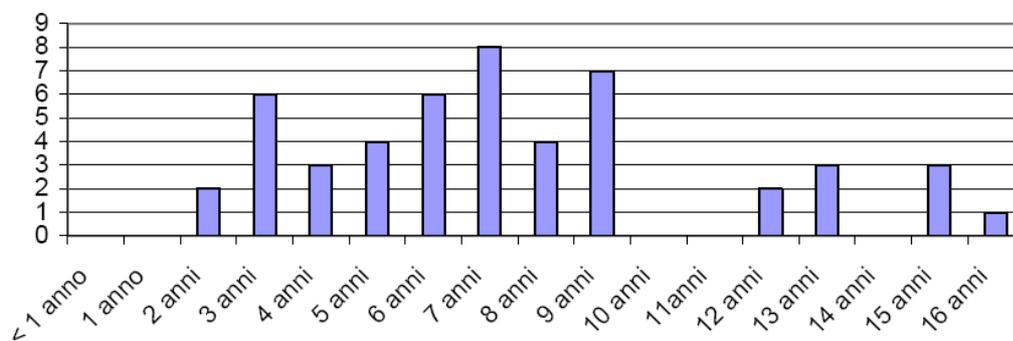
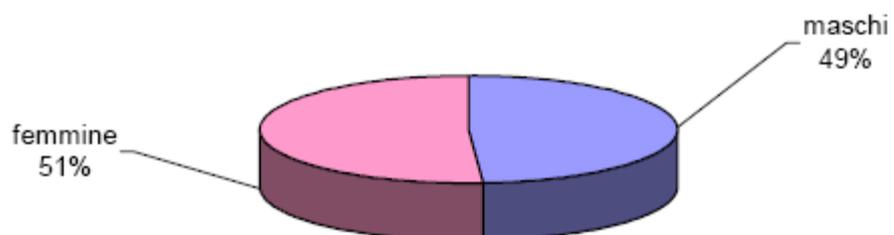


Tabella 3.4 – Minori per cui è stata effettuata istanza di esercizio del diritto di visita e di alloggio all’Ufficio dell’Autorità Centrale italiana nell’anno 2007, secondo il Paese ed il sesso.

Paese	Sesso		Totale
	Maschi	Femmine	
Italia	16	16	32
Belgio	0	2	2
Brasile	1	0	1
Francia	1	1	2
Germania	1	2	3
Polonia	0	2	2
Romania	2	1	3
Slovacchia	1	0	1
Stati Uniti	1	1	2
Svizzera	1	0	1
Totale	24	25	49

Grafico 3.4 – Minori per cui è stata effettuata istanza di esercizio del diritto di visita e di alloggio all'Ufficio dell'Autorità Centrale italiana nell'anno 2007.
Composizione percentuale secondo il sesso.



b) Modulo per la richiesta di ritorno del minore

Request for return

Hague Convention of on the Civil Aspects of International Child Abduction

REQUESTING CENTRAL AUTHORITY OR APPLICANT	REQUESTED AUTHORITY
--	---------------------

Concerns the following child: who will attain the age of 16 on 19.....

NOTE: The following particulars should be completed insofar as possible.

I - IDENTITY OF THE CHILD AND ITS PARENTS

1 Child

name and first names
 date and place of birth
 habitual residence before removal or retention
 passport or identity card No, if any
 description and photo, if possible (see annexes)

2 Parents

2.1 Mother: name and first names
 date and place of birth
 nationality
 occupation
 habitual residence
 passport or identity card No, if any

2.2 Father: name and first names
 date and place of birth
 nationality
 occupation
 habitual residence
 passport or identity card No, if any

2.3 Date and place of marriage

II - REQUESTING INDIVIDUAL OR INSTITUTION (who actually exercised custody before the removal or retention)

3 name and first names
 nationality of individual applicant
 occupation of individual applicant
 address
 passport or identity card No, if any
 relation to the child
 name and address of legal adviser, if any

III - PLACE WHERE THE CHILD IS THOUGHT TO BE

4.1 Information concerning the person alleged to have removed or retained the child

name and first names
 date and place of birth, if known
 nationality, if known
 occupation
 last known address
 passport or identity card No, if any
 description and photo, if possible (see annexes)

4.2 Address of the child

4.3 Other persons who might be able to supply additional information relating to the whereabouts of the child

IV - TIME, PLACE, DATE AND CIRCUMSTANCES OF THE WRONGFUL REMOVAL OR RETENTION

.....
.....
.....
.....

V - FACTUAL OR LEGAL GROUNDS JUSTIFYING THE REQUEST

.....
.....
.....
.....

VI - CIVIL PROCEEDINGS IN PROGRESS

.....
.....
.....
.....

VII - CHILD IS TO BE RETURNED TO:

- a name and first names
 date and place of birth
 address
 telephone number
- b proposed arrangements for return of the child

VIII - OTHER REMARKS

.....
.....
.....
.....

IX - LIST OF DOCUMENTS ATTACHED*

.....
.....
.....
.....

Date

Place

Signature and/or stamp of the requesting Central Authority
or applicant

.....

* e.g. Certified copy of relevant decision or agreement concerning custody or access; certificate or affidavit as to the applicable law; information relating to the social background of the child; authorization empowering the Central Authority to act on behalf of applicant.

BIBLIOGRAFIA

BEGHE' LORETI, *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, Cedam, 1995.

BENVENUTI, *I lavori della conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, in materia di "rapimento internazionale di bambini da parte dei propri genitori"*, in Riv. Dir. Int. Priv. Proc., 1979, 599.

BONOMI, *La Convenzione dell'Aja del 1961 sulla protezione dei minori: un riesame dopo la ratifica italiana e l'avvio dei lavori di revisione*, in Riv. Dir. Int. Priv. Proc. 1995, 607.

BONOMI, *Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori*, in Riv. Dir. Internaz., 2001, n.2, 298.

BUGETTI, *Custodia e affidamento nella sottrazione internazionale di minori*, in Fam. Dir., 2004, 229.

CALIENDO, *Richiesta di riconsegna del minore sottratto*, in Fam. Dir., 1998, 139.

CANNONE, *L'affidamento dei minori nel diritto internazionale privato e processuale*, Cacucci editore, Bari 2000.

CARELLA, *La Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in Riv. Dir. Int. Priv. Proc. 1994, 777.

CASSANO, *La tutela del minore nel diritto internazionale e comunitario*, in Il Diritto di tutti.

CASSANO, QUARTA, *La tutela del minore nelle recenti Convenzioni internazionali*, in Fam. Dir., 2002, 205.

CASTELLANETA, *Con le nuove integrazioni normative più difficile la sottrazione illecita dei fanciulli*, Il Sole 24 Ore, Guida al Diritto, Diritto Comunitario e internazionale, 2005, n. 1, 24.

CASTELLI, *Cooperazione giudiziaria in materia di diritto familiare transfrontaliero*, www.giustizia.it.

CHIZZINI, *Sottrazione internazionale di minori e tutele processuali: art. 7, l. n. 64 del 1994 e litisconsorzio necessario*, in Fam. Dir., 1999, 342.

CIVININI, *Sottrazione internazionale di minori e legittimazione nel procedimento di rimpatrio*, in Fam. Dir.. 2000, 375.

CITTI, *L'applicazione della Convenzione de L'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, 2000, n.2, 70.

CLERICI, *Ancora sulle regole internazionali in materia di sottrazione dei minori*, in *Fam. Dir.*, 2001, 173.

CONDO', *Provvedimento straniero di affido e obbligo di rimpatrio del minore*, in *Fam. Dir.*, 2001, 642.

CONSOLO, *Il procedimento di exequatur dei giudicati stranieri fra vaghezza, irrisolti aneliti legislativi e circolari di "tamponamento"*, in *Fam. Dir.*, 1997, 175.

CONTI, *Il nuovo regolamento comunitario in materia matrimoniale e di potestà parentale*, in *Fam. Dir.*, 2004, 291.

DANOVI, *Sottrazione internazionale di minori e conflitti di giurisdizione*, in *Dir. Fam.*, 2000, II, 1149.

DE MARZO, *Sottrazione internazionale di minori e Convenzioni applicabili*, in *Fam. Dir.*, 1998, 533.

DONNARUMMA, *La Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e la normativa di adattamento nell'ordinamento italiano*, in *Dir. Fam.*, 1982, I, 175.

DONNARUMMA, *Recenti convenzioni in materia di rapimento internazionale dei minori e di reintegro del diritto di custodia*, in *Dir. Fam.* 1981, I, 326.

DOSI, *Le Convenzioni internazionali sulla protezione dei minori*, in *Fam. Dir.*, 1997, 390.

DOSI, *Convenzione dell'Aja e tutela del minore, la Cassazione fa il punto. L'obbligo di audizione vige solo se il minore è maturo*, in *Dir. e Giust.*, 2004, n. 4, 28.

FADIGA, *Il regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio dell'Unione Europea*, www.minoriefamiglia.it.

FINOCCHIARO, *L' audizione del minore e la Convenzione sui diritti del fanciullo*, in *Vita Not.*, 1991, n. 5/6, 834.

FINOCCHIARO, *La contraddittorietà della motivazione non altera la legittimità della conclusione*, in *Guida al Dir.*, 2002, n. 4, 37.

FIORAVANTI, *I diritti del bambino tra protezione e garanzie: l' entrata in vigore, per la Repubblica italiana, della Convenzione di Strasburgo*, in *Le Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2003, I, 561.

FIORINI, *Il provvedimento di diniego è adottabile anche sulla base di semplici informazioni*, in *Il Sole 24 Ore, Guida al Dir.* 2001, n. 44, 61.

FRANCHI, *Il ricorso alla mediazione per risolvere le controversie fuori dalla Convenzione*, in *Il Sole 24 Ore, Famiglia e Minori*, 2008, n. 2, 34.

FRANCHI, *Audizione senza modalità particolari se il rifiuto è adeguatamente motivato*, in *Il Sole 24 Ore, Guida al Diritto, Diritto Comunitario e Internazionale*, 2008, n. 2, 84.

FRIGESSI DI RATTALMA, *Sottrazione internazionale di minori e Convenzione dell'Aja*, in *Fam. Dir.*, 1996, 57.

FRIGESSI DI RATTALMA, *Minore illecitamente trattenuto dal genitore non affidatario e Convenzione dell'Aja del 1980*, in *Fam. Dir.*, 1997, 372.

GALBIATI, LIBRANDO, ROVELLI, *La Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e sul ristabilimento dell'affidamento*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1980.

GALLUZZO, *Diritto di famiglia. Focus sui minori italiani contesi all'estero norme alla rincorsa dell'emergenza*, in *Il Sole 24 Ore, Guida al Dir.*, 2000, n. 32, 70.

GALLUZZO, *L'ascolto del fanciullo è subordinato al raggiungimento di una certa maturità*, in *Il Sole 24 Ore, Guida al Dir.*, 2004, n. 9, 38.

GALLUZZO, *La sola violazione del diritto di visita non fa scattare la tutela più rigorosa*, in *Il Sole 24 Ore, Guida al Dir.*, 2005, n. 16, 35.

GALLUZZO, *L'adempimento può essere escluso in presenza di rischi per l'interessato*, in *Il Sole 24 Ore, Guida al Diritto*, 2007, n.18, 54.

GALLUZZO, *Niente rimpatrio immediato se ad essere violato è solo il diritto di visita*, in *Il Sole 24 Ore, Famiglia e Minori*, 2008, n. 2, 26.

GALLUZZO, *Il ricorso in Cassazione non sospende l'esecutività del decreto*, in *Sole 24 Ore, Famiglia e Minori*, 2008, n. 2, 28.

GIACALONE, *Il riconoscimento di una tutela "possessoria" non garantisce il vero interesse del bambino*, in *Il Sole 24 Ore, Guida al dir.*, 1998, n. 28, 40.

GIACALONE, *Distinzione e rispettivo ambito di applicazione della Convenzione dell'Aja del 1980 e della Convenzione del Lussemburgo del 1980 sulla illecita sottrazione dei minori e sui poteri della Cassazione in ordine alla giustificazione dell'azione di restituzione*, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 921.

GIORGETTI, *Sottrazione internazionale e procedimento per l'immediato rientro dei minori*, in *Fam. Dir.*, 2004, 362.

GREGORI, *La sottrazione internazionale dei minori figli di coppie miste separate*, in *Nuovo Dir.*, 2000,15.

LENA, *Affidamento e custodi quali presupposti per il rimpatrio del minore tra Convenzione de L'Aja e diritto interno*, in *Fam. Dir.*, 2004, 190.

LENA, *Trasferimento all' estero del figlio, mancato consenso del genitore non affidatario e sottrazione internazionale di minore*, in *Fam. Dir.*, 2006, 206.

LENA, *Le eccezioni all'obbligo di rimpatrio del minore illecitamente sottratto al genitore affidatario*, in *Fam. Dir.*, 2006, 588.

LIUZZI, *L'ascolto del minore tra convenzioni internazionali e normativa interna*, in *Fam. Dir.* 2001, 675.

LIUZZI, *Sottrazione internazionale di minore e tutela invocabile*, in *Familia*, 2004, II, 921.

LIUZZI, *La Convenzione europea sull' esercizio dei diritti dei fanciulli: prime osservazioni*, in *Fam. Dir.*, 2003, 287.

MARINI, *La sottrazione di minore nell'ordinamento internazionale*, in Beghè Loreti, *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, Cedam, 1995.

MARTINO, *Provvedimenti urgenti di protezione del minore e giurisdizione italiana*, in Fam. Dir., 2001, 380.

MATARAZZO, *E' legittima la decisione relativa al trasferimento del minore all'estero da parte del genitore affidatario*, in Stato Civile, 2005, I, 327.

MERENDINO, *Il ruolo del P.M. nelle convenzioni internazionali in materia di protezione dei minori, di sottrazione internazionale e di rimpatrio*, in Dir. Fam., 1998, I, 739.

MERENDINO, *Sulla tutela differenziata accordata al diritto di affidamento ed al diritto di visita dalla Convenzione de l'Aja 25 ottobre 1980*, in Dir. Fam., 1999, I, 685.

MORI, *La sottrazione internazionale di minori e le nuove integrazioni normative apportate dal regolamento CE n. 2201/2003*, in Psicologia e Giustizia, anno VI, 2.

MOSCONI, RINOLDI, *La sottrazione internazionale di minori da parte di un genitore. Studi e documenti sul "kidnapping" internazionale*, Cedam, 1988.

PASCASI, *Il rimpatrio del bimbo può essere negato se ci sono rischi per la sua incolumità*, in Il Sole 24 Ore, Guida al Diritto, 2007, n. 14, 30.

PEREZ-VERA, *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, L'Aja, 1982.

PERONI, *L'art. 13 della Convenzione dell' Aja del 1980 e il rimpatrio del minore illecitamente sottratto*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2002, n. 1, 48.

PERSIANI, *Il più piccolo diventa un' "arma" puntata contro l'altro genitore*, in *Il Sole 24 Ore, Famiglia e Minori*, 2008, n. 2, 37.

PISELLI, *Opinione valutabile solo in rapporto alla maturità del soggetto interessato*, in *Il Sole 24 Ore, Famiglia e Minori*, 2007, n. 9, 60.

POLLICE, *L' interesse del minore*, in *Dir. Giur.*, 2003, 17.

PRENDINI, *Procedimento di rimpatrio di minori e (in) congruità dei termini di difesa*, in *Fam. Dir.*, 2001, 145.

QUADRI, *Considerazioni sulla rilevanza dell' interesse del minore e la sua attuale tutela*, in *Dir. Giur.*, 1992, 323.

RE - SANCHEZ, *La sottrazione internazionale dei minori: aspetti psicologici*, in *Dir. Fam.*, 2003, I, 577.

ROSSI, *Previste ipotesi tassative in cui l'autorità giudiziaria può negare il rimpatrio*, in *Il Sole 24 Ore, Famiglia e Minori*, 2007, n. 11, 54.

RUSCELLO, *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, in *Famiglia*, 2002, II, 933.

SACCHETTI, *Le Convenzioni internazionali di Lussemburgo e dell'Aja del 1980: confronto e problematiche giuridiche*, in *Dir. Fam.*, 1997, II, 1495.

SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori. Accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*, Giuffrè, 1995.

SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori: l'esordio in Italia della Convenzione de l'Aja 25 ottobre 1980*, in *Dir. Fam.*, 1995, II, 1086.

SALZANO, *Il concetto di residenza abituale e la procedura di ascolto del minore nella Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in *Dir. Fam.*, 1996, I, 648.

SALZANO, *La rete internazionale di protezione del fanciullo. Accordi internazionali in vigore ed in corso di ratifica a tutela della minore età*, Giuffrè, 1998.

SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori; analisi e prevenzione*, in Dir. Fam., 2001, I, 718.

SESTA, *Le nuove norme sull' affidamento condiviso: a) profili sostanziali*, in Fam. Dir., 2006, 377.

TOMMASEO, *L' interesse dei minori e la nuova legge sull' affidamento condiviso*, in Fam. Dir., 2006, 305.

TOMMASEO, *Le nuove norme sull' affidamento condiviso: b) profili processuali*, in Fam. Dir., 2006, 388.

TOMMASEO, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in Fam. Dir., 2006, 5.

TOMMASEO, *La Cassazione sull' audizione del minore come atto istruttorio necessario*, in Fam. Dir., 2007, 883.

UCCELLA, *Il diritto internazionale a protezione del dramma del minore "prigioniero" di uno dei suoi genitori o affidatari: ius positum e ius condendum. Alcune preliminari considerazioni*, in Vita Not., 2000, n. 2, 712.

VENTALORO, *Norme per la tutela dei minorenni nella sottrazione internazionale*, in Ricciotti, *La tutela e il controllo dei minorenni*, Cedam, 2008.

VERUCCI, *La sottrazione internazionale di minori da parte di uno dei genitori: la Convenzione europea e la Convenzione dell'Aja a confronto*, in *Giust. Civ.*, 1995, II, 531.

VIALE, *La sottrazione internazionale di minori*, www.giustizia.it.

ZANOBETTI, *Sottrazione di minori*, in *Codice della famiglia* a cura di Michele Sesta, Giuffrè, 2007.

ZANOBETTI, *La sottrazione internazionale di minori alla famiglia affidataria*, in *Fam. Dir.*, 2007, 849.

ZANOBETTI, *Campo di applicazione del regolamento (CE) 2201/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, in *Fam. Dir.*, 2008, 403.

ZANOBETTI PAGNETTI, *Divorzio estero e richiesta al giudice italiano dell'affidamento dei figli*, in *Fam. Dir.*, 2004, 180.

The Judges' newsletter on international child protection, vol. XII, 2007.

The Judges' newsletter on international child protection, vol. XIII, 2007-2008.

SITI INTERNET CONSULTATI

www.altalex.it

www.azzurro.itl

www.babyback.it

www.coe.int

www.europa.eu

www.eur-lex.europa.eu/

www.giuffre.it

www.giustizia.it

www.giustiziaminorile.it

www.hcch.net

www.incadat.com

www.istat.it

www.minoriefamiglia.it/

www.mondoincantato.it/

www.ombudsnet.org/enoc/

www.ordineavvocatimilano.it

www.unicef.it