

FEDERICA ANTONIETTA GENTILE
(a cura di)

**SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORI.
PROBLEMI DI COORDINAMENTO NORMATIVO**

2010 – 2.5

Fogli di lavoro
per il Diritto Internazionale



Direzione scientifica: *Rosario Sapienza*

Coordinamento redazionale: *Elisabetta Mottese*

Redazione: *Adriana Di Stefano, Federica Antonietta Gentile, Giuseppe Matarazzo,*

Volume chiuso nel mese di settembre 2010

FOGLI DI LAVORO *per il Diritto Internazionale è on line*

<http://www.lex.unict.it/it/crio/fogli-di-lavoro>

ISSN 1973-3585

Cattedra di Diritto Internazionale

Via Gallo, 24 - 95124 Catania

E-mail: risorseinternazionali@lex.unict.it –

Redazione: foglidilavoro@lex.unict.it

Tel: 095 230857 - Fax 095 230489

Pubblichiamo qui di seguito un saggio di Federica Antonietta Gentile, nostra collaboratrice, sul coordinamento normativo tra la Convenzione de L'Aja del 1980 e il Regolamento (CE) n. 2201/2003.

Pubblichiamo anche, in allegato, i testi oggetto dell'operazione di coordinamento normativo

La Redazione

Federica Antonietta Gentile

La disciplina sul ritorno del minore nello stato di residenza tra la Convenzione de L'Aja del 25 Ottobre 1980 e il Regolamento (CE) n. 2201/2003. Spunti dalla giurisprudenza italiana

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La disciplina internazionale delle sottrazioni internazionali di minori. – 3. La disciplina contenuta nella Convenzione dell'Aja. – 4. La comunitarizzazione della cooperazione giudiziaria in materia civile: la responsabilità genitoriale nei casi di sottrazione internazionale di minori nello spazio giuridico europeo. – 5. I rapporti tra il Regolamento (CE) 2201/2003 e le convenzioni internazionali in materia, in particolare la Convenzione dell'Aja 1980. – 6. Prime conclusioni: l'interesse superiore del minore, criterio guida dell'intero diritto minorile

1. Premessa

La “sottrazione internazionale di minore” è l'espressione con cui si identifica l'atto con cui il genitore o altro soggetto titolare della responsabilità genitoriale, in assenza di consenso di altro avente titolo (affidamento e/o diritto di visita), volontariamente trasferisce il minore in uno Stato diverso da quello di abituale residenza, ivi intendendo trattenerlo e volontariamente ignorando i diritti-doveri inerenti il sopra citato titolo di affidamento e/o diritto di visita.

Il fenomeno viene spesso indicato dalla letteratura giuridica come «*international “legal” kidnapping*» in considerazione della circostanza che, nella maggior parte dei casi, l'autore della sottrazione ritiene di agire “legalmente”, nell'esercizio dei propri diritti; inoltre, l'espressione appena riportata consente di distinguere le fattispecie oggetto d'esame da quelle, penalmente rilevanti, di sequestro di persona¹.

Il panorama politico-sociale internazionale può ben fare intuire la moltitudine di casi appartenenti a tale fenomeno, che si inquadra nell'ambito della legislazione in materia di responsabilità genitoriale e che non sempre le varie discipline nazionali e internazionali di diritto privato, in materia di protezione dei minori, sono in grado di affrontare in modo adeguato.

L'argomento, di grande attualità e certamente suscettibile di allarmante aumento, ha quindi favorito la conclusione, in seno al Consiglio d'Europa e alla Conferenza di diritto internazionale privato dell'Aja, di appositi accordi internazionali in materia, nonché

¹ CANNONE, *Sottrazione internazionale di minori*, in BARATTA, *Diritto internazionale privato*, Giuffrè ed., 2010, pp. 465 ss.

l'adozione, nell'ambito della comunitarizzazione della cooperazione giudiziaria in materia civile, di regolamenti comunitari contenenti discipline integrative rispetto a tali accordi.

1. La disciplina internazionale delle sottrazioni internazionali di minori

Il fenomeno della sottrazione internazionale dei minori è stato disciplinato, a livello internazionale, da due fondamentali Convenzioni, entrambe risalenti al 1980: la Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento, aperta alla firma a Lussemburgo il 20 maggio, e la Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori, aperta alla firma all'Aja il 25 ottobre.

La differenza fondamentale tra i due strumenti è efficacemente evidenziata nella pronuncia della Corte di cassazione n. 3701/2000, di cui si riporta la massima²:

«In tema di illecita sottrazione internazionale di minori da parte di un genitore, le due Convenzioni, quella del Lussemburgo del 20 maggio 1980, e quella dell'Aja del 25 ottobre 1980, entrambe rese esecutive in Italia con la l. n. 64 del 1994, pur avendo la medesima finalità di tutela dell'interesse del minore dal pregiudizio derivante dai trasferimenti indebiti, hanno contenuto, funzione e condizioni di applicazione del tutto diversi, essendo presupposto della prima che, anteriormente al trasferimento del minore attraverso una frontiera internazionale, sia stata adottata, in uno degli Stati contraenti, una decisione esecutiva sull'affidamento, ovvero, successivamente al trasferimento, sia stato pronunciato un provvedimento sull'affidamento dichiarativo della illiceità del trasferimento stesso; caratteristica della seconda risultando, per converso, la totale irrilevanza di un titolo giuridico di affidamento (e, a più forte ragione, di una eventuale pronuncia di un provvedimento giurisdizionale straniero), in considerazione dello scopo esclusivo di tutela dell'affidamento quale situazione di mero fatto, da reintegrare con l'immediato ritorno del minore nel proprio Stato di residenza abituale. Ne consegue che, ove sia invocata la convenzione dell'Aja, compito del giudice di merito è quello di accertare la sussistenza dei requisiti per ritenere illecito il trasferimento o il mancato rientro del minore alla stregua di quanto previsto dall'art. 3 di detta convenzione, a tenore del quale, a tale scopo, occorre che questi siano avvenuti in violazione dei diritti di custodia spettanti in base alla legislazione dello stato in cui il minore ha la residenza abituale, ed inoltre che detti diritti siano effettivamente esercitati. [...]]».

² Cass. civ., sez. I, 28 marzo 2000, n. 3701

In altre parole, la Convenzione dell'Aja sarà applicabile anche quando la sottrazione riguardi figli di genitori non separati e non divorziati³.

Il profilo che certamente caratterizza le discipline convenzionali è costituito dalla preminente finalità generale – pur sempre nell'ottica della realizzazione del superiore interesse del minore – di ripristinare la situazione preesistente all'episodio di sottrazione, e ciò rispetto a qualsiasi implicazione inerente al diritto internazionale privato, soprattutto relativa alla competenza giurisdizionale e alla legislazione applicabile⁴.

Entrambe le Convenzioni sono state ratificate dall'Italia con la Legge n. 64 del 15 gennaio 1994, la quale detta, inoltre, le modalità e le regole procedurali da seguire nel caso in cui un minore residente in Italia venga illecitamente trasferito all'estero. L'art. 3 della legge citata individua nel Ministero della Giustizia, Ufficio per la giustizia minorile, l'Autorità Centrale competente per l'attuazione ed il perseguimento delle finalità delle due Convenzioni.

2. La disciplina contenuta nella Convenzione dell'Aja

Il più esteso ambito di operatività dello strumento dell'Aja lo rende certamente il più efficace rimedio a livello mondiale nei casi di sottrazione internazionale di minori⁵: si ritiene, quindi, opportuno procedere ad un breve esame della disciplina ivi contenuta, la quale costituisce il punto di riferimento della materia oggetto della presente trattazione, nonché la base normativa sulla quale si innesta la disciplina europea contenuta nel Regolamento (CE) n. 2201/2003.

Non si potrà insomma trattare della normativa europea in tema di sottrazione internazionale di minori senza prima aver richiamato la Convenzione dell'Aja, importante punto di riferimento che, in atto, ha raccolto l'adesione di ben 89 Paesi di tutti i Continenti; nata il 25 ottobre 1980, si prefigge di ristabilire il corretto esercizio dei diritti di affidamento e di visita violati, inerenti minore di sedici anni.

L'obiettivo della Convenzione è l'immediato rientro del minore nello Stato di residenza abituale, descritto nella stessa Premessa del testo che, affermato il rilevante interesse del minore in tutte le questioni pertinenti alla sua custodia, ai fini della sua protezione a livello internazionale, contro gli effetti nocivi derivanti da un suo trasferimento o mancato rientro

³ CONTIERO, *L'affidamento dei minori*, in *Teoria e pratica del diritto*, sez. I – 145 Diritto e procedura civile, Giuffrè ed., Milano, 2009.

⁴ VIALE, *La sottrazione internazionale di minori. Ministero della Giustizia, dipartimento giustizia minorile. Autorità centrali convenzionali*, GANGEMI EDITORE, Roma, 2006.

⁵ CORBETTA, *La Convenzione dell'Aja del 1980 sugli effetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, agosto-settembre 2008, pp. 715 ss.

illecito, si propone di stabilire procedure tese ad assicurare l'immediato ripristino dello status quo ante la sottrazione, nonché a garantire la tutela del diritto di visita.

Il presupposto per la ricorrenza della fattispecie regolata, come abbiamo prima definito, è il trasferimento del minore ad opera di uno dei soggetti ivi individuati in un Paese diverso da quello di nascita o di residenza abituale; ricorrerà la diversa ipotesi di trattenimento di minore all'estero, invece, quando lo stesso viene trattenuto in altro Paese straniero presso il quale abbia trascorso un periodo di soggiorno (pertanto in presenza di iniziale consenso dell'altro esercente il diritto di affidamento o altro titolo giustificativo della richiesta di rientro.).

Presupposto per l'applicazione della normativa convenzionale (Aja del 1980) è la *illiceità del trasferimento o del mancato ritorno*. Escluso ogni riferimento al diritto interno, il carattere di illiceità si rinviene nello stesso testo della Convenzione, richiedendo:

1) la violazione di un diritto di affidamento, sia che provenga da un provvedimento giudiziario e/o amministrativo (ricordiamo che determinati provvedimenti possono rivestire natura giudiziale o amministrativa in Paesi diversi e la Convenzione ne tiene correttamente conto) sia che il titolo in questione derivi dalla stessa legge (nel nostro ordinamento tale aspetto è regolato dall'art. 317 bis cc) ovvero da un accordo;

2) che il suddetto diritto di affidamento fosse esercitato in maniera effettiva all'atto del trasferimento o mancato rientro da parte del soggetto (persona fisica, ente o istituzione) istante per il rientro, ovvero che sia stata proprio la sottrazione o il mancato rientro ad impedirne l'effettivo esercizio.

L'Autorità investita della decisione sulla richiesta del rientro dovrà così anzitutto verificare l'esistenza di un diritto di affidamento, con riferimento al Paese in cui il minore aveva la propria residenza abituale, nozione usualmente utilizzata dalle Convenzioni promosse dalla Conferenza di diritto internazionale privata dell'Aja e largamente usato anche da altri strumenti giuridici.

Il punto in questione è stato affrontato in dottrina ove, precisata l'esclusione di ogni valutazione giuridica propria dello Stato richiesto del rientro, si polemizza con la giurisprudenza italiana, asserendo che : «non è corretto affermare, come più volte fatto dalla giurisprudenza italiana, ed in particolare dalla Corte di Cassazione, che la Convenzione tutela una situazione di affidamento di mero fatto»⁶; affermando invece che è sempre necessario che

⁶ ZANOBETTI, *Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, Tomo II, Giuffrè Ed., Milano, 2007, pp. 4274 ss. L'autrice cita a riguardo CC.

nell'ordinamento giuridico dello Stato di residenza abituale del minore esista un diritto di affidamento giuridicamente fondato, considerando – l'autore – che la stessa Corte di Cassazione si è pronunciata in tal senso⁷.

Da ciò si trae conferma degli obbiettivi della Convenzione, che si astiene da qualsivoglia attività intesa a stabilire a chi spetterà l'affidamento, ma vuole evitare che il futuro provvedimento possa essere influenzato da un cambiamento di circostanze indotte unilateralmente, sia pure – come in presenza di un affidamento congiunto – da una delle parti affidatarie.

Gli elementi di fatto, a presupposto della fattispecie regolamentata dalla Convenzione dell'Aja, devono preesistere alla sottrazione, sottoposti alla verifica del giudice adito, il quale non ha potere di valutazione in merito al titolo (affidamento e/o diritto di visita) ed è, pertanto, tenuto a dichiarare la violazione in presenza degli stessi e a tenore della normativa *de qua*.

L'art. 12 costituisce il vero cardine della Convenzione, poiché prescrive l'obbligo dello Stato richiesto di disporre immediatamente il rientro del minore di età inferiore ai sedici anni, illecitamente trasferito o trattenuto in un Paese diverso da quello della sua residenza abituale. Interessante sottolineare che, proprio in virtù della speditezza richiesta dalla Convenzione per dare sollecita esecutività all'ordine di rientro, la legge italiana di esecuzione conferisce immediata esecutività all'ordine di rientro, non suscettibile di sospensione dalla eventuale proposizione di ricorso per Cassazione. A rigore della stessa norma in commento, al procedimento testè descritto si dà avvio quando dall'illecito trasferimento o trattenimento *de quibus* non sia trascorso un anno.

Lo stesso obbligo di disporre il rientro è prescritto anche qualora l'illecito sia stato protratto oltre il termine di un anno, tranne che il minore si sia nel frattempo integrato nel Paese di trasferimento, qualora ciò sia dimostrato (la prova è a carico della parte richiedente il rientro).

L'art. 13 contempla i casi di eccezione al disposto di cui alla norma che lo precede:

Sez. I, 20 mar. 1998/2954; CC, Sez. I, 28 mar. 2000/3701; CC, sez. I 23 mar 1998/6235; CC, Sez. I, 20 mar. 1998/2954.

⁷ Ad es., Cassazione civile, sez. I, 29/11/2001, n. 15192 Camilli c. Krempl Giust. civ. Mass. 2001, 2055: «In tema di illecita sottrazione internazionale di minori, per azionare le regole della convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 (resa esecutiva con legge n. 64 del 1994) ed accertare l'illiceità del trasferimento (o mancato rientro) del minore, occorre verificare che il soggetto richiedente la tutela abbia la titolarità di un diritto di custodia, con i caratteri di cui all'art. 3 della citata convenzione ed effettivamente esercitato. Pertanto, un provvedimento giudiziale adottato dal giudice dello Stato nel quale il minore aveva la sua residenza abituale ben può essere utilizzato per la formazione del convincimento del giudice italiano circa la sussistenza del diritto di custodia, che - secondo la disposizione recata dall'ultimo comma del menzionato art. 3 - può derivare anche "da una decisione giudiziaria o amministrativa"».

ritenuto superfluo ogni commento sulla lettera a), che non fa altro che confermare la necessità dei presupposti titoli ai fini della sua applicabilità, ovvero la circoscrizione della portata dei principi sopra delineati, in ordine alla conservazione della situazione di fatto “pre-sottrazione” e delimitazione dei poteri del giudice adito ad un’attività di verifica della attualità dei titoli stessi e spedita evasione della domanda, gli elementi desumibili dalla successiva lettera b) offrono lo spunto per interessanti considerazioni sui due elementi che emergono dalla sua lettura.

In verità, non ci troviamo davanti ad una deroga vera e propria dell’affermazione del principio di conservazione dello *status quo ante* ripetutamente richiamato - che resta l’obiettivo prevalente in conformità allo spirito ed alle finalità della Convenzione.

Nel caso previsto dall’articolo trattato, lo Stato richiesto del rientro non è tenuto ad ordinare il ritorno del minore, in caso di opposizione del richiedente, il quale dimostri la sussistenza delle circostanze successivamente elencate in a) – di cui si è già trattato – e b) : “fondato rischio per il minore di essere esposto per il fatto del suo ritorno a pericoli fisici e psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile”.

L’Autorità richiesta può, invece, rifiutare l’ordine di ritorno del minore che vi si opponga, qualora egli abbia raggiunto un’età ed un grado di maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere.

Appare pertanto opportuno soffermarsi brevemente su questi due elementi ripresi dalla norma in trattazione, ovvero le circostanze di cui alla lettera b) e l’opposizione del minore al rientro.

La nozione di rischio è stata elaborata dalla giurisprudenza⁸, secondo la quale è richiesto un consistente livello di gravità dei pericoli prospettati, non essendo sufficiente il profilarsi di meri inconvenienti quali conseguenze del rimpatrio.

In particolare, è stato escluso che la difficoltà nei rapporti con il genitore titolare del diritto di visita possa integrare il requisito previsto dalla norma *de qua*. Al contrario, sono stati approvati provvedimenti di diniego fondati sulla considerazione che un secondo distacco (quello dal genitore che ha realizzato la sottrazione) potesse arrecare al minore un pregiudizio ancora maggiore rispetto a quello cagionato dalla prima frattura del nucleo familiare.

⁸ Cassazione civile, sez. I, 04/07/2003, n. 10577, in *Famiglia e diritto*, 2004, 357 (nota GIORGETTI): «L’art. 13, lett. b) Conv. Aja 1980 ha carattere eccezionale ed è soggetto ad un’interpretazione rigorosa, sicché l’immediato rientro del minore può essere escluso solo quando sussistono i presupposti della gravità del rischio e del danno psichico del minore di particolare intensità»; Cassazione civile, sez. un., 23/02/2001, n. 70 C.Y. c. M.C.A. e altro - *Riv. dir. internaz. priv. e proc.* 2002, 139: «Ai sensi dell’art. 13 comma 1 lett. b) della convenzione dell’Aja del 25 ottobre 1980 sulla sottrazione internazionale dei minori, il giudice dello Stato in cui il minore si trova a causa di trasferimento illegittimo o di mancato rientro può respingere la richiesta di rimpatrio quando quest’ultimo comporti pericoli fisici o psichici o situazioni intollerabili per il minore stesso. Il giudice dello Stato in cui il minore si trova per effetto della sottrazione può altresì decidere misure provvisorie sull’affidamento del minore stesso, a nulla rilevando il criterio di giurisdizione relativo alla residenza abituale del minore di cui alla convenzione dell’Aja del 5 ottobre 1961, poiché su di essa prevale la convenzione dell’Aja del

Un utile contributo alla evoluzione della materia nella sua applicazione pratica è offerto dalle decisioni di tribunali nazionali ed internazionali, coadiuvato dal richiamo e coordinamento con principi e disposti di altre Convenzioni: si afferma, infatti, che nel giudizio relativo al rientro immediato in patria del minore e alla sussistenza di eventuali condizioni ostative a tale ritorno in patria, è sempre prevalente, su ogni altra questione, l'interesse del minore secondo il disposto dell'art. 3 par. 1 della Convenzione di New York 20 novembre 1989, per cui al giudice deve impedire di accettare che i bambini sperimentino nella propria persona, attraverso un provvedimento giudiziario traumatico, le conseguenze dei comportamenti, sia pure ingiusti e pretestuosi degli adulti. 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, con la conseguenza che il controllo di legittimità non può spingersi al riesame degli elementi probatori e discrezionali su cui il giudice di merito ha fondato il proprio convincimento.

Per quanto concerne il diritto del minore ad essere ascoltato, il suo parere in senso contrario al rientro, legittima l'Autorità adita per il rientro a rifiutare la richiesta. La portata di tale affermazione - peraltro definita nella stessa norma - investe l'Autorità adita del compito di valutare il grado di maturità e coscienza del minore, prima di assumere la dichiarazione *de qua*⁹.

25 ottobre 1980 (art. 34)»; Cassazione civile, sez. I, 25/09/2001, n. 11999 Curtet c. Magalhaes e altro Riv. dir. internaz. priv. e proc. 2002, 430: «Ai sensi dell'art. 13 comma 1 lett. b) della convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sulla sottrazione internazionale dei minori, l'autorità giudiziaria dello Stato richiesto non è tenuta a disporre il rientro del minore qualora esista un rischio grave che quest'ultimo sia esposto a un danno fisico o psichico o in ogni caso ad una situazione intollerabile. Ai sensi dell'art. 7 comma 3 l. 15 gennaio 1994 n. 64, che ha dato esecuzione alla convenzione dell'Aja del 1980, l'accertamento delle condizioni di cui all'art. 13 comma 1 lett. b) può essere compiuto sulla base di sommarie informazioni».

9 Cassazione civile, sez. I, 15/03/2001, n. 3767, Canetti c. Robustelli Thorpe e altro Riv. dir. internaz. priv. e proc. 2002, 146: «L'art. 15 della convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sulla sottrazione internazionale dei minori facoltizza l'autorità competente dello Stato, al quale sia richiesta la restituzione di un minore, che si assume illegittimamente trattenuto fuori dello Stato di provenienza, di richiedere alla competente autorità di quest'ultimo di accertare il punto di vista del minore e di svolgere opportune indagini. È inammissibile, ai sensi dell'art. 111 cost., e della l. 15 gennaio 1994 n. 64, il ricorso contro il decreto pronunciato dal giudice italiano in esito alla attività amministrativa istruttoria, diretta ad accertare la situazione del minore».

La rilevanza del parere del minore che si oppone al rientro, nella formazione del convincimento dell'Autorità richiesta, richiede un'attività di indagine più approfondita: non basta l'accertata capacità di discernimento, ma si richiede all'interprete la valutazione altresì di specifici requisiti di età e di maturità (Cass. 18.3.2006 n.6081), attribuendo una certa

discrezionalità al giudice ai fini di una prognosi circa il raggiungimento di un'età idonea a determinarsi, che assorbe l'ulteriore requisito della maturità⁹.

Sarà necessario tuttavia segnalare quanto, da altre fonti internazionali e comunitarie giungano significative indicazioni sulla necessità di interpellare il minore, disattendendone il parere esclusivamente nel caso questo si presentasse manifestamente contrario al suo interesse.

Rileva considerare in proposito che la norma è stata redatta in un'epoca in cui ancora non sussistevano obblighi internazionali che imponessero di tener conto dell'opinione del bambino, introdotti successivamente dall'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, adottata a New York nel 1989 e dall'art. 3 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo, adottata a Strasburgo nel 1996.

Alla luce delle indicazioni fornite e delle considerazioni svolte, appare di tutta evidenza che il testo normativo della Convenzione Aja assume il ruolo di strumento convenzionale a carattere cautelare, con lo scopo di ripristinare una situazione di fatto giustificata dalla esistenza di uno *status* di affidamento in capo al minore (derivante dalla legge dell'ordinamento di riferimento in base alla già richiamata residenza abituale o di una pronuncia in tal senso, nonché in presenza di un diritto di visita), in particolare mirando ad assicurare l'immediato ritorno di un minore degli anni 16 nello Stato richiedente (accertato quale Stato di "residenza abituale" dello stesso), qualora questi sia stato trasferito o trattenuto illecitamente in altro Stato membro, in conformità all'art. 3 del testo.

La realizzazione di tali finalità è in buona parte garantita mediante la predisposizione di una rete internazionale di Autorità centrali tra loro coordinate per l'adozione di misure quanto più adeguate ed efficaci a contrastare gli effetti delle condotte lesive in questione, in Italia indicata nel Dipartimento per la giustizia minorile del Ministero di giustizia quale Autorità centrale deputata a promuovere le procedure introdotte dalla Convenzione.

La scelta della tutela di fatto del minore, attraverso il meccanismo del pronto rientro nel Paese di residenza abituale, senza mai menzionare in nessuna disposizione i concetti di 'diritto del minore' o di 'interesse del minore', se non con un unico riferimento al *Preambolo*, si spiega nell'ottica in cui la disciplina si muove: quella di un trattato di cooperazione

⁹ Cassazione civile, sez. I, 15/11/1997, n. 11328 Panozzo c. Proc. Rep. T. Bologna *Giust. civ. Mass.* 1997, 2183: «L'art. 13 della convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori, resa esecutiva con l. 15 gennaio 1994 n. 64, introduce una deroga al principio della immediata restituzione del minore a chi, avendone la custodia, ne sia stato privato, stabilendo tra l'altro 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 evitarli 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 affidatario, nella sua residenza abituale».

internazionale che tramite il criterio della ‘residenza abituale del minore’ ritiene di non dover indagare l’aspetto più precipuo della protezione del bambino (e degli altri soggetti coinvolti), ma di dover solo ristabilire la situazione pre-sottrazione.

Non manca chi, in dottrina, ha rilevato quanto la scelta di obiettivi di siffatta impronta, intesi al mantenimento della situazione di fatto preesistente alla sottrazione, sia suscettibile di condurre a conseguenze problematiche in presenza di casi particolari, come avviene nella possibile ipotesi di contrasti tra provvedimenti giudiziari in ordine all’affidamento del minore.

3. La comunitarizzazione della cooperazione giudiziaria in materia civile: la responsabilità genitoriale nei casi di sottrazione internazionale di minori nello spazio giuridico europeo

La necessità di armonizzare il diritto internazionale privato degli Stati membri della Comunità europea si è affermata, nel corso dell’evoluzione dell’integrazione comunitaria, innanzitutto tramite lo strumento delle convenzioni internazionali¹⁰.

Il punto di partenza è rappresentato dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Proprio sulla falsariga di questa convenzione era stato predisposto un testo di convenzione su competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e relative alla responsabilità dei genitori sui figli avuti in comune, emesse in occasione di procedimenti matrimoniali, approvato il 29 maggio del 1998. Tale convenzione, definita Bruxelles II, non è mai entrata in vigore a seguito della c.d. comunitarizzazione della cooperazione giudiziaria in materia civile: questa è avvenuta con il Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, che ha incluso la materia nello spazio di libertà sicurezza e giustizia, e grazie al quale si è reso possibile regolare la materia con lo strumento del regolamento comunitario n. 1347/2000¹¹. Tale regolamento, tuttavia, non si estendeva alle domande di modifica dei provvedimenti riguardanti la prole e le questioni in materia di diritto di visita: da qui, la proposta della Commissione europea, approvata col Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, a riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che, abrogando il regolamento CE n. 1347/2000, è entrato in vigore dal 1° maggio 2004 tra tutti gli Stati membri (ad esclusione della Danimarca).

¹⁰ ROSSI, *Le Convenzioni fra gli Stati membri dell’Unione Europea*, Milano, 2000, p.151.

¹¹ Regolamento (CE) n. 1347/2000 del 29 maggio 2000, in GCUE n. L 130 del 30 giugno 2000, pp. 19 ss.

Il Regolamento *Bruxelles II-bis* nasce proprio per compensare l'impossibilità di applicare le disposizioni di cui al precedente Regolamento n. 1347/2000 alla totalità dei casi di sottrazione internazionale, i quali presentavano configurazioni ulteriori rispetto a quelle ivi disciplinate, nonché per risolvere i problemi che la prassi applicativa della Convenzione dell'Aja spesso comporta.

Il riferimento ai provvedimenti relativi alla responsabilità genitoriale, pertanto, non incontra più il limite dato dalla circostanza che si tratti di figli comuni, potendo trattarsi anche di figli di uno solo dei soggetti costituenti la coppia, ovvero da quella che si tratti di figli non biologici, essendo ormai pienamente affermato il concetto "omnicomprensivo" della responsabilità genitoriale. A questo si aggiunga il venir meno, con la nuova disciplina, del presupposto nella necessaria connessione con un procedimento matrimoniale in corso¹².

In tal senso è possibile cogliere l'evoluzione che, sul piano giuridico e sociale, il concetto di 'famiglia' ha subito negli ultimi decenni, soprattutto per il contributo che le fonti internazionali hanno apportato rispetto alla normativa tanto europea quanto nazionale, così consentendo quell'avvicinamento tra gli ordinamenti che, in una materia tanto delicata e con spiccati profili di "universalità" quale è quella della tutela dei minori, si configura come necessario¹³.

L'esigenza di un'evoluzione in tal senso era evidente visto il modo in cui i modelli di protezione si differenziavano a seconda della categoria di appartenenza del minore e, soprattutto, a fronte della necessità di garantire una tutela del superiore interesse del minore nel contesto delle relazioni familiari che fosse fondata sui principi di effettività ed eguaglianza¹⁴.

A riguardo, fondamentale risulta l'apporto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁵, che fa ormai parte del tessuto normativo europeo, con valore pari a quello dei Trattati (come sancito dal nuovo art. 6 TUE, modificato dal Trattato di Lisbona) e che – come più volte ribadito dai giudici europei e nazionali - costituisce necessario strumento di interpretazione delle discipline contenute nella Convenzione dell'Aja del 1980 e del Regolamento *Bruxelles II-bis*.

In particolare, ci si riferisce al disposto dell'art. 24 della Carta, rubricato "Diritti del minore", ove si legge:

¹² BARUFFI, *Spunti sul Regolamento 2201/2003 e sulla sua applicazione giurisprudenziale*, in AIAF Rivista 2009/3 – settembre-dicembre 2009.

¹³ Si veda a riguardo PACIA, *I principi di diritto europeo della famiglia*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 02, 0227.

¹⁴ BARUFFI, *Spunti sul Regolamento 2201/2003 e sulla sua applicazione giurisprudenziale* cit.

¹⁵ GUUE, 30 marzo 2010, (2010/C 83/02).

«I minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. / In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente. / Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse.»

L'obiettivo del Regolamento è nel senso di ampliare e definire ulteriormente la nozione di responsabilità, riconducendovi anche le misure relative all'esercizio – non solo alla delega: a riguardo, la Corte di Giustizia UE¹⁶, ha stabilito che lo nozione di “materia civile” di cui all'art. 1 del testo comunitario va interpretata in modo autonomo, al fine di garantire il reciproco riconoscimento delle decisioni ed una uniforme applicazione della relativa disciplina in tutti gli Stati membri; in linea con questa esigenza è quella di garantire parità di condizioni a tutti i minori, applicando il Regolamento a tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriali, in conformità al *considerando* n. 5¹⁷.

4. I rapporti tra il Regolamento (CE) 2201/2003 e le convenzioni internazionali in materia, in particolare la Convenzione dell'Aja 1980

Il testo comunitario definisce così il proprio ambito di applicazione (relativamente alle sole controversie aventi carattere transfrontaliero¹⁸) e regola espressamente la natura dei propri rapporti con “altri atti normativi” preesistenti che, *ratione materiae*, concorrono a disciplinare le medesime fattispecie.

Con la norma di cui all'art. 59, esso si sostituisce alle convenzioni vigenti alla data della entrata in vigore, precedentemente concluse tra gli Stati membri, per quel che concerne le materie oggetto della sua disciplina.

Nell'articolo seguente continua, affermando la propria prevalenza su una serie di convenzioni multilaterali tassativamente elencate:

- a) convenzione dell'Aia, del 5 ottobre 1961, sulla competenza delle autorità e sulla

¹⁶ CGUE, 27 novembre 2007, causa C-435/06, Procedimento “C”.

¹⁷ Reg. (CE) n. 2201/2003 cit., *considerando* n. 5: «Per garantire parità di condizioni a tutti i minori, il presente regolamento disciplina tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriale, incluse le misure di protezione del minore, indipendentemente da qualsiasi nesso con un procedimento matrimoniale».

¹⁸ La *High Court of Justice* in Irlanda del Nord, il 25 febbraio 2008 (<http://www.bailii.org>), ne ha, infatti, escluso l'applicabilità ad una controversia che vedeva coinvolti Irlanda del Nord e Galles, in quanto questioni di diritto interno.

legge applicabile in materia di protezione dei minori;

b) convenzione del Lussemburgo, dell'8 settembre 1967, sul riconoscimento delle decisioni relative al vincolo matrimoniale;

c) convenzione dell'Aia, del 10 giugno 1970, sul riconoscimento dei divorzi e delle separazioni personali;

d) convenzione europea, del 20 maggio 1980, sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento;

e) convenzione dell'Aia, del 25 ottobre 1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori¹⁹.

Proprio con riferimento a quest'ultima, il *considerando* n. 17 interviene nello specifico dei rapporti col testo dell'Aja, la cui applicazione ai casi di trasferimento o mancato rientro illeciti del minore viene ribadita e il cui obiettivo nel senso dell'immediato rientro viene inequivocabilmente condiviso: è in quest'ottica che va interpretato il senso della integrazione di cui al medesimo punto: lo strumento internazionale continuerà ad applicarsi come integrato dalle disposizioni dello strumento comunitario, in particolare (ma non solo) l'art. 11.

Ed è la stessa Convenzione, all'art. 36²⁰, ad ammettere – quasi, a promuovere – la facoltà in capo a due o più Stati contraenti di derogare alla disciplina ivi contenuta al fine di implementarne le finalità, eliminando o limitando le restrizioni che l'immediato rientro del minore può subire.

Si delinea così un quadro normativo certamente complesso, ma non per questo comprovante gli effetti distorsivi che, secondo autorevole dottrina – la quale sarà più avanti opportunamente analizzata -, il Regolamento *Bruxelles II-bis* avrebbe prodotto sul meccanismo predisposto dalla Convenzione dell'Aja.

Entrambi gli strumenti condividono le definizioni dei presupposti per la loro applicazione, segno evidente della reale intenzione del legislatore comunitario di procedere, in materia, ad un potenziamento del modello di riferimento: in particolare, l'art. 2 n. 9 definisce il diritto di affidamento come “i diritti e doveri concernenti la cura della persona di un minore, in particolare il diritto di intervenire nella decisione riguardo al suo luogo di residenza”; il n. 10 dello stesso articolo definisce il diritto di visita come “il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo”; quanto all'illiceità del trasferimento o del mancato ritorno del minore, infine, il

¹⁹ Art. 60 lett. e) Reg. (CE) n. 2201/2003.

²⁰ “Nulla nella presente Convenzione impedirà a due o più Stati contraenti, al fine di limitare le restrizioni cui il ritorno del minore può essere soggetto, di decidere di comune accordo di derogare a quelle regolamentazioni della Convenzione suscettibili di implicare tali restrizioni.”

n. 11 richiede – analogamente alla Convenzione – la violazione derivante da una decisione, dalla legge o da un accordo vigente in base alla legislazione dello Stato membro nel quale il minore aveva la sua residenza abituale e che tale diritto fosse, al momento della sottrazione, effettivamente esercitato, individualmente o congiuntamente, o che comunque il mancato esercizio sia effettivamente dipeso proprio dall'evento della sottrazione.

Quanto alla nozione del diritto di visita, è bene sottolineare come la vaghezza di confini con la quale si è scelto di inserirla nel Regolamento, e che ne comporta un'estensione oltre le persone dei genitori, possa produrre difformità applicative nei vari Stati membri²¹, nonché condurre ad un concreto sconfinamento della responsabilità genitoriale, configurabile così anche in capo a terzi, ai quali andrebbe corrispondentemente riconosciuto l'accesso alla relativa tutela²².

Orbene, la terminologia appena richiamata ripropone interamente la lettera delle omologhe disposizioni della Convenzione, rispettivamente l'articolo 5 lett. a) e b)²³ e l'art. 3²⁴.

Una differenza si rileva quanto al soggetto minore destinatario della tutela: mentre, infatti, l'art. 4 della Convenzione segna il limite della propria applicazione nel compimento dei 16 anni da parte del minore, il Regolamento non stabilisce direttamente un limite massimo d'età del minore e rinvia a quanto previsto dal diritto nazionale.

²¹ ESPINOSA CALABUIG, *La sottrazione di minori nell'Unione europea tra regolamento 2201/2003 e Convenzione dell'Aja del 1980*, in CARBONE, QUEIROLO, *Diritto di famiglia e Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 290.

²² LONG, *L'impatto del Regolamento CE 2201/2003 sul diritto di famiglia italiano: tra diritto internazionale privato e diritto sostanziale*, in *Famiglia*, 2006, pp. 1145-1146.

²³ Convenzione dell'Aja 1980 cit., art. 5: "Ai sensi della presente Convenzione: a) il «diritto di affidamento» comprende i diritti concernenti la cura della persona del minore, ed in particolare il diritto di decidere riguardo al suo luogo di residenza; b) il «diritto di visita» comprende il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo."

²⁴ Ibid., art. 3: "Il trasferimento o il mancato rientro di un minore è ritenuto illecito: a) quando avviene in violazione dei diritti di custodia assegnati ad una persona, istituzione o ogni altro ente, congiuntamente o individualmente, in base alla legislazione dello Stato nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro e b) se tali diritti vanno effettivamente esercitati, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o avrebbero potuto esserlo se non si fossero verificate tali circostanze. Il diritto di custodia citato al capoverso a) di cui sopra può in particolare derivare direttamente dalla legge, da una decisione giudiziaria o amministrativa, o da un accordo in vigore in base alla legislazione del predetto Stato."

5. Prime conclusioni: l'interesse superiore del minore, criterio guida dell'intero diritto minorile

L'intera produzione normativa di fonte nazionale, comunitaria ed internazionale in materia di responsabilità genitoriale e protezione dei minori si incentra del preminente obiettivo della realizzazione del superiore interesse del minore.

Esso rappresenta un principio fondamentale del diritto internazionale, come sancito dall'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, nonché dall'art. 24 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Lo stesso fa la Carta di Nizza, nel citato art. 24, ove ai parr. 2 e 3 definisce la portata di quel che debba intendersi per superiore interesse del minore.

Le disposizioni sopra richiamate consentono di evidenziare il duplice contenuto di tale nozione, cui corrisponde, da un lato, l'esigenza del minore di intrattenere relazioni personali regolari con entrambi i genitori (art. 24, Carta di Nizza) e, dall'altro, quella della tutela del benessere psico-fisico del minore (art. 3, Convenzione di New York): sottolineare la complementarità delle due interpretazioni assume un particolare valore nello specifico ambito della sottrazione internazionale del minore, dove le due esigenze del minore si trovano, di fatto, spesso in contrapposizione.

Da un lato, infatti, andrà opportunamente garantito il diritto alla bigenitorialità del fanciullo, compromesso dalla situazione determinata dall'evento della sottrazione ad opera di uno dei genitori, ma, dall'altro, dovrà assicurarsi che la realizzazione di una tale garanzia non minacci il suo benessere fisico e psichico – è proprio questa la principale questione che si pone ai giudici chiamati a risolvere tali fattispecie²⁵.

Le molteplici sfumature del concetto di 'superiore interesse del minore' appena delineato permettono al giudice di ampliare i parametri della propria valutazione, conferendo rilevanza anche ad elementi non strettamente giuridici, ma che, tuttavia, possono condurre ad esiti più 'ragionati'. In tal senso va interpretato il testo dell'Aja, che, come chiarito nel *Rapport Explicatif*, riconosce che il criterio in esame si configura più come un parametro d'ordine sociologico, che non un vero e proprio criterio giuridico²⁶.

²⁵ Si veda sul punto RUO, *Tutela dei figli e procedimenti relativi alla crisi della coppia genitoriale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Dir. famiglia*, 2011, 02, 1004.

²⁶ PEREZ-VERA, *Rapport explicatif*, in *Conférence de la Haye, Actes et Documents de la Quatorzième session*, La Haye, 1982, par. 21.

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

(aperta alla firma a l'Aja il 25 ottobre 1980).

Gli stati firmatari della presente Convenzione,

Profondamente convinti che l'interesse del minore sia di rilevanza fondamentale in tutte le questioni pertinenti alla sua custodia;

Desiderando proteggere il minore, a livello internazionale, contro gli effetti nocivi derivanti da un suo trasferimento o mancato rientro illecito, e stabilire procedure tese ad assicurare l'immediato rientro del minore nel proprio Stato di residenza abituale, nonché a garantire la tutela del diritto di visita,

Hanno determinato di concludere a tale scopo una Convenzione, ed hanno convenuto le seguenti regolamentazioni:

CAPO I

Campo di applicazione della Convenzione

Articolo 1

La presente Convenzione ha come fine:

- A. di assicurare l'immediato rientro dei minori illecitamente trasferiti o trattenuti in qualsiasi Stato Contraente;
- B. di assicurare che i diritti di affidamento e di visita previsti in uno Stato Contraente siano effettivamente rispettati negli altri stati contraenti.

Articolo 2

Gli Stati Contraenti prendono ogni adeguato provvedimento per assicurare, nell'ambito del proprio territorio, la realizzazione degli obiettivi della Convenzione. A tal fine, essi dovranno avvalersi delle procedure d'urgenza a loro disposizione.

Articolo 3

Il trasferimento o il mancato rientro di un minore é ritenuto illecito:

A. quando avviene in violazione dei diritti di custodia assegnati ad una persona, istituzione o ogni altro ente, congiuntamente o individualmente, in base alla legislazione dello Stato nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro e:

B. se tali diritti saranno effettivamente esercitati, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o avrebbero potuto esserlo se non si fossero verificate tali circostanze.

Il diritto di custodia citato al capoverso a) di cui sopra può in particolare derivare direttamente dalla legge, da una decisione giudiziaria o amministrativa, o da un accordo in vigore in base alla legislazione del predetto Stato.

Articolo 4

La Convenzione si applica ad ogni minore che aveva la propria residenza abituale in uno Stato Contraente immediatamente prima della violazione dei diritti di affidamento o di visita. L'applicazione della Convenzione cessa allorché il minore compie 16 anni.

Articolo 5

Ai sensi della presente Convenzione:

A. il "diritto di affidamento" comprende i diritti concernenti la cura della persona del minore, ed in particolare il diritto di decidere riguardo al suo luogo di residenza;

B. il "diritto di visita" comprende il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo.

CAPO II

Autorità centrali

Articolo 6

Ciascuno Stato Contraente nomina un'autorità centrale, che sarà incaricata di adempiere agli obblighi che le vengono imposti dalla Convenzione. Uno Stato federale, uno Stato nel quale sono in vigore molteplici ordinamenti legislativi, o uno Stato che abbia assetti territoriali

autonomi, hanno facoltà di nominare più di una autorità centrale e di specificare l'estensione territoriale dei poteri di ciascuna di dette autorità.

Qualora uno Stato abbia nominato più di una 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.

Articolo 7

Le autorità centrali devono cooperare reciprocamente e promuovere la cooperazione tra le autorità competenti nei loro rispettivi stati, al fine di assicurare l'immediato rientro dei minori e conseguire gli altri obiettivi della Convenzione.

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.

CAPO III

Ritorno del minore

Articolo 8

Ogni persona, istituzione od ente, che adduca che un minore é stato trasferito o trattenuto in violazione di un diritto di affidamento, può rivolgersi sia all'autorità centrale della residenza abituale del minore, sia a quella di ogni altro Stato Contraente, al fine di ottenere assistenza per assicurare il ritorno del minore.

La domanda deve contenere:

- A. le informazioni concernenti l'identità del richiedente, del minore o della persona che si adduce abbia sottratto o trattenuto il minore;
- B. la data di nascita del minore, qualora sia possibile procurarla;
- C. i motivi addotti dal richiedente nella sua istanza per esigere il rientro del minore;
- D. ogni informazione disponibile relativa alla localizzazione del minore ed alla identità della persona presso la quale si presume che il minore si trovi;

La domanda può essere accompagnata o completata da:

- E. una copia autenticata di ogni decisione o accordo pertinente;
- F. un attestato o una dichiarazione giurata, rilasciata dall'autorità centrale, o da altra autorità competente dello Stato di residenza abituale, o da persona qualificata, concernente la legislazione dello Stato in materia
- G. ogni altro documento pertinente.

Articolo 9

Se l'autorità centrale che riceve una domanda ai sensi dell'articolo 8, ha motivo di ritenere che il minore si trova in un altro Stato Contraente, essa trasmette la domanda direttamente,

ed immediatamente, all'autorità centrale di questo Stato Contraente e ne informa l'autorità centrale richiedente, o, se del caso, il richiedente.

Articolo 10

L'autorità centrale dello Stato in cui si trova il minore prenderà o farà prendere ogni adeguato provvedimento per assicurare la sua riconsegna volontaria.

Articolo 11

Le autorità giudiziarie o amministrative di ogni Stato Contraente devono procedere d'urgenza per quanto riguarda il ritorno del minore.

Qualora l'autorità giudiziaria o amministrativa richiesta non abbia deliberato entro un termine di sei settimane dalla data d'inizio del procedimento il richiedente (o l'autorità centrale dello Stato richiesto), di sua iniziativa, o su richiesta dell'autorità centrale dello Stato richiedente, può domandare una dichiarazione in cui siano esposti i motivi del ritardo.

Qualora la risposta venga ricevuta dall'autorità centrale dello Stato richiesto, detta autorità deve trasmettere la risposta all'autorità centrale dello Stato richiedente, o, se del caso, al richiedente. **Articolo 12**

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

L'autorità giudiziaria o amministrativa, benché adita dopo la scadenza del periodo di un anno di cui al capoverso precedente, deve ordinare il ritorno del minore, a meno che non sia dimostrato che il minore sia integrato nel suo nuovo ambiente.

Se l'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato richiesto ha motivo di ritenere che il minore è stato condotto in un altro stato, essa può sospendere la procedura o respingere la domanda di ritorno del minore.

Articolo 13

Nonostante le disposizioni del precedente articolo, l'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato richiesto non é tenuta ad ordinare il ritorno del minore qualora la persona, istituzione od ente che si oppone al ritorno, dimostri:

A. che 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;

B. che 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 in una situazione intollerabile;

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.

Nel valutare le circostanze di cui al presente articolo, le autorità giudiziarie e amministrative devono tener conto delle informazioni fornite dall'autorità centrale o da ogni altra autorità competente dello Stato di residenza del minore, riguardo alla sua situazione sociale.

Articolo 14

Nel determinare se vi sia stato o meno un trasferimento od un mancato ritorno illecito, ai sensi dell'articolo 3, l'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato richiesto può tener conto direttamente della legislazione e delle decisioni giudiziarie o amministrative, formalmente riconosciute o meno nello Stato di residenza abituale del minore, senza ricorrere alle procedure specifiche per la prova di detta legislazione, o per il riconoscimento delle decisioni giudiziali straniere che sarebbero altrimenti applicabili.

Articolo 15

Le autorità giudiziarie o amministrative di uno Stato Contraente hanno facoltà, prima di decretare il ritorno del minore, di domandare che il richiedente produca una decisione o attestato emesso dalle autorità dello Stato di residenza abituale del minore, comprovante che il trasferimento o il mancato rientro era illecito ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione, sempre che tale decisione o attestato possa essere ottenuto in quello stato. Le autorità centrali degli Stati Contraenti assistono il richiedente, per quanto possibile, nell'ottenimento di detta decisione o attestato.

Articolo 16

Dopo aver ricevuto notizia di un trasferimento illecito di un minore o del suo mancato ritorno ai sensi dell'articolo 3, le autorità giudiziarie o amministrative dello Stato Contraente nel quale il minore è stato trasferito o è trattenuto, non potranno deliberare per quanto riguarda il merito dei diritti di affidamento, fino a quando non sia stabilito che le condizioni della presente Convenzione, relativa al ritorno del minore sono soddisfatte, a meno che non venga presentata una istanza, in applicazione della presente Convenzione, entro un periodo di tempo ragionevole a seguito della ricezione della notizia.

Articolo 17

Il solo fatto che una decisione relativa all'affidamento sia stata presa o sia passibile di riconoscimento dello Stato richiesto non può giustificare il rifiuto di fare ritornare il minore, in forza della presente Convenzione; tuttavia, le autorità giudiziarie o amministrative dello Stato richiesto possono prendere in considerazione le motivazioni della decisione nell'applicare la Convenzione.

Articolo 18

Le disposizioni del presente capo non limitano il potere dell'autorità giudiziaria o amministrativa di ordinare il ritorno del minore in qualsiasi momento.

Articolo 19

Una decisione relativa al ritorno del minore, pronunciata conformemente alla presente Convenzione, non pregiudica il merito del diritto di custodia.

Articolo 20

Il ritorno del minore, in conformità con le disposizioni dell'articolo 12, può essere rifiutato, nel caso che non fosse consentito dai principi fondamentali dello Stato richiesto relativi alla protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

CAPO IV

Diritto di visita

Articolo 21

Una domanda concernente l'organizzazione o la tutela dell'esercizio effettivo 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.

Le autorità centrali sono vincolate dagli obblighi di cooperazione di cui all'articolo 7, al fine di assicurare un pacifico esercizio del diritto di visita, nonché l'assolvimento di ogni condizione cui l'esercizio di tale diritto possa essere soggetto.

Le autorità centrali faranno i passi necessari per rimuovere, per quanto possibile, ogni ostacolo all'esercizio di detti diritti.

Le autorità centrali, sia direttamente, sia per il tramite di intermediari, possono avviare, o agevolare, una procedura legale al fine di organizzare o tutelare il diritto di visita e le condizioni cui l'esercizio di detto diritto di visita possa essere soggetto.

CAPO V

Disposizioni generali

Articolo 22

Nessuna cauzione o deposito, con qualsiasi denominazione venga indicata, può essere prescritta come garanzia del pagamento dei costi e delle spese relative alle procedure giudiziarie ed amministrative di cui alla presente Convenzione.

Articolo 23

Nessuna legalizzazione o analoga formalità, potrà essere richiesta in base alla Convenzione.

Articolo 24

Ogni domanda, comunicazione o altro documento inviato all'autorità centrale dello Stato richiesto, dovrà essere redatto in lingua originale ed accompagnato da una traduzione della lingua ufficiale, o in una delle lingue ufficiali dello Stato richiesto, oppure, qualora ciò sia difficilmente realizzabile, da una traduzione in francese o in inglese.

Tuttavia, uno Stato Contraente avrà facoltà, applicando la riserva prevista all'articolo 42, di opporsi alla utilizzazione sia del francese, sia dell'inglese (ma non di entrambe) in ogni istanza, comunicazione, o altro documento inviato alla propria autorità centrale.

Articolo 25

I cittadini di uno Stato Contraente, e le persone che risiedono abitualmente in questo Stato, avranno diritto, per tutto quanto riguarda l'applicazione della presente Convenzione, all'assistenza giudiziaria e legale in ogni altro Stato Contraente, alle medesime condizioni che se fossero essi stessi cittadini di quest'ultimo Stato e vi risiedessero abitualmente.

Articolo 26

Ogni autorità centrale si farà carico delle proprie spese relative alla applicazione della Convenzione.

L'autorità centrale e gli altri servizi pubblici degli stati contraenti non imporranno alcuna spesa in relazione alle istanze presentate in applicazione della presente Convenzione.

In particolare, esse non possono esigere dal richiedente il pagamento dei costi e delle spese concernenti le procedure, o gli eventuali oneri risultanti dalla partecipazione di un avvocato o di un consulente legale.

Tuttavia, esse hanno facoltà di richiedere il pagamento delle spese sostenute, o da sostenere nell'espletamento delle operazioni attinenti al ritorno del minore.

Ciò nonostante, uno Stato Contraente, nell'esprimere la riserva prevista all'articolo 42, potrà dichiarare che non è tenuto alle spese di cui al capoverso precedente, derivanti dai servizi di un avvocato, o consulente legale, o al pagamento delle spese processuali a meno che detti costi possano essere inclusi nel suo ordinamento di assistenza giudiziaria e legale.

Nell'ordinare il ritorno del minore, o nel deliberare sul diritto di visita, in conformità alla presente Convenzione, l'autorità giudiziaria o amministrativa può, se del caso, porre a carico della persona che ha trasferito o trattenuto il minore, o che ha impedito l'esercizio del diritto di visita, il pagamento di tutte le spese necessarie sostenute dal richiedente, o a nome del richiedente, ivi comprese le spese di viaggio, i costi relativi all'assistenza giudiziaria del richiedente ed al ritorno del minore, nonché tutti i costi e le spese sostenute per localizzare il minore.

Articolo 27

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. In tal caso, essa deve immediatamente notificare le sue motivazioni al richiedente, o, se del caso, all'autorità centrale che ha trasmesso la domanda.

Articolo 28

Un'autorità centrale può esigere che la domanda sia accompagnata da un'autorizzazione scritta che le dia facoltà di agire per conto del richiedente, o di nominare un rappresentante abilitato ad agire per suo conto.

Articolo 29

La Convenzione non pregiudica la facoltà per la persona, l'istituzione o l'ente che adduca che vi è stata violazione dei diritti di custodia o di visita, ai sensi dell'articolo 3 o dell'articolo 21, di rivolgersi direttamente alle autorità giudiziarie o amministrative dello Stato Contraente, in applicazione o meno delle disposizioni della Convenzione.

Articolo 30

Ogni domanda, inoltrata all'autorità centrale, o direttamente alle autorità giudiziarie o amministrative di uno Stato Contraente in applicazione della Convenzione, nonché ogni documento o informazione allegata o fornita da un'autorità centrale, sarà ammissibile dai tribunali o dalle autorità amministrative degli Stati Contraenti.

Articolo 31

Nel caso di uno Stato che dispone, in materia di custodia dei minori, di due o più ordinamenti legislativi, applicabili in unità territoriali diverse:

- A. ogni riferimento alla residenza abituale in detto Stato deve essere inteso come riferentesi alla residenza abituale in una unità territoriale di detto Stato;
- B. ogni riferimento alla legislazione dello Stato della residenza abituale deve essere inteso come riferentesi alla legislazione dell'unità territoriale in cui il minore abitualmente risiede.

Articolo 32

Nel caso di uno Stato il quale dispone, in materia di custodia dei minori, di due o più ordinamenti legislativi applicabili a diverse categorie di persone, ogni riferimento alla

legislazione di detto Stato deve essere inteso come riferentesi all'ordinamento legislativo specificato dalla legislazione di questo Stato.

Articolo 33

Uno Stato nel quale le diverse unità territoriali abbiano le proprie regolamentazioni in materia di affidamento dei minori, non é tenuto ad applicare la Convenzione, quando uno Stato il cui ordinamento legislativo sia unificato, non é tenuto ad applicarla.

Articolo 34

Nelle materie di sua competenza, la Convenzione prevale sulla "Convenzione del 5 ottobre 1961, relativa alla competenza delle autorità ed alla legislazione applicabile in materia di protezione dei minori", tra gli stati parti alle due convenzioni. La presente Convenzione non esclude peraltro che un altro strumento internazionale in vigore tra lo Stato di origine lo Stato richiesto, o che la legislazione non convenzionale dello Stato richiesto, siano invocati per ottenere il ritorno di un minore che é Stato illecitamente trasferito o trattenuto, o al fine di organizzare il diritto di visita.

Articolo 35

La Convenzione avrà 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. Qualora una dichiarazione sia stata effettuata, in base agli articoli 39 o 40, il riferimento ad uno Stato Contraente di cui al capoverso precedente dovrà essere inteso come riferentesi all'unità o alle unità territoriali cui si applica la Convenzione.

Articolo 36

Nulla nella presente Convenzione impedirà a due o più Stati Contraenti, al fine di limitare le restrizioni cui il ritorno del minore può essere soggetto, di decidere di comune accordo di derogare a quelle regolamentazioni della Convenzione suscettibili di implicare tali restrizioni.

CAPO VI

Clausole finali
(omissis)

Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il Regolamento (CE) n. 1347/2000 (estratti)

Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea n. L 338 del 23.12.2003 pag. 0001 - 0029

(omissis)

Articolo 10

Competenza nei casi di sottrazione di minori

In caso di trasferimento illecito o mancato rientro del minore, l'autorità giurisdizionale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento o del mancato rientro conserva la competenza giurisdizionale fino a che il minore non abbia acquisito la residenza in un altro Stato membro e:

- a) se ciascuna persona, istituzione o altro ente titolare del diritto di affidamento ha accettato il trasferimento o mancato rientro;
- b) se il minore ha soggiornato in quell'altro Stato membro almeno 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:
 - i) entro 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 non è stata presentata alcuna domanda di ritorno del minore dinanzi alle autorità competenti dello Stato membro nel quale il minore è stato trasferito o dal quale non ha fatto rientro;
 - ii) una domanda di ritorno presentata dal titolare del diritto di affidamento è stata ritirata e non è stata presentata una nuova domanda entro il termine di cui al punto i);
 - iii) un procedimento dinanzi all'autorità giurisdizionale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento o del mancato rientro è stato definito a norma dell'articolo 11, paragrafo 7;

iv) 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.

Articolo 11

Ritorno del minore

1. Quando una persona, istituzione o altro ente titolare del diritto di affidamento adisce le autorità competenti di uno Stato membro affinché emanino un provvedimento in base alla convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori (in seguito "la Convenzione dell'Aja del 1980") per ottenere il ritorno di un minore che è stato illecitamente trasferito o trattenuto in uno Stato membro diverso dallo Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o mancato ritorno, si applicano i paragrafi da 2 a 8.

2. 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 del suo grado di maturità.

3. Un'autorità giurisdizionale alla quale è stata presentata la domanda per il ritorno del minore di cui al paragrafo 1 procede al rapido trattamento della domanda stessa, utilizzando le procedure più rapide previste nella legislazione nazionale.

Fatto salvo il primo comma l'autorità giurisdizionale, salvo nel caso in cui circostanze eccezionali non lo consentano, emana il provvedimento al più tardi sei settimane dopo aver ricevuto la domanda.

4. Un'autorità giurisdizionale non può rifiutare di ordinare il ritorno di un minore in base all'articolo 13, lettera b), della convenzione dell'Aja del 1980 qualora sia dimostrato che sono previste misure adeguate per assicurare la protezione del minore dopo il suo ritorno.

5. Un'autorità giurisdizionale non può rifiutare di disporre il ritorno del minore se la persona che lo ha chiesto non ha avuto la possibilità di essere ascoltata.

6. Se un'autorità giurisdizionale ha emanato un provvedimento contro il ritorno di un minore in base all'articolo 13 della Convenzione dell'Aja del 1980, l'autorità

giurisdizionale deve immediatamente trasmettere direttamente ovvero tramite la sua autorità centrale una copia del provvedimento giudiziario contro il ritorno e dei pertinenti documenti, in particolare una trascrizione delle audizioni dinanzi al giudice, all'autorità giurisdizionale competente o all'autorità centrale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o mancato ritorno, come stabilito dalla legislazione nazionale. L'autorità giurisdizionale riceve tutti i documenti indicati entro un mese dall'emanazione del provvedimento contro il ritorno.

7. A meno che l'autorità giurisdizionale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o mancato ritorno non sia già stata adita da una delle parti, l'autorità giurisdizionale o l'autorità centrale che riceve le informazioni di cui al paragrafo 6 deve informarne le parti e invitarle a presentare all'autorità giurisdizionale le proprie conclusioni, conformemente alla legislazione nazionale, entro tre mesi dalla data della notifica, affinché quest'ultima esamini la questione dell'affidamento del minore.

Fatte salve le norme sulla competenza di cui al presente regolamento, in caso di mancato ricevimento delle conclusioni entro il termine stabilito, l'autorità giurisdizionale archivia il procedimento.

8. Nonostante l'emanazione di un provvedimento contro il ritorno in base all'articolo 13 della Convenzione dell'Aja del 1980, una successiva decisione che prescrive il ritorno del minore emanata da un giudice competente ai sensi del presente regolamento è esecutiva conformemente alla sezione 4 del capo III, allo scopo di assicurare il ritorno del minore.

(omissis)