

FEDERICA ANTONIETTA GENTILE

**LA DISCIPLINA EUROPEA DELLA SOTTRAZIONE
INTERNAZIONALE DI MINORI
E LA SUA APPLICAZIONE IN ITALIA.**

CASSAZIONE CIVILE, 14 LUGLIO 2010 N. 16549

2013 – 2.3

Fogli di lavoro
per il Diritto Internazionale



Direzione scientifica: *Rosario Sapienza*

Coordinamento redazionale: *Elisabetta Mottese*

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

Volume chiuso nel mese di settembre 2013

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

FEDERICA ANTONIETTA GENTILE

La disciplina europea della sottrazione internazionale di minori e la sua applicazione in Italia. La sentenza della Cassazione civile, Sezione I, del 14 luglio 2010 n. 16549

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le relazioni tra la fonte normativa convenzionale e quella regolamentare. - 3. L'art. 11 del Regolamento tra "integrazione" e "innovazione". - 4. Le misure adeguate ex art. 11 par. 4: l'onere di valutarle, il dovere di applicarle. - 5. L'accesa conflittualità tra i genitori come "situazione intollerabile" per il minore ai sensi dell'art. 13 par.1 lett. b) della Convenzione. - 6. Il "giudice naturale" delle fattispecie intracomunitarie di sottrazione: la competenza giurisdizionale ex artt. 8 e 10 del Regolamento. - 7. La nozione di "residenza abituale". - 8. La portata innovativa dell'art. 11: i paragrafi 6,7 e 8. - 9. La natura del procedimento ex art. 11 parr. 7-8: «un vero e proprio giudizio di "riesame"». - 10. L'area del *thema probandum* e la definizione della portata del giudizio di valutazione degli elementi di prova già acquisiti. - 11. Il *thema decidendum* del procedimento ex art. 11 parr.7-8 del Regolamento. - 12. L'automatica esecutività del provvedimento di rientro ex art. 11 par. 8: l'abolizione dell'exequatur per le decisioni "certificate" ex art. 42 del Regolamento. - 13. Il riesame: la reciproca fiducia tra Stati membri al servizio del superiore interesse del minore. - 14. (segue): Le critiche al procedimento ex art. 11 par. 8 del Regolamento. - 15. (segue): La compatibilità del procedimento ex art. 11 par. 8 del Regolamento con l'art. 8 CEDU: il caso *Sneerson e Campanella c. Italia*

1. Premessa

Con la sentenza n. 16549 del 14 luglio 2010, la Corte di Cassazione si applica nella indagine sulla interpretazione del 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. 1347/2000¹.

La Suprema Corte è chiamata a pronunciarsi su un caso di sottrazione internazionale di minore tra Italia e Spagna², conclusosi con un decreto pronunciato ai sensi dell'art. 11

¹ Cass. civ., sez. I, sentenza n. 16549 del 14 luglio 2010, in ???

² Il minore è nato dall'unione di fatto tra Fi.Lo., cittadino italiano, e SE.Ru.Ro., cittadina spagnola, entrambi residenti in Italia: venuto meno il legame tra i due, la madre decide di fare rientro a Cordoba, sua città d'origine, portando con se la figlia minore, senza il consenso del padre ed in assenza di un provvedimento giudiziale di affidamento della Minore.

Il padre avvia così due procedimenti distinti: l'uno davanti al Tribunale per i minorenni di Palermo, col quale chiede l'affidamento esclusivo della figlia e la dichiarazione di decadenza dalla potestà genitoriale in capo alla madre; l'altro davanti al Tribunale di prima istanza di Cordoba, ex art. 12 comma 2 della Convenzione dell'Aja ed ex art. 11 parr. 1 a 3 del Regolamento, per ottenere l'immediato rientro della minore.

Il primo procedimento si chiude con un decreto d'urgenza, pronunciato inaudita altera parte, ex art. ..., col quale il Tribunale per i minorenni di Palermo (luogo di residenza abituale della minore fino alla data della sottrazione) concede l'affido esclusivo al Fi.Lo., dichiarando la Se.Re.Ru. decaduta dalla potestà genitoriale.

Il Giudice spagnolo, invece, respinge la domanda di rientro ai sensi dell'art. 13 par. 1 lett. b) della Convenzione e trasmette copia del provvedimento unitamente ai "documenti pertinenti" ai sensi

par. 8 del Regolamento, col quale il Tribunale per i minorenni di Palermo (luogo di Residenza abituale del minore) ha confermato il provvedimento di rigetto della domanda di rientro emesso ex art. 13 par. 1 lett. b) dal Tribunale di prima istanza di Cordoba: contro il decreto del Giudice italiano, il padre ha presentato ricorso per cassazione deducendo la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 11 par. 8 del Regolamento, ai sensi dei nn. 3 e 5 dell'art. 360 c.p.c.

Gli aspetti della vicenda giudiziaria posta all'esame dei Giudici, Italiano (Tribunale dei Minorenni di Palermo) e Spagnolo (Tribunale di Cordoba), diventano così l'occasione per operare una ricognizione degli strumenti di tutela dei minori nei casi di sottrazione internazionale, alla luce dell'interazione tra gli strumenti, internazionale e comunitario, nelle fattispecie interne all'Unione Europea.

A fronte del caso esposto, la Corte avvia pertanto l'indagine sui rapporti tra la Convenzione dell'Aja del 1980 ed il Regolamento *Bruxelles II-bis*, dianzi citati, riconoscendo che le questioni sottoposte al suo esame investono profili nuovi in ordine all'applicazione delle disposizioni del Regolamento, laddove esse disciplinano l'istituto della sottrazione internazionale di minori all'interno dello spazio giuridico europeo.

Gli aspetti affrontati dalla pronuncia in esame, rilevanti nella trattazione della presente esposizione, possono essere descritti nei seguenti punti:

2. Le relazioni tra la fonte normativa convenzionale e quella regolamentare

La Corte preliminarmente richiama il quadro normativo di riferimento che definisce il rapporto tra le due fonti, quale risultante dalla L. 15 gennaio 1994 n. 64³ e dal Regolamento *Bruxelles II-bis*.

In particolare, quest'ultimo delimita l'ambito della propria applicazione e determina esso stesso il carattere delle proprie relazioni con gli altri strumenti normativi in vigore tra gli Stati membri. Si fa, in particolare, riferimento all'art. 59 par. 1, col quale il

dell'art. 11 par. 6 del Regolamento. Ricevuti gli atti, il Giudice italiano procede alle notifiche ex art. 11 par. 7.

A seguito di tale pronuncia, la Se.Re.Ru. si rivolge al Giudice spagnolo per chiedere la custodia della minore, mentre il Fi.Lo. presenta ulteriore ricorso al Tribunale per i minorenni di Palermo ex art. 11 par. 8 del Regolamento: il procedimento così avviato dal padre si conclude con una conferma della decisione del Giudice Spagnolo da parte del Giudice italiano, che contestualmente dichiara esaurita la propria competenza ex art. 10 lett. b) parte iv) del Regolamento.

³ Legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento, aperta a Lussemburgo il 20 maggio 1980 e della Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, aperta alla firma a l'Aja il 25 ottobre 1980; norme di attuazione delle predette convenzioni, nonché della Convenzione in materia di protezione dei minori, aperta alla firma a l'Aja il 5 ottobre 1961, e della Convenzione in materia di rimpatrio dei minori, aperta alla firma a l'Aja il 28 maggio 1970.

Regolamento si sostituisce alle convenzioni precedentemente in vigore all'interno dell'UE, relative alle medesime materie, fatta eccezione per quelle elencate agli artt. 60 e 63. Per quel che rileva in questa sede, la lett. c) dell'art. 60 par. 1 appena citato si riferisce alla Convenzione dell'Aja.

L'art. 62, infine, si occupa di delineare gli effetti di tali rapporti, nel senso che la prevalenza così sancita non implica il venir meno degli strumenti indicati, i quali “continuano ad avere efficacia tra gli Stati membri che ne sono parti contraenti”⁴ nelle materie diverse da quelle oggetto del testo comunitario: la disposizione va' letta, pertanto, nel senso della complementarietà del Regolamento *Bruxelles II-bis* rispetto a tali obblighi preesistenti.

Dal quadro normativo appena delineato – afferma la Suprema Corte –

«emergono dunque i principi generali per cui, ove le norme convenzionali e quelle regolamentari disciplinino la medesima materia, le norme regolamentari “prevalgono” su quelle convenzionali, e, ove le norme convenzionali disciplinino materia diversa da quella disciplinata dalle norme regolamentari, le norme convenzionali “continuano a produrre effetti e ad avere efficacia tra gli Stati membri che ne sono parti contraenti”, come nella specie tra Italia e Spagna»⁵.

Tali principi generali rispondono a quelli già desunti dalla Corte di Giustizia UE nel caso *Rinau*⁶ – richiamato nella sentenza in commento –, la quale, dopo aver richiamato il principio di reciproca fiducia e l'importanza primaria dell'interesse del minore, quali criteri fondanti, rispettivamente, la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale⁷ e la Convenzione dell'Aja del 1980, riconosce che il medesimo orientamento sta alla base anche del Regolamento *Bruxelles II-bis*⁸.

3. L'art. 11 del Regolamento tra “integrazione” e “innovazione”

La Corte interviene quindi nel dettaglio dell'art. 11 del Regolamento, rubricato “Ritorno del minore”, col quale il legislatore comunitario ha “comunitarizzato” il meccanismo introdotto dagli artt. 12 e 13 della Convenzione dell'Aja: è questo uno dei passaggi di maggior rilievo della pronuncia della Cassazione, dove viene per la prima

4 *Ibid.* Art. 62 comma 2.

⁵ Cass., 14 luglio 2010, n. 16549 cit. (punto 2.1).

⁶ CGUE, 11 luglio 2008, C-195/08 PPU, caso *Rinau*.

⁷ GU C 27 del 26.1.1998, pagg. 1–27.

⁸ *Ibid.* punti 47, 48 e 49.

volta messo in luce il doppio profilo della disciplina europea sul ritorno del minore, puntualizzando un effetto ulteriore rispetto a quello meramente integrativo.

Rinvenuta la ratio dell'art. 11 citato nei *considerando* nn. 17 e 18 del Regolamento (interamente riprodotti in sentenza), la Corte così commenta:

«I paragrafi da 2 a 5 dello stesso art. 11 contengono una vera e propria disciplina “integrativa” delle disposizioni convenzionali di cui agli artt. da 11 a 13: in particolare, il paragrafo 4 [...] Pertanto, a seguito di tale integrazione, le eccezioni alla regola generale del rientro immediato del minore illecitamente trasferito - di cui all'art. 12, prf. 1, della Convenzione - sono quelle previste dall'art. 12, prf. 2, della stessa Convenzione (“integrazione” del minore nel nuovo ambiente dopo un anno dall'illecito trasferimento), dal successivo art. 13 e dall'ora menzionato art. 11, prf. 4, del Regolamento.

I paragrafi da 6 a 8, innovando rispetto alla disciplina convenzionale, disciplinano invece sia i rapporti di informazione e di collaborazione che devono intercorrere tra l'autorità giurisdizionale dello Stato membro che ha emanato un provvedimento “contro il ritorno” del minore e quella della “residenza abituale” dello stesso minore (prf. 6) - sulla base del principio della “fiducia reciproca” che deve connotare i rapporti tra le competenti autorità degli Stati membri dell'Unione (cfr. il ventunesimo “considerando”) -, sia il procedimento promosso ad istanza della parte interessata per il “riesame” di detto provvedimento dinanzi al giudice della residenza abituale (prf. 7), sia la possibilità che tale giudice, all'esito del procedimento, emetta un provvedimento - “esecutivo” alle condizioni previste da specifiche disposizioni dello stesso Regolamento (artt. 40, prf. 1, lettera b, e 42, prf. 2) - che prescriva il ritorno del minore (prf. 8)»⁹.

4. Le misure adeguate ex art. 11 par. 4: l'onere di valutarle, il dovere di applicarle

L'art. 11 par. 4 del Regolamento interviene integrando il tenore dell'eccezione opponibile alla richiesta di ritorno del minore di cui all'art. 13 par. 1 lett b) della Convenzione.

L'Autorità competente viene così investita, nelle fattispecie intracomunitarie di sottrazione, di un ulteriore accertamento, nel caso ritenga riscontrare il fondato rischio che il chiesto ritorno esponga il minore a pericoli fisici e psichici o che esso immetterebbe lo stesso in una situazione giudicata intollerabile: prima di rigettare la domanda, il Giudice competente è tenuto a verificare che siano predisposte, nell'ordinamento dello Stato ove il minore abitualmente risiedeva, misure che presentano un grado di “adeguatezza” sufficiente ad assicurargli piena ed effettiva protezione.

Tale ulteriore adempimento costituisce una eccezione al precetto di cui all'art. 13 par. 1 lett. b) della Convenzione, il quale subirà pertanto una deviazione nella sua applicazione in ambito europeo.

⁹ Cass., 14 luglio 2010, n. 16549 cit. (punto 2.3).

La ragione di una simile deviazione è ravvisata nella tendenza ad interpretare restrittivamente, e con modalità “opinabili”¹⁰, il concetto di “situazione intollerabile”.

Nonostante la chiara indicazione fornita all'autorità giudiziaria dalla Guida pratica all'applicazione del Regolamento, nel senso di «*effettuare una valutazione sulla base delle circostanze di fatto*»¹¹, non essendo sufficiente la mera esistenza di procedure che tale protezione ‘consentano’; occorrendo altresì l'effettiva e concreta adozione delle misure a ciò preordinate dalle autorità dello Stato membro d'origine, viene espressamente riconosciuta l'oggettiva difficoltà di una tale valutazione in concreto.

La disposizione in esame, di fatto, risulta problematica in una duplice prospettiva: da un lato, infatti, essa è diretta al giudice del luogo in cui si trova il minore, adito con la richiesta di ritorno dello stesso, il quale (giudice), riscontrando le condizioni di cui all'art. 13 par. 1 lett. b) deve ottemperare alla richiesta in ogni caso, ma dopo aver verificato l'esistenza di misure di protezione adeguate nell'ordinamento dello Stato presso il quale è chiesto il ritorno; dall'altro lato, la disposizione *de qua* si rivolge necessariamente anche al giudice competente del luogo della residenza abituale, imponendo allo stesso l'onere di adottare quelle misure di protezione adeguate che costituiscono la condizione per il ritorno del minore.

Sul punto, la dottrina è divisa tra due orientamenti: quello secondo il quale si ravvisa nel par. 4 proprio la formulazione dell'obbligo, in capo al giudice dello Stato in cui il minore abitualmente risiedeva, di valutare la necessità di adottare misure cautelari finalizzate ad ottenere un “ritorno senza pericolo” e quello secondo il quale - come l'Autorità centrale italiana -, al contrario, ritiene sufficiente che l'ordinamento semplicemente contenga misure di protezione adeguate, da adottare in caso di effettiva necessità.

In tale ultima posizione non può non evidenziarsi un semplicistico tentativo di svalutare il tenore dell'obbligo di cui al par. 4, che non può essere letto come un mero controllo dei canoni di protezione ipoteticamente e potenzialmente adottabili; ciò perché, in primo luogo, un rischio che sia effettivo - quale è quello contemplato dall'art. 13 par. 1 lett. b) - non può essere scongiurato da misure di protezione esistenti ‘sulla carta’ ma la cui effettiva adozione resta eventuale; in secondo luogo, resta quantomeno difficile poter ipotizzare che nell'ordinamento di uno Stato membro dell'Unione Europea siano assenti gli strumenti giuridici che assicurino un livello di protezione adeguato ad un soggetto minore.

¹⁰ SALZANO, *Sui rapporti intercorrenti (e sulle reciproche implicazioni) tra i cd. Regolamento di Bruxelles II bis e la Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980 su gli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori: per una maggiore effettiva loro tutela*, in *Dir. Famiglia*, 2012, 01, 0102.

¹¹ *Guida pratica all'applicazione del nuovo Regolamento “Bruxelles II”*, versione aggiornata del 1° Giugno 2005 (http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_it.pdf), p. 33 ss.

Dalla lettura della sentenza n. 16549/2010 della Suprema Corte sembrerebbe che il disposto del par. 4 non sia stato osservato da entrambi i giudici di merito; osserva in proposito Salzano:

«Dalla sintetica descrizione, operata dalla sentenza in commento, dei procedimenti svoltisi davanti ai giudici di Córdoba e di Palermo risulta che il primo giudice ha ommesso di valutare, ai sensi dell'art. 11 n. 4 del Regolamento, se fosse o non fosse stata data dimostrazione circa la previsione di misure adeguate per assicurare la protezione del minore dopo il suo ritorno, ed il secondo giudice, avallando l'incompleta decisione del primo, ha ommesso di adottare d'ufficio, nonostante conservasse la giurisdizione sul minore, le misure di protezione che il caso suggeriva di applicare al fine di ottenere l'accennata "restituzione senza pericolo" del minore.»¹²

Tale ricostruzione – perché di questo si tratta – pare tuttavia poco plausibile, specie in considerazione dell'obiettivo di fatto perseguito da entrambe le Corti di merito, ovvero l'interesse superiore del minore: certamente si potrebbe registrare una certa insoddisfazione per la insufficienza di dettagli sul punto in questione, senza tuttavia doversi affermare *tout court* che sia stato ommesso il rispetto del disposto dell'art. 11 par. 4 del Regolamento o, addirittura, la sua violazione, nelle due decisioni di merito.

5. L'accesa conflittualità tra i genitori come "situazione intollerabile" per il minore ai sensi dell'art. 13 par. 1 lett. b) della Convenzione

Tra le censure allegate al ricorso avanti la Corte di Cassazione, la doglianza che sia il Tribunale di prima istanza di Cordoba - prima - ed il Tribunale per i minorenni di Palermo - dopo - avrebbero negato il ritorno della minore nell'originario luogo di abituale residenza, ove la stessa sarebbe così stata esposta ad una situazione ritenuta dai giudici "intollerabile" alla luce della "accesa conflittualità" che animava i rapporti tra i genitori.

La Suprema Corte interviene affermando che

«non v'è dubbio che una situazione siffatta può essere determinata anche da rapporti fra i genitori connotati da un conflitto irrimediabile, oggettivamente apprezzabile e giuridicamente controllabile, come nella specie specificamente e motivatamente accertato dal Tribunale per i minorenni di Palermo sulla base di elementi probatori documentali ed orali, e che un conflitto di tal genere è concretamente idoneo ad incidere in modo estremamente negativo sul "benessere" fisico e psichico del minore, che anche il Regolamento n. 2201 del 2003 puntualmente tutela ("Il presente regolamento (...) in particolare, mira a

¹² SALZANO, *Sui rapporti intercorrenti (e sulle reciproche implicazioni) tra i cd. Regolamento di Bruxelles II bis e la Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980*, cit.

garantire il pieno rispetto dei diritti fondamentali del bambino quali riconosciuti dall'articolo 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea": trentatreesimo "considerando").»¹³.

Sembra da condividere a riguardo l'osservazione critica di Salzano, secondo il quale

«Non pare potersi condividere la tesi, pur autorevolissima, secondo cui l'accesa conflittualità infragenitoriale nel corso della convivenza e la accertata perpetrazione di maltrattamenti psicologici da parte del ricorrente in danno della madre possano, nei fatti, assurgere a motivo di diniego di rimpatrio (e quindi di implicita legittimazione della sottrazione o del mancato rientro), ritenuto che, ove la separazione personale dei coniugi, o la cessazione della coabitazione tra i conviventi di fatto, non sia sufficiente ad eliminare il pregiudizio per la prole, per il coniuge o il convivente, il nostro ordinamento prevede una serie di misure protettive la cui intensità può essere graduata in relazione alla gravità della situazione»¹⁴.

E tale conclusione sembra avvalorata dall'attenzione con la quale la Corte stessa sottolinea che la valutazione della conflittualità genitoriale è stata soltanto uno degli elementi probatori posti a fondamento delle determinazioni dei giudici di merito: la precisazione sembra voler compensare il debole argomento subito dopo sostenuto.

6. Il "giudice naturale" delle fattispecie intracomunitarie di sottrazione: la competenza giurisdizionale ex artt. 8 e 10 del Regolamento

«Al fondo della disciplina di cui all'art. 11 del Regolamento [...] sta, dunque, il convincimento del legislatore comunitario che, nelle fattispecie di illecito trasferimento o di mancato rientro del minore, "giudice naturale" di siffatte ipotesi debba essere, in ultima istanza, il giudice della "residenza abituale immediatamente prima del trasferimento o del mancato rientro" del minore, in quanto il più vicino all'ambiente familiare e sociale vissuto dal minore prima dell'illecito trasferimento. La residenza abituale del minore, infatti, è da individuarsi, ai sensi dell'art. 8, prf. 1, dello stesso Regolamento»¹⁵.

Come si legge, la Suprema Corte fissa con evidenza quello che costituisce uno dei maggiori elementi di innovazione della disciplina europea in tema di responsabilità genitoriale rispetto alla corrispondente disciplina della Convenzione: mentre, infatti, il Regolamento detta regole specifiche sulla competenza giurisdizionale, il testo dell'Aja non dispone nulla a riguardo.

¹³ Cass., 14 luglio 2010, n. 16549 cit. (punto 4.2).

¹⁴ SALZANO, *Sui rapporti intercorrenti (e sulle reciproche implicazioni) tra i cd. Regolamento di Bruxelles II bis e la Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980*, cit.

¹⁵ Cass., 14 luglio 2010, n. 16549 cit. (punto 2.2).

L'art. 8 della Convenzione si limita così ad indicare l'Autorità centrale competente a ricevere la domanda di restituzione: questa sarà validamente inoltrata sia se rivolta all'Autorità della residenza abituale del minore sia a quella di ogni altro Stato contraente.

Come chiarito nel *Rapport explicatif*¹⁶ della Convenzione, infatti, l'interessato sarà libero di scegliere quella che, tra le Autorità designate all'interno degli Stati contraenti, ritenga più adeguata a trattare il caso. Si precisa, inoltre, che dall'espresso riferimento al luogo di residenza abituale del minore non deriva alcuna connotazione nel senso dell'eccezionalità della domanda presentata ad Autorità collocata altrove.

La 'vaghezza' e la 'relatività' dello strumento convenzionale non trovano spazio nel Regolamento n. 2201/2003, il quale non si limita a menzionare la residenza abituale, ma la elegge a vero e proprio criterio generale di giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale, come sancito dall'art. 8 (*"Le autorità giurisdizionali di uno Stato membro sono competenti per le domande relative alla responsabilità genitoriale su un minore, se il minore risiede abitualmente in quello Stato membro alla data in cui sono aditi."*)¹⁷.

Il legislatore comunitario adotta così la stessa soluzione di cui alla Convenzione dell'Aja del 1996, prevedendo un unico foro generale di competenza, al tempo stesso modificando il precedente criterio della Convenzione dell'Aja del 1961¹⁸.

La scelta operata dal legislatore comunitario è segno del maggior livello d'efficienza raggiunto a riguardo nell'ambito europeo¹⁹, dove gli effetti apprezzabili possono cogliersi sotto un triplice aspetto: innanzitutto, vengono scongiurati *ab origine* i possibili conflitti tra giudicati (le decisioni emesse dal giudice della residenza abituale, infatti, prevalgono su quelle emesse dal giudice del Paese in cui il minore è stato illecitamente trasferito o è trattenuto); in secondo luogo, si impedisce all'*abductor* di spostare a proprio vantaggio il foro competente; infine, essendo il criterio in questione un criterio di fatto e non di diritto, esso consente al giudice di procedere alla sua verifica sulla scorta di elementi meramente fattuali, la decisione sulla base dei quali, se adeguatamente motivata, non è pertanto suscettibile di controllo in sede di legittimità²⁰.

Gli elementi materiali vengono individuati attraverso un criterio temporale: sarà competente l'autorità giurisdizionale del luogo in cui il minore risiede abitualmente al

16 PEREZ-VERA, *Rapport explicatif*, in *Conférence de la Haye, Actes et Documents de la Quatorzième session, La Haye*, 1982, p. 455: "[...] the applicant is free to apply to the Central Authority which in his opinion is the most appropriate. However, for reasons of efficiency, the Central Authority of the child's habitual residence is expressly mentioned in the text, but this must not be understood as signifying that application directed to other Central Authorities are to be regarded as exceptional."

17 «Il principio fondamentale del regolamento è che il foro più appropriato per le materie concernenti la responsabilità genitoriale è l'autorità giudiziaria competente dello Stato membro della residenza abituale del minore.», *Guida pratica all'applicazione del nuovo Regolamento "Bruxelles II"* cit., p. 13.

¹⁸ Questa indicava, quali fori alternativi, quello della cittadinanza e quello della residenza del minore.

¹⁹ Si veda LUPOI, *La sottrazione internazionale di minori* cit.

²⁰ HONORATI, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II: la nozione di residenza abituale del minore* (prima parte), in *Studium Iuris*, 2012, p. 26.

momento dell'adizione. In tal senso, non rileveranno successivi spostamenti di residenza del minore, in virtù del principio della *perpetuatio fori*²¹ (fatto salvo quanto previsto dall'art. 15 del Regolamento, relativo alle ipotesi che, per la loro eccezionalità, impongono il trasferimento della competenza in capo ad autorità giurisdizionale più idonea a trattare il caso).

Il criterio generale di cui all'art. 8, in materia di sottrazione internazionale di minori, viene adattato alle peculiarità della fattispecie, cui è dedicato l'art. 10: questo mira a conservare la competenza in capo all'autorità giudiziaria dello Stato membro in cui il minore abitualmente risiedeva fino al momento immediatamente precedente il trasferimento o il mancato rientro, stabilendo che essa permane fino a che il minore abbia acquisito la residenza di altro Stato membro, con l'accettazione da parte del titolare del diritto di affidamento, ovvero fino al decorso di un anno dal momento in cui il richiedente ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza del luogo in cui si trovava il minore e quest'ultimo si sia a sua volta integrato nel nuovo ambiente, purché in presenza delle condizioni indicate dalla lett. b)²².

In ogni caso, l'obiettivo del Regolamento – come precisato nella Guida pratica²³ – è quello di garantire la permanenza sul merito dell'affidamento in capo al giudice della residenza abituale, al di là della sottrazione.

Il venir meno della competenza temporanea ex art. 10, comporta l'applicazione del criterio generale ai sensi dell'art. 8.

Le regole testé richiamate rispondono evidentemente ai principi sanciti dal *considerando* n. 12 del Regolamento, oggetto di trattazione nel paragrafo seguente.

7. La nozione di “residenza abituale”

²¹ BERGAMINI, *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*, in SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, Tomo II, Giuffrè Ed., Milano, 2007, p.3943.

²² Tali condizioni riguardano i seguenti casi: “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.”

²³ *Guida pratica all'applicazione del nuovo Regolamento “Bruxelles II”* cit., p. 29.

Il criterio della residenza abituale risponde ormai ad un trend affermato negli strumenti a tutela di soggetti minori o incapaci, come la maggior parte di quelli adottati dall'UE nell'ambito della cooperazione giudiziaria²⁴.

Nello specifico contesto della tutela dei minori, esso diviene espressione processualistica dei due principi cardine della legislazione europea in materia, quello del superiore interesse del minore e quello di prossimità, come espressamente sancito dal *considerando* n. 12 del Regolamento, che impone di informare proprio a tali principi le regole in materia di competenza²⁵.

La preminenza riconosciuta al superiore interesse del minore – ribadita anche in seno alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea – si traduce, concretamente, nei caratteri di immediatezza ed effettività che i provvedimenti giurisdizionali in materia devono presentare.

Tuttavia, la tendenza a far derivare il principio del superiore interesse del minore dal più generale principio di prossimità, rischia di occultare o, comunque, di ridurre la reale portata del primo criterio, che, così interpretato, non sembra presentare profili pratici ulteriori che implementino il senso di una tutela già esistente²⁶. Il principio di prossimità, infatti, è principio generale del diritto processuale civile internazionale, la cui applicazione va ben oltre la materia delle fattispecie riguardanti i minori, e che si traduce nell'esigenza di assicurare la vicinanza tra determinate fattispecie ed il giudice chiamato a conoscerle.

Per quanto attiene alla definizione del concetto di “residenza abituale”, né il Regolamento né altri atti di produzione europea ne contengono una, né, tanto meno, fissano criteri in base ai quali riscontrarla nei casi concreti.

In tal senso, tenuto conto dell'ormai consolidato orientamento della giurisprudenza della Corte di giustizia UE²⁷, che in più occasioni ha puntualizzato l'esigenza di un'interpretazione normativa autonoma delle norme comunitarie (allo scopo guardando al complessivo contesto normativo e alla finalità della disciplina ivi contenuta) quando queste non contengano rinvii alla legge interna degli Stati membri, anche in questa sede si persegue l'esigenza dell'uniforme applicazione del diritto europeo e del rispetto del principio di uguaglianza, ricavando una definizione autonoma del concetto in esame.

La Corte del Lussemburgo è recentemente intervenuta sull'interpretazione della nozione di “residenza abituale” nello specifico ambito del diritto di famiglia, con due

²⁴ HONORATI, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II: la nozione di residenza abituale del minore* (prima parte), in *Studium Iuris*, 2012, p. 24.

²⁵ Si veda MAGRONE, *Nelle controversie che investono un minore più tutela con il criterio della vicinanza*, in *Giuda al dir.*, Dir. com. int., 2005, 1, n. 19- 23.

²⁶ HONORATI, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II* cit.

²⁷ CGCE, 18 gennaio 1984, C-327/82, *Ekro*, in *Raccolta*, 1984, p. 107, punto 11; CGCE, 6 marzo 2008, C-98/07, *Nordania Finans e BG Factoring*, in *Raccolta*, 2008, p. I-1281, punto 17; CGCE, 2 aprile 2009, C-523/07, in *RDIPP*, 2009, p. 750 ss

sentenze che per la prima volta individuano criteri autonomi di localizzazione della residenza abituale del minore relativamente al Regolamento *Bruxelles II-bis*: si tratta della sentenza del 2 aprile 2009, in causa C-523/07, “A”, e della sentenza del 22 dicembre 2010, in causa C-497/10 PPU, *Mercredi*.

In entrambe le decisioni, la Corte premette la necessità di un’interpretazione autonoma del concetto di “residenza abituale”: l’intento – che si aggiunge alle ragioni sopra chiarite – è quello di connotare la residenza abituale con caratteri che siano espressione della peculiarità della disciplina (la tutela dei minori), così che l’autonomia si manifesta anche rispetto alle altre pronunce²⁸ che, relativamente ad altri ambiti, hanno definito la stessa nozione in modo altrettanto autonomo.

Può, infatti, affermarsi che, quando riferito alle persone fisiche “comuni”, il concetto di residenza abituale si connota come nozione atecnica, da colmare con gli elementi fattuali desumibili dal caso concreto e partendo esattamente dai significati letterali di “residenza” e “abituale”: deve, pertanto, trattarsi di una permanenza apprezzabile, non occasionale, per quanto non necessariamente continuativa, in un dato luogo²⁹.

La prima pronuncia è l’esito di un rinvio pregiudiziale con il quale il giudice di prima istanza finlandese ha adito la Corte di giustizia: tre minori originariamente residenti in Svezia, si recano in Finlandia per il periodo estivo con la madre e il patrigno, abitando in roulotte e spostandosi per vari campeggi; iniziato l’anno scolastico, i bambini non vengono iscritti a scuola e, poco dopo, i genitori fanno richiesta ai servizi sociali finlandesi per l’assegnazione di un alloggio; i servizi sociali (precisamente, la Commissione di garanzia per i diritti sociali fondamentali) intervengono, ma constatando lo stato di abbandono in cui i minori sono costretti a vivere, assumono la decisione di privare i genitori della custodia dei bambini, i quali vengono collocati in un istituto di accoglienza.

La madre impugna il provvedimento del Giudice amministrativo finlandese di conferma della decisione della Commissione di garanzia, invocando, al contempo, l’incompetenza del giudice finlandese, in quanto i figli risiederebbero abitualmente in Svezia.

È allora che il giudice di seconda istanza finlandese adisce la Corte di giustizia prima di procedere nel merito: le domande rivolte alla Corte presuppongono, appunto, la previa definizione del concetto di residenza abituale. Orbene, la Corte del Lussemburgo, in maniera del tutto nuova rispetto alle precedenti decisioni in cui era stata chiamata a

²⁸ In materia di previdenza sociale, Corte giustizia 25 febbraio 1999, causa C-90/97, *Swaddling*, in Racc.1999, p. I-1075 ss. e Corte giustizia 11 novembre 2004, causa C-372/02, *Adanez Vega*, in Racc.2004, p. I-10761 ss.; in materia di pubblico impiego, Corte giustizia 15 settembre 1994, causa C-452/93 P, *Magdalena Fernández*, in Racc.1994, p. I-4295 ss.; in merito all’applicazione della decisione quadro sul mandato d’arresto, Corte giustizia 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Kozłowski*, in Racc. 2008, p. I-6041 ss.

²⁹ CAMPIGLIO, *Il foro della residenza abituale del coniuge nel Regolamento (CE) n. 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Ottobre 2010), Vol. 2, N° 2, pp. 242-249

pronunciarsi sulla medesima questione, definisce la residenza abituale guardando non già alla natura dell'atto che tale nozione presuppone, bensì alla peculiare categoria dei soggetti cui l'atto si riferisce (i tre minori)³⁰.

In tal senso, tale definizione, ancorata com'è alla specifica tutela dei minori, si rende solo a questi riferibile ed, oltretutto, sembra prospettare la sua applicazione a tutte le fattispecie riguardanti i minori, non solo quelle di cui al Regolamento *Bruxelles II-bis*.

In primo luogo, la Corte precisa che la mera presenza fisica del minore sul territorio di uno Stato non è sufficiente a determinarne la residenza abituale³¹. La giustificazione di tale presupposto si ricava dal fatto che l'art. 13³² del Regolamento introduce il c.d. *forum necessitatis*: tale criterio, a carattere residuale, consentendo, qualora non fosse possibile determinare un luogo di abituale residenza, di radicare la competenza in base al criterio di collegamento dato dalla sola presenza fisica del minore sul territorio, fa sì che il criterio della residenza abituale debba necessariamente caratterizzarsi per qualcosa di più rispetto alla mera presenza fisica.

La residenza abituale - prosegue la sentenza – va, pertanto, intesa

«nel senso che tale residenza corrisponde al luogo che denota una certa integrazione del minore in un ambiente sociale e familiare. A tal fine, si deve in particolare tenere conto della durata, della regolarità, delle condizioni e delle ragioni del soggiorno nel territorio di uno Stato membro e del trasloco della famiglia in tale Stato, della cittadinanza del minore, del luogo e delle condizioni della frequenza scolastica, delle conoscenze linguistiche nonché delle relazioni familiari e sociali del minore nel detto Stato. Compete al giudice nazionale stabilire la residenza abituale del minore, tenendo conto delle peculiari circostanze di fatto che caratterizzano ogni caso di specie»³³.

Ciononostante, la nozione, seppur adattata alle specifiche esigenze che la tutela dei minori comporta, non si caratterizza certamente per la sua rigidità (diversamente dall'art. 43 cod. civ. nel nostro ordinamento interno): il principio di prossimità, infatti, richiede un certo grado di flessibilità, che nel caso in esame si riscontra nell'ampia discrezionalità con la quale al giudice è consentito di dare rilievo all'elemento di contatto che ritenga più adeguato alle esigenze della particolare fattispecie trattata, purché tale elemento sia indice di attaccamento, anche minimo, al territorio³⁴.

³⁰ HONORATI, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II* cit., p. 28.

³¹ Corte giustizia, sent. "A" cit., par. 33.

³² Articolo 13 (Reg. n. 2201/2003) - Competenza fondata sulla presenza del minore: "1. Qualora non sia possibile stabilire la residenza abituale del minore né determinare la competenza ai sensi dell'articolo 12, sono competenti i giudici dello Stato membro in cui si trova il minore. 2. Il paragrafo 1 si applica anche ai minori rifugiati o ai minori sfollati a livello internazionale a causa di disordini nei loro paesi."

³³ Corte giustizia, sent. "A" cit., par. 44.

³⁴ HONORATI, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II* cit., p. 30.

I parametri indicati dalla Corte a riguardo nella sentenza “A” sono³⁵:

- la durata, la regolarità, le condizioni e le ragioni del soggiorno;
- la cittadinanza del minore;
- il luogo e le condizioni della frequenza scolastica;
- le conoscenze linguistiche;
- le relazioni familiari e sociali del minore;
- infine, l'intenzione del genitore di recarsi in un determinato luogo, a condizione che questa si manifesti in circostanze esterne oggettive.

Passando all'esame della seconda pronuncia, la sentenza *Mercredi*, questa mostra chiaramente come tali parametri si siano rivelati, tuttavia, insufficienti quando diretti a determinare la residenza abituale di un neonato, il cui stato di dipendenza, pressoché assoluta, dal soggetto che se ne occupa, impone opportuni adattamenti.

L'oggetto della controversia in esame verte non già su un vero e proprio caso di sottrazione illecita di minore³⁶, bensì sull'affidamento e sul ritorno in Inghilterra di una neonata, di padre inglese e madre francese, non uniti da legale matrimonio, allorché la madre conduce con sé la figlia di appena due mesi nel paese d'origine (Isola della Riunione, Francia): mentre il giudice inglese di prima istanza, adito dal padre subito dopo il trasferimento della figlia, non nutre dubbi in merito alla residenza abituale di questa (Inghilterra), il giudice di secondo grado trova non poche difficoltà, dovendo tenere in debita considerazione il provvedimento con cui l'autorità giurisdizionale francese, adita dalla madre, ha riconosciuto a questa l'affidamento esclusivo e fissato la residenza abituale della minore in Francia.

Il giudice inglese di seconda istanza adisce allora la Corte del Lussemburgo chiedendo chiarimenti quanto alla residenza da considerare abituale ai fini della presente controversia, ed è questo l'aspetto che in questa sede rileva.

È evidente – non si ritiene utile, pertanto, entrare nel merito di ciascuno di essi – come i criteri individuati nella precedente sentenza “A”, risultino inadeguati al caso in esame: motivo per cui la Corte ha ritenuto così opportuno intervenire sugli ultimi due criteri elencati, precisandoli ulteriormente.

Entrambi i criteri vengono declinati dalla Corte secondo le peculiari circostanze del caso concreto, dato dal fatto che trattasi di minore neonato, facendo confluire la sfera di quest'ultimo in quella della madre, dalla quale esso stesso necessariamente dipende:

³⁵ Si veda a riguardo HONORATI, *ibid.*, pp. 30-31.

³⁶ Come precisa HONORATI, in *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II* cit., p. 32, il trasferimento della minore, frutto della determinazione unilaterale della madre, era del tutto legittimo, trattandosi di un'unione di fatto, dalla quale non deriva, in capo al padre, il riconoscimento di alcun diritto di affidamento.

«laddove, come nella causa principale, il neonato sia effettivamente accudito dalla madre, occorre valutare l'integrazione di quest'ultima con il suo ambiente sociale e familiare. A tal riguardo, possono essere presi in considerazione i criteri enunciati dalla giurisprudenza della Corte, quali le ragioni del trasferimento verso un altro Stato membro della madre del minore, le sue conoscenze linguistiche o ancora le sue origini geografiche e familiari. / Da quanto precede risulta che [...] la nozione di «residenza abituale», ai sensi degli artt. 8 e 10 del regolamento, deve essere interpretata nel senso che tale residenza corrisponde al luogo che denota una certa integrazione del minore in un ambiente sociale e familiare. A tal fine, e laddove si tratti della situazione di un neonato che soggiorna con la madre solo da pochi giorni in uno Stato membro – diverso da quello della sua residenza abituale – nel quale è stato portato, devono essere presi particolarmente in considerazione, da un lato, la durata, la regolarità, le condizioni e le ragioni del soggiorno nel territorio di tale Stato membro nonché del trasferimento della madre in detto Stato e, d'altro lato, tenuto conto segnatamente dell'età del minore, l'origine geografica e familiare della madre nonché i rapporti familiari e sociali che la madre e il minore intrattengono in quello stesso Stato membro.»³⁷.

In questi casi, pertanto, l'elemento soggettivo prevale su quello temporale; oltretutto, vista la generica formulazione della motivazione della Corte, il parametro così adattato si presta ad essere applicato ai fini della determinazione della residenza di qualsiasi minore, non solo dei neonati, col la conseguenza di modificare non poco la portata e il valore dei criteri come individuati nella precedente sentenza “A”³⁸.

A fronte di quanto sin qui precisato, è innegabile il valore delle due sentenze in commento ai fini della delineazione di una nozione di “residenza abituale”, ma è altresì impossibile tacere sui progressi che in tal senso si rendono auspicabili al fine di arginare gli effetti non del tutto soddisfacenti che un'applicazione eccessivamente rigorosa di tali criteri di fatto può comportare: primo fra tutti, quanto all'esercizio del diritto fondamentale del minore ad instaurare ed intrattenere rapporti con entrambi i genitori.

8. La portata innovativa dell' art. 11: i paragrafi 6, 7 e 8

La portata concretamente “innovativa” dell'art. 11 del Regolamento *Bruxelles II-bis* si rinviene – come precisato dalla Corte di Cassazione – nei parr. da 6 a 8, recanti rispettivamente: la disciplina dei rapporti di informazione e collaborazione tra il giudice dello Stato membro che ha rigettato la richiesta di ritorno del minore e quello della residenza abituale dello stesso (par. 6); la disciplina del procedimento di “riesame” del provvedimento di rigetto da parte del giudice della residenza abituale (par. 7); la disciplina dell'esecutività immediata dell'eventuale provvedimento che, all'esito del procedimento di cui al par. 7, prescriva il ritorno del minore (par. 8).

³⁷ Corte giustizia, sent. *Mercredi* cit., par. 55-56.

³⁸ HONORATI, *Problemi applicativi del Regolamento Bruxelles II* cit., p. 33.

In tal senso, il paragrafo 6 dispone che, in caso di decisione che neghi il rientro del minore per una delle cause di cui all'art. 13 della Convenzione dell'Aja, l'autorità giudiziaria dello Stato membro in cui il minore è stato illecitamente trasferito dovrà, entro il termine di un mese, trasmettere all'autorità giurisdizionale o all'autorità centrale dello Stato della residenza abituale³⁹ una copia della decisione, i documenti pertinenti ed una trascrizione delle audizioni dinanzi al giudice⁴⁰.

Per quanto concerne la "pertinenza" dei documenti da trasmettere, si sottolinea come tale valutazione sia rimessa ad una discrezionale valutazione dell'autorità procedente che ha emanato la decisione contro il rientro del minore: tale discrezionalità sarà orientata a determinare il positivo convincimento, nell'autorità della residenza abituale, in merito alla corretta valutazione degli elementi della fattispecie che sono stati ritenuti impeditivi del rientro del minore⁴¹.

Salvo che il giudice della residenza abituale non sia già stato adito precedentemente, una volta ricevute le suesposte comunicazioni, dovrà informare le parti, ex art. 11 par. 7, invitandole a presentare le proprie conclusioni, secondo le modalità e nelle forme previste dalla legislazione nazionale, entro il termine di tre mesi dalla data della notifica, perché si proceda alla disamina della questione concernente l'affidamento del minore.

Sebbene la lettera della norma si riferisca alle sole "parti", in dottrina si evidenzia come tale qualificazione dei soggetti destinatari delle comunicazioni risulta impropria o, comunque, non sempre corretta: in realtà, non sempre, infatti, è già pendente un procedimento in merito all'affidamento⁴² - eventualità contemplata nel par. 7 - , né questo è facilmente individuabile, così che l'indicazione del par. 6 va intesa come riferita a tutti i soggetti in capo ai quali vada riconosciuta la responsabilità genitoriale, siano essi parti di un precedente procedimento oppure no.

L'inerzia delle parti, unitamente allo scadere del termine indicato, comporta l'archiviazione del procedimento ed il conseguente trasferimento della competenza giurisdizionale, ex art. 10 lett. b) punto iii), in capo al giudice della nuova residenza abituale, ossia quello in luogo in cui il minore è stato illecitamente trattenuto o trasferito.

³⁹ «La trasmissione sarà effettuata, ove possibile, al giudice che abbia già emesso un provvedimento sul minore; in mancanza la decisione sarà trasmessa al giudice della residenza abituale precedente alla sottrazione», BERGAMINI, 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, in SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, Tomo II, Giuffrè Ed., Milano, 2007, p. 3949 ss.

⁴⁰ «La necessità di rispettare il breve termine di un mese sembra non rendere necessaria la traduzione di tutti i documenti: nel caso in cui il giudice non comprenda la traduzione di tutti i documenti sarà sufficiente procedere alla traduzione dei documenti principali, salve diverse previsioni del diritto processuale nazionale», BERGAMINI, Regolamento CE n. 2201/2003 cit., p. 3948.

⁴¹ PATAUT, *Commento all'art. 11*, in *Brussels II bis Regulation*, a cura di Magnus, Mankowski, Monaco, 2012, p.141: «The list of the documents that need to be transmitted is left to the requested court, which should try to convince the court of origin that its non-return order was justified and should not be reversed».

⁴² Così LUPOI, *La sottrazione internazionale di minori: gli aspetti processuali*, testo della relazione presentata al Congresso giuridico distrettuale di Bolzano, l'11 maggio 2013.

In caso contrario, nello Stato della residenza abituale verrà avviato un procedimento - esclusivamente su impulso di parte⁴³ -, finalizzato ad esaminare e definire la questione dell'affidamento del minore, ma nell'ambito del quale trova spazio una fase 'cautelare' il cui oggetto è la preliminare ed autonoma questione relativa al rientro del minore: all'esito di questa fase preliminare, l'autorità giurisdizionale della residenza abituale avrà il potere di adottare un provvedimento col quale disponga il ritorno del minore, provvedimento che così prevarrà sulla precedente decisione contraria emessa ex art. 12 della Convenzione dell'Aja dall'autorità del luogo in cui il minore è stato illecitamente condotto e che godrà delle particolari modalità d'esecuzione previste dalla sezione 4 del capo III del Regolamento.

Orbene, come si rileva in dottrina⁴⁴, il Regolamento non contiene alcuna indicazione in merito alla natura del procedimento che si apre davanti al giudice della residenza abituale ex art. 11 par. 7, né in merito al rapporto tra questo ed il precedente procedimento svoltosi, ex art. 12 della Convenzione, nello Stato in cui il minore è stato illecitamente trasferito o trattenuto; non viene, inoltre, specificato il *thema probandum* che definisce lo spettro di valutazione col quale il giudice della residenza abituale dovrà risolvere la questione sul rientro del minore.

La problematicità di questi 'vuoti normativi' si coglie specialmente allorché si osserva la diversa portata del giudizio operato dall'autorità giurisdizionale del luogo in cui il minore è illecitamente trasferito o trattenuto e quello operato, invece, dall'autorità competente del luogo di abituale residenza: il primo, infatti, è soggetto alle preclusioni di cui all'art. 16⁴⁵ della Convenzione dell'Aja, mentre il secondo comprende sia la questione sul rientro del minore sia quella relativa all'affidamento dello stesso.

Il punto è allora quello di stabilire se il giudizio sul ritorno disciplinato dal Regolamento ex art. 11 par. 7 debba essere definito sulla base delle sole disposizioni di cui agli artt. 12 e 13 della Convenzione dell'Aja (valutando, quindi, gli stessi elementi su cui si è svolto il precedente giudizio nello Stato membro in cui il minore è illecitamente trasferito o trattenuto), oppure debba tenere conto anche degli elementi inerenti l'affidamento e la responsabilità genitoriale: in altri termini, ci si chiede se la questione sul

⁴³ «in quanto i poteri officiosi di tale giudice, anche ove sia già stato adito precedentemente da una delle parti, sono comunque limitati alla notificazione alle stesse parti delle informazioni ricevute dall'altro giudice (provvedimento contro il ritorno, documenti pertinenti ed atti di istruzione compiuti) ed all'invito alle parti medesime a presentare tempestivamente (entro tre mesi da detta notificazione) le proprie conclusioni» - Cass., 14 luglio 2010, n. 16549 cit. (punto 2.3).

⁴⁴ PESCE, *Sottrazione internazionale di minori nell'Unione europea: il coordinamento tra il regolamento (CE) n. 2201/2003 e la convenzione dell'Aja del 1980*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2011), Vol. 3, N° 1, pp. 234-245.

⁴⁵ Convenzione dell'Aja del 1980 cit., art. 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."

rientro del minore sia autonoma e distinta da quella relativa all'affidamento, dal momento che l'autorità dello luogo dell'originaria residenza abituale è competente per entrambe⁴⁶.

Tali interrogativi vengono risolti ancora dalla sentenza n. 16549/2010 della Corte di Cassazione, nei termini che verranno di seguito esposti.

9. La natura del procedimento ex art. 11 parr. 7-8: «un vero e proprio giudizio di “riesame”»

Uno dei passaggi della sentenza appena citata che meritano attenzione è proprio quello in cui la Suprema Corte si esprime sulla natura e sull'oggetto dello speciale procedimento sopra delineato.

Quanto alle regole procedurali da applicare, infatti, il testo comunitario non contiene alcuna indicazione, ma rinvia alla “legislazione nazionale” del Paese della residenza abituale; proprio partendo dal rinvio di cui al par. 7 dell'art. 11, la Corte individua le regole del diritto interno applicabili al giudizio in esame, ravvisando un'evidente analogia tra il procedimento in esame e quello disciplinato ai sensi dell'art. 7 commi 3 e 4 della L. 64/1994⁴⁷.

I commi 3 e 4 dell'art. 7⁴⁸, L. 64/1994, prevedono un rito speciale per la procedura di richiesta di ritorno del minore, rivolta non già alle autorità competenti ex art. 29⁴⁹ della

⁴⁶ PESCE, *Sottrazione internazionale di minori nell'Unione europea* cit., p. 238.

⁴⁷ Cass., 14 luglio 2010, n. 16549 cit. (punto 2.3): «[...] detto richiamo alla “legislazione nazionale” consente di ritenere che il modello del procedimento di cui allo stesso paragrafo 7 (ed al successivo paragrafo 8) dell'art. 11 può essere considerato analogo a quello prefigurato dall'art. 7, commi 3 e 4, della menzionata L. n. 64 del 1994, di esecuzione della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980».

⁴⁸ L. 64/1994 cit., art. 7: «1. Le richieste tendenti ad ottenere il ritorno del minore presso l'affidatario al quale è stato sottratto, o a ristabilire l'esercizio effettivo del diritto di visita, sono presentate per il tramite dell'autorità centrale a norma degli articoli 8 e 21 della convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980. 2. L'autorità centrale, premessi se del caso i necessari accertamenti, trasmette senza indugio gli atti al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni del luogo in cui si trova il minore. Il procuratore della Repubblica richiede con ricorso in via d'urgenza al tribunale l'ordine di restituzione o il ripristino del diritto di visita. 3. Il presidente del tribunale, assunte se del caso sommarie informazioni, fissa con decreto l'udienza in camera di consiglio, dandone comunicazione all'autorità centrale. Il tribunale decide con decreto entro trenta giorni dalla data di ricezione della richiesta di cui al comma 1, sentiti la persona presso cui si trova il minore, il pubblico ministero, e, se del caso, il minore medesimo. La persona che ha presentato la richiesta è informata della data dell'udienza a cura dell'autorità centrale, e può comparire a sue spese e chiedere di essere sentita. 4. Il decreto è immediatamente esecutivo. Contro di esso può essere proposto ricorso per cassazione. La presentazione del ricorso non sospende l'esecuzione del decreto. 5. Il procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni cura l'esecuzione delle decisioni anche avvalendosi dei servizi minorili dell'Amministrazione della giustizia, e ne dà immediatamente avviso all'autorità centrale. 6. È fatta salva la facoltà per l'interessato di adire direttamente le competenti autorità, a norma dell'articolo 29 della convenzione di cui al comma 1.»

⁴⁹ Convenzione dell'Aja del 1980 cit., 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.”

Convenzione dell'Aja o ex art. 7 co. 6⁵⁰ della L. 64/1994, bensì all'autorità centrale competente ex artt. 8 e 21 (quest'ultimo, relativo all'autorità competente delle domande concernenti il diritto di visita) della stessa Convenzione: esso si svolge secondo il rito camerale, ha carattere sommario e prende avvio col il ricorso in via d'urgenza col quale il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni del luogo in cui si trova il minore si rivolge al tribunale ordinando l'immediato ritorno del minore o il ripristino del diritto di visita; il presidente del tribunale, il quale può procedere all'assunzione di sommarie informazioni, fisserà con decreto l'udienza in camera di consiglio, dandone comunicazione all'autorità centrale. Entro 30 giorni dalla ricezione della richiesta di ritorno da parte dell'autorità centrale, ed una volta sentiti la persona presso cui si trova il minore, il pubblico ministero, e, se del caso, lo stesso minore, il tribunale deciderà con decreto, immediatamente esecutivo e ricorribile direttamente per cassazione (il ricorso non ha, tuttavia, effetto sospensivo del provvedimento).

Rilevata l'analogia ed illustrato il procedimento, la Corte qualifica così il procedimento ex art. 11 parr. 7-8 del Regolamento nei termini di un giudizio di "riesame", svolto ad opera del giudice naturale del minore, in piena conformità con la lettera del *considerando* n. 17 del testo comunitario:

«Sulla base delle considerazioni che precedono, può pertanto concludersi che il procedimento specificamente disciplinato dall'art. 11, par. 7 e 8, del Regolamento - che si svolge secondo il modello di diritto interno prefigurato dalla L. n. 64 del 1994, art. 7, commi 3 e 4 - si configura come un vero e proprio giudizio di "riesame" del giudizio svoltosi dinanzi al giudice del luogo dove il minore è stato illecitamente trasferito e conclusosi con un provvedimento di diniego del ritorno. Tale giudizio è attribuito alla cognizione del "giudice naturale" del minore, nel senso più volte chiarito, in quanto ciò emerge inequivocabilmente dal più volte richiamato diciassettesimo "considerando" del Regolamento,- laddove il legislatore comunitario - dopo aver ricordato che "I giudici dello Stato membro in cui il minore è stato trasferito o trattenuto illecitamente dovrebbero avere la possibilità di opporsi al suo rientro in casi precisi, debitamente motivati", cioè che tali giudici possono emettere una motivata decisione di diniego del ritorno del minore - aggiunge che "Tuttavia una simile decisione dovrebbe poter essere sostituita da una decisione successiva emessa dai giudici dello Stato membro di residenza abituale del minore prima del suo trasferimento illecito o mancato rientro"»⁵¹.

Pertanto, le eccezioni preliminari sollevate dalla controricorrente in merito all'inammissibilità del ricorso per cassazione, per aver il ricorrente mancato di impugnare preliminarmente il decreto del Tribunale per i minorenni di Palermo dinanzi alla relativa Sezione di Corte d'appello e per l'assenza, nel medesimo decreto, dei caratteri della

⁵⁰ Il comma 6 dell'art. 7, L. 64/1994 rinvia alla medesima disposizione di cui all'art. 29 della Convenzione dell'Aja del 1980.

⁵¹ Cass., 14 luglio 2010, n. 16549 cit. (punto 2.4).

definitività e della decisorietà, deve essere respinta, essendo tale provvedimento immediatamente ricorribile per cassazione ex art. 7 co. 4, L. 64/1994, applicabile per analogia⁵².

10. L'area del *thema probandum* e la definizione della portata del giudizio di valutazione degli elementi di prova già acquisiti

Tra le censure allegare dal ricorrente, compare anche quella relativa all'assenza dell'opportuno vaglio critico e al limitato spettro di valutazione, da parte del Giudice italiano, in merito agli elementi probatori posti a base della decisione con la quale esso ha confermato il provvedimento del Giudice spagnolo: il ricorrente, infatti, denuncia la scarsa attenzione con la quale sarebbero state riesaminate le circostanze impeditive del rientro, nonché la mancata valutazione degli ulteriori elementi che – a suo dire – avrebbero potuto modificare le determinazioni dell'autorità giurisdizionale della residenza abituale.

Sul primo punto, la Suprema Corte obietta, confermando il corretto operato del Tribunale per i minorenni di Palermo, il quale

«ha proceduto ad un'autonoma analisi e valutazione comparativa di tutti gli elementi probatori acquisiti e direttamente dallo stesso Tribunale per i minorenni e dal Giudice spagnolo, pervenendo alle medesime conclusioni di quest'ultimo [...]»⁵³.

Proseguendo, la Corte entra poi nel merito dell'analisi e delle valutazioni dei Giudici *a quibus* (secondo punto della censura), riscontrandone la corretta circoscrizione al ricorrere delle condizioni di cui all'art. 13 par. 1 lett.b) della Convenzione dell'Aja

«al solo fine di decidere se confermare il provvedimento di diniego del ritorno della minore [...], ovvero di “sostituirlo” con un provvedimento contrario [...]»⁵⁴.

Quanto affermato risulta così perfettamente in linea con la natura di giudizio di riesame del procedimento in questione, il quale – si precisa nella sentenza in commento – riconosce al giudice della residenza abituale del minore

⁵² Orientamento confermato anche dalla successiva giurisprudenza della Suprema Corte, Cass. civ., sez. I, 21 marzo 2011, n. 6319: Può essere proposta solo ricorso per cassazione avverso il provvedimento di rigetta della domanda di rientro nella residenza abituale del minore, illecitamente trasferito in altro Stato, emesso dal tribunale per i minorenni, ai sensi dell'art. 11 del regolamento Ce n. 2201 del 2003, in sede di riesame del precedente diniego dell'autorità giudiziaria dello Stato membro nel quale il minore è stato condotto (massima), in *Foro it.* 2011, 10, 2765.

⁵³ Cass., 14 luglio 2010, n. 16549 cit. (punto 4.2).

⁵⁴ *Ibid.*

«il potere di effettuare una nuova e globale valutazione degli elementi probatori acquisiti dal giudice che ha negato il rientro - eventualmente integrandoli con quelli da lui ulteriormente acquisiti a seguito di “sommario informazioni” [...] - ed una autonoma interpretazione della pertinente disciplina sostanziale, convenzionale e del Regolamento, d’anzi ricordata, e, all’esito, di emettere una decisione o confermativa del provvedimento di diniego del ritorno - eventualmente anche per ragioni diverse od ulteriori da quelle addotte dall’altro giudice -, ovvero “sostitutiva” dello stesso provvedimento, prescrivendo il ritorno del minore»⁵⁵.

Può, pertanto, affermarsi che il giudice della residenza abituale, quando adito ex art. 11 par. 7 del Regolamento in merito alla questione del rientro del minore, dovrà sempre tenere presenti, quali elementi di valutazione, quelli di cui agli artt. 12 e 13 della Convenzione dell’Aja, tenendo in debita considerazione la precedente valutazione che degli stessi ha effettuato il giudice del luogo in cui il minore è illecitamente trasferito o trattenuto.

11. Il *thema decidendum* del procedimento ex art. 11 parr. 7-8 del Regolamento

Per quanto concerne l’oggetto del procedimento di riesame, questo è indicato al par. 7 dell’art. 11, il quale fa espresso riferimento alla “questione dell’affidamento del minore” – ai fini della cui definizione è, appunto, riconosciuta alle parti la facoltà di presentare eventuali osservazioni.

Il tenore del par. 7, tuttavia, solleva non pochi dubbi, soprattutto considerato anche il disposto dell’art. 10 lett. b) punto iv): questo, infatti, prevede che la competenza giurisdizionale del giudice della residenza abituale si esaurisce, trasferendosi in capo al giudice dello Stato in cui il minore è stato illecitamente trasferito, allorché il primo confermi, emanando “una decisione sull’affidamento che non preveda il ritorno del minore”, la determinazione nel medesimo senso già assunta dal secondo.

Ci si chiede, dunque, quale lettura, tra le due possibili, sia quella corretta, in quanto conforme alle reali intenzioni del legislatore comunitario: quella che attribuisce alla questione in merito all’affidamento carattere preliminare rispetto a quella sul rientro del minore (come sembrerebbe suggerire la lettera del par. 7 citato), ovvero quella secondo la quale le due questioni sarebbero da intendersi sostanzialmente autonome e indipendenti l’una dall’altra.⁵⁶

Sul punto è intervenuta la Corte di giustizia UE, con la sentenza *Povse*⁵⁷, di qualche giorno precedente la sentenza della nostra Cassazione, oggetto d’esame.

⁵⁵ Cass., 14 luglio 2010, n. 16549 cit. (punto 2.4).

⁵⁶ Si veda sul punto PESCE, *Sottrazione internazionale di minori nell’Unione europea* cit., p. 239.

⁵⁷ CGUE, 1° luglio 2010, C-211/10 PPU, *Povse*, in *Famiglia e minori*, 2010, n. 8, pp. 83 ss.

Il caso riguardava l'illecito trasferimento di una minore dall'Italia all'Austria, a seguito del quale il padre italiano si era rivolto all'autorità centrale austriaca per ottenerne l'immediato rientro ex art. 12 della Convenzione dell'Aja.

A fronte del rigetto della domanda ex art. 13 par. 1 lett b), il Tribunale per i minorenni di Venezia - luogo di residenza abituale della minore - , procedendo ex art. 11 par. 8 del Regolamento n. 2201/2003, aveva emesso un provvedimento ribaltava la decisione delle autorità austriache, il tutto prima ancora di procedere al giudizio sulla questione dell'affidamento.

Le autorità austriache, tenute a dare esecuzione all'ordine di rientro del Giudice italiano, certificato ex art. 42 del Regolamento, adiscono in via pregiudiziale la Corte del Lussemburgo chiedendo se - come ritiene il giudice remittente - la definizione della questione in merito al diritto di affidamento della minore sia funzionale e, quindi, preminente, ai fini della corretta esecuzione del provvedimento emesso ex art. 11 par. 8 del testo comunitario.

La Corte respinge questa interpretazione, affermando che l'art. 11 par. 7 del Regolamento, nell'affidare al giudice della residenza abituale la questione dell'affidamento del minore,

«non fa che indicare l'obiettivo finale dei procedimenti amministrativi e giudiziari, vale a dire la regolarizzazione della situazione del minore, ma da ciò non è lecito dedurre che la decisione che dispone sull'affidamento del minore costituisca una condizione preliminare all'adozione di una decisione che dispone il ritorno del minore»⁵⁸.

L'assoluta indipendenza delle due questioni è imposta dall'intrinseca diversità dei relativi giudizi: mentre, infatti, la decisione in merito al ritorno del minore merita di essere affrontata secondo i parametri della celerità e dell'urgenza che caratterizzano la disciplina dell'Aja, i medesimi parametri risultano inconciliabili con la decisione sull'attribuzione del diritto di affidamento, la quale richiede un esame più approfondito della fattispecie.

Affermare la dipendenza sostanziale della decisione sull'immediato rientro del minore dalla determinazione del suo affidamento frustrerebbe così l'obiettivo dello strumento convenzionale e - per la parte che a questo si riferisce - della disciplina regolamentare, mirante al ripristino immediato dello *status quo ante* la sottrazione illecita, nell'esclusivo interesse superiore del minore: tale dipendenza «si tradurrebbe in un vincolo tale da obbligare il giudice competente a prendere una decisione sull'affidamento senza disporre di tutte le informazioni e di tutti gli elementi pertinenti, né del tempo necessario a valutarli in modo obiettivo e pacato»⁵⁹.

⁵⁸ *Ibid.*, par. 53.

⁵⁹ *Ibid.*, par. 62.

Pertanto, la *ratio* del procedimento di cui al par. 7 dell'art. 11 è fondamentalmente quella di instaurare, di fatto, un procedimento unico, distinto in due fasi, ciascuna delle quali viene adattata alle peculiari esigenze caratterizzanti i due profili della medesima fattispecie. Diverso sarà quindi lo spettro di valutazione dei due giudici: quello della prima fase dovrà guardare alle circostanze in cui versa il minore successivamente all'atto del suo illecito trasferimento, mentre il giudice della seconda sarà tenuto, avendone gli strumenti (è, per l'appunto, il giudice naturale delle controversie riguardanti i casi di sottrazione), a registrare le circostanze antecedenti l'illecito ed a valutare le effettive prospettive che un provvedimento di rientro immediato offrirebbe al minore, nella sola ottica del suo superiore interesse.

Come osserva l'Avvocato Generale Sharpston nelle sue conclusioni⁶⁰, ferme le maggiori garanzie sicuramente offerte da un procedimento implicante un esame più approfondito (par. 70), il corretto svolgimento del procedimento di cui al par. 8 dell'art. 11 è in grado di approntare garanzie quantomeno sufficienti: il giudice della residenza abituale del minore, infatti – competente nella 'seconda fase' del procedimento –

«può certificare conformemente all'art. 42 del Regolamento la propria decisione adottata ai sensi dell'art. 11 par. 8, dello stesso, solo se ha tenuto conto dei motivi e degli elementi di prova sui quali si fonda la decisione contro il ritorno. Si può quindi presumere – anche conformemente al principio della fiducia reciproca sotteso al regolamento – che esso abbia escluso tali motivi e tali elementi di prova in base ad altri elementi di cui il primo giudice non era a conoscenza»⁶¹.

La struttura bifasica del procedimento appena descritto, non impedisce, tuttavia, al giudice competente ex art. 11 parr. 6-8 di decidere le due questioni relative al minore in un'unica soluzione, purché, in ogni caso, vengano rispettati i parametri dei due relativi giudizi, i quali devono pur sempre essere tenuti distinti: in altre parole, sebbene l'ordine di rientro possa essere inserito nell'ambito di una decisione di contenuto più ampio relativa all'attribuzione del diritto di affidamento, la valutazione delle circostanze favorevoli o impeditive il ritorno del minore nel luogo in cui originariamente risiedeva dovrà limitarsi al riscontro delle eccezioni contemplate dall'art. 13 della Convenzione dell'Aja⁶², come integrato dal Regolamento.

Quanto detto, trova conferma nella sentenza del 14 luglio 2010 della nostra Corte Suprema, la quale, fatta una ricognizione – di cui sopra - dei poteri riconosciuti dal Regolamento in capo al giudice della residenza abituale in sede di 'riesame', individua espressamente le fonti normative delle eccezioni opponibili al rientro del minore:

⁶⁰ Presa di posizione dell'Avvocato Generale Sharpston, presentata il 16 giugno 2010, Causa C-211/10 PPU, *Povse*, cit., in *Raccolta della giurisprudenza 2010*, p. I-06673.

⁶¹ *Ibid.*, par. 70.

⁶² PESCE, *Sottrazione internazionale di minori nell'Unione europea* cit., p. 240.

specificamente, gli artt. 12 par. 2 e 13 della Convenzione dell'Aja e l'art. 11 par. 4 del Regolamento.

Oggetto del giudizio di cui al par. 8 dell'art. 11 sarà, pertanto, costituito dalla verifica dell'avvenuta violazione del diritto di affidamento del titolare della responsabilità genitoriale⁶³. La Suprema Corte interviene anche relativamente a come debba intendersi il "diritto di affidamento" nel linguaggio del legislatore comunitario – prendendo spunto proprio dall'errato inquadramento che ne fa il ricorrente -, a tal fine rilevando come esso vada circoscritto al solo diritto di intervenire nella decisione riguardo al luogo di residenza del minore, rientrando nella definizione di cui all'art. 2 n. 9 del Regolamento (non anche la parte in cui quest'ultimo vi include l'insieme dei diritti e dei doveri concernenti la cura della persona del minore).

Quanto finora osservato in merito al rito da applicare (che relativamente all'ordinamento italiano sarà quello sommario d'urgenza in camera di consiglio di cui ai commi 3 e 4 della L. 64/1994) ed al *thema decidendum*, consente di prospettare il procedimento disposto dal legislatore comunitario come la fase cautelare del più ampio giudizio concernente la responsabilità genitoriale, nello specifico, del diritto di affidamento come complessivamente definito dall'art. 2 n. 9 del Regolamento n. 2201/2003.

12. L'automatica esecutività della provvedimento di rientro ex art. 11 par. 8: l'abolizione dell'exequatur per le decisioni "certificate" ex art. 42 del Regolamento

Ulteriore elemento di innovazione del provvedimento di rientro del minore emesso ai sensi del par. 8 dell'art. 11 del Regolamento *Bruxelles II-bis* è costituito dalla sua esecutività ai sensi della sezione 4 del Capo III dello stesso.

A differenza del Convenzione del 1980, infatti, il testo comunitario disciplina due distinti meccanismi, uno generale ed uno speciale, per il riconoscimento e la dichiarazione di esecutività delle decisioni: il primo si applica alle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, è regolato dalle disposizioni di cui al Capo III, sezione 2 ed impone la richiesta dell'exequatur nello Stato dell'esecuzione; il secondo, invece, riguarda specificamente le decisioni relative al diritto di visita (art. 41⁶⁴)

⁶³ CARPANETO, *Reciproca fiducia e sottrazione di minori nello spazio giudiziario europeo*, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* – N. 2-2011.

⁶⁴ Reg. (CE) n. 2201/2003 cit., art. 41 – 'diritto di visita': "1. Il diritto di visita di cui all'articolo 40, paragrafo 1, lettera a), conferito in forza di una decisione esecutiva emessa in uno Stato membro, è riconosciuto ed è eseguibile in un altro Stato membro senza che sia necessaria alcuna dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento se la decisione è stata certificata nello Stato membro d'origine in accordo con il paragrafo 2. / Anche se il diritto interno non prevede l'esecutività di diritto, nonostante un eventuale ricorso, di una decisione che accorda un diritto di visita, l'autorità giurisdizionale può dichiarare la decisione esecutiva. 2. Il giudice di origine rilascia il certificato di cui al paragrafo 1, sulla base del modello standard di cui all'allegato III (certificato sul diritto di visita), solo nei seguenti casi: a) in caso di procedimento in contumacia, la domanda giudiziale o un atto equivalente è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale che questi possa presentare le proprie difese, o, è stato notificato o

e quelle sul rientro del minore rese ex art. 11 par. 8 (art. 42) ed è regolato dalla sezione 4 dello stesso Capo III.

Come premesso, il testo dell'Aja non contiene disposizioni del medesimo tenore relativamente alle decisioni emesse ex art. 12 con le quali si ordina il rientro del minore nel luogo della residenza abituale: è questo uno dei profili più insoddisfacenti del sistema convenzionale, che proprio per l'assenza di precise regole sull'attuazione dei provvedimenti emessi ai sensi della disciplina ivi contenuta, fornisce una tutela particolarmente debole a livello pratico. Da qui, le molteplici condanne emesse dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per violazione dell'art. 8 CEDU da parte degli Stati contraenti della Convenzione.

Il regime speciale di riconoscimento che il legislatore comunitario ha riservato ai provvedimenti di rientro emessi a seguito del procedimento di 'riesame', nel senso sopra chiarito, trova espresso riconoscimento già all'interno del considerando n. 23, che ne fissa le caratteristiche:

«[...] le decisioni in materia di diritto di visita o di ritorno, che siano state certificate nello Stato membro d'origine conformemente alle disposizioni del presente regolamento, dovrebbero essere riconosciute e hanno efficacia esecutiva in tutti gli altri Stati membri senza che sia richiesto qualsiasi altro procedimento[...].»

L'evidente finalità nel senso della celerità delle procedure volte al rientro del minore nel luogo in cui abitualmente risiedeva si colgono quindi anche alla garantita rapidità d'esecuzione dei relativi provvedimenti: a tal fine, il Regolamento prevede che questi siano direttamente riconosciuti ed immediatamente esecutivi nello Stato membro in cui il minore è stato illecitamente condotto, quando muniti dell'apposito certificato di cui all'art. 42.

Come precisato nella Guida pratica al Regolamento, le conseguenze di tale disciplina sono, da un lato, il venir meno dell'istituto dell'exequatur ai fini del riconoscimento; dall'altro, l'inoppugnabilità del certificato rilasciato ai fini dell'esecuzione: pertanto, il provvedimento che ordina il rientro del minore, che sia stato reso ai sensi del par. 8 dell'art. 11 e che sia esecutivo nell'ordinamento dello Stato membro nel quale è stato emesso, «è riconosciuto ed è eseguibile in un altro Stato membro senza che sia necessaria una

comunicato nel mancato rispetto di queste condizioni, sia comunque accertato che il convenuto ha accettato la decisione inequivocabilmente; b) tutte le parti interessate hanno avuto la possibilità di essere ascoltate; e c) il minore ha avuto la possibilità di essere ascoltato, salvo che l'audizione non sia stata ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità. / Il certificato standard deve essere compilato nella lingua della decisione. 3. Se il diritto di visita riguarda un caso che sin dall'atto della pronuncia della decisione riveste un carattere transfrontaliero, il certificato è rilasciato d'ufficio quando la decisione diventa esecutiva, anche se solo provvisoriamente. Se il caso diventa transfrontaliero solo in seguito, il certificato è rilasciato a richiesta di una delle parti.»

dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al riconoscimento, se la decisione è stata certificata nello Stato membro d'origine»⁶⁵.

Il certificato viene rilasciato solo a fronte di una decisione dotata del carattere dell'esecutività nell'ordinamento interno: devono, pertanto, essere esperiti tutti i mezzi di impugnazione, ovvero scaduti i relativi termini. Tale statuizione è, però, solo tendenziale – come avverte la Guida pratica al Regolamento - , in quanto il giudice di origine, qualora lo ritenga opportuno, può certificare la decisione “nonostante l'appello”, anche se ciò non è ammesso dalla legislazione nazionale⁶⁶: lo scopo è quello di evitare che il mezzo di impugnazione si traduca in uno strumento indebito di dilazione dell'esecuzione della pronuncia, così inevitabilmente incidendo sulla tutela del superiore interesse del minore ad un effettivo rientro.

A riguardo, è opportuno precisare che, ai fini della validità del certificato, è necessario anche che la decisione cui si accompagna non sia incompatibile con una decisione esecutiva emessa posteriormente, come stabilito dall'art. 47 par. 2: sul punto, la Corte di Giustizia UE, nella citata sentenza *Povse*⁶⁷, ha chiarito che

«l'incompatibilità, ai sensi dell'art. 47, n. 2, secondo comma, del regolamento, di una decisione certificata con una decisione esecutiva successiva dev'essere verificata soltanto rispetto alle eventuali decisioni pronunciate successivamente dai giudici competenti dello Stato membro di origine»⁶⁸,

e non, quindi, rispetto a quelle eventualmente poste in essere nello Stato d'esecuzione.

Le condizioni per il rilascio del certificato sono indicate nel par. 2 dell'art. 42, il quale impone che il giudice garantisca:

- a) che il minore abbia 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) che le parti abbiano avuto la possibilità di essere ascoltate;
- c) che la decisione emessa abbia tenuto in debita considerazione i motivi e gli elementi di prova posti alla base della decisione precedentemente adottata, ai sensi dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980, dal giudice dello Stato in cui il minore è stato illecitamente condotto.

⁶⁵ Reg. (CE) n. 2201/2003, art. 42 (par. 1).

⁶⁶ *Ibid.*: “Anche se la legislazione nazionale non prevede l'esecutività di diritto, nonostante eventuali impugnazioni, di una decisione che prescrive il ritorno del minore di cui all'articolo 11, paragrafo 8, l'autorità giurisdizionale può dichiarare che la decisione in questione è esecutiva.”

⁶⁷ CGUE, 1° luglio 2010, C-211/10 PPU, *Povse* cit.

⁶⁸ *Ibid.*, par. 76.

Ai sensi dell'art. 43 par. 2, infine, il rilascio di un certificato non è soggetto ad alcun mezzo di impugnazione; esso è predisposto sulla base del modello standard di cui all'Allegato IV al Regolamento ("certificato sul ritorno del minore") ed è compilato nella lingua della decisione.

Il certificato ha effetto solo nei limiti del carattere esecutivo della sentenza⁶⁹, la quale sarà così automaticamente esecutiva in tutti gli Stati membri e non solo in quello in cui è stata pronunciata la decisione contraria al rientro del minore: l'eventuale trasferimento di questo in altro Stato dell'UE, pertanto, non rileverà ai fini dell'esecuzione della decisione così certificata, né sarà necessario avviare un nuovo procedimento di rientro ai sensi della Convenzione dell'Aja.

Ai fini dell'effettiva esecuzione del provvedimento di ritorno emesso ai sensi del par. 8 dell'art. 11 sarà, quindi, sufficiente che la parte interessata produca una copia dello stesso, allegando il relativo certificato.

Qualora il certificato si discosti dal contenuto della decisione cui si accompagna per l'eventuale errore materiale in cui sia incorso il giudice d'origine, è passibile di rettifica con apposita domanda rivolta allo stesso giudice, secondo le norme di diritto interno dello Stato membro d'origine. Quanto alle contestazioni in merito alla legittimità della decisione certificata, ivi comprese le questioni sulla competenza e dell'esistenza dei presupposti per l'adozione e l'esecuzione dell'ordine di rientro, queste dovranno essere trattate e risolte dinanzi all'autorità giurisdizionale dello Stato membro che ha emesso la decisione, la quale procederà, anche in questo caso, secondo le regole fissate dal diritto nazionale.

Sul punto, è intervenuta la Corte di Giustizia UE, la quale, nella sentenza *Rinau*⁷⁰ citata, ha posto in evidenza la ripartizione delle competenze operata dal Regolamento anche relativamente a tale fase esecutiva, ribadendo che

«Una volta che un provvedimento contro il ritorno sia stato emanato e portato a conoscenza del giudice d'origine, è irrilevante, ai fini del rilascio del certificato previsto all'art. 42 del regolamento [...], che tale provvedimento sia stato sospeso, riformato, annullato o comunque non sia passato in giudicato o sia stato sostituito da un provvedimento di ritorno, quando il ritorno del minore non ha effettivamente avuto luogo. Non essendo stato sollevato alcun dubbio in merito all'autenticità di tale certificato ed essendo quest'ultimo stato redatto conformemente al formulario il cui modello è riportato all'allegato IV di detto regolamento, l'opposizione al riconoscimento del provvedimento di ritorno è vietata ed al giudice adito spetta solo constatare l'esecutività del provvedimento certificato e pronunciare il ritorno immediato del minore.»⁷¹.

⁶⁹ Reg. (CE) n. 2201/2003, cit., art. 44.

⁷⁰ CGUE, 11 luglio 2008, C-195/08 PPU, caso *Rinau*, cit.

⁷¹ *Ibid.*, decisione finale, punto 1).

In merito al divieto di opposizione all'esecuzione della decisione di rientro certificata ex art. 42, è intervenuta, ancora, la Corte del Lussemburgo, nella sentenza *Aguirre Zarraga*⁷² del 22 dicembre 2010: la Corte ha a tal proposito specificato il carattere assoluto di tale divieto, il quale opera anche nel caso in cui ad essere certificato sia un provvedimento viziato per grave violazione dei diritti fondamentali (nel caso in questione, si trattava del mancato rispetto del diritto del minore ad essere ascoltato, quale presupposto per il rilascio del certificato).

Coerentemente con la *ratio* del regime agevolato di esecuzione di cui all'art. 42 del Regolamento, infatti, la Corte, richiamando l'art. 24⁷³ co. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, afferma che

«spetta ai soli giudici nazionali dello Stato membro d'origine esaminare la legittimità di detta decisione alla luce dei requisiti imposti, segnatamente, dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali e dall'art. 42 del regolamento n. 2201/2003. / Infatti, [...] i sistemi di riconoscimento e di esecuzione delle decisioni emanate in uno Stato membro istituiti da detto regolamento sono fondati sul principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri in ordine al fatto che i rispettivi ordinamenti giuridici nazionali siano in grado di fornire una tutela equivalente ed effettiva dei diritti fondamentali, riconosciuti a livello dell'Unione, in particolare nella Carta dei diritti fondamentali. / In tale contesto [...] è quindi nell'ambito dell'ordinamento giuridico dello Stato membro d'origine che le parti interessate devono esperire i mezzi di ricorso che consentono di contestare la legittimità di una decisione certificata in forza dell'art. 42 del regolamento n. 2201/2003.»⁷⁴.

Proprio in merito al diritto del minore di essere ascoltato, è possibile evidenziare il profilo di specialità che caratterizza la disciplina dell'esecuzione di cui all'art. 42 rispetto a quella generale dettata per l'esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale⁷⁵: mentre quest'ultima, infatti, contempla, tra i motivi di non riconoscimento di cui all'art. 23 del Regolamento, la circostanza che la decisione in materia di responsabilità genitoriale sia stata emessa senza aver dato al minore la possibilità di

⁷² CGUE, 22 dicembre 2010, C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*. Si veda a riguardo SILBERMAN, *The Hague Convention on Child Abduction and Unilateral Relocations by Custodial Parents: A Perspective from the United States and Europe – Abbott, Neulinger, Zarraga*, New York University School of Law - PUBLIC LAW & LEGAL THEORY RESEARCH PAPER SERIES WORKING PAPER NO. 12-02, in *Oklahoma Law Review* [Vol. 63:733, 2011], pp. 746 ss.

⁷³ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Art. 24 – 'diritti del minore': "1. 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. 2. 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. 3. Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse."

⁷⁴ *Ibid.*, parr. 68-71.

⁷⁵ Si veda sul punto PESCE, *Sottrazione internazionale di minori nell'Unione europea* cit., p. 244.

essere ascoltato, “in violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato membro richiesto” (con l’unica eccezione data dall’urgenza richiesta dal caso concreto)⁷⁶, al contrario, nel caso di una decisione di rientro ex art. 11 par. 8 certificata, il corrispondente art. 42 n. 2 lett. b) non contiene riferimento alcuno all’ordine pubblico dello Stato membro dell’esecuzione.

In questo modo – come evidenziato nella presa di posizione dall’Avvocato Generale Bot nel caso *Aguirre Zarraga* – il Regolamento si distingue anche dalla Convenzione dell’Aja: questa, infatti, all’art. 20, prevede che il rientro del minore ordinato con un provvedimento ex art. 12 possa 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”. E proprio sulla base della diversa formulazione dell’art. 42 n. 2 lett. b) del Regolamento, l’Avvocato Generale coglie l’occasione per sottolineare come

«il valore aggiunto del regolamento n. 2201/2003 rispetto a tale Convenzione consiste nel consentire di superare le situazioni di stallo che potrebbero derivare da divergenze di valutazione relative all’interesse superiore del minore nei casi in cui tale valutazione venga effettuata dal giudice di origine e dal giudice richiesto alla luce dei rispettivi diritti fondamentali»⁷⁷.

13. Il riesame: la reciproca fiducia tra Stati membri al servizio del superiore interesse del minore

La decisione della Corte di Cassazione n. 16549 del 14 luglio 2010 oggetto dell’analisi fin qui svolta costituisce uno straordinario esempio dell’applicazione del principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri, che sta alla base del procedimento di ‘riesame’ di cui al par. 8 dell’art. 11 del Regolamento *Bruxelles II-bis*.

Tale principio costituisce, infatti, la chiave di lettura della disciplina in questione, che, nelle fattispecie infracomunitarie di sottrazione, si mette al servizio del fine ultimo dell’intera normativa internazionale ed europea in materia: l’interesse superiore del minore.

Limitare l’analisi del giudizio di ‘riesame’, assumendo come unica prospettiva quella data dall’obiettivo del rafforzamento della reciproca fiducia e del mutuo riconoscimento delle decisioni tra i Membri dell’UE, rischia inevitabilmente di occultare la ratio di questo peculiare strumento, nonché di travisare le evidenti intenzioni del legislatore comunitario.

⁷⁶ Reg. (CE) n. 2201/2003 cit., art. 23 lett. b).

⁷⁷ Presa di posizione dell’Avvocato Generale Bot, presentata il 7 dicembre 2010, Causa C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*, par. 76.

Per quanto innegabile sia la lunga strada che l'Unione deve ancora percorrere nella realizzazione di un effettivo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, sarebbe altrettanto riduttivo e fuorviante non riconoscere il valore degli effettivi passi avanti già realizzati: solo un progredito livello di reciproca fiducia e cooperazione tra gli Stati può, infatti, ammettere un meccanismo quale è quello previsto dall'art. 11 par. 8, che, sebbene nel limitato quanto delicato ambito della tutela del minore nei casi di sottrazione internazionale, presuppone necessariamente un grado di sinergia istituzionale e politica tra i soggetti che detto meccanismo devono concretamente applicare.

In quest'ottica, si tenterà di dimostrare come le perplessità sollevate in dottrina a riguardo non possono condividersi se lette secondo l'interpretazione che si è appena cercato di scongiurare: simili perplessità devono semmai destarsi a fronte degli esiti spesso ancora poco soddisfacenti – e che non è intento di questa trattazione negare – cui le corti e le istituzioni spesso approdano rispetto all'effettiva implementazione della tutela del minore, ma che coinvolge un panorama ben più ampio di quello europeo, e che richiede sforzi sempre maggiori per la realizzazione di quel superiore interesse.

Da altra - ma complementare - prospettiva, il procedimento di cui al par. 8 può assumersi anche come modello di riferimento nel processo di creazione di una disciplina di diritto internazionale privato europeo, dove gli organi giurisdizionali e amministrativi dei singoli Stati membri diventino gli ingranaggi di una struttura più ampia che sia in grado di superare i confini nazionali e le gerarchie interne, e così procedano nella trattazione di quelle controversie transnazionali, non già limitate alla fattispecie di sottrazione internazionale di minori, bensì estese all'intero novero delle fattispecie tipiche del diritto internazionale privato.

14. (segue) Le critiche al procedimento ex art. 11 par. 8 del Regolamento

La disciplina contenuta nel par. 8 dell'art. 11 è stata sin dalla sua prima comparsa oggetto di aspre critiche sotto il profilo della sua compatibilità con l'obiettivo e la sostanza della Convenzione dell'Aja del 1980, la quale ne risulterebbe così irrazionalmente frustrata.

Le ragioni di simili frustrazioni deriverebbero proprio dall'introduzione di un meccanismo che viene percepito come frenante rispetto al funzionamento dello strumento convenzionale ed il cui scopo viene ricondotto alle peculiari esigenze che fanno capo solo ad un ristretto contesto giuridico e politico, l'Unione Europea, i cui Membri anteporrebbero l'esigenza di rafforzare la loro reciproca fiducia, così riducendo il tenore dell'impegno assunto con lo strumento dell'Aja (tutti gli Stati membri sono, infatti, parti contraenti della Convenzione).

In particolare, viene osservato⁷⁸ come il Regolamento *Bruxelles II-bis* sia ben lontano dal creare effettivamente un complementare strumento europeo nell'area del diritto di famiglia, traducendosi piuttosto nell'espressione delle aspirazioni meramente politiche della Commissione Europea e di una parte degli Stati membri.

Nello specifico poi delle modalità con le quali lo strumento comunitario incide nell'ambito della sottrazione internazionale dei minori, come già delineata nel testo dell'Aja, si contesta la sostanziale incoerenza di questa disciplina integrativa, la quale potrebbe ben giustificarsi e comprendersi nell'ottica di implementare la reciproca fiducia tra gli Stati europei, ma non nella misura in cui, di fatto, finisce "ironicamente" col contraddirsi ribadendo – al *considerando* n. 21⁷⁹ - proprio quella reciproca fiducia che dichiara di voler perseguire.

Gli effetti distorsivi di un tale meccanismo sarebbero quindi agevolati e, così, consolidati, dal particolare regime di esecuzione cui gli ordini di rientro ex art. 11 par. 8 – "*trumping orders*" - sono sottoposti: l'agevolato iter – definito "fast track" - della semplice certificazione ai sensi dell'art. 42 del Regolamento, infatti, sancendo l'effetto dell'automatico riconoscimento, inciderebbe negativamente sulle reciproche relazioni tra gli Stati membri. Tuttavia, sul punto la critica sembra attenuarsi, non appena si sottolinea⁸⁰ che detta automaticità si riferisce al solo riconoscimento, restando l'effettiva esecuzione del provvedimento una questione meramente interna, rimessa com'è agli strumenti previsti dalla legislazione nazionale.

Non può, a riguardo, tacersi il rammarico di fronte all'atteggiamento quasi rassicurante col quale tale critica – per quanto autorevole – senta l'esigenza di ricordare la ben nota prassi – quella di non dare effettiva esecuzione ai provvedimenti di altri ordinamenti - la quale sembra addirittura preferibile rispetto agli effetti legittimi di un meccanismo che non si condivide.

A sostegno della propria interpretazione, tale critica evidenzia come le eccezioni al rientro del minore contemplate dall'art. 13 della Convenzione siano state chiaramente intese dai relativi autori nel senso della loro eccezionalità, restando il principale obiettivo sempre quello del ritorno immediato del minore nel luogo dal quale è stato illecitamente sottratto; oltretutto, si avverte come una condotta responsabile delle corti nella valutazione delle circostanze di cui al citato art. 13 è certamente una garanzia sufficiente a scongiurare l'abuso delle pronunce contrarie al ripristino dello *status quo ante* la

⁷⁸ McELEAVY, *Brussels II bis: Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, p. 503 ss.

⁷⁹ Reg. (CE) n. 2201/2003 cit.: "*Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni rese in uno Stato membro dovrebbero fondarsi sul principio della fiducia reciproca e i motivi di non riconoscimento dovrebbero essere limitati al minimo indispensabile.*".

⁸⁰ *Ibid.*, p. 512: «*It has previously been noted that the automatic recognition of return orders may give rise to problems in practice, however, it must be pointed out that 'fat tracking' extends only to recognition, enforcement remains a matter for national law and as has sometimes happened in Hague Convention proceedings a return order may be made but not enforced either because of the objections of the children or the harm which might result to them by being sent back.*».

sottrazione, il che – si afferma – consente di privare di ogni fondamento l'esigenza di consentire che il giudice dello Stato membro di abituale residenza del minore possa andare oltre le valutazioni del giudice che lo ha preceduto, procedendo sostanzialmente ad un secondo giudizio sul merito della controversia⁸¹.

La stessa prassi applicativa dello strumento convenzionale ai casi infracomunitari di sottrazione viene posta a fondamento dell'infondatezza che caratterizzerebbe i timori in merito all'uso spesso pretestuoso dell'art. 13 che gli Stati (ove i minori vengono illecitamente condotti) sono soliti fare⁸²: di fatto, sembra potersi obiettare come percentuali e statistiche, per quanto fondate, sono indicative ai soli fini di un'analisi complessiva del fenomeno, non potendo necessariamente dare conto delle dinamiche relative alle singole fattispecie, che, in una materia quale quella della sottrazione internazionale, esclusivamente incentrata sulla realizzazione effettiva del superiore interesse del minore, non possono assolutamente confondersi con grafici e tabelle percentuali, per quanto rassicuranti possano essere.

La stessa ipotesi della violenza familiare, addotta come causa scatenante la sottrazione, per quanto concretamente fondata, non è sufficiente per leggere nelle intenzioni del legislatore europeo il solo scopo di rafforzare il livello di cooperazione e di dialogo tra le autorità degli Stati membri, realizzato secondo l'unica preoccupazione di favorire l'adozione di un provvedimento di rientro del minore e così ripristinare lo *status quo ante* la sottrazione⁸³, ad ogni costo. Come sopra precisato, una simile conclusione, oltre che meramente presuntiva, spinge a considerazioni riduttive del processo normativo europeo e della sua evoluzione, che ne risulterebbero così in qualche modo banalizzati.

15. (segue) La compatibilità del procedimento ex art. 11 par. 8 del Regolamento con l'art. 8 CEDU: il caso *Šneerson e Kampanella c. Italia*

Un ulteriore profilo della critica rivolta al meccanismo di cui al par. 8 dell'art. 11 del Regolamento riguarda la questione del suo potenziale conflitto con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: la "iper-efficienza" di questo peculiare procedimento⁸⁴

⁸¹ *Ibid.*, p.510: «*The drafters of the Hague Convention were very clear that the grounds of non-return in Article 13 were only to operate in exceptional circumstances. [...] Therefore if courts are acting responsibly and only using the safety valve required, there is no justification to allow courts in another Member State to go behind such findings and in essence have a rehearing*».

⁸² DISTEFANO, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori*, CEDAM, 2012, pp. 105-106.

⁸³ DISTEFANO, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori*, cit.

⁸⁴ KINSCH, *Private International Law Topics Before the European Court of Human Rights – Selected Judgments and Decisions (2010-2011)*, in *Yearbook of Private International Law*, Volume 13 (2011), pp. 37-49.

rischia, infatti, di tradursi in una violazione del diritto alla vita privata e familiare sancito dall'art. 8 CEDU⁸⁵.

La Convenzione dell'Aja del 1980 è stata oggetto di diversi interventi della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in merito alla sua interpretazione, a partire dal *leading case* in tal senso, il caso *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*⁸⁶.

Recentemente, la Corte ha invitato le corti nazionali al rispetto dell'interesse superiore del bambino sotto il profilo dell'obbligo di effettuare una valutazione approfondita del contesto familiare, tenendo in debita considerazione le conseguenze psicologiche e materiali cui il minore andrebbe in contro in seguito al suo ritorno nel Paese di abituale residenza⁸⁷.

In tal senso, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che l'adozione da parte delle autorità nazionali di un ordine di rientro del minore ex art. 11 par. 8 del Regolamento n. 2201/2003, in modo automatico e senza procedere adeguatamente all'ineludibile esame degli elementi sopra indicati, si pone in contrasto col dovuto rispetto del diritto alla vita privata e familiare, come sancito dall'art. 8 CEDU citato.

Questo è quanto la Corte ha stabilito nel recente caso *Šneerson e Kampanella c. Italia*⁸⁸, deciso con sentenza del 12 luglio 2011: la controversia trae origine dagli esiti di una separazione di una coppia costituita da un cittadino italiano e da una cittadina lettone, residenti in Italia, il cui figlio minore, affidato alla madre, era stato, dopo circa due anni dalla separazione, condotto dalla donna in Lettonia.

Il padre si era rivolto al Tribunale per i minorenni di Roma che, anche alla luce dell'allontanamento della madre, aveva affidato il bambino in via esclusiva al padre.

L'Autorità centrale italiana aveva così ordinato il rientro del minore secondo la procedura prevista dalla Convenzione dell'Aja, ma i giudici lettoni avevano rifiutato l'esecuzione del provvedimento – pur riconoscendo il carattere illecito del trasferimento ai sensi dell'art. 2 n. 11 del Regolamento *Bruxelles II-bis* –, avendo riscontrato l'avvenuta integrazione del minore in Lettonia e stabilito, in applicazione dell'art. 13 lett. b) della

⁸⁵ Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, Art. 8: “1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.”

⁸⁶ Corte EDU, sent. 6 luglio 2010, Ricorso n. 41615/07, caso *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*.

⁸⁷ Si vedano a riguardo: KINSCH, *Private International Law Topics Before the European Court of Human Rights* cit.; ATZENI, *La sottrazione internazionale di minori*, in *Avvocati di Famiglia – Osservatorio Nazionale sul Diritto di Famiglia*, n. 1 – gennaio-marzo 2012; ESPOSITO, *Fonti sovranazionali e ruolo del giudice minorile*, in *Diritto e Giustizia Minorile*, Anno I, nn. 2 e 3-2012; CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel pianeta famiglia*, Atti del convegno *Tutela delle persone minori di età e rispetto delle relazioni familiari*, Roma, 22-24 Novembre 2012, <http://www.minoriefamiglia.it/>.

⁸⁸ Corte EDU, 12 luglio 2011, Ricorso n. 14737/09, caso *Šneerson e Kampanella c. Italia*.

Convenzione dell'Aja, che il rimpatrio del minore in Italia non sarebbe stato compatibile con il suo interesse superiore.

Pertanto, anche se la regola generale imponeva il ritorno del bambino, poteva essere attuata l'eccezione per i casi di rischio anche di danni psicologici ed impedire così il rientro del minore.

Una tesi condivisa dalla Corte europea che, dopo aver chiarito che nell'applicazione sia della Convenzione dell'Aja che del Regolamento le autorità nazionali sono obbligate a tenere conto delle norme della Convenzione europea, ha condannato l'Italia in quanto l'ingerenza delle sue autorità nel diritto dei ricorrenti (la madre e il figlio) al rispetto della vita privata e familiare non era "necessario in una società democratica", ai sensi dell'art. 8 par. 2 CEDU.

In particolare, è stato ritenuto che i giudici italiani non abbiano opportunamente valutato l'interesse superiore del minore, ma proceduto ad ordinarne il rientro, procedendo in modo meramente automatico: l'automatismo condannato è, infatti, incompatibile con quella che la Corte di Strasburgo definisce la "questione decisiva" della causa, ovvero *«se si sia raggiunto un equo equilibrio tra gli interessi concorrenti in gioco – quelli del minore, quelli dei due genitori e quelli dell'ordine pubblico – entro il margine di apprezzamento concesso agli Stati in tali materie [...], tenendo in mente, comunque, che l'interesse superiore del minore deve essere la considerazione principale»*⁸⁹.

La sentenza appena richiamata ed il nuovo filone interpretativo nel quale essa si inserisce, pur apportando l'innegabile contributo dato dall'applicazione della prospettiva dei diritti umani all'obiettivo della realizzazione dell'interesse superiore del minore, non può tuttavia essere portata a sostegno delle critiche che la dottrina sopra citata rivolge agli effetti della disciplina europea sullo strumento della Convenzione dell'Aja del 1980.

Quanto accade nella vicenda dalla quale ha origine il caso *Sneersone e Kampanella c. Italia* e che sta alla base della relativa condanna delle autorità italiane riguarda non già l'applicazione del procedimento di cui all'art. 11 del Regolamento Bruxelles II-bis, ma una superficiale valutazione circa gli elementi cui il parametro del superiore interesse del minore andava vagliato: non è, infatti, lo strumento attraverso cui tale valutazione viene effettuata a condurre ad una violazione di tale interesse e, di conseguenza, ad una indebita e irrazionale ingerenza nel diritto dei ricorrenti sancito dall'art. 8 CEDU.

E quanto appena affermato trova piena conferma esattamente nella sentenza della Cassazione civile n. 16549/2010 sopra analizzata, dove il medesimo meccanismo conduce a risultati dalla stessa critica definiti positivi e coerenti rispetto alla complessiva disciplina in tema di sottrazione internazionale di minori: non può, quindi, che doversi smentire la ricostruzione di chi, in dottrina, propone il medesimo collegamento tra le due sentenze appena citate – quella della Corte EDU e quella della Suprema Corte italiana –

⁸⁹ Corte EDU, 12 luglio 2011, Ricorso n. 14737/09, caso *Sneersone e Kampanella c. Italia* cit., par. 84.

per dimostrare l'effetto distorsivo del meccanismo del giudizio di 'riesame' e, con questo, le ragioni meramente politiche e pretestuose della disciplina che lo predispone⁹⁰.

⁹⁰ DISTEFANO, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori*, cit., pp. 158-159.