

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI CATANIA
DIPARTIMENTO SEMINARIO GIURIDICO
DOTTORATO DI RICERCA XXV CICLO
Politiche europee di diritto penale, processuale e di cooperazione giudiziaria

NADIA DI LORENZO

LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DEL MINORE VITTIMA DI
SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

TUTOR:

Chiar.ma Prof.ssa Nicoletta Parisi

ANNO ACCADEMICO 2012/2013

INDICE

Presentazione.....	p. 6
Introduzione.....	p. 8

CAPITOLO I

Le fonti internazionali ed europee

1. La sottrazione internazionale del minore: inquadramento del problema, consistenza e analisi del fenomeno.....p. 11
2. La normativa internazionale del 1980: la Convenzione di Lussemburgo e la Convenzione dell’Aja: breve confronto tra strumenti internazionali.....p. 14
3. La Convenzione dell’Aja del 1980: strumento principale di contrasto al fenomeno fondato su un sistema reintegratorio e possessorio.....p. 20
 - 3.1. La nozione di trasferimento illecito. L’ambito oggettivo di applicazione della Convenzione.p. 22
 - 3.2. L’ambito soggettivo di applicazione della Convenzione Aja 1980.....p. 24
 - 3.3. Il ritorno del minore.....p. 25
 - 3.4. Il diritto di visita.....p. 32
 - 3.5. La partecipazione del minore al procedimento che lo interessa.....p. 33
4. Il regolamento “*Bruxelles II bis*” in materia di protezione del minore.....p. 35
 - 4.1. Le controversie in materia di responsabilità genitoriale: la competenza giurisdizionale.....p. 36
 - 4.2. La sottrazione di minore in ambito europeo.....p. 40
5. Il prevalente interesse del minore: la tutela dei diritti del minore nella normativa internazionale ed europea.....p. 42

CAPITOLO II

Il superiore interesse del minore sottratto: la tutela dei diritti fondamentali della vittima del *legal kidnapping*

1. Il superiore interesse del minore: principio e aspirazione degli strumenti internazionali a tutela del minore.....	p. 57
2. Il superiore interesse del minore sottratto a intrattenere relazioni stabili con entrambi i genitori.....	p. 60
2.1. Il problema della qualificazione giuridica dei rapporti tra genitori e figli: eterogeneità degli ordinamenti nazionali e interpretazione della normativa internazionale.....	p. 63
2.2. Il diritto a intrattenere relazioni stabili con il genitore affidatario.....	p. 73
2.3. Il diritto a intrattenere relazioni stabili con il genitore avente il diritto di visita.....	p. 79
3. Il superiore interesse del minore sottratto a preservare il proprio ambiente di vita: la nozione di residenza abituale.....	p. 86
3.1. La nozione di residenza abituale del minore nella giurisprudenza italiana...p.	87
3.2. La nozione di residenza abituale del minore nella giurisprudenza degli Stati europei.....	p. 94
3.3. Il ruolo della Corte di giustizia dell'Unione europea nella determinazione del concetto di residenza abituale del minore.....	p. 103
4. Il superiore interesse del minore a un sereno sviluppo psicofisico: le cause ostative al rimpatrio.....	p. 105
4.1. Il decorso del tempo e l'adattamento del minore al nuovo ambiente di vita.....	p. 107
4.2. Il rischio di danno psichico o fisico per il fatto del ritorno.....	p. 109
4.3. La volontà oppositiva del minore.....	p. 114
4.4. Il principio del <i>best interests of child</i> come causa ostativa al rimpatrio....	p. 115
5. I diritti processuali del minore sottratto: il diritto a essere parte del procedimento e il diritto all'ascolto.....	p. 117

CAPITOLO III

Il prevalente interesse del minore sottratto nella giurisprudenza delle Corti internazionali europee

1. La tutela del superiore interesse del minore: una sfida sovranazionale.....	p. 129
2. La tutela del prevalente interesse del minore nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea.....	p. 132
2.1. Premessa.....	p. 132
2.2. Le decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea e l'interesse superiore del minore.....	p. 134
2.3. La Corte di Giustizia emancipa l'interesse del minore da mera regola di competenza a obiettivo fondamentale del regolamento “ <i>Bruxelles II bis</i> ”: il caso <i>Rinau</i>	p. 137
2.4. Il superiore interesse del minore come regola di interpretazione delle norme di diritto europeo derivato a tutela del fanciullo sottratto.....	p. 141
2.5. La tutela del bambino sottratto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: identità tra protezione del superiore interesse minore e dei suoi diritti fondamentali.....	p. 146
3. Il superiore interesse del minore sottratto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.....	p. 149
3.1. La Corte europea dei diritti dell'uomo e il controllo formale sulla tutela del superiore interesse del minore sottratto.....	p. 153
3.2. Il caso <i>Neulinger – Shuruk</i> : un diverso modo di tutelare il superiore interesse del minore.....	p. 158
3.3. L'applicazione dei principi sanciti nell' <i>affaire Neulinger</i> nella giurisprudenza successiva.....	p. 165
4. Analisi comparata del livello di tutela del superiore interesse del minore nelle Corti europee.....	p. 169

Conclusioni.....p. 176

BIBLIOGRAFIA

Dottrina

Articoli.....p. 184

Monografie.....	p. 192
Atti.....	p. 193
Giurisprudenza.....	p. 196

APPENDICE

CONVENZIONE DELL'AJA DEL 25.10.1980 SUGLI ASPETTI CIVILI DELLA SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORI	p. 205
REGOLAMENTO (CE) N. 2201/2003 DEL CONSIGLIO.....	p. 216

PRESENTAZIONE

Il progetto di ricerca, nato nell'ambito del dottorato di ricerca del Dipartimento Seminario Giuridico dell'Università degli studi di Catania, in *Politiche europee di diritto penale, processuale e di cooperazione giudiziaria*, si sviluppa attorno la tematica della tutela del minore vittima di sottrazione internazionale. Tema scelto in relazione ad un interesse personale che nasce dal connubio tra attività professionale svolta come operatore del diritto e legale specializzato nelle tematiche del diritto di famiglia e tra settore di studio e approfondimento accademico nell'ambito dei diritti fondamentali dell'individuo e, in particolare, del minore.

La ricerca è stata svolta secondo un procedimento per fasi condotto, dapprima, sulla base della catalogazione delle fonti rilevanti in materia. Si è trattato di un reperimento "a tratti" volto a individuare nel settore della normativa universale posta a tutela dei diritti dell'uomo le norme indirizzabili ai minori, per espressa previsione o in via interpretativa, per poi trattare le fonti internazionali ed europee specificatamente destinate a regolamentare il settore della sottrazione internazionale.

La fase successiva del lavoro di ricerca si è concentrata sul reperimento e lo studio della giurisprudenza nazionale italiana, sovente pubblicata con note della dottrina più attenta sul tema della tutela dei diritti del fanciullo. In un secondo momento, grazie a due esperienze di studio all'estero, nell'ambito delle attività di dottorato, la ricerca si è estesa al reperimento della giurisprudenza di altri ordinamenti nazionali, con una preferenza per gli Stati membri dell'Unione europea. In particolare, l'esperienza di studio a *Louvain La Neuve* mi ha consentito di catalogare e studiare la giurisprudenza più rilevante del Belgio e della Francia, accompagnata da una cospicua opera dogmatica dei più attenti commentatori e studiosi del diritto internazionale privato e processuale con riferimento al settore di ricerca in oggetto. Non da ultimo, proficuo l'incontro personale e di condivisione delle reciproche impostazioni con il Prof. Marc Fallon, dell'Università di giurisprudenza di Louvain La Neuve, che molto ha scritto in materia di sottrazione internazionale di minore.

Infine, la parte conclusiva del lavoro di ricerca ha avuto ad oggetto l'esame della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia dell'Unione

europea, grazie anche al breve periodo di studio svolto a Lussemburgo, presso la Biblioteca della Corte di Giustizia.

Preme in questa sede rilevare come la ricerca svolta all'estero mi ha consentito di estendere le mie conoscenze ad una parte della dottrina internazionale che ha avviato un vivace dibattito sul tema della sottrazione internazionale di minore, permettendomi di trovare nuovi spunti critici da cui partire per operare il difficile compito di cernere nell'ambito della vasta materia in esame quegli aspetti più significativi e originali, sui quali avviare un percorso di riflessione giuridica ed ermeneutica, di cui si tenterà nel presente lavoro di dare una precisa esposizione.

Si è trattato, quindi, di un lavoro di ricerca stimolante, peculiare, non preconstituito e alquanto approfondito grazie al quale la stesura delle seguenti pagine ha acquisito connotati e caratteristiche personali e originali, da cui spero il lettore più attento possa essere attratto e colpito, fornendo, perché no, altri e nuovi spunti di riflessione per rendere il dibattito sul tema dell'effettiva tutela del superiore interesse del minore sottratto sempre più vivace e attuale.

A conclusione di questa breve presentazione del lavoro di ricerca, che certamente è frutto di fatiche e sacrificio, un ringraziamento particolare vorrei porgerlo alla Prof.ssa Nicoletta Parisi, mia tutor nel dottorato di ricerca, che mi ha sostenuto nella scelta del tema, nel percorso di ricerca, nel dare spessore, contenuto e forma alle riflessioni e speculazioni ermeneutiche prodotte; alla dott.ssa Giuseppina Valentina Anna Petralia, collega e sostegno nel percorso di dottorato, per l'incoraggiamento costante e i preziosi suggerimenti; e, non da ultimo, al dott. Lorenzo Barletta, mio compagno nella vita, grazie al cui supporto ho potuto dedicare tempo, risorse ed energie al progetto di ricerca che in queste pagine vede la sua concretizzazione.

Ai lettori auguro una buona lettura e un giudizio severo ma equo.

Avv. Nadia Di Lorenzo

INTRODUZIONE

La tutela internazionale del fanciullo è un settore cruciale del diritto in quanto coinvolge il trattamento di un soggetto particolarmente vulnerabile e più esposto alla violazione dei diritti fondamentali. La considerazione che la protezione della posizione giuridica del minore è mediata dal comportamento e dall'azione degli adulti di riferimento non può non comportare un più alto livello di tensione della normativa internazionale verso la creazione di standard di tutela adeguati. Un settore in cui il bambino è più esposto a subire le decisioni degli adulti è certamente quello familiare, soprattutto nel contesto della crisi della relazione coniugale che spinge i genitori ad utilizzare i figli come strumento di contesa.

La sottrazione internazionale di minore ne è l'esempio più significativo: la problematica dell'affidamento della prole, soprattutto se caratterizzata da una connotazione di transnazionalità, impone nuove sfide agli ordinamenti giuridici nazionali. Le frontiere diventano causa di violazione dei diritti fondamentali del bambino tutte le volte in cui un genitore decide di trasferire o trattenere il figlio lontano dal luogo di sua residenza abituale e dal genitore esercente il *droit de garde*. In questo caso, la reazione dell'ordinamento giuridico nazionale appariva insufficiente, tanto che è intervenuta la normativa internazionale in chiave suppletiva regolando innanzitutto i problemi di diritto internazionale privato e processuale, con particolare riferimento alla *vexata quaestio* dei conflitti di giurisdizione e della legge applicabile per dirimere la controversia. Ma le soluzioni internazionalprivatistiche, se da una parte appaiono necessarie per incardinare legittimamente un procedimento che abbia ad oggetto l'affidamento conteso della prole, dall'altro sono insufficienti per tutelare la posizione del minore. Per questa ragione oggi non si può non parlare di normativa avente ad oggetto la protezione del fanciullo sottratto, senza riferirsi al principio del *best interests of child* e, più specificatamente, alla tutela dei diritti fondamentali della vittima del *legal kidnapping*.

Non basta, pertanto, individuare il giudice competente e la legge da applicare per decidere la questione, occorre comprendere quale soluzione deve essere presa per tutelare i diritti fondamentali del bambino, già pregiudicati dal comportamento illegittimo del genitore. Il diritto internazionale in materia di sottrazione internazionale si fonda sulla presunzione giuridica che è nell'interesse superiore del minore rientrare nel proprio ambiente di vita e di

relazione da cui è stato repentinamente sottratto, salvo i casi tassativamente previsti di eccezione. Si tratta di una dicotomia tra regola, ritorno del minore, ed eccezione, cause ostative, fondata su una valutazione del superiore interesse del fanciullo.

Il presente lavoro si pone nella prospettiva di individuare i diritti fondamentali del minore sottratto e di verificarne il rispetto nell'ambito degli ordinamenti nazionali chiamati a decidere le controversie in materia di sottrazione internazionale. Il punto di indagine, quindi, vuole essere il superiore interesse del minore, il suo incardinarsi nella normativa applicabile e il suo rispetto nelle decisioni giurisprudenziali rilevanti. Non si tratta di un'analisi esaustiva, ma certamente comparativa, che pone a sistema le decisioni di alcuni ordinamenti nazionali, prevalentemente con riferimento agli Stati membri dell'Unione europea, in ragione del maggior grado di integrazione normativa e di cooperazione giudiziaria instaurato in virtù dell'adesione all'Unione europea. Inoltre, la ricerca si propone di verificare l'impatto della giurisprudenza sovranazionale in materia di sottrazione internazionale. A livello regionale europeo, infatti, alla solenne proclamazione dei diritti inviolabili dell'uomo per mezzo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si accompagna la creazione di un giudice sovranazionale europeo, la Corte europea dei diritti dell'uomo, competente a conoscere dell'eventuale violazione, da parte degli Stati contraenti, dei diritti fondamentali in essa sanciti. Inoltre, la Corte di Giustizia dell'Unione europea, nell'interpretare il diritto derivato in chiave compatibile con l'ormai vincolante catalogo dei diritti fondamentali proclamati nella Carta di Nizza, "crea" precedenti rilevanti in materia di *legal kidnapping*. Una parte della ricerca si concentrerà, da una parte, sulla valutazione della maggiore capacità delle Corti europee di tutelare i diritti fondamentali del fanciullo sottratto e, più in particolare, di rendere cogente il principio del superiore interesse del minore; dall'altra, si tenterà di comparare i livelli di tutela offerti dai due giudici internazionali europei, al fine di chiarire quale di questi organi giurisdizionali garantisce la miglior tutela del bambino.

In conclusione, partendo dall'analisi della normativa applicabile, sia settoriale in materia di *legal kidnapping*, sia universale, in materia di diritti fondamentali dell'uomo e del fanciullo, si tenterà di verificare quale sia il livello di tutela e protezione offerto al minore illegittimamente trasferito e/o trattenuto oltre frontiera, mettendo a sistema le risposte giurisprudenziali nazionali e il vaglio delle Corti europee, quali giudici chiamati a garantire la

corretta applicazione ed interpretazione del diritto sovranazionale in materia di tutela del minore sottratto.

Il primo capitolo, quindi, è dedicato immancabilmente alle fonti del diritto: si tratta di una trattazione non esaustiva, ma per tratti, volta a individuare la normativa applicabile ai casi di sottrazione internazionale di minore. Individuati gli strumenti internazionali specificatamente redatti per rispondere al fenomeno del *legal kidnapping*, si analizzeranno le fonti internazionali generali che attribuiscono diritti fondamentali al minore sottratto, con particolare riferimento al principio del superiore interesse del bambino.

Il secondo capitolo mira ad individuare un nucleo imprescindibile di diritti fondamentali del minore sottratto, nonché a verificarne, attraverso un'attenta analisi della prassi giurisprudenziale nazionale e internazionale, il livello di tutela e protezione. L'analisi puntuale della giurisprudenza, anche a livello comparativo, è finalizzata a individuare le problematiche interpretative e applicative del diritto internazionale ed europeo in materia di *legal kidnapping*, nonché, con sguardo critico, a comprendere i limiti delle decisioni nazionali nel dirimere controversie transfrontaliere.

Il terzo capitolo affronta il delicato tema del rapporto tra giurisprudenza, rispettivamente, della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia dell'Unione europea nei casi di sottrazione internazionale di minore. Attraverso l'analisi delle pronunce più significative, la ricerca mira a comparare i diversi livelli di tutela offerti dalle Corti dei diritti fondamentali, tentando di rispondere a due quesiti: può un giudice internazionale tutelare più efficacemente il superiore interesse del minore sottratto? Quale dei due giudici internazionali offre il livello di tutela più adeguato alla posizione giuridica del minore?

La ricerca, in ultima analisi, si pone come obiettivo lo studio del rapporto intercorrente tra tutela dei diritti fondamentali del fanciullo e controversie in materia di sottrazione internazionale, affidando alle conclusioni del presente lavoro l'arduo compito di formulare ipotesi e prospettive *de jure condendo* volte ad attivare nuove forme di tutela e protezione del bambino.

CAPITOLO I

Le fonti internazionali ed europee

1. La sottrazione internazionale del minore: inquadramento del problema, consistenza e analisi del fenomeno.

Con il termine sottrazione internazionale del minore¹ si intende l'atto per cui un genitore decide, volontariamente ed unilateralmente, di sottrarre il figlio all'altro genitore e al suo naturale ambiente di vita. Il *legal kidnapping*² consiste nel trasferimento illegittimo del minore attraverso una frontiera o nella sua permanenza illegittima in un Paese diverso da quello di sua residenza abituale.

Il fenomeno non è solo legato al caso in cui un minore viene portato oltre frontiera. Esso si verifica anche a livello interno.

Gli effetti sul bambino sono altrettanto deleteri: tanto in caso di sottrazione interna, quanto in caso di sottrazione transfrontaliera, egli viene infatti bruscamente privato non solo dell'affetto dell'altro genitore, con il quale normalmente convive, ma dell'intero proprio ambiente di vita e di relazione: nonni, compagni di scuola, amici scompaiono improvvisamente dalla sua vita. L'essere sottratto produce diverse implicazioni psicologiche a carico dello sviluppo del bambino. Gli studiosi dell'età evolutiva concordano nel ritenere che la crescita del minore è strettamente legata ai contesti relazionali e alle caratteristiche della famiglia di appartenenza. Gli studi psicologici attuali hanno dimostrato come il minore sia soggetto attivo nella relazione con l'altro. Si pensi a quanto danno psicologico produce una separazione netta e repentina del minore, senza un'adeguata e graduale preparazione alla partenza e al cambiamento, tenendo conto che non vedrà uno dei due genitori per diverso tempo. In aggiunta, nel caso di separazione della coppia, i minori diventano oggetto di contesa, poiché non si riesce a separare il livello della conflittualità e della relazione con il

¹ M. Tirini, "La sottrazione internazionale del minore all'interno dell'UE e le procedure previste per il rientro", Working Paper n. 4/2009, Centro Studi Family Law in Europe. Per una definizione del fenomeno vedi anche L. Fadiga, A. L. Zanatta, "I coniugi separati che si sottraggono i figli", in *Minori giustizia*, 2009, p. 89. Per un'analisi approfondita con riferimento all'ordinamento giuridico belga, M. Demaret, "L'enlèvement International d'enfants", in *Revue general de droit civil belge*, 2006, p. 505.

² Espressione inglese, in francese *enlevement international* o *déplacement illicite*.

partner, dal ruolo di genitore. La distanza geografica e affettiva che la sottrazione del minore crea contrasta con il bisogno psicologico del bambino a un rapporto costante e quotidiano con entrambe le figure genitoriali. Tale diritto del minore - il diritto alla bigenitorialità - viene pericolosamente messo in discussione nei casi di *legal kidnapping*.

Il fenomeno a livello internazionale ha iniziato a destare allarme già negli anni Settanta del secolo scorso. Diversamente che in Italia nel resto del mondo i matrimoni misti rappresentavano già una realtà estesa e le relative crisi coniugali avevano contribuito a far aumentare i casi di sottrazione internazionale. Unitamente a ciò la semplificazione burocratica per il superamento delle frontiere – soprattutto in ambito europeo – determinava una crescita esponenziale del fenomeno in esame³. Non è un caso che spesso i minori sottratti siano figli di coppie miste. Sovente, il genitore sottraente decide di rientrare nel proprio Paese d'origine dopo aver subito nello Stato di residenza abituale un provvedimento “sfavorevole” in materia di affido⁴, ma ben può capitare che un genitore conduca il figlio in uno Stato in cui ha acquisito un legame lavorativo o ove si è stabilito per altre ragioni. In altra percentuale di casi, il conflitto derivante dalla crisi con il partner rappresenta la motivazione che spinge uno dei genitori al “rapimento del figlio”, con ciò impedendo di fatto i rapporti tra l'altro genitore ed il bambino⁵.

In Italia il fenomeno delle coppie miste e della loro instabilità si può definire come emergente, tanto che il numero di figli minori sottratti ha conosciuto un incremento solo negli ultimi venti anni. La casistica dimostra che la sottrazione internazionale del figlio, più che una risposta ad una decisione giudiziaria sfavorevole, appare il modo per garantire al minore di crescere secondo la propria cultura, con i conseguenti valori e principi etici, morali ed educativi. Il genitore sottraente è soprattutto il padre, in alcuni casi anche i nonni.

³ In particolare in Unione europea, in virtù della creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, i cittadini europei godono del diritto alla libertà di circolare liberamente entro lo spazio unico europeo.

⁴ A.M.T. Gregori, “*La sottrazione internazionale dei minori figli di coppie miste separate*”, in *Nuovo diritto*, 2000, p. 15; Q. Fischer, “*Enlèvement International*”, in *Revue de droit de ULB*, 2005, p. 71 e ss.

⁵ Si parla di *acting out* a carico dei partner separati che si verifica nel caso di mancata rielaborazione del disagio e del dolore legati al cambiamento conseguente alla separazione, in tal senso V. Cigoli, “*Psicologia della separazione e del divorzio*”, 1998, Bologna.

L'attualità del problema e la drammaticità della situazione che scaturisce dalla crisi della coppia, quando il minore diventa l'oggetto e la vittima del conflitto che oppone il padre e la madre, spinge la comunità internazionale ad occuparsi del fenomeno del *deplacement illicite*. Inoltre, nel contesto dell'integrazione europea, il cui obiettivo principale è oggi la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ove i cittadini possano liberamente circolare, desta preoccupazione come la frontiera possa diventare un ostacolo alla relazione tra un genitore e il figlio. Non sorprende, quindi, che anche il legislatore europeo abbia prestato una particolare attenzione al fenomeno in analisi.

La crisi coniugale delle famiglie con caratteri di multi nazionalità e i casi di *legal kidnapping* pongono la necessità di affrontare questioni giuridiche complesse che coinvolgono il problema dei diversi ordinamenti giuridici degli Stati di cui i genitori sono cittadini, se non altro per quanto attiene alla eterogeneità di questi ordinamenti a motivo del diverso regime giuridico in materia di famiglia. A tal uopo dovrebbe riuscire supplire la normativa internazionale in materia, volta a dare una soluzione al problema a livello sovranazionale in funzione di una tutela dei diritti e dell'interesse del minore coinvolto.

Non bisogna omettere di considerare come la scelta di un genitore di sottrarre la prole all'altro comporta la violazione di diritti fondamentali in capo all'intero nucleo familiare convivente. La sottrazione internazionale implica la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare⁶ di tutti i membri della famiglia, anche solo esemplificando, in quanto incide sui legami più intimi e profondi che l'individuo crea: si pensi ai casi, meno frequenti, di sottrazione di un solo figlio nel contesto di una famiglia con più minori: in questo caso la frattura del legame familiare coinvolge anche i fratelli o le sorelle. Più in generale, accanto ai diritti del minore sottratto occorre preservare e farsi carico dei diritti del genitore che subisce l'illecito, anch'egli vittima del fenomeno e, dunque, soggetto di protezione internazionale.

⁶Il diritto alla vita privata e familiare è sancito, a livello internazionale, dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché all'art. 7 della Carta di Nizza. Entrambi gli strumenti internazionali si prefiggono di tutelare quella sfera personale dell'individuo che non deve essere sacrificata se non in casi di assoluta necessità. Le misure restrittive di tale diritto fondamentale devono, quindi, rispondere a criteri di legalità, proporzionalità e necessità, la cui verifica è rimessa alle Corti sovranazionali. Sovente, l'art. 8 della CEDU rappresenta la base giuridica per le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo in cui viene valutato il comportamento di uno Stato membro che, pronunciandosi in materia di rapporti familiari e di filiazione, abbia limitato e/o compresso il libero godimento di tale diritto fondamentale.

Tuttavia, la normativa internazionale volta a prevenire il *legal kidnapping* si prefigge di tutelare il preminente interesse del minore, il che comporta in casi niente affatto marginali, il sacrificio dei diritti degli altri soggetti coinvolti.

In materia di protezione internazionale dei minori sussistono un'ampia serie di convenzioni e norme interne⁷. Tra queste, per quanto concerne il fenomeno del *legal kidnapping*, questo studio si soffermerà sulla Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale e, più brevemente, sulla Convenzione europea del 20 maggio 1980 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento. Questi strumenti sono finalizzati alla tutela e al rispetto del diritto di affidamento per mezzo del ritorno del minore nel paese di residenza abituale. Più di recente, l'Unione europea ha elaborato un regolamento in materia di competenza giurisdizionale e di riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, comunemente detto regolamento "*Bruxelles II bis*".

Occorre interrogarsi sull'efficacia di questi strumenti internazionali a tutelare i diritti e l'interesse del minore conteso, il quale non rappresenta un soggetto passivo nelle relazioni familiari, ma un soggetto attivo titolare di una posizione giuridica complessa e di una serie di diritti fondamentali il cui rispetto rappresenta la pietra miliare di qualunque ordinamento giuridico democratico.

2. La normativa internazionale del 1980: la Convenzione di Lussemburgo e la Convenzione dell'Aja: breve confronto tra strumenti internazionali

Nel 1980 sia il Consiglio d'Europa⁸ che la Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato⁹ decisero di mettere allo studio un progetto di convenzione in materia di sottrazione

⁷ A. Beghè Loreti, "*La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*", Padova, 1995; M. Franchi, "*Protezione dei minori e diritto internazionale privato*", Milano, 1997; L. Marini, "*La sottrazione di minore nell'ordinamento internazionale*", Padova, 1995.

⁸ Il Consiglio d'Europa è un'organizzazione internazionale sorta con lo scopo di promuovere la pace, la democrazia, i diritti dell'uomo, l'identità culturale europea. Fu fondato il 5 maggio 1949 con il Trattato di Londra e conta oggi 47 Stati membri. Tale obiettivo viene perseguito attraverso un'azione volta a predisporre e favorire la stipulazione di accordi internazionali rivolti agli Stati membri e, talvolta, anche a Stati terzi rispetto all'organizzazione

⁹ Dal 1893, la Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato è un'organizzazione intergovernativa che si propone di intervenire in risposta a bisogni mondiali in tre particolari settori:

internazionale del minore. L'unico strumento internazionale in vigore era la Convenzione dell'Aja del 1961 in materia di protezione dei minori¹⁰, che appariva una risposta insufficiente in materia di tutela del minore sottratto. Ciò in quanto tale strumento convenzionale, da una parte non era stato ratificato all'interno di molti Stati (tra questi l'Italia), dall'altra non conosceva norme specifiche in materia di sottrazione internazionale della prole.

I lavori del Consiglio d'Europa¹¹ si conclusero con l'adozione della *Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento*, aperta alle firme il 20 maggio 1980 a Lussemburgo¹². Qualche mese dopo la Conferenza dell'Aja produsse la Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale, aperta alle firme all'Aja il 25 ottobre 1980¹³.

protezione dei minori e questioni internazionali in materia di famiglia; questioni inerenti il contenzioso internazionale (legge applicabile – competenza giurisdizionale), diritto commerciale e finanza internazionale. Ad oggi consta di 74 membri di cui 73 Stati e 1 organizzazione sovranazionale (l'Unione europea – con decisione di adesione alla Conferenza dell'Aja del Consiglio del 5 ottobre 2006, 2006/719/CE). Importante la distinzione tra membri della Conferenza, ossia organizzazioni statali che decidono di aderire alla Conferenza accettandone lo Statuto, e Stati parte delle Convenzioni stipulate per mezzo dell'intervento della Conferenza stessa.

¹⁰ Aperta alle firme in data 5 ottobre 1961, a conclusione della Nona Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, la Convenzione dell'Aja del 1961 è stata resa esecutiva in Italia con la L. 742 del 1980, ma è entrata in vigore soltanto il 22 aprile 1995 a motivo della necessità di predisporre norme di attuazione, emanate solo con la L. 15 gennaio 1994 n. 64. Tale strumento internazionale è destinato ad occuparsi della protezione della persona e dei beni del minore affidandone la competenza allo Stato di residenza abituale. Se è vero che la Convenzione del 1961 non si occupa specificatamente della sottrazione internazionale di minore, nel silenzio del legislatore internazionale e nazionale in materia, tale strumento veniva applicato per individuare la giurisdizione competente e la legge applicabile nei casi di provvedimento in materia di cura della persona del minore, *rectius* di affidamento.

¹¹ La Convenzione si ispira ai lavori della settima conferenza dei ministri europei della giustizia del 15-18 maggio 1972, nel corso della quale il Ministro della giustizia austriaco portava l'attenzione sulla necessità di realizzare una protezione adeguata dei minori, anche attraverso la creazione di un sistema di riconoscimento ed esecuzione all'estero delle decisioni nazionali in materia di custodia e affidamento dei minori. All'esito dei lavori preparati condotti da un Comitato europeo per la cooperazione giudiziaria, emerse la necessità di tutelare due obiettivi con un medesimo strumento internazionale: il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di custodia dei minori ed il ripristino dell'affidamento del minore trasferito illegalmente in altro Stato.

¹² La *Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento*, aperta alle firme il 20 maggio 1980 a Lussemburgo, è entrata in vigore internazionalmente l'1 settembre 1983, è stata ratificata e resa esecutiva ad oggi da 37 Stati membri, tra cui l'Italia che ha provveduto con legge di autorizzazione alla ratifica e esecuzione n. 15 gennaio 1994, n. 64.

¹³ La Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale, aperta alla firma all'Aja il 25 ottobre 1980, è entrata in vigore internazionalmente l'1 dicembre 1983, di cui oggi fanno parte 90 Stati, di cui 26 non fanno parte della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato e, tuttavia hanno avvertito l'urgenza di aderire allo strumento internazionale a tutela del minore sottratto. L'Italia

Per quanto contemporanee e sorte dalle medesime esigenze, le due Convenzioni si differenziano in maniera netta.

Un primo elemento di discrasia tra le due normative è l'obiettivo. La Convenzione europea mira a creare un sistema snello di riconoscimento delle decisioni in materia di affidamento (in francese, *droit de garde*; in inglese, *right of custody*) e dello speculare diritto di visita, principio secondo il quale una decisione esecutiva in uno Stato contraente deve essere riconosciuta ed attuata in ogni altro Stato parte della Convenzione. La Convenzione dell'Aja ha come obiettivo il ritorno immediato del minore illegittimamente sottratto nel suo Paese di residenza abituale e tenuto lontano dal genitore affidatario, soggetto in concreto ed effettivamente si prende cura della crescita e dello sviluppo del minore, a prescindere dalla sussistenza di un provvedimento giurisdizionale in materia di affidamento della prole.

Conseguenza di tale differenza è che la Convenzione di Lussemburgo, per fronteggiare il fenomeno della sottrazione internazionale del minore, richiede l'esistenza di un provvedimento in materia di custodia¹⁴, in quanto il ripristino dell'affidamento violato si ottiene mediante l'esecuzione e il riconoscimento internazionale di tale decisione¹⁵. Ne deriva che, nel caso non sussista un provvedimento interno relativo alla custodia del minore, la Convenzione di Lussemburgo non potrà essere attivata poiché il suo ambito di applicazione non può prescindere dalla decisione esecutiva in uno degli Stati contraenti che disponga sull'affidamento del minore. Invero, la stessa nozione di *trasferimento illegittimo* delinea tale conclusione: ai sensi dell'art. 1, lett d) è illegittimo il “*trasferimento di un minore attraverso una frontiera internazionale in violazione ad una decisione che disponga il suo affidamento emessa in uno Stato contraente ed esecutiva in tale Stato*”.

Diversamente da quanto appena rilevato, nel sistema della Convenzione dell'Aja il titolo giuridico sottostante l'esercizio dei diritti di custodia è irrilevante, perché ciò che conta

ha provveduto ad adeguarsi alla normativa internazionale con legge di autorizzazione alla ratifica e esecuzione n. 15 gennaio 1994, n. 64.

¹⁴ La nozione di provvedimento relativo all'affidamento identifica ogni provvedimento di un'autorità pubblica che disponga della cura della persona del minore, compreso il diritto di stabilire la sua residenza, nonché in ordine al diritto di visita (art. 1, lett. C).

¹⁵ Invero, l'art. 12 della Convenzione in esame prevede che qualora alla data del trasferimento del minore non sussiste un provvedimento in materia di affidamento e custodia, la Convenzione si applica ad ogni successiva decisione riguardante il minore che riconosca l'illiceità del trasferimento emesso in uno Stato contraente su richiesta della persona interessata.

è lo sradicamento del minore dal suo contesto di vita e la violazione di una posizione giuridica soggettiva, quella del titolare del diritto di custodia, che deve essere effettivamente esercitata. La Convenzione, pertanto, non si occupa del merito dei diritti di affidamento e si fonda sulla tutela di una posizione giuridica soggettiva che fornisce fondamento giuridico alla situazione fattuale alterata dalla condotta illecita (rectius: trasferimento illecito). La Convenzione dell'Aja si fonda, quindi, su una logica di tipo recuperatorio: il suo scopo è di ristabilire lo *status quo ante* interrotto dalla sottrazione, ne deriva come il presupposto applicativo di tale strumento internazionale non è la sussistenza di un provvedimento interno violato, ma il trasferimento arbitrario all'estero di un minore o il suo trattenimento nello Stato richiesto, in contrasto con l'esercizio di un effettivo diritto di affidamento.

La diversità dei due strumenti convenzionali è consacrata dalla stessa Corte di Cassazione italiana, la quale ha avuto modo di chiarire come *“le due Convenzioni, pur avendo la medesima finalità di tutela dell'interesse del minore dal pregiudizio derivante dai trasferimenti indebiti, hanno contenuto, funzione e condizioni di applicazione del tutto diversi. Infatti, presupposto della prima è che, anteriormente al trasferimento di un minore attraverso una frontiera internazionale, sia stata adottata, in uno Stato contraente, una decisione esecutiva sull'affidamento ovvero, successivamente al trasferimento, sia stato pronunciato un provvedimento sull'affidamento dichiarativo dell'illiceità del trasferimento stesso. Al contrario, caratteristica della seconda risulta la totale irrilevanza di un titolo giuridico di affidamento, dal momento che essa persegue lo scopo esclusivo di tutela dell'affidamento quale situazione di mero fatto, da reintegrare con l'immediato ritorno del minore nel proprio Stato di residenza abituale”*¹⁶

La Convenzione europea, tuttavia, appare di notevole rilievo pratico in tutti i casi in cui il titolare del diritto di affidamento disponga di una decisione esecutiva nello Stato di residenza abituale. Invero, la circolazione di detto titolo rende illegittimo il trasferimento del minore e determina la necessaria restituzione dello stesso. L'art. 8 della Convenzione europea disciplina proprio i casi di trasferimento illegittimo statuendo come lo Stato richiesto deve immediatamente procedere alla restituzione del minore tutte le volte in cui: a) all'atto dell'introduzione della domanda, il minore ed i suoi genitori avevano soltanto cittadinanza

¹⁶ Corte di Cassazione, 20 marzo 1998, n. 2954, in *Giustizia Civile*, 1998, p. 916.

dello Stato che ha emesso il provvedimento da eseguire e se il minore aveva la residenza abituale in detto Stato e b) se la domanda di restituzione viene presentata entro un termine di sei mesi dall'illegittimo trasferimento. Ne deriva che il dovere di immediata restituzione scaturisce dalla celerità della reazione da parte del legittimato e dalla sussistenza di uno stretto collegamento tra lo Stato che ha adottato il provvedimento che rende illegittimo il trasferimento e il nucleo familiare coinvolto nella vicenda.

Tali requisiti rendono particolarmente stringente l'applicazione della Convenzione di Lussemburgo, in quanto, sovente, la sottrazione internazionale si verifica all'interno di un nucleo familiare composto tra partners di cittadinanza diversa o che, per effetto del rapporto di *coniugio*, ottengono doppia cittadinanza. In tutti questi casi, nonostante la sussistenza di una decisione esecutiva nello Stato di residenza del minore, il sistema convenzionale non potrà essere attuato.

Invero, tale restrizione dell'ambito oggettivo di applicazione della presente Convenzione ne ha determinato la scarsa attuazione, anche in rapporto alla più diffusa Convenzione dell'Aja. Non è un caso che il numero di Stati parte delle due Convenzioni è notevolmente differente: 74 Stati parte per la Convenzione dell'Aja; soltanto 31 per la Convenzione europea. Peraltro, gli Stati che hanno attuato la Convenzione di Lussemburgo sono anche parte della Convenzione dell'Aja (ad eccezione del Liechtenstein) con l'ulteriore conseguenza che, nelle controversie relative al ritorno del minore, i cittadini di tali Stati invocano più frequentemente il più agile e completo sistema della Convenzione dell'Aja¹⁷.

Infine, la Convenzione di Lussemburgo appare ora, a trent'anni dalla sua stipulazione, ancor più inefficace laddove si consideri che, all'interno dell'Unione europea, il sistema di riconoscimento delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale e di protezione dei minori è disciplinato dal Regolamento 2201/2003 che, per espressa previsione normativa,

¹⁷ E. Gallant, "La Convention de Luxembourg du 20 Mai 1980, Bilan", in *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille - Lyon, 20 e 21 novembre 2003*, a cura di H. Fulchiron, Bruylant, 2004. Il lavoro contiene una valutazione specifica dell'applicazione del sistema convenzionale in Francia, anche in rapporto agli altri strumenti internazionali. In esso si rileva, ad esempio, come il sistema di riconoscimento delle decisioni, basato sull'*exequatur*, mal si concilia con il merito delle controversie relative all'affidamento dei minori che necessitano una celere risoluzione. L'analisi dell'autore muove, quindi, da una inefficacia strutturale della Convenzione a rispondere alle esigenze concrete dettate dai casi di sottrazione internazionale e, più in generale, dalle controversie in materia di responsabilità parentale.

sostituisce nei rapporti tra gli Stati membri la Convenzione di Lussemburgo. Ne deriva che tale strumento internazionale è destinato nel futuro, come nel presente e nel passato, ad avere una scarsa efficacia pratica a ragione del ristretto ambito di applicazione oggettivo della stessa e della concomitante presenza di strumenti internazionali più completi ed effettivi per la tutela del minore sottratto.

L'Unione europea, infatti, si pone il delicato obiettivo di realizzare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, attraverso l'abolizione delle frontiere interne, un ravvicinamento della disciplina degli Stati membri in materia civile e la cooperazione tra gli Stati.

A tal fine, sancito il diritto di libera circolazione delle persone nello spazio unico europeo, si è posta la necessità di regolamentare il fenomeno matrimoniale e familiare¹⁸, attraverso una normativa volta a garantire una disciplina uniforme in materia di competenza, riconoscimento ed esecuzioni delle decisioni in materia familiare. Un primo intervento normativo si è avuto con il Regolamento 1347/2000 che istituiva un sistema di cooperazione civile e giudiziaria in materia matrimoniale. Successivamente, nel 2003 si avvertì l'esigenza di garantire condizioni di uguaglianza ai minori, costruendo un sistema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale a prescindere dalla sussistenza di un procedimento in materia matrimoniale. Il regolamento CE 2201/2003 del Consiglio del 27 Novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (d'ora innanzi regolamento "*Bruxelles II bis*".)¹⁹ rappresenta l'evoluzione e

¹⁸ Avvertendo l'urgenza di un'armonizzazione del diritto di famiglia nel quadro del più ampio obiettivo di garantire la libera circolazione delle persone, nel settembre del 2001, viene istituita la Commissione permanente per il Diritto di Famiglia europeo (*Commission on European Family Law*). La CEFL è composta da esperti di diritto di famiglia e di diritto comparato e si propone di definire i principi di diritto di famiglia europeo, ossia principi che possano accomunare le identità e gli ordinamenti nazionali degli Stati membri. I lavori della CEFL scontano le resistenze degli Stati membri a cedere le proprie competenze in un settore come quello familiare in cui più fortemente si esprime l'identità culturale, storica e sociale di un paese. Sul difficile rapporto tra diritto di famiglia e competenze dell'Unione europea vedi R. Baratta, "*Il regolamento comunitario sul diritto internazionale della famiglia*", in P. Picone (a cura di), "*Diritto internazionale privato e diritto comunitario*", Milano, 2004, p. 163 ss.

¹⁹ Il regolamento "*Bruxelles II bis*" è entrato in vigore il primo agosto 2004 e si applica dal primo marzo 2005. Esso concerne tutte le misure relative alla protezione del minore e alla sola materia civile. Restano escluse dal suo campo di applicazione questioni relative alla sicurezza sociale, misure pubbliche di carattere generale in materia di istruzione e di sanità o decisioni sul diritto d'asilo e nel settore dell'immigrazione. Esso non si applica nemmeno ai provvedimenti relativi al diritto di filiazione o ai provvedimenti riguardanti illeciti penali commessi dai minori. Peraltro la sentenza della

l'unificazione del precedente sistema. Pertanto, si pone come fonte unica in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, sostituendo il regolamento 1347/2000.

Per quanto attiene ai rapporti con le altre fonti internazionali, il regolamento prevale (artt. 59 – 63), nel rapporto tra gli Stati membri, sulle convenzioni vigenti concluse tra due o più Stati membri (convenzioni bilaterali); esso prevale, inoltre, sulla Convenzione Aja 1961, sulla Convenzione di Lussemburgo, sulla Convenzione dell'Aja.

In materia di sottrazione internazionale di minore, il regolamento "*Bruxelles II bis*" si pone come obiettivo di rafforzare ed integrare la protezione internazionale costruita dalla Convenzione dell'Aja, predisponendo alcune norme che, lette in combinato disposto con le disposizioni convenzionali, garantiscono un sistema di prevenzione al *legal kidnapping* maggiormente efficace poiché fondato sulla reciproca fiducia che lega gli Stati membri.

Per tutte queste ragioni, il presente lavoro, pur non ignorando la sussistenza di altre fonti internazionali applicabili ai casi di sottrazione internazionale di minore, si concentra sullo studio delle fonti di maggiore rilevanza pratica, ossia la Convenzione Aja ed il regolamento "*Bruxelles II bis*" che tende ad applicarsi a livello europeo in sostituzione della Convenzione di Lussemburgo, quanto meno per i 28 Stati membri dell'Unione europea.

3. La Convenzione dell'Aja del 1980: strumento principale di contrasto al fenomeno fondato su un sistema reintegratorio e possessorio

La Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale²⁰ (d'ora innanzi, Conv. Aja 1980) è stata autorizzata la ratifica e ha avuto

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

²⁰ A. Salzano, "*La sottrazione internazionale dei minori*", Milano 1995; G. Carella, "*La Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*", in *Rivista di diritto internazionale privato*, 1994, 777; G. Caliendo, "*Richiesta di riconsegna del minore sottratto*", in *Famiglia e diritto*, 1998, p. 139; F. Uccella, "*I giudici e la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980*", in *Giustizia Civile*, 2000, p. 485; P. Picone, "*La nuova Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori*", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1996, p. 705; F. Corbetta, "*La*

ordine di esecuzione in Italia con la legge 15 gennaio 1994 n. 64, è entrata in vigore nel nostro Paese l'1 maggio 1995²¹. Conseguenza logica è che la Convenzione può essere applicata solo ai casi di sottrazione internazionale successivi alla data della propria entrata in vigore²².

Il punto focale della normativa internazionale è la tutela dell'interesse del minore. Il Preambolo alla Convenzione esplicita tale obiettivo in maniera netta: “*Gli Stati contraenti profondamente convinti che l'interesse del minore sia di rilevanza fondamentale in tutte le questioni pertinenti alla sua custodia; desiderando proteggere il minore, a livello internazionale, contro gli effetti nocivi derivanti da un suo trasferimento o mancato rientro illecito..., hanno determinato di concludere a tale scopo una Convenzione*”.

Appare chiaro, a parere di chi scrive, che la prevalenza accordata all'interesse del minore, considerato come di rilevanza fondamentale nel Preambolo, deve ispirare la disamina della normativa stessa della Convenzione ed essere chiave di lettura e di interpretazione delle norme; nonché obiettivo cardine nell'applicazione giurisprudenziale dello strumento internazionale.

Tale interesse del minore si esplica nelle finalità della Convenzione, chiarite dal *Rapport explicatif*, il quale precisa come la Convenzione ha realizzato un fragile equilibrio tra

Convenzione dell'Aja del 1980 sugli effetti civili della sottrazione internazionale di minori”, in *Famiglia, persone e successioni*, 2008, p. 715

²¹ A livello interno, vi sono state diverse resistenze alla ratifica della Conv. Aja 1980, dovute al timore che tale strumento fosse poco rispettoso dei diritti del minore. Invero, la sommarietà del meccanismo di rimpatrio sembrava, secondo una certa interpretazione dottrinarica, equiparare il minore ad una *res*. Tale interpretazione è stata superata, essendo ormai pacifico che al contrario è proprio il minore ad essere vittima di spoglio, poiché improvvisamente privato non solo dell'affetto dell'altro genitore, ma di tutto il suo ambiente di vita. In tal senso, VV. Librando, F. Mosconi e D. Rinoldi, “*Tempi biblici per la ratifica dei trattati – i diritti dei minori contesi e la storia infinita della partecipazione italiana a quattro Convenzioni internazionali*”, Padova, 1993.

²² Vedi in argomento la sentenza della Corte di Cassazione, 22 novembre 1997, n. 11696, in *Rivista di diritto internazionale*, 1998, p. 536 ss. Nella specie, si era verificata la sottrazione internazionale di un minore statunitense ad opera della madre, per mezzo del suo illecito trasferimento avvenuto in data 9 giugno 1994. Il Tribunale per i minorenni di Roma dichiarò inapplicabile la Conv. Aja 1980 in quanto non ancora entrata in vigore in Italia al tempo dell'illecito. Il padre propose ricorso per cassazione denunciando violazione e falsa applicazione di norme di diritto, in ragione della individuazione della data di entrata in vigore della Convenzione. Più in particolare, lo strumento convenzionale entrerebbe in vigore e, quindi, spiega concreta efficacia, dall'atto della sua ratifica, coinciso con l'emanazione della legge di ratifica 1994/64 e non già in concomitanza con il deposito successivo dello strumento di ratifica, che rappresenta una mera formalità successiva. La Corte di Cassazione ritiene il motivo di ricorso infondato chiarendo come la normativa convenzionale prescrive le modalità di entrata in vigore della Conv. Aja 1980 agli artt. 37 e ss. Invero, dal combinato disposto delle norme richiamate appare inequivocabile come lo strumento internazionale entra in vigore per ogni Stato contraente “*il primo giorno del terzo mese dopo il deposito del suo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione*”.

due esigenze: da un lato, la normativa internazionale si pone come obiettivo di non entrare nel merito dei diritti di custodia e di affidamento, posizioni giuridiche che devono essere valutate dal giudice più prossimo al minore (il giudice dello Stato di residenza abituale); dall'altro, occorre comunque fare riferimento alla tutela di un titolo giuridico di affidamento, che rende il trasferimento illegittimo, secondo la legislazione dello Stato di residenza abituale del minore.

L'art. 1 della Convenzione è la sintesi di tali esigenze contrapposte, esso enuncia, infatti, come il fine della normativa sia: a) assicurare l'immediato rientro dei minori illecitamente trasferiti o trattenuti in qualunque Stato contraente; b) assicurare che i diritti di affidamento e di visita previsti in uno Stato contraente siano effettivamente rispettati negli altri Stati contraenti.

3.1. La nozione di trasferimento illecito. L'ambito oggettivo di applicazione della Convenzione.

Poste tali imprescindibili premesse, l'art. 3 della Conv. Aja 1980 delinea il primo presupposto applicativo della normativa internazionale, ossia il trasferimento arbitrario all'estero di un minore o il suo trattenimento nello Stato richiesto, in contrasto con un diritto di affidamento, effettivamente esercitato. Ai sensi dell'articolo richiamato, il trasferimento o il mancato rientro del minore integrano un caso di sottrazione internazionale: a) quando avviene in violazione dei diritti di custodia assegnati ad una persona, istituzione o ogni altro ente, congiuntamente o disgiuntamente, in base alla legislazione dello Stato nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro e b) se tali diritti sono effettivamente esercitati, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o avrebbero potuto esserlo se non si fossero verificate tali circostanze.

Il diritto di custodia è una nozione autonoma e propria della Convenzione in esame, tanto che lo stesso articolo 5 tenta di definirne i contenuti ed i limiti, tuttavia il rinvio alle legislazioni nazionali è inevitabile. Per cui tale istituto deve essere interpretato secondo l'ordinamento dello Stato di residenza abituale del minore e può derivare direttamente dalla

legge, da una decisione giudiziaria o amministrativa, da un accordo in vigore in base alla legislazione del predetto Stato²³. Il termine accordo, utilizzato dalla Conv. Aja 1980, si riferisce sia agli accordi omologati da un'autorità giurisdizionale competente, sia agli accordi non omologati.

L'art. 5 chiarisce, inoltre, che il diritto di affidamento comprende tutti i diritti concernenti la cura della persona del minore, nonché il diritto di decidere riguardo al suo luogo di residenza; ex adverso, il diritto di visita comprende il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo²⁴. La qualificazione soggettiva di colui che esercita il diritto di affidamento non è di poco conto, poiché investe la stessa possibilità di attivare la procedura per il rientro del minore, invero soltanto colui il quale risulta titolare del diritto di affidamento vanta il diritto ad annullare gli effetti di un eventuale trasferimento del minore da parte dell'altro genitore.

L'art. 3 della Conv. Aja 1980 richiede, inoltre, che il diritto di affidamento sia effettivamente esercitato. Tale articolo deve essere letto in combinato disposto con l'art. 13 della Convenzione che rinviene nel mancato esercizio del diritto di custodia una delle cause ostative al rimpatrio. A livello processuale, incombe sul titolare della posizione giuridica soggettiva qualificata la prova di carattere generale che essa si occupa della cura del minore, mentre la parte resistente deve dimostrare l'assenza di un effettivo esercizio di tali diritti.

Altra nozione di rilievo è il concetto di **residenza abituale**, che individua il luogo dal quale il minore viene sradicato per essere trasferito o mantenuto oltre frontiera. La nozione di residenza abituale non è esplicitata all'interno della Convenzione, che tace su una definizione dell'istituto, determinando non poche questioni interpretative che verranno affrontate nel paragrafo III del secondo capitolo. In questa sede, preme sottolineare come la mancata definizione di tale concetto risulta essere una scelta chiara del redattore della Convenzione

²³ Il riferimento *tout cour* alla legislazione dello Stato di residenza abituale consente di rinvenire il fondamento del titolo giuridico di affidamento anche direttamente dalla legge, inoltre, permette il richiamo alla normativa di diritto internazionale privato. Ne deriva come tale diritto di custodia può derivare anche da una decisione di uno Stato diverso da quello di residenza abituale del minore, nel caso sussistano i presupposti per il suo riconoscimento.

²⁴ Si veda infra, la questione della esatta interpretazione del concetto di diritto di affidamento in relazione alla normativa interna che distingue tra affidamento esclusivo, condiviso, congiunto. In tal senso rileva la necessità di distinguere la posizione del collocatario e dell'esercente la potestà genitoriale, con conseguenze rilevanti circa l'individuazione del soggetto a cui compete il diritto di attivare la procedura per la protezione internazionale.

che ha preferito lasciare alla prassi giurisprudenziale il compito di individuare, con un'analisi del caso concreto, cosa debba intendersi per residenza abituale del minore. La questione non è di poco conto poiché attraverso tale istituto si individua non soltanto uno dei presupposti applicativi della Conv. Aja 1980, ossia la sottrazione del minore dal luogo di residenza abituale, ma oltremodo il giudice competente a conoscere del merito dei diritti di custodia e, più in generale, di cura della persona, nonché la legge applicabile ai rapporti relativi ai minori.

3.2. L'ambito soggettivo di applicazione della Convenzione Aja 1980.

L'art. 4 della Conv. Aja 1980 disciplina l'ambito di applicazione soggettivo dello strumento internazionale e regola che la Convenzione si applica ai minori di anni 16 che abbiano la residenza abituale in uno Stato contraente immediatamente prima della violazione dei diritti di affidamento o di visita.

La scelta di limitare ai minori di anni 16 l'applicazione di tale protezione internazionale è giustificata, a mente del *Rapport explicatif*, dalla consapevolezza che i minori ultrasedicenni hanno una capacità di discernimento e di determinazione che difficilmente può essere ignorata dai genitori. Ne deriva come si presume che un minore ultrasedicenne sia in grado di scegliere il luogo ove desidera risiedere e presso quale genitore. Tale limitazione deve essere letta in combinato disposto con l'art. 13, par. 2, il quale nel disciplinare le cause ostative al rimpatrio prevede il caso del minore che, avendo raggiunto un sufficiente grado di discernimento, si opponga al suo ritorno presso il luogo di residenza abituale.

La Convenzione non fa alcun riferimento, al fine di escluderlo dal campo di applicazione soggettivo, al caso in cui il minore infrasedicenne abbia il diritto, secondo la legislazione del suo Paese di residenza abituale, di decidere la propria residenza. Nel *Rapport* si chiarisce come tale mancata menzione si giustifica in ragione della delicata questione di individuare, nel caso di accoglimento di tale eccezione, la legge applicabile alla stregua della quale valutare la sussistenza di tale diritto (la legge nazionale, la legge dello Stato di residenza abituale, la legge dello Stato ove il minore è stato condotto). Pertanto, si è ritenuto opportuno valorizzare il diritto del minore ad esprimere la propria volontà in sede processuale, quale strumento per consentire al giudice di non pronunciare il rimpatrio del minore. Ne deriva

come, a prescindere dalla sussistenza del diritto del minore a decidere la propria residenza, quel che rileva in sede decisionale è il parere del minore assunto dal giudice nel caso in cui apprezzi la sua capacità di discernimento e di autodeterminazione.

Dal punto di vista soggettivo, occorre ancora evidenziare come il titolare del diritto di visita, il quale vanta una legittimazione attiva ad accedere alla protezione internazionale ex art. 21 Conv. Aja 1980, può essere soltanto una persona fisica, mentre il soggetto che può richiedere la tutela del diritto di affidamento ben potrebbe essere una persona giuridica quale un ente o un'istituzione, i quali vantano una *legitimatio ad processum* per richiedere il rientro del minore.

Il soggetto che pone in essere la condotta illecita non deve necessariamente essere uno dei genitori, poiché il trasferimento o il mancato rientro illegittimo può essere operato da altro parente (rilevano, statisticamente, i casi di sottrazione da parte dei nonni).

3.3. Il ritorno del minore

Nel caso di sottrazione internazionale del minore, ai sensi dell'art. 3 della Conv. Aja 1980, il successivo art. 8 dispone che ogni persona, istituzione o ente che adduca che un minore sia stato trasferito o trattenuto in violazione del diritto di affidamento può presentare una domanda di rientro presso la residenza abituale. Legittimati attivi sono quindi quei soggetti, persone fisiche o giuridiche, titolari della posizione giuridica qualificata, ossia il diritto alla cura della persona (*legal custody*).

La Convenzione costruisce un sistema di cooperazione tra autorità amministrative, le cc.dd. Autorità centrali, le quali si fanno carico di ricevere la domanda di rientro del minore, localizzare il minore oltre frontiera, dialogare con l'Autorità centrale dello Stato richiesto, fornire ogni adeguata informazione alle parti in causa²⁵. Tuttavia, il ricorso alla cooperazione

²⁵ L'art. 6 stabilisce che ogni Stato contraente nomina un'Autorità centrale con la finalità di garantire una rete di organismi atti a mettere in moto il sistema per la localizzazione ed il rientro del minore illegittimamente sottratto. Le Autorità centrali hanno l'obbligo di cooperare reciprocamente e promuovere la cooperazione tra le autorità competenti nei rispettivi Stati membri al fine di assicurare il perseguimento degli obiettivi della Convenzione (per una più attenta analisi dei compiti specifici delle Autorità centrali, art. 7 Conv. Aja 1980). In Italia, tali competenze vengono esercitate dall'Ufficio centrale per la giustizia minorile, del Ministero di Giustizia. A livello operativo, il genitore legittimato che ritenga di aver subito una sottrazione internazionale del figlio si rivolge

amministrativa è assolutamente facoltativo, poiché l'art. 29 della Conv. Aja 1980 garantisce ad ogni soggetto legittimato il diritto di rivolgersi direttamente alla autorità giurisdizionale del Paese contraente.

In sintonia con tale sistema di cooperazione, l'Autorità centrale che, ricevuta una domanda di rientro, ha motivo di ritenere che il minore si trovi in un altro Stato contraente, trasmette la domanda all'Autorità centrale di detto Stato. L'art. 10 pone a carico dell'Autorità centrale del luogo ove il minore è stato localizzato di prendere ogni opportuno provvedimento per assicurare il ritorno del minore, attraverso, prima facie, la sua riconsegna volontaria. Nel caso in cui non si ottenga il ritorno spontaneo del minore, occorrerà adire le autorità giudiziarie o amministrative dello Stato contraente ove il minore si trova, le quali sono competenti a pronunciare il ritorno del minore.

Il cuore della disciplina in esame è rappresentato dall'art. 12 Conv. Aja 1980 il quale sancisce l'obbligo per l'autorità giudiziaria o amministrativa adita di pronunciare l'immediato ritorno del minore nel Paese di residenza abituale nel caso ricorrano due condizioni: siano verificati i presupposti applicativi di cui all'art. 3; la domanda di rientro sia stata presentata alle competenti autorità giudiziarie o amministrative entro il termine di un anno dal mancato ritorno o dal trasferimento del minore²⁶. Ne deriva come la Conv. Aja 1980 riconosce che è nell'interesse del minore il suo pronto rientro, nel caso di sottrazione internazionale, qualora non sia decorso un termine superiore ad un anno dall'allontanamento dal luogo di residenza abituale. Decorso tale termine, il ritorno del minore può essere ancora pronunciato, salvo che l'autorità adita non ritenga che il minore si sia integrato nel suo nuovo ambiente di vita.

all'Autorità centrale del Paese di residenza abituale del minore la quale si mette in contatto con l'Autorità centrale del luogo in cui il minore è stato condotto, al fine di chiederne il rimpatrio e seguire la relativa procedura. Viceversa, se un minore è stato condotto in Italia (c.d. casi passivi), l'Autorità centrale, verificati i presupposti di legge, delega le ricerche del piccolo alle autorità competenti ed individuato il Tribunale per i minorenni territorialmente competente vi trasmette gli atti per la decisione di rimpatrio. L'Autorità centrale italiana ha trattato, tra il 2000 ed il 2007, 1.150 casi, con un progressivo aumento per anno (nel 2000 erano 141, nel 2007 209), dovuto, probabilmente, ad un miglioramento del sistema convenzionale e ad un incremento delle unioni miste.

²⁶ Sebbene appare chiara la finalità della norma di correlare al decorso del termine la valutazione circa l'interesse del minore al ritorno, mal si comprende la scelta di far decorrere il termine alla presentazione della domanda presso le autorità giudiziarie o amministrative, considerato come anche la presentazione di una istanza all'Autorità centrale mostra l'interesse del legittimato ad opporsi alla sottrazione internazionale e al consolidarsi dei suoi effetti. Tale conclusione appare ancor più avvalorata dalla precisazione del *Rapport explicatif* per cui eventuali ritardi procedurali nelle attività dell'Autorità centrale non devono pregiudicare gli interessi protetti dalla Convenzione.

Sussiste, pertanto, una presunzione secondo cui il decorrere del tempo favorisce l'integrazione del minore nel luogo di nuova residenza, tanto che non è più nell'interesse del bambino statuire il suo ritorno.

La formulazione dell'art. 12 appare chiara e, alla luce di un'interpretazione letterale, si è portati a concludere che la regola generale, stabilita dall'impianto convenzionale, è che l'autorità giudiziaria o amministrativa del luogo in cui il minore è stato localizzato è obbligata a pronunciare il ritorno del minore, qualora verifichi la illiceità del trasferimento o del trattenimento in violazione di un diritto di affidamento effettivamente esercitato, sempre che non sia decorso il termine di un anno.

La Convenzione non individua il luogo verso il quale occorre disporre il ritorno del minore. Nel corso dei lavori preparatori era stata avanzata la proposta per cui il rientro dovesse essere ordinato nel luogo di residenza abituale; tuttavia si è obiettato che la Convenzione mira a tutelare il diritto del minore a non essere sottratto ad uno specifico ambiente che è la famiglia. Ne deriva che, nel silenzio della Convenzione, si può concludere che il minore debba essere restituito al ricorrente, in qualunque luogo esso di trovi. Tale conclusione appare foriera di dubbi interpretativi: se, in effetti, si considera la premessa per cui l'interesse del minore consiste nel non essere sottratto dall'ambiente di vita in cui è radicato (quindi, non solo l'altro genitore, ma la scuola, le relazioni amicali, gli altri parenti), il ritorno presso il ricorrente in altro luogo di residenza causerebbe un ulteriore trauma al minore stesso che dovrebbe abituarsi ad un nuovo e diverso ambiente di vita.

La regola generale della necessaria pronuncia del ritorno del minore conosce una serie di eccezioni che inficiano il ragionamento per cui è interesse del minore il suo immediato rientro. Il successivo art. 13, infatti, prescrive le eccezioni, *rectius*: le cause ostative al ritorno del minore. In particolare, l'autorità adita non è tenuta ad ordinare il rientro qualora la persona, istituzione o ente che si oppone dimostri: a) che l'istante non esercitava effettivamente il suo diritto di affidamento al momento del trasferimento o del mancato rientro o aveva acconsentito, anche successivamente, al trasferimento o al mancato rientro; b) che sussiste un fondato rischio, per il minore, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, a

pericoli fisici o psichici, o comunque a trovarsi in una situazione intollerabile²⁷; c) che il minore si oppone al suo ritorno, sempre che abbia raggiunto un'età e un grado di maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere.

Il ritorno del minore, ex art. 20, può essere rifiutato nel caso in cui non sia consentito dai principi fondamentali dello Stato richiesto relativi alla protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Si tratta di un'eccezione ampia, una sorta di clausola di salvaguardia inserita per il rispetto di quel nucleo di valori e principi irrinunciabili per ogni Stato parte.

La Convenzione si fonda, pertanto, su un sistema volto a riconoscere il diritto della persona che esercita il *droit de garde* di ottenere l'immediato ritorno del minore, salvo che tale rientro non sia contrario all'interesse del bambino, in un termine ragionevole e secondo una procedura snella e rapida di risoluzione della controversia. In questo contesto, si vuole evitare che la sottrazione del minore venga effettuata per garantire il c.d. *forum shopping*, ossia la possibilità per il genitore sottraente di sottoporre ad un giudice diverso la questione della custodia del minore. Proprio per neutralizzare gli effetti di una sottrazione operata per tale fine, l'art. 16 della Conv. Aja 1980 dispone che le autorità del luogo in cui il minore è stato condotto non possono pronunciarsi nel merito del diritto di affidamento, fino a quando non siano state rispettate le condizioni della Convenzione, ossia non sia stato ristabilito lo *status quo ante*, attraverso il ritorno del minore, o non si sia consolidato il suo cambiamento di residenza abituale.

Tale norma appare di rilevanza centrale nel sistema di protezione internazionale costruito dalla Convenzione, in quanto impedisce che l'autorità dello Stato in cui il minore sia stato trasferito o trattenuto illegittimamente possa modificare le condizioni dell'affidamento in favore del genitore sottraente con ciò consolidando gli effetti della condotta illecita. Si ritiene, pertanto, che l'unico giudice competente a conoscere del merito della cura della prole sia quello della residenza abituale del minore, in virtù del principio di prossimità, tale legame non può essere scisso in forza di un comportamento illecito.

²⁷ Nel corso dei lavori preparatori si era proposto di inserire come possibile rischio per il minore la circostanza che il suo rientro determinasse un danno ai suoi interessi economici o di istruzione. Tuttavia, in un'ottica di compromesso, si è preferito formulare l'eccezione di cui all'art. 13 lett. b in maniera ampia e lasciare che fossero i giudici a riempire di significato e contenuto tale causa ostativa, in ragione di una analisi dettagliata del caso concreto.

Nel nostro ordinamento, il procedimento per ottenere il rientro del minore è disciplinato dall'art. 7 della L. 15 gennaio 1994, n. 64. Tale norma stabilisce che i soggetti legittimati possono presentare la domanda di ritorno per il tramite dell'Autorità centrale. Quest'ultima, premessi gli opportuni 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. Sempre l'art. 7 prevede che il Presidente del tribunale, assunte sommarie informazioni, fissa con decreto l'udienza in camera di consiglio, dandone comunicazione all'autorità centrale. Il tribunale decide con decreto²⁸ entro trenta giorni dalla data di ricezione della richiesta²⁹, sentiti la parte presso cui si trova il minore, il pubblico ministero e, se del caso, il minore stesso. La parte ricorrente, informata del giorno di udienza, può decidere di comparire e chiedere di essere sentita.

In ottemperanza a quanto prescritto dall'art. 29 Conv. Aja 1980, l'interessato, pur nel meccanismo prescritto dall'art. 7 in commento, può adire direttamente l'autorità giudiziaria competente.

Il provvedimento che conclude il procedimento di cui all'art. 7 ha efficacia esecutiva, diretta a consentire il rimpatrio del minore dal luogo ove è stato sottratto, ed inoltre ha natura di atto di accertamento dell'illegittimità del trasferimento del minore in Italia e dell'inesistenza di cause ostative al suo ritorno ai sensi dell'art. 13 della Conv. Aja 1980.

Contro tale decisione l'art. 7 comma quattro della legge di esecuzione prescrive la sola impugnabilità per cassazione, escludendo espressamente la possibilità di revoca e/o modifica del decreto da parte del giudice di merito³⁰.

²⁸ Tale provvedimento conclusivo, pur rivestendo la forma del decreto, assume natura sostanziale di sentenza, in quanto statuisce in via definitiva su un diritto soggettivo nell'ambito di un procedimento caratterizzato dal contraddittorio tra le parti. Esso è pertanto suscettibile di passare in giudicato e può essere impugnato con ricorso per cassazione. In tal senso, Corte di Cassazione, 27 maggio 2008, n. 12829, in *Foro Italiano*, rep. 2008, voce *Minore, infanzia e maternità*, n. 16, la quale osserva che il carattere definitivo del provvedimento è confermato dall'espressa previsione dell'art. 7, quarto comma, che riconosce la possibilità di ricorrere in cassazione.

²⁹ Sulla natura del termine assegnato al tribunale si veda Corte di Cassazione, 2 febbraio 2005, n. 2093, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 425. In tale pronuncia la Corte di Cassazione sancisce che il termine di cui all'art. 7 è ordinatorio, non essendo prescritta alcuna decadenza né causa di nullità della pronuncia emessa oltre detto termine.

³⁰ La Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi circa la compatibilità costituzionale di questo sistema che esclude il potere di revoca per il giudice che ha emesso il provvedimento di ritorno. Con sentenza n. 231 del 6 luglio 2011, pubblicata in *Giurisprudenza italiana*, 2002, p. 124, il Giudice delle

Concluso il procedimento con una decisione che ordina il ritorno del minore, si apre il delicato problema dell'esecutività del provvedimento medesimo. Le modalità di esecuzione del ritorno del minore devono essere statuite dal giudice che emette la decisione di rimpatrio. La normativa convenzionale non individua alcun obbligo per gli Stati contraenti circa il contenuto di tali determinazioni, statuendo esclusivamente la titolarità del dovere di decidere sulle modalità concrete. Anche in questo senso si assiste ad una problematica legata alla tutela dell'interesse del minore. Invero, non mancano Stati parte della Convenzione che prevedono l'esecuzione del provvedimento di rimpatrio attraverso la Polizia od organi ad essi equiparati, trattasi di soggetti che non possiedono le competenze adeguate per evitare che il distacco dal genitore sottraente, che magari non si rassegna alla decisione giurisdizionale di rimpatrio, possa determinare un nuovo grave danno psicologico. Inoltre, non sono pochi i casi portati all'attenzione della cronaca o delle più alte giurisdizioni internazionali, in cui nonostante il genitore affidatario abbia ottenuto un provvedimento di ritorno del minore, non si riesca ad ottenere l'esecuzione dello stesso.

leggi ha sancito la compatibilità delle norme di attuazioni richiamate con la Costituzione Italiana, in particolare con gli artt. 2, 3, 11 e 31. Nella specie, il giudice rimettente aveva ordinato il ritorno della minore in Svizzera con decreto del 9-12 maggio 2000, successivamente emergevano circostanze nuove considerate meritevoli di attenzione. Invero, il padre sottraente richiedeva la revoca del provvedimento di ritorno in ragione del rifiuto della minore di rientrare in Svizzera. Orbene, tale circostanza, se rilevata in sede di giudizio sul ritorno del minore, ben avrebbe potuto integrare una causa ostativa al rimpatrio, per cui sarebbe nell'interesse del minore poterla valutare in ogni momento, anche successivamente all'emissione del provvedimento di ritorno, giustificandone la sua revoca. Ne deriva come sorgono dubbi di costituzionalità circa la compatibilità di un sistema che nega la revoca del provvedimento in relazione a circostanze nuove che avrebbero giustificato, se conosciute per tempo, il rigetto della domanda di ritorno. Tale mancata previsione viola, secondo il giudice a quo, l'art. 2 Cost che tutela i diritti inviolabili dell'uomo e, quindi, del soggetto in età evolutiva; l'art. 3 Cost. per la disparità di trattamento tra i minori a cui si applica la Conv. Aja 1980 ed i minori italiani che in applicazione del processo minorile trovano ben altra tutela ed altra considerazione; l'art. 11 per violazione della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo; l'art. 31 che prevede la protezione dell'infanzia e della giovinezza. La Corte Costituzionale ha rigettato la questione di legittimità costituzionale ritenendo compatibile il sistema che esclude la revocabilità del provvedimento di ritorno con l'assetto convenzionale posto proprio a tutela dell'interesse del minore. Invero, la Conv. Aja 1980 si fonda sull'immediato ritorno del minore nel luogo di residenza abituale nella considerazione che tale *restituito ad integrum* rappresenta la più efficace tutela del suo superiore interesse. Ne deriva che la decisione di ritorno del minore è caratterizzata da criteri di rapidità ed urgenza. La revoca del provvedimento appare incompatibile con un sistema ispirato alla pronta risoluzione della controversia e all'immediata esecuzione dell'ordine di ritorno. Ciononostante, l'esame di circostanze nuove può essere sottoposto all'attenzione del giudice del merito, in quanto l'ordine di ritorno è volto a garantire proprio la possibilità che il giudice competente a conoscere il merito della questione dell'affidamento del minore, possa prendere gli opportuni provvedimenti una volta rimossa la situazione di illiceità creata dalla sottrazione.

L'analisi della procedura prescritta a livello internazionale e nazionale, in sede di normativa di attuazione, appare alquanto lineare. Il sistema di cooperazione internazionale instaurato attraverso le cc.dd. Autorità centrali e il principio secondo cui il minore deve essere immediatamente rimpatriato verso il luogo di residenza abituale da cui è stato sottratto dovrebbero garantire, a livello operativo, una prassi applicativa lineare ed uniforme nei Paesi contraenti. Invero, tale semplificazione procedimentale viene posta in discussione da diversificati atteggiamenti processuali e particolari interpretazioni della normativa che determinano un vero e proprio caos giurisprudenziale³¹. Invero, non mancano casi in cui il rimpatrio del minore viene negato a causa della mancata partecipazione della parte legittimata all'udienza di discussione nel Paese estero; o ancora lungaggini processuali che determinano il decorrere di un certo lasso di tempo tanto che i giudici di merito ritengono di negare il ritorno sulla base del livello di integrazione raggiunto dal minore; o ancora Paesi in cui si riconosce come causa ostativa al rimpatrio la separazione successiva dalla madre sottraente che determina un nuovo trauma psicologico in capo al minore. Non mancano legislazioni nazionali che non riconoscono un diritto di affidamento in capo al padre nel caso di filiazione generata nel corso di una convivenza more uxorio.

Orbene, non vi è chi non veda come tali problematiche interpretative e le difficoltà di raffronto delle varie normative nazionali mettono in discussione l'intero assetto convenzionale, ciò anche alla luce della mancanza di un organo superiore che possa sindacare

³¹ A titolo esemplificativo, Corte di Cassazione, 11 dicembre 2002, n. 17647, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, 3-4, p. 999 e ss. che cassa senza rinvio un decreto di non ritorno del minore emesso dal Tribunale dei minori di Roma. Invero, il caso è l'emblema di almeno due problemi interpretativi. Nella specie, con sentenza di divorzio, il Tribunale di Roma affidava il figlio minore di una coppia alla madre, statuendo che la residenza di entrambi a New York, luogo di lavoro della madre, ed un diritto di visita nelle vacanze estive in capo al padre. Quest'ultimo, al termine del periodo estivo, non riconsegnava alla madre il minore. Il genitore affidatario, pertanto, presentava ricorso per il ritorno del minore presso il Tribunale di Roma. In primo grado, il giudice di merito negava la sussistenza di una sottrazione internazionale in ragione del difetto di uno dei presupposti applicativi della Conv. Aja 1980. In particolare, veniva ad essere negata la sussistenza di una residenza abituale a New York poiché il minore si era trasferito da solo un anno, mentre dalla nascita aveva vissuto a Roma, luogo di permanente residenza nonostante il periodo vissuto negli Stati Uniti. In secondo grado, la Corte di Cassazione cassa senza rinvio il decreto poiché ritiene la Conv. Aja 1980 non applicabile ai rapporti tra genitori di medesima cittadinanza, in quanto lo strumento convenzionale tutela solo i casi in cui il *legal kidnapping* coinvolga genitori di paesi diversi (elemento di trans nazionalità). Orbene, non vi è chi non veda come, il caso in questione si caratterizza per ben due errori interpretativi, l'uno riguardante la nozione di residenza abituale, l'altro il campo di applicazione della Conv. Aja 1980; con l'ulteriore conseguenza che l'immediato ritorno del minore non è stato disposto, in aperto contrasto con lo spirito del sistema di protezione internazionale.

dell'eventuale violazione degli obblighi scaturenti dalla Convenzione da parte dei Paesi contraenti. Ne deriva infatti che anche nel caso in cui uno Stato parte applichi esclusivamente la propria normativa interna per determinare se vi siano o meno i presupposti per pronunciare il rimpatrio questo non potrà essere in alcun modo sanzionato, mancando una regolamentazione in tal senso nell'ambito della Conv. Aja 1980³².

3.4. Il diritto di visita

L'art. 3 della Conv. Aja 1980, esaminato nei paragrafi precedenti, riconosce una tutela piena al diritto di affidamento violato dal trasferimento o dal mancato rientro del minore. La titolarità di tale posizione giuridica qualificata appare presupposto indefettibile per attivare la protezione internazionale nel caso di passaggio delle frontiere da parte del minore. Speculare a tale posizione giuridica è quella vantata dal genitore non affidatario, il quale è titolare di un diritto di visita, ossia, ai sensi dell'art. 5, del diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo.

Nell'impianto convenzionale il trasferimento del minore da parte del genitore titolare del diritto di affidamento, anche in danno del genitore che vanta un diritto di visita, non rappresenta un caso di sottrazione di minore, poiché rientra nel *droit de garde* anche la possibilità di decidere sul luogo di residenza del minore³³. Ne consegue come il titolare del diritto di visita non può opporsi al trasferimento del figlio in luogo diverso dalla sua residenza abituale, né può dogliarsi di aver subito una sottrazione internazionale, difettando uno dei presupposti applicativi della Convenzione, ossia la titolarità del diritto di affidamento.

³² A conferma di quanto sin qui affermato, vedremo nel proseguo della trattazione come i singoli, esperiti tutti i mezzi di ricorso interno senza ottenere una tutela dei propri diritti genitoriali, hanno adito la Corte europea dei diritti dell'uomo al fine di veder riconoscere in capo allo Stato decidente una violazione dell'art. 8 CEDU, una violazione cioè del proprio diritto al rispetto della vita privata e familiare integrato dal non aver applicato la Convenzione Aja 1980 in maniera corretta.

³³ La dicotomia netta tra diritto di affidamento e diritto di visita appare legata ad una concezione del diritto di famiglia superata in gran parte degli ordinamenti nazionali europei. Invero, all'istituto dell'affidamento esclusivo che opponeva il genitore affidatario e collocatario al genitore titolare di un diritto di visita, si sostituiscono nuove forme di affidamento, condiviso e congiunto, tendenti a riconoscere il persistente diritto alla potestà genitoriale in capo ad entrambi i genitori. Per una più approfondita analisi della questione si veda il capitolo II, paragrafo II.

Tuttavia, il titolare del diritto di visita, ai sensi dell'art. 21 Conv. Aja 1980, può presentare una domanda concernente l'organizzazione e la tutela dell'esercizio effettivo di tale diritto, inoltrandola all'autorità centrale di uno Stato contraente con le stesse modalità previste per la domanda di ritorno del minore.

Invero, compito delle autorità centrali è quello di cooperare al fine di assicurare un pacifico esercizio del diritto di visita e sono chiamate a porre in essere ogni attività necessaria per rimuovere qualsivoglia ostacolo all'esercizio di detti diritti.

Non vi è chi non veda come sia assolutamente differente la tutela nel caso di titolarità del diritto di affidamento e di diritto di visita. Nel primo caso il ricorrente potrà richiedere l'immediato rientro del minore, nel secondo caso l'istante potrà ottenere quei provvedimenti atti a garantire la possibilità di esercitare il diritto di visita, ossia il diritto di tenere con sé il minore in un luogo diverso dalla propria residenza abituale per un periodo limitato di tempo³⁴.

Anche con riferimento alla tutela del diritto di visita possono essere sollevate le medesime critiche al *modus* attraverso cui gli Stati contraenti applicano la Convenzione Aja, in relazione a problematiche interpretative e alla eterogeneità delle normative nazionali coinvolte. Invero, si assiste a talune pronunce che negano l'esecuzione del diritto di visita qualora il genitore affidatario si opponga al contatto tra l'altro genitore e la prole, in ragione di un timore, più o meno fondato, che questi possa sottrarre il figlio nel corso dell'esercizio del diritto di visita. Orbene, non manca una certa giurisprudenza volta a negare i rapporti genitore – figlio in questo contesto poiché la diffidenza del genitore affidatario influisce sullo stato psicologico del minore, determinando un grave stress in capo al figlio.

3.5. La partecipazione del minore al procedimento che lo interessa

³⁴ La diversità di tutela sancita dalla Convenzione comporta che ove venga presentata una domanda per la tutela del diritto di affidamento e che richieda, quindi, l'immediato rientro del minore, nella stessa non può ritenersi inclusa una domanda volta a tutelare il diritto di visita, essendo domande incompatibili tra loro. In tal senso si è pronunciata Corte di Cassazione, 4 aprile 2007, n. 8481, in *Foro Italiano*, rep. 2007, voce *Minori, infanzia e maternità* n. 42, con l'ulteriore conseguenza che incorre nel vizio di ultrapetizione il giudice del merito che, in presenza di una domanda volta a tutelare il diritto di affidamento attraverso la richiesta di rimpatrio del minore, detti non richieste prescrizioni in ordine alla modalità di esercizio del diritto di visita. Nella specie, il tribunale dei minori, avendo ritenuto insussistente la fattispecie di sottrazione internazionale, poiché il trasferimento era avvenuto da parte del genitore affidatario, aveva regolato il diritto di visita facendo carico alla madre “*di condurre i minori nello Stato di residenza del padre almeno una volta all'anno al fine di farli incontrare con lui con le specifiche modalità di volta in volta da concordare*”.

La Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale non prescrive alcuna norma espressa in materia di posizione processuale del minore coinvolto nella procedura di ritorno immediato. Il solo riferimento alla posizione del minore è dato dall'art. 13 paragrafo 2 nella parte in cui, prescrivendo come causa ostativa al rimpatrio il rifiuto del minore al suo ritorno, si riferisce alla presa in considerazione del suo parere. Tuttavia la normativa internazionale nulla dice sulle modalità attraverso cui acquisire tale parere del minore.

L'art. 7 della L. n. 64/1994, recando norme di attuazione della normativa internazionale, afferma che il presidente del tribunale decide con decreto sentito, se del caso, il minore coinvolto. Ne deriva come il giudice competente a decidere sul ritorno del minore, ai sensi di questa normativa, non è tenuto a sentire direttamente il minore. Conseguenza di tale ricostruzione è che il parere del minore può essere dedotto anche dalle altre circostanze del caso concreto, dalla documentazione prodotta e dalle dichiarazioni rese dalle altre parti coinvolte.

Inoltre, appare chiaro come nell'impianto convenzionale, così come recepito in Italia, non vi è alcuno spazio per il riconoscimento di una posizione processuale autonoma del minore. Tale conclusione è avvalorata dalla costante giurisprudenza di legittimità la quale ha affermato che, nell'ambito dei procedimenti in materia di sottrazione internazionale, il minore non è legittimato ad intervenire come parte, a mezzo di un curatore speciale, mancando una esplicita previsione normativa a riguardo, anche in considerazione del carattere urgente del procedimento³⁵.

Tale conclusione, secondo la costante giurisprudenza, appare compatibile anche con il dettato della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, la quale all'art. 12 prescrive il diritto del minore di essere ascoltato³⁶, in quanto sussiste una sostanziale differenza tra il diritto di essere ascoltato nel procedimento che interessa il minore ed il diritto di costituirsi come parte. Tale ultima norma, invero, riconoscendo il diritto di essere ascoltato richiede la capacità di discernimento del minore, mentre non può inferirsi quello di essere parte del

³⁵ Corte di Cassazione, 10 ottobre 2003, n. 15145, in *Foro Italiano*, 2004, p. 2167

³⁶ La questione viene affrontata in maniera più approfondita all'interno del paragrafo 6 del presente capitolo

procedimento poiché la *legitimatio ad processum* deve essere conferita positivamente dal legislatore³⁷.

I diritti processuali del minore trovano una rilevanza crescente nel contesto di altre convenzioni internazionali, per l'esame delle quali si rinvia ai paragrafi successivi, pertanto, saranno analizzati successivamente, rilevando in questa sede la sola posizione processuale del minore sancita dalla Convenzione dell'Aja in esame.

4. Il regolamento “*Bruxelles II bis*” in materia di protezione del minore

Il regolamento “*Bruxelles II bis*”³⁸ riguarda tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriale. Tale nozione include i diritti ed i doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in forza di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore relativamente alla persona o ai beni di un minore. Ne deriva che tale istituto comprende il diritto di affidamento ed il diritto di visita, prescrivendone la titolarità in capo alla persona che esercita effettivamente la responsabilità di genitore su un minore.

Le nozioni contenute nel regolamento “*Bruxelles II bis*” devono intendersi in chiave autonoma rispetto agli ordinamenti nazionali, pertanto sono soggette a una interpretazione indipendente. Sancito dalla Corte di Giustizia, il principio dell’*acquis communautaire* comporta che nel diritto dell’Unione europea prevale una nozione autonoma degli istituti << salvo rinvio, implicito o esplicito, al diritto nazionale le nozioni giuridiche utilizzate dal diritto comunitario devono essere interpretate e applicate in maniera uniforme nell’insieme delle Comunità>>³⁹

Seppure la nozione di diritto di affidamento e di visita venga ricostruita in maniera assolutamente analoga alla Conv. Aja 1980⁴⁰, riproducendo i problemi interpretativi in

³⁷ Tale conclusione non appare scalfita dalla sentenza interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale 30 gennaio 2002 n. 1, in *Foro italiano*, 2002, p. 3302 che ha dichiarato il diritto di essere parte del procedimento anche al minore nei procedimenti di cui all’art. 336 c.c.

³⁸ C. Nourissat, “*Le règlement <<Bruxelles II bis>> conditions générales d’application*”, in AA. VV, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005.

³⁹ Corte di Giustizia, 1 febbraio 1972, *Hagen OHG*, caso C-49/71.

⁴⁰ La formulazione dell’art. 2 lett. 9 è sostanzialmente analoga alla enunciazione di cui all’art. 5 lett. a della Conv. Aja 1980 ove si legge che il diritto di affidamento concerne la cura della persona e, in particolare, il diritto di decidere riguardo sul suo luogo di residenza. Ex adverso, il diritto di visita è il

materia di affidamento condiviso o congiunto, il Regolamento in commento introduce un'importante novità a livello regionale europeo. Invero, l'art. 2 n. 11, nel definire la nozione di trasferimento illecito o mancato ritorno del minore, chiarisce che esso si realizza: a) quando avviene in violazione dei diritti di affidamento derivanti da una decisione, dalla legge o da un accordo vigente in base alla legislazione dello Stato membro nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro e b) se il diritto di affidamento era effettivamente esercitato, *individualmente o congiuntamente*, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o lo sarebbe stato se non fossero sopravvenuti questi eventi. *L'affidamento si considera esercitato congiuntamente da entrambi i genitori quando uno dei titolari della responsabilità genitoriale non può, conformemente ad una decisione o al diritto nazionale, decidere il luogo di residenza del minore senza il consenso dell'altro titolare della responsabilità genitoriale.*

Tale precisazione appare di rilevanza centrale poiché include, nel campo di applicazione del regolamento, la legittimazione attiva del genitore affidatario ma non collocatario del minore. Tale conclusione avvalorata un risultato a cui era giunta parte della giurisprudenza europea che, nel silenzio della Conv. Aja 1980, aveva ritenuto aventi diritto alla protezione internazionale entrambi i genitori nel caso di costanza di un regime di affidamento condiviso o congiunto (problematica, al contrario, ignorata dalla giurisprudenza italiana)⁴¹. Inoltre, tale esplicitazione normativa tiene conto della modifica al diritto di famiglia che coinvolge diversi Paesi dell'UE finalizzata a sostituire all'istituto dell'affidamento esclusivo, poco rispettoso della responsabilità genitoriale e della equiparazione dei diritti e doveri di entrambi i genitori, il regime dell'affidamento congiunto e condiviso.

Altra nozione di rilievo è quella di residenza abituale del minore⁴², la cui rilevanza nella qualificazione del fenomeno della sottrazione internazionale è già stata rilevata

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

⁴¹ Per un approfondimento della questione, anche in relazione al diritto del minore alla tutela della vita familiare, vedi capitolo II.

⁴² La cooperazione giudiziaria in materia civile e, più in particolare familiare, si scontra con la difficoltà di far convergere sistemi giuridici degli Stati membri caratterizzati da un diverso *background* culturale. Tale difficoltà emerge in tutta chiarezza per quanto concerne l'istituto della residenza abituale di minore. Se da una parte si avverte la necessità di risolvere i conflitti di

precedentemente. In questa sede, occorre precisare come il Regolamento, così come la Conv. Aja 1980, omette di dare una definizione esplicita del criterio, lasciando all'interprete il compito di riempire di contenuto la nozione. Ed invero il concetto di residenza abituale trova in ambito europeo una definizione univoca per effetto della costante giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE. Rinviando ai successivi paragrafi l'analisi di tale nozione alla luce della giurisprudenza comunitaria, occorre precisare come, per costante orientamento della Corte di Giustizia, qualora una nozione, nel contesto della normativa dell'Unione europea, non trovi una specifica definizione né un rinvio agli ordinamenti degli Stati membri, essa deve ricevere un'interpretazione autonoma ed uniforme da effettuarsi tenuto conto del contesto della disposizione e dello scopo della normativa di cui trattasi⁴³. Ne deriva come, considerato che l'art. 8 n. 1 del regolamento non contiene alcuna determinazione della nozione di residenza abituale, tale determinazione va operata alla luce del contesto delle disposizioni e dell'obiettivo del regolamento, in particolare da ciò che emerge nel suo "dodicesimo considerando", secondo cui le regole di competenza si informano all'interesse superiore del minore e al criterio di vicinanza.

4.1. Le controversie in materia di responsabilità genitoriale: la competenza giurisdizionale

Il regolamento "*Bruxelles II bis*" disciplina la competenza giurisdizionale nell'ambito dell'Unione europea per le controversie attinenti la responsabilità genitoriale, ossia tutte quelle controversie che involgono i diritti ed i doveri di una persona fisica o giuridica riguardanti i beni e la persona di un minore. Il criterio per individuare il giudice competente è la residenza abituale del minore. Ancora una volta lo strumento normativo non definisce, come già precisato, cosa debba intendersi per residenza abituale del minore, ne deriva come spetta al giudice adito statuire in relazione alla propria competenza giurisdizionale valutando

giurisdizione attraverso il rinvio a tale criterio, dall'altra il Regolamento omette di definire cosa debba intendersi per residenza abituale. In tal senso, B. Ancel – H. Muir Watt, "*L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis*", in *Revue critique de droit international privé*, 2005, p. 569 ss.1

⁴³ In tal senso, Corte di Giustizia, 18 gennaio 1984, causa C- 327/82, Ekro, Racc. p. 107; Corte di Giustizia, 6 marzo 2008, causa C- 98/07, Nordania Finans e BG Factoring, Racc. pag. I-1281.

la sussistenza di tale requisito applicativo. L'art. 8 del Regolamento che stabilisce la competenza del giudice della residenza abituale del minore costituisce regola generale su cui prevalgono le regole speciali, sancite dai successivi articoli 9, 10 e 12.

Invero, l'art. 9 regola il caso di lecito trasferimento di un minore in altro Stato membro che determina la costituzione di una nuova residenza abituale. In questa evenienza, in deroga all'art. 8, permane la giurisdizione del giudice dello Stato di precedente residenza abituale per un periodo di tre mesi dal trasferimento. Tale deroga di competenza si applica solo nel caso di controversie legate alla modifica di una decisione relativa al diritto di visita resa dal giudice dello Stato membro di precedente residenza abituale del minore e richiede che il genitore titolare del diritto di visita risieda ancora stabilmente nello Stato in cui era stato emesso il provvedimento da modificare. Il persistere della giurisdizione del precedente Stato membro, peraltro, si attua soltanto qualora il titolare del diritto di visita non abbia accettato la competenza del giudice dello Stato di nuova residenza abituale del minore⁴⁴.

Nel caso si contesti una sottrazione internazionale del minore, ovvero nel caso di trasferimento illecito o di mancato rientro del minore, l'art. 10 sancisce come il giudice dello Stato membro in cui il minore aveva la sua residenza abituale prima del fatto illecito conserva la sua giurisdizione fino a che il minore non abbia acquisito la residenza in un altro Stato membro e: a) se vi è stata, da parte del titolare del diritto di affidamento, accettazione del trasferimento o del mancato rientro; o b) se il minore ha soggiornato in quell'altro Stato membro almeno per un anno da quando la persona, istituzione o altro ente titolare del diritto di affidamento ha avuto conoscenza, o avrebbe dovuto avere conoscenza, del luogo in cui il minore si trovava e il minore si è integrato nel nuovo ambiente e se ricorre una qualsiasi delle seguenti condizioni: mancata presentazione della domanda di ritorno entro un anno; ritiro della domanda di ritorno; definizione di un procedimento in materia di responsabilità genitoriale nello Stato di residenza abituale; emanazione di una decisione di non ritorno del minore da parte della giurisdizione dello Stato membro ove il minore aveva la propria residenza abituale.

⁴⁴ Fattispecie che si verifica anche in maniera tacita, qualora la parte interessata si costituisca in giudizio senza contestare il difetto di giurisdizione, richiedendo l'applicazione della deroga in questione (art. 9, par. 2).

La seguente disamina mostra come il legislatore europeo ha ritenuto di riconoscere efficacia a tutta una serie di eccezioni che fondano l'istaurarsi di una nuova residenza abituale con conseguente modificazione della competenza giurisdizionale. Tali eccezioni si fondano, da una parte, sull'acquiescenza del titolare del diritto di affidamento (rectius: del soggetto legittimato ad agire per il ritorno del minore), dall'altra, sull'assenza di un titolo che giustifichi il ritorno del minore nel luogo di precedente residenza.

Disciplina ancora il criterio di competenza l'art. 12 del Regolamento, in forza del quale sussiste la giurisdizione dello Stato membro in cui viene esercitata, ex art. 5 del Regolamento, la competenza a decidere sulle domande di divorzio, separazione dei coniugi o annullamento del matrimonio, anche in relazione alle domande relative alla responsabilità genitoriale. Il criterio di collegamento si giustifica, in questo caso, se almeno uno dei genitori esercita la responsabilità genitoriale e la giurisdizione di tale autorità è stata accettata da tutti i soggetti coinvolti alla data di presentazione della domanda ed è conforme all'interesse superiore del minore.

La nozione di interesse del minore, in materia di giurisdizione, trova una sua collocazione importante in quanto determina la necessità di verificare che, *in subiecta materia*, la competenza giurisdizionale risponda ad un criterio funzionale. Ovvero, occorre considerare la necessità dell'accertamento e la possibilità che si giunga ad una decisione efficace ed eseguibile⁴⁵.

L'art. 15, sempre in applicazione del criterio secondo cui la competenza giurisdizionale va individuata in chiave funzionale rispetto alla necessaria tutela del preminente interesse del minore, statuisce la regola del trasferimento di competenza. Invero, il giudice competente secondo le regole generali ricostruite *supra*, può decidere di interrompere l'esame del caso e invitare le parti a presentare domanda dinnanzi all'autorità giurisdizionale dello Stato membro ove il minore si trova, qualora ritenga che questo giudice sia maggiormente competente a

⁴⁵ Tale conclusione è avvalorata dalla considerazione che la residenza abituale del minore, unitamente al criterio di vicinanza del giudice, rappresentano la concretizzazione del principio di superiore interesse del minore, laddove interpretati in senso fattuale. Ne deriva come il giudice, nell'individuare la residenza abituale del minore, dovrà radicare la competenza del giudice adito nel luogo ove il minore vanta un legame psicologico, affettivo, relazionale tale da consentire di valutare, nelle decisioni circa la cura della sua persona, il suo concreto benessere.

conoscere del merito del procedimento, in ragione della cura e della tutela dell'interesse del minore⁴⁶.

4.2. La sottrazione di minore in ambito europeo

In materia di sottrazione internazionale di minore, il regolamento "*Bruxelles II bis*" si propone di integrare la tutela della Convenzione Aja 1980, predisponendo strumenti di maggiore collaborazione tra gli Stati membri, in ragione del legame insito tra i Paesi parte dell'Unione europea ispirato al principio di leale cooperazione e mutuo riconoscimento⁴⁷.

Ne deriva come la normativa europea aggiunge alla protezione del minore ricostruita a livello internazionale alcune disposizioni specifiche volte a implementare la tutela del bambino sottratto, attraverso una serie di accortezze procedurali.

Alle regole di competenza appena individuate, occorre aggiungere la disamina dell'art. 11 del Regolamento che, dopo aver espressamente richiamato la Conv. Aja 1980, prevede che, nell'applicare gli artt. 12 e 13 del sistema convenzionale, ci si deve assicurare che il minore possa essere ascoltato durante il procedimento, sempre che tale ascolto non appaia inopportuno in ragione dell'età e del suo grado di maturità.

Il paragrafo 3 dell'art. 11 riconosce, inoltre, rilevanza centrale al fattore tempo nelle decisioni in materia di ritorno del minore, imponendo alle autorità giurisdizionali adite di trattare la domanda di rimpatrio secondo criteri di rapidità, utilizzando i procedimenti interni più idonei a raggiungere l'obiettivo della pronta risoluzione del caso. La norma in esame prescrive un tempo massimo, salvo casi eccezionali, di sei settimane dalla presentazione della domanda per la conclusione del procedimento avente ad oggetto il ritorno del minore.

⁴⁶ Il regolamento statuisce, inoltre, che nel pronunciare il trasferimento di competenza il giudice preventivamente adito deve indicare un termine per l'instaurazione del nuovo giudizio presso la nuova autorità giurisdizionale. Decorso infruttuoso tale termine la competenza permane in capo al giudice originariamente competente secondo le regole di cui agli artt. 8 e ss. del regolamento. Inoltre, l'autorità giurisdizionale individuata come competente, se adita nel termine indicato, dovrà accettare la propria competenza, con successivo declino di competenza da parte del giudice preventivamente adito. Nel caso in cui non vi sia tale accettazione permane la competenza individuata secondo le regole generali. Tale disciplina è volta ad evitare vuoti di tutela dovuti ad un uso distorto dello strumento che possa determinare un c.d. diniego di giustizia.

⁴⁷ H. Fulchiron, "*La lutte contre les enlèvement d'enfants*", in AA.VV., *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, p. 223 e ss., citato.

In ragione del principio di leale cooperazione⁴⁸ che intercorre tra gli Stati membri dell'Unione europea e, quindi, del legame di fiducia tra le autorità giurisdizionali nazionali, l'art. 11, par. 4, sancisce il divieto di rifiutare il ritorno del minore ai sensi dell'art. 13 lett. b) Conv. Aja 1980 qualora sia dimostrato che sono previste misure adeguate per assicurare la protezione del minore dopo il suo ritorno. Tale prescrizione si fonda sulla consapevolezza che la causa ostativa al ritorno del minore codificata dall'art. 13 lett. b) della Conv. Aja 1980, se da una parte mira a tutelare l'interesse del minore a non subire nuovi traumi in ragione del suo ritorno, dall'altra è spesso utilizzata a fini strumentali, giustificando decisioni viziate da un evidente patriottismo in cui un'interpretazione estensiva di tale eccezione al rimpatrio cela pregiudizi e conclusioni che non tengono, realmente, in considerazione l'interesse del minore. Tale problematica, che verrà analizzata meglio nel corso della trattazione, non è sfuggita al legislatore europeo che ha richiesto un'applicazione ancor più restrittiva della causa ostativa al rimpatrio di cui all'art. 13 lett. b), obbligando il giudice competente ad ordinare il ritorno del minore, pur in presenza di un rischio grave legato al suo rimpatrio, se lo Stato membro di residenza abituale presta idonee garanzie di aver predisposto misure di protezione⁴⁹.

Inoltre, un'ulteriore garanzia è data dalla regola di cooperazione tra le autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui il minore è stato condotto e lo Stato membro di residenza abituale. Invero, i successivi paragrafi dell'art. 11 in esame, statuiscono come il giudice dello Stato ove il minore è stato condotto o è trattenuto illecitamente, qualora ritenga di rifiutare il ritorno del minore, deve darne adeguata comunicazione alle autorità centrali o giurisdizionali dello Stato di residenza abituale. Tale comunicazione è volta a garantire al giudice competente a conoscere del merito dell'affidamento del minore coinvolto (ossia il giudice di residenza abituale del minore prima dell'indebito trasferimento o mancato rientro) di pronunciarsi sul merito della controversia. L'autorità giurisdizionale competente darà

⁴⁸ Il sistema di cooperazione internazionale tracciato dall'Unione europea si fonda sulla fiducia tra gli Stati membri e, più in particolare, sul principio di leale cooperazione. Il dovere di leale cooperazione acquista valore di principio generale del diritto per opera della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e trova esplicito riconoscimento all'art. 4 del Trattato sull'Ue, con riferimento ai rapporti tra Ue e Stati membri, e all'art. 13 TUE, per quanto concerne i rapporti tra le Istituzioni europee. Corollario del principio è che gli Stati membri devono adoperarsi per consentire il corretto funzionamento dell'Unione europea, adottando ogni provvedimento che risulti necessario per ottemperare a tutti gli obblighi derivanti dall'adesione all'organizzazione internazionale.

⁴⁹ Tale eccezione si inserisce, peraltro, nel quadro dell'art. 36 della Conv. Aja 1980 che statuisce la possibilità che le parti contraenti possano limitare le restrizioni al ritorno del minore.

opportuna conoscenza del diniego di ritorno del minore alle parti coinvolte, assegnando un termine di tre mesi per il deposito di memorie e conclusioni. Nel caso in cui le parti restino inattive, il procedimento si archivia, viceversa, il giudice si pronuncia sul merito dell'affidamento del minore, tenendo in considerazione la situazione fattuale data dalla mancata presenza del minore sul territorio nazionale.

Per quanto concerne il rapporto tra i provvedimenti emessi dalle diverse autorità giurisdizionali in tal modo adite, il par. 8 chiarisce come una successiva decisione che prescrive il ritorno del minore emanata da un giudice competente ai sensi del presente regolamento è esecutiva, nonostante una decisione di non ritorno emessa dalla giurisdizione di un altro Stato membro, anche per quanto concerne il ritorno del minore.

Nei rapporti tra gli Stati membri, quindi, la decisione del giudice competente a conoscere il merito delle controversie in materia di responsabilità genitoriale (rectius: il giudice del luogo di residenza abituale del minore) prevale, anche se successiva, sulla decisione del giudice competente a pronunciarsi sul ritorno del minore.

A conclusione di questa disamina del regolamento "*Bruxelles II bis*" e della sua incidenza nei casi di sottrazione internazionale di minore nei rapporti tra Stati membri dell'Unione europea, occorre precisare che, in virtù del principio di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, le decisioni in materia di ritorno del minore, esecutive nello Stato membro in cui sono state emesse, sono riconosciute e rese eseguibili in ogni altro Stato parte dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 42 del regolamento. Invero, per la circolazione del titolo giurisdizionale occorre che l'autorità nazionale che lo ha emanato rilasci l'apposito certificato, conformemente al par. 2. Occorre cioè che tutte le parti interessate abbiano avuto modo di essere state ascoltate nel procedimento. Il certificato contiene, inoltre, le eventuali misure di protezione previste per garantire un ritorno sereno per il minore nel Paese di residenza abituale. Le modalità di esecuzione dell'ordine di ritorno sono determinate dal giudice del luogo ove la decisione deve essere eseguita.

5. Il prevalente interesse del minore: la tutela dei diritti del minore nella normativa internazionale ed europea

Gli strumenti internazionali esaminati nel corso della trattazione si pongono come obiettivo privilegiato di tutelare l'interesse del minore attraverso il suo immediato ritorno (anche se, come visto, tale clausola generale conosce diverse eccezioni, anche esse basate sul rispetto dell'interesse del minore). In seguito si cercherà di verificare, anche mediante lo studio della giurisprudenza, quanto questo binomio sia effettivamente posto in essere, non mancano casi in cui si considera nell'interesse del minore disporre la sua permanenza nel luogo di sottrazione. Tuttavia, in questa sede, occorre porre l'attenzione sulla necessità che, in ogni decisione relativa la cura del minore, il suo interesse debba avere una valutazione preminente. Ne consegue come il benessere e la tutela del minore hanno una rilevanza prevalente rispetto alla posizione di altri soggetti coinvolti, soprattutto gli adulti; con l'ulteriore effetto che l'interesse del fanciullo deve essere considerato come il baricentro di tutta la normativa familiare e minorile.

Pur ribadendo la centralità dell'interesse del minore, gli strumenti internazionali non forniscono alcuna definizione di tale concetto, lasciando all'interprete l'onere definitorio. Non mancano diversi studiosi che affermano la concreta necessità di pervenire ad una definizione esplicita dell'interesse del minore⁵⁰; tuttavia nessuna legislazione nazionale e nessun organo giurisprudenziale è riuscito a fornire una definizione del concetto che abbia come fondamento criteri oggettivi. Tale conclusione non deve stupire, si tratta di una clausola di carattere generale che, per sua stessa natura, concede largo spazio alla discrezionalità interpretativa. Non sussistono però a livello normativo criteri che possano guidare l'interprete nel difficile ruolo ermeneutico, anche al fine di circoscrivere tale ampia discrezionalità⁵¹. Occorre, quindi,

⁵⁰ J. Eekelaar, "Child support: an evaluation", in *Family Law*, 1993, p. 511. Per comprendere le difficoltà interpretative legate a tale concetto può essere utile richiamare un caso concernente le pene corporali nelle scuole private deciso dalla Corte Costituzionale del Sud Africa nel 2000 (*Christian Education South Africa c. Minister of Education*, 4 maggio 2000, in www.saflii.org/za/xases/ZACC/2000/11.html). La Corte era stata adita da un'associazione di circa 196 scuole cristiane in ragione della costituzionalità di una legge che vietava qualsivoglia tipo di punizione corporale. A parere dei ricorrenti, le punizioni corporali rappresentavano uno strumento educativo, peraltro fondato su alcuni passi della Bibbia, pertanto la legge oggetto di giudizio di costituzionalità, violava la libertà religiosa. Il punto controverso era comprendere se fosse nel *best interests of child* non subire pene corporali o poter seguire gli insegnamenti religiosi e biblici.

⁵¹ In Gran Bretagna, nel 1989, è stato elaborato il *Child Act*, nel cui preambolo si statuisce che <<quando una Corte decide nel merito a qualsivoglia questione concernente la cura e l'educazione di un minore o l'attribuzione di redditi che ne derivano, dovrà considerare il benessere del minore quale criterio preminente di valutazione>>. L'atto si propone anche di fornire una risposta concreta all'indeterminatezza del concetto di interesse del minore, predisponendo una sorta di "lista di controllo" in cui sono elencati e commentati gli elementi a cui le Corti devono riferirsi per prendere

domandarsi fino a che punto tale concetto risulta ambivalente e quali siano i “punti fermi” della valutazione del *best interests of child*. Procedendo per via interpretativa, trattandosi di un istituto di diritto internazionale, occorre fare riferimento ai criteri indicati negli articoli 31 - 33 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, precisamente il ricorso ai lavori preparatori, l’analisi del testo e del contesto, la prassi applicativa.

Un punto chiaro è che la nozione di interesse del minore (*the best interests of child*) identifica una posizione giuridica forte, per nulla assimilabile alla categoria dei meri interessi (si pensi alla dicotomia del diritto amministrativo tra diritto soggettivo e interesse legittimo). Invero, l’interesse del minore non individua una posizione giuridica inferiore: in tale clausola rientrano beni da proteggere che possiedono status di diritti soggettivi. Probabilmente, per sgombrare il campo da ogni equivoco bisognerebbe utilizzare una formula differente e parlare, per esempio, di “diritti minorili”, in quanto nella prospettiva internazionalistica il richiamo al preminente interesse del minore trae fondamento nel considerare il fanciullo come effettivo titolare di diritti universalmente riconosciuti, quali la libertà, la salute, l’istruzione, la formazione.

Chiarito il rango della posizione giuridica riconosciuta al minore, non vi è chi non veda come assicurare che l’interesse del minore abbia una considerazione preminente significa statuire che è obbligo degli Stati contraenti di garantire che, qualora si riscontrassero situazioni di netta contrapposizione tra la tutela dei diritti ed interessi del minore e quelli degli adulti, i primi prevalgono sui secondi. Ciò significa che all’adulto deve essere preclusa ogni azione atta a limitare lo sviluppo e l’esercizio di tali diritti inviolabili⁵².

Peraltro, l’elaborazione di una concezione personalistica della famiglia, legata alla tutela dei singoli componenti il nucleo familiare, più che alla tutela dell’istituzione in quanto

decisioni in merito al fanciullo: i desideri e le legittime aspirazioni manifestate dal minore (anche in relazione alla sua maturità e alla sua età); i bisogni fisici, emozionali e le sue esigenze educative; l’età, il sesso, l’ambiente in cui vive; i disagi oppure i pericoli che ha dovuto affrontare o in cui potrebbe essere coinvolto e, infine, la capacità dei genitori, o di qualsiasi persona con cui lui abbia relazioni, di soddisfare le sue legittime pretese e necessità, sempre in considerazione al suo preminente ed esclusivo interesse.

⁵² Si veda, M. Riandino, “L’evoluzione del concetto di interesse del minore nella cultura giuridica europea”, in AA. VV., *Civitas et Justitia*, “La filiazione nella cultura giuridica europea”; Città del Vaticano, 2009, p. 389 ss.; vedi anche M. Riandino “La tutela degli interessi del cittadino fanciullo e i suoi diritti soggettivi”, in *Guida al diritto*, 2010, p. 89; G. Cassano e R. Quarta, “La tutela del minore nelle recenti Convenzioni internazionali”, in *Famiglia e diritto*, 2002, p. 205.

tale, determina una nuova prospettiva di inquadramento della posizione giuridica del minore. Egli non è più soltanto titolare di diritti ed interessi subordinati a quelli della sua famiglia d'origine, ma il fanciullo diviene vero e proprio cittadino portatore di concreti diritti soggettivi. Tale prospettiva, che vede nel minore un soggetto attivo nel contesto familiare, obbliga a favorire, in dottrina ed in giurisprudenza, ogni sostegno finalizzato alla sua crescita, affinché diventi maturo protagonista della sua storia e del suo futuro. Il diritto minorile, pertanto, non disciplina esclusivamente il comportamento che i genitori devono tenere nei confronti del minore, né i doveri dei ragazzi nei confronti della famiglia di appartenenza o della comunità in cui vivono; esso diviene quella branca del diritto, fondato sui reali bisogni e sulle concrete esigenze di una personalità in evoluzione, avente ad oggetto l'identificazione di tutti quegli strumenti, giuridici e sociali, necessari per rispondere allo sviluppo integrale ed armonioso della persona del minore.

Il concetto di interesse del minore è quindi oggi il principio cardine su cui si fonda l'intera regolamentazione minorile, internazionale e nazionale, e che permea di sé alcuni tra gli strumenti normativi di maggior rilevanza giuridica in campo minorile.

Tali affermazioni determinano una conclusione di notevole importanza: tutelare il preminente interesse del minore significa proteggere i suoi diritti fondamentali e riconoscerlo quale soggetto attivo e titolare di una posizione giuridica autonoma ed indipendente rispetto a quella dei componenti "adulti" del nucleo familiare. Nei casi di sottrazione internazionale occorre domandarsi quali siano i diritti fondamentali del minore sottratto e quale tutela viene garantita per il loro rispetto a livello internazionale e nazionale. Bisogna, cioè, analizzare se ed in che misura la prevenzione e la lotta al fenomeno del *legal kidnapping*, a livello tanto normativo che applicativo, sia espressione di un'efficace tutela dei diritti inviolabili del fanciullo, considerati come di rilevanza preminente e superiore.

Un approfondimento sulla tutela dell'interesse del minore nei casi di sottrazione internazionale non può quindi prescindere da una preliminare analisi delle fonti internazionali e nazionali che sanciscono i diritti inviolabili del minore, e, più in particolare, del minore sottratto, per poi, successivamente, interrogarsi sulla effettività della protezione accordata a tali diritti.

A livello internazionale, i primi segni per una efficace tutela dell'infanzia si sono avuti nell'ambito della Conferenza dell'Aja del 1902, quando ci si rese conto che il minore rappresentava una categoria bisognosa di una tutela specifica e peculiare. Durante tale conferenza venne approvata una Convenzione per la tutela dei minori; sintesi di questo percorso di evoluzione del diritto minorile, inteso, in questa sede, come “*diritto dei diritti inviolabili del minore*”, è la Convenzione sui diritti del fanciullo, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20.11.1989⁵³, la quale rappresenta un punto finale di quel processo, nazionale ed internazionale, di “emancipazione giuridica” del minore, nonché pietra miliare per la tutela del fanciullo, in quanto rappresenta un corpus organico e completo di diritti inviolabili⁵⁴.

Prima di addentrarsi nella disamina delle fonti internazionali che regolamentano i diritti del fanciullo, occorre precisare che il sistema di protezione internazionale del minore rappresenta l'esempio più cospicuo di specializzazione del più generale ambito di protezione dei diritti dell'uomo. La tendenza è quella, nelle sedi della cooperazione internazionale, di creare a favore di determinate categorie di soggetti un microsistema volto a garantire un consolidamento e/o un'espansione delle garanzie previste in chiave generale. Orbene, tale microsistema non si pone in termini di specialità, come classicamente inteso, nel senso di *lex specialis derogat legi generali*, quanto in termini di complementarietà aggiuntiva. Ciò significa che il settore della protezione internazionale del minore, quale microsistema nel più

⁵³ La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo è stata adottata il 20 novembre 1989 con risoluzione n. 44/25 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, è entrata in vigore il 2 settembre 1990 ed è in vigore, attualmente il 193 paesi. In Italia è stata autorizzata la ratifica e resa esecutiva con L. 27.5.1991 n. 176. La Convenzione è completata da due Protocolli facoltativi adottati il 25 maggio 2000. Il primo relativo al coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati (in vigore dal 12 febbraio 2002) il secondo relativo alla vendita dei fanciulli, la prostituzione e pornografia minorili (in vigore dal 18 gennaio 2002, vincola 139 Stati). Per un'analisi dello strumento vedi J. Todres, “*The UN Convention on the Rights of the Child*”, Ardshley, 2006.

⁵⁴ Il percorso iniziato nel 1902 continua nel 1913 con la “Conferenza Internazionale per la protezione dell'infanzia”, svoltasi a Bruxelles, per la promozione della cooperazione internazionale per la tutela dei diritti fondamentali del minore. Nel 1919 l'Organizzazione internazionale del lavoro ebbe il merito di fissare delle regole per la tutela dei diritti del minore in ambito lavorativo (in relazione, ad esempio, all'orario lavorativo giornaliero o al lavoro notturno). Nel 1924, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite approva la <<Dichiarazione di Ginevra sui diritti del fanciullo>>, nella quale si riconosce il minore quale soggetto giuridico debole bisognoso di una peculiare tutela. Il progetto viene trasfuso nella <<Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo>> del 1948, ove viene riservata un'apposita attenzione ai minori, alla famiglia e alla predisposizione di norme specifiche per la loro tutela e protezione.

ampio settore della tutela dei diritti dell'uomo, è disciplinato da un sistema integrato di norme, in cui coesistono e si rafforzano le norme generali e le norme speciali; per cui, ferma l'applicazione dei precetti generali, occorre il rispetto delle regole del microsistema⁵⁵.

Il sistema di tutela dei diritti del minore è, per sua natura, disomogeneo, proprio perché risponde a questa forma di interazione orizzontale di discipline autonome, tuttavia tale caratteristica rappresenta la ricchezza di un complesso organico di norme. Lo statuto dei diritti del minore comporta quindi un'analisi di insieme che colga le interrelazioni tra le varie fonti coinvolte⁵⁶, secondo una suddivisione classica tra: a) dichiarazioni di principi a livello universale e regionale; b) trattati internazionali, a livello universale e regionale, destinati genericamente alla protezione dei diritti fondamentali di ogni individuo, ma contenenti norme speciali a protezione del minore; c) trattati internazionali, a livello universale e regionale, interamente dedicati alla protezione del minore e dell'infanzia⁵⁷.

Tra tali strumenti internazionali un cenno merita la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo⁵⁸ la quale proclama l'invulnerabilità dei diritti fondamentali riconosciuti a tutti gli individui, senza alcuna distinzione, quali il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della propria persona (art. 3); il divieto di schiavitù e di tratta degli schiavi (art. 4); il divieto di ricorso alla tortura e a trattamenti o pene crudeli, inumani e degradanti (art. 5). La Dichiarazione si muove nell'ottica di riconoscere, a rafforzamento di tale sistema di garanzia, ulteriori diritti in capo ai minori, considerati come soggetti deboli e meritevoli di adeguata protezione. In questa prospettiva il minore vanta il diritto a non subire interferenze arbitrarie

⁵⁵ Peraltro, non mancano le c.d. clausole di salvezza che, sul piano della tecnica normativa, chiariscono il difficile rapporto tra norme cogenti, ribadendo la prevalenza delle disposizioni più favorevoli eventualmente contenute in altri trattati internazionali. Cfr. l'art. 5 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, l'art. 44 della Convenzione sui diritti del fanciullo, l'art. 53 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'art. 29 della Convenzione americana dei diritti del fanciullo.

⁵⁶ L'approccio globale allo studio delle normative internazionali a tutela dei diritti dell'uomo è sostenuto, con riferimento alla protezione dei minori, in Goone – Sekere, *“Women's Rights and Children's Rights: the United Nations Conventions as Compatible and Complementary International Treaties”*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1991.

⁵⁷ Tale classificazione viene sostenuta, tra gli altri, A. La Saulle (a cura di), *“La convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano”*, Napoli, 1994; A. Saccucci, *“Riflessioni sulla tutela internazionale dei diritti del minore”*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2000, p. 222 ss.

⁵⁸ Solennemente proclamata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, elaborata dalla Commissione dei diritti umani, la Dichiarazione è un documento di alto contenuto politico –ideologico, anche se limitata dalla mancanza di forza cogente nei rapporti tra Stati parte non trattandosi di un accordo internazionale.

nella vita privata e familiare (art. 12); il diritto a condizioni di salute e di benessere per sé e per la propria famiglia (art. 25). Proprio tale impegno degli Stati membri delle Nazioni Unite a tutelare il minore determina l'adozione della Dichiarazione dei diritti del fanciullo⁵⁹, la quale tutela in particolare il diritto del minore di crescere sotto le cure e la responsabilità dei genitori, il diritto a non essere separato dalla madre, il diritto ad essere protetto da ogni forma di negligenza, crudeltà e sfruttamento.

La due dichiarazioni citate rappresentano la piattaforma per la elaborazione di atti vincolanti in materia di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e, specificatamente, del minore. La Dichiarazione del 1948 rappresenta l'antecedente logico del Patto internazionale sui diritti civili e politici⁶⁰, atto internazionale che, per quello che ci occupa, riconosce al minore diversi diritti, tra i quali il diritto a misure protettive adeguate alla sua peculiare condizione (art. 24) ed il diritto ad una protezione necessaria in caso di scioglimento della famiglia (art. 23).

Come si evince dal richiamo di tali norme, la tutela del minore è ancorata al suo essere parte di uno specifico nucleo familiare, in tal senso la Convenzione di New York del 1989⁶¹ apporta un significativo passo avanti nella protezione del fanciullo, in quanto considera il minore quale soggetto autonomo di diritti, indipendente dal contesto familiare: ne deriva il riconoscimento della titolarità di posizione giuridiche autonome rispetto a quelle dei genitori. Ultimo intervento normativo a livello universale in materia di diritti inviolabili del fanciullo,

⁵⁹ Adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1959, nonostante la forza non vincolante di tale atto, la Dichiarazione rappresenta il punto di partenza e la piattaforma per la successiva elaborazione della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo.

⁶⁰ Adottato con risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite 2200 A (XXI), aperto alle firme il 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1976. La Ratifica per l'Italia è intervenuta il 15 settembre 1978, in seguito ad autorizzazione disposta con L. 25 ottobre 1977 n. 881. In dottrina sussiste un acceso dibattito sull'estensione delle garanzie del Patto al minore: secondo un primo orientamento, il minore gode di tutti i diritti civili e politici ricompresi dell'atto internazionale, con un'estensione tout court delle norme in esso prescritte; secondo un secondo orientamento, il minore godrebbe, esclusivamente, dei diritti civili e non già di quelli politici. Sul punto vedi, G. Van Bueren, *"The International Law on the Rights of the Child"*, Dordrecht/Boston/London, 1995, p. 385 ss.

⁶¹ Adottata il 20 novembre 1989 con risoluzione n. 44/25 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, è entrata in vigore il 2 settembre 1990, attualmente vincola 193 stati, l'Italia ha proceduto alla ratifica con L. 27 maggio 1991 n. 176. La convenzione è completata da due Protocolli facoltativi, rispettivamente, dedicati al coinvolgimento dei minori nei conflitti armati e alla vendita di minori. Per una disamina approfondita della Convenzione, P. Alston, *"Commentary on the Convention on the Rights of the Children"*, UN Center for Human Rights and UNICEF, 1992; S. Arbia, *"La Convenzione ONU sui diritti del minore"*, in *I diritti dell'uomo*, Roma, 1992.

la Convenzione sancisce come criterio cardine del sistema di protezione del fanciullo il c.d. *best interests of the child* (ossia l'interesse preminente o superiore del minore). Tali principio viene sancito a livello generale all'art. 3 della Convenzione, lo si rinviene, inoltre, in altre sette disposizioni specifiche. Limitando l'analisi ai diritti del minore sottratto, l'art. 9, par.1, vieta la separazione del bambino dai genitori contro la loro volontà, a meno che la separazione non risulti necessaria nel miglior interesse del minore. Il par. 3 dello stesso articolo impone agli Stati l'obbligo di rispettare il diritto del bambino separato da uno o da entrambi i genitori di intrattenere con essi regolarmente rapporti personali e contatti diretti, a meno che ciò non risulti nel suo miglior interesse. L'art. 18 attribuisce ai genitori la responsabilità di educare ed allevare il minore nel suo miglior interesse.

Esaminando i diritti attribuiti al minore, la Convenzione riafferma alcuni tra i diritti civili sanciti nel Patto internazionale, affiancando ad essi altri diritti inviolabili tra cui accenniamo, per la materia che ci occupa, al diritto di essere ascoltato in giudizio (art. 12); il diritto ad avere una famiglia ed una casa sicura, nonché di mantenere una relazione stabile con entrambi i genitori, anche se residenti in Stati diversi, e di godere di una protezione sostitutiva nel caso in cui venga a mancare il nucleo familiare originario (artt. 8, 9, 10, 20 e 21)⁶². Particolarmente discussa l'efficacia diretta di tali diritti all'interno degli ordinamenti statali. In tal senso, la giurisprudenza nazionale oscilla tra una posizione che riconosce diretta applicabilità a tali diritti, con la conseguenza che questi sarebbero autonomamente azionabili all'interno di un giudizio, e un'altra che ritiene si tratti di obblighi imposti agli Stati contraenti e non già di diritti soggettivi perfetti⁶³.

⁶² Il tallone d'Achille del sistema convenzionale a protezione del fanciullo è la mancata previsione di strumenti di controllo relativi al rispetto delle prescrizioni in esso contenuto. Invero, l'organo di controllo previsto è il Comitato sui diritti del fanciullo, composto da 10 membri nominati personalmente per una durata di quattro anni dagli Stati contraenti. Il Comitato si occupa di esaminare i resoconti inviati periodicamente dagli Stati in materia di tutela dei diritti del minore, nonché può chiedere informazioni aggiuntive. Esito di tale valutazione è la possibilità di inviare allo Stato, ritenuto carente nell'attuazione della Convenzione, una raccomandazione in cui si indicano le misure da adottare per far fronte a tale carenza. A ben vedere si tratta di un controllo assolutamente preventivo, volto ad ottenere nel dialogo con lo Stato un corretto adeguamento agli obblighi convenzionali, ma non conosce strumenti di tipo sanzionatorio.

⁶³ Interessante l'orientamento della giurisprudenza belga la quale riconosce efficacia diretta ai diritti fondamentali sanciti a livello internazionale nel caso in cui ricorrano tre condizioni: vi sia stata formale ratifica dello strumento internazionale, la ricostruzione del diritto sia chiara e precisa, sia intenzione dello Stato tutelare e rispettare il diritto in questione. Sulla base di tali argomentazioni viene riconosciuta efficacia diretta al diritto del fanciullo di essere ascoltato, nonché al diritto di visita del genitore non affidatario. Discussa l'efficacia diretta del principio del *best interests of child*: la

Sempre a livello internazionale, la Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato promuove nel 1996 una Convenzione relativa alla responsabilità genitoriale e la protezione del minore che si ponga come obiettivo l'individuazione dell'autorità competente a conoscere le questioni inerenti la cura del minore, la legge applicabile, nonché l'esecuzione ed il riconoscimento delle decisioni⁶⁴. Tale strumento internazionale individua nel luogo di residenza abituale del minore l'autorità giurisdizionale competente a conoscere il merito delle questioni in cui entra in gioco il *best interests of child* e definisce misure di protezione, tra le altre, quelle relative la responsabilità genitoriale, il diritto di affidamento e il diritto di visita.

A livello regionale europeo, particolarmente intensa l'attività normativa del Consiglio d'Europa che si pone come obiettivo cardine la tutela e promozione dei diritti inviolabili dell'uomo. In questo contesto non può non citarsi la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁶⁵, traduzione europea della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo che, non soltanto gode di forza vincolante per tutti gli Stati contraenti, ma prevede un sistema di controllo efficace, attuato attraverso l'istituzione della Corte europea dei diritti dell'uomo⁶⁶. Come già accennato a livello universale, la Convenzione europea si applica anche ai minori. La tutela del minore sottratto a livello

giurisprudenza maggioritaria lo utilizza come criterio di interpretazione, mentre non mancano pronunce (seppure ancora isolate) che ricostruiscono il principio del superiore interesse del minore quale diritto soggettivo assoluto a che in tutte le decisioni relative la cura del minore non vengano in considerazione posizioni diverse. Per un'approfondita analisi del tema: T. Moreau, "*Etat des lieux de la réception de la Convention relative au droits de l'enfant dans la jurisprudence belge*", in AA.VV. , *L'enfant et les relations familiales internationales*, Bruylant, 2003.

⁶⁴ Convenzione dell'Aja del 19.19.1996 relativa alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale e misure di protezione del minore. La Convenzione che ha il merito di individuare in maniera chiara le questioni di diritto internazionale privato che coinvolgono il minore non ha ancora raggiunto il numero di ratifiche necessarie per la sua entrata in vigore. A livello di Unione europea, con decisione del Consiglio 2008/431/CE, del 5 giugno 2008, si è espressa la necessità che tutti gli Stati membri provvedessero a ratificare tale strumento internazionale, indicando come termine il 5 giugno 2010. Ad oggi Italia, Belgio e Svezia sono gli ultimi Stati membri dell'UE che non hanno provveduto a formale ratifica della Convenzione.

⁶⁵ La CEDU è stata adottata il 4 novembre 1950 ed è entrata in vigore il 3 settembre 1953; l'Italia ha proceduto alla ratifica con la Legge 4 agosto 1955 n. 848.

⁶⁶ Tale organo, secondo il Protocollo n. 11 adottato a Strasburgo il 9 maggio 1994 ed entrato in vigore il 1 novembre 1998, è competente a conoscere dei ricorsi individuali, presentati da soggetti che ritengono di aver subito una violazione di un diritto fondamentale sancito nella Convenzione e che, esperiti tutti i mezzi di ricorso interni, ritengono di non aver ricevuto un'effettiva tutela in ambito nazionale. Il ruolo della Corte è particolarmente importante, non soltanto perché costituisce un sistema di controllo successivo e a natura sanzionatoria, ma anche per il ruolo ermeneutico svolto dalla Corte, la cui prassi giurisprudenziale ha consentito un processo di completamento della Convenzione europea e delle garanzie individuali.

regionale europeo è stata riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo attraverso il richiamo all'art. 8 che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Proprio la consapevolezza che il minore può crescere e sviluppare la propria personalità solo nel contesto familiare, considerato quale luogo privilegiato per l'evoluzione integrale dell'individuo, viene consacrata la tutela della vita privata e familiare del minore quale diritto inviolabile. Ne deriva come gli Stati contraenti sono obbligati a garantire al minore la tutela della famiglia e delle relazioni personali con ogni membro componente tale nucleo.

Il Consiglio d'Europa si occupa specificatamente dei fanciulli con la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del minore, firmata a Strasburgo il 25.1.1996, trattasi di una normativa interamente dedicata alla partecipazione del bambino ai procedimenti che lo riguardano. Nella consapevolezza che sovente la prole non possa essere legittimamente ed efficacemente rappresentata dai genitori in lite, la Convenzione mira a riconoscere al bambino la possibilità di interagire con l'autorità giurisdizionale ponendo al centro del dettato normativo il diritto a essere ascoltato. L'esercizio di questo diritto fondamentale implica, quale corollario necessario, il diritto di essere informato sulla natura e sugli effetti del procedimento in corso, nonché il diritto di essere rappresentato in giudizio da un soggetto terzo⁶⁷.

⁶⁷La Convenzione del 1996, la cui ratifica è avvenuta solo per mezzo della legge di autorizzazione del 20 marzo 2003, n. 77, sconta un'applicazione limitata. Invero, lo Stato italiano, onerato di dover indicare almeno tre procedimenti a cui applicare le disposizioni della Convenzione, individua solo i procedimenti di minore rilevanza (artt. 145, 244, 247, 264, 274, 322, 323 c.c.) omettendo invece di estendere l'applicazione della Convenzione ai giudizi di maggior rilievo, tra cui separazione e divorzio, potestà genitoriale, adozione. La Corte di Cassazione, con sentenza del 27 luglio 2007, n. 16753, ha ritenuto che "le disposizioni della Convenzione – per quanto lo Stato italiano al momento del deposito dello strumento di ratifica ne abbia esteso l'ambito di applicazione soltanto a quattro categorie di controversie – siano suscettibili di influenzare l'attività interpretativa anche nei procedimenti che si collocano al di fuori di tali categorie, orientando, per la loro valenza di principio e per il loro significato promozionale, il senso delle disposizioni di cui il giudice è chiamato a fare diretta applicazione". Sentenza pubblicata in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, p. 373, con commento di P. Pazè, "Le garanzie processuali nel procedimento civile per la sottrazione internazionale di minori", *ibid.* p. 381. Ex multis, Corte Costituzionale, 12 giugno 2009, n. 179, la quale ha richiamato la diretta applicabilità sia dell'art. 12 della Convenzione di New York, sia della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996.

La protezione del minore trova compiuta tutela anche all'interno dell'Unione europea, la quale si è dotata anch'essa di un catalogo di diritti fondamentali dell'individuo, attraverso l'emanazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza)⁶⁸.

Sul punto occorre richiamare la Comunicazione della Commissione europea del 4 luglio 2006 “Verso una strategia dell'Unione europea sui diritti dei minori”, nella quale si legge che *“i diritti dei minori sono parte integrante dei diritti dell'uomo, che l'Unione europea è tenuta a rispettare in virtù dei trattati internazionali ed europei in vigore, come la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo e i protocolli facoltativi, gli Obiettivi di sviluppo del millennio e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. La stessa Unione europea ha riconosciuto espressamente i diritti dei minori nella Carta dei diritti fondamentali, in particolare all'art. 24”*. Più di recente, la Commissione europea ha proposto il c.d. Programma dell'Unione europea per i minori⁶⁹ che pone l'accento sulla c.d. “giustizia a misura di minore” e che richiama il diritto del minore a essere ascoltato.

Invero, la Carta dei diritti fondamentali annovera tra i criteri cardine nel sistema di protezione della prole il principio del preminente interesse del minore. L'art. 24, par. 2, precisa infatti che *“in tutti gli atti relativi ai bambini (...) l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente”*. La previsione esplicita del superiore interesse del minore rappresenta un punto di forza di tale strumento a livello di Unione europea, poiché, ciò che a livello internazionale viene attuato in chiave interpretativa, nei rapporti tra Stati membri acquisisce una esplicita forza vincolata.

La Carta di Nizza riconosce, inoltre, il diritto al rispetto alla vita privata e familiare. In tal senso, l'art. 7 deve essere interpretato in maniera conforme all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo⁷⁰. Inoltre, la Carta enuncia quali diritti

⁶⁸ Proclamata a Nizza il 7.12.2000, dopo essere stata approvata dal Consiglio, dal Parlamento europeo e dalla Commissione europea, diviene diritto vincolante, avente rango pari ai Trattati istitutivi dell'Unione europea, con il Trattato di Lisbona del dicembre 2007, art. 6, par. 1, co.1, TUE

⁶⁹ Comunicazione della Commissione, *Programma UE per i diritti dei minori*, COM(2011) 60 del 15 febbraio 2011 in cui la Commissione dichiara, tra l'altro, che “la promozione dei diritti dei minori discende anche da una serie di impegni internazionali”.

⁷⁰ Ciò per espressa previsione del *Praesidium* alla Carta di Nizza, che rappresenta un'esplicitazione dei rapporti tra i due strumenti normativi posti a tutela dei diritti inviolabili dell'uomo. A medesima conclusione giunge la Corte di Giustizia dell'UE nella nota sentenza del 5 ottobre 2010, nel caso J. McB contro L.E., procedimento C-400/10 PPU.

inviolabili il diritto ad essere ascoltato in ogni procedimento che interessa il minore, nonché il diritto a mantenere relazioni stabili con entrambi i genitori (art. 24 Carta di Nizza).

Il catalogo dei diritti riconosciuti in ambito regionale europeo al minore è rafforzato dall'esistenza di due organi giurisdizionali preposti a vigilare circa il rispetto di tali prescrizioni. Invero, il Consiglio d'Europa istituisce la Corte europea dei diritti dell'uomo, competente a pronunciarsi sulle violazioni dei diritti inviolabili dell'uomo poste in essere dagli Stati contraenti. Allo stesso modo, la Carta di Nizza, divenuta vincolante per tutti gli Stati membri dell'UE, rappresenta parametro di riferimento nei casi giudicati dalla Corte di Giustizia dell'UE. Ne consegue come i casi di sottrazione internazionale sovente vengono sottoposti al vaglio delle due Corti europee, al fine di verificare e sancire il rispetto dei diritti inviolabili dei soggetti coinvolti, quindi, anche del minore sottratto.

Tale considerazione appare di notevole importanza ove si consideri che gli altri strumenti a livello internazionale in materia di diritti del fanciullo, seppure posti a paradigma di interpretazione della normativa interna, di fatto non conoscono la competenza di un organo giurisdizionale sovranazionale chiamato a garantirne l'esatta applicazione in tutti gli Stati parte.

Il limite dell'ordinamento europeo in materia di protezione dei minori è rappresentato dal fatto che l'Unione europea, in virtù del principio di attribuzione delle competenze, opera nel settore del funzionamento del mercato europeo (libera circolazione delle persone, merci, capitali e servizi) e nel settore dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, con competenze ridotte nell'ambito del diritto processuale civile⁷¹. Certo è che, come vedremo successivamente, lo spazio riconosciuto al principio del superiore interesse del minore consacra una maggiore dignità alle norme europee in materia di protezione del bambino, soprattutto ad opera della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Esaminata la normativa internazionale in materia di diritti del fanciullo e *best interests of child* si rende necessario verificarne la portata e l'incidenza a livello interno. Gli strumenti

⁷¹ In questo senso, anche il regolamento "*Bruxelles II bis*" si colloca in quest'ottica, basti pensare ai *considerando* da cui muove la normativa di diritto derivato ove si legge: *la Comunità europea si prefigge di creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia...a tal fine la Comunità adotta le misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile*". Vedi anche, P. De Pasquale, "*L'interesse del minore nella prospettiva del diritto comunitario*", in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 1237.

convenzionali richiamati si caratterizzano per una portata vincolante in ragione dell'avvenuta ratifica all'interno dello Stato contraente, che determina ad esempio l'obbligo di interpretazione conforme da parte del giudice nazionale: le disposizioni interne, sia successive che precedenti, devono essere interpretate alla luce dell'oggetto e dello scopo delle norme convenzionali⁷². Controversa in dottrina la possibilità di riconoscere diretta applicabilità alle norme contenute nelle convenzioni internazionali, determinando una sorta di efficacia diretta delle singole disposizioni⁷³.

Diversa l'incidenza del diritto dell'Unione europea. La Carta di Nizza, alla quale è riconosciuto lo stesso valore giuridico dei trattati, acquista una portata immediatamente precettiva e vincolante. Inoltre, il riconoscimento di taluni diritti anche in ambito di diritto dell'Unione europea derivato (regolamento "*Bruxelles II bis*") pone il minore in una posizione privilegiata. I diritti riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione europea devono essere tutelati direttamente dal giudice nazionale, al quale si impone l'obbligo di applicare il diritto "comunitario" in forza del principio del primato, grazie anche al contributo fondamentale della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Infine, di non meno importanza, i diritti del minore sanciti a livello internazionale ed europeo trovano riconoscimento ed espressione nel diritto italiano⁷⁴. Ci si riferisce agli artt. 2,

⁷² In questo senso le norme convenzionali acquisiscono una portata integrativa del diritto interno ma non appaiono direttamente precettive. Non a caso le convenzioni internazionali sovente si indirizzano allo Stato contraente il quale si obbliga a garantire i diritti in esse contenuti attraverso la predisposizioni di strumenti giuridici interni.

⁷³ In senso favorevole si cita J. Long, "*Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*", in *Famiglia e diritto*, 2010, p. 364; all'opposto si colloca altra dottrina, A. Graziosi, "*Note sul diritto del minore a essere ascoltato*", in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1992, p. 1283; O. Porchia, "*Gli strumenti sovranazionali in materia di ascolto del minore*", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 79. La diretta applicabilità sarebbe esclusa in ragione della circostanza per cui lo strumento convenzionale si rivolge allo Stato contraente impegnandolo a porre in essere tutti quegli accorgimenti atti a rendere fruibile i diritti in essa riconosciuti.

⁷⁴ Occorre considerare come ai sensi dell'art. 117 co 1 della Costituzione Italiana, la potestà legislativa di Stato e Regioni deve essere esercitata nel rispetto del diritto internazionale e del diritto dell'Unione europea. Tale norma, novellata nel 2001, garantisce il primato al diritto dell'Unione europea, nonché al diritto internazionale pattizio, sul diritto interno. Conseguenza logica è che il diritto interno in contrasto con il diritto sovranazionale è incostituzionale per norma interposta per contrasto con l'art. 117 Costituzione. Tale sistema dovrebbe garantire il rispetto dei diritti fondamentali del minore, sanciti a livello internazionale, da parte dell'ordinamento nazionale, visto il primato riconosciuto alla normativa europea e internazionale in materia di minore. Tale percorso normativo è fatto proprio dalla Corte Costituzionale nella sentenza 23 febbraio 2012 n. 31 con la quale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 569 c.p. nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di cui all'art. 567 c.p. (alterazione di stato), consegua automaticamente la perdita della potestà genitoriale, precludendo al giudice ogni possibile valutazione dell'interesse del

30, 31, 34 e 37 della Costituzione che creano un sistema di tutela volto a garantire al minore il diritto di crescere in un ambiente familiare e di essere protetto dalla società. La Costituzione riconosce il diritto alla famiglia, quale formazione sociale in cui il minore svolge la propria personalità (art. 2), attribuendo ai genitori il diritto/dovere di educare, mantenere ed istruire la prole, ossia di perseguire il benessere del minore, seguendone le proprie inclinazioni e rispettando la sua personalità (art. 147 c.c.)⁷⁵

La disamina della normativa internazionale, europea e nazionale a tutela del minore ci consente di formulare alcune considerazioni conclusive. Il sistema di protezione del fanciullo è incardinato sul concetto di “interesse preminente del minore”, tale formula indica che, nelle decisioni relativi la cura e l’educazione della prole, il giudice deve avere come criterio prevalente di valutazione il minore, la sua persona, i suoi diritti ed il suo benessere. Nel caso di sottrazione internazionale si pone a rischio il rispetto di diritti fondamentali del fanciullo, per lo più connessi al diritto alla famiglia, ossia il diritto a crescere in un luogo sereno e sano e ad intrattenere relazioni costanti e significative con i genitori. Anche il minore sottratto mantiene il suo diritto alla famiglia: assicurare il rispetto di tale diritto (*rectius*: assicurare che ogni decisione tenga conto del superiore interesse del minore), significa garantire al fanciullo di poter reintegrare lo *status quo ante*, ossia di poter fare ritorno alla sua famiglia (intesa in senso ampio). Sempre nel superiore interesse del minore, il giudice potrebbe valutare che i diritti inviolabili del minore possono essere rispettati solo consolidando la situazione di fatto determinata dall’illecita sottrazione (le c.d. cause ostative al rimpatrio). Anche in questo caso

minore nel caso concreto. La Corte Costituzionale, richiamando la normativa internazionale in materia di *best interests of child*, afferma l’irragionevolezza della norma censurata poiché non consente al giudice del caso concreto di valutare se sia nell’interesse del minore disporre della perdita della potestà genitoriale, soprattutto nel contesto di un reato che non implica *ex se* una certa incapacità del genitore a prendersi cura della prole. Nella sentenza della Corte Costituzionale emerge con forza l’argomentazione della compatibilità della norma censurata rispetto al diritto sovranazionale in materia di minori, tuttavia la Corte delle leggi non si spinge sino a dichiarare l’incostituzionalità per norma interposta ex art. 117 Cost, co 1, ma rileva un contrasto con l’art. 3 della Costituzione italiana stante l’irragionevolezza della normativa oggetto del giudizio di costituzionalità. Per un’analisi critica della sentenza vedi C. Salamone, “*Il best interest del minore e gli obblighi internazionali dell’Italia ex art. 117, co. 1, Costituzione*”, in *Osservatorio Diritti del fanciullo*, 2012, p. 414 e ss.

⁷⁵ G. Villa, “*Potestà dei genitori e rapporti con i figli*”; in *Tratt. Bonilini e Cattaneo*, II, Torino, 1998, 271 ss.; F. Giardina, “*I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1977, p. 1360; A. Scalisi, “*Famiglia e diritti del minore*”, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, p. 815.

il minore vanta l'ulteriore diritto a mantenere relazioni costanti e dirette con il genitore dal quale è stato sottratto, attraverso l'istituto del diritto di visita.

Non vi è chi non veda come, nel caso di sottrazione internazionale di minore, qualsivoglia decisione venga formulata circa il ritorno del minore, il parametro di valutazione deve essere il *best interests of child*, ossia la ricerca del benessere del minore e la garanzia del rispetto dei suoi diritti fondamentali.

Il secondo capitolo verrà quindi dedicato all'analisi della prassi applicativa in materia di sottrazione internazionale al fine di verificare se ed in che misura il *best interests of child* rappresenti questo criterio cardine di valutazione, attraverso l'approfondimento dei diritti inviolabili del minore sottratto. In particolare, il presente lavoro intende analizzare la giurisprudenza delle corti nazionali per verificare come i singoli diritti inviolabili del minore trovino nel caso di sottrazione internazionale adeguata tutela, anche in chiave comparativa. Nodo cruciale è rappresentato dalla difficile prassi applicativa in ordine ad alcuni istituti chiave del fenomeno in esame, quali il *droit de garde*, la residenza abituale del minore, le cause ostative al rimpatrio, il diritto di essere ascoltato.

Il terzo capitolo si prefigge di analizzare l'impatto sui diritti inviolabili del minore delle decisioni rese dagli organi giurisdizionali europei. Più in particolare, si intende verificare la tutela del superiore interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia dell'UE, le quali rispettivamente applicano strumenti normativi differenti, cercando di rispondere al difficile quesito del rapporto tra il livello di protezione offerto dai due organi. Il punto di analisi è quindi verificare quale dei due organi e, quindi, dei due sistemi normativi di tutela dei diritti inviolabili del fanciullo (CEDU o Carta di Nizza) offre il più elevato livello di protezione, attraverso lo studio dei casi portati alla conoscenza delle due Corti.

CAPITOLO II

Il superiore interesse del minore sottratto: la tutela dei diritti fondamentali della vittima del *legal kidnapping*

1. Il superiore interesse del minore: principio e aspirazione degli strumenti internazionali a tutela del minore

Il superiore interesse del minore rappresenta il principio informatore di tutta la normativa a tutela del fanciullo. Il *best interest of child*⁷⁶ costituisce una guida per l'interprete chiamato a decidere controversie in cui è in gioco la cura e la crescita del bambino: in tutte le decisioni che lo riguardano, infatti, il giudice deve tenere in considerazione il superiore interesse del minore, ne consegue che il benessere psicofisico del fanciullo deve essere l'obiettivo a cui tende ogni decisione giurisdizionale in materia minorile. Inoltre, i diritti degli adulti cedono dinanzi ai diritti del fanciullo, con l'ulteriore conseguenza che essi stessi trovano tutela solo nel caso in cui questa coincida con la protezione della prole. Si potrebbe dire che i diritti degli adulti, nel settore familiare, acquisiscano una portata "funzionale" alla protezione del bambino, soggetto debole della relazione e pertanto bisognoso di maggiore tutela.

Nonostante la centralità del principio nella normativa a protezione del fanciullo, come già affermato, gli strumenti internazionali non definiscono il superiore interesse del minore, lasciando alla discrezionalità (e creatività) dell'interprete il compito di riempire di contenuto tale formula⁷⁷. Stante la mancata definizione del concetto e trattandosi di principio contenuto

⁷⁶ Per un'analisi delle fonti ove è richiamato il principio si veda il capitolo primo.

⁷⁷ Si pensi al celebre caso deciso dalla Corte costituzionale del Sud Africa il 4 maggio 2000, *Christian Education South Africa c. Minister of Education*, in www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/11.html. La Corte Costituzionale, chiamata a decidere della legittimità costituzionale della legge nazionale che impediva l'utilizzo di pene corporali, si trova a bilanciare la posizione governativa secondo cui sarebbe nell'interesse del minore non subire punizioni corporali, dalla posizione della Chiesa cristiana che ritiene tale normativa contraria alla libertà religiosa in quanto il sistema educativo delle scuole religiose si fonda sull'utilizzo delle punizioni corporali così come previsto dalla Bibbia. Nel caso di specie la Corte afferma la sussistenza di una <<*multiplicity of intersecting constitutional values and interests*>> e decide proprio sulla base della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo ove è sancito l'interesse del minore a essere protetto da trattamenti degradanti.

in disposizioni internazionali, occorre interpretarlo alla luce della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, artt. 31 -33, più precisamente i criteri interpretativi da seguire sono: i lavori preparatori, l'analisi del testo e del contesto, l'esame dei rapporti e dei commenti generali che accompagnano lo strumento internazionale, nonché la prassi applicativa⁷⁸.

Seguendo tale percorso argomentativo si potrebbe tentare di definire il superiore interesse del minore.

L'espressione in esame si trova formulata per la prima volta nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1959⁷⁹. Nella versione inglese la Dichiarazione, all'art. 2, statuiva che <<*the best interests of the child shall be the paramount consideration*>>, espressione che potrebbe essere tradotta nel senso che il superiore interesse del minore dovrebbe avere la considerazione *decisiva*. Tale formulazione venne presto abbandonata nel corso dei lavori preparatori per la redazione della Convenzione sui diritti del bambino del 1979. Si ritenne più opportuno parlare di <<*a primary consideration*>>: l'utilizzo dell'articolo indeterminato ("a" invece di "the") e il passaggio dall'aggettivo "paramount" all'aggettivo "primary" indica la necessità di un bilanciamento di interessi: la posizione del minore deve essere messa a sistema con quelle ulteriori posizioni in gioco.

Seguendo il percorso interpretativo tracciato dalla Convenzione di Vienna, in primo luogo occorre verificare il testo della Convenzione sui diritti del fanciullo nella sua formulazione linguistica originaria. Tra le diverse lingue ufficiali, per comodità di trattazione, vengono considerate la versione inglese e francese. Appare evidente una prima singolarità: il testo inglese afferma che <<*the best interests of child shall be a primary consideration*>>, mentre il testo francese <<*l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale*>>. Le differenze nelle due formulazioni non sono di poco conto: innanzitutto

⁷⁸ C. Focarel, "La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di <<*best interests of the child*>>", in *Rivista di diritto internazionale*, 2010 p. 981 ss. L'autore tenta di definire il concetto di superiore interesse del minore attraverso l'interpretazione della Convenzione di New York secondo i criteri sanciti dalla Convenzione sul diritto dei Trattati. Vedi anche in tema, P. Martinelli, J. Moyerson, "L'interesse del minore: proviamo a ripensarlo davvero", in *Minorigiustizia*, 2011, p. 7; R. Rivello, "L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità", in *Minorigiustizia*, 2011, p. 15; F. Santosuosso, "Il minore e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo", in *Iustitia*, 1997, p. 361.

⁷⁹ Vedi www.un.org/cyberschoolbus/humanrights/resources/child.asp.

l'inglese parla di interessi, al plurale, con ciò introducendo il concetto per cui il minore sarebbe portatore di più interessi, da bilanciare; il testo francese si riferisce invece all'interesse al singolare, individuando una posizione univoca del minore che deve prevalere sulle posizioni degli altri soggetti coinvolti nelle decisioni. Nella versione, non ufficiale, italiana (la stessa che viene utilizzata nella legge di autorizzazione alla ratifica) il nostro ordinamento pare aver accreditato la versione francese.

Per quanto concerne il secondo criterio interpretativo fornito dalla Convenzione sul diritto dei trattati, l'analisi del testo e del contesto fornisce altri spunti di riflessione interessanti. La Convenzione sui diritti del fanciullo si riferisce, infatti, all'interesse del minore: tale locuzione linguistica apre scenari circa l'esatto contenuto della nozione in esame.

In primo luogo, il bambino vanta diversi interessi che possono anche confliggere in alcuni casi (si parla dell'interesse al benessere fisico, all'integrazione sociale, allo sviluppo intellettuale, all'equilibrio psichico); inoltre, ciò che appare nell'interesse del bambino può divergere a seconda che si prenda come momento di riferimento il presente o il futuro: l'interesse del minore va valutato nel momento della sola decisione giurisdizionale oppure in proiezione futura⁸⁰?

Ancor più complessa la risoluzione dell'interrogativo circa il rapporto tra interesse del minore e diritti fondamentali. Più in particolare, il riferimento all'interesse del minore in che rapporto si colloca con i diritti del fanciullo, sanciti all'interno del *corpus* dello strumento convenzionale? Si tratta di una posizione giuridica di minore forza?

La questione non è di poco conto. Si pensi ai casi in cui l'interesse del minore confligga con uno dei diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione sui diritti del fanciullo⁸¹

Stante la difficoltà interpretativa sin qui tracciata, un ulteriore criterio utilizzabile per riempire di contenuto la formula del *best interests of child* è rappresentata dall'analisi dei

⁸⁰ Si pensi, in chiave esemplificativa, alla prassi giurisprudenziale che esclude l'affidamento dei minori a coppie omosessuali. In questo caso l'interesse del minore a essere cresciuto da una famiglia eterosessuale appare dominante nel tessuto sociale e culturale odierno, ma non è da escludere una diversa soluzione nel prossimo futuro o in alcuni Stati.

⁸¹ Il rapporto tra diritto di ascolto del minore e superiore interesse che, in talune circostanze, può comportare la necessità di non procedere all'audizione del bambino poiché questo comporterebbe un danno psicofisico e/o un *vulnus* all'equilibrio psichico del bambino.

commenti generali del Comitato sui diritti del fanciullo⁸². Emerge con chiarezza come esiste una “tendenza universale”, cioè comune agli Stati parte della Convenzione, a considerare alcune condotte certamente contrarie all’interesse del minore⁸³, nonché la convinzione che l’interesse del bambino va salvaguardato a preferenza di altri.

Per concludere è possibile affermare che sussiste una difficoltà oggettiva a interpretare la nozione di superiore interesse del minore. Si tratta di un’espressione che per sua stessa natura è foriera di ambiguità e di molteplici interpretazioni. Tuttavia trattandosi di nozione di diritto internazionale gli Stati membri della Convenzione devono interpretarla in chiave universale, avendo riguardo al diritto internazionale nel suo complesso e non già alle istanze nazionalistiche interne. Un dato assoluto e chiaro è che il superiore interesse del minore deve sempre prevalere sugli interessi degli altri individui coinvolti.

A parere di chi scrive, infine, non bisogna accedere a letture minimalistiche del principio in esame, ma occorre abbracciare una nozione alta di superiore interesse del minore che corrisponda alla somma dei diritti fondamentali riconosciuti in capo al bambino.

Per tale ragione, il presente capitolo si occupa dell’analisi dei diritti fondamentali del minore sottratto, avendo cura di interpretarli alla luce del principio del *best interests of child*. In quest’ottica si potrebbe anche riuscire a superare l’ostacolo dell’eventuale contrasto tra interesse del minore e diritti fondamentali, considerato come l’esercizio di tali diritti deve essere sempre garantito e tutelato alla luce dell’interesse del fanciullo⁸⁴.

2. Il superiore interesse del minore sottratto a intrattenere relazioni stabili con entrambi i genitori

⁸² Il Comitato vigila sul rispetto dei diritti del fanciullo, ma per espressa previsione normativa non vanta alcuna competenza di natura giurisdizionale, non valuta quindi gli inadempimenti degli Stati nel rispetto della Convenzione. Tuttavia, pur non producendo “giurisprudenza” in senso stretto, il Comitato si occupa di interpretare la Convenzione, alla luce degli apporti forniti dagli Stati contraenti.

⁸³ Tra queste si citano in via esemplificativa le mutilazioni genitali, il ritorno in famiglia a rischio di violenze sessuali, le punizioni corporali, la fissazione per legge di un’età matrimoniale molto bassa, la discriminazione verso bambini appartenenti a gruppi minoritari.

⁸⁴ Sempre in tema di ascolto del minore, il diritto all’audizione deve essere interpretato alla luce del superiore interesse del bambino, pertanto, la tutela di questo diritto importa un ascolto condizionato alla tutela del benessere del soggetto titolare del diritto. Escludere l’audizione in relazione alle circostanze del caso concreto non comporta, quindi, una negazione del diritto all’ascolto, quanto una maggiore tutela dell’interesse del minore nell’esercizio dei suoi diritti.

Ogni ordinamento giuridico moderno, in materia di diritto di famiglia, prevede che il minore venga educato, cresciuto, mantenuto e istruito da entrambi i propri genitori, i quali stabiliscono congiuntamente l'indirizzo di vita familiare, prendendo in considerazione le inclinazioni e gli interessi della prole. La presunzione che fonda tale sistema è che appare nel superiore interesse del minore vivere e crescere all'interno di un contesto familiare composto da una coppia (coniugata o non, allo stato per la maggior parte degli ordinamenti eterosessuale) che unitamente si prende cura di lui, rispettandone la personalità. Il minore diviene oggi soggetto giuridico autonomo all'interno della famiglia, portatore di diritti e interessi individuali, armonizzati nel contesto sociale di riferimento. L'ordinamento giuridico a tutela del superiore interesse del minore considera, quindi, il fanciullo come individuo avente diritti fondamentali personali, oltre che come membro di un gruppo familiare. La fruizione di tali diritti, conseguentemente allo stato e all'età del bambino, deve essere guidata e condotta dai genitori (o dai tutori). Ne deriva una doppia considerazione: il minore può pretendere il rispetto dei propri diritti anche in via autonoma in caso di contrapposizione con i diritti fondamentali degli altri componenti il nucleo familiare; i genitori, nell'esercitare il proprio ruolo di crescita e cura del minore, devono rispettarne i diritti inviolabili⁸⁵.

Sovente, lo stridore tra la posizione giuridica del minore, quale soggetto autonomo di diritto all'interno del nucleo familiare, e quella degli altri componenti il gruppo determina la difficoltà di garantire il rispetto dei diritti del soggetto più vulnerabile. Tale considerazione si pone in contrasto con il principio del superiore interesse del minore che vorrebbe che i diritti del minore abbiano una considerazione preminente e prevalgano rispetto a quelli dell'adulto.

⁸⁵ Così prevede l'art. 18 della Convenzione di New York del 1989 che richiede ai genitori di educare la prole nel suo prevalente interesse, con ciò confermando l'orientamento secondo cui il minore non è soggetto passivo della relazione genitoriale, ma soggetto attivo di un rapporto che lo vede protagonista in quanto portatore di diritti e interessi autonomi che non possono essere ignorati nel contesto familiare. La conclusione è che nel caso di allontanamento del minore ad opera di uno dei genitori, quest'ultimo viola il diritto del bambino alla bigenitorialità con l'ulteriore conseguenza che il superiore interesse del minore impone la condanna di questo comportamento illegittimo. In questo senso si è espressa Cour de Cassation française, 4 luglio 2006, in *Revue critique de droit International privé*, 2007, p 622, sancendo il principio di diritto per cui ogni membro della famiglia deve rispettare i diritti dei componenti il nucleo, per cui i giudici del merito devono valutare se il comportamento della madre che ritiene di trasferire il figlio non implichi una violazione del suo superiore interesse a intrattenere relazioni stabili con entrambi i genitori (secondo il brocardo della corresponsabilità genitoriale introdotto in Francia con la legge 4 marzo 2002).

Uno dei diritti fondamentali del minore che “soffre” di questa dinamica è certamente il diritto a intrattenere relazioni stabili con entrambi i genitori, così come sancito dall’art. 24 della Carta di Nizza, dall’art. 9 della Convenzione di New York del 1989, dall’art. 8 della CEDU (secondo l’interpretazione fornita dalla consolidata giurisprudenza di Strasburgo), nonché a livello interno italiano, dagli artt. 155 e ss. come novellati con legge 54/2006⁸⁶. Si tratta del diritto del minore a essere educato, istruito, cresciuto da entrambi i genitori attraverso la persistenza di una relazione stabile e significativa, connotata da quotidianità, del rapporto con il padre e la madre. Orbene, se tale dinamica appare assicurata nel contesto di un gruppo familiare “sano”, nel caso di crisi coniugale garantire il rispetto di tale diritto del minore appare assolutamente complicato. Per quel che ci occupa la sottrazione del minore a opera di uno dei genitori integra un’evidente violazione del diritto alla c.d. “bigenitorialità”, considerato come diritto soggettivo perfetto, ascrivibile tra i diritti della personalità.

L’allontanamento oltre frontiera del bambino appare *ex se* implicare il mancato rispetto del diritto del bambino a intrattenere relazioni stabili con entrambi i genitori e comporta la violazione del diritto del genitore che subisce l’allontanamento a godere di un rapporto significativo con la prole.

Occorre tenere distinte due ipotesi: in alcuni casi, il trasferimento del minore viene effettuato a opera del genitore affidatario a discapito del genitore che vanta un solo diritto di visita, ciò non integra la fattispecie di sottrazione internazionale del minore, con conseguente attivazione del procedimento di ritorno del minore, poiché la normativa internazionale non sanziona il comportamento del genitore affidatario che trasferisce il figlio, ritenendo che rientri nella sua potestà decidere e disporre un trasferimento di residenza. Diverso il caso in cui il minore venga sottratto e allontanato dal genitore affidatario che esercitava effettivamente il proprio diritto di affidamento e di cura. In questo caso si integra la sottrazione internazionale di minore ed è possibile richiedere il ritorno del bambino nel luogo di residenza abituale. In ambedue le fattispecie viene violato il diritto del bambino a

⁸⁶ La riforma si ispira all’esigenza di garantire al minore di essere gli stesso protagonista nella crisi coniugale quale soggetto attivo la cui posizione giuridica trova voce nel procedimento giurisdizionale di separazione e divorzio. Ne deriva come l’obiettivo della riforma sia tutelare il diritto del minore a essere educato e istruito da ambedue i genitori, nonostante la crisi coniugale e la cessazione della convivenza, e dall’altro il diritto dei figli da conservare, per quanto possibile, un rapporto continuativo ed equilibrato con entrambi i genitori.

intrattenere relazioni stabili con entrambi i genitori, ma le reazioni dell'ordinamento giuridico sono differenti. Nelle ipotesi rientranti nel primo ordine di fattispecie il genitore che vantava il diritto di visita potrà solo richiedere una modifica delle condizioni attraverso le quali prende in carico il minore, al fine di considerare lo spostamento oltre frontiera del bambino. Diversa la tutela riconosciuta al genitore affidatario che potrà attivare il meccanismo internazionale per la *restitutio ad integrum*, ossia il ripristino dello *status quo ante*, conseguente al ritorno del figlio sottratto. Se si analizzano entrambi i casi dal punto di vista del minore, però, la differente tutela del proprio diritto a intrattenere relazioni stabili con entrambi i genitori non appare giustificata. Sia che l'allontanamento avviene a discapito del genitore affidatario e collocatario, sia nei confronti del genitore esercente il diritto di visita, ciò non toglie che il bambino perda il diritto a frequentare uno dei genitori e godere della sua costante presenza⁸⁷.

Per comodità di trattazione, l'analisi della tutela giurisprudenziale del diritto del minore a intrattenere relazioni stabili con entrambi i genitori viene condotta tenendo distinte le due ipotesi, stante la diversa risposta dell'ordinamento nazionale alla violazione del diritto alla bigenitorialità nelle due fattispecie. Preliminarmente si rende necessario affrontare la *querelle* circa l'esatta interpretazione delle nozioni di diritto di affidamento e di diritto di visita, sulla cui contrapposizione è costruito l'intero assetto della normativa internazionale in materia di protezione del minore sottratto.

2.1. Il problema della qualificazione giuridica dei rapporti tra genitori e figli: eterogeneità degli ordinamenti nazionali e interpretazione della normativa internazionale

⁸⁷ Il compromesso sancito nella normativa internazionale si ispira alla necessità di bilanciare due diritti contrapposti: il diritto dell'adulto a spostarsi liberamente esercitando una delle libertà fondamentali dell'individuo e il diritto del minore a restare nel luogo di residenza abituale vicino ai propri genitori. In questo senso si è ritenuto di far prevalere la prospettiva del minore solo nel caso in cui lo spostamento sacrifichi il rapporto con il genitore affidatario. Tale conclusione potrebbe essere giustificata dalla considerazione che nei casi di separazione della coppia con affidamento della prole ad uno solo dei genitori i rapporti con l'esercente il solo diritto di visita appaiono già affievoliti, con l'ulteriore conseguenza che il diritto alla bigenitorialità si traduce nel diritto a frequentare con una certa cadenza l'altro genitore. In questo senso l'art. 21 della Conv. Aja 1980 consente la possibilità di ridefinire i termini e le modalità delle visite proprio per favorire i contatti tra minore trasferito legittimamente e genitore non affidatario.

Per comprendere quando l'ordinamento giuridico richiede l'attivazione del procedimento di ritorno occorre verificare uno dei presupposti fondamentali che costituiscono il *legal kidnapping*, ossia che il minore sia stato sottratto al genitore esercente il diritto di affidamento. La Conv. Aja 1980, così come il regolamento "Bruxelles II bis", sono costruiti su questa dicotomia: la posizione di forza del genitore affidatario si esplica nel suo diritto di decidere il luogo di residenza del minore, corollario la possibilità di spostare la prole oltre frontiera nonché il diritto di non subirne l'allontanamento. Il genitore titolare del solo diritto di visita non può, conseguentemente, trasferire la prole, pena l'integrazione della fattispecie di sottrazione internazionale, e se subisce l'allontanamento del fanciullo può esclusivamente attivare il procedimento per ridefinire le modalità e i tempi con cui può prendere il minore con sé.

L'applicazione corretta della normativa internazionale in materia di *legal kidnapping* presuppone, quindi, l'esatta configurazione delle relazioni giuridiche all'interno del nucleo familiare in crisi. La questione non è di poco conto. In primo luogo occorre verificare se la nozione di *droit de garde* deve essere individuata una volta per tutte in senso internazionale oppure se l'esatta configurazione dell'istituto è rimessa al diritto nazionale applicabile. Secondo le disposizioni sancite nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, qualora una disposizione convenzionale definisca una particolare nozione, essa acquista una propria autonomia rispetto agli ordinamenti nazionali ove le norme convenzionali devono essere applicate. Ne consegue che la nozione di diritto internazionale deve essere interpretata e applicata autonomamente, secondo principi e criteri universali.

Sia la nozione di diritto di affidamento che di diritto di visita vengono espressamente ricostruite dalla normativa internazionale in materia di sottrazione internazionale. Più precisamente, per *legal custody* (art. 5) si intende il diritto di un soggetto o ente di prendersi cura del minore e in particolare il diritto di decidere il luogo di residenza dello stesso⁸⁸;

⁸⁸ Nella suddetta definizione si insidia, in effetti, un primo problema ermeneutico: l'istituto viene ricostruito attraverso due concetti, la cura del minore, nonché il diritto di decidere la di lui residenza. Trattasi di comprendere se il secondo estremo rappresenti una mera specificazione o un criterio autonomo. La questione non è di poco conto: attribuendo rilevanza al potere di decidere il luogo di residenza del minore si estende notevolmente l'area del diritto di affidamento, considerato come diversi ordinamenti, pur conoscendo l'istituto dell'affidamento esclusivo, sanciscono che la decisione circa la residenza del minore resti in capo a entrambi i genitori. In un caso deciso di recente dalla Suprema Corte degli Stati Uniti d'America, 17 maggio 2010, viene sancito il principio per cui il potere

mentre il diritto di visita presuppone la possibilità di prendere il bambino con sé e di trattenerlo in luogo diverso dalla propria residenza per un tempo determinato. La stessa norma poi rinvia agli ordinamenti giuridici nazionali quale fonte per attribuire questa qualifica soggettiva. Pertanto, per comprendere chi sia titolare del *droit de garde* occorre verificare a quale soggetto l'ordinamento di residenza abituale del minore, prima del trasferimento, assegnasse la cura della persona del fanciullo, unitamente al diritto di stabilire la sua residenza. Si tratta di un'indagine in fatto particolarmente complessa che pone delicati problemi di interpretazione e lettura del diritto nazionale. Basti considerare che il giudice chiamato a pronunciarsi sul ritorno del minore deve applicare il diritto dell'ordinamento giuridico di residenza abituale del bambino, quindi dovrà individuare e applicare il diritto sostanziale di un altro Stato. Tale attività ermeneutica appare alquanto complessa, anche in considerazione delle resistenze dei giudici nazionali (le pronunce sono spesso viziate dal c.d. patriottismo) e talvolta da una scarsa preparazione.

Per impostare correttamente la questione, il giudice di merito individua le norme nazionali che sanciscono in capo al genitore il diritto di prendersi cura della prole e di decidere del suo luogo di residenza, secondo la formula utilizzata dall'art 5 della Conv. Aja 1980. *Ex adverso*, titolare del diritto di visita è il soggetto a cui l'ordinamento riconosce la possibilità di prendere il bambino con sé e tenerlo al di fuori della casa familiare per un certo tempo. Stante l'autonomia delle nozioni in esame è necessario che nell'individuare le disposizioni interne applicabili non si creino delle indebite sovrapposizioni tra il diritto interno e il diritto internazionale. Più precisamente, applicando l'art. 5 della Conv. Aja 1980, l'ordinamento interno dovrà essere richiamato solo per individuare il soggetto che dispone della cura del minore e/o che vanta il diritto a condurlo fuori dalla residenza abituale per trattenerlo con sé; senza sovrapporre le qualifiche soggettive e gli istituti di diritto interno. In questo senso, sostituire l'istituto della potestà genitoriale (*rectius*: responsabilità genitoriale)

di veto attribuito ad un genitore, il quale seppure non vanta un diritto di affidamento, può opporsi al trasferimento della prole oltre frontiera, deve essere qualificato ai sensi della Conv.Aja 1980 come *legal custody*, con l'ulteriore conseguenza che il trasferimento della prole dal Cile al Texas in violazione del diritto di veto attribuito dal diritto cileno al padre, integra una sottrazione internazionale anche se commessa dal genitore formalmente affidatario. Sentenza pubblicata con commento di H. Muir Watt, in *Revue critique de droit internationale privé*, 2010, p. 525 e ss.

rispetto alla figura del soggetto che si occupa della cura del bambino rappresenta una distorsione dell'attività ermeneutica.

Un'ulteriore problematica concerne l'eterogeneità degli ordinamenti nazionali in materia di diritto di famiglia sostanziale. In effetti, la dicotomia *droit de garde/ droit de visite* non è sempre così netta, soprattutto considerando le riforme intervenute negli ultimi anni⁸⁹.

In Italia, la riforma del diritto di famiglia si fonda sulla maggiore partecipazione dei genitori alla crescita del figlio, diritto/dovere che non viene meno neanche in caso di crisi coniugale. Tale principio di fondo si concretizza nella formula del c.d. affidamento condiviso che implica il permanere della responsabilità genitoriale in capo ad entrambi i genitori. Il provvedimento che dispone l'affidamento condiviso, normalmente, indica anche il genitore "collocatario", individuando tempi e modi con cui l'altro genitore può godere della presenza della prole. Ne deriva come genitore affidatario e genitore collocatario sono due qualifiche soggettive del tutto differenti: l'affidamento può essere disposto anche in capo ad ambedue i genitori che restano titolari della cura del minore, anche se la prole coabita con uno solo dei due⁹⁰. In questi casi appare alquanto complesso il ruolo dell'interprete nell'individuare nelle relazioni familiari la dicotomia di cui alla normativa internazionale, in quanto il genitore che esercita il diritto di visita è giuridicamente titolare del diritto di affidamento. La questione non appare risolvibile neanche individuando, a mente del secondo estremo dell'art. 5, il genitore che può decidere il luogo di residenza del minore. L'ordinamento italiano, nel caso di affidamento condiviso, distingue le decisioni di ordinaria amministrazione, che possono essere prese disgiuntamente da ciascun genitore nel periodo di permanenza con sé della prole, dalle decisioni di straordinaria amministrazione che richiedono l'accordo dei genitori (o in caso di disaccordo l'intervento dell'autorità giudiziaria). Orbene non si può non rilevare come la decisione di trasferire il figlio all'estero rappresenta una decisione di straordinaria amministrazione che investe il potere decisionale di entrambi i genitori.

⁸⁹ AA. VV., *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, a cura di D. Gadbin e F. Kernaleguen, Bruylant, 2004; AA. VV., *L'enfant séparé de ses parents*, Louvain, 1992; A. Bigot, *L'autorité parentale dans la famille désunie en droit International privé*, Marseille, 2003.

⁹⁰ Normalmente i provvedimenti in materia di affidamento della prole sono costruiti in questo senso, tale prassi è determinata dalla circostanza che il nostro ordinamento non si spinge sino a disporre un affidamento condiviso con collocamento alternato ed egualitario della prole, ritenendo sussistere l'interesse del bambino a vivere in un ambiente di vita esclusivo, anche in ragione della presunzione per cui i fanciulli, soprattutto in tenera età, devono vivere con la madre.

In Belgio, l'istituto dell'esercizio congiunto della potestà genitoriale viene consacrato con la legge 13 aprile 1995 e trova piena efficacia con la legge 18 luglio 2006, con la quale viene stabilito il criterio dell'*hébergement égalitaire* del bambino, il quale dovrebbe quindi risiedere in maniera alternata per un pari tempo con entrambi i genitori⁹¹. Pertanto, in Belgio, nel caso di disunione della coppia, il minore viene affidato ad entrambi i genitori che lo tengono con sé per un certo periodo, che dovrebbe essere qualitativamente eguale. Solo eccezionalmente, sempre nell'interesse del minore, può essere disposto l'esercizio esclusivo della potestà genitoriale o l'*hébergement principale* presso uno solo dei genitori. Posta tale premessa normativa, pare potersi affermare che secondo l'ordinamento giuridico belga qualunque spostamento del minore oltre frontiera implica una sottrazione internazionale poiché posto in violazione del diritto di affidamento dell'altro genitore (salvo i casi eccezionali di affidamento esclusivo della prole). Secondo un'impostazione dottrina, l'esercizio della potestà genitoriale consta di due elementi: il *droit de garde*, ossia il diritto – dovere di prendersi cura del minore; il diritto di educare la prole. Orbene, del primo diritto dovrebbe esserne titolare il genitore con cui il minore risiede in quel dato momento, il quale quindi appare libero di prendere tutte le decisioni di vita quotidiana; il secondo diritto resta in capo ad entrambi i genitori, per cui ogni decisione deve essere sostenuta dal comune accordo, a prescindere dal genitore con cui il minore convive (semberebbe riproporsi la dicotomia tra scelte di ordinaria e straordinaria amministrazione)⁹². Ne deriva come la decisione di spostare la residenza del minore implica delle scelte attinenti l'educazione e la crescita della prole, con ciò richiamando il necessario accordo di ambedue i genitori, stante la persistenza del diritto di educare i figli anche in caso di disunione⁹³.

⁹¹ Per approfondire l'argomento, J. Sosson, "*La mise en œuvre concrète des principes relatifs à l'autorité parentale: focus sur quelques questions pratiques*", in *Droit des familles*, 2010, p. 148 e ss.; M. Fallon, "*La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant*", in *Revue trimestrielle de droit de la famille*, 2007, p. 9 e ss.

⁹² J-L. Renchon, "*La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale*", in *Revue trimestrielle de droit de la famille*, 1995, p. 361 e ss. La dottrina appare sostanzialmente unanime in questa ricostruzione, vedi su tutti S. Demars, "*L'enlèvement parental International*", in AA.VV., *L'enfant et les relations familiales internationales*, citato.

⁹³ In questo senso la Corte d'appello di Bruxelles, 17 giugno 2010, in *Revue trimestrielle de droit de la famille*, 2010, p.1207, ha chiarito come solo in caso di esercizio esclusivo della potestà genitoriale il genitore affidatario può unilateralmente decidere di modificare il luogo di residenza abituale del minore. All'altro genitore resta il potere di adire il tribunale competente sulla base del suo *droit de surveillance*.

In Francia, con la legge di riforma del diritto di famiglia del 4 marzo 2002⁹⁴, si statuisce che il minore, dopo la separazione dei genitori, deve essere affidato congiuntamente ad entrambi, stabilendo il luogo di residenza abituale presso uno dei genitori. L'esercizio congiunto della potestà genitoriale⁹⁵ presuppone l'accordo per tutte le decisioni relative al minore, principio che comporta una presunzione giuridica di accordo per tutte le questioni attinenti l'ordinaria amministrazione. Tale sistema appare particolarmente significativo poiché, in ragione del diritto alla continuità nella relazione con entrambi i genitori, non sacrifica la posizione del genitore non collocatorio, attribuendogli il diritto / dovere di occuparsi anche delle scelte relative alla vita quotidiana del bambino. Per quel che ci riguarda, la situazione giuridica in cui versa il minore appare molto chiara: non si può dar luogo a trasferimento oltre frontiera della prole senza l'accordo dell'altro genitore, pena l'integrazione di una sottrazione internazionale.

Il codice civile del Lussemburgo, pur citando ancora il concetto di potestà genitoriale, afferma l'importante principio per cui tale potere deve essere esercitato nell'interesse del minore che deve essere cresciuto ed educato da entrambi i genitori congiuntamente. Nonostante tale enunciazione di principio, tra le cause eccezionali che determinano la cessazione dell'esercizio congiunto della potestà genitoriale rientra la separazione e il divorzio. L'art. 378 sancisce infatti che, in caso di separazione e divorzio, la potestà genitoriale è esercitata dal genitore individuato dal tribunale, fatto salvo il diritto di visita dell'altro genitore. Tale regime di esercizio unilaterale in vigore in Lussemburgo stride con la legislazione europea, così come recepita da diversi Stati membri, e comporta una violazione della normativa internazionale a tutela dei diritti fondamentali dei componenti il nucleo

⁹⁴ D. Fenouillet, *Droit de la famille*, Dalloz, 2008.

⁹⁵ Nonostante la spinta europea verso una ridefinizione dei rapporti genitore – figlio che veda il minore sempre più protagonista del nucleo familiare, la quale si esplica attraverso la sostituzione del termine autorità genitoriale con il diverso binomio della responsabilità genitoriale, la Francia non ha operato tale sostituzione terminologica, restando a tutt'oggi il diritto di famiglia fondato sulla c.d. *autorité parentale*. Sull'evoluzione del diritto di famiglia si è espresso il Consiglio d'Europa con la Raccomandazione 874 del 1979 relativa a una *Charte européenne des droits de l'enfant*, adottata il 4 ottobre 1979, la quale afferma che occorre sostituire le due nozioni richiamate, precisando i diritti del minore quale soggetto autonomo all'interno del nucleo familiare. A livello di Unione europea, non diversamente dispone il Parlamento europeo con la Risoluzione A3-0172/1992 relativa alla *Charte européenne des droits de l'enfant* adottata l' 8 luglio 1992.

famigliare⁹⁶. Nonostante i profili di incompatibilità di questo sistema rispetto alla normativa internazionale, per quel che ci occupa, la normativa lussemburghese non implica alcuna problematica ermeneutica poiché è prevista l'individuazione della dicotomia tra genitore affidatario e genitore titolare del diritto di visita, come sancito dall'art. 5 della Conv. Aja 1980.

In Svizzera, la posizione del minore in caso di separazione e divorzio è definita dagli artt. 296 a 317 del codice civile. Il sistema prevalente prevede l'esercizio congiunto dell'autorità genitoriale che si esplica nella necessità che ambedue i genitori debbano essere resi responsabili e partecipi della vita quotidiana della prole. L'esercizio esclusivo della potestà genitoriale rappresenta quindi l'eccezione che deve essere disposta solo nel superiore interesse del minore. Ne deriva come valgono le medesime considerazioni già effettuate per gli altri ordinamenti statali che dispongono la regola dell'affidamento congiunto della prole⁹⁷.

Più complessa l'attività ermeneutica dell'interprete nel caso di sottrazione internazionale che coinvolge un paese di religione musulmana. Il diritto algerino, fortemente legato al diritto musulmano, prevede una scissione tra potestà genitoriale e *droit de garde*. Invero, la potestà genitoriale viene attribuita al padre, ma la cura e la crescita della prole sono affidati alla madre con cui i bambini convivono. La madre che voglia allontanare il bambino dal territorio ove abita può presentare un ricorso all'autorità giudiziaria ma, normalmente, il trasferimento della prole in un paese a maggioranza non musulmana viene considerato contrario al suo superiore interesse e, quindi, dichiarato inammissibile. Tale ricostruzione ermeneutica comporta non pochi problemi di compatibilità del diritto musulmano con il diritto interno degli Stati europei. Si consideri, infatti, che un giudice europeo, nel decidere un caso di trasferimento illecito di minore da un paese musulmano al proprio, dovrebbe

⁹⁶ E' orientamento giurisprudenziale pacifico come sia il padre che la madre possono *a priori* ottenere l'affidamento del figlio, senza alcuna presunzione in favore della madre, quindi, il giudice dovrà valutare tutti gli elementi a lui sottoposti tali da fondare il suo convincimento circa la decisione che meglio risponde al migliore sviluppo del bambino (Cour 27 giugno 2000, n. 24607). In forza della legislazione lussemburghese, il ricorso del signor X tendente ad ottenere un affidamento alternato della prole veniva rigettato per mancanza di una previsione normativa in tal senso nell'ordinamento interno (Ordinanza 8 gennaio 2008). Si tratta di un evidente sistema discriminatorio che si pone in contrasto con il diritto dell'Unione europea derivato e che espone il Lussemburgo, quale Stato membro, a possibili ricorsi per inadempimento ex art. 257 e ss. del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Per approfondire il tema, AA. VV. *Le droit luxembourgeois du divorce*, Lussemburgo, Luxembourg, 2008.

⁹⁷ AA.VV., *Le nouveau droit du divorce*, Lousanne, 1999.

dichiarare l'integrazione della fattispecie di sottrazione internazionale (violazione della potestà genitoriale) e disporre il ritorno del minore. Tale conclusione potrebbe porsi in contrasto con il principio dell'ordine pubblico, ove si consideri che la madre, soprattutto se di cittadinanza europea, non potrà mai allontanarsi dal territorio musulmano, con evidente violazione dei suoi diritti fondamentali, nonché con il principio del *best interests of child*, laddove si consideri l'effetto positivo nello sviluppo psicofisico del bambino nel caso di trasferimento in un luogo privo di conflitti armati e/o di situazioni di dubbia sicurezza interna (senza contare i casi di trasferimento di prole di sesso femminile in considerazione delle credenze relative alla posizione giuridica e sociale della donna nel diritto musulmano)⁹⁸.

In questi casi, nonostante la configurazione di una sottrazione internazionale di minore, il giudice del ritorno potrebbe negare il rimpatrio della prole ex art. 20 della Conv. Aja 1980, eccependo la clausola dell'ordine pubblico. Invero, l'allontanamento illecito in questi casi appare l'unico strumento per consentire al genitore non musulmano di esercitare il proprio diritto alla libera circolazione e all'autodeterminazione, considerato come nessuna autorità giurisdizionale, applicando il diritto musulmano, concederà alla madre il diritto di crescere ed educare la prole in luoghi e culture differenti (si tratta, quindi, di una violazione dei diritti fondamentali dell'individuo).

Da ultimo, ancor più complessa la questione relativa all'individuazione del titolare del diritto di affidamento in caso di genitore naturale, in quegli ordinamenti in cui non sussiste una regolamentazione della filiazione naturale. La questione coinvolge, in chiave esemplificativa, l'Irlanda, Stato in cui il padre naturale per ottenere il diritto di affidamento della prole deve munirsi di un provvedimento giurisdizionale in tal senso. Più in particolare, nel caso di separazione della coppia, vige la presunzione secondo cui il minore viene allevato e cresciuto dalla madre, mentre ogni relazione tra padre e figlio deve essere formalizzata per mezzo di una procedura giurisdizionale. Il padre, quindi, in attesa di un provvedimento di diritto, non vanta alcuna posizione giuridica nei confronti del figlio⁹⁹.

⁹⁸ N. M. Mahieddin, "*L'enfant entre ses droits et ses interest en droit musulman et en droit algérien*", in *Les enlèvement d'enfant à travers les frontières*, citato. Analoghe considerazioni possono essere effettuate per il Marocco, ove la legge del Corano incide fortemente sulle relazioni familiari. F. Blanmailland – C. Verbrouck, "*Code sans frontières, la garde des enfants dans le nouveau code de la famille marcai*", in *Revue du droit des étrangers*, 2004, p. 559.

⁹⁹ La questione ha sollevato alcuni interrogativi circa la compatibilità di questo sistema con la Carta di Nizza. La Corte di Giustizia, caso McB, ha dichiarato non sussistere una incompatibilità tra

La panoramica sin qui svolta degli ordinamenti giuridici nazionali mostra una certa eterogeneità in materia di filiazione, diritto di affidamento e responsabilità genitoriale, con evidente necessità di uno sforzo ermeneutico superiore da parte dell'interprete chiamato a decidere sui casi di sottrazione internazionale.

Esemplificando, uno dei problemi prevalenti, soprattutto in ambito europeo, appare oggi che il criterio dell'affidamento condiviso implica che entrambi i genitori, ex art. 5 della Conv. Aja 1980, siano titolari del *droit de garde*. Emerge con chiarezza una certa ambiguità che impone uno sforzo ermeneutico in chiave evolutiva. Nel momento in cui veniva redatta la Conv. Aja 1980 la maggior parte degli ordinamenti giuridici in tema di diritto di famiglia si fondavano solo sull'affidamento esclusivo (che impone la dicotomia genitore affidatario /genitore esercente il diritto di visita), da ciò deriva il differente trattamento giuridico delle due posizioni. Tale dicotomia non appare più rinvenibile nel sistema di diritto di famiglia sostanziale, in cui, valorizzando la responsabilità genitoriale e il diritto del minore alla bigenitorialità, i genitori conservano eguale posizione nel rapporto con la prole (almeno formalmente). Ne deriva, quindi, una discontinuità rispetto al dettato normativo convenzionale che determina due possibili soluzioni ermeneutiche: o si ritiene che ai sensi dell'art. 5 della Conv. Aja si possono comunque individuare un genitore "principale", con cui il minore coabita e che si prende quotidianamente cura di lui, e un genitore "secondario", ricostruendo per via interpretativa la dicotomia di cui sopra; oppure si ritiene che, stante l'evoluzione del diritto di famiglia, entrambi i genitori acquisiscono eguale posizione giuridica, potendosi considerare entrambi titolari del c.d. *droit de garde*.

La *vexata quaestio* non è di poco conto: nel primo caso vi sarà la possibilità di riconoscere la legittimità del trasferimento del minore oltre frontiera operata dal genitore "principale" o collocatario; nel secondo caso, ogni allontanamento del minore dal luogo di residenza abituale integra una sottrazione internazionale poiché posto in violazione del diritto di affidamento di uno dei genitori. La risposta potrebbe essere coniata secondo il criterio del superiore interesse del minore, al fine di verificare se far prevalere un'interpretazione

ordinamento irlandese e art. 7 della Carta dei diritti fondamentali sul presupposto che non vi è una totale negazione dei diritti del padre naturale ma una semplice sottoposizione alla procedura giurisdizionale. Vedi *infra*.

“ortodossa” della Conv. Aja 1980¹⁰⁰ o un’interpretazione evolutiva che tenga conto delle riforme del diritto di famiglia sostanziale, avendo come fine ultimo la tutela del diritto del bambino alla bigenitorialità. In questo senso, le più recenti acquisizioni giuridiche, fondate sugli studi psicologici legati all’età evolutiva, si basano sul riconoscere un ruolo centrale nella crescita della prole ad ambedue i genitori. Ne deriva come appare superata la dicotomia netta tra diritto di affidamento e diritto di visita, in funzione di una nuova corresponsabilità genitoriale, anche in caso di crisi coniugale, in ragione della quale i rapporti genitore – figlio permangono immutati. Così opinando, si potrebbe ritenere che, quanto meno con riferimento agli ordinamenti che sanciscono il c.d. affidamento condiviso, non è dato ricostruire una netta differenza nella relazione con i figli (neanche in caso di collocamento del minore prevalentemente con uno solo dei genitori), con l’ulteriore conseguenza che ogni trasferimento deciso unilateralmente integra una sottrazione internazionale¹⁰¹.

Le difficoltà ermeneutiche sin qui riscontrate possono essere esemplificate facendo riferimento a un noto caso giurisprudenziale: l’*affaire Neulinger*. Rinviando al capitolo successivo per un’approfondita analisi del caso, in questa sede occorre rilevare come uno dei punti più contestati della vicenda processuale appare l’esatta qualificazione del titolare del *droit de garde*. Secondo il provvedimento di separazione la madre era titolare del diritto di affidamento esclusivo, il padre del diritto di visita (peraltro, assistito). Tuttavia, l’ordinamento nazionale riconosceva in capo ad entrambi i genitori, titolari della potestà genitoriale, il diritto di decidere del luogo di residenza del minore. Pertanto, il trasferimento operato dalla mamma del minore verso la Svizzera veniva considerato un caso di *legal kidnapping* poiché posto in violazione del diritto del padre di decidere del luogo di residenza abituale del bambino. In verità, la questione non appare così chiara. Orbene, il caso si presta a due possibili conclusioni: far prevalere un’interpretazione autonoma delle nozioni convenzionali per cui ai sensi dell’art. 5 della Conv. Aja 1980 il soggetto titolare del *droit de garde* era esclusivamente la sig. *Neulinger*, poiché il diritto israeliano le attribuiva il diritto di prendersi cura del minore,

¹⁰⁰ In questo senso si è espressa la Corte di Cassazione francese, con un arresto del 14 dicembre 2005, in cui si afferma come il concetto di “*parent gardien*” non coincide con quello di soggetto titolare della potestà genitoriale; si tratta invece del soggetto con cui il minore risiede, stante l’assoluta autonomia della nozione di *garde* individuata nella Conv. Aja 1980 rispetto alla normativa interna dei singoli ordinamenti nazionali. In *Revue critique de droit International privé*, 2006, p. 621.

¹⁰¹ In questo senso, Cour de Cassation, 17 dicembre 2008, in *Gazette du Palais*, 2009, p. 2091.

con ciò concludendo per la mancata integrazione della sottrazione internazionale del figlio; *ex avverso* opinare sulla base delle nozioni proprie del diritto israeliano e far prevalere l'attribuzione a entrambi i genitori della potestà genitoriale a cui consegue il diritto di decidere della residenza della prole. Si tratta di un accertamento in fatto rimesso al prudente apprezzamento e alla discrezionalità del giudice di merito che dovrebbe essere condotto alla luce del superiore interesse del minore a intrattenere relazioni stabili con entrambi i genitori.

2.2 Il diritto a intrattenere relazioni stabili con il genitore affidatario

La tutela del superiore interesse del minore a intrattenere relazioni stabili con il genitore affidatario rappresenta la ragione ispiratrice del sistema convenzionale costruito attorno al diritto del minore sottratto a ritornare nel luogo di residenza abituale, *rectius* presso il proprio ambiente di vita che è prima di tutto la famiglia da cui è stato separato. Proprio in ragione di tale assioma la Conv. Aja 1980 impone il rimpatrio del minore presso il genitore affidatario e prescrive che la sottrazione internazionale sussiste tutte le volte in cui avviene in violazione di un diritto di affidamento effettivamente esercitato.

La giurisprudenza di merito, chiamata a pronunciarsi sulle istanze di ritorno della prole sottratta, deve dirimere, quindi, la *vexata quaestio* circa la sussistenza del *droit de garde* in capo al soggetto che chiede la restituzione del minore. Si tratta di un accertamento in fatto che richiede un difficile sforzo ermeneutico stante la necessità di individuare il titolare di tale posizione giuridica attraverso il rinvio mobile al diritto nazionale dello Stato di residenza abituale del fanciullo¹⁰². Tale accertamento appare ancora più complesso ove si consideri che, a differenza della Convenzione di Lussemburgo del 1980, la Conv. Aja 1980 non richiede l'esistenza di un titolo giuridico che fondi la posizione soggettiva dell'affidatario, ma tutela una mera situazione di fatto. Nei casi in cui non sussiste alcuna regolamentazione chiara delle relazioni familiari, l'interprete dovrà vagliare il materiale probatorio prodotto e allegato dalle parti al fine di verificare chi in effetti dei genitori esercitava il ruolo di affidatario.

¹⁰² In questo senso argomenta chiaramente il Tribunale per i minorenni di Torino, sentenza 31 gennaio 1997, in cui si rinvia al diritto nazionale spagnolo e, più precisamente, alla decisione giurisdizionale resa in Spagna, secondo cui l'affidamento del minore spettava alla madre con l'ulteriore conseguenza che il trasferimento in Italia del bambino operato dal padre integra un'evidente sottrazione internazionale. Sentenza pubblicata in *Famiglia e diritto*, 1997, p. 371, con commento di M. Frigessi di Rattalma, *ibid.*

Opina legittimamente il Tribunale di Firenze, nel caso della sottrazione internazionale di R., in cui il giudice di prime cure per individuare il genitore affidatario e dirimere la *vexata quaestio* dell'integrazione della fattispecie di *legal kidnapping*, opera un rinvio mobile al diritto australiano, luogo di residenza abituale della minore prima del trasferimento in Italia effettuato dalla madre. Più in particolare, il Tribunale interpretato il diritto di custodia quale istituto proprio del diritto internazionale avente ad oggetto il dovere/diritto di cura nei confronti della prole, rinvia alla legislazione australiana per comprendere chi dei due genitori vantasse tale diritto. Conclude il giudice di merito che, secondo l'ordinamento richiamato, entrambi i genitori conservano il diritto di prendersi cura e di accudire la prole (*droit de garde*), confermando la sottrazione internazionale della piccola R¹⁰³.

In un caso deciso dalla Corte di Cassazione¹⁰⁴ i piccoli Alfonso e Antonio subivano due successive sottrazioni internazionali. In un primo momento venivano trasferiti dall'Italia al Portogallo dalla madre nel 1999, in violazione del diritto di affidamento riconosciuto ad entrambi i genitori con provvedimento dell'autorità giudiziaria che omologava gli accordi della separazione personale dei coniugi. Il padre non richiedeva il ritorno dei bambini, ma avviava un procedimento di merito per la modifica delle condizioni della separazione, chiedendo l'affidamento dei figli. Successivamente, nel 2002, al termine di un periodo di vacanza, il padre trasferiva i bambini in Italia, trattenendoli ad Isernia. La madre richiedeva ai sensi della Conv. Aja 1980, il ritorno dei minori presso il luogo di residenza abituale. Nelle memorie di difesa il padre eccepiva l'impossibilità di riconoscere l'integrazione della sottrazione internazionale dei figli poiché difettava il requisito della situazione soggettiva di affidatario in capo alla madre: la stessa, infatti, derivava il suo rapporto con la prole in ragione di un comportamento illecito (la precedente sottrazione) che certamente non costituiva titolo giuridico idoneo per legittimare la richiesta di ritorno. La Corte di Cassazione chiarisce come la Conv. Aja 1980 tutela una mera situazione in fatto, a prescindere dal titolo giuridico che la fonda, con l'ulteriore conseguenza che, seppure in ragione di un illecito, la madre esercitava effettivamente l'affidamento esclusivo dei figli e, quindi, lo spostamento in Italia integrava una sottrazione internazionale di minore.

¹⁰³ Tribunale per i minorenni di Firenze, decreto 23 dicembre 1998, in *Giurisprudenza Italiana*, 1998, p. 1008.

¹⁰⁴ Corte di Cassazione, 10 ottobre 2003, n. 15145, citata.

Peculiare la decisione di merito del Tribunale di Palermo, cassata in sede di legittimità¹⁰⁵, con cui era stato riconosciuto il requisito soggettivo in esame in capo alla madre nonostante il figlio, il piccolo *Heico*, abitasse con i nonni materni, dalla cui dimora in *Heilbronn* era stato sottratto dal padre per essere condotto a Palermo. I giudici di legittimità cassano con rinvio la decisione del giudice di prime cure poiché difettava l'accertamento circa l'effettivo esercizio del diritto di affidamento in capo alla madre. Più in particolare, la Corte di Cassazione censura la decisione di primo grado per non aver verificato in concreto se il mancato esercizio del diritto di affidamento fosse attribuibile alla violazione dell'obbligo di riconsegna del minore o a una precisa volontà della madre. In un caso simile, la Corte di Cassazione ritiene sussistere il diritto di affidamento in capo alla madre, nonostante il mancato esercizio del proprio diritto dovere al momento dell'integrazione della condotta illecita. Più in particolare, la piccola S. figlia di cittadino italiana e di cittadina israeliana residente in Francia, vantava la propria residenza abituale in quest'ultimo Stato. A causa dello stato depressivo della madre, l'autorità giurisdizionale francese disponeva l'affidamento provvisorio della bambina al padre, il quale in forza di questa decisione si trasferiva con la minore in Italia. Successivamente, il Tribunale di Nanterre, considerata la guarigione della madre, disponeva nuovamente l'affidamento alla donna, ordinando il ritorno della piccola S. in Francia. Il padre non eseguiva il provvedimento: secondo la Corte di Cassazione il mancato rientro, in violazione del diritto di affidamento del genitore, implica la sottrazione internazionale del minore, in quanto condotta sostanzialmente analoga all'illegittimo trasferimento¹⁰⁶. A conclusioni diametralmente opposto giunge la Corte di legittimità nel caso della sottrazione internazionale del piccolo R. condotto in Italia dal padre, in presunta violazione del diritto di affidamento della madre. La ricorrente lamentava, infatti, che il

¹⁰⁵ Corte di Cassazione, 6 marzo 2003 n. 3334, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, p. 275.

¹⁰⁶ Corte di Cassazione, 14 febbraio 2000, n. 1596, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2001, p. 107. La decisione desta qualche perplessità ove si consideri che il padre aveva trasferito la figlia in Italia in forza di un provvedimento che gli attribuiva l'affidamento. Una volta raggiunta una nuova residenza, esercitando un diritto attribuito in conformità all'ordinamento francese, si doveva concludere per la carenza di legittimazione del Tribunale di Nanterre a revocare il provvedimento, decidendo nel merito della cura della piccola S., stante lo spostamento legittimo del luogo di residenza abituale che determina l'instaurarsi di una nuova competenza giurisdizionale in capo al giudice italiano. In ogni caso e comunque, difetta il requisito dell'effettivo esercizio del diritto di affidamento, come sancito dalla normativa internazionale, in capo al soggetto richiedente il ritorno del minore: la madre, infatti, non esercitava il diritto/dovere di prendersi cura della bambina da diverso tempo, stante il provvedimento provvisorio di affidamento al padre.

minore avesse la propria residenza abituale in Svezia e che lo spostamento verso l'Italia era determinato solo da un periodo di vacanza con il padre, con l'ulteriore conseguenza che il mancato ritorno rappresentava una sottrazione internazionale. Il resistente solleva la questione dell'infondatezza della domanda stante che la madre non esercitava effettivamente il diritto di affidamento, poiché il piccolo R., a causa dei problemi depressivi della donna, veniva collocato presso una c.d. "famiglia di appoggio"¹⁰⁷. Orbene, in casi analoghi la Corte di Cassazione conclude in chiave diametralmente opposta: l'affidamento provvisorio del minore al padre non implica, secondo la prima pronuncia, il mancato esercizio del diritto di affidamento; il collocamento provvisorio della prole presso una c.d. "famiglia di appoggio" si pone in contrasto con la circostanza che il genitore esercitasse effettivamente il *droit de garde*.

Interessante l'iter argomentativo tracciato dal Tribunale di Bruxelles¹⁰⁸ in cui i giudici di merito ritengono integrata la sottrazione internazionale di due minori per opera della madre in quanto posta in violazione del diritto di affidamento condiviso vantato dal padre. In questa sentenza emerge la *vexata quaestio* dell'esatta individuazione del titolare del diritto di affidamento nel caso di una pronuncia giurisdizionale che attribuisce eguali poteri ai genitori. Nel caso in esame il sig. P, padre dei due bambini sottratti, vantava un diritto di affidamento condiviso correlato dal diritto di tenere con sé i minori durante il fine settimana, la prole trascorrevva il resto della settimana presso la madre (*hébergement principale*). In questa sentenza emerge l'intenzione dell'interprete di dare maggiore rilevanza alla condivisione della responsabilità genitoriale, assumendo come entrambi i genitori, a prescindere dal tempo trascorso con i figli, siano titolari del *droit de garde*, non viene quindi ricostruita la c.d. dicotomia di cui alla Conv. Aja 1980.

Peculiare il caso deciso con sentenza del Tribunale di Bruxelles, in cui il giudice belga chiamato a pronunciarsi ex art. 11. 6 del regolamento "*Bruxelles II bis*" in ordine al superamento di un provvedimento di diniego di ritorno emesso dalla giurisdizione spagnola (giudice del luogo di rifugio), si occupa della questione della titolarità del diritto di affidamento in capo al padre ricorrente. Più in particolare, il piccolo L. nasce da una breve

¹⁰⁷ Corte di Cassazione, 2 marzo 2000, n. 2309, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2001, p. 112.

¹⁰⁸ Tribunale de Bruxelles, 30 juin 2005, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2007, p. 215

convivenza instaurata tra la coppia di nazionalità italiana e spagnola, incontratisi a Bruxelles ove rispettivamente le parti lavoravano. Il bambino nasce in Spagna, secondo il desiderio della madre di partorire presso la propria città natale e i propri cari, tuttavia la coppia fa ritorno con i bambini a Bruxelles, dove decidono in ogni caso di non coabitare (circostanza che poi incide sulla crisi della coppia e al decisione di separarsi). Il padre, pur non convivendo con il nucleo familiare, si reca quotidianamente presso l'abitazione della madre, consumando insieme i pasti, e si prende cura del figlio. Successivamente, la signora trasferisce motu proprio il bambino in Spagna dove instaura una nuova relazione e dà vita al suo secondogenito. Il giudice spagnolo, chiamato a pronunciarsi sul ritorno del piccolo L. a Bruxelles, su istanza del padre, rigetta il ricorso ritenendo non sussistere la sottrazione internazionale poiché il genitore richiedente non sarebbe stato genitore affidatario, stante le circostanze sin qui riassunte del caso di specie. Il Tribunale di Bruxelles, su istanza del sig. B. si pronuncia ex art. 11 co. 6, in ragione del diritto dello Stato di residenza abituale di poter superare la decisione di non ritorno nell'ambito del sistema di cooperazione tra Stati membri dell'Unione europea. In sede di riesame della questione, il tribunale belga configura l'esistenza di un diritto di affidamento del padre secondo la legislazione del Belgio in materia di diritto di famiglia e, quindi, ritiene integrata la fattispecie di sottrazione illecita del piccolo L. ad opera della mamma. Tuttavia non dispone il ritorno del minore in ragione della necessità di preservare il suo superiore interesse: il piccolo è perfettamente integrato in Spagna dove vive col nuovo nucleo familiare costituito dalla madre, con un fratellino, è scolarizzato e parla lo spagnolo. Sarebbe un eccessivo trauma per il minore essere quindi sottratto al nuovo ambiente di vita: disporre l'affidamento esclusivo al padre (decisione di merito) contrasterebbe con il superiore interesse del minore¹⁰⁹.

Sempre nell'ambito della giurisprudenza belga, si segnala l'interessante caso deciso con sentenza del Tribunale di Verviers¹¹⁰ in cui il minore conteso era figlio naturale di padre inglese e madre belga, entrambi residenti nel proprio paese di cittadinanza. Il giudice di prime cure rigetta la domanda del padre tendente ad ottenere il ritorno della prole in Inghilterra

¹⁰⁹ Tribunale de Bruxelles, 17 giugno 2010, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2010, p. 1207, con nota di M. Fallon, *ibid.* p. 1235.

¹¹⁰ Tribunale de Verviers, 7 giugno 2007, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2008, p. 217, con nota di M. Fallon, *ibid.*, p. 220.

poiché, applicando il diritto inglese, il ricorrente non vantava alcun diritto di affidamento stante la carenza di un rapporto di coniugio tra le parti e di provvedimenti giurisdizionali in materia di affidamento. Orbene, la madre che vantava l'affidamento esclusivo ben poteva trattenere il bambino con sé in Belgio. Tale decisione viene criticata dalla dottrina sull'assunto che nel caso di specie doveva essere applicata la regola del collegamento della cittadinanza poiché la residenza abituale del minore appariva dubbia. Invero, il minore abitava sia in Belgio, luogo di residenza della madre, sia in Inghilterra, residenza del padre: in questo caso il diritto di affidamento che fonda la richiesta di ritorno doveva essere individuato secondo il diritto belga in quanto il minore era nato in Belgio, da cittadina belga.

Per completezza di trattazione, appare interessante analizzare un caso di sottrazione internazionale Belgio - Italia¹¹¹ avente ad oggetto l'illecito trattenimento in Belgio del piccolo Charlie. Il bambino, nato in Belgio, figlio di madre belga e papà camerunese, risiede in un primo momento in Camerun con entrambi i genitori, successivamente perde i contatti con la madre per ben undici anni, decorso tale periodo il padre affida il bambino alla madre che nel frattempo vive in Italia e ha ricostituito un nuovo nucleo familiare. Charlie, su accordo di entrambi i genitori, vive con la mamma a Roma per due anni, è scolarizzato, ma vive momenti di profonda difficoltà nella relazione con il genitore, tanto che è seguito da una psicologa. I genitori decidono di far trascorrere le vacanze estive al ragazzo in Belgio presso il padre: Charlie non fa più ritorno in Italia e la madre attiva la procedura internazionale di rientro. Orbene, questa fattispecie appare peculiare in quanto sussistono dei provvedimenti resi dai Tribunali del Camerun che affidano la custodia del bambino al padre, decisioni non assistite dal formale exequatur e che la madre sostiene di non conoscere. L'accordo tra i genitori fissa la residenza del bambino in Italia e il relativo affidamento in capo alla madre. I giudici di Liège si trovano a dover dirimere la seguente questione per la qualificazione della titolarità del *droit de garde*: l'accordo tra i coniugi ha un valore giuridico superiore ai provvedimenti giurisdizionale; il successivo trasferimento in Belgio della durata di sette mesi modifica la titolarità del diritto di affidamento e la residenza abituale del piccolo Charlie. Nella parte motiva della sentenza, i giudici di merito attribuiscono importanza alla volontà manifesta dei genitori: l'accordo ha valore giuridico in quanto l'ordinamento italiano

¹¹¹ Tribunale de Liège, 14 mars 2002, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2003, p. 398.

riconosce tale potere in capo ai genitori; inoltre, se in soggiorno di due anni in Italia trovava l'accordo di entrambi i genitori, il trattenimento in Belgio veniva opposto dalla madre, con l'ulteriore conseguenza che la residenza abituale di Charlie non poteva essere modificata, restando radicata in Italia, così come il diritto di affidamento era in capo alla madre, la quale effettivamente lo esercitava.

2.3 Il diritto a intrattenere relazioni stabili con il genitore avente il diritto di visita

La riforma del diritto di famiglia italiana, ma non diversamente nelle altre nazioni, soprattutto europee, consacra il principio secondo cui per garantire al minore il diritto di intrattenere relazioni stabili con entrambi i genitori, anche in caso di separazione, è preferibile disporre l'affidamento congiunto della prole, con collocazione alternata del figlio presso i genitori. Si tratta di un'importante innovazione legislativa, svilita però dalla prassi applicativa e dalle difficoltà che si incontrano nei casi di conflittualità della coppia.

Per quanto concerne il primo ordine di problemi, la prassi delle aule giudiziarie dimostra come, anche qualora si dispone l'affidamento congiunto, di fatto viene costruito il sistema che vede contrapposti il genitore collocatario che gode della relazione quotidiana con i figli e il genitore che esercita un solo diritto di visita, in quanto vengono stabiliti rigidamente i giorni in cui egli può tenere i figli con sé. Con ciò, in concreto, non si favorisce la possibilità di consentire al bambino di godere della presenza stabile e quotidiana di ambedue i genitori. Per quanto attiene ai profili di conflittualità, la riforma stessa prevede che si possa continuare a disporre l'affidamento esclusivo a uno dei genitori, con diritto di visita dell'altro, nei casi in cui i rapporti eccessivamente tesi tra le parti non favoriscano la gestione comune e serena dei figli (nonostante rappresenti l'eccezione, l'affidamento esclusivo viene disposto ancora con una certa frequenza).

A ben vedere, quindi, la possibilità in caso di crisi coniugale di individuare un genitore avente il solo diritto di visita non appare remota.

La tutela del diritto di visita a livello giurisprudenziale implica, correlativamente, la tutela del superiore interesse del minore, poiché garantendo il diritto del genitore a intrattenere relazioni con il figlio, eseguendo i provvedimenti giurisdizionali emanati dalle

autorità competenti, si protegge il diritto del bambino alla c.d. bigenitorialità. Copiosa la giurisprudenza sulla tutela del diritto di visita in caso di disunione della coppia che, seppure non attiene direttamente ai casi di *legal kidnapping*, fornisce principi utili applicabili anche alla tutela del minore sottratto.

La giurisprudenza sovranazionale ha ritenuto integri una violazione dei diritti fondamentali dell'individuo il mancato rispetto del diritto di visita di un genitore nei confronti della prole, *sub specie* di mancata possibilità di godere di una relazione stabile tra genitore e figlio, *ex art. 8 CEDU*. Più in particolare, la Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata a conoscere dei ricorsi individuali del genitore avente diritto di visita rimasto inattuato per opposizione dell'altro genitore e inattività dello Stato parte, sancisce il principio di diritto per cui queste situazioni rilevano in quanto violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare. Secondo la consolidata prassi dei giudici di Strasburgo, infatti, l'art. 8 CEDU, imponendo il rispetto della vita familiare, obbliga le autorità nazionali a tutelare i rapporti tra i membri della famiglia e, in caso di disgregazione del nucleo familiare, a garantire il diritto di visita del genitore non collocatario. In tal senso, esse sono tenute ad adottare i provvedimenti idonei a garantire che il minore abbia rapporti con il proprio genitore, ma anche a predisporre, pur nel rispetto della discrezionalità di cui godono, tutti gli strumenti necessari per rendere esecutivo un tale provvedimento. Tale principio di diritto viene sancito in una sentenza del 2007¹¹² avente a oggetto il ricordo individuale della sig. A contro l'Unione degli Stati di Serbia e Montenegro in ragione della presunta violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare per non aver potuto godere del diritto alla relazione con la figlia, in ragione della mancata attuazione del proprio diritto di visita. La vicenda prende le mosse dalla sottrazione interna della figlia a opera del padre che la allontana dalle cure della madre, poiché positiva al virus dell'HIV, nascondendola attraverso frequenti cambi di residenza. La procedura giurisdizionale avviata dalla sig. A per ottenere l'affidamento della figlia inizia nel 1999, solo nel 2003 la signora ottiene un provvedimento provvisorio con il quale, nelle more del giudizio, chiede possano essere ristabiliti i rapporti con la figlia, attraverso un diritto di visita di due volte al mese. Nel momento in cui viene introitato il

¹¹² CEDU, 13 marzo 2007, in *Guida al diritto, famiglia e minori*, 2007, p. 90; con nota di M. Castellaneta, *Tempi rapidi di esecuzione per tutelare l'interesse del minore*, *ibid.* p. 97

giudizio dinnanzi la Corte europea, il procedimento di merito sull'affidamento è ancora in corso e i rapporti madre – figlia non sono stati ristabiliti.

Nel caso di specie, la Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene che per tutelare in modo effettivo il diritto di visita non è sufficiente che le autorità nazionali adottino un provvedimento giurisdizionale, ma occorre prevedere misure coercitive con le quali ottenere l'attuazione del *dictum*. Centrale poi il “fattore tempo” poiché appare nel superiore interesse del minore che il provvedimento venga eseguito rapidamente, pena il deterioramento dei rapporti con il genitore non convivente che potrebbe rendere il successivo ripristino dei contatti non più nell'interesse del minore.

Non diversamente opina la Corte europea nel famoso caso *Piazzi c. Italia*¹¹³ avente ad oggetto la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare lamentata dal sig. Piazzi, padre di un bambino dal quale era stato allontanato in ragione di presunte molestie sessuali, fatti verificatisi poi frutto di immaginazione del figlio, e che non riusciva a ricongiungersi, una volta accertata la verità, con il minore stante l'opposizione di quest'ultimo. I fatti portati a conoscenza della Corte europea dei diritti dell'uomo determinano una sentenza di condanna per l'Italia considerato come viene ritenuto insufficiente l'intervento delle autorità nazionali che hanno omesso di garantire il diritto di visita del padre. Più in particolare, la Corte europea conferma il proprio orientamento secondo cui garantire il diritto di visita del genitore non collocatario significa tutelare il diritto al rispetto della vita privata e familiare, anche nel rispetto del superiore interesse del minore. Nel caso di specie, l'opposizione del figlio che aveva ormai raggiunto l'età di 17 anni e che minacciava di suicidarsi se fosse stato costretto a incontrare il padre determinano l'amara conclusione per cui l'eventuale imposizione dei diritti del padre, anche per mezzo di misure coercitive, non risultava nell'interesse prevalente del minore. I giudici di Strasburgo chiariscono come le misure coercitive devono essere prese solo nell'interesse del minore, occorre pertanto bilanciare gli opposti interessi in gioco. Ciononostante è il fattore tempo che determina la riuscita dell'intervento statale per garantire il rispetto del diritto di visita del

¹¹³ CEDU, 2 novembre 2010, *Piazzi c. Italia*, ricorso n. 36168/09, in *Famiglia e diritto*, 2011, p. 653; con nota di R. Russo, “*La CEDU censura i giudici italiani: per realizzare l'interesse del minore non bastano misure stereotipata ed automatiche: un esempio di adeguamento ai principi della Convenzione europea*”, *ibid.* p. 658;

genitore non collocatario, pena lo sgretolarsi delle relazioni che determina l'impossibilità di coniugare la posizione del genitore con quella del figlio.

I casi giurisprudenziali sin qui esaminati dimostrano come, in tema di diritto di visita, si rileva la fatica di tutelare la posizione del minore, nonché il suo diritto a intrattenere relazioni stabili con entrambi i genitori, avendo cura al diritto del genitore al rispetto della vita privata e familiare. Ne derivano decisioni che non appaiono nell'interesse superiore del minore. Caso emblematico di quanto asserito l'*affaire* deciso di recente dalla Corte europea¹¹⁴ in cui si discuteva l'attribuzione del diritto di visita al genitore biologico di un minore nato dalla relazione extraconiugale della madre intrattenuta in un lasso di tempo ristretto di separazione dal marito. Posta l'incertezza della paternità in fatto, giuridicamente sussisteva la presunzione di paternità stante la permanenza del vincolo coniugale nel periodo del concepimento, non era possibile verificare con esami ematochimici la paternità stante il rifiuto dei genitori. Il sig. X richiedeva comunque la possibilità di intrattenere relazioni con il presunto figlio ex art. 8 della CEDU. La Corte, avvalendosi di un'interpretazione estensiva della norma richiamata¹¹⁵ ritiene sussistere il diritto di visita del ricorrente, proclamando anche un generico interesse del minore a intrattenere un rapporto con il padre "probabile"¹¹⁶.

Sovente come nel caso *Piazzi* la rottura della relazione con il genitore non collocatario si pone come conseguenza della forte conflittualità tra i coniugi che strumentalizzano i figli all'interno della contesa giudiziaria. In questi casi sono proprio i coniugi a violare i diritti fondamentali del fanciullo, non consentendogli di intrattenere relazioni stabili e significative con il genitore. I casi di sottrazione internazionale ne sono un esempio evidente: nella prassi applicativa si rilevano occasioni in cui lo spostamento del minore appare la soluzione per

¹¹⁴ CEDU 15 settembre 2011, ricorso 17080/07, F. Boulanger, "*Droit de visite et intérêt de l'enfant*", in *Recueil Dalloz*, 2011, p. 2908.

¹¹⁵ CEDU 21 dicembre 2010, ricorso n. 20578/07, caso *Anayo*, in cui la Corte tutela il diritto del padre naturale ad avere relazioni stabili con il figlio ritenendo che l'art. 8 protegge anche una famiglia senza coabitazione (si trattava di un caso di adozione). In questa sentenza si parla di un diritto del minore alla verità e a intrattenere relazioni con il genitore naturale, stante che sussiste un diritto naturale che non dipende dal riconoscimento civile.

¹¹⁶ Questa impostazione appare foriera di diverse applicazioni discutibili: si pensi al diritto di visita che potrebbe essere così riconosciuto al donatore nei procedimenti di fecondazione artificiale. Appare chiaro come la presenza in una famiglia unita di un terzo adulto destabilizza i rapporti, con ciò ponendosi necessariamente in contrasto con il superiore interesse del minore. La considerazione preminente della posizione del fanciullo dovrebbe in questi casi prevalere sul diritto fondamentale dell'adulto.

garantirsi un rapporto esclusivo con la prole. Unitamente all'allontanamento fisico, il genitore sottraente attua comportamenti di manipolazione del minore, inducendolo a sentimenti di avversione verso l'altro genitore¹¹⁷: il minore si trasforma così in un veicolo delle idee e dei sentimenti del genitore alienante in una sorta di *brainwashing* (indrottinamento) sul minore che fa propri i sentimenti di rivalsa e di odio nei confronti dell'altro coniuge (c.d. allineamento o schieramento del bambino con il genitore manipolante). In questi contesti il bambino diviene una misura di potere per il genitore affidatario, che lo utilizza per soddisfare i propri bisogni.

L'ordinamento italiano conosce strumenti per impedire la violazione sistematica del diritto di visita del genitore non collocatario. Di recente, facendo applicazione degli artt. 155 c.c., il Tribunale di Varese ha disposto il collocamento all'ente territoriale di un minore in ragione della non idoneità dei genitori ad accudirlo, integrato dal comportamento della madre indirizzato a non rispettare il diritto di visita del padre, nonché dal rifiuto del padre di prendere il minore a vivere con sé. In questo caso il giudice di merito applica direttamente la sentenza CEDU del 2010, del caso *Piazzi*, introducendo nel contesto della cura del minore misure non stereotipate ed automatiche.

Il rispetto del diritto di visita, nell'interesse del minore, appare garantito dall'art. 7 lett. f della Conv. Aja 1980 che impone alle autorità centrali di avviare ogni procedimento idoneo a consentire il rispetto del diritto di visita, nonché dall'art. 21 che consente di adire l'autorità giudiziaria per ottenere un provvedimento che renda effettivo il diritto di visita contro ogni comportamento ostativo del genitore affidatario. Applicando restrittivamente tale normativa, la Corte di Cassazione chiarisce come l'autorità giurisdizionale adita ai sensi dell'art. 21 non

¹¹⁷ Estremizzati nella possibilità che il bambino immagini come reali anche possibili violenze operate dal genitore non collocatario (come nel caso *Piazzi*). Si parla della c.d. *Sindrome da alienazione parentale*, individuata dallo psicologo forense nordamericano R. Gardner, in *The parental alienation syndrome: a guide for mental health and legal professionals*, 1992. La P.A.S. viene descritta come caratterizzata dai seguenti comportamenti: a) conflitti per la custodia dei figli; b) progressivo processo di svalutazione agli occhi del figlio del genitore al fine di rendere difficili i rapporti tra i due; c) messa in opera di tutte le strategie possibili per giungere ad impedire gli incontri tra genitori e figli; d) frequente uso di denunce specie di abuso sessuale; e) desiderio di castrare psicologicamente l'ex coniuge privandolo del rapporto con il figlio; f) uso frequente per le suesposte finalità di consulenze mediche. In Italia, alcuni specialisti non riconoscono la validità della diagnosi in quanto non ancora recepita nel DSM IV (*Diagnostic and Statistical Manual of mental disorders*). In questi casi è evidente come il primo diritto del minore violato è quello alla libertà morale.

è competente a modificare le modalità relative al diritto di visita ma solo a verificare se il diritto stesso sia rispettato e, in caso negativo, ad adottare ogni misura idonea a ripristinarlo¹¹⁸

A conclusione di questa disamina preme sottolineare come sussiste una certa incoerenza nel sistema di tutela dei diritti del minore. Se appare nel superiore interesse del minore garantire il diritto a intrattenere relazioni stabili con entrambi i genitori, mal si comprende come a livello interno italiano viene sanzionato il comportamento del genitore che impedisce i contatti e l'esercizio del diritto di visita dell'ex coniuge, mentre a livello internazionale lo spostamento oltre frontiera del minore, operato dal genitore affidatario a danno del genitore esercente il diritto di visita, non rappresenta un illecito e non comporta il ritorno del minore. In questi casi, prevale il diritto del genitore a circolare liberamente e a cambiare la propria residenza, piuttosto che il diritto del bambino a non perdere la relazione con l'altro genitore. La considerazione preminente dell'interesse del minore appare, quindi, non centrale nel contesto della tutela del diritto di visita che, prima ancora che un diritto riconosciuto in capo all'adulto, appare una modalità concreta con cui si esplica il diritto del minore alla bigenitorialità.

Quel che si rileva è un vizio giuridico di fondo: partendo dalla considerazione preminente dell'interesse del minore, la sottrazione del minore e il suo allontanamento dal genitore non affidatario comporta in ogni caso una rottura con una parte delle sue abitudini, delle sue relazioni affettive (quelle con uno dei genitori) che necessariamente ha conseguenze rispetto al suo sviluppo psicofisico. In verità una seppur minima tutela del rapporto tra genitore avente il diritto di visita e prole dovrebbe essere garantita, al fine di evitare la possibilità di riconoscere un indiscriminato potere decisionale al genitore affidatario. In questo senso, se da una parte si potrebbe tendere ad un'interpretazione estensiva del dettato della Conv. Aja 1980, ritenendo come ogni qualvolta sia disposto l'affidamento congiunto i genitori vantino eguale posizione giuridica nei confronti dei figli, a prescindere dal luogo e dall'adulto con cui il minore convive, dall'altra si potrebbe utilizzare il *dictum* convenzionale per riconoscere l'integrazione della sottrazione internazionale tutte le volte in cui il genitore esercente il diritto di visita vanta il diritto di decidere il luogo di residenza abituale del figlio. Più in particolare, sfruttando il secondo estremo della definizione normativa del *droit de*

¹¹⁸ Corte di Cassazione, 11 gennaio 2002, n. 299, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, p. 219

garde contenuto nell'art. 5 della Conv. Aja 1980, si potrebbe ritenere come tutte le volte in cui, in virtù di un accordo, della legge applicabile o di una decisione giudiziaria, vi sia una limitazione geografica all'esercizio del diritto di affidamento, ogni spostamento della prole integra una sottrazione internazionale, anche se in danno del genitore avente il diritto di visita. In tal senso si è pronunciata la Corte di Cassazione francese¹¹⁹ in un caso di sottrazione internazionale dal Quebec verso la Francia. In particolare, la madre titolare di un diritto di affidamento caratterizzato da una limitazione geografica riteneva di abbandonare lo stato di residenza abituale per fare ritorno in Francia. Investita della domanda di ritorno, la Corte di Cassazione sancisce il principio di diritto secondo cui appare nello spirito della Conv. Aja 1980, ai sensi dell'art. 5, ritenere integrata la fattispecie della sottrazione internazionale in ragione di una violazione del *droit de garde*, in quanto <<le parent que s'est engagé à ne pas quitter le territoire de la résidence familiale doit respecter cet engagement. La méconnaissance de celui-ci constitue une violation du droit de garde, puisque le titulaire de ce droit méconnaît les limites dont il est assorti>>. Tale interpretazione in alcuni casi è stata utilizzata in chiave eccessivamente estensiva, nel caso deciso in Canada¹²⁰ della sottrazione di un bambino la cui custodia era stata attribuita provvisoriamente alla madre, con il limite di dimorare in Scozia, in attesa della decisione definitiva, si è ritenuto violato il *droit de garde* non tanto in considerazione della menomazione del potere del genitore avente il diritto di visita di decidere dell'eventuale spostamento della prole, quanto in ragione della violazione del *droit de garde* attribuito al tribunale, stante che quest'ultimo disponeva l'interdizione di allontanare il bambino dal luogo di residenza abituale¹²¹.

¹¹⁹ Cour de Cassation, 22 aprile 1997, in *Revue critique* 1997, p. 746.

¹²⁰ Cour de Cassation, 26 gennaio 1994, in *Revue critique*, 1995, p. 342

¹²¹ Non si deve omettere di considerare che alcuni ordinamenti, tipo quello francese, impongono al genitore collocatario di comunicare all'altro genitore l'intenzione di spostare la prole oltre frontiera. In questi casi, si rende necessario comprendere se il dovere di informazione presuppone un potere di veto del genitore non collocatario o semplicemente la possibilità di manifestare un disaccordo. Nel primo caso, il potere di veto implica un'ulteriore tutela del genitore esercente il solo diritto di visita poiché il trasferimento del minore in presenza della sua opposizione non può che essere illegittimo. In Italia, si distingue tra decisioni di ordinaria amministrazione che vengono prese disgiuntamente, e decisioni di straordinaria amministrazione che importano l'obbligo di accordo dei genitori. Non si può non considerare come, evidentemente, il trasferimento del luogo di residenza abituale della prole rientri in questo secondo ambito di decisioni, con l'ulteriore conseguenza che la tutela del genitore non affidatario, in caso di sottrazione internazionale, diviene piena e pari a quella del titolare del *droit de garde*. Per un'approfondita analisi della questione, E. Gallant, *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit International privé*, 2004, p. 440 ; A. Bigot, "La responsabilité parentale après la

In conclusione, questa interpretazione estensiva del *droit de garde*, utilizzando il criterio della limitazione geografica, comporta una certa tutela del diritto di visita, nell'interesse superiore del minore a intrattenere relazioni stabili con entrambi i genitori, ponendosi nel solco dello spirito della normativa internazionale a tutela del minore sottratto.

3. Il superiore interesse del minore sottratto a preservare il proprio ambiente di vita: la nozione di residenza abituale

La sottrazione internazionale di minore comporta l'allontanamento brusco del bambino dalla sua famiglia e dal suo ambiente di vita. Il trauma del cambiamento improvviso e del distacco dal luogo ove si esplica la propria personalità comporta in un soggetto in età evolutiva evidenti danni psicologici. Il diritto del minore al rispetto della vita privata e familiare implica, necessariamente, la tutela del diritto a preservare un ambiente di vita, inteso non solo come luogo fisico, ma come baricentro di affetti, relazioni, quotidianità. Un'interpretazione ampia delle norme internazionali che sanciscono il diritto al rispetto della vita privata e familiare comporta la tutela del minore a non essere sradicato ingiustamente dal proprio ambiente di vita.

Nel caso di sottrazione internazionale viene compromesso il diritto del minore alle proprie relazioni familiari tanto che il bambino, che conviveva con uno dei suoi genitori, si trova a cambiare radicalmente la sua quotidianità, ad adattarsi ad un nuovo ambiente di vita e a convivere con il genitore che, precedentemente, vedeva solo alcune volte a settimana o durante i periodi di vacanza.

La nozione di residenza abituale del minore diviene cuore della disciplina internazionalprivatistica a tutela del minore sottratto¹²². La residenza abituale, infatti, descrive il luogo dal quale il minore non deve essere distolto, nonché ove lo stesso deve fare ritorno in caso di trasferimento illegittimo. Inoltre, l'istituto della residenza abituale viene utilizzato per determinare il giudice competente a conoscere il merito delle questioni attinenti la cura e

désunion du couple en Europe, étude de droit International privé”, in *Revue du Marchè commun et de l'Union européenne*, 2003, p. 111.

¹²² Per un'approfondita analisi della questione, N. Di Lorenzo, “La nozione di residenza abituale del minore vittima di sottrazione internazionale: breve analisi della prassi giurisprudenziale nell'Unione europea”, in *Quaderni europei*, 2013, n. 50.

l'affidamento della prole, al fine di consentire al bambino che le decisioni circa la sua vita siano prese dal giudice che, secondo il criterio di vicinanza, appare il più idoneo a conoscere le esatte connotazioni della vicenda familiare. Inoltre, il criterio di collegamento appare finalizzato ad evitare la c.d. pratica del *forum shopping*, ossia il fenomeno per cui lo spostamento illegittimo del minore è supportato dalla volontà di ricercare il giudice che meglio potrebbe rispondere alle istanze del genitore sottraente. Incardinando la competenza a conoscere il merito delle questioni relative alla protezione del minore presso l'autorità giurisdizionale del luogo in cui il minore aveva la sua residenza abituale prima del suo illegittimo trasferimento o trattenimento oltre frontiera si priva di efficacia lo spostamento del bambino, con effetti deterrenti sulle scelte del genitore sottraente. Quest'ultimo non potrà, infatti, legittimamente adire l'autorità giurisdizionale del luogo ove ha condotto il minore al fine di modificare l'assetto della responsabilità genitoriale.

A fronte di tale centralità dell'istituto, nessuno strumento internazionale si sofferma sulla esatta qualificazione e definizione della nozione, lasciando all'interprete il compito di riempire di contenuto tale elemento fattuale. Il silenzio a livello normativo non deve in effetti stupire. Trattandosi di un accertamento del caso concreto, appare quanto meno opportuno conferire ampio spazio alla discrezionalità del giudice adito, al fine di consentire un'indagine caso per caso che tenga conto delle peculiarità delle singole situazioni pendenti *sub judice*. Tuttavia, non si può non rilevare un certo disordine interpretativo nella prassi nazionale, italiana e non solo, caratterizzata, in alcune circostanze, dalla necessità di piegare l'istituto a facili strumentalizzazioni volte a consentire al giudice del caso concreto di addivenire a decisioni piegate alla tutela del genitore sottraente connazionale (ci si riferisce al triste ma dilagante fenomeno del *patriottismo* delle decisioni di non ritorno del minore).

La questione assume rilevanza sempre più centrale, tanto che è divenuto necessario, nello spazio unico europeo, un intervento della stessa Corte di giustizia dell'Unione europea che, in via interpretativa, fornisce alcune indicazioni chiare, precise e concordanti ai giudici del caso concreto per interpretare la nozione di residenza abituale del minore in maniera conforme in tutto il territorio europeo.

3.1. La nozione di residenza abituale del minore nella giurisprudenza italiana

La giurisprudenza italiana, chiamata a pronunciarsi sui casi di sottrazione internazionale di minore, appare consapevole della centralità dell'istituto della residenza abituale per definire i casi di *legal kidnapping* pendenti. L'esame della prassi italiana conferma quanto rilevato nel paragrafo precedente: la discrezionalità riconosciuta al giudice del caso concreto per definire cosa debba intendersi per residenza abituale del minore comporta, da una parte, il vantaggio di poter addivenire a soluzioni dinamiche legate alle peculiarità del caso pendente, dall'altra, determina un caos interpretativo, con l'ulteriore conseguenza che non mancano pronunce nelle quali il giudice addivene ad una ricostruzione della residenza abituale quanto meno discutibile.

L'analisi delle pronunce di merito e di legittimità che definiscono i casi concreti di sottrazione internazionale danno credito alla precedente considerazione, sussistono, però, alcune acquisizioni importanti cui è giunta la giurisprudenza di legittimità in materia di residenza abituale che costituiscono un punto di partenza imprescindibile. Si tratta di principi di diritto sanciti in materia di sottrazione internazionale di minore che assumono una portata generale nel quadro ermeneutico dell'istituto in esame.

La Suprema Corte di Cassazione precisa che, nell'assetto del sistema internazionale a tutela del minore sottratto, la residenza abituale del minore risponde ad un duplice scopo: stabilire il luogo da cui il minore non deve essere arbitrariamente distolto ed in cui, se allontanato, deve essere immediatamente ricondotto; individuare il titolare del diritto di custodia legittimato a richiedere il ritorno del minore¹²³. Sempre in via preliminare, il Supremo Collegio chiarisce come la nozione di residenza abituale del minore non coincide con le nozioni civilistiche di domicilio (art. 45 c.c.) e di residenza scelta d'accordo tra i coniugi (art. 144 c.c.). Allo stesso modo, l'istituto non si identifica neanche con il criterio della "prevalente localizzazione della vita matrimoniale", adottato dall'art. 31 della legge n. 218 del 1995 di *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, quale norma di collegamento per individuare la legge applicabile alla separazione e al divorzio¹²⁴. Si

¹²³ In tal senso Corte di Cassazione, 19 ottobre 2006, n. 22507, Rep. 2007, voce *Minori, infanzia e maternità*, n. 36; Corte di Cassazione, 2 febbraio 2005, n. 2093, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 425.

¹²⁴ In tal senso Corte di Cassazione, 16 luglio 2004, n. 13167.

tratterebbe non già di una nozione formale, ma di una situazione di fatto. In tal senso, i giudici di legittimità chiariscono come occorre interpretare la residenza abituale come il luogo in cui il minore, in virtù di una durevole e stabile permanenza, anche di fatto, ha il centro dei propri legami affettivi, non solo parentali, derivanti dallo svolgimento in detta località della sua quotidiana vita di relazione¹²⁵. Nello stesso senso, i giudici di legittimità chiariscono che per residenza abituale del minore deve intendersi «il luogo in cui il minore – per qualsiasi motivo e, normalmente, grazie ad una durevole e stabile permanenza, ancorchè di fatto – trova e riconosce il baricentro dei suoi legami affettivi, non solo parentali, originati dalla sua quotidiana vita di relazione»¹²⁶

La più illuminata giurisprudenza, quindi, ricollega l'interpretazione dell'istituto al principio del *best interests of child*, richiedendo che la residenza abituale del minore venga ricostruita proprio a partire dal legame che il bambino vanta con un determinato luogo, con ciò esplicitando, peraltro, il criterio della vicinanza e del *forum conveniens*¹²⁷.

Poste tali superiori premesse, le decisioni del caso concreto appaiono tuttavia non tenere sempre in considerazione i principi sanciti dalla Suprema Corte di Cassazione. Problematici i casi in cui il nucleo familiare non detiene un luogo di residenza stabile ma si sottopone a lunghi soggiorni all'estero; o ancora, il caso di trasferimenti di breve e medio periodo, nei quali occorre verificare se il nucleo familiare avesse inteso cambiare il luogo di residenza abituale o riconoscere allo spostamento una certa temporaneità. Da non sottovalutare il caso di doppia residenza del minore che si verifica tutte le volte in cui la prole viene affidata congiuntamente o alternativamente ad entrambi i genitori. In questi casi è possibile identificare una residenza principale (luogo ove il minore trascorre la maggior parte del suo tempo) ed una residenza secondaria (luogo ove il minore trascorre i periodi con il genitore che vanta il c.d. diritto di visita); o ancora, nel caso di affidamento alternato (con collocamento del minore a settimane alterne presso entrambi i genitori) due residenze assolutamente

¹²⁵ In tal senso Corte di Cassazione, 19 ottobre 2006, n. 22507.

¹²⁶ Corte di Cassazione, 19 dicembre 2003, n. 19544; Corte di Cassazione, 15 febbraio 2008, n. 3798, in *Famiglia e diritto*, 2008, p.885 ss.; A. Liuzzi, “*Sottrazione internazionale di minori e questioni processuali: ancora in tema di ascolto e di residenza abituale del minore*”, *ibid.*, p. 888 ss.

¹²⁷ Cioè una sorta di competenza naturale dei giudici in cui la vita del minore si svolge prevalentemente, nella presunzione che si tratti delle autorità che meglio possono conoscere la situazione del bambino e della sua famiglia.

sovrapponibili¹²⁸. In tutti questi casi, si assiste alla difficoltà dei giudici di merito di addivenire ad una interpretazione univoca del concetto di residenza abituale del minore, attribuendo ora troppo rilievo alla intenzione dei genitori, ora alla durata del periodo trascorso all'estero, sacrificando il punto di vista centrale per la risoluzione del quesito, ossia la posizione del minore, *rectius* la ricerca del suo superiore interesse.

Diverse sono le pronunce della giurisprudenza italiana, di merito e di legittimità, ove si attribuisce rilevanza centrale alla intenzione dei genitori, per conferire ad un determinato soggiorno all'estero carattere o meno di trasferimento (con conseguente modifica della residenza abituale). I giudici di legittimità, in un caso conclusosi in via definitiva nel 2006¹²⁹, ritenevano di avallare l'*iter* argomentativo dei giudici di merito i quali avevano attribuito efficacia di spostamento della residenza abituale della minore dall'Italia alla Polonia, nonostante il breve lasso di tempo decorso dal trasferimento. Tale assunto si basava sulla considerazione della volontà e delle intenzioni della madre che aveva inteso dare alla propria residenza nel Paese carattere di stabilità e di serietà, avendo intrapreso un'attività lavorativa ed avendo instaurato una relazione con un cittadino polacco, dalla cui unione era nata una nuova figlia. La Suprema Corte di Cassazione ritiene, nella sentenza in esame, che il concetto di residenza abituale di minore sia da riconnettersi alla serietà e alla liceità dell'intento perseguito dal genitore, a prescindere dalla durata del soggiorno nel nuovo Stato. Orbene, non è dato leggere nel corpo del testo della sentenza alcun riferimento allo *status* della minore, al suo radicamento nel nuovo ambiente di vita, alla sua situazione relazionale ed affettiva. L'*iter* argomentativo della sentenza appare tutto centrato sulla situazione personale della madre (intenzioni, attività lavorativa, nuovo nucleo familiare) senza che si sia ricercato il punto di vista del minore che, almeno in linea con i principi sopra esposti, dovrebbe essere considerato il cuore dell'attività interpretativa in esame.

¹²⁸ Tale forma di affidamento, seppure ancora poco sperimentata in Italia, appare più rispettosa del diritto del minore alla bigenitorialità, in quanto non sacrifica il rapporto con uno dei genitori a beneficio dell'altro. Essa trova spazio in diverse legislazioni europee: Francia, Germania ed Olanda hanno riformulato il diritto di famiglia interno per accogliere tale tipo di soluzione; in Belgio, il testo della loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et règlementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant, prescrive la residenza alternata come la via preferenziale da seguire.

¹²⁹ Corte di Cassazione, 14 luglio 2006, n. 16092 in *Diritto e Giustizia*, 2006, p. 27.

Emblematica di quanto asserito sin qui, *ex multis*, è la sentenza della Corte di Cassazione¹³⁰ nel caso di tre figli minori, ricondotti in Italia dal padre a seguito di un soggiorno di durata totale di circa 10 mesi in Svezia. In particolare, la famiglia si allontanava dal territorio italiano nel giugno del 2007, per accordo tra i coniugi, successivamente, il padre decideva nell'aprile del 2008 di fare ritorno in Italia con i tre figli. La madre avanzava istanza di ritorno dei minori in Svezia ritenendo sussistere una sottrazione internazionale della prole. Il Tribunale per i minorenni di Bari, giudice del luogo in cui i bambini venivano condotti e, pertanto, competente a pronunciarsi sull'istanza di rientro dei minori, dopo aver svolto attività istruttoria, dichiarava non sussistere *legal kidnapping* poiché difettava una dei requisiti prescritti a livello internazionale, ossia l'allontanamento dal luogo di residenza abituale. Più in particolare, i giudici di merito ritenevano accedere alla difesa del padre, il quale dichiarava che il soggiorno in Svezia avesse carattere di mera vacanza, prolungata solo per accondiscendenza nei confronti della madre e per tentare di ripianare la crisi coniugale, ma non assumeva i caratteri di un vero e proprio spostamento della residenza abituale del nucleo familiare. Il *dictum* dei giudici, pertanto, riconosce la sussistenza di una perdurante residenza abituale dei tre bambini in Italia, con conseguente legittimità del trasferimento dei minori nel nostro Stato da parte del padre. Nel caso descritto l'argomentazione dei giudici di merito, ritenuta incensurabile dai giudici di legittimità in quanto conforme al dettato normativo, appare del tutto sproporzionata nella ricerca delle intenzioni dei genitori. Nella sentenza di legittimità non è dato rinvenire alcun elemento che indichi che si sia ricercato di individuare il luogo in cui i minori legami affettivi e di relazione. Un soggiorno di circa un anno ben potrebbe giustificare uno spostamento della residenza abituale se, piuttosto che ricercare le intenzioni dei genitori, si puntasse ad analizzare il *modus vivendi* della prole e ad individuare, conseguentemente, quella situazione in fatto che attesti l'esistenza di un legame imprescindibile tra minore e territorio¹³¹.

¹³⁰ Corte di Cassazione, 16 giugno 2009, n. 13936, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 876 ss.; F. Astiggiano, "Sottrazione internazionale di minori, residenza abituale, trasferimento temporaneo all'estero", *ibid.*, p. 880 ss.

¹³¹ Allo stesso modo, Corte di Cassazione 22507/2006 negava la sussistenza della sottrazione internazionale di minori sul presupposto che il ritorno in Italia, dopo un soggiorno in Argentina, provvisorio e sperimentale, deciso dalla coppia per ovviare alla crisi coniugale, non rappresentasse allontanamento dalla residenza abituale, considerato come quest'ultima restava radicata in Italia, non avendo il suddetto soggiorno alcuna efficacia interruttiva e/o modificativa.

Argomentando in maniera opposta, la Corte di Cassazione, nella sentenza 3798/2008¹³², dichiara incensurabile la decisione del giudice di prime cure, nella parte in cui aveva ritenuto sussistere la residenza abituale del minore a Bruxelles, fondando tale conclusione sul decorso di un termine di otto mesi dal trasferimento del minore. Più in particolare, a seguito di separazione personale dei coniugi, con accordo omologato dalla competenza autorità giurisdizionale italiana, veniva deciso che i due figli minori venissero affidati alla madre, con diritto di visita del padre, e che la residenza dei minori fosse fissata presso la madre a Bruxelles (nonostante il nucleo familiare vivesse in Italia prima della separazione). Dopo un periodo di vacanza trascorso con il padre in Italia, uno dei minori non faceva rientro a Bruxelles, pertanto, la madre introitava domanda di ritorno del minore sul presupposto che il mancato ritorno presso la residenza abituale rappresentasse un caso di sottrazione internazionale di minore. Il padre, costituitosi in giudizio, eccepiva la sussistenza della residenza abituale in Italia, quale luogo ove i due figli, in virtù di una stabile e duratura permanenza, custodivano i legami affettivi e relazionali, suffragata dalla circostanza che la prole avesse vissuto per otto anni in Italia e solo da otto mesi in Belgio.

I giudici di legittimità, confermando la sentenza di merito, ritengono che un periodo di permanenza di otto mesi in un nuovo luogo, con conseguente integrazione nel tessuto scolastico, nonché la convivenza con la madre e la sorella, determinassero la sussistenza della residenza abituale a Bruxelles.

La breve analisi delle due pronunce, peraltro contemporanee, mostra che, pur argomentando a partire dal fattore tempo (nei due casi omogeneo), si giunge a conclusioni differenti. Nella prima sentenza illustrata, il termine di dieci mesi in altro paese non appare fondare un cambiamento della residenza abituale del minore, nel secondo caso, invece, un periodo addirittura inferiore appare sufficiente per radicare una nuova residenza c.d. affettiva del minore.

Non mancano pronunce in cui la residenza abituale del minore viene individuata in termini formali, facendo riferimento alla sussistenza di provvedimenti del Tribunale per i minori o, addirittura, al certificato di nascita. Nel caso deciso in via definitiva con sentenza

¹³² Cit. *supra*

della Corte di Cassazione 6779/2000¹³³, la domanda di rientro riguardava due minori, affidate alle cure della nonna materna secondo una decisione del Tribunale rionale di Praga, condotte e trattenute in Italia, dopo un periodo di vacanza, dalla nonna paterna. Le piccole, nel corso della loro breve vita, avevano vissuto continui spostamenti tra l'Italia (luogo di cittadinanza del padre) e la Repubblica Ceca (luogo di cittadinanza della madre), anche a causa dell'instabilità del nucleo familiare determinata dai problemi di tossicodipendenza dei genitori. Dopo diversi soggiorni alternati tra i due Stati, nel dicembre del 1998, le minori venivano affidate alla nonna materna con residenza in Praga; successivamente, nel luglio del 1999, venivano trattenute dalla nonna paterna in Italia. Orbene, nel caso che ci occupa, i giudici di merito ritenevano di non dover dare alcuna rilevanza alla questione dei pregressi spostamenti delle minori, considerando come residenza abituale del minore, il luogo in cui il minore si trovi immediatamente prima dell'essere trasferito. Tale ricostruzione, che riceve l'avallo della Suprema Corte di Cassazione, appare foriera di possibili dubbi interpretativi: invero, interpretare la residenza abituale come il luogo in cui il minore si trovi immediatamente prima lo spostamento oltre frontiera non tiene in dovuta considerazione lo spirito della Convenzione dell'Aja 1980, ossia evitare al minore il trauma della separazione dal proprio ambiente di vita inteso *tout court* (quindi, prima di tutto come relazioni parentali). Il principio di diritto enunciato nella sentenza di legittimità in commento appare assolutamente inadeguato a fondare e ricostruire l'esatta nozione di residenza abituale, che lungi dal dover essere incardinata in un luogo formale, peraltro individuato sulla scorta di un certificato anagrafico come nel caso di specie, deve rispondere ad un'analisi in fatto che tenga conto dell'effettivo radicamento del minore in un particolare ambiente di vita, caratterizzato da relazioni, abitudini, interessi, quotidianità.

L'analisi della prassi italiana in materia di residenza abituale del minore conferma le premesse di cui in premessa. Nonostante l'enunciazione di alcuni principi guida per l'interprete, la risoluzione dei casi concreti appare per così dire schizofrenica: elementi quale il fattore tempo assumono significati diametralmente opposti nelle pronunce dei giudici di merito e di legittimità; inoltre, l'analisi delle intenzioni dei genitori precede e preclude ogni riferimento alla reale situazione del minore.

¹³³ Corte di Cassazione, 24 maggio 2000, n. 6779, in *Giustizia italiana*, 2001, p. 407.

3.2. La nozione di residenza abituale del minore nella giurisprudenza degli Stati europei

La delicata questione dell'interpretazione dell'istituto della residenza abituale del minore coinvolge, necessariamente, anche la giurisprudenza degli altri Stati membri dell'Unione europea. Appare, in questa sede, interessante compiere una breve analisi comparata della prassi degli Stati europei almeno per due ordini di motivi: innanzitutto, l'ordinamento giuridico degli Stati facenti parte dell'Unione europea appare simile ed omogeneo, non soltanto per la vicinanza territoriale di questi Stati, ma, oltremodo, per l'incidenza del diritto dell'Unione europea derivato sul diritto interno. Basti pensare alla regolamentazione vincolante per tutti gli Stati membri disposta dal regolamento "*Bruxelles II bis*", trattandosi di fonte di diritto derivato direttamente applicabile negli Stati membri e vincolante in tutti i suoi elementi. In effetti, la determinazione della nozione di residenza abituale del minore coinvolge un settore in cui è avvenuta un'armonizzazione della legislazione degli Stati membri. Ulteriore conseguenza di quanto sin qui asserito è che l'istituto in esame dovrebbe essere interpretato in maniera uniforme nello spazio unico europeo, considerata la primazia del diritto dell'Unione europea rispetto agli ordinamenti interni e la sussistenza di una normativa direttamente applicabile ed avente efficacia diretta in tutto il territorio dell'Unione.

In secondo luogo, sussiste un importante orientamento interpretativo della Corte di giustizia dell'Unione europea che determina la necessità che il concetto di residenza abituale del minore, nozione propria del diritto dell'Unione europea, venga interpretato in maniera uniforme negli ordinamenti nazionali, anche alla luce delle pronunce in materia della Corte sovranazionale¹³⁴.

Posta tale importante premessa, per brevità di trattazione, in questa sede si farà riferimento soltanto ad alcune pronunce particolarmente significative nella materia che ci occupa, senza alcuna pretesa di essere esaustivi sul punto.

¹³⁴ L'orientamento espresso dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di residenza abituale del minore verrà esposto nel paragrafo successivo.

Prendendo le mosse dalla prassi delle Corti nazionali belghe, si desidera, preliminarmente, osservare come le pronunce esaminate sembrano essere caratterizzate da un criterio fondamentale: ossia la necessità di interpretare la nozione di residenza abituale di minore in via autonoma rispetto al diritto nazionale, quale istituto che trae origine dal diritto dell'Unione europea. Trattasi, quindi, di nozione indipendente che deve ricevere un'interpretazione conforme all'ordinamento dell'Unione europea, nello spirito e nella logica del regolamento “*Bruxelles II bis*”¹³⁵.

Un'altra notazione importante, che deriva dallo studio di alcune pronunce rilevanti nella materia che ci occupa, è che le corti belghe sembrano tenere nella dovuta considerazione che la nozione di residenza abituale del minore debba essere interpretata a partire dal punto di vista del minore stesso, restando in secondo piano le valutazioni relative alla volontà dei genitori. Si tratta di un evidente punto di rottura con la prassi nazionale italiana, ancora troppo ancorata ad una concezione oggettiva del minore, quale membro del nucleo familiare e soggetto all'autorità dei genitori, piuttosto che quale autonomo centro di diritti ed interessi da promuovere e tutelare.

Interessante in questo senso una pronuncia del Tribunale di Liège del 2003¹³⁶ con la quale i giudici di merito decidevano un caso di presunta sottrazione internazionale di minore. Il caso trae origine dal trasferimento di un minore dal Texas a Bruxelles per opera della madre.

Seppure non si tratti di un caso in cui è applicabile il regolamento “*Bruxelles II bis*”, ma la Convenzione dell'Aja 1980, tuttavia appare interessante l'*iter* argomentativo dei giudici di merito proprio in materia di residenza abituale del minore. Nel caso di specie, infatti, i giudici di primo grado avevano ritenuto non sussistere una sottrazione internazionale della minore Collette R. poiché non ritenevano sussistere uno degli elementi costitutivi del fatto illecito: ossia l'allontanamento dal luogo di residenza abituale. Più in particolare, i giudici di prime

¹³⁵ Tale prima constatazione appare di tutta importanza poiché rappresenta un'acquisizione fondamentale per approcciarsi al delicato compito interpretativo in modo coerente: trattandosi di istituto di diritto internazionale privato, come regolato nell'ambito di un ordinamento sovranazionale (ordinamento dell'Unione europea), occorre ricercare l'interpretazione che risulta più corretta alla luce della normativa tutta derivante dal regolamento “*Bruxelles II bis*”, scevro da ogni condizionamento interpretativo legato alla normativa nazionale.

¹³⁶ Cour d'appel de Liège, 13 mai 2003, *Autorité centrale belge c/ K. Et R.*, in *Revue trimestrielle droit familial*, 2004, p. 392

cure concludevano che la minore avesse la propria residenza abituale in Belgio, per cui il rientro con la mamma presso la capitale dello Stato europeo non rappresentava illecito trasferimento della figlia. In secondo grado si denuncia l'erroneo inquadramento della fattispecie proprio in ragione di un difetto di accertamento e di motivazione in punto di residenza abituale del minore. Si contesta, infatti, che la minore possedeva in effetti la propria residenza abituale in Texas, tuttavia, nonostante l'illegittimità del trasferimento integrante sottrazione internazionale di minore, si richiedeva l'applicazione dell'art. 12 della Convenzione dell'Aja¹³⁷. La sentenza in commento, pertanto, esamina la nozione di residenza abituale del minore per poi trovare una soluzione adeguata nel caso concreto. I giudici della Corte d'appello di Liège affermano in sentenza che «*la résidence habituelle de l'enfant est le lieu où il a le centre de ses intérêt affectifs, familiaux, éducatif, sociaux*»¹³⁸. Come già affermato, la nozione di residenza abituale del minore, nella giurisprudenza belga, pone al centro la posizione del bambino, quale punto di vista e di analisi concreta. Conseguenza di tale scelta di principio è che «*cette résidence est indépendante de celles de ses parents*». Inoltre, trattandosi nel caso di specie, di una bambina affidata congiuntamente ad entrambi i genitori, le regole giuridiche che presidono la materia della responsabilità genitoriale richiedono che la residenza abituale, così come la sua modificazione, sia stabilita su accordo di entrambi i genitori. Proprio in quest'ottica, i giudici di secondo grado, attraverso un'attenta analisi del caso concreto, addivengono alla conclusione che la residenza della piccola Collette R. fosse in Texas nel momento antecedente il trasferimento illegittimo, ciò in virtù di un accordo comune tra i coniugi, intervenuto in seguito ad un procedimento di mediazione familiare. Ne deriva che il successivo trasferimento in Belgio, senza acquiescenza e/o accordo da parte del padre, rappresenti una sottrazione internazionale di Collette R., poiché integra un trasferimento illegittimo dal luogo di residenza abituale.

Appare singolare come, nel caso di specie, i giudici di merito, pur avendo correttamente impostato l'*iter* argomentativo ed interpretativo per definire la nozione di residenza abituale del minore, fondino la propria decisione su un'analisi concreta formale, riferendosi

¹³⁷ Ossia la norma che impedisce il ritorno del minore nel caso sia decorso un tempo tale da determinare l'integrazione della prole nel nuovo ambiente di vita, nel caso di specie in Belgio.

¹³⁸ Sul punto, in dottrina, vedi anche M. Fallon, O. Lhoest, «*La Convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement International d'enfant, entrée en vigueur d'un instrument éprouvé*», in *Revue trimestrielle droit familial*, 1999, p. 43 ss.

all'accordo intervenuto tra i coniugi. Se è pur vero che la residenza abituale non può essere modificata dal fatto illecito del genitore sottraente, nel caso in esame nessun elemento fattuale viene preso in considerazione per verificare in concreto quale fosse il luogo in cui la piccola Collette R. vantasse il centro effettivo dei proprio interessi affettivi, famigliari, sociali ed educativi (così come premesso nella parte motiva della sentenza in esame). Probabilmente, nonostante la soluzione della Corte di Liège appare corretta in punto di determinazione della residenza abituale della bambina, tuttavia l'argomentazione giuridica si mostra poco coerente con i principi sanciti nel corpo della stessa sentenza.

Un caso di sottrazione internazionale intraeuropea è stato deciso dalla Corte d'appello di Bruxelles¹³⁹ all'inizio del 2003, anche in quest'occasione il fulcro della sentenza appare l'esatta interpretazione della nozione di residenza abituale. Il giudizio vedeva opposti due genitori di nazionalità belga che avevano vissuto nel corso della convivenza in Spagna, dall'unione nasceva il piccolo Kevin (nonché un altro fratello, la cui custodia non era oggetto del giudizio pendente). Dopo la separazione dei genitori, il piccolo Kevin viveva con il padre in soggiorni alternati in Belgio ed in Spagna, sino al gennaio 2001 periodo in cui veniva fissato domicilio in Belgio. La madre introitava una procedura per il ritorno di Kevin in Spagna sul presupposto che il trasferimento in Belgio integrasse una sottrazione internazionale, ossia un trasferimento illegittimo dal luogo di residenza abituale (*rectius* la Spagna). Il giudizio di appello vedeva contrapposti i due genitori proprio sul tema della residenza abituale di Kevin: secondo il padre, dopo una separazione consensuale tra le parti, la madre aveva acconsentito ad attribuire l'affidamento principale del bambino al padre in Belgio, con ciò modificando di comune accordo la residenza abituale del bambino sin dal 1998. Il fatto che il minore ritornasse costantemente in Spagna era determinato dall'intento di fargli mantenere relazioni stabili con la madre e il fratellino. La madre, al contrario, dichiarava che la vita in comune fosse cessata solo nel 2000 e che i frequenti spostamenti di Kevin tra i due Stati non comportassero alcuna modificazione della sua residenza abituale, rappresentato dal luogo in cui vivevano la madre e il fratellino. I giudici brussellesi affrontano la questione dell'individuazione della residenza abituale del bambino a partire da un'analisi

¹³⁹ Cour d'appel de Bruxelles, 21 janvier 2003, *V. c/ L.*, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2004, p. 385 ss.

concreta della vita quotidiana e di relazione del piccolo Kevin. L'*iter* argomentativo della sentenza è tutto condotto sulla ricerca di quali fossero le abitudini e le relazioni del bambino al fine di individuare il luogo in cui il minore avesse il proprio centro di interessi prima del trasferimento. Elementi fattuali presi in considerazione nel corpo della sentenza sono la frequenza scolastica (Kevin frequentava la scuola materna in Spagna sino al gennaio del 2001, periodo in cui il padre lo iscriveva in una scuola belga) e la sottoposizione a visite mediche periodiche, indici che dimostrano, secondo i giudici di merito, la sussistenza di un forte legame tra Kevin e la Spagna, che non appare scalfito dai continui soggiorni alternati con il padre. Tale pronuncia appare di notevole interesse poiché i giudici di merito fondano la propria decisione non già sulla base delle intenzioni dei genitori o su fattori discrezionali, quali il decorso del tempo, ma sulle abitudini e sulle relazioni instaurate dal minore, cioè sulla presenza di un effettivo legame con un territorio determinata da indici valutabili oggettivamente che possano condurre alla identificazione veritiera del luogo in cui il minore vanta il centro effettivo dei propri interessi.

Particolarmente interessante la pronuncia del *Tribunal de première instance de Huy* su un singolare caso di residenza abituale multipla, questione assai controversa in giurisprudenza ed in dottrina. Più precisamente, sussistono posizioni discordanti nella prassi e nella dottrina circa la possibilità di individuare casi di residenza abituale multipla, cioè casi in cui non è dato individuare un luogo univoco in cui il minore esplica la propria personalità, in quanto legato a diversi territori contemporaneamente. Questi casi involgono delicate questioni interpretative, ponendo l'accento sul c.d. criterio della vicinanza e della prossimità del giudice adito. Il sistema internazionalprivatistico in materia di tutela del minore, costruito intorno al concetto di residenza abituale del minore, quale situazione di fatto che spiega un forte legame tra bambino e territorio (ampiamente inteso), giustifica la scelta normativa di incardinare la competenza giurisdizionale nel giudice del luogo di residenza abituale, quale autorità che meglio può pronunciarsi nel merito del benessere del minore, proprio in ragione della sua vicinanza e/o prossimità con il suo ambiente di vita. La possibilità di riconoscere la sussistenza di più residenze abituali appare in contrasto con tale assunto di fondo e potrebbe determinare casi di litispendenza, nonché un certo caos interpretativo nelle pronunce in materia di sottrazione internazionale del minore.

Il caso in commento¹⁴⁰ concerneva l'esatta individuazione della residenza abituale di due minori al fine di identificare il giudice competente a pronunciarsi in materia di affidamento delle stesse contese tra i genitori dopo la separazione. Più in particolare, le minori A. e B. avevano vissuto indifferentemente in Belgio ed in Germania, in risposta ad una precisa scelta educativa dei genitori, per cui trascorrevano la settimana in Belgio ed il *weekend* in Germania. La questione non viene, in effetti, affrontata dal Tribunale di Huy i cui giudici, dopo aver dichiarato che per residenza abituale si intende «du lieu où il a le centre de ses intérêts affectifs, familiaux, éducatif, sociaux», si limitano a rilevare che nel caso di specie non è dato individuare la residenza abituale dei minori¹⁴¹ e che, quindi, il conflitto di giurisdizione andava risolto *ex art. 19* del regolamento “*Bruxelles II bis*”¹⁴². La sentenza sorprende e desta alcune perplessità. In primo luogo appare quanto meno incoerente che il giudice chiamato a decidere nel merito di una questione concreta ometta di accertare uno dei punti in fatto più importanti della controversia. La dichiarazione per cui la residenza abituale delle bambine non era, allo stato attuale, definita, imponeva ai giudici di prime cure un ulteriore accertamento probatorio volto ad individuare indici e fattori tali da poter determinare il luogo in cui le minori incardinavano il centro dei propri interessi. In secondo luogo, la decisione lascia aperto un punto assolutamente conteso in dottrina ed in giurisprudenza, ossia la possibilità di non individuare la residenza abituale del minore, soprattutto nei casi di residenza multipla.

La questione della residenza multipla, tutt'altro che teorica ove si consideri che molteplici ordinamenti nazionali europei prevedono e favoriscono l'affidamento congiunto alternato dei figli, può essere risolta attraverso quattro diversi criteri: a) criterio della gerarchie delle residenze (*hiérarchie de résidences*), secondo il quale sarebbe sempre possibile individuare una residenza principale ed una secondaria; b) criterio della rotazione delle residenze (*roulement de résidences*), si constata che le due residenze sono in effetti equivalenti e ogni spostamento del minore indica una modificazione della residenza medio

¹⁴⁰ Tribunal de première instance de Huy 10 juillet 2007, in *Revue droit européen trimestriel*, 2009, n. 151, numéro special, p. 706 ss; H. Storme, “*Compétence internationale en matière d'autorité parentale – Résidence habituelle de l'enfant*”, *ibid*, p. 650 ss.

¹⁴¹ Si legge nella parte motiva della sentenza, cit. nota 29, «le lieu de résidence habituelle des enfants n'est pas, à ce stade, clairement défini»

¹⁴² Norma che individua una causa di risoluzione dei conflitti di giurisdizione intraeuropei nel criterio di preminenza: il giudice adito per primo mantiene la propria competenza a decidere la controversia.

tempore; c) criterio della simultaneità (*deux résidences simultanées*): il minore vanta due residenze e non si distingue in base all'effettivo spostamento momentaneo; d) criterio della inesistenza della residenza abituale (*simple présence de l'enfant*): non è dato individuare alcuna residenza abituale del minore. Nell'ottica della tutela del superiore interesse del minore, solo la prima soluzione consente una protezione effettiva della prole, in quanto, attraverso una precisa e puntale analisi in fatto, normalmente, si dovrebbe poter individuare una gerarchia tra le residenze del minore. Nel caso in esame, ad esempio, la residenza in Belgio doveva essere considerata come prevalente considerato che in tale Stato i minori trascorrevano buona parte del proprio tempo quotidiano, frequentavano le scuole e ogni altra attività ludica, mentre i soggiorni in Germania erano sempre legati al periodo breve del riposo e della vacanza. Il secondo criterio deve essere rigettato, poiché il suo accoglimento appare contrario alla certezza del diritto, nonché alla tutela della posizione giuridica del minore. Allo stesso modo, anche il quarto criterio appare foriero di complicazioni nella risoluzione dei casi di sottrazione internazionale: senza l'individuazione di una residenza abituale non si potrebbe neanche parlare di trasferimento illecito e, conseguentemente, non sarebbe possibile attivare la tutela internazionale a sostegno del minore sottratto. Ne consegue che i giudici di merito dovrebbero sempre addivenire ad una individuazione del luogo di residenza abituale del minore, anche nel caso di affidamento alternato e di contestuale residenza multipla. Non si condivide, pertanto, quell'indirizzo ermeneutico che conclude per la possibilità di utilizzare il criterio della equivalenza delle residenze (criterio tre)¹⁴³. In questi casi, se da una parte il regolamento "*Bruxelles II bis*" offre possibili soluzioni ai conflitti di giurisdizione¹⁴⁴, una enorme lacuna si apre sul versante della tutela del minore sottratto: concludere per la sussistenza di due residenze abituali simultanee ed equivalenti, esporrebbe il minore alla possibilità di essere trasferito lecitamente oltre frontiera, a mera discrezione dei due genitori (e si pensi ai casi di estrema conflittualità), con il rischio che il bambino venga continuamente e ripetutamente sradicato dal suo ambiente di vita, senza alcun rimedio giuridico (considerato che se non vi è trasferimento dalla propria residenza abituale non può dirsi integrata la

¹⁴³ V. *supra*.

¹⁴⁴ L'art. 8 dichiara l'eventuale competenza concorrente di entrambi gli Stati membri coinvolti, risolvibile secondo il criterio della preminenza di cui all'art. 19, o ancora attraverso l'art. 15 che incardina la competenza territoriale nel giudice che si ritiene meglio possa decidere il merito della questione attinente il minore.

sottrazione internazionale e, conseguentemente, non può essere attivata la procedura di ritorno immediato).

In Inghilterra il *leading case* in materia di residenza abituale del minore è *In re Bates*¹⁴⁵ caso noto per la celebrità del padre della minore coinvolta, ossia uno dei componenti il gruppo dei Duran Duran¹⁴⁶. Orbene, nel caso di specie, la minore aveva vissuto in località sempre differenti, sino allo stanziamento a New York con la madre, interrotto dal trasferimento in Inghilterra su determinazione del padre. Per definire quale fosse la residenza abituale della bambina e, quindi, accertare se l'essere stata condotta in Inghilterra integrasse un caso di sottrazione internazionale, il giudice del caso concreto, a partire dalla c.d. dottrina del *settled purpose*, individua la residenza abituale della minore a New York in virtù degli accordi presi tra i genitori successivamente alla separazione. Non diversamente dalla giurisprudenza già commentata, anche in questo caso, i giudici di merito fondano il proprio convincimento a partire dalle intenzioni dei genitori e dagli accordi tra essi intercorsi.

La Francia, che vanta peraltro diversi accordi bilaterali in materia di sottrazione internazionale di minore, non mostra di privilegiare soluzioni più coerenti alla tutela del superiore interesse del minore. In un caso deciso dai giudici di legittimità¹⁴⁷, il nucleo familiare, dopo aver convissuto in Francia, si trasferisce in Inghilterra per rispondere ad esigenze lavorative del padre; successivamente, a causa della frattura del vincolo coniugale, la madre fa ritorno in Francia portando con sé la figlia minore. Chiamata a pronunciarsi sul rientro del minore, la giurisdizione francese nega la sussistenza di una sottrazione internazionale della bambina ad opera della madre, poiché la Francia era lo Stato di origine della minore (!). La soluzione appare quanto meno discutibile ove si assiste ad una chiara

¹⁴⁵ High Court of Justice, n. 122/89, *In re Bates (Habitual Residence)*, 1989. Trattasi di uno dei primissimi casi di sottrazione internazionale in cui rilevanza centrale assume l'istituto della residenza abituale di minore.

¹⁴⁶ Per una attenta analisi del caso, M. Distefano, *“Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori”*, Padova, 2012, p. 51 ss.

¹⁴⁷ Cour de Cassation, 15 mai 2002, in *Droit de la famille*, 2003, p. 21. In senso analogo anche la pronuncia di merito in cui la Corte d'Appello di Bordeaux aveva ritenuto non sussistere uno spostamento della residenza abituale in Inghilterra in ragione della volontà dei genitori. La decisione non tiene in dovuta considerazione l'inserimento scolastico della prole in Inghilterra, nonché la locazione di un immobile adibito a casa familiare. Cour d'Appel de Bordeaux, 24 févr. 1999, in *Droit de la famille*, 2003, p. 27.

violazione del dettato normativo internazionale in materia di tutela dei minori che sostituisce al criterio della nazionalità e/o cittadinanza quello della residenza abituale.¹⁴⁸

La giurisprudenza francese conosce diverse pronunce alquanto discutibili. In un caso deciso dalla Corte di Cassazione¹⁴⁹ si assiste ad un evidente nazionalismo della decisione. Il padre cittadino francese, titolare del mero diritto di visita nei confronti del figlio minore convivente in Israele con la madre, trattiene il minore in Francia a conclusione di un periodo di vacanza. Nel caso di specie, la Corte di Cassazione francese pare riconoscere uno spostamento della residenza abituale del minore nel luogo ove trascorre il periodo di vacanza con il padre mero titolare del diritto di visita, al fine di non configurare la sussistenza di una sottrazione internazionale di minore e, quindi, di non pronunciare il ritorno del minore in Israele (!). In questa pronuncia si piega la nozione di alcuni istituti, nonché la tutela del superiore interesse del minore sottratto, alla necessità di concedere ragioni giuridiche al padre in quanto concittadino dell'autorità giurisdizionale.

Il quadro sin qui brevemente tracciato determina alcune riflessioni importanti. Posta l'indubbia centralità dell'istituto della residenza abituale del minore nel contesto della sottrazione internazionale, appare evidente che la risoluzione della *quaestio* interpretativa acquisisca una certa rilevanza. Dall'analisi della giurisprudenza nazionale degli Stati membri dell'Unione europea, seppure sussiste un quadro di armonizzazione degli ordinamenti interni ad opera del diritto dell'Unione europea derivato, si evince un sistema di tutela del minore alquanto frastagliato. I giudizi di merito sono spesso caratterizzati da incoerenze argomentative e vuoti di tutela. Si protende per una eccessiva rilevanza alla volontà dei genitori, nonché agli accordi assunti tra gli stessi nel momento della separazione. Si omette di considerare che se da una parte è innegabile che il titolare del diritto di affidamento detiene il potere di decidere il luogo di residenza abituale del minore, ciò non deve essere confuso con l'individuazione della residenza abituale stessa. Più nello specifico, la residenza abituale deve essere concepita quale situazione di fatto, quale ambiente di vita in cui il minore esplica la propria personalità, vive le proprie relazioni, svolge le proprie abitudini. Si tratta, quindi, di

¹⁴⁸ In senso tristemente analogo, una recente pronuncia della Corte di Cassazione, 16 giugno 2009, n. 13936, citata.

¹⁴⁹ Cour de Cassation, 19 mars 2002, in *Droit de la famille*, 2002, p. 135 ss.; M. Farge, M., C. Meyzeaud-Garaud, "Enlèvement international d'enfant: les considérations nationalistes prendraient-elles le pas sur les esprit de la Convention de la Haye?", *ibid.*, p. 137, ss.

istituto diverso dal diritto di affidamento (che, peraltro, rappresenta il secondo elemento costitutivo della fattispecie della sottrazione internazionale), con l'ulteriore conseguenza che l'accertamento processuale della residenza abituale andrebbe condotto in via autonoma rispetto alla volontà ed intenzione dei genitori del minore, avendo come unico presupposto il punto di vista del minore.

3.3. Il ruolo della Corte di giustizia dell'Unione europea nella determinazione del concetto di residenza abituale del minore.

Non è un caso che le difficoltà interpretative in materia di residenza abituale del minore abbiano comportato un importante intervento della Corte di giustizia dell'Unione europea, competente ad assicurare l'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione europea in tutti gli Stati membri.

Chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale, la Corte di giustizia dell'Unione europea chiarisce quale sia l'esatta definizione dell'istituto della residenza abituale del minore, ai sensi del diritto europeo. Si tratta, quindi, di un'interpretazione valida e vincolante all'interno di tutti gli Stati membri dell'Unione stessa, che dovrebbe determinare una certa uniformità nei giudizi nazionali di merito. Il *leading case* è la sentenza 2 aprile 2009¹⁵⁰ con cui la Corte di giustizia dell'Unione europea si sofferma sulla questione della nozione di residenza abituale del minore, in una procedura di rinvio pregiudiziale. La pronuncia appare interessante per almeno due ordini di motivi: per i principi in essa sanciti, da una parte, e per le regole interpretative coniate, dall'altra.

In quanto ai principi sanciti, i giudici europei colgono l'occasione per dichiarare la stretta autonomia ed indipendenza della nozione di residenza abituale¹⁵¹, così come richiamata nel regolamento "*Bruxelles II bis*", rispetto al diritto nazionale degli Stati membri. Punto centrale della pronuncia in commento è il rigetto delle interpretazioni particolari statali, per lo meno tutte le volte in cui il caso concreto richiede l'applicazione della normativa europea.

¹⁵⁰ CGUE, 2 aprile 2009, C- 523/2007, *Finlande c. A.*; H. Storme, in *Revue du droit européen trimestriel* 2009, p. 645; v. anche la nota a sentenza di E. Gallant, in *Revue critique de droit International privé*, 2009, p. 902

¹⁵¹ A. Richez – Pons, *La notion de <<résidence>>*, in AA.VV., *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, citato.

In secondo luogo, la Corte di giustizia accoglie una nozione funzionale di residenza abituale di minore. Più precisamente, i giudici sovranazionali, lungi dall'individuare una nozione astratta e consolidata di residenza abituale, ritengono sia in linea con lo spirito della normativa europea a tutela del minore garantire una interpretazione funzionale dell'istituto che tenga conto del ruolo svolto dallo stesso nel contesto della norma che lo richiama. In verità, nell'accertamento della nozione di residenza abituale del minore, «le sen set la portée de la notion doivent être déterminés en faisant référence au contexte de l'article 8 et aux objectifs exprimés au considérant 12 du Règlement Bruxelles II *bis*»¹⁵². Ne consegue come la nozione deve essere interpretata alla luce del criterio di prossimità e del superiore interesse del minore. Nel corpo della sentenza si chiarisce che la residenza abituale è una nozione casistica, legata al caso concreto: la residenza abituale consiste quindi in un insieme di fatti che si caratterizzano in maniera peculiare in ogni singolo caso concreto. Questo significa che non ci sono fattori determinanti una volta per tutte la nozione, ma che gli stessi elementi possono acquisire significati differenti, più o meno determinanti, nel singolo caso oggetto di giudizio.

Posti tali fondamentali principi, la Corte di giustizia fornisce un'elencazione non esaustiva, né tanto meno tassativa, di c.d. indizi che il giudice del merito deve valutare per individuare la residenza abituale del minore. In tale contesto la Corte pare accedere ad una soluzione di compromesso tra la teoria quantitativa e la teoria qualitativa¹⁵³, ponendo in maniera non gerarchizzata indici di riferimento dell'una e dell'altra teoria. Il primo indizio, citato in sentenza, è l'integrazione del minore nel suo ambiente di vita¹⁵⁴. L'elenco è completato dai seguenti criteri: durata del soggiorno, regolarità del soggiorno, condizioni del soggiorno, ragioni del soggiorno, ragioni dello spostamento del nucleo familiare, nazionalità del minore, luogo e condizione della scolarizzazione del minore, conoscenza linguistica del minore, rapporti familiari e sociali del minore, intenzioni e volontà dei genitori. Gli indici

¹⁵² Trentacinquesimo considerando della sentenza in commento.

¹⁵³ Secondo la prima il criterio fondamentale per individuare la residenza abituale del minore consiste nella durata e serietà del soggiorno in un dato territorio; nella seconda accezione, occorre fare riferimento a indici di natura volontaristica e soggettiva, quali l'integrazione, la scolarizzazione, la volontà del minore.

¹⁵⁴ Appare significativo che la Corte di giustizia accompagni il sostantivo integrazione con la locuzione «una certa», come a significare che l'integrazione del minore non va ricercata in maniera assoluta.

elencati in sentenza non trovano una sistemazione gerarchica e i giudici sovranazionali chiariscono come, nell'accertamento del caso concreto, è indispensabile utilizzare il maggior numero di elementi possibili. Un dato però appare di tutta evidenza: nel risolvere il caso concreto il giudice nazionale deve verificare, attraverso un'attenta attività istruttoria, la sussistenza degli indizi elencati nella sentenza in commento, utilizzandone quanti più possibile. Si tratta, quindi, di un accertamento in fatto che necessita un'accurata acquisizione probatoria all'interno del giudizio di ritorno del minore sottratto ed ove acquista rilevanza centrale il delicato tema dell'ascolto del bambino all'interno del procedimento.

A conclusione di questa disamina della sentenza, due considerazioni appaiono d'obbligo. Da una parte, appare evidente come, nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, la nozione di residenza abituale del minore deve essere interpretata alla luce del punto di vista del bambino stesso, nonché in linea con il principio del superiore interesse del minore. In secondo luogo, l'elemento della volontà dei genitori, prevalente nella giurisprudenza nazionale degli Stati membri, appare essere solo uno degli elementi che il giudice deve analizzare, congiuntamente agli altri indicati.

In applicazione di questa giurisprudenza, la stessa Corte di giustizia, nel caso di un minore neonato che aveva soggiornato solo poco tempo in uno Stato membro con la madre, ricorda che devono essere presi in considerazione, da un lato, la durata, la regolarità, le condizioni e le ragioni del soggiorno nel territorio di tale Stato membro nonché il trasferimento della madre in detto Stato, dall'altro, tenuto conto della tenera età del bambino, l'origine geografica e familiare della madre nonché i rapporti sociali e familiari che madre e minore intrattengono in quello Stato membro¹⁵⁵.

4. Il superiore interesse del minore a un sereno sviluppo psicofisico: le cause ostative al rimpatrio

Il sistema internazionale a tutela del minore sottratto si fonda sulla presunzione che per scoraggiare il dilagare del fenomeno del *legal kidnapping* occorre privare di effettività lo spostamento illecito e ristabilire lo *status quo ante*. Il ritorno del minore rappresenta la

¹⁵⁵ CGUE, 22 dicembre 2010, causa C-497/10 PPU.

migliore risposta giuridica al fatto del *déplacement illicite* poiché assicura due risultati: da una parte, consentire al minore di essere reinserito nel proprio ambiente di vita, che non è solo un luogo, ma anche abitudini, affetti, relazioni; dall'altro, impedire al genitore sottraente di trarre profitto dal comportamento illecito. Il delicato equilibrio della normativa internazionale si fonda, quindi, su una evidente *ratio* di tutela del minore, ma anche di finalità general preventiva del sistema: la certezza giuridica implica la possibilità di combattere efficacemente il fenomeno della sottrazione internazionale della prole. Questo equilibrio si spezza tutte le volte in cui rimpatriare il minore rappresenta per lo stesso un danno e non già un beneficio. Risiede nella tutela del superiore interesse del minore la necessità che ogni decisione che lo riguarda si fondi sulla promozione del suo benessere psicofisico. La normativa internazionale, quindi, individua le eccezioni al ritorno del minore, c.d. cause ostative al rimpatrio, che descrivono quei casi in cui restituire il bambino al proprio ambiente di vita è contrario al suo superiore interesse. In queste circostanze, la funzione general preventiva della sanzione del ritorno del minore irrogata al genitore sottraente cede il passo alla tutela dei diritti del fanciullo. Trattasi di casi eccezionali e, pertanto, tassativamente indicati a livello normativo. Si tratta quindi di un sistema fondato sulla dicotomia tra regola e eccezione: la regola è il ritorno del minore, supportata da una presunzione relativa che esso rappresenti la miglior tutela del suo superiore interesse; l'eccezione sono le cause ostative, anch'esse giustificate da una diversa considerazione del *best interests of child*.

In questo senso, preliminarmente, occorre dar credito di quell'indirizzo ermeneutico da ultimo emerso in giurisprudenza, ma fortemente contestato in dottrina, secondo il quale il superiore interesse del minore, stante la natura precettiva delle norme internazionali che lo prevedono, deve essere utilizzato dall'interprete come causa ostativa autonoma. Ne deriva come il *best interests of child* può rappresentare un motivo sufficiente per impedire il ritorno del bambino anche al di fuori delle eccezioni previste dal sistema della normativa dell'Aja ed europea.

Giova ricordare come i motivi di rigetto dell'istanza di ritorno del minore devono essere interpretati per costante giurisprudenza internazionale e nazionale in maniera tassativa e restrittiva proprio per evitare un uso distorto del sistema che pregiudichi l'efficacia della normativa in materia di sottrazione internazionale. Inoltre, nonostante l'ordinamento

internazionale individui diverse cause ostative al rimpatrio, le stesse devono essere lette in combinato disposto al fine di garantire unitarietà e logicità al sistema¹⁵⁶.

4.1. Il decorso del tempo e l'adattamento del minore al nuovo ambiente di vita

Il fattore tempo incide notevolmente sulla tutela dell'interesse del minore sottratto. L'impianto convenzionale si fonda sulla convinzione che la miglior protezione riconoscibile al bambino illecitamente allontanato dal proprio ambiente di vita sia il tempestivo ritorno alle sue abitudini, le sue relazioni, il suo status precedente all'illecito. Tuttavia la coincidenza tra interesse superiore del minore e ritorno nel luogo di residenza abituale fonda la presunzione giuridica propria del sistema internazionale che lotta contro la sottrazione di minore solo nel caso in cui la reazione all'illecito sia tempestiva. Il genitore che subisce l'illecito trasferimento del figlio ha l'onere di reagire immediatamente al torto subito, attivando le dovute sedi procedurali e processuali per ottenere il ritorno del minore. Solo in questo modo il ritorno del bambino sottratto deve essere necessariamente ordinato poiché integra la migliore risposta per alleviare il trauma del brusco cambiamento di vita.

L'art. 12 della Conv. Aja 1980 stabilisce, quindi, che il ritorno del minore non possa essere disposto se decorso un tempo superiore a un anno dalla sottrazione internazionale e il bambino si sia successivamente integrato nel nuovo ambiente di vita. Elementi strutturali di questa causa ostativa al rimpatrio sono quindi l'inattività del genitore vittima del *legal kidnapping* per un tempo superiore a un anno; la prova dell'integrazione del bambino nel nuovo ambiente di vita. Conseguentemente, si presume che nell'arco temporale di un anno è possibile disporre il ritorno della prole illegittimamente spostata oltre frontiera poiché non è ancora intervenuta una nuova integrazione (che invece renderebbe il ritorno causa di nuovo trauma, per la necessità di vivere un nuovo adattamento conseguente alla modifica dell'ambiente esterno e relazionale); mentre decorso questo termine, la presunzione cede il passo alla necessità di provare l'integrazione del minore nel nuovo luogo di residenza.

¹⁵⁶ In questo senso appare evidente come la causa ostativa al rimpatrio relativa al decorso del tempo dalla sottrazione del minore deve essere letta in combinato disposto con l'eccezione di cui all'art. 13 lett. b. Considerato come il decorso del tempo rileva già a livello normativo, non si dovrebbe ritenere integrata la fattispecie del rischio di danno in ragione di un periodo di tempo intercorso tra il trasferimento illecito e l'esecuzione del ritorno del minore che sia inferiore a un anno. In questo senso sussiste una presunzione giuridica a livello normativo secondo cui il ritorno del minore deve essere disposto sempre nel caso in cui non sia decorso il termine prescritto.

Questione particolarmente dibattuta in dottrina e in giurisprudenza è il *dies a quo* dal quale decorre il termine di un anno in commento. Secondo un primo orientamento, il termine decorre, utilizzando l'interpretazione letterale del testo, dalla sottrazione internazionale; secondo una tesi minoritaria, il termine decorre dal momento in cui il genitore possa legittimamente esperire i rimedi per ottenere il ritorno del minore (cioè dal momento in cui è a conoscenza del luogo in cui la prole è stata condotta). Sul punto, la *Cour de Cassation française*, nel caso della sottrazione di due minori dal Portogallo alla Francia ad opera del padre, ha ritenuto decorso il termine nonostante la madre non potesse utilmente attivarsi poiché non conosceva il luogo ove il genitore sottraente avesse condotto i bambini. Nel caso di specie, la Corte di Cassazione propende per un'interpretazione letterale che sembra sostenuta dalla necessità di leggere le norme in materia di ritorno del minore alla luce del superiore interesse del fanciullo. Il termine, quindi, deve intendersi decorso con riferimento al punto di vista del bambino, poiché a suo favore viene sancito; con l'ulteriore conseguenza che esso decorre dal momento dell'illegittimo trasferimento poiché è da questo avvenimento che inizia il processo di adattamento e integrazione del bambino al suo nuovo ambiente di vita¹⁵⁷.

Interessante il percorso argomentativo di una sentenza del Tribunale di Bruxelles¹⁵⁸ in cui il fattore tempo acquista un valore del tutto peculiare. Nel caso di specie, il giudizio aveva ad oggetto la sottrazione dei piccoli J.C. e N.C. sottratti dalla madre dalla Thailandia e condotti a Bruxelles; il padre avanzava formale richiesta di ritorno dei minori, rispettando il termine previsto dalla normativa internazionale. Tuttavia, inspiegabilmente, il giudizio di ritorno durava quasi due anni, all'esito del quale si riteneva che i minori fossero ormai pienamente integrati (considerata la tenera età in cui avevano lasciato la Thailandia) e che il ritorno nel luogo di residenza abituale non fosse più nel loro esclusivo interesse. Giova considerare come nel caso di specie, il giudice di merito consacra la sussistenza, formalmente, di una causa ostativa al rimpatrio di cui all'art. 13 lett b), quando, in verità, si prende in considerazione la ratio di cui all'art. 12 della Conv. Aja 1980. La sentenza, infatti, si fonda sulla valutazione dell'inserimento dei minori nel nuovo ambiente di vita, in ragione del decorso di un tempo tale da non giustificare il loro ritorno. Tuttavia, tale percorso

¹⁵⁷ Cour de Cassation, 9 luglio 2008, in *Revue critique de droit international privé*, 2008, p. 841; con commento di H. Muir Watt, *ibid.*, p. 842.

¹⁵⁸ Tribunale de Bruxelles, 11 février 2010, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2010, p. 1178.

ermeneutico non può essere accolto poiché, lo si ribadisce, trattandosi di eccezioni alla regola del ritorno immediato del fanciullo sottratto, tutte le cause ostative al rimpatrio devono essere interpretate restrittivamente.

4.2. Il rischio di danno psichico o fisico per il fatto del ritorno

L'art. 13 lett. b) della Conv. Aja 1980 prescrive l'eccezione al ritorno del minore nei casi in cui lo stesso possa essere esposto a un rischio di danno psichico o fisico o una situazione intollerabile per il fatto del suo rientro. Trattasi della causa ostativa al rimpatrio che più viene utilizzata nella prassi giudiziaria dei procedimenti di ritorno del minore, sovente con effetti distorsivi, e che ha dato vita a maggiori problematiche interpretative¹⁵⁹.

A livello procedurale, l'onere della prova della sussistenza della circostanza di cui all'art. 13 lett. b) incombe su colui il quale la invoca. Non basta, quindi, una mera allegazione della circostanza, occorre la prova giudiziale e certa della verità dei fatti dichiarati.

Inoltre, si rammenta come, nei casi di sottrazione di minori in Unione europea, il regolamento "*Bruxelles II bis*" impone agli Stati membri di disporre il ritorno del minore, anche in presenza di un tale rischio, tutte le volte in cui lo Stato di accoglienza dimostra di porre in essere tutte le misure adatte a scongiurare il fatto di danno al minore. Si tratta di una volontà espressa, sulla base della reciproca fiducia che lega gli Stati membri dell'Unione europea, di ridurre al minimo l'utilizzo della causa ostativa al rimpatrio, nella consapevolezza che il ritorno del minore rappresenti la migliore risposta dell'ordinamento a tutela dell'interesse del bambino.

Poste tali premesse, la giurisprudenza in materia è copiosa e dimostra una certa difficoltà a ridurre ad unità la discrezionalità riconosciuta al giudice nel ritenere integrata la causa ostativa al rimpatrio. Non si tratta esclusivamente di riconoscere la peculiarità di ogni singolo caso concreto, quanto di evitare che situazioni eguali siano giudicate in maniera differente dalla giurisprudenza di merito, soprattutto nell'ambito di un confronto comparativo

¹⁵⁹ In effetti, l'utilizzo di tale causa è copioso nella giurisprudenza di merito, tanto che si assiste a diversi interventi dei giudici di legittimità che cassano le decisioni precedenti; tale orientamento è peraltro contestato dalla dottrina che richiama la necessità di un'interpretazione restrittiva delle cause ostative al rimpatrio, in concordanza con la ratio che sostiene la redazione del testo convenzionale. Per una disamina di alcuni casi concreti, F. Collienne – S. Pfeiff, "*Les enlèvements internationaux d'enfants Convention de la Haye et règlement Bruxelles IIbis. Pratique et questiones de procédure*", in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2009, p. 351.

tra gli ordinamenti europei (che più dovrebbero avere un orientamento unitario in materia, stante l'impatto del diritto dell'Unione europea derivato).

Una delle questioni più dibattute in giurisprudenza appare la possibilità di ritenere integrata la causa ostativa di cui all'art. 13 lett. b) per il solo fatto del danno da separazione dal genitore sottraente (soprattutto nel caso si tratti della madre e di un minore in tenera età). Tale conclusione, seppure rimessa alla discrezionalità del giudice di merito, solleva qualche perplessità anche in ordine alla tenuta dell'intero assetto convenzionale. Se non si può omettere di considerare come rappresenta espressione del superiore interesse del minore non essere separato da uno dei suoi genitori, la questione appare molto complessa per almeno due ordini di motivi: accedendo a tale tesi non si tiene in dovuta considerazione che il trasferimento illecito ha già inciso e, sovente, eliso i rapporti con l'altro genitore, a cui pure il minore aveva diritto; inoltre, opinando in questa direzione, si mina la credibilità dell'intero assetto convenzionale, recidendo quel nesso eziologico tra illegittimità del trasferimento e ritorno del minore, fondamentale per la tenuta della normativa internazionale a tutela del minore.

Volgendo la questione sul piano giuridico l'interrogativo è se il rischio grave di danno deve essere inquadrato con riferimento alla situazione che il minore vive rientrando nel luogo di residenza abituale (ad esempio con riferimento ai nuovi contatti che deve instaurare col genitore vittima della sottrazione) oppure rileva anche la questione della separazione dal genitore sottraente. Sul punto, in sede di legittimità, la Corte di Cassazione ha ritenuto che <<l'art. 13 della convenzione non pone distinzioni a seconda che il rischio di danno si concretizzi nel luogo di destinazione (residenza abituale), in quello da cui il minore deve staccarsi o nel corso stesso del viaggio, ma si limita a collegare il rischio al mero fatto del ritorno, cioè all'intera operazione di rimpatrio>>. In ragione di queste dichiarazioni, la Corte di Cassazione avalla la decisione impugnata del Tribunale di Taranto con cui si era negato il ritorno dei fratelli S. e J. in Israele presso il padre, a cui erano stati sottratti dalla madre, in ragione del probabile trauma psichico a cui i minori sarebbero stati esposti in ragione del distacco forzoso dalla madre¹⁶⁰. La Corte di Cassazione, nella parte motiva della sentenza,

¹⁶⁰ Corte di Cassazione, 4 luglio 2003 n. 10577, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, p. 665.

chiarisce che, sebbene attribuire rilevanza al trauma del distacco dal genitore sottraente, costituisce una operazione che mina l'effettività del sistema internazionale in materia di sottrazione di minore, tuttavia nel caso di specie occorre pervenire ad una lettura meno rigida dell'art. 13 lett. b) alla luce dell'art. 3 della Convenzione di New York. Il combinato disposto tra causa ostativa e superiore interesse del minore, considerata la peculiarità del caso di specie in cui i minori erano di tenera età, giustifica la configurazione del grave rischio di danno nel senso del trauma da distacco dalla madre sottraente¹⁶¹.

In un caso deciso dalla *Cour de Cassation*, 12 luglio 1994, i giudici di legittimità affermano che il danno o la situazione intollerabile possono risultare sia in ragione di un nuovo cambiamento di vita sia in relazione alle condizioni nuove o ritrovate nel luogo di residenza abituale. Opinando in tal senso, si conferma la decisione di merito che aveva escluso il ritorno del minore negli Stati Uniti proprio in considerazione del danno psichico grave dovuto alla separazione dalla madre¹⁶². In senso diametralmente opposto, la pronuncia¹⁶³ in sede di legittimità avente ad oggetto la sottrazione internazionale del piccolo Lorenzo dall'Italia alla Francia. In questa sentenza la Corte di Cassazione francese conferma la sentenza di merito in cui il ritorno del minore era stato ordinato senza tener conto dell'eccezione, allegata dalla madre, del rischio di danno dovuto alla separazione dal genitore sottraente. Nei due casi citati la questione della separazione dal genitore sottraente trova due

¹⁶¹ In senso sostanzialmente analogo, Corte di Cassazione, 4 luglio 2003, n. 10577, in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 357; in questa sentenza, i giudici di legittimità, se da una parte richiamato l'orientamento per cui le eccezioni al ritorno del minore devono essere interpretate restrittivamente, considerando inoltre come il rischio di grave danno debba essere particolarmente grave e intenso, tuttavia rigettano il ricorso avverso la decisione del giudice di prime cure che aveva ritenuto fondata l'eccezione di cui all'art. 13 lett. b) per il solo fatto della separazione dalla madre sottraente.

¹⁶² Posizione fortemente criticata in dottrina, H. Muir Watt, nota a sentenza in *Revue critique de droit International privé*, 1995, p. 96. Esplicitamente contro questa impostazione, E. Gallant, la quale espressamente afferma come, in virtù di una interpretazione sistematica della norma, la causa ostativa di cui alla lett. b) dell'art. 13 deve essere letta solo con riferimento al ritorno del minore presso il genitore il cui diritto di affidamento è stato violato, già citato in nota n. 115

¹⁶³ *Cour de Cassation*, 25 janvier 2005, in *Journal de droit International*, 2006, p.141, con commento di H. Gaudemet- Tallon, *ibid.* p. 143 e ss. La pronuncia appare interessante poiché cassa con rinvio una decisione di merito secondo cui la giurisdizione francese, luogo di rifugio del minore, aveva deciso in ordine al merito del diritto di affidamento, con ciò violando la Convenzione dell'Aja 1980, ex art. 16, nella parte in cui vieta al giudice del luogo ove il minore sia stato condotto di decidere nel merito della questione della cura della prole, decisione rimessa al giudice del luogo di residenza abituale. La questione della violazione dell'art. 16 assorbe ogni altro motivo di ricorso relativo il ritorno del minore, con l'ulteriore conseguenza che la situazione giuridica del piccolo Lorenzo, sottratto nel 1999, ancora nel 2005 appariva da definire.

risposte diametralmente opposto con ciò confermando i dubbi esposti in premessa circa la coerenza di un sistema in cui a fattispecie eguali corrispondono diverse risposte giurisdizionali.

Nel caso deciso dal Tribunale di Firenze¹⁶⁴ la madre sottraente si oppone al ritorno della figlia R. in Australia ex art. 13 lett. b della Conv. Aja 1980 stante che la bambina sarebbe stata esposta a un rischio grave di danno psico fisico a causa dei problemi di alcolismo del padre, il quale consumava bevande alcoliche davanti la prole, tanto che la stessa R. ne aveva fatto uso. Il giudice di merito, in ossequio all'onere probatorio, ritiene non provata la circostanza allegata dalla madre, non soltanto per la genericità della prova fornita, ma oltremodo perché, all'esito dell'istruttoria, appariva come il padre, presso cui convivevano altre due figlie della coppia non vittime della sottrazione, si prendeva cura di loro, le ragazze erano scolarizzate con profitto e non mostravano alcun problema di ordine psicofisico. Il Tribunale conclude per l'insussistenza della causa ostativa al rimpatrio, rafforzata dalla volontà della minore di tornare presso il padre e le sorelle; disponeva quindi il ritorno in Australia.

La questione appare complessa ed occorre individuare un bilanciamento tra interesse del minore e tenuta del sistema convenzionale (che pure ruota attorno il concetto del *best interests of child*). Trattandosi di una circostanza del caso concreto è evidente il ruolo centrale dell'interprete che deve individuare la soluzione che meglio tuteli il superiore interesse del minore sottratto. Una considerazione appare però doverosa: bisogna tenere distinto il piano dell'effetto pregiudizievole a breve termine rispetto agli effetti che ci si può attendere nel lungo periodo. Più precisamente, è evidente come un bambino, che ha già subito un brusco trasferimento, può subire un trauma da un nuovo e successivo spostamento, nonché dall'allontanamento dal genitore sottraente, con cui ha convissuto da ultimo. Ma tale effetto pregiudizievole immediato deve essere bilanciato con gli effetti attesi nel lungo periodo e che conseguono al ritorno nel luogo di residenza abituale, ove il minore ritrova le proprie relazioni, le proprie abitudini e tutto quanto per lui ha un carattere di "famigliarità". Se ci si può attendere che nel bilanciamento di questi due aspetti prevalga il secondo nel caso di un ritorno disposto ed eseguito tempestivamente, non così nel caso sia decorso un rilevante arco

¹⁶⁴ Citato.

temporale che certamente rende la possibilità che il bambino senta il precedente ambiente di vita come proprio molto più difficili. Si tratta, comunque, di un accertamento che richiede indagini in fatto precise e concordanti e che non può prescindere dall'ascolto del minore, anche in tenera età, al fine di meglio comprendere i delicati equilibri psicofisici che il bambino ha instaurato¹⁶⁵.

In dottrina viene respinta un'isolata giurisprudenza che tende a ricondurre alla fattispecie di cui all'art. 13 lett b) l'eventuale opposizione del minore che, non avendo raggiunto l'età sufficiente richiesta dal successivo comma della disposizione, non rileva in via autonoma. Tale impostazione, sostenuta da una minoritaria giurisprudenza di merito¹⁶⁶, non può essere accolta: innanzitutto, non si può ritenere la sussistenza di un rischio grave per lo sviluppo del bambino nella sola sussistenza di una volontà oppositiva del minore, tale fattore può essere utilizzato, nel contesto di un più ampio quadro probatorio, per ritenere fondata l'eccezione ex art. 13 lett b), ma non può essere certo rilevato autonomamente. Questa interpretazione contrasta anche con il dato letterale per cui l'opposizione del minore viene valutata solo in caso di raggiungimento di una certa soglia di maturità, tale che si può ragionevolmente credere che il ragazzo possa essersi formato ex se un proprio convincimento.

Altrettanto poco convincente l'orientamento giurisprudenziale che ritiene integrata la fattispecie di rischio di danno in considerazione di un giudizio di prevalenza che tiene in conto le condizioni economiche dei genitori. Più in particolare, i giudici di legittimità, in un arresto del 1998¹⁶⁷, rigettano il ricorso proposto dalla madre che subiva la sottrazione dei figli dalla Svizzera all'Italia, contro il rifiuto di far ritornare i minori fondato sulla sua situazione economica che, a seguito della perdita del posto di lavoro, era considerata instabile e "inadeguata" per assicurare un buon ambiente di vita ai minori.

¹⁶⁵ Il riferimento è ancora al famoso caso *Neulinger* ove evidentemente il ritorno del piccolo Noam doveva essere rigettato in ragione dell'art. 13 lett. b). La giurisdizione svizzera si sofferma solo sulla necessità di non attribuire un risultato favorevole alla madre sottraente, dichiarando non potersi ritenere integrata la causa ostativa per il fatto della separazione dall'autore dell'illecito. Invero, interpretando l'eccezione alla luce del superiore interesse appare evidente come il piccolo Noam avrebbe subito un grave danno in ragione del suo ritorno in Israele, poiché alla separazione dalla madre si aggiungeva la collocazione presso i servizi sociali, l'incapacità del padre a prendersi cura del figlio, la questione dell'educazione oltranzista e religiosa voluta dal padre. Si trattava di circostanze allegare e documentate in atti che certamente avrebbero dovuto guidare il giudice verso l'integrazione della causa ostativa al rimpatrio.

¹⁶⁶ Cour d'Appel de Grenoble, 26 giugno 2002, in *Droit de la famille*, 2003, p. 10.

¹⁶⁷ Corte di Cassazione, 23 settembre 1998, n. 9499, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, p. 590.

4.3. La volontà oppositiva del minore

L'art. 13, secondo comma, disciplina un'ulteriore causa ostativa al rimpatrio del minore sottratto, quale espressione di una perdurante valutazione del superiore interesse del fanciullo. Il giudice potrebbe, infatti, tenere in considerazione la volontà oppositiva del bambino tutte le volte in cui egli abbia raggiunto un sufficiente grado di maturità che imponga di tener conto del suo libero convincimento. Tale norma si spiega nell'esigenza di coinvolgere sempre più il ragazzo nel processo decisionale che lo riguarda, anche considerando come più difficilmente un bambino nell'età della preadolescenza può essere sottratto e trattenuto senza il suo consenso. Tale causa ostativa al rimpatrio, in ogni caso, è rimessa alla discrezionalità e al prudente apprezzamento del giudice di merito che è investito della "possibilità" di non disporre il rientro: non si tratta di una causa automatica di rigetto dell'istanza di rientro, ma di un fattore che può essere valutato dall'interprete del caso concreto.

La giurisprudenza e la dottrina hanno ricostruito gli elementi essenziali per ritenere integrata la fattispecie dell'opposizione del minore al suo rientro. Innanzitutto, deve trattarsi una volontà non equivoca, che deve risultare in maniera espressa e chiara¹⁶⁸; occorre che il minore si rifiuti palesemente al suo ritorno al luogo di residenza abituale precedente all'illecito, non già di una manifestata preferenza per il genitore sottraente¹⁶⁹; infine, il minore deve avere un'età e un grado di maturità tale che il suo convincimento possa essere ritenuto rilevante. Sul punto, la Conv. Aja 1980 e il regolamento "*Bruxelles II bis*" non forniscono elementi utili a predeterminare in astratto quando la volontà del minore possa rilevare: si tratta di una valutazione caso per caso rimessa al prudente apprezzamento del giudice. Centrale è allora una corretta audizione del minore, dalla quale possa emergere se il fanciullo stia realmente manifestando una propria opinione o se il suo pensiero sia stato coartato dal genitore sottraente (in questo senso emerge con forza la problematica della sindrome da alienazione parentale).

Secondo una parte della dottrina, l'utilizzo di tale disposizione appare casisticamente poco significativo (o dovrebbe esserlo) poiché trattasi di una causa di non ritorno che tiene in

¹⁶⁸ Tribunale de grande instance de Guingamp, 2 septembre 1999; Tribunale de grande instance de Niort, 9 janvier 1995; pubblicate entrambe nella banca dati *incadat*.

¹⁶⁹ Cour d'Appel de Grenoble, 29 mars 2000, *incadat*.

conto la volontà dei ragazzi più maturi (adolescenti o preadolescenti), sovente però la prassi mostra come i casi di sottrazione internazionale riguardano minori in tenera età, troppo sensibili e con una volontà facilmente coartabile affinché possano esprimere una rilevante opposizione al ritorno¹⁷⁰.

4.4. Il principio del *best interests of child* come causa ostativa al rimpatrio

Come affermato sopra, emerge da ultimo un orientamento giurisprudenziale, sostenuto anche da autorevoli Corti europee, tendenti ad attribuire alla clausola generale del superiore interesse del minore natura giuridica di causa ostativa al rimpatrio. Si tratta di decisioni in cui, pur non rinvenendo nel caso di specie la sussistenza di cause ostative codificate, si giunge alla decisione di non ritorno del minore sulla base di motivazioni legate alla tutela del suo superiore interesse.

Questo tipo di argomentazione giuridica si riscontra nel caso *Neulinger/Shuruk* deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁷¹, rinviando al capitolo III l'attenta analisi della vicenda, in questa sede occorre solo riferire come la Corte europea nel risolvere il caso della sottrazione internazionale del piccolo Noam decide sul non ritorno del minore proprio in ragione della tutela del suo superiore interesse a non essere separato dalla madre sottraente, innovando rispetto ai precedenti giurisprudenziali relativi al medesimo caso in cui l'argomentazione principale a sostegno del ritorno del minore era proprio l'impossibilità di considerare come causa ostativa al ritorno il rischio di danno correlato alla separazione dal genitore sottraente. La Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene di fondare l'eccezione al rimpatrio sulla sola considerazione del superiore interesse del minore, fondando così un orientamento giurisprudenziale che considera tale clausola generale non già come chiave di interpretazione del sistema, ma come fattispecie autonoma.

Questo percorso ermeneutico viene ripreso dalla *Cour de Cassation française*, nella sentenza n. 107 del 13 aprile 2013, che ha cassato la decisione di ritorno del minore sul presupposto che la separazione dalla madre sottraente sarebbe contraria al suo superiore

¹⁷⁰ Vedi in questo senso la nota a sentenza della Cour de Cassation 14 febbraio 2006, di E. Gallant, in *Revue critique de droit International privé*, 2007, p. 97 e ss.

¹⁷¹ Per un'analisi approfondita del caso e della pronuncia vedi capitolo III, par. 3.2

interesse, individuando nel criterio del *best interests of child*, una possibile causa autonoma ostativa¹⁷².

Solo apparentemente simile il caso deciso dal Tribunale di Bruxelles, 17 giugno 2010, in cui si nega l'affidamento del minore al padre, vittima della sottrazione internazionale, con contestuale provvedimento di ritorno, poiché il rientro del bambino, perfettamente integrato in Spagna, sarebbe contrario al suo superiore interesse. Il caso in esame, in cui potrebbe sembrare che il giudice di merito utilizza il criterio del *best interests of child* per impedire il ritorno del minore quale causa ostativa autonoma, si pone in discontinuità rispetto ai casi prima analizzati. Vero è che il giudice si riferisce alla necessità di non separare il bambino dalla madre sottraente, considerato come sarebbe contrario al suo superiore interesse patire le conseguenze sanzionatorie dell'illecito commesso dalla madre, ma in questo caso l'organo decidente non era il giudice del ritorno (ossia l'autorità del luogo di rifugio), ma il giudice del luogo di residenza abituale, chiamato a "riscrivere" il provvedimento di non ritorno del giudice spagnolo ex art. 11.6 del regolamento "*Bruxelles II bis*". Si tratta, quindi, dell'autorità che, lungi dall'operare un giudizio sommario, è chiamata a valutare in concreto il superiore interesse del minore, potendo addivenire ad una decisione nel merito del diritto di affidamento.

Questo orientamento, non ancora consolidato ma in espansione nella giurisprudenza di legittimità, si mostra debole per almeno due ordini di ragioni. *In primis*, la dicotomia tra regola (ritorno del minore) ed eccezione (cause ostative al rimpatrio) appare supportata, a livello di scelta normativa, dal principio del superiore interesse del minore. In particolare, proprio la tutela dei diritti fondamentali del fanciullo giustifica la presunzione per cui il ritorno del minore rappresenta la migliore soluzione possibile ai casi di *legal kidnapping*: l'automatismo del ritorno, se tempestivamente deciso nello spirito della Conv. Aja 1980 e del regolamento "*Bruxelles II bis*", consente di ridurre il trauma psichico che comunque il minore ha già patito a causa del suo trasferimento illegittimo. Lo stesso impianto normativo, sempre in considerazione del superiore interesse, statuisce quei casi in cui, viceversa, il ritorno del

¹⁷² Sul punto vedi, N. Di Lorenzo, "*Il superiore interesse del minore sottratto supera l'applicazione della Convenzione dell'Aja 1980*", contributo in fase di pubblicazione in *Diritto della famiglia e delle persone*.

minore aggrava le conseguenze del trauma della sottrazione illegittima, con ciò pregiudicando ulteriormente il suo sviluppo psicofisico. Orbene, tale dicotomia si fonda sul principio del superiore interesse per cui appare contrario all'intenzione del "legislatore" internazionale utilizzare il principio del *best interests of child* per riscrivere i contenuti della normativa internazionale. Si tratta, in conclusione, di un'operazione ermeneutica non supportata da alcun dato testuale normativo, pertanto confutabile circa la sua ammissibilità.

In secondo luogo, il giudizio per il ritorno del minore è necessariamente un procedimento sommario, cioè non di cognizione piena, per cui la rigida interpretazione delle cause ostative al rimpatrio si giustifica proprio in ragione alla necessità di pervenire ad una decisione celere, ancorchè sommaria. L'interesse superiore del minore, nella sua dimensione a lungo termine, deve essere oggetto di un giudizio di merito, a cognizione piena, devoluto, *expressi verbis*, al giudice naturale della prole (il giudice del luogo di residenza abituale prima dell'illegittimo trasferimento) che rappresenta l'autorità che meglio può pervenire ad una decisione nel merito della cura del minore. Ne deriva come, riconoscere un ampio potere discrezionale al giudice del luogo di rifugio, volto a determinare cosa sia nell'interesse del minore a lungo termine, viola l'impianto convenzionale e la tutela del diritto fondamentale a non essere distolti dal proprio giudice naturale. Inoltre, si ingenera una indebita confusione tra giudizio sommario e giudizio di merito¹⁷³.

A parere di chi scrive, pertanto, l'indirizzo giurisprudenziale da ultimo emerso non può essere condivisibile, per le ragioni testè analizzate, oltre che per il rischio di attribuire ai giudici di merito la possibilità di utilizzare una clausola generale come quella del superiore interesse del minore, che potrebbe determinare un'eccessiva discrezionalità in capo al giudice del caso concreto, con un'eterogeneità di decisioni che pregiudica la tenuta e la credibilità del sistema internazionale a tutela del minore sottratto.

5. I diritti processuali del minore sottratto: il diritto a essere parte del procedimento e il diritto all'ascolto

¹⁷³ Tale posizione ermeneutica appare sostenuta, tra gli altri, da M. Farge, "*Retour perplexe sur l'application directe de la Convention de New York: la référence à l'intérêt supérieur de l'enfant est-elle opportune?*", in *Droit de la famille*, 2006, p. 38

Il minore sottratto si trova oggetto di diverse procedure giurisdizionali che lo riguardano, in cui si vedono contrapposti i genitori e le loro posizioni, e all'esito delle quali viene deciso il suo futuro. Attribuire al fanciullo il diritto di partecipare a questi procedimenti, potendo rappresentare al giudice il proprio convincimento, i propri desideri e bisogni, significa garantire la possibilità che si realizzi un equo processo, ove il soggetto protagonista possa trovare la sua giusta collocazione. Nel processo relativo al ritorno del minore, il punto di vista del fanciullo sottratto appare di notevole importanza, considerato come la decisione del giudice è ispirata al principio del suo superiore interesse. La normativa internazionale è costruita attorno alla presunzione che appare nel *best interests of child* dispone il suo rientro presso il genitore affidatario e presso il luogo di residenza abituale. Tale presunzione conosce le sole eccezioni fondate su una diversa considerazione del superiore interesse del bambino coinvolto il quale potrebbe subire un evidente rischio di danno fisico o psichico a causa del suo ritorno o, ancora, si opponga a rientrare, avendo però conseguito un'età tale da considerarlo maturo per esprimere il proprio convincimento. Comprendere a pieno se sussistono cause ostative al ritorno del minore comporta la necessità di entrare in relazione con il bambino sottratto: non si potrebbe giudicare il rischio di un danno o l'opposizione al ritorno se non nel confronto diretto con il protagonista della vicenda. Vi è di più. Consentire che siano i genitori in lite a fornire al giudice elementi atti a giudicare sull'eventuale presenza di cause ostative al ritorno, comporta il rischio di una strumentalizzazione e parzializzazione della realtà, a discapito della tutela del superiore interesse del bambino a preservare rapporti stabili con entrambi i genitori¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Nel caso, ancora pendente, di tre minori sottratti dalla madre da Catania verso Londra, il ritorno dei minori veniva negato dai giudici londinesi ritenendo sussistente il rischio grave di cui all'art. 13 lett. b della Conv. Aja 1980, a causa del presunto comportamento violento del padre nei confronti della madre. La stessa presentava apposita denuncia penale presso le competenti autorità londinesi. Successivamente, il procedimento penale a carico del sig. X si concludeva con una piena assoluzione, considerato come, all'esito di adeguate indagini, si concludeva per l'insussistenza dei fatti addebitati al presunto reo, in quanto frutto di pura invenzione della moglie. Tuttavia i minori restano tutt'oggi a Londra con la madre e non vedono il padre da oltre due anni a causa dell'opposizione della sig. X. In questo caso l'accertamento processuale che conduceva alla pronuncia di non ritorno del minore si fondava solo sulle esposizioni della madre, senza attribuire peso alla volontà dei minori (i quali avevano riferito di aver visto una sola volta il padre "spingere" la madre), le quali poi risultavano frutto di pura invenzione! Il caso è oggi pendente e il padre sta presentando ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo rilevando la violazione dell'art. 8 CEDU per avere le autorità statali inglesi omesso di garantire il diritto al rispetto della vita privata e familiare, *sub specie* di diritto a mantenere relazioni stabili e significative con i propri figli.

Seppure a oggi non venga riconosciuta né a livello normativo né a livello giurisprudenziale la posizione di parte processuale al minore nel procedimento di ritorno (con l'ulteriore conseguenza che ogni sua istanza autonoma deve essere eventualmente giudicata irricevibile¹⁷⁵), non si può non considerare il bambino come una parte sostanziale del rapporto processuale i cui diritti e interessi non sempre possono essere rappresentati dal genitore in lite. Il riconoscimento di una posizione sostanziale al minore¹⁷⁶ non implica la possibilità per il bambino di far valere una sua difesa autonoma all'interno del procedimento che lo riguarda ma rende più rigoroso il dovere del suo ascolto, della presa in considerazione delle sue istanze che non possono essere mediate dal genitore in lite che incardina una posizione sostanziale e processuale del tutto differente¹⁷⁷. Nel nostro ordinamento, la mancata considerazione normativa del minore come parte del processo appare avallata da una pronuncia della Corte Costituzionale del 1986 che riteneva non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Genova in relazione alla mancata previsione, nei giudizi di separazione e divorzio, della nomina di un curatore speciale per i figli minori¹⁷⁸.

Non bisogna quindi confondere la previsione normativa di alcuni diritti processuali¹⁷⁹ in capo al minore, dalla differente attribuzione della qualifica di parte del processo avente a oggetto la sottrazione internazionale. Esclusa quest'ultima possibilità, viene riconosciuto il diritto del bambino a essere ascoltato in ogni procedimento che lo riguarda. Seppure tale diritto viene sancito già nella Convenzione di New York del 1989, ancora di recente si assiste a una certa reticenza nella prassi applicativa ad avvalersi di uno strumento così prezioso per la compiuta tutela del *best interests of child*.

¹⁷⁵ M.F. Tremoureux, “*Le contentieux de l'autorité parentale*”, in AA. VV., *Les états généraux du mariage: l'évolution de la conjugalité*, Actes du colloque de Toulouse organisé par le Centre de droit privé le 21 juin 2007, 2008, p. 163.

¹⁷⁶ In tal senso si pronuncia la Corte di Cassazione, 21 ottobre 2009 n. 22238, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2010, p. 106, con commento di M. G. Ruo, “*The long, long way del processo minorile verso il giusto processo*”, ibid. p. 119 e ss.

¹⁷⁷ Per una riflessione sul tema, J. Hauser, “*La place de l'enfant dans les procès relatifs à l'autorité parentale*”, in *L'autorité parentale en question, Ouvrage issu des journées d'études des 13 et 14 décembre 2001*, a cura di F. Dekeuwe – Défossez e C. Choain, Lille, 2003.

¹⁷⁸ In sentenza la Corte Costituzionale afferma, più precisamente, che il minore non può essere considerato parte del processo di separazione o divorzio perché questo non incide sullo *status* di figlio e, inoltre, una sua posizione autonoma potrebbe esasperare il conflitto tra genitori e figli. Corte Costituzionale, 8 aprile – 14 luglio 1986, n. 185, in *Foro Italiano*, 1986, p. 2679.

¹⁷⁹ Vedi anche A. Scolaro, “*Il diritto di difesa del minore*”, in *Minorigiustizia*, 2008, p. 160 e ss.

Prima ancora di esaminare la più rilevante giurisprudenza sul punto, occorre ribadire come il diritto a essere ascoltato trova una sua collocazione in diversi strumenti internazionali, nonché, a livello nazionale italiano, nell'art. 155 *sexies* del c.c., così come modificato con la legge 54/2006. Nonostante i diversi riferimenti normativi in tema di ascolto del minore, si fatica ancora a ritenere tale atto processuale come dovuto, anche se a tutt'oggi, almeno nel quadro giuridico dell'Unione europea non dovrebbe più dubitarsi della sussistenza dell'obbligo di audizione del minore rivolto al suo giudice naturale.

Procedendo con ordine nel sistema normativo di riferimento, a livello universale, è l'art. 12 della Convenzione di New York a chiarire che gli Stati contraenti si impegnano a <<garantire al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo riguarda>>. Speculare a tale diritto il dovere dell'adulto di prendere in considerazione l'opinione del fanciullo, proporzionatamente alla sua età e al suo grado di maturità. Non diversamente prevede l'art. 3 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996: il fanciullo, considerato dal diritto interno come avente sufficiente discernimento, ha diritto non solo di essere consultato e di esprimere la propria opinione, ma altresì di chiedere un aiuto per formarsi un convincimento, ottenendo tutte le informazioni pertinenti anche in ordine alle conseguenze delle sue scelte. Per rendere ancora più effettivo tale diritto, l'art. 6 della stessa Convenzione impone al giudice del caso concreto di accertarsi che tali informazioni siano state fornite e prescrive l'ascolto diretto e se necessario in privato.

A livello europeo, la Raccomandazione 1121(1990) dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa sollecita tutti gli Stati parte a un'effettiva applicazione della Convenzione di New York, soffermandosi in particolare sulla necessità di meglio informare i minori sui loro diritti e di istituire per loro un mediatore con compiti di informazione e consiglio. L'Unione europea appare ancora più convinta dell'importanza del diritto del minore a essere ascoltato tanto che la Carta di Nizza riconosce espressamente e in via autonoma tale diritto all'art. 24; nell'ambito del diritto derivato, il regolamento "*Bruxelles II bis*", dopo aver disposto l'obbligo di ascoltare il minore nel procedimento di ritorno, prescrive l'impossibilità di rendere esecutive le decisioni se all'interno del procedimento non si è proceduto alla sua audizione (art. 23 lett c; artt. 41 e 42).

A livello interno, il nostro ordinamento non conosce l'espressione "ascolto del minore" ma si parla di un obbligo o di una facoltà del giudice di "sentire" il fanciullo. La diversità di formulazione linguistica, secondo parte della dottrina, comporta una minore incisività della parola del bambino all'interno del processo, quasi riconoscendo poca incisività al verbo "sentire". Si rileva, inoltre, una certa disomogeneità in relazione all'età a partire dalla quale bisogna procedere all'audizione, determinando un sistema alquanto frammentato¹⁸⁰. Più di recente, la legge 8 febbraio 2006, n. 54, prescrive che il giudice, nell'ambito dei procedimenti di separazione e divorzio, prima di emanare i provvedimenti provvisori, "dispone l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento". Si tratta di un'importante innovazione che rende necessario (obbligatorio) sentire i bambini che abbiano compiuto i 12 anni e, ove opportuno, anche i più piccoli nei procedimenti relativi alla disunione della coppia. Il verbo "disporre" utilizzato al presente non lascia dubbi circa l'obbligatorietà dell'ascolto del minore che abbia compiuto gli anni dodici, mentre margini di discrezionalità residuano in capo al giudice per quanto concerne i figli più piccoli¹⁸¹.

A ben vedere, la normativa internazionale richiamata si caratterizza per la sua forza vincolante all'interno del nostro ordinamento interno, ciò in relazione all'avvenuta ratifica degli strumenti convenzionali, da una parte, all'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea derivato in materia, dall'altra. Ciononostante, la giurisprudenza di legittimità, in particolare, non riconosceva, sino a qualche anno fa, alcuna portata vincolante all'ascolto del minore, sancendo in alcuni casi come il vizio procedurale relativo alla mancata audizione del bambino non costituisca nullità rilevabile d'ufficio, trattandosi di mera prescrizione¹⁸². In tema poi di sottrazione internazionale di minore, i giudici di legittimità escludevano

¹⁸⁰ In via esemplificativa, l'art. 371 c.c. prescrive l'obbligo di sentire il minore che ha compiuto dieci anni prima di deliberare in merito al luogo dove deve essere allevato; l'art. 145 c.c., in materia di disaccordo dei coniugi sull'indirizzo della vita familiare, richiede l'ascolto dei figli ultrasessantenni; l'art. 316 c.c., sulle controversie in materia di potestà genitoriale, impone l'ascolto dei minori ultraquattordicenni. Appare chiaro come la disomogeneità in materia di età sia più giustificata da una diversa epoca in cui le norme sono state introdotte, piuttosto che da una reale considerazione dell'incidenza della volontà del minore sul *thema decidendum*.

¹⁸¹ Contro tale impostazione, alcuni autori ritengono ancora di poter considerare l'ascolto del minore una mera facoltà del giudice del caso concreto, L. Salvaneschi, "I procedimenti di separazione e divorzio", in *Famiglia e diritto*, 2006, p. 366.

¹⁸² Corte di Cassazione, 10 maggio 2001, n. 6470, in *Famiglia e diritto*, 2001, p. 562.

l'obbligatorietà dell'ascolto del minore nel procedimento di ritorno, senza operare alcun cenno alla normativa internazionale in materia di diritti del fanciullo¹⁸³. Sovente, le disposizioni in materia di audizione del minore nei procedimenti che lo interessano vengono interpretate restrittivamente, inquadrando tale atto del giudice come una mera facoltà rimessa al suo prudente apprezzamento e non già come un obbligo¹⁸⁴. Questo orientamento giurisprudenziale svisciva la portata delle norme in materia di audizione del bambino e rende inattuabile un diritto riconosciuto a livello internazionale.

Sulla natura giuridica dell'art. 12 della Convenzione di New York si è espressa la Corte Costituzionale con un'importante sentenza del 2002 con la quale è stata affermata la natura immediatamente precettiva del disposto di cui all'articolo in commento¹⁸⁵. Per quanto concerne, invece, il valore giuridico dell'art. 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo, la portata vincolante è stata affermata con una sentenza della Corte di Cassazione del 2007¹⁸⁶.

In ragione di questi importanti sviluppi, la più recente giurisprudenza inizia a considerare il diritto all'ascolto come un vero e proprio diritto soggettivo del minore, direttamente azionabile all'interno del procedimento e fonte di obbligo per il giudice del caso concreto. Il diritto del minore a essere ascoltato sconta ancora diverse reticenze e si può parlare di una sua difficile attuazione. Non mancano casi in cui si ritiene ancora il bambino

¹⁸³ Corte di Cassazione, 19 dicembre 2003, n. 19544, in *Foro Italiano*, 2004, p. 2166

¹⁸⁴ Corte di Cassazione, 9 novembre 2004, n. 21359, in *Giustizia civile*, 2005, p. 2363. Non meno incoraggiante la prassi giudiziaria così come fotografata da una ricerca del 2001 svolta dall'associazione nazionale magistrati. Il questionario sottoposto ai magistrati per quanto concerne i procedimenti di separazione e divorzio riferiva i seguenti risultati: soltanto il 6% degli intervistati dichiara di sentire i figli minori delle coppie; il 74% risponde "raramente"; il 16% riferisce di non sentire mai la prole. Per un'analisi più approfondita, L. Fadiga, *Problemi vecchi e nuovi in tema di ascolto del minore*, in *Minori e giustizia*, 2008, p. 132.

¹⁸⁵ Corte Costituzionale, 30 gennaio 2002, in *Famiglia e diritto*, 2002, p.229, con nota di F. Tommaseo, "Giudizi camerali de potestate e giusto processo". il principio è stato affermato con riferimento al procedimento di cui all'art. 336 c.c. avente a oggetto la limitazione della potestà genitoriale. Più in particolare, la pronuncia in commento appare centrale nel quadro della tutela degli interessi e dei diritti del minore poiché riconosce la qualità di parte in senso sostanziale alla prole nei procedimenti di separazione e divorzio. Tuttavia, analoga conclusione non può inferirsi per quanto attiene al procedimento sommario di ritorno del minore, come chiarito in Corte di Cassazione, 10 ottobre 2010, n. 15145, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, p.1023. Nella parte motiva della sentenza si evidenzia come dalle norme vincolanti in materia di ascolto del minore non può conseguire una *legitimitas ad processum* del minore, poiché questa dovrebbe essere conferita positivamente dal legislatore.

¹⁸⁶ Più in particolare, si vedano le considerazioni già espresse *supra* in merito alla limitata applicazione della Convenzione sui diritti del fanciullo, nota 67.

incapace di esprimere una propria opinione. In questo senso si pronuncia, in aperto contrasto con tutti gli obblighi internazionali assunti, la Corte di Cassazione¹⁸⁷ che, confermando sul punto la pronuncia di merito, ritiene di dichiarare irrilevante la volontà del minore poiché incapace di formarsi un proprio convincimento. Questo genere di pronunce appaiono del tutto isolate nel contesto odierno che si caratterizza per un generale riconoscimento del diritto del minore a essere ascoltato¹⁸⁸, tuttavia ostacoli a un pieno esercizio di tale diritto sono determinati: a) dalla mancata consacrazione a livello normativo del *modus* attraverso cui ascoltare il minore; b) dalla disomogeneità con cui si riconosce, nella giurisprudenza, la capacità di discernimento e, correlativamente, si attribuisce rilevanza alla volontà espressa.

Il primo ordine di problemi attiene alle modalità con cui bisogna procedere all'ascolto del bambino sottratto. Invero, sul punto la normativa internazionale e nazionale tace con l'ulteriore conseguenza che si tratta di una scelta rimessa all'esclusiva discrezionalità del giudice del caso concreto. Più in particolare, le disposizioni rilevanti parlano di un ascolto diretto da parte del magistrato e, se del caso, in privato. Dibattuta la necessità di procedere all'ascolto disponendo una consulenza tecnica d'ufficio e nominando esperti capaci di interagire con il minore in maniera qualificata, anche al fine di meglio carpire i suoi desideri e il suo stato d'animo. In dottrina si richiama l'attenzione alla scelta di modalità di ascolto che rendano l'esperienza per il minore destrutturata e non traumatica¹⁸⁹, solo l'instaurazione di una relazione serena tra giudice e minore metterà il bambino in condizioni di esporre liberamente e senza timore il suo punto di vista.

Nel caso della sottrazione internazionale del piccolo XX da parte del padre, allontanato dalla cura della madre e dalla residenza abituale in Slovacchia e condotto in Italia, la Corte di

¹⁸⁷Corte di Cassazione, 15 gennaio 2010, n. 567, con nota di D. Morello di Giovanni, "La Suprema Corte, la Convenzione di New York sui diritti del minore e la capacità di discernimento del fanciullo", in *Famiglia e diritto*, 2011, p. 779. Il caso riguardava la convivenza dello straniero extracomunitario con un parente minore cittadino italiano di quarto grado, si trattava di decidere se la volontà del minore di convivere con il parente straniero potesse rilevare come causa di opposizione all'espulsione.

¹⁸⁸ In questo senso anche Corte Costituzionale, 11 marzo 2011, n. 83 in cui si afferma, citando la Convenzione di New York, che gli Stati membri hanno l'obbligo di garantire ai fanciulli che abbiano capacità di discernimento il diritto di esprimere liberamente la propria opinione su ogni questione di loro interesse e che a tal fine si deve dare ai fanciulli la possibilità di essere ascoltati in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che li riguardi.

¹⁸⁹ P. Martinelli, "Spunti di aggiornamento sugli ascolti del minore", in *Minori e giustizia*, 2006, p. 148. Vedi anche, P. Pazè, "L'ascolto del minore", relazione tenuta il 9 novembre 2003 all'incontro di studio *Il bambino ascoltato*, in *Psicoanalisi e metodo*, 2004, p. 57.

Cassazione¹⁹⁰ si trova a dover giudicare della legittimità della pronuncia di primo grado con la quale il Tribunale per i minorenni di Venezia disponeva il ritorno del bambino in Slovacchia presso la madre nonostante, a seguito della sua audizione in giudizio, il minore avesse espresso la volontà di restare con il padre in Italia. In materia di modalità di ascolto del minore, la Corte di Cassazione ritiene non fondata la censura di violazione dell'art. 12 della Convenzione di New York nella parte in cui si contestava che il giudice di merito non avesse disposto una consulenza tecnica d'ufficio per sentire il minore sottratto. I giudici di legittimità ritengono non fondata la questione in quanto non si prospetta alcuna violazione della normativa internazionale, stante che non è prescritta alcuna modalità specifica di ascolto del bambino. Inoltre, nell'ambito del procedimento di ritorno del minore sottratto, la consulenza tecnica appare contraria all'istanza di celerità e urgenza tipica di un giudizio che deve essere concluso tempestivamente.

Nonostante la sentenza si apprezzi per aver riconosciuto la natura di diritto soggettivo all'ascolto del minore e per averne disposto l'obbligatorietà in capo al giudice, tuttavia non si può non rilevare come la *quaestio* delle modalità dell'ascolto attiene alla stessa fruibilità del diritto. L'effettivo esercizio di questo diritto del minore dipende dalla concreta possibilità che egli stesso ha di comprendere la portata e l'importanza del suo incontro con l'operatore del diritto. La necessità di fornirgli adeguate informazioni e di carpire le sue reali istanze appare centrale per garantire effettività a questo strumento processuale e per non svilirlo della sua reale portata a sostegno del superiore interesse del bambino sottratto.

Un secondo ordine di problemi che rendono critica l'effettività del diritto all'ascolto attiene al difficile compito ermeneutico rimesso al giudice di merito chiamato a decidere sulla capacità di discernimento del minore. Più in particolare, la normativa internazionale è costruita attorno al concetto del sufficiente grado di maturità del bambino che esprime la propria volontà. La rilevanza di quest'ultima nel processo decisionale discende proprio dal giudizio circa la capacità di autodeterminarsi del protagonista della vicenda processuale; in questo senso il rifiuto del minore di ritornare nel Paese di residenza abituale integra una delle cause ostative al rimpatrio ex art. 13 lett. c) della Conv. Aja 1980 solo se il giudice di merito ritenga il fanciullo capace di discernimento e apprezzi la sua volontà come meritevole di

¹⁹⁰ Corte di Cassazione, 27 luglio 2007, n. 16753, citata.

essere ascoltata: correlativamente la volontà espressa troverà accoglimento solo se giudicata proveniente da un bambino “maturo”. Si tratta tuttavia di un giudizio alquanto discrezionale in cui emerge tutto il potere decisionale del giudice di prime cure (stante che una decisione adeguatamente motivata, attenendo il merito della controversia, non potrebbe essere giudicata in sede di legittimità)¹⁹¹. La giurisprudenza sul punto appare alquanto variegata. Non mancano pronunce in cui si ritiene capace di discernimento il minore di anni sei, mentre sussistono casi in cui l’opinione di un bimbo di dieci anni non trova ingresso nel giudizio¹⁹². Interessante in questo senso la sentenza della Corte di Cassazione, già in commento, in cui si è ritenuta l’opinione del minore sottratto (XX), che si opponeva al suo ritorno, assolutamente irrilevante in quanto proveniente da un bambino di anni undici che non presentava un sufficiente grado di maturità¹⁹³. La sentenza si distingue per l’enunciazione di un principio di diritto che appare interessante. Invero, i giudici di legittimità sembrano inquadrare in maniera diversa il valore della volontà del minore nel giudizio relativo al suo ritorno, rispetto al procedimento di merito in tema di affidamento. Seguendo il percorso argomentativo della sentenza, si potrebbe affermare che la volontà del minore, all’interno della decisione di rientro

¹⁹¹ Nel sistema giurisdizionale belga, l’art. 931 del codice di procedura prevede che nel caso in cui il giudice di prime cure escluda l’audizione del minore in ragione della sua mancanza di discernimento, tale decisione non può essere sottoposta ad appello. La Corte costituzionale, con sentenza 29 aprile 2010, ha ritenuto la legittimità di tale sistema giuridico, riconoscendo al minore spazi di impugnativa solo nel caso in cui l’ascolto sia escluso per motivi diversi dalla mancanza di discernimento. Sentenza pubblicata in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2011, p. 197.

¹⁹² In Corte di Cassazione, 10 ottobre 2003, n. 15145, si rileva la incensurabilità della decisione del giudice di prime cure che aveva ritenuto non sussistere la capacità di discernimento dei minori Alfonso e Antonio, illegittimamente trasferiti in Italia dal padre (vittime in verità di due successive sottrazioni internazionali), nonostante avessero presumibilmente espresso la volontà di vivere con il papà. L’ascolto dei bambini, di età rispettiva di 7 e 3 anni, veniva escluso in ragione di un possibile trauma psichico in ragione dell’audizione, nonché a causa dell’inaffidabilità delle loro scelte, soggette a probabili influenze esterne. In Corte di Cassazione, 4 luglio 2003, n. 10577 si rileva come nel giudizio di merito la posizione dei minori Sarah e Joseph, trattenuti in Italia dalla madre, di anni 9 e 6, viene tenuta in debita considerazione, fondando l’eccezione di non ritorno su un possibile rischio di trauma dovuto alla separazione dalla madre sottraente, così come esposto nelle dichiarazioni dei bambini. Allo stesso modo, nel caso deciso dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, 17 luglio 2008, ricorso n. 5808/02, *Leschiutta e Fraccaro v. Belgio*, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2008, p. 960, si evince come il non ritorno dei minori era stato disposto dai giudici di merito tenendo in considerazione l’opinione dei bambini sottratti dall’Italia al Belgio, i quali manifestavano la sofferenza di separarsi dalla madre. I minori avevano, all’epoca dell’ascolto, rispettivamente 7 e 5 anni. In questo caso la capacità di discernimento è stata ritenuta esistente e le opinioni dei piccoli valide per fondare una decisione di non ritorno.

¹⁹³ Più precisamente, la Corte di Cassazione ritiene le opinioni espresse dal bambino frutto delle insistenze del padre, trattandosi di discorsi che certamente il minore aveva udito dagli adulti, non costituendo argomentazioni proprie di un preadolescente (si trattava di giudizi di valore circa il miglior clima culturale nel quale essere educato).

presso la residenza abituale, rileva solo e in quanto possa integrare una delle cause ostative al rimpatrio, tassativamente previste dalla normativa internazionale in materia (ossia quando si tratti del rifiuto al ritorno espresso da un minore che abbia raggiunto un sufficiente grado di maturità o se il disagio espresso possa essere qualificato in termini di rischio di pericolo di danno grave per il fatto del ritorno). Al di là delle ipotesi descritte dalla normativa non vi è spazio per riconoscere rilevanza alla volontà del bambino sottratto: *“al volere del minore poteva essere dato il giusto peso, avanti il giudice naturale, nel giudizio relativo alla determinazione dell’affidamento del minore e nella decisione circa le concrete modalità dello stesso, ma esso non appariva, tuttavia, tale da fondare da solo, in presenza di un comportamento di sottrazione illecita da parte del padre ed in assenza di pericolo di grave pregiudizio, una decisione di rigetto del ricorso”*.

In conclusione, il diritto all’ascolto del minore sottratto diviene strumento per verificare la sussistenza di una delle cause ostative al rimpatrio, la volontà del bambino sottratto, quindi, non potrebbe *ex se* giustificare un provvedimento di non ritorno che esuli dalle ragioni tassativamente disciplinate. L’ascolto del minore sottratto diviene, quindi, obbligatorio ma rappresenta un mezzo attraverso cui il giudice possa fondare il proprio convincimento circa la decisione di ritorno, anche al fine di escludere le eventuali cause ostative¹⁹⁴.

Le questioni sin qui prospettate in ordine al diritto all’ascolto del minore sono affrontate anche all’interno di una pronuncia della Corte di Cassazione del 2008¹⁹⁵ ove veniva censurata la valutazione del giudice di prime cure che aveva considerato l’opinione del piccolo XX, sottratto dal padre e condotto da Bruxelles a Milano, irrilevante non riconoscendo al bambino un sufficiente grado di maturità tale da poter dar seguito alla sua volontà di non ritornare presso la madre. In particolare, si riteneva violata la normativa internazionale in materia di ascolto poiché il giudizio circa la mancanza di capacità di discernimento andrebbe effettuata attraverso l’ausilio di esperti che possano esperire indagini psicoanalitiche sul bambino, disponendo quindi una consulenza tecnica d’ufficio. Anche in questo caso la Corte di Cassazione conferma il precedente orientamento giurisprudenziale secondo cui la consulenza

¹⁹⁴ Tale affermazione e’ contenuta per la prima volta per i casi di sottrazione internazionale in Corte di Cassazione, 16 aprile 2007, n. 9094.

¹⁹⁵ Corte di Cassazione, 15 febbraio 2008, n. 3798, in *Famiglia e diritto*, 2008, p. 885, citata; con nota di A. Liuzzi, *“Sottrazione internazionale di minori e questioni processuali: ancora in tema di ascolto e di residenza del minore”*, ibid. p. 888.

tecnica sarebbe esclusa nei casi di sottrazione internazionale proprio in ragione della celerità di questo procedimento. La voce del minore potrebbe trovare adeguato ascolto all'interno del procedimento di merito per la modifica delle condizioni dell'affidamento, non integrando nel caso di specie una causa ostativa al rientro.

Come ogni diritto riconosciuto al minore, anche il diritto all'ascolto deve essere corroborato alla luce del principio del superiore interesse del minore. La disciplina del regolamento "Bruxelles II bis" sul punto appare esplicita. L'audizione del bambino deve essere esclusa tutte le volte in cui sia contraria al suo superiore interesse. Non si tratta di una contrapposizione tra due posizioni soggettive in capo al medesimo soggetto, ma di un'interpretazione del diritto soggettivo all'ascolto alla luce del *best interests of child*. La proclamazione dei diritti del fanciullo deve essere sempre accompagnata dalla rilevanza del superiore interesse del bambino: come soggetto vulnerabile, l'esercizio dei propri diritti è nel suo migliore interesse in quanto corrisponde al suo benessere psicofisico. In questo senso, ove procedere all'audizione potrebbe arrecare un maggior danno rispetto al beneficio di essere sentiti, l'ascolto del minore deve essere precluso, senza che possa ritenersi leso il diritto sancito a livello internazionale.

A conclusione di questo importante percorso di analisi del diritto all'ascolto del bambino sottratto, si rileva come anche in ambito di *legal kidnapping* il giudice che deve decidere sul ritorno del minore non può esimersi dall'ascoltare il fanciullo. Tale principio appare ormai consolidato nella giurisprudenza italiana, come corroborato dalla più recente pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 2009¹⁹⁶, la quale ha cassato con rinvio la pronuncia di merito proprio in ragione della violazione del diritto all'ascolto del minore, *sub specie* di violazione del principio del contraddittorio e del giusto processo, proprio in ordine alla natura di "parte sostanziale" del minore il quale vanta interessi personali e sovente contrapposti a quelli dei propri genitori, la cui voce deve essere ascoltata in via autonoma nel giudizio che lo interessa.

In ambito di Unione europea la tutela del diritto all'ascolto appare ancora più forte. Ciò non soltanto in ragione della forza vincolante della Carta di Nizza che espressamente sancisce il diritto del bambino a essere ascoltato, ma soprattutto in virtù della normativa contenuta nel

¹⁹⁶ Già citata.

regolamento “*Bruxelles II bis*” che espressamente impedisce la circolazione delle decisioni di ritorno rese in carenza di audizione del minore.

Guardando ancora alla tutela sovranazionale, l’effettività del diritto all’ascolto appare confermata anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, chiamata a pronunciarsi su ricorsi per violazione degli artt. 6 e 8 CEDU. Sui ricordi relativi alla violazione dell’art. 8 CEDU, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha chiarito come la portata dell’ascolto del minore sia importante anche per tutelare la posizione dei genitori¹⁹⁷, ma che tuttavia l’ascolto non appare obbligatorio per i giudici nazionali. Sulla scia della giurisprudenza nazionale in materia di giusto processo (Cassazione sezioni unite 2009, citata), il mancato ascolto può rilevare anche per violazione dell’art. 6 della CEDU¹⁹⁸.

Significativo come le pronunce dei giudici di Strasburgo in tema si concentrino su una “tutela mediata” del diritto del bambino a essere ascoltato, ovvero la mancata audizione del minore comporta, nei giudizi in commento, la violazione del diritto soggettivo riconosciuto in capo al genitore: l’omessa considerazione dell’opinione del bambino coinvolto integra violazione dei diritti del proprio genitore. Sarebbe interessante una pronuncia della Corte europea che riconosca la violazione del diritto del minore a un equo processo, in presenza di contraddittorio (*rectius*: dando spazio alla sua audizione), *ex art. 6* della CEDU. Non appaiono sussistere ragioni giuridiche per escludere che, su ricorso individuale del minore sottratto (come rappresentato in giudizio da un genitore o da un curatore), si possa ritenere fondata una violazione dell’art. 8 CEDU in ragione dell’omessa audizione del minore nel procedimento di ritorno e/o della mancata considerazione della sua volontà.

¹⁹⁷ CEDU, 23 settembre 1994, *Hokkanen c. Finlandia* ricorso n. 19823/1992.

¹⁹⁸ Copiosa la giurisprudenza su ricorsi dei genitori che assumono violato il proprio diritto al giusto processo in ragione della mancata audizione del bambino. In tal senso, CEDU, 16 dicembre 1999, ricorso 24724/94, *T. c. Regno Unito*.

CAPITOLO III

Il prevalente interesse del minore sottratto nella giurisprudenza delle Corti internazionali europee

1. La tutela del superiore interesse del minore: una sfida sovranazionale.

Nel capitolo precedente è stato analizzato il fenomeno del *legal kidnapping* focalizzando l'attenzione sulla tutela dei diritti fondamentali del fanciullo, *rectius* sul rispetto del superiore interesse del minore sottratto.

Il punto di analisi è stato l'individuazione di un nucleo di diritti inviolabili del minore sottratto e la tutela degli stessi ad opera della giurisprudenza nazionale italiana e straniera. Tale disamina della casistica più rilevante in materia di *déplacement illicite* ha rilevato alcune delle problematiche insite alla disciplina internazionalistica, nonché i limiti connessi alla incisività delle decisioni di organi giurisdizionali nazionali. Rilevano, da una parte, i problemi interpretativi della disciplina internazionalistica applicabile (con riferimento particolare alla Conv. Aja 1980 e al regolamento “*Bruxelles II bis*”, in ambito europeo), dall'altra, la tendenza dei giudici nazionali a emettere decisioni viziate da un evidente patriottismo, garantendo di fatto la realizzazione del c.d. *forum shopping*. In questo modo, la protezione del prevalente interesse del minore spesso soggiace a logiche connesse alla tutela del genitore sottraente operata dal giudice di propria cittadinanza o, in alcuni casi, all'incoerenza di un sistema interpretativo del dettato normativo che non risponde alla logica prioritaria sottesa alla regolamentazione in materia di sottrazione internazionale, cioè la tutela del soggetto debole, che non può che essere il minore sottratto. Così, in tema di *diritto di affidamento* emerge chiaramente la difficoltà dei giudici nazionali di identificare parametri interpretativi univoci, volti ad individuare l'effettivo titolare di tale posizione giuridica; in ordine al concetto di *residenza abituale* del minore si assiste ad una disomogeneità nella definizione giurisprudenziale di tale istituto. Il mancato o erroneo inquadramento interpretativo delle norme rilevanti determina decisioni “schizofreniche” in materia di protezione del minore

sottratto, con l'ulteriore difficoltà di individuare il *discrimen* tra lecito ed illecito nella cura della prole.

Il limite delle decisioni rese dalle autorità degli ordinamenti nazionali appare la poca rilevanza riconosciuta al principio del *best interests of child*. Nonostante la normativa internazionale preveda l'obbligo per i giudici nazionali di avere riguardo al superiore interesse del fanciullo in ogni decisione che lo riguarda, di rado si assiste a pronunce giurisdizionali fondate su tale principio.

I limiti e le inefficienze della giurisprudenza nazionale nel risolvere i casi complessi di *legal kidnapping* potrebbero essere risolti attraverso l'intervento di un giudice sovranazionale? Un giudice equidistante rispetto ai genitori che si contendono i figli che possa realmente focalizzare la propria decisione sulla tutela del minore sottratto? Un giudice che possa interpretare il diritto sovranazionale in maniera obiettiva e fornire chiavi di lettura di compatibilità degli ordinamenti nazionali rispetto a quello internazionale?

La risposta a questi interrogativi è al centro del seguente capitolo che si pone l'obiettivo di analizzare la giurisprudenza delle Corti europee in materia di sottrazione internazionale di minore al fine di verificare se e in che misura queste giurisdizioni possano riconoscere una più efficace tutela del superiore interesse del minore.

Ribadito che la Conv. Aja 1980 non prevede l'istituzione di un giudice internazionale al quale devolvere le controversie in materia di sottrazione del minore, occorre considerare che neanche la Corte di Giustizia dell'Unione europea rappresenta un giudice competente a conoscere e dirimere le liti in materia di autorità genitoriale, anche perché il regolamento "*Bruxelles II bis*" non attribuisce alcuna competenza in tal senso all'organo giurisdizionale europeo. Conseguenza logica è che non esiste un giudice sovranazionale al quale viene devoluta *expressis verbis* la competenza giurisdizionale in materia di *legal kidnapping*.

Tuttavia diverse sono le pronunce rese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea¹⁹⁹ in materia di sottrazione internazionale del minore.

¹⁹⁹ Il 18 aprile 1951, al momento della firma del Trattato di Parigi istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, gli Stati firmatari decisero di dare vita a un organo giurisdizionale interno al sistema di cooperazione europea. Successivamente, all'atto della stipula del Trattato di Roma, il 25 marzo 1957, fu istituita la Corte di Giustizia delle comunità europee (comune per le tre comunità), titolare del difficile compito di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati. Con il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, l'autorità giurisdizionale europea prende il nome di Corte di Giustizia dell'Unione europea e comprende tre organi: la Corte di

In particolare, la Corte EDU si è pronunciata in ordine alla violazione dell'art. 8 della CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare) su ricorsi individuali presentati da uno dei genitori coinvolti nella vicenda della sottrazione internazionale, in alcuni casi anche a in nome e per conto del minore sottratto. Più in particolare, in molteplici sentenze la Corte di Strasburgo si è occupata di verificare l'operato delle autorità nazionali, in casi di *déplacement illicite*, e la sua conformità al diritto al rispetto della vita privata e familiare dei soggetti coinvolti; risolvendosi, in tal senso, le sue pronunce in giudizi inerenti il rispetto dei diritti fondamentali del minore coinvolto e la tutela del suo prevalente interesse. La Corte di Giustizia dell'Unione europea, nel suo ruolo di interprete del diritto "comunitario", si è pronunciata in via pregiudiziale in casi di sottrazione internazionale di minori in ricorsi aventi ad oggetto questioni di interpretazione del regolamento "*Bruxelles II bis*".

Di seguito, attraverso un'attenta analisi dei non pochi casi di *legal kidnapping* posti all'attenzione di queste Corti, si tenterà di comprendere se il giudice sovranazionale appare deputato a una più efficiente tutela dei diritti fondamentali del minore sottratto, con ciò proteggendo, in ultima analisi, il suo superiore interesse. Si cercherà, infine, di mettere a sistema le decisioni delle due Corti europee anche al fine di verificare se vi sia sovrapposizione o diversificazione di tutela nei rispettivi sistemi di protezione dei diritti fondamentali del fanciullo. Più in particolare, appare di notevole interesse ermeneutico determinare il grado di protezione del superiore interesse del minore prestato dai due strumenti normativi posti a fondamento delle decisioni delle Corti (Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Conv. Aja 1980, da una parte, Carta di Nizza e regolamento "*Bruxelles II bis*", dall'altra), identificando il sistema più efficiente in termini di effettiva garanzia e tutela delle superiori istanze del fanciullo, vittima di *legal kidnapping*, o per converso pervenendo alla conclusione di una totale equiparazione dei due sistemi.

Giustizia, il Tribunale di primo grado (istituito con decisione del Consiglio del 24 ottobre 1988, decisione 88/591/CECA, CEE, EURATOM, al fine di alleggerire il carico di ricorsi presentati alla Corte di Giustizia) e il Tribunale della funzione pubblica (creato con decisione del Consiglio del 2 novembre 2004, decisione 2004/752/CE, EURATOM). Dalla sua istituzione ad oggi, la Corte (intesa tout court) ha emesso circa 15.000 sentenze. Il rispetto del proprio mandato avviene attraverso una serie di procedure giurisdizionali: il ricorso per inadempimento degli Stati membri (art. 258 TFUE), il ricorso per annullamento (art. 263 TFUE), il ricorso in carenza (art. 265 TFUE), il rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE).

2. La tutela del prevalente interesse del minore nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea

2.1. Premessa

L'Unione europea nel dotarsi di uno strumento di diritto internazionale privato in materia di protezione dei minori compie un notevole passo avanti nella regolamentazione del diritto di famiglia e del diritto minorile. La scelta del legislatore europeo è di pervenire a un'armonizzazione del sistema di tutela del minore nei casi di conflitti intrinseci al nucleo familiare dotati di un elemento di extraterritorialità, dettando regole di competenza e riconoscimento delle decisioni immediatamente esecutive in tutti gli Stati membri²⁰⁰. Il regolamento 2203/2001 (c.d. "*Bruxelles II bis*") rappresenta l'evoluzione di tale processo di elaborazione normativa, che ha sancito la nascita di un vero e proprio diritto dell'Unione europea del divorzio e dell'autorità genitoriale²⁰¹.

Tale processo è ancor più evidente in materia di sottrazione internazionale del minore, settore in cui il legislatore europeo pone in essere un sistema snello ed efficace di lotta al fenomeno del *legal kidnapping*. Per prevenire la sottrazione del minore il regolamento "*Bruxelles II bis*" stabilisce la regola della competenza giurisdizionale dello Stato membro ove il minore aveva la propria residenza abituale prima di essere sottratto (art. 10), tentando in tal modo di evitare uno degli effetti più evidenti del *legal kidnapping*, ossia il fenomeno del c.d. *forum shopping*. Inoltre, il regolamento incoraggia e favorisce il ritorno immediato del minore, attraverso una procedura dotata di celerità (art. 11). L'obiettivo del regolamento è, quindi, chiaro: lottare il più efficacemente possibile contro la sottrazione internazionale del minore.

L'efficacia di tale sistema è subordinata al rispetto di due condizioni: la corretta applicazione delle Corti nazionali del regolamento, in sintonia con il proprio sistema normativo interno; l'interpretazione della normativa europea stessa. Diversi autori

²⁰⁰ La base giuridica per l'esercizio di tale competenza è l'art. 81 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea che conferisce all'Ue il potere di adottare atti normativi in materia di norme di conflitto. Si tratta, quindi, di una competenza di diritto processuale privato, restando di competenza residuale degli Stati membri il potere di regolamentare il settore del diritto di famiglia sostanziale.

²⁰¹ H. Fulchiron, C. Norrissat, "*Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*", in *Dalloz, Thèmes et commentaires*, 2005.

sostengono, infatti, che un qualsivoglia dispositivo normativo europeo discende la sua efficacia dall'interpretazione che di esso viene fornita²⁰². In quest'ottica la Corte di Giustizia dell'Unione europea, la quale è chiamata a garantire l'esatta interpretazione del diritto dell'Unione europea in tutti gli Stati membri, svolge un ruolo fondamentale nella lotta al fenomeno della sottrazione internazionale del minore. L'interpretazione fornita dalla Corte, infatti, può determinare un ampliamento o una riduzione della portata applicativa del regolamento e, quindi, della sua incisività a livello nazionale.

Ma vi è di più. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2007, l'Unione europea riconosce la forza vincolante della Carta dei diritti fondamentali, proclamata a Nizza nel 2000. Ne deriva come il rispetto dei diritti fondamentali del minore rappresenti oggi un elemento indispensabile di valutazione e interpretazione tanto dei diritti sostanziali nazionali, tanto dello stesso regolamento "*Bruxelles II Bis*".

Come ampiamente descritto nel capitolo dedicato alle fonti, la Carta di Nizza riconosce espressamente il carattere preminente dell'interesse del minore (art. 24), elevando lo stesso a criterio di giudizio permanente e fondamentale nelle decisioni che interessano la prole. Inoltre, la Carta enuncia alcuni diritti fondamentali che rappresentano dei corollari imprescindibili del principio del *best interests*: il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 7); il diritto a mantenere relazioni stabili con entrambi i genitori (art. 24), il diritto di essere ascoltato (art. 24).

Il carattere vincolante di tali norme impone alla Corte di Giustizia dell'Unione europea un ulteriore onere interpretativo: specificare il contenuto e la portata del diritto dell'Unione europea (e dei diritti nazionali) in chiave compatibile con la Carta di Nizza stessa.

Ne deriva come tale organo giurisdizionale sovranazionale detiene oggi un ruolo fondamentale nella tutela del prevalente interesse del minore, tanto che qualcuno comincia a parlare di una trasformazione della Corte di Giustizia in un vero e proprio tribunale per i minori²⁰³.

²⁰² G. Brière, "*Bruxelles II bis: mesure provisoire sur mesure provisoire ne vaut*", in *Dalloz*, 2010, p. 1058

²⁰³ N. Bareit, "*La CJUE artisanne de la lutte contre les enlèvements d'enfants*", in *Revue trimestrielle de droit européen*", 2011, p. 537.

In questa sezione verrà curato l'esame della giurisprudenza della Corte per verificare se, ed in che misura, l'organo giurisdizionale dell'Unione assolve a tale funzione garantendo la tutela del prevalente interesse del minore.

2.2. Le decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea e l'interesse superiore del minore

Dall'entrata in vigore del regolamento "*Bruxelles II bis*" la Corte europea ha emesso ben sette pronunce pregiudiziali in materia di interpretazione della normativa europea in casi di sottrazione internazionale di minore²⁰⁴. L'esame comparato di queste sentenze mette in luce la tendenza dei giudici di Lussemburgo di assicurare massima espansione ed efficacia applicativa al regolamento "*Bruxelles II bis*", nell'intento di garantire il rispetto dei diritti fondamentali del minore e la tutela del suo superiore interesse.

E' interessante notare come la Corte di Giustizia utilizza in queste sentenze tutti i metodi di interpretazione tradizionali: metodo letterale nella sentenza *Rinault e Deticeck*, metodo storico – teleologico nella sentenza *Purricker*, in cui l'interprete utilizza l'esame dei lavori preparatori, in particolare la proposta della Commissione europea del 2002; metodo comparativo, avente ad oggetto l'esame comparato del diritto degli Stati membri al fine di ricercare un principio unico valevole per il diritto dell'Unione europea (sentenza *McB*)²⁰⁵.

Tali metodi di interpretazione tradizionale sono poi corroborati da alcuni principi fondamentali sanciti dalla Corte di Giustizia, in particolare il principio di primazia del diritto dell'Unione sui diritti nazionali²⁰⁶ e il principio dell'effetto utile²⁰⁷.

²⁰⁴ CGUE 11 luglio 2008, *Rinau*, C-195/08 PPU, Rec. I-5271, con nota di A. Devers, in *JCP G*, 2008, p. 1027; C. Nourissat, in *Procèdures*, 2008, p. 298; H. Muir Watt, in *Revue Critique de droit international privé*, 2008 p. 871; CGUE 23 dicembre 2009, *Deticeck*, C-403-09 PPU, nota di C. Nourissat, *Procèdures*, 2010, p. 73, nota di C. Brière, in *Dalloz*, 2010, p. 1055; CGUE 1 luglio 2010, *Povse*, C- 211/2010 PPU, nota di C. Nourissat, *Procèdures*, 2010, p. 344, nota di A. Devers, in *JCP G*, 2010, p. 956; CGUE 15 luglio 2010, *Purrucker*, C-256/09, nota di C. Nourissat, in *Procèdures*, 2010, p. 343; CGUE 5 ottobre 2010, *McB*, C-400/10 PPU, nota di L. Idot, in *Europe*, 2010, p. 447; F. Boulanger, in *JCP G*, 2010, p. 1327; CGUE 9 novembre 2010, *Purrucker*, C- 296/10, nota di L. Idot, in *Europe*, 2011, p. 35; CGUE 22 dicembre 2010, *Aguirre Zarraga*, C-491/10 PPU, nota di L. Idot, in *Europe*, 2011, p. 118

²⁰⁵ In tal senso, si veda il lavoro di V.J. Mertens de Wilmars, "*Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de Justice des communautés européennes*", in *CDE*, 1986, p. 5.

²⁰⁶ Il principio del primato del diritto dell'Unione europea sul diritto nazionale, in particolare nei rapporti con lo Stato italiano, viene sancito dalla Corte di Giustizia già nella nota sentenza del 15

La ricerca di un'interpretazione del diritto dell'Unione europea derivato conforme alla Carta dei diritti fondamentali spinge la Corte di Giustizia a pronunciarsi in via pregiudiziale tenendo in prima considerazione il principio del prevalente interesse del minore e i diritti enunciati nella Carta di Nizza.

Procedendo, come anticipato, alla disamina della tutela del superiore interesse del minore nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, si rileva un dato procedurale molto importante. Ben cinque decisioni delle sette citate sono state rese attraverso la *procedura pregiudiziale d'urgenza* (d'ora innanzi, PPU), si tratta di una procedura accelerata in materia di rinvio pregiudiziale con la quale il giudice nazionale, motivando le particolare istanze di urgenza del caso concreto, richiede un pronto intervento interpretativo della Corte di Giustizia²⁰⁸. Tale procedura celere e semplificata mira a consentire ai giudici di Lussemburgo

luglio 1964, Costa contro Enel, C- 6/64, nel cui corpo argomentativo si legge che il diritto dell'Unione europea si integra nei diritti nazionali, determinando l'obbligo per gli Stati membri al rispetto dell'ordinamento europeo. In forza di tale principio, il diritto nazionale in contrasto con il diritto "comunitario" deve essere disapplicato. Non si tratta, quindi, di un atto espresso di abrogazione o annullamento del diritto interno, ma della sua "sospensione" e/o perdita di forza vincolante in favore del diritto europeo. L'obiettivo che si intende raggiungere attraverso tale principio è quello di garantire a tutti i cittadini europei una posizione giuridica equa in tutto il territorio europeo, per tale ragione la Corte di Giustizia ha più volte chiarito come il primato dell'ordinamento europeo ha portata assoluta, con ciò intendendo che vale per ogni atto europeo avente efficacia vincolante (sia primario che derivato) e nei confronti di ogni tipo di atto normativo nazionale. Garante del rispetto di tale principio è senza dubbio la stessa Corte di Giustizia dell'Unione europea che ne assicura l'applicazione attraverso il sistema di ricorsi previsto nei Trattati, in particolare attraverso il rinvio pregiudiziale e il ricorso per inadempimento degli Stati membri. Per quel che ci occupa il principio viene applicato e ribadito nella sentenza *Purricker II* al punto 69.

²⁰⁷ Al fine di garantire un'efficiente applicazione del diritto dell'Unione europea, unitamente al principio del primato, opera il principio dell'effetto utile, secondo cui il diritto europeo deve essere interpretato ed applicato in modo tale da garantire il raggiungimento delle finalità e degli obiettivi che l'atto si prefigge. In tal senso, il principio viene utilizzato per consentire un'interpretazione utile soprattutto delle direttive e dei regolamenti. Tale principio viene affermato con vigore in diverse pronunce della Corte di Giustizia, si cita in senso esemplificativo la sentenza del 4 dicembre 1974, *Van Duyn*, nella causa C-41/74, diviene criterio interpretativo nei casi di sottrazione internazionale decisi nelle sentenze *Rinau*, *Povse*, *Aguirre Zarraga*.

²⁰⁸ La procedura pregiudiziale d'urgenza è stata introdotta con una modifica allo Statuto della Corte di Giustizia introdotta con decisione del Consiglio dell'UE del 20 dicembre 2007. Più precisamente, il Consiglio ha inserito nello statuto una nuova procedura d'urgenza "*pour le renvois préjudiciels relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice*": Conseil UE, décision du 20 déc. 2007 portant modification du Protocole sur le Statut de la Cour de justice, *JOUE* 2008 L 24, p. 42. Vedi anche *Procédures* 2008 comm. 110, nota di C. Nourissat; E. Bernard, "*La nouvelle procédure préjudicielle d'urgence applicable aus renvois relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice*", in *Europe*, 2008, étude 5; A. Tizzano e B. Gencarelli, "*La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice de l'Union européenne*", in *Chemins d'Europe – Mélanges en l'honneur de Jean – Paul Jacquè*, in *Dalloz*, 2010, p. 639; A. Devers, "*Une nouvelle procédure préjudicielle d'urgence sur les enlèvements intraeuropéens d'enfants*", in *La semaine juridique*, 2010, p. 1793.

di pronunciarsi in via pregiudiziale in un lasso di tempo circoscritto. La procedura trova applicazione nei casi di sottrazione internazionale di minore intraeuropea proprio in ragione del fatto che il regolamento “*Bruxelles II bis*”, rappresentando uno strumento di cooperazione giudiziaria in materia civile, rientra nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Il giudice *a quo*, rinviando la questione interpretativa alla Corte di giustizia, deve motivare le ragioni che sostengono il ricorso alla procedura *de qua*. Orbene, in tutti i casi di PPU sottoposti alla Corte di Giustizia in materia di *legal kidnapping*, la ragione dell’urgenza è costantemente rappresentata dalla necessità di tutelare il superiore interesse del minore.

Invero, emerge come l’elemento temporale che sorregge ogni decisione giurisdizionale avente ad oggetto la cura e la custodia del minore incide profondamente sulla tutela dell’interesse del minore. Decidere dell’affidamento e della cura della prole è sempre una questione che richiede una certa celerità, soprattutto nei casi di attraversamento illegittimo delle frontiere e di ritorno del minore nella sua residenza abituale. Il fattore tempo, quindi, preso in considerazione dal giudice nazionale e dalla Corte di Giustizia nell’accogliere i ricorsi in PPU, rappresenta una prima importante valutazione del prevalente interesse del minore nella giurisprudenza europea²⁰⁹.

L’Unione europea si è dotata, quindi, di uno strumento procedurale efficace al fine di garantire la tutela del superiore interesse del minore, sul presupposto che il decorso del tempo, nei casi di sottrazione internazionale, è contrario alla tutela della prole. Infatti, in alcuni casi, l’urgenza della decisione è determinata dalla necessità di evitare la creazione di una situazione di pericolo per il minore; in altri casi, occorre far cessare una situazione di pericolo esistente. In entrambe le situazioni appare evidente che solo un intervento giurisdizionale tempestivo può rispondere alle esigenze di tutela della vittima della sottrazione²¹⁰.

²⁰⁹ Sul punto le sentenze della Corte di Giustizia appaiono quanto mai chiare: nella sentenza *Rinau* emerge come “*tout délai serait très défavorable aux relations entre l’enfant et le parent avec lequel il n’habite plus*” e che “*la dégradation de ces relations pourrait être irréparable*”, cfr. CGUE, 11 luglio 2008, *Rinau*, punto 44. Nella sentenza *Deticeck* si legge come “*le besoin d’agir vite, car une décision tardive serait contraire à l’intérêt de l’enfant*”, cfr. CGUE 23 dicembre 2009, *Deticeck*, punto 30.

²¹⁰ E’ oltremodo interessante notare come la Corte di Giustizia si erge a garante di tale esigenza temporale, potendo anche trasformare una procedura pregiudiziale ordinaria in una PPU, anche nel caso di mancata richiesta da parte del giudice del rinvio. Così è stato nel caso *Purrucker* in cui il giudice tedesco non aveva richiesto la PPU, effettuata, invece, su valutazione discrezionale dei giudici di Lussemburgo.

Il fattore tempo, quale elemento connesso alla tutela del prevalente interesse del minore, è preso in considerazione anche a livello normativo. Il regolamento “*Bruxelles II bis*” prescrive che il giudice competente a conoscere della domanda di ritorno del minore deve pronunciarsi in termini assai circoscritti, imponendo agli Stati membri di individuare quelle procedure amministrative o giurisdizionali che meglio rispondano a tale esigenza di celerità. Il testo normativo, più precisamente, parla di un tempo massimo di sei settimane per decidere sull’istanza volta al ritorno del minore (art. 11 del regolamento).

Concludendo sul punto, possiamo affermare che, ancor prima di entrare nel merito dell’analisi della giurisprudenza dell’organo giurisdizionale europeo, sussiste una valutazione implicita del prevalente interesse del minore già a livello normativo e procedurale. Invero, la valutazione del fattore temporale nei procedimenti di sottrazione, caratterizzata sia dalla possibilità di decidere i casi di sottrazione internazionale facendo ricorso alla PPU, sia dal dettato normativo dell’art. 11 del regolamento, è espressione della volontà dell’ordinamento europeo di tutelare e proteggere l’interesse del minore in tutte le decisioni che lo riguardano.

Per esemplificare l’analisi delle pronunce della Corte di Giustizia, si procede ricostruendo tre diversi modi in cui i giudici di Lussemburgo prendono in considerazione l’interesse del minore: esso viene riconosciuto come obiettivo generale del regolamento “*Bruxelles II bis*”; esso acquista rango di strumento di interpretazione del regolamento stesso; infine, viene riconosciuto il valore di principio fondamentale all’interesse del minore, quale strumento di raccordo tra la normativa di diritto derivato e la Carta dei diritti fondamentali.

2.3. La Corte di Giustizia emancipa l’interesse del minore da mera regola di competenza a obiettivo fondamentale del regolamento “*Bruxelles II bis*”: il caso *Rinau*

Esaminando il regolamento “*Bruxelles II bis*”, si osserva come l’interesse superiore del minore non trova un esplicito riferimento né in punto di determinazione della competenza giurisdizionale (art. 10), né in ordine alla procedura di ritorno del minore (art. 11).

Un riferimento espresso al superiore interesse del minore è contenuto, invece, nel Preambolo al regolamento ove si legge: “*les règles de compétence établies par le présent*

règlement sont conçues en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant"²¹¹ e, inoltre, che "*dans l'intérêt de l'enfant, le présent règlement permet à la juridiction compétente, a titre exceptionnel et dans certaines conditions, de renvoyer l'affaire à la juridiction d'un autre Etat membre...*"²¹². Sembra che l'interesse superiore del minore, nell'ambito del diritto derivato europeo, rappresenti un mero criterio di competenza, valutabile solo in relazione all'individuazione del giudice competente a conoscere le questioni relative al fanciullo sottratto e conteso.

Tale lettura, assolutamente riduttiva del criterio del *best interests of child*, appare scardinata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare nel caso *Rinau*, ove, nella parte motiva della sentenza pregiudiziale, i giudici di Lussemburgo elevano a vero e proprio obiettivo fondamentale dell'intero assetto del regolamento il criterio del superiore interesse del minore.

Nel caso di specie, la controversia aveva ad oggetto la presunta sottrazione internazionale della piccola Luisa, figlia di madre lituana e di padre tedesco, trattenuta dalla madre in Lituania (presumibilmente in modo illegittimo), tanto che il padre avanzava richiesta di ritorno della minore in Germania. A seguito di diverse e contrastanti pronunce in ordine all'affidamento della minore e al suo ritorno in Germania²¹³, caratterizzate da un evidente

²¹¹ Considerando n. 12

²¹² Considerando n. 13

²¹³ Il 14 agosto 2006 l'*Amtsgericht Oranienburg* (tribunale tedesco) ha provvisoriamente affidato la custodia di Luisa a suo padre. L'11 ottobre 2006 il *Brandenburgisches Oberlandesgericht* (Tribunale regionale superiore di Brandeburgo, Germania) ha respinto l'appello proposto dalla signora *Rinau* ed ha confermato la decisione dell'*Amtsgericht Oranienburg*. Il 30 ottobre 2006 il signor *Rinau* si è rivolto al *Klaipėdos apygardos teismas* (Tribunale regionale di Klaipėda, Lituania) al fine di ottenere il ritorno in Germania di sua figlia, facendo valere la Conv.Aia 1980 ed il regolamento "*Bruxelles II bis*". Tale Tribunale ha respinto la domanda con decisione 22 dicembre 2006. Con decisione del 21 marzo 2008 il *Klaipėdos apygardos teismas* ha respinto varie istanze. Detta decisione è stata confermata dal *Lietuvos apeliacinis teismas* con una decisione del 30 aprile 2008. A seguito di richiesta della signora *Rinau*, il 26 maggio 2008 il *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas* ha deciso di statuire in cassazione su tali decisioni ed ha sospeso, fino alla propria pronuncia nel merito, l'esecuzione della decisione del *Lietuvos apeliacinis teismas* del 15 marzo 2007, che ordinava il ritorno di Luisa in Germania. Intanto, con sentenza 20 giugno 2007, l'*Amtsgericht Oranienburg* ha pronunciato il divorzio dei coniugi *Rinau*. Esso ha affidato la custodia definitiva di Luisa al signor *Rinau*. La signora *Rinau* ha quindi proposto dinanzi al *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas* un ricorso per cassazione diretto all'annullamento di detta sentenza e all'adozione di una nuova decisione di accoglimento della sua istanza di non riconoscimento della sentenza dell'*Amtsgericht Oranienburg* del 20 giugno 2007, nella parte in cui essa affidava la custodia di Luisa al signor *Rinau* e la obbligava a ricondurre la minore a suo padre, affidandogliene la custodia. Con decisione 30 aprile 2008, pervenuta in cancelleria il 14 maggio 2008, il *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas* (Lituania) chiede l'interpretazione del regolamento (CE) del Consiglio 27 novembre 2003, n. 2201, relativo alla competenza, al

patriottismo delle decisioni (la giurisdizione tedesca tutelava le ragioni del padre, i giudici lituani si pronunciavano in favore della madre), l'organo giurisdizionale lituano, investito di una domanda di non riconoscimento della sentenza di divorzio che affidava la minore al padre (emessa in Germania), rimetteva una questione pregiudiziale d'urgenza, ex art. 104 ter del regolamento di procedura della Corte di Giustizia dell'Unione europea. La domanda di interpretazione verteva su una serie di quesiti relativi al rapporto tra non riconoscimento di una decisione di non ritorno e l'emissione del certificato di cui all'art. 42 del regolamento "*Bruxelles II bis*"²¹⁴.

La Corte di Giustizia, preliminarmente, rileva che la procedura d'urgenza si giustifica poiché la questione pregiudiziale verte sulla situazione giuridica di un minore sottratto per il quale si discute l'eventuale ritorno. Proprio l'oggetto della controversia integra la ragione dell'urgenza nella trattazione delle questioni interpretative. In particolare, lo stesso giudice nazionale del rinvio rileva come il decorso del tempo potrebbe avere un'efficacia pregiudizievole nella crescita della minore sia per quel che riguarda i suoi rapporti con il genitore da cui appare ingiustificatamente separata (con violazione del suo diritto a relazioni stabili con entrambi i genitori), sia con riferimento alla sua integrazione nel nuovo ambiente di vita, con innegabile nuovo trauma nel caso di successivo spostamento ad opera di una pronuncia giurisdizionale di rientro in Germania. Con ciò si rinvia a quanto asserito

riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000.

²¹⁴ Più precisamente: «<a) se una parte interessata, ai sensi dell'art. 21 del regolamento n. 2201 del 2003, possa domandare il non riconoscimento di una decisione giudiziaria, senza che sia stata proposta un'istanza di riconoscimento della decisione; b) se il giudice nazionale dinanzi al quale il titolare della responsabilità genitoriale ha presentato l'istanza di non riconoscimento della decisione del giudice dello Stato membro d'origine che prescrive il ritorno del minore, con lui residente, nello Stato d'origine, per la quale è stato rilasciato un certificato ai sensi dell'art. 42 del regolamento, la debba esaminare ai sensi delle disposizioni del capo III, sezioni 1 e 2, del medesimo regolamento, come previsto dall'art. 40, n. 2, dello stesso; c) se l'adozione della decisione che prescrive il ritorno del minore e il rilascio del certificato di cui all'art. 42 del regolamento da parte del giudice dello Stato membro d'origine, dopo che il giudice dello Stato membro nel quale il minore è trattenuto illecitamente ha emanato la decisione che prescrive il ritorno del minore nello Stato d'origine, è conforme agli obiettivi e alle procedure di cui al regolamento; d) se il divieto di riesame della competenza del giudice d'origine di cui all'art. 24 del regolamento significhi che il giudice nazionale debba riconoscere la decisione del giudice dello Stato membro d'origine che prescrive il ritorno del minore se il giudice dello Stato membro d'origine non ha rispettato il procedimento stabilito dal regolamento ai fini di risolvere la questione del ritorno del minore»

precedentemente circa la tutela del superiore interesse del minore in rapporto alla considerazione del fattore tempo nell'ordinamento europeo e, più in particolare, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Nel merito della questione, il giudice europeo chiarisce la portata delle norme in materia di rilascio del certificato relativo all'esecutività delle decisioni emesse in uno Stato membro, sancendo il principio secondo cui tale certificato non può essere rilasciato senza che sia stata prima emanata una decisione di non ritorno del minore. Più in particolare, il giudice del luogo ove il minore viene condotto deve trasmettere la decisione di non ritorno al giudice d'origine (ossia il Tribunale del luogo ove la prole aveva la residenza abituale prima del trasferimento). Quest'ultimo, ai sensi del regolamento "*Bruxelles II bis*", potrà emettere una pronuncia di ritorno, che supera il precedente diniego dell'autorità giurisdizionale dello Stato di rifugio del minore e che deve essere immediatamente eseguita se dotata del certificato di cui all'art. 42 del Regolamento. A tal fine, gli incidenti procedurali interni nello Stato membro di esecuzione sono irrilevanti ai fini del rilascio del certificato. Opinando diversamente si priverebbe il regolamento "*Bruxelles II bis*" del suo effetto utile, subordinandone la sua applicazione alle vicende processuali interne dello Stato membro. Nel caso di specie, quindi, non essendo stata sollevata una questione di autenticità del certificato di esecutività della decisione di ritorno del minore, il giudice adito non potrà far altro che constatare la regolarità della procedura ed ordinare il rientro della bambina presso il padre.

Al di là della questione concreta decisa dalla Corte di Giustizia, al caso *Rinau* deve essere riconosciuta un'importanza centrale in quanto, nel corpo del testo della sentenza, si rinviene un riferimento espresso al superiore interesse del minore quale criterio per la tutela dei diritti fondamentali del fanciullo. Più in particolare, nell'ambito delle considerazioni preliminari, si legge che il regolamento "*si basa sul concetto secondo cui l'interesse superiore del minore deve prevalere*"²¹⁵ quale strumento per garantire il rispetto dei diritti fondamentali, ex art. 24 della Carta di Nizza. Proprio alla luce di tali considerazioni primarie si possono dirimere le questioni pregiudiziali sollevate alla Corte di Giustizia. Il superiore interesse del minore lungi dal rappresentare una mera regola di competenza, come potrebbe apparire dalle

²¹⁵ Punto 51 della sentenza che espressamente richiama il dodicesimo e il tredicesimo considerando del regolamento 2201/2003.

norme del regolamento, rappresenta la finalità principale dell'assetto normativo in materia di sottrazione internazionale di minore, in virtù di una tutela dei diritti fondamentali del fanciullo.

2.4. Il superiore interesse del minore come regola di interpretazione delle norme di diritto europeo derivato a tutela del fanciullo sottratto.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea, nel riconoscere piena dignità al principio del superiore interesse del minore nei casi di sottrazione internazionale, utilizza il criterio in esame come guida per l'interpretazione della normativa in materia di *legal kidnapping*.

Chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale in ordine alle regole di competenza stabilite dal regolamento "*Bruxelles II bis*", la Corte di Giustizia dell'Unione europea chiarisce come la scelta di affidare al giudice del luogo di residenza abituale del minore il compito di decidere nel merito della sua cura e della sua crescita appare ispirata al criterio del superiore interesse del minore, cui corollario è il principio di prossimità. Più in particolare, scegliere il giudice "più vicino" al minore significa attribuire il potere di deliberare sul futuro del fanciullo al soggetto che, al di là di una connotazione eminentemente geografica, può assumere maggiori informazioni per prendere le decisioni che meglio si ispirano all'interesse della prole.

Tale passaggio interpretativo appare in ben tre pronunce pregiudiziali emesse dalla Corte di Giustizia.

Nel caso *Deticek*²¹⁶ la Corte di Giustizia dell'Unione europea è chiamata a pronunciarsi sulla questione pregiudiziale relativa alla possibilità per il giudice del luogo ove la minore è

²¹⁶ Citato. Il caso prende le mosse dalla sottrazione internazionale della piccola Antonella trasferita dall'Italia in Slovenia dalla madre e vittima di un lungo procedimento giurisdizionale che vede contrapposti due Stati membri dell'Unione europea all'interno dei quali vengono emesse pronunce viziate da un evidente patriottismo. Più in particolare, la coppia composta dal sig. Sgueglia di cittadinanza italiana e dalla sig.ra Deticek di cittadinanza slovena decideva di fissare la comune residenza a Roma, in Italia, dove coabitavano per 25 anni. Dalla loro unione nasceva la piccola Antonella nel 1997. A seguito di una lunga crisi coniugale, i coniugi presentavano ricorso per la separazione personale, avente a oggetto anche l'affidamento della figlia. Il 25 luglio 2007, il Tribunale di Tivoli, giudice del luogo di residenza abituale, statuiva in merito alla separazione e affidava esclusivamente la bambina al padre, con collocamento presso una casa famiglia. La madre decideva lo stesso giorno di fare rientro in Slovenia, conducendo con sé Antonella. Con decisione dell'*Okrožno sodišče v Mariboru* (Tribunale regionale di Maribor) (Slovenia) in data 22 novembre 2007, confermata dalla decisione 2 ottobre 2008 del *Vrhovno sodišče* (Corte di cassazione) (Slovenia), l'ordinanza del Tribunale di Tivoli del 25 luglio 2007 è stata dichiarata esecutiva nel territorio della Repubblica di

stata condotta a emettere provvedimento provvisori, a norma dell'art. 20 del regolamento "Bruxelles II bis", nonostante sussistesse un provvedimento definitivo che imponesse il rientro della bambina presso il padre nello Stato di origine. Chiarita la necessità di intervenire con il provvedimento d'urgenza, ritenuta quasi *in re ipsa* considerato l'oggetto della procedura e la necessità di tutelare il superiore interesse della prole ad addivenire a una decisione celere in materia di responsabilità genitoriale e ritorno nello Stato di residenza abituale, i giudici di Lussemburgo nell'interpretare il senso e la portata dell'art. 20 del regolamento menzionano espressamente il criterio del superiore interesse del minore.

Più in particolare, nel corpo motivato della sentenza, si legge come l'interesse del minore giustifica le regole di competenza definite in seno alla normativa europea di diritto derivato, per cui competente a conoscere nel merito della potestà genitoriale è il giudice del luogo ove il minore vanta la propria residenza abituale: *"in via preliminare va osservato che, a termini del dodicesimo 'considerando' del regolamento n. 2201/2003, le regole di competenza dettate da quest'ultimo in materia di responsabilità genitoriale sono ispirate all'interesse superiore del minore e, in particolare, al criterio di vicinanza. A norma dell'art. 8 del regolamento n. 2201/2003, la competenza in materia di responsabilità genitoriale è attribuita, in primo luogo, ai giudici dello Stato membro nel quale il minore ha la propria residenza abituale alla data in cui l'autorità giudiziaria viene adita. Infatti, a motivo della loro vicinanza geografica, tali giudici si trovano di norma nella migliore posizione per valutare le misure da adottare nell'interesse del minore"*²¹⁷

I giudici di Lussemburgo chiariscono, pertanto, che la competenza a conoscere del merito della cura e della custodia del minore spetta ai giudici del luogo di residenza abituale del minore e l'art. 20 in questione non può essere interpretato nel senso di attribuire al giudice dello Stato di rifugio il potere di superare la decisione del giudice competente a tutelare l'interesse del minore poiché tale conclusione si porrebbe in contrasto con l'intero assetto della normativa a protezione del minore sottratto. Nel caso in esame il principio del superiore

Slovenia. Tuttavia il procedimento esecutivo veniva sospeso e i giudici sloveni ritenevano di emettere un provvedimento provvisorio ex art. 20 del regolamento "Bruxelles II Bis" al fine di impedire il ritorno della bambina in Italia sul presupposto della sua integrazione nel nuovo ambiente di vita per cui il successivo trasferimento in Italia integrerebbe un rischio grave di cui all'art. 13 lett. b della Conv. Aja 1980 (come richiamato anche dal regolamento). Per un commento della sentenza, M. Fallon, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2010, p. 275.

²¹⁷ Punti 35 e 36 della sentenza

interesse del minore viene utilizzato come criterio interpretativo per individuare il giudice competente a conoscere il merito della questione concreta, nonché per definire correttamente portata e limiti dell'art. 20 del regolamento "*Bruxelles II bis*".

Medesimo passaggio interpretativo si rinviene nelle pronunce del caso *Purrucker*²¹⁸ ove in tema di giudice competente a pronunciarsi sulla cura e la custodia del minore i giudici di Lussemburgo precisano che "*si deve ricordare che il regolamento n. 2201/2003 ha lo scopo, nell'interesse superiore del minore, di permettere al giudice che è più vicino a quest'ultimo e che, per questo, conosce meglio la sua situazione e il suo grado di sviluppo di adottare le decisioni necessarie*"²¹⁹.

L'utilizzo del superiore interesse del minore come regola interpretativa è oggetto dell'iter interpretativo seguito dalla Corte di Giustizia anche in punto di determinazione della nozione di residenza abituale del minore²²⁰. La pronuncia appare interessante per almeno due ordini di motivi: per i principi in essa sanciti, da una parte, e per le regole interpretative coniate, dall'altra. In quanto ai principi sanciti, i giudici europei colgono l'occasione per dichiarare la stretta autonomia e indipendenza della nozione di residenza abituale, così come richiamata nel regolamento "*Bruxelles II bis*", rispetto al diritto nazionale degli Stati membri. Punto centrale della pronuncia in commento è il rigetto delle interpretazioni particolari statali, per lo meno tutte le volte in cui il caso concreto richiede l'applicazione della normativa europea.

²¹⁸ Citato. La vicenda prende le mosse dal contestato affidamento di due minori, nati dalla convivenza more uxorio tra una cittadina tedesca e un cittadino spagnolo. Più in particolare, secondo il diritto spagnolo i genitori di figli nati fuori dal matrimonio, se riconosciuti, vantano il diritto all'affidamento congiunto. Tuttavia all'atto della separazione interveniva un accordo notarile con cui il padre accordava il trasferimento dei bambini in Germania con la madre. Successivamente, a causa dei problemi di salute della figlia femmina che le impedivano il trasferimento, la madre raggiungeva la Germania solo con il figlio maschio. Il padre presentava richiesta di provvedimenti provvisori in Spagna, la madre adiva l'autorità tedesca per ottenere l'affidamento della prole. Sussisteva, quindi, una litispendenza tra procedimenti nei due Stati dell'Unione europea, stante l'identità di *petitum* e *causa petendi* dei due giudizi. La Corte di Giustizia dell'Unione europea è chiamata a pronunciarsi sull'applicazione dell'art. 19 del regolamento "*Bruxelles II bis*" ai casi di litispendenza tra procedimento di merito (quello tedesco) e procedimento provvisorio (quello spagnolo).

²¹⁹ Punto 84, sentenza *Purrucker I*. In termini assai simili si esprime la Corte di Giustizia dell'Unione europea nella pronuncia *Purrucker II* al punto 91.

²²⁰ Il *leading case* *CGUE*, 2 aprile 2009, C- 523/2007, *Finlande c/ A.*; H. Storme, in *Revue de droit des étrangers*, 2009, p. 645; vedi anche la nota a sentenza di E. Gallant, in *Revue critique de droit International privé*, 2009, p. 902

In secondo luogo, la Corte di giustizia accoglie una nozione funzionale di residenza abituale di minore. Più precisamente, i giudici di Lussemburgo, lungi dall'individuare una nozione astratta e consolidata di residenza abituale, ritengono sia in linea con lo spirito della normativa europea a tutela del minore garantire una interpretazione funzionale dell'istituto che tenga conto del ruolo svolto dallo stesso nel contesto della norma che lo richiama. In verità, nell'accertamento della nozione di residenza abituale del minore, *<<le sens et la portée de la notion doivent être déterminés en faisant référence au contexte de l'article 8 et aux objectifs exprimés au considérant 12 du Règlement Bruxelles II bis>>*²²¹. Ne consegue come la nozione deve essere interpretata alla luce del criterio di prossimità e del superiore interesse del minore. Nel corpo della sentenza si chiarisce che la residenza abituale è una nozione casistica, legata al caso concreto: la residenza abituale consiste quindi in un insieme di fatti che si caratterizzano in maniera peculiare in ogni singolo caso concreto. Questo significa che non ci sono fattori determinanti una volta per tutte la nozione, ma che gli stessi elementi possono acquisire significati differenti, più o meno determinanti, nel singolo caso oggetto di giudizio.

Posti tali fondamentali principi, la Corte di Giustizia fornisce un'elencazione non esaustiva, né tanto meno tassativa, di c.d. indizi che il giudice del merito deve valutare per individuare la residenza abituale del minore. In tale contesto la Corte pare accedere ad una soluzione di compromesso tra la teoria quantitativa e la teoria qualitativa²²², ponendo in maniera non gerarchizzata indici di riferimento dell'una e dell'altra teoria. Il primo indizio, citato in sentenza, è l'integrazione del minore nel suo ambiente di vita²²³. L'elenco è completato dai seguenti criteri: durata del soggiorno, regolarità del soggiorno, condizioni del soggiorno, ragioni del soggiorno, ragioni dello spostamento del nucleo familiare, nazionalità del minore, luogo e condizione della scolarizzazione del minore, conoscenza linguistica del minore, rapporti familiari e sociali del minore, intenzioni e volontà dei genitori. Gli indici

²²¹ Trentacinquesimo considerando della sentenza in commento

²²² Secondo la prima il criterio fondamentale per individuare la residenza abituale del minore consiste nella durata e serietà del soggiorno in un dato territorio; nella seconda accezione, occorre fare riferimento a indici di natura volontaristica e soggettiva, quali l'integrazione, la scolarizzazione, la volontà del minore.

²²³ Appare significativo che la Corte di giustizia accompagni il sostantivo integrazione con la locuzione "una certa", come a significare che l'integrazione del minore non va ricercata in maniera assoluta.

elencati in sentenza non trovano una sistemazione gerarchica e i giudici sovranazionali chiariscono come, nell'accertamento del caso concreto, è indispensabile utilizzare il maggior numero di elementi possibili. Un dato però appare di tutta evidenza: nel risolvere il caso concreto il giudice nazionale deve verificare, attraverso un'attenta attività istruttoria, la sussistenza degli indizi elencati nella sentenza in commento, utilizzandone quanti più possibile. Si tratta, quindi, di un accertamento in fatto che necessita un'accurata acquisizione probatoria all'interno del giudizio di ritorno del minore sottratto ed ove acquista rilevanza centrale il delicato tema dell'ascolto del bambino all'interno del procedimento. L'individuazione della residenza abituale del minore appare centrata sulla posizione del minore, con ciò ponendo l'accento, anche in questo caso, sul superiore interesse dello stesso.

Nelle tre pronunce richiamate, la Corte di Giustizia dell'Unione europea utilizza il principio del superiore interesse del minore per dare contenuto alle norme del regolamento "*Bruxelles II bis*". Tale metodo interpretativo appare di notevole importanza. Operando in tal senso il superiore interesse del minore diviene nel concreto strumento per addivenire a una compiuta ed efficiente tutela dei diritti del minore conteso. Si tratta della possibilità di utilizzare un metodo di interpretazione teleologico che spinge a definire le nozioni chiave della normativa europea alla luce del superiore interesse del minore, che diviene il fine ultimo e la ragione ispiratrice dell'intero assetto normativo europeo.

Tale metodo interpretativo appare sempre più rafforzato nelle pronunce della Corte di Giustizia: nel caso *Povse*²²⁴ emerge con assoluta chiarezza come il superiore interesse del

²²⁴ Citato. Al centro del caso il contestato affidamento della figlia di una coppia di conviventi, lui di cittadinanza italiana, lei austriaca. La madre decideva di condurre la bambina in Austria, nonostante la piccola vantasse la propria residenza abituale in Italia e sussistesse un provvedimento di affidamento congiunto con divieto di espatrio. Il Tribunale per i minori di Venezia, giudice competente a pronunciarsi nel merito della vicenda, preso atto della sottrazione internazionale della piccola, statuiva in via provvisoria l'affidamento della piccola alla madre in Austria ma disponeva una serie di incontri atti a garantire i rapporti stabili tra padre e figlia in attesa della decisione definitiva nel merito della potestà genitoriale. Contemporaneamente la madre faceva opposizione ai rapporti tra padre e figlia e presentava un ricorso in Austria per l'affidamento della bambina. L'autorità giurisdizionale austriaca, al contempo, rigettava la richiesta di ritorno della piccola presentata dal padre e chiedeva all'autorità italiana di disporre il trasferimento di competenza ai sensi dell'art. 10. Poste tali premesse, il Tribunale per i minori di Venezia, nel proprio potere di superare la decisione di non ritorno emessa nello Stato di rifugio, disponeva l'immediato rientro della minore, autorizzando i servizi sociali a fornire un alloggio alla madre per accompagnare la bambina e una serie di incontri assistiti con il padre, con il quale la figlia aveva perso ogni contatto. L'autorità austriaca adiva la Corte di Giustizia al fine di richiedere l'interpretazione dell'art. 10 del regolamento "*Bruxelles II bis*", più in particolare se il provvedimento provvisorio del giudice italiano che aveva affidato la figlia alla madre nelle more

minore guida l'interprete nel definire gli istituti chiavi in materia di sottrazione internazionale. La *querelle* interpretativa verteva sulla natura dei provvedimenti provvisori emessi dal Giudice italiano, competente ai sensi del regolamento a conoscere il merito della questione della potestà genitoriale, che, secondo l'autorità austriaca, determinavano il trasferimento di competenza ai sensi dell'art. 10 lett. b) del regolamento "*Bruxelles II bis*". Nel rendere la propria decisione, i giudici di Lussemburgo esplicitano un continuo richiamo al criterio del prevalente interesse del minore, affermando per la prima volta che le misure provvisorie devono essere prese nell'interesse del bambino²²⁵. L'esatta natura del provvedimento reso dal Tribunale per i minorenni di Venezia, ispirato alla tutela "*degli interessi del minore*"²²⁶, si lega alla protezione dei diritti fondamentali della prole²²⁷. La portata innovativa del *dictum* in commento sta proprio nel legare la risposta interpretativa resa dai giudici di Lussemburgo alla tutela del superiore interesse del minore e, più precisamente, dei suoi diritti fondamentali.

2.5. La tutela del bambino sottratto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: identità tra protezione del superiore interesse minore e dei suoi diritti fondamentali

La conclusione a cui si è giunti nel paragrafo precedente anticipa un ulteriore importante passaggio nell'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia nei casi di sottrazione internazionale. Ci si riferisce all'esplicito riferimento che i giudici di Lussemburgo operano alla tutela dei diritti fondamentali del minore, tutelati in seno alla Carta di Nizza, come corollario e specificazione del più ampio principio del superiore interesse del minore. Tale specificazione non appare di poco conto: individuare nell'interesse superiore del minore il principio ispiratore di tutto il regolamento "*Bruxelles II bis*" e il parametro della protezione dei diritti fondamentali del minore, significa affermare che il regolamento può (e

della decisione definitiva non potesse integrare un fatto atto a giustificare il trasferimento di competenza.

²²⁵ Mentre nella sentenza *Deticek* si era fatto riferimento alla necessità che le misure provvisorie fossero prese in funzione della situazione in cui si trova il bambino (punto 42 della sentenza, citata).

²²⁶ Punto 47 della sentenza

²²⁷ Richiamati in sentenza al punto 64 "*Uno dei diritti fondamentali del bambino è infatti quello, sancito dall'art. 24, n. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (GU C 364, pag. 1), di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, e il rispetto di tale diritto si identifica innegabilmente con un interesse superiore di qualsiasi bambino*"

deve) essere interpretato alla luce della Carta di Nizza. La Corte di Giustizia, in altre parole, afferma che obiettivo della normativa europea di diritto derivato in materia di *legal kidnapping* è la tutela del superiore interesse del minore: è nell'interesse del minore, poi, tutelare i suoi diritti fondamentali; proteggere i diritti fondamentali è preservare il suo superiore interesse.

Questo passaggio è chiaro nella sentenza *McB*²²⁸ ove si legge che “*Occorre ricordare altresì che l’art. 7 della Carta, citato dal giudice del rinvio nella sua questione, deve essere letto in correlazione con l’obbligo di tener conto del superiore interesse del minore, sancito all’art. 24, n. 2, della Carta medesima, e segnatamente del diritto fondamentale del bambino di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori, quale enunciato all’art. 24, n. 3 (v., in tal senso, sentenza 27 giugno 2006, causa C-540/03, Parlamento/Consiglio, Racc. pag. I-5769, punto 58). Risulta peraltro dal trentatreesimo ‘considerando’ del regolamento n. 2201/2003 che quest’ultimo riconosce i diritti fondamentali e osserva i principi sanciti dalla Carta e che mira, in particolare, a garantire il pieno rispetto dei diritti fondamentali del bambino quali riconosciuti all’art. 24 della medesima. Così, le disposizioni del detto regolamento non possono essere interpretate in modo tale da portare ad una violazione di questo diritto fondamentale, il rispetto del quale s’identifica innegabilmente con l’interesse superiore del bambino*”.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea si fonda su un evidente principio di diritto secondo cui nel risolvere i casi di sottrazione internazionale i diritti del bambino conteso prevalgono su quelli dell’adulto. Il regolamento “*Bruxelles II bis*” e le norme degli ordinamenti nazionali di conseguenza devono essere interpretati e applicati in maniera tale da tutelare i diritti fondamentali del minore. Il rispetto di tali diritti fondamentali si mescola e si confonde con la tutela del superiore interesse della prole. Una certa dottrina

²²⁸ Anch’essa citata. Nel caso di specie, la Corte si trova a interpretare la tenuta del sistema nazionale di diritto di famiglia dello Stato irlandese che non riconosce il diritto di affidamento in capo al padre naturale, se non a seguito di un procedimento giurisdizionale attribuyente tale posizione. Nel caso di specie, il sig. *MCB*, cittadino irlandese, subiva la sottrazione della figlia ad opera della madre, cittadina del Regno Unito, senza potersi opporre in quanto non titolare della posizione di legittimo affidatario della prole secondo il diritto nazionale. Difettando uno degli elementi costitutivi la sottrazione internazionale, cioè l’esistenza di un diritto di custodia secondo l’ordinamento dello Stato di residenza abituale, il sig. *MCB* non poteva opporsi al trasferimento lecito della figlia. Veniva, quindi, sollevata la questione della compatibilità della normativa nazionale irlandese con l’art. 7 della Carta di Nizza.

ritiene che il superiore interesse del minore divenga esso stesso un diritto fondamentale²²⁹. Pare comunque che in seno alla giurisprudenza della Corte di giustizia si possa rinvenire una certa continuità tra *best interests of child* e diritti fondamentali, tanto che in diverse pronunce questi ultimi vengono interpretati alla luce del primo. Ecco ad esempio come il diritto fondamentale del minore ad essere ascoltato deve essere valutato alla luce del suo superiore interesse. In questo senso, il diritto all'ascolto, fonte di un vero e proprio obbligo per il giudice del caso concreto, può essere escluso quando appare contrario al superiore interesse del minore²³⁰. Allo stesso modo, il diritto ad intrattenere relazioni stabili e costanti con entrambi i genitori, sancito all'art. 24 della Carta di Nizza, deve essere letto in combinato disposto con il principio del superiore interesse del minore. In tal senso, la limitazione dei rapporti con uno dei genitori potrebbe essere disposta se risulta nell'interesse della prole²³¹.

In conclusione, proteggere l'interesse del minore e tutelare i suoi diritti fondamentali sono due facce della stessa medaglia: si tratta comunque di preservare il bambino stesso. Ne deriva come, anche alla luce della giurisprudenza appena commentata, non si dovrebbe rinvenire alcuna discontinuità tra superiore interesse del minore e tutela dei diritti fondamentali sanciti all'interno della Carta di Nizza²³².

In conclusione, l'analisi della prassi giurisprudenziale della Corte di Giustizia dell'Unione europea comporta alcune considerazioni: a) la normativa europea in materia di

²²⁹ Autonomamente tutelabile e azionabile anche dinanzi le giurisdizioni sovranazionali. Vedi in questo senso N. Bareit, "La cour de justice de l'Union européenne artisanne de la lutte contre les enlèvements d'enfants", citato.

²³⁰ Nel caso *Aguirre Zarraga*, citato in nota 70, la Corte afferma come in questo senso l'obbligo di ascoltare il bambino non può avere natura assoluta, ma deve essere corroborato alla luce del superiore interesse del minore. Acquisire l'opinione diretta del bambino, lungi dall'essere un giudizio discrezionale, diviene frutto di un bilanciamento tra esercizio di un diritto e tutela del benessere del minore che, nell'essere ascoltato, potrebbe subire un pregiudizio superiore.

²³¹ Principi sanciti nel già commentato caso *Deticek* ove la Corte, interpretando l'art. 20 del regolamento "Bruxelles II bis", determinava l'esatta natura dei provvedimenti resi dal giudice italiano proprio in ragione della tutela del superiore interesse del minore, quale chiave di lettura per il diritto alla bi genitorialità. Vedi in questo senso A. Gouttenoire, "Les droit de l'enfant devant la Cour de justice de l'Union européenne", in *Revue des affaires européennes*, 2009/2010, p. 627 ss.

²³² A differenti conclusioni è possibile giungere ove si ponga a sistema il superiore interesse del minore e la tutela dei diritti fondamentali dei genitori sanciti all'interno della Carta di Nizza stessa. In questo caso situazioni di "stridore" tra interesse del minore e diritti del genitore possono sovente presentarsi, si pensi al diritto di autodeterminazione e di libera circolazione del genitore affidatario che stride con il diritto del minore a restare nel luogo di residenza abituale. In questi casi dovrebbe comunque prevalere l'interesse del minore che, in qualità di parte debole nelle relazioni familiari, acquisisce una maggiore protezione giuridica per effetto del riconoscimento normativo del *best interests*.

sottrazione internazionale deve essere interpretata alla luce del superiore interesse del minore; b) tutelare il superiore interesse del minore significa proteggere i suoi diritti fondamentali; c) la posizione giuridica del minore prevale sui diritti dei genitori in ragione del principio per cui in tutte le decisioni che lo riguardano l'interesse del minore deve avere una considerazione prevalente; d) i diritti fondamentali del minore trovano una protezione privilegiata e nel bilanciamento con i diritti dei genitori, questi ultimi devono essere sacrificati.

I principi di diritto sanciti dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea e qui brevemente riassunti determinano un'ulteriore conseguenza: nel suo ruolo di garante della corretta interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione europea, la Corte incide realmente sulla tutela del minore garantendo un'effettiva tutela dei suoi diritti e interessi. Il livello di tutela garantito da questo organo giurisdizionale sovranazionale appare elevato, stante che le pronunce rese in via pregiudiziale hanno chiarito la portata del principio del superiore interesse del minore e dovrebbero orientare i giudici nazionali nella risoluzione dei casi concreti. Tuttavia si deve sempre considerare come le giurisdizioni nazionali faticano ad applicare il diritto dell'Unione europea e, ancor di più, il diritto internazionale privato, con l'ulteriore conseguenza che il rischio potrebbe essere che tali principi, fondamentali nell'effettiva protezione del fanciullo, possano restare sanciti solo in astratto e non trovare applicazione nel caso concreto.

3. Il superiore interesse del minore sottratto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

La Corte europea dei diritti dell'uomo inizia a occuparsi dei casi di sottrazione internazionale di minore solo a partire dal 2000²³³ dichiarando ricevibili i ricorsi rilevanti ai sensi della Conv. Aja 1980²³⁴ per violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti

²³³ Occorre attendere l'entrata in vigore del Protocollo n. 11 nel 1998 per ottenere le prime pronunce di ricevibilità dei ricorsi in materia di sottrazione internazionale di minore. Per una disamina della questione, A. Schulz, "The 1980 Hague Child Abduction Convention and the European Convention on Human Rights", in *Trans'n'l Law & Contemporary Problems*, 2002, p. 355 ss.

²³⁴ Tra i più rilevanti si citano: C.E.D.U., 25 gennaio 2000, *Ignaccolo –Zenide c. Romania*, ricorso n. 31679/96; C.E.D.U., 24 aprile 2003, *Sylvester c. Austria*, ricorso n. 36812/97 e n. 40104/98; C.E.D.U., 29 aprile 2003, *Iglesias Gil e A.U.I. c. Spagna*, ricorso n. 56673/00; C.E.D.U., 26 giugno 2003, *Maire c. Portogallo*, ricorso n. 48206/99; C.E.D.U., 5 aprile 2005, *Monory c. Romania e Ungheria*, ricorso n.

dell'uomo. Più in particolare, i ricorsi presentati dinnanzi i giudici di Strasburgo concernono la responsabilità degli Stati parte della Convenzione per aver posto in essere o omesso di compiere atti necessari a tutelare la vita privata e familiare dei cittadini.

Nei casi di sottrazione internazionale di minore viene in gioco il diritto al rispetto della vita privata e familiare del genitore che subisce la perdita del figlio illecitamente trasferito (anche se non mancano casi in cui ad adire la Corte europea sia il genitore sottraente per opporsi al provvedimento di ritorno del minore), ma soprattutto il diritto al rispetto della vita privata e familiare del bambino sottratto. Oggetto di tutela appare quindi la protezione delle relazioni familiari complessivamente intese²³⁵. Dal punto di vista del minore, il diritto al rispetto della vita familiare implica il diritto all'integrazione nella propria famiglia²³⁶, il diritto alla reciproca presenza e frequentazione quotidiana²³⁷, il diritto a mantenere le relazioni con ciascuno dei genitori in caso di separazione o di divorzio²³⁸, conseguentemente l'obbligazione positiva per gli Stati contraenti a predisporre misure atte a garantire il ritorno del minore illecitamente sottratto al genitore affidatario²³⁹.

In quest'ambito, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo si fonda su due principi fondamentali: l'interesse superiore del minore e il principio di non discriminazione; il minore, quindi, lungi dall'essere oggetto delle scelte autonome dei propri genitori, vanta il diritto a essere integrato in un ambiente di vita sano ove sviluppare legami familiari solidi con due genitori²⁴⁰. Importante, inoltre, l'orientamento maggioritario nella giurisprudenza dei giudici

71099/01; C.E.D.U., 13 settembre 2005, *H.N. c. Polonia*, ricorso n. 77710/01; C.E.D.U., 15 settembre 2005, *Karadzic c. Croazia*, ricorso n. 35030/04; C.E.D.U., 22 giugno 2006, *Bianchi c. Svizzera*, ricorso n. 7548/04; C.E.D.U., 13 luglio 2006, *Lafargue c. Romania*, ricorso n. 37284/02; C.E.D.U., 27 luglio 2006, *Iosub Caras c. Romania*, ricorso n. 7198/04; C.E.D.U., 20 novembre 2007, *A.B. c. Polonia*, ricorso n. 33878/96; sentenza del 06 dicembre 2007, *Maoumousseau e Washington c. Francia*, ricorso n. 39388/05; C.E.D.U., 8 gennaio 2008, *P.P. c. Polonia*, ricorso n. 8677/03; C.E.D.U., 3 giugno 2008, *Deak c. Romania e Regno Unito*, ricorso n. 19055/05. Più di recente il famoso caso *Neulinger e Shuruk c. Svizzera* deciso con sentenza 6 luglio 2010, ricorso n. 41615/07. Tutte pubblicate nel sito della Corte europea: www.echr.org

²³⁵ Per un corretto inquadramento della tutela offerta in materia di relazioni familiari e Convenzione europea dei diritti dell'uomo vedi N. Gallus, "*Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme*", in *Revue de droit de ULB*, 2005, p. 13 e ss.

²³⁶ C.E.D.U., 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*.

²³⁷ C.E.D.U., 5 aprile 2005, *Monory c. Romania e Ungheria*

²³⁸ C.E.D.U., 22 giugno 1989, *Erikson c. Svizzera*

²³⁹ Vedi la giurisprudenza citata in nota 112.

²⁴⁰ Anche se la Corte europea non si è ancora spinta sino a riconoscere una violazione dell'art. 8 CEDU nella scelta degli Stati membri di non garantire *ex lege* l'affidamento congiunto quale unica soluzione nel caso di crisi coniugale e rottura del vincolo, appare evidente nelle pronunce della Corte

di Strasburgo secondo cui ogni decisione che concerne il minore deve essere presa a seguito di un esame accurato e in concreto del superiore interesse del bambino²⁴¹, ne deriva che ogni automatismo deve essere rigettato a favore di un'attenta analisi che il giudice del caso concreto deve operare per tutelare il benessere del minore.

Prima ancora di esaminare i casi più significativi decisi dalla Corte europea aventi a oggetto la tutela del minore sottratto, preme sottolineare come i giudici di Strasburgo rilevano l'importanza del fattore tempo in tutte le decisioni che concernono la cura e l'affidamento della prole, non diversamente da quanto riscontrato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Quando si tratta di tutelare il diritto del bambino a intrattenere relazioni stabili e costanti con entrambi i genitori, l'inutile decorso del tempo senza che il minore possa ricongiungersi ad essi costituisce senz'altro violazione del suo superiore interesse. Nel caso in cui il decorso del tempo sia attribuibile alle lungaggini processuali interne al sistema di uno Stato membro sussiste la violazione dell'art. 8 CEDU. Corollario di questa impostazione è che anche provvedimenti corretti ma non attuati in tempi brevi possono far modificare la valutazione circa il superiore interesse del minore. Così nei casi di sottrazione internazionale di minore il decorso del tempo senza che venga eseguito il provvedimento di ritorno del minore nel Paese di residenza abituale, potrebbe rendere il rientro contrario all'interesse del bambino sottratto. Emerge con tutta evidenza come l'intervento in materia di cura del minore deve essere tempestivo. L'importanza del fattore tempo acquista rilevanza centrale nelle pronunce della Corte europea giustificando diverse sentenze di condanna per violazione dell'art. 8 CEDU²⁴². Nonostante il convincimento di

come l'affidamento a uno solo dei genitori deve costituire l'eccezione e non la regola: C.E.D.U., 15 marzo 1984, *B.r. e J. c. Germania*.

²⁴¹ In tal senso si è ritenuta integrata la violazione dell'art. 8 CEDU nella decisione di un tribunale austriaco di negare l'affidamento del minore alla madre in ragione della sua appartenenza alla religione dei Testimoni di Geova. Nel caso di specie, la decisione si fondava su una convinzione astratta e non verificata in concreto: C.E.D.U., 29 giugno 1993, *Hoffman c. Austria*

²⁴² Per quanto concerne la sottrazione internazionale di minore, il principio è stato sancito nel caso *Maire c. Portogallo*, definito con sentenza del 26 giugno 2003. Nel caso di specie pur avendo il padre tempestivamente richiesto il ritorno della figlia illecitamente sottratta dalla madre e trasferita in Portogallo, trascorrevano oltre un anno per ottenere il provvedimento di ritorno. La Corte europea rileva come l'obbligo di disporre il ritorno deve essere adempiuto tempestivamente, secondo il combinato disposto delle norme contenute nella Conv. Aja 1980 e della Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo. L'Italia ha subito diverse condanne in relazione all'eccessiva durata del processo avente ad oggetto questioni che involgono la cura del minore. Nel caso *Covezzi – Morselli c. Italia*, deciso il 9 maggio 2003, la Corte europea dei diritti dell'uomo si pronuncia a favore dei ricorrenti, denunciando la violazione dell'art. 8 CEDU per essere trascorso un tempo irragionevole prima

questa giurisprudenza secondo cui il decorso infruttuoso del tempo implichi violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare dei soggetti coinvolti, la Corte europea dei diritti dell'uomo afferma con forza che lo stesso fattore tempo non può costituire successivamente causa ostativa al ritorno del minore e, quindi, al suo ricongiungimento con il genitore affidatario²⁴³. Più precisamente, la Corte europea dei diritti dell'uomo distingue tra danni che possono crearsi nel breve periodo e danni che si possono attendere nel lungo periodo (in questo senso anche il trauma della separazione dal genitore sottraente potrebbe considerarsi meno grave del danno psichico che il minore subisce a causa della rottura irreversibile di ogni relazione con il genitore affidatario nonché con il proprio ambiente di vita)²⁴⁴.

Nel caso deciso con sentenza del 1 febbraio 2011²⁴⁵ la Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata a giudicare sulla legittimità dell'ingerenza nella vita privata e familiare della ricorrente, constata l'importanza del fattore tempo nell'ambito dei procedimenti relativi al ritorno dei bambini sottratti. In tal senso, dinnanzi all'eccezione di irricevibilità del ricorso ex art. 35 dello Statuto della Corte²⁴⁶, i giudici di Strasburgo enunciano un importante principio di diritto circa l'effettività della tutela del minore. Essendo nel caso di specie la doglianza centrata sulla violazione dell'art. 8 CEDU a causa del rifiuto di pronunciare il

dell'inizio di un procedimento volto a tutelare 5 minori vittime di abusi sessuali. Medesime argomentazioni giuridiche si rinvennero nel noto caso *Scozzari e Giunta c. Italia*, sentenza del 23 luglio 2000.

²⁴³ Questa giurisprudenza inaugurata con il caso *Gorgulu c. Germania*, sentenza del 26 maggio 2004, appare stridere con alcune sentenze nazionali in cui si eccipisce, a sostegno del rifiuto di disporre il ritorno del minore, proprio il decorso di un termine tale che il rientro del bambino non è più nel suo interesse.

²⁴⁴ Per un'analisi critica del fattore tempo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo vedi M. G. Ruo, "Ascolto e interesse del minore e "giusto processo": riflessioni e spunti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", in *Minorigiustizia*, 2008, p. 115.

²⁴⁵ Ricorso n. 23205/2008. Si trattava della doglianza di violazione dell'art. 8 CEDU in un caso di sottrazione internazionale di minore. La ricorrente, madre della piccola trattenuta illecitamente in Portogallo, lamenta l'ingiustificata ed eccessiva ingerenza del governo portoghese nella propria vita privata e familiare per non aver disposto il ritorno della figlia in Germania, nonostante fosse stata integrata una sottrazione internazionale, a ragione del rischio grave che la minore avrebbe corso a causa del suo rientro, stante il buon livello di integrazione in Portogallo. Più precisamente, dopo un breve soggiorno in Portogallo giustificato dall'esigenza di visitare il padre sottoposto a misure limitative della libertà personale, la piccola veniva trattenuta presso la nonna paterna a cui veniva affidata dalla giurisdizione portoghese. La madre lamentava, quindi, l'indebita ingerenza del governo nel non disporre il ritorno della bambina e nell'averla affidata alla nonna paterna.

²⁴⁶ Norma che sottopone la ricevibilità e l'esame del ricorso alla necessità che sia stata pronunciata una sentenza contro la quale non sia più interponibile appello.

ritorno del minore, nonostante fosse ancora pendente il procedimento avente ad oggetto il merito dei diritti di affidamento, la Corte dichiara ricevibile il ricorso considerato come la pronuncia di non ritorno poteva considerarsi definitiva. Tale principio appare di notevole importanza in quanto consente di sottoporre al sindacato della Corte europea questioni attinenti la cura del minore sottratto, ancor prima che si siano esauriti i procedimenti interni aventi ad oggetto l'affidamento della prole (procedimenti che hanno una durata più lunga).

Tale conclusione viene sostenuta dalla decisione della Corte in merito alla violazione dell'art. 8 CEDU. Invero, la ricevibilità del ricorso appare avvalorata dalla circostanza che i giudici di Strasburgo ritengono integrata la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare poiché risulta pendente un procedimento in materia di affidamento e ritorno del minore da oltre 5 anni. Tale procedimento, ancora pendente, rende non effettiva ogni tutela del superiore interesse del minore, poiché appare evidente come la rottura del rapporto madre-figlia determina la conclusione che non sia più nell'interesse della bambina disporre il rientro in Germania²⁴⁷. La sentenza in commento rileva per almeno due ordini di motivi: la Corte europea afferma con forza come il fattore tempo sia fondamentale nella tutela del superiore interesse del minore; inoltre, il decorso di un tempo irragionevole per la conclusione del processo non può giustificare decisioni di non ritorno del minore fondate sull'integrazione del bambino nel suo nuovo ambiente di vita. Tali decisioni comprovano l'evidente inadempimento dello Stato parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il quale non si è adoperato per porre in essere tutte quelle misure necessarie alla tutela del diritto fondamentale al rispetto della vita privata e familiare.

3.1. La Corte europea dei diritti dell'uomo e il controllo formale sulla tutela del superiore interesse del minore sottratto.

In un primo periodo, la giurisprudenza della Corte EDU in materia di sottrazione internazionale di minore si ispira alla valorizzazione delle regole di diritto sancite nella Conv. Aja 1980²⁴⁸. Premesso che tale sistema convenzionale si fonda sulla presunzione che la tutela

²⁴⁷ Punto 89 della sentenza in commento.

²⁴⁸ Più in particolare, la Corte europea dei diritti dell'uomo, richiamando la disposizione di cui all'art.31 par. 3, lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, norma che enuncia il

del superiore interesse del minore sottratto implichi la pronuncia di ritorno del minore, la Corte europea ha ritenuto rispettato l'art. 8 CEDU tutte le volte in cui gli Stati membri avessero rispettato il *dictum* della Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minore. Si potrebbe definire questa fase della giurisprudenza di Strasburgo come deputata a un mero "controllo estrinseco" del rispetto dell'art. 8 CEDU e, più in generale, del superiore interesse del minore²⁴⁹.

In questa fase interpretativa la Corte europea, superato l'ostacolo della ricevibilità dei ricorsi in materia di sottrazione internazionale di minore, si è limitata a un controllo esterno e formale volto a verificare il rispetto degli obblighi assunti a seguito della partecipazione al sistema di cooperazione giudiziaria costruito dalla Conv. Aja 1980.

La violazione dell'art. 8 della CEDU è stata ritenuta integrata nei casi di mancato rispetto della Conv. Aja 1980 dovuto a fattispecie in cui si lamentava il decorso di un tempo eccessivo per ottenere un provvedimento di ritorno del minore e/o l'inattività delle autorità statali per portare a esecuzione tale pronuncia. In tal senso il non essersi adoperati per pronunciare una decisione di ritorno del minore, unitamente alla mancata esecuzione della stessa, integra una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare *sub specie* del mancato adempimento degli obblighi derivanti dalla Convenzione sulla sottrazione internazionale di minori²⁵⁰.

Nel caso *Eskinazi e Chelouche c. Turchia*²⁵¹, la Corte europea è chiamata a giudicare la legittimità dell'intervento statale in relazione alla violazione degli artt. 6 e 8 CEDU²⁵² nel

principio per cui nell'interpretare il diritto internazionale occorre considerare "ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni tra le parti", interpreta l'art. 8 CEDU alla luce delle regole di diritto sancite dalla Conv. Aja 1980.

²⁴⁹ Peralto tale meccanismo interpretativo è stato duramente criticato in dottrina poiché la Corte europea finisce per applicarlo anche a Stati che sono parte della Convenzione europea ma che non hanno ratificato la Conv. Aja 1980 (come nel caso deciso con sentenza 23 settembre 2000, *Sophia Gudrun Hansen c. Turchia*, ricorso n. 36141/97; la Turchia ha aderito solo successivamente alla Conv. Aja 1980 sulla sottrazione internazionale di minori). M. Marchegiani, "Rispetto della vita privata e familiare e sottrazione internazionale di minori nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti dell'uomo", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 987 e ss.

²⁵⁰ Molteplici le sentenze sul punto: CEDU, 13 settembre 2005, *H.N. c. Polonia*; CEDU, 15 dicembre 2005, *Karadzic c. Croazia*; CEDU, 22 giugno 2006, *Bianchi c. Svizzera*; tutte commentate in G. Will, "Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008)", in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2010, p. 799 e ss.

²⁵¹ CEDU, 6 dicembre 2005, *Eskinazi e Chelouche c. Turchia*. Vedi il commento di F. Sudre, "Enlèvement International d'enfant: l'entrée en scène de l'article 6 par. 1 de la Convention EDH", in

caso della sottrazione internazionale di una bambina di cinque anni, trasferita illegittimamente dalla madre in Turchia. Stante l'illegittimità del trasferimento e l'assenza di cause ostative al rimpatrio, la giurisdizione dello Stato turco imponeva il ritorno della bambina in Israele. Contro tale decisione la signora *Eskinazi* adiva la Corte europea dei diritti dell'uomo ritenendo l'ingerenza dell'autorità statale illegittima per contrasto con l'art. 8 della CEDU. Il controllo della Corte europea nel caso di specie appare ancora una volta di natura estrinseca e formale: il rispetto del superiore interesse del minore non viene approfondito nel caso concreto, la Corte si limita a verificare il rispetto della normativa prevista dalla Conv.Aja 1980, ribadendo come il proprio controllo si ispira alla verifica della "non arbitrarietà" della pronuncia di ritorno.

Nel caso *Iglesias Gil et A.U.I. c. Espagne*²⁵³ la ricorrente lamentava la violazione dell'art. 8 CEDU a causa del comportamento omissivo dell'autorità spagnola la quale, dinanzi la sottrazione internazionale del figlio, condotto negli Stati Uniti dal padre, non provvedeva ad attivare le previste vie legali di tipo penale per favorire il ritorno del piccolo. Più in particolare, la Spagna si è dotata di un sistema penale particolarmente duro per lottare contro la sottrazione di minori, tuttavia nel caso di specie venivano attivate solo le ordinarie procedure civili. La ricorrente richiedeva alle autorità spagnole di emettere un mandato di ricerca internazionale contro il padre del bambino e di avviare contro di lui il procedimento penale interno. Dal canto suo, il governo spagnolo si difendeva ritenendo che gli obblighi internazionali assunti in relazione all'adesione alla CEDU e alla Conv.Aja 1980 attengono la materia del diritto processuale privato non comportando alcun obbligo di tutela penale. Anche in questo caso i giudici di Strasburgo pongono in essere un accertamento di compatibilità tra la Conv.Aja 1980 e l'art. 8 CEDU, ritenendo violato quest'ultimo tutte le volte in cui sussiste

Droit de la famille, 2006, p. 40 e ss; in tema vedi anche D. Delvax, "L'intérêt supérieur de l'enfant et son déplacement illicite", in *Journal du droits des jeunes*, 2006, p. 18.

²⁵² Con riferimento all'art. 6 CEDU la ricorrente lamentava come il ritorno della minore in Israele e, conseguentemente, la sottoposizione di ogni decisione nel merito del diritto di affidamento alla giurisdizione israeliana comporta un evidente diniego di giustizia stante la tendenza religiosa dei tribunali israeliani che certamente si sarebbero pronunciati in favore del padre. Tale doglianza viene considerata irricevibile poiché fondata su un pregiudizio astratto e non su circostanze concrete.

²⁵³ CEDU, 29 aprile 2003, ricorso n. 56673/00, divenuta definitiva in data 29/07/2003; sul punto vedi N. Deffains, "Enlèvement International d'enfants et obligations positives des autorités nationales", in *Europe – Commentaires*, 2003, p. 33

un inadempimento rilevante ai sensi della normativa internazionale in materia di sottrazione internazionale di minore. Inoltre, la pronuncia consente una tutela forte del diritto al rispetto della vita privata e familiare in quanto i giudici di Lussemburgo affermano che, sussistendo una normativa penale in materia di sottrazione di minori, integri un comportamento omissivo rilevante ai fini della violazione dell'art. 8 CEDU, la mancata attivazione del procedimento penale ai danni del padre sottraente. Tale sentenza potrebbe aprire nuovi scenari nel settore delle obbligazioni positive incombenti sugli Stati parte della Convenzione europea al fine di garantire il rispetto dei diritti fondamentali in essa sanciti. Più in particolare, la tutela del superiore interesse del minore potrebbe giustificare la sussistenza di un obbligo per gli Stati membri della CEDU di prevedere delle pene efficaci, dissuasive e proporzionate che possano contrastare il fenomeno dell'illecito trasferimento della prole oltre frontiera²⁵⁴.

Non diversamente opina la Corte europea dei diritti dell'uomo nel celebre caso *Maumousseau c. Francia*²⁵⁵ avente ad oggetto la tutela del diritto al rispetto della vita privata e familiare della signora *Maumousseau* e della figlia *Charlotte* sottratta al padre e condotta illegittimamente in Francia dalla madre. Esauriti tutti i mezzi di ricorso interni che dichiaravano la sottrazione internazionale della bambina e disponevano il suo ritorno negli Stati Uniti, la ricorrente lamentava la violazione della Convenzione europea nella parte in cui separare la bambina dalla madre costituiva un danno grave valutabile ex art. 13 lett. b) della

²⁵⁴ Una normativa penale in materia di sottrazione di minore è prevista da diversi ordinamenti nazionali, non da ultimo l'Italia, tuttavia spesso non si ritiene applicabile nel caso in cui soggetto attivo dell'illecito sia uno dei genitori, stante il minor disvalore penale della condotta. In alcune pronunce, la condotta penalmente rilevante si ritiene scriminata in ragione di un presunto stato di necessità che spinge il genitore sottraente a compiere l'illecito. Tale conclusione non trova riscontro nella realtà: i casi di sottrazione di minore commessi da uno dei genitori e/o da un familiare sono molto frequenti e comportano essi stessi un grave pregiudizio per lo sviluppo del fanciullo e per il suo benessere psicofisico. Un obbligo di criminalizzazione potrebbe essere imposto dall'Unione europea che, in ragione del raggiungimento dell'obiettivo della creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ha già esercitato competenze in materia penale, imponendo agli Stati membri l'obbligo di prevedere in taluni settori pene efficaci, dissuasive e proporzionate per garantire la lotta al fenomeno del *legal kidnapping*. Nel settore penale tale competenza dell'Unione europea è prevista dal Consiglio europeo riunito a Tampere il 15 e 16 ottobre 1999.

²⁵⁵ Deciso in via definitiva dalla Corte di Cassazione francese con sentenza del 14 giugno 2005 (pubblicata in *Revue critique de droit International privé*, 2005, p. 682), dichiarata l'illiceità del trasferimento della piccola Charlotte in Francia ad opera della madre, le autorità francesi imponevano il ritorno della bambina negli Stati Uniti, eseguendo il provvedimento contro il rifiuto della madre di restituire la minore al padre per mezzo delle forze dell'ordine. La signora *Maumousseau* adiva, quindi, la Corte europea ritenendo il comportamento dello Stato francese in aperta violazione dell'art. 8 della CEDU. CEDU, 6 dicembre 2007, ricorso n. 39388/2005.

Conv.Aja 1980 che le autorità francesi avevano illegittimamente omissi di valutare, con ciò violando il superiore interesse della piccola *Charlotte*. I giudici di Strasburgo nel ricostruire il *best interests of child* ai sensi della Conv. Aja 1980 rilevano come il ritorno del bambino sottratto rappresenta la migliore tutela dei suoi interessi e del suo benessere. Il superiore interesse del minore consiste, in materia di affidamento, <<*first, ensuring that a child developed in a sound environment and that a parent could not take measures that would harm its development; secondly, maintaining the child's ties with its family, except in cases where the family had proved particularly unfit*>>²⁵⁶. Alla luce di tali considerazioni, la Conv. Aja 1980 si fonda sul principio del pronto ritorno del minore sottratto, le cui eccezioni sono espressamente previste dalla norma e devono essere interpretate restrittivamente. Nel ritenere non integrata una causa ostativa al rientro della bambina, le autorità francesi hanno applicato i superiori principi, ponendosi in un contesto di corretta applicazione della normativa internazionale, così come interpretata alla luce del superiore interesse del minore. Ne deriva come non risulta integrata alcuna violazione dell'art. 8 della CEDU²⁵⁷.

Appare chiaro come la Corte di Strasburgo, in questa prima fase, tende a fondare le decisioni di violazione o non violazione del diritto fondamentale al rispetto della vita privata e familiare, nei casi di sottrazione internazionale di minore, sul rispetto della normativa internazionale in materia di *legal kidnapping*. Si parla, quindi, di un controllo estrinseco e/o formale del rispetto dei diritti fondamentali del minore (e dei genitori coinvolti nella vicenda). In tal senso, lungi dal ritenere questa giurisprudenza come portatrice di una tutela superficiale dell'interesse del fanciullo sottratto, occorre considerare come, argomentando in siffatta

²⁵⁶ Punto H11 della sentenza in commento. Per un'analisi della pronuncia vedi R. Schuz e B. Shmueli, "Between tort law, contract law and child law: how to compensate the left-behind parent in International child abduction cases", in *Columbia Journal of Gender and Law*, 2010, p. 65 e ss.

²⁵⁷ Il caso appare ancor più interessante ove si consideri come la Corte europea non ritiene eccessiva l'ingerenza dell'autorità statale francese neanche in punto di esecuzione del provvedimento del ritorno che, stante l'opposizione materna, veniva effettuato attraverso l'intervento delle forze di pubblica sicurezza. La Francia è uno dei pochi ordinamenti nazionali che impone l'esecuzione forzata del provvedimento di ritorno del minore presso lo Stato di residenza abituale prima dell'illegittimo trasferimento. L'esecuzione coatta della pronuncia di rientro del fanciullo rappresenta uno strumento indispensabile per garantire effettività al sistema internazionale a protezione del minore sottratto. Invero, lasciare all'esecuzione volontaria del genitore sottraente l'onere di eseguire il provvedimento di ritorno implica, inevitabilmente, omettere di garantire tutela al minore stesso. Il vaglio di compatibilità di tale strumento di esecuzione emesso dalla Corte europea nella pronuncia in commento comporta un notevole passo avanti nel garantire effettività alla tutela del superiore interesse del minore sottratto.

maniera, si è garantita una certa effettività all'applicazione della Conv.Aja 1980²⁵⁸. Statuire la violazione delle norme della Convenzione europea in risposta a un inadempimento degli obblighi derivanti dal sistema di cooperazione in materia di *legal kidnapping* comporta la necessità che gli Stati membri si impegnino al rispetto di tale normativa, pena la violazione di altro trattato internazionale e la relativa sanzione della condanna da parte dell'organo giurisdizionale europeo. Ne deriva come la Corte di Strasburgo ammonisce gli Stati membri della Convenzione europea a rispettare gli obblighi assunti con la stipula e l'adesione alla Conv.Aja 1980, svolgendo un importante ruolo di supplenza rispetto alla mancanza di un organo deputato a verificare il rispetto della normativa *de qua*. Tale ragionamento, se da una parte può essere definito come un controllo estrinseco e/o formale, comporta la tutela del superiore interesse del minore, ove si consideri come tale principio ispira e fonda le soluzioni codificate nella normativa internazionale sul *legal kidnapping*. Più precisamente, garantire il rispetto da parte degli Stati dell'obbligo di disporre il ritorno del minore sottratto e di interpretare restrittivamente le eccezioni al rientro della prole, significa assicurare una forte tutela del superiore interesse del minore, considerato *ex se* nel diritto del bambino di essere ricondotto nel luogo di residenza abituale prima dell'illegittimo trasferimento.

3.2. Il caso *Neulinger – Shuruk*: un diverso modo di tutelare il superiore interesse del minore.

Nel 2010 la Corte europea dei diritti dell'uomo pronuncia una sentenza che si pone in evidente rottura con la giurisprudenza sin qui esaminata, ponendo l'accento sulla tutela del *best interests of child* quale criterio per decidere sulla violazione o non violazione delle norme della Convenzione europea. Si tratta di un evidente cambio di prospettiva poiché si ritiene che non sia sufficiente verificare il rispetto della normativa internazionale in materia di

²⁵⁸ Non mancano casi in cui la Corte europea estende i principi sottesi alla tutela del minore sottratto nel *corpus juris* della Convenzione dell'Aja anche a Stati non facenti parte di tale sistema di cooperazione giudiziaria. Ci si riferisce al caso *Bajrami c. Albania*, CEDU 12 dicembre 2006, in cui la Corte pur riconoscendo come non sussiste l'obbligo di dichiarare il ritorno del minore illecitamente condotto in Albania, stante che questo Stato non è parte né della Convenzione dell'Aja del 1980 (non lo era al momento della decisione), né della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, tuttavia sussiste un'evidente violazione dell'art. 8 CEDU, che vincola come Stato parte l'Albania, nel non aver predisposto misure a tutela del diritto al rispetto della vita privata e familiare delle bambine sottratte.

sottrazione internazionale di minore, quanto verificare che l'ingerenza statale risponda alla tutela del superiore interesse del minore, valutato in concreto. Corollario di tale argomentazione è che pura una decisione presa in conformità alla Conv.Aja 1980 potrebbe apparire contraria al superiore interesse del minore nel caso concreto, ponendosi così in contrasto con il rispetto dell'art. 8 CEDU²⁵⁹.

Il *leading case* è il celebre caso della sottrazione internazionale del piccolo *Noam Shuruk* nato dall'unione coniugale tra la signora *Neulinger* di nazionalità svizzera e il signor *Shuruk*, cittadino israeliano. Per comprendere la decisione della Corte europea nell'*affaire Neulinger* si rende necessario ripercorrere le tappe della vicenda. La vita familiare dei coniugi *Shuruk* viene fissata a Tel Aviv dove nasce *Noam* nel 2003. Successivamente, la crisi coniugale, dovuta anche a violenze domestica, porta i coniugi a chiedere la separazione personale: il piccolo *Noam* viene affidato alla madre, con diritto di visita condizionato del padre, nonostante la potestà genitoriale rimane in capo ad ambedue i genitori. Uno dei punti di maggiore conflitto nella coppia riguarda l'educazione religiosa del figlio: il padre, appartenente al movimento religioso ebraico ultra – ortodosso "*Loubavitch*", desidera iscrivere il piccolo a una scuola che accoglie i bambini a partire dalla tenera età di 3 anni. Allarmata da tale prospettiva la madre chiede e ottiene un divieto di espatrio per il figlio sino al compimento della maggiore età (la scuola si trovava al di fuori del territorio israeliano). Successivamente, stante anche il mancato pagamento del contributo di mantenimento da parte del sig. *Shuruk*, la signora *Neulinger* intende fare ritorno in Svizzera e chiede che venga ritirato il divieto di espatrio per il bambino. Non ottenendo il consenso all'espatrio, la signora *Neulinger* decideva in ogni caso di trasferirsi con il bambino. Il padre introitava una domanda di ritorno del minore stante l'illegittimità del trasferimento in Svizzera.

Sull'integrazione della fattispecie di sottrazione illecita sussistono posizioni contrastanti in dottrina²⁶⁰, tanto che secondo una certa impostazione l'*affaire Neulinger* non

²⁵⁹ G. Willems, "*Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011)*", in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2012, p. 9 e ss.

²⁶⁰ Secondo un primo orientamento, la madre non commetteva alcuna sottrazione internazionale di minore stante che il padre vantava un solo diritto di visita: difetta, quindi, il requisito prescritto dalla Convenzione secondo cui il trasferimento deve essere effettuato in violazione del diritto di affidamento effettivamente esercitato dall'altro genitore. Sul punto vedi M. Distefano, "*Educazione*

avrebbe dovuto essere oggetto di siffatte pronunce giurisdizionali, integrando un caso di spostamento lecito oltre frontiera operato dal genitore affidatario nell'esercizio del proprio diritto fondamentale alla circolazione. La questione impone diverse pronunce sia dei tribunali elvetici che dei tribunali israeliani. In un primo momento, la giurisdizione dello Stato di rifugio del minore, ritenuta integrata la sottrazione internazionale del piccolo *Noam*, si pronunciava per il non ritorno del bambino stante l'esistenza di una causa ostativa al rimpatrio: sussiste il rischio di esporre il bambino ad un pericolo fisico o psichico o ad una situazione intollerabile a causa del suo rientro in Israele (art. 13 lett. b) della Conv.Aja 1980). Tale decisione, confermata in appello, viene ribaltata dal Tribunale federale (giudice di ultimo grado) il quale rileva la necessità di interpretare restrittivamente le cause ostative al rimpatrio e, pertanto, non ritiene sussistente alcun rischio grave per il minore per il fatto del suo ritorno, considerato come la madre potrebbe riaccompagnarlo in Israele eliminando il danno da separazione. La signora *Neulinger*, prima che la sentenza venga eseguita, si rivolge alla Corte europea dei diritti dell'uomo, a nome proprio e come tutore del piccolo *Noam*, ritenendo violato il loro diritto al rispetto della vita privata e familiare, stante l'eccessiva ingerenza

religiosa del minore e sottrazione internazionale di minori: l'ottimismo teorico della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Neulinger", in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2009, p. 879.

Il lavoro affronta il problema dell'interpretazione del c.d. *droit de garde* che fonda il diritto a chiedere la restituzione del minore. Più in particolare, secondo questa impostazione, stante la definizione contenuta nella Convenzione dell'Aja in materia di diritto di affidamento, non si potrebbe interpretare tale nozione alla luce del diritto nazionale, costituendo un istituto proprio del diritto internazionale, pertanto autonomo rispetto all'ordinamento interno. Nel caso di specie, la giurisprudenza tanto interna, quanto la prima sentenza della Corte europea ritenevano integrata la sottrazione internazionale del piccolo *Noam* considerato come la potestà genitoriale (comprensiva del diritto di decidere il luogo di residenza della prole) veniva attribuita a entrambi i genitori. Tale ragionamento risulta viziato dall'illegittima interposizione tra il diritto di affidamento individuato dalla Convenzione dell'Aja e il concetto di potestà genitoriale proprio del diritto interno. Opinando a partire dalla Convenzione dell'Aja non sorgerebbero dubbi circa la dicotomia tra un diritto di affidamento in capo alla signora *Neulinger* e un mero diritto di visita in capo al signor *Shuruk*, con l'ulteriore conseguenza che il trasferimento di *Noam* in Svizzera sarebbe legittimo proprio perché posto in essere dal genitore esercente i diritti di affidamento. In senso contrario, altra dottrina, ritiene di far leva sulla locuzione per cui il diritto di affidamento rilevante ai fini dell'integrazione della fattispecie dell'illegittima sottrazione è quello conferito secondo la legislazione interna dello Stato di residenza abituale del minore.

Ne deriva che, ai sensi del diritto israeliano, il padre, pur esercitando un diritto di visita condizionato, non appare privato della potestà genitoriale, che comporta il diritto di decidere il luogo di residenza del figlio. Tanto basta per rendere illegittima la sottrazione del piccolo *Noam*. Sul punto vedi D. Rietiker, "*Un enlèvement d'enfant devant la Grande Cahmbre de la Cour européenne des droits de l'homme: l'affaire Neulinger et Shuruk c. Suisse analysée à la lumière des Traités internarionaux*", in *Revue trimestral de droits de l'homme*, 2012, p. 377 e ss. Quest'ultima impostazione appare accolta da tutte le giurisdizioni interessate al caso di specie che non hanno mai messo in dubbio l'integrazione della fattispecie del *legal kidnapping*.

delle autorità elvetiche nel disporre il ritorno del bambino in Israele senza tenere in dovuta considerazione le circostanze del caso di specie che impongono di ritenere integrata la causa ostantiva di cui all'art. 13 lett. b) della Conv. Aja 1980²⁶¹. La prima pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo²⁶², ponendosi probabilmente sulla scia della precedente impostazione giurisprudenziale, dichiara la non violazione dell'art. 8 CEDU, ritenendo rispettate le norme convenzionali che impongono di disporre il ritorno del minore e di interpretare restrittivamente le eccezioni al rientro. Nel caso di specie, riconoscere l'esistenza del rischio grave per il fatto del rientro avrebbe garantito alla madre sottraente un risultato favorevole, con ciò eliminando l'effetto deterrente del sistema internazionale a protezione del minore sottratto. La questione viene quindi rimessa alla Grande Camera della Corte europea²⁶³ che ribaltando la precedente pronuncia riconosce una violazione dell'art. 8 CEDU *sub specie* di violazione del superiore interesse del minore.

La parte motiva della sentenza appare molto interessante e vale la pena fare una serie di considerazioni: punto determinante è la tutela effettiva dei diritti del minore, interpretati alla luce del suo superiore interesse, valutata in concreto, abbandonando ogni automatismo.

Appare interessante come i giudici di Strasburgo, pur concludendo per la violazione dell'art. 8 della Convenzione europea, non criticano apertamente la decisione di ritorno resa dalla giurisdizione elvetica di ultima istanza, ma fondano il proprio convincimento su un cambiamento di circostanze successivo al provvedimento definitivo sul ritorno di *Noam*²⁶⁴, ponendo l'accento sull'integrazione del minore in Svizzera, correlata a un notevole lasso di tempo (al momento della sottrazione il bambino aveva due anni, all'atto finale di questa lunga

²⁶¹ Il ritorno del bambino in Israele appariva controproducente per il suo benessere psico fisico stante i trascorsi violenti del padre, considerato l'inadempimento dell'obbligo di mantenimento nei confronti della prole e considerato come, nelle more del giudizio, il signor *Shuruk* aveva contratto un nuovo matrimonio, salvo poi separarsi avuta notizia della gravidanza della nuova moglie e il successivo inadempimento dell'onere di mantenere il neonato. Inoltre, il piccolo *Noam* rischiava la separazione dalla madre una volta rientrati in Israele considerato come la stessa poteva essere sottoposta all'esercizio dell'azione penale, in ragione della sottrazione del figlio in violazione del divieto di espatrio, fattispecie per la quale in Israele è prevista anche una pena detentiva. Tutte queste circostanze implicano la necessità di considerare che sussiste un rischio grave a cui si sottopone il minore a causa del suo ritorno.

²⁶² CEDU, 8 gennaio 2009, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, ricorso n. 41615/07 (Neulinger I)

²⁶³ CEDU, 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, (Neulinger II), citato.

²⁶⁴ Una parte della dottrina per tale motivo ritiene che la pronuncia in commento rappresenti un "quarto grado" di giudizio sul caso della sottrazione internazionale del piccolo *Noam* piuttosto che un vaglio di conformità classicamente inteso.

battaglia giudiziaria *Noam* ha 7 anni, frequenta le scuole elvetiche e parla perfettamente il francese), nonché sul comportamento inadeguato del padre; inoltre, anche la possibilità che la madre venga sottoposta a misura limitativa della libertà personale una volta rientrata in Israele rappresenta un fattore da tenere in considerazione. La Corte europea afferma che tutti questi fatti complessivamente considerati rendono il ritorno del bambino contrario al suo superiore interesse e, quindi, al rispetto della sua vita privata e familiare.

E' interessante notare il percorso ermeneutico posto in essere dalla Corte di Strasburgo per tracciare tale conclusione. Se fino a questo momento il controllo di compatibilità si fondava su una lettura congiunta della Convenzione europea e della Conv.Aja 1980, tanto che il rispetto di quest'ultima determinava pronunce di non violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare; in questa occasione i giudici strasburghesi chiamano in causa un terzo strumento internazionale, ossia la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo²⁶⁵. L'entrata in scena di questo strumento internazionale ha però effetti dirompenti nel ragionamento seguito dalla Corte europea: essa afferma la prevalenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Convenzione di New York, trattati internazionali a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, rispetto alla Conv.Aja 1980, strumento di natura processuale che si occupa di sola cooperazione tra gli Stati parte, con l'ulteriore conseguenza che deve essere abbandonato ogni automatismo nell'applicare le regole in materia di sottrazione di minore a favore di un'analisi concreta del superiore interesse del fanciullo nel singolo caso pendente *sub judice*²⁶⁶. Così opinando, sembra che si crei un sistema di gerarchia tra le fonti internazionali a tutela del minore sottratto, in cui la Conv.Aja 1980 acquista un ruolo minoritario: la sentenza pare sancire il principio di diritto per cui, decorso un certo lasso di tempo e stante l'integrazione nel nuovo ambiente di vita, il ripristino dello *status quo ante*, così come sancito dal sistema di cooperazione internazionale in materia di *legal kidnapping*,

²⁶⁵ Il percorso ermeneutico appare quello tracciato in alcuni storici precedenti in tema di sottrazione internazionale di minore ove si richiama l'art. 31, par. 3, lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati per giustificare un'interpretazione sistematica della Convenzione europea: essa lungi dall'essere interpretata in maniera isolata deve essere posta all'interno dell'ordine giuridico internazionale e letta in combinato disposto alle altre norme rilevanti in materia. La disposizione di cui all'art. 31, in effetti, se appariva giustificata nelle precedenti pronunce della Corte europea che ritenevano sussistere una concordanza tra la Convenzione europea e la Conv. Aja 1980, stupisce se utilizzata per "affossare" il sistema convenzionale in materia di sottrazione internazionale di minori.

²⁶⁶ Punto 145 della sentenza in commento.

non rappresenta la più efficace tutela dei diritti del bambino sottratto. In questi casi, il superiore interesse del minore deve essere analizzato in concreto e alla luce dei trattati internazionali in materia di diritti fondamentali dell'individuo.

Pur apparendo equa la decisione di non disporre il ritorno del piccolo *Noam* in Israele, le conclusioni in punto di diritto della sentenza in commento appaiono alquanto discutibili.

Se da una parte, posto che non appariva nel superiore interesse del bambino sradicarlo dal proprio ambiente di vita per riportarlo in un paese ove non poteva intrattenere relazioni stabili e proficue con nessuno dei suoi genitori (con il rischio di essere affidato ai servizi sociali), sancire la violazione dell'art. 8 CEDU era inevitabile; d'altro canto, la gerarchia delle fonti tracciata dalla Corte europea e il principio secondo cui il sistema della Conv. Aja 1980 è inefficiente decorso un certo lasso di tempo, rendono la tutela del superiore interesse del minore nei casi di sottrazione internazionale alquanto ardua.

In primo luogo, la Corte europea omette di considerare che, pur trattandosi di una normativa di diritto processuale privato, la Conv. Aja 1980 si ispira alla tutela del superiore interesse del minore, fondandosi proprio sulla presunzione che è nel suo superiore interesse fare ritorno nel luogo di residenza abituale.

In secondo luogo la considerazione del fattore tempo in questa pronuncia ha effetti quanto meno fuorvianti. Giova considerare che il notevole lasso di tempo intercorso attiene non tanto a un ritardo addebitabile alla giurisdizione elvetica, quanto al doppio grado di giudizio dinnanzi la Corte europea, aggravato dall'applicazione delle misure provvisorie di cui all'art. 39 dello Statuto della Corte con le quali veniva sospesa l'esecuzione del provvedimento di ritorno in Israele. Ciononostante dichiarare che il sistema convenzionale che impone del ritorno del minore può funzionare solo se disposto in un lasso di tempo ragionevole significa determinare la non applicazione della Conv. Aja 1980. La stessa giurisprudenza della Corte europea conosce diverse pronunce in cui veniva condannato uno Stato contraente a ragione della eccessiva durata del procedimento in materia di sottrazione o della mancata esecuzione del provvedimento di ritorno. Affermare che il ritorno del minore non deve essere più disposto se decorso un certo tempo, significa determinare, per via giurisprudenziale, la legittimità della sottrazione internazionale di minore, considerato come a

livello interno non sussiste una casista importante che dia conto del rispetto del termine previsto dalla Conv. Aja 1980 nel disporre il ritorno del minore.

Non si può non considerare come un risultato giusto nella tutela del superiore interesse del minore è stato conseguito nel caso *Neulinger* ma sacrificando, almeno in via di principio, la tenuta del sistema convenzionale disposto proprio a tutela del *best interests* del fanciullo sottratto. Si tratta di una conclusione che non può condividersi. Invero, non ci sarebbero state ragioni per dubitare che nel caso di specie tutte le circostanze portate a conoscenza sia della giurisdizione interna elvetica, che della Corte europea dei diritti dell'uomo, facessero propendere per l'integrazione della causa ostativa al rimpatrio di cui all'art. 13 lett. b)²⁶⁷.

Come già affermato nel capitolo II, la giurisprudenza in materia di cause ostative al rimpatrio interpreta in maniera estensiva l'eccezione fondata su tale norma, ritenendola integrata anche nei semplici casi di opposizione del bambino, di separazione dal genitore sottraente, di semplice trauma da nuovo cambiamento. Orbene, non si comprende come, nell'ottica di punire il genitore che opera l'illecito, non si rinviene nel caso di specie l'esistenza di un rischio grave per il fatto del rientro di *Noam*, piuttosto che ricercare in altre Convenzioni internazionali o nell'applicazione autonoma di taluni principi il fondamento per non disporre il ritorno. Ancora una volta sarebbe bastato interpretare la Conv. Aja 1980 alla luce del principio del *best interests of child* e ritenere che il ritorno del minore avrebbe integrato una violazione dei suoi diritti fondamentali e del suo superiore interesse, *sub specie* di eccezione al rimpatrio ex art. 13 lett. b)²⁶⁸.

Le critiche sin qui esposte devono essere stemperate analizzando un altro dato importante della sentenza *Neulinger II*, cioè la centralità del superiore interesse del minore.

Per la prima volta la Corte europea sancisce l'autonomia e la dignità del principio del *best interests of child* imponendo agli Stati contraenti il dovere di accertare in concreto e caso per caso quale sia il superiore interesse del minore. Con ciò la Corte di Strasburgo individua una nuova obbligazione positiva in capo allo Stato parte della Convenzione, ossia operare un

²⁶⁷ Tesi avvalorata dalle opinioni dissidenti dei giudici *Kolver* e *Spielmann*

²⁶⁸ Tale percorso interpretativo sarebbe stato maggiormente rispettoso del dettato normativo internazionale e, più in generale, di una tutela del superiore interesse del minore "lungimirante", ponendosi, peraltro, in continuità con quella giurisprudenza europea che interpreta la normativa sovranazionale in materia di sottrazione internazionale alla luce del superiore interesse del minore (questo l'iter argomentativo ad esempio nelle esaminate sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea).

accurato controllo di merito volto a verificare quale sia la decisione che meglio risponda al superiore interesse del bambino. Il principio di diritto sancito nella sentenza appare la pietra miliare del sistema di tutela del fanciullo sottratto e, scevro dalle ulteriori considerazioni circa l'applicazione della Conv. Aja 1980, appare il punto di forza di questa nuova fase della giurisprudenza della Corte europea.

3.3. L'applicazione dei principi sanciti nell'affaire *Neulinger* nella giurisprudenza successiva

L'interrogativo che occorre porsi alla luce della disamina delle conclusioni affermate in seno alla sentenza *Neulinger II* è quale sia l'effetto e la portata dei principi in essa sanciti rispetto alle pronunce successive. Occorre chiedersi se il caso *Neulinger* apre una nuova fase della giurisprudenza della Corte europea, in cui si abbandona il c.d. controllo estrinseco in favore del vaglio di conformità delle decisioni nazionali rispetto al *best interests of child*, sancendo così l'efficacia di precedente alla sentenza *Neulinger II*.

Contro tale impostazione, lo stesso Presidente della Corte europea *Costa* ha chiarito come il caso *Neulinger* non comporta un *revirement de jurisprudence* quanto piuttosto deve essere inteso come un caso peculiare stante le circostanze concrete portate a conoscenza dei giudici di Lussemburgo²⁶⁹, che non si pone in contrasto con il precedente orientamento secondo cui l'art. 8 CEDU deve essere interpretato alla luce dei trattati internazionali pertinenti, primo fra tutti la Conv. Aja 1980.

Tale impostazione riduttiva potrebbe essere avvalorata dalle conclusioni a cui giunge la Corte europea nei successivi casi di sottrazione internazionale, in cui non si pone un evidente contrasto tra Convenzione europea e Conv. Aja 1980, tuttavia i principi di diritto espressi nella sentenza *Neulinger II*, sono posti a fondamento delle pronunce più recenti.

²⁶⁹ Affermazioni espresse nel discorso tenuto al Convegno <<Franco – British – Irish>> sul diritto di famiglia, tenuto a Dublino il 14 maggio 2011: <<does not therefore signal a change of direction at Strasbourg in the area of child abduction>>. Espressioni contenute e specificata anche in J-P. Costa, *The best interests of child in the recent case law of the European Court of Human Rights*>>, in www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E6F5D437-C49A-47C5-9772-578F54FB5C86/0/20110514_COLLOQUE_Dublin_FR.pdf, p.4.

Nei casi *Raban c. Romania* e *Van Den Berg e Sarrì c. Paesi Bassi*²⁷⁰, la Corte europea ha ribadito la centralità del principio del superiore interesse del minore e la necessità di procedere ad una accurata, vasta e complessiva valutazione di merito.

In applicazione di tale principio, nel caso *Sneersone e Kampanella c. Italia*²⁷¹ la ricorrente, madre del minore condotto dall'Italia alla Lettonia, si opponeva al provvedimento di ritorno emesso dall'Italia, Stato di residenza abituale della bambina in forza dell'art. 11 parr. 4,7 e 8 del regolamento "*Bruxelles II bis*" (norma che rimette allo Stato di residenza abituale l'ultima parola sul ritorno del minore, attribuendogli il potere di emettere una decisione di rientro che supera la pronuncia dello Stato di rifugio), lamentava proprio la mancanza di un'indagine accurata da parte dello Stato italiano condotta in relazione al superiore interesse del minore. In questo caso, la Corte europea sancisce la violazione dell'art. 8 CEDU ritenendo il grado di verifica operato dall'autorità italiana non accurato e non conforme al superiore interesse del minore²⁷².

In conclusione, i principi di diritto sanciti nella sentenza *Neulinger II* incidono in misura rilevante sulla giurisprudenza europea e non solo²⁷³. Il caso da ultimo citato ne è un

²⁷⁰ Rispettivamente, sentenza 26 ottobre 2010, ricorso n. 25437/08 e sentenza 2 novembre 2010, ricorso n. 7239/08

²⁷¹ CEDU, 12 luglio 2011, *Sneersone e Kampanella c. Italia*, ricorso n. 14737/09

²⁷² Tale decisione comporta un evidente problema di compatibilità tra questa giurisprudenza della Corte europea e il regolamento "*Bruxelles II bis*". Il sistema di cooperazione giudiziaria intraeuropeo per i casi di sottrazione internazionale si fonda sulla convinzione che le eccezioni al ritorno del minore devono essere intese in senso ancor più restrittivo. Corollario di tale principio è che il regolamento prevede che il rimpatrio non possa essere negato nel caso in cui lo Stato di residenza abituale ponga in essere misure volte a ridurre i rischi a cui il minore presumibilmente va incontro per il fatto del suo ritorno. Per tale ragione, verificata la predisposizione di tali misure, lo Stato di residenza abituale può emettere un provvedimento di ritorno che prevale sulla decisione dello Stato di rifugio che aveva ritenuto integrata una causa ostativa al rientro del minore. Tale sistema di verifica, previsto dal regolamento non supera il vaglio di conformità rispetto all'art. 8 della CEDU così come interpretato nella giurisprudenza *Neulinger*, con l'ulteriore conseguenza che una rigida applicazione del regolamento "*Bruxelles II bis*" potrebbe determinare una responsabilità degli Stati membri nei confronti del sistema convenzionale europeo a tutela dei diritti fondamentali. Viceversa una scorretta applicazione del regolamento, potrebbe comportare una pronuncia di inadempimento dello Stato membro agli obblighi imposti dai Trattati ai sensi dell'art. 258 e ss. Del TFUE. Probabilmente la questione, se assumesse una certa rilevanza, potrebbe essere rimessa all'interpretazione pregiudiziale della Corte di Giustizia dell'Unione europea che potrebbe formulare una lettura convenzionalmente orientata del regolamento "*Bruxelles II bis*".

²⁷³ Di recente, la Corte di Cassazione francese ha disposto il non rientro del minore sulla base del principio del superiore interesse del minore considerato quale causa ostativa autonoma non codificata nel sistema della Conv. Aja 1980 e che può superarne la rigida applicazione. *Cour de Cassation*, 13 febbraio 2013 n. 107, con commento di N. Di Lorenzo, già citato.

esempio specifico in quanto, seppure con riferimento all'ordinamento giuridico europeo, si sancisce il superamento del dettato normativo in forza del *best interests of child*.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha il merito di aver riconosciuto una grande centralità al principio del superiore interesse del minore, ponendo l'accento su un controllo accurato e concreto circa il benessere del minore che deve fondare ogni decisione. Tuttavia, minando l'applicazione della normativa in materia di sottrazione internazionale (tanto europea quanto universale) potrebbe creare un evidente vuoto di tutela nei casi di sottrazione internazionale, considerato come "maneggiare" il principio del superiore interesse del minore quale criterio autonomo di giudizio nella tutela del bambino sottratto potrebbe comportare un'eccessiva discrezionalità in capo al giudice nazionale. Questa impostazione omette di considerare come le regole di diritto sancite in materia di automatismo del ritorno del minore sottratto (e correlativamente tassatività delle eccezioni al rientro) si fondano proprio sulla considerazione che è nel preminente interesse del fanciullo essere reintegrato nel proprio ambiente di vita e riacquistare rapporti stabili con il genitore affidatario. Per questa ragione, la decisione del ritorno è necessariamente una pronuncia sommaria, in cui non vi è alcuna pretesa di esaurire l'esame del concreto interesse del minore protagonista del conflitto coniugale: disporre il ritorno della prole nel Paese di residenza abituale non importa la conclusione di ogni procedimento *au fond* del diritto di affidamento, ma implica la necessità di rimettere la decisione sul *droit de garde* al giudice competente secondo i principi sanciti dal diritto internazionale. Appare nel superiore interesse del minore non essere distratto dal proprio giudice naturale, che in virtù del principio di prossimità è rappresentato dal giudice del luogo di residenza abituale, maggiormente deputato a conoscere le peculiarità del caso di specie e, quindi, in grado di effettuare quell'accertamento concreto dell'interesse del minore che la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene imprescindibile per il rispetto dell'art. 8 CEDU (caso *Neulinger II*).

Recentissima la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo²⁷⁴ avente ad oggetto il ricorso presentato da una cittadina lettone e australiana, il cui nome non viene pubblicato,

²⁷⁴ CEDU, 26 novembre 2013, *X v. Lettonia*, ricorso n. 27853/09, il caso è interessante anche sotto il profilo della qualificazione giuridica della sottrazione internazionale. La bambina coinvolta nella fattispecie, infatti, era nata da una convivenza tra la madre, ancora legato ad altro matrimonio, e il padre, coppia che aveva convissuto per pochissimo tempo. Il padre, peraltro, non aveva neanche riconosciuto all'anagrafe la piccola. Pertanto, pervenuta la richiesta di ritorno, la madre, dinnanzi alle

contro l'ingerenza del governo lettone che, disponendo il ritorno della figlia in Australia presso il padre, avrebbe violato l'art. 8 della Convenzione. La sentenza appare interessante perché sembra superare le critiche mosse al percorso argomentativo del caso Neulinger. Più in particolare, la Corte europea afferma il principio di diritto secondo cui la Conv. Aja 1980 e la Convenzione europea non sono due strumenti autonomi ma devono essere letti in combinato disposto in modo tale da interpretare la Conv. Aja 1980 in maniera compatibile con il catalogo dei diritti del Consiglio d'Europa (e, precisano i giudici di Strasburgo, in Unione europea in maniera conforme con la Carta di Nizza). Si tratta di un principio di diritto particolarmente importante che riconduce la soluzione dei casi di sottrazione internazionale di minore alla normativa internazionale settoriale, interpretata in maniera conforme all'ordinamento a tutela dei diritti fondamentali. Corollario precipitato di questa impostazione, nel caso di specie, è che per valutare la sussistenza della causa ostativa al rimpatrio ex art. 13 lett. b) il giudice del ritorno deve prendere in considerazione ogni elemento utile per valutare il superiore interesse del minore, per cui la mancata acquisizione di una perizia psicologica effettuata sul minore comporta un'evidente violazione della Conv. Aja 1980 in combinato disposto con l'art. 8 della Cedu.

A parere di chi scrive, questa impostazione, che pure riconosce ampi margini di discrezionalità, appare più compatibile con il sistema a tutela del minore sottratto: in quanto, la Corte europea ritorna alla necessaria applicazione della Conv. Aja 1980, strumento internazionale specificatamente dedicato al *legal kidnapping*, richiedendone una lettura "convenzionalmente orientata". In questo modo il *best interests of child* non deve rappresentare un principio di autonoma valutazione nei casi di sottrazione internazionale di minore, ma un canone di compatibilità e un ponte tra diritti fondamentali del minore e normativa settoriale.

giurisdizioni lettone, eccepiva il mancato *droit de garde* in capo al padre richiedente, stante che non aveva riconosciuto la piccola, non se ne prendeva cura e non conviveva con la madre e la bambina. La ricorrente eccepiva, quindi, di essere la sola titolare del *droit de garde* e legittimamente poteva trasferire la bambina in Lettonia. Pur tuttavia, il caso veniva qualificato come illecita sottrazione in considerazione che l'ordinamento australiano riconosce al padre naturale la responsabilità genitoriale della prole (!).

4. Analisi comparata del livello di tutela del superiore interesse del minore nelle Corti europee

Analizzata la giurisprudenza più rilevante a livello europeo, un ulteriore passaggio consiste nel valorizzare il livello di tutela offerto al minore sottratto nei sistemi giurisdizionali della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Punto di partenza appare la considerazione che sia i giudici di Lussemburgo che i giudici di Strasburgo riconoscano la centralità del *best interests of child* nella risoluzione dei casi di sottrazione internazionale. Anche in confronto alla giurisprudenza degli ordinamenti nazionali si constata come il superiore interesse del minore acquista un ruolo fondamentale e piena dignità nelle decisioni che riguardano il fanciullo. Le numerose pronunce sin qui esaminate mostrano come in ambito giurisprudenziale europeo viene effettivamente applicato il principio di diritto per cui in ogni decisione riguardante la prole l'interesse superiore del minore deve avere una considerazione prevalente. Tutte le sentenze approfondite, infatti, utilizzano il *best interests of child* come criterio di interpretazione delle norme applicabili, nonché come strumento di verifica dell'effettiva protezione riconosciuta al minore. In questo senso non è dato rilevare una sostanziale differenziazione di tutela nella giurisprudenza delle Corti europee.

A medesima conclusione occorre giungere per quanto concerne il riconoscimento dei diritti fondamentali del minore sottratto: la posizione giuridica del bambino all'interno della famiglia trova una tutela assolutamente speculare nelle pronunce esaminate. In tal senso esiste una equiparazione giuridica tra l'art. 7 della Carta di Nizza e l'art. 8 della CEDU²⁷⁵ e, inoltre, anche i diritti espressamente sanciti in altre norme della Carta di Nizza, vengono tutelati in ambito del Consiglio d'Europa attraverso una lettura estensiva dell'art. 8 della CEDU. E' possibile quindi affermare che vi sia una sostanziale omogeneità tra i diritti fondamentali riconosciuti e tutelati al fanciullo in ambito regionale europeo e in ambito di Unione europea. Per mero scrupolo di completezza, si potrebbe dire che la Carta di Nizza sancisce espressamente e in via autonoma alcuni diritti del fanciullo che, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sono considerati impliciti. In questo senso il diritto all'ascolto del

²⁷⁵ Come peraltro sancito dal Presidium alla Carta di Nizza.

minore o il diritto alla bigenitorialità trovano un'autonoma collocazione nella Carta di Nizza. Tuttavia non è possibile dire che in ambito regionale europeo tali diritti non vengano garantiti, in quanto essi sono riconosciuti impliciti e sanciti in ragione del combinato disposto tra Convenzione europea e Convenzione di New York²⁷⁶.

Un altro importante punto di contatto nella giurisprudenza delle due Corti europee appare il riconoscimento dell'importanza del fattore tempo nell'ambito dei casi di *legal kidnapping*. Viene così riconosciuto un principio di diritto fondamentale secondo cui ogni decisione relativa alla cura del bambino sottratto deve essere raggiunta nel più breve lasso di tempo possibile. Ogni ritardo è così considerato controproducente per il benessere psicofisico del minore.

Poste le superiori premesse il primo punto di differenza è determinato da un presupposto procedurale che incide sul piano dell'effettiva tutela sostanziale dei diritti del bambino sottratto. La Corte di Giustizia dell'Unione europea interviene, nell'ambito del rinvio pregiudiziale d'urgenza, in un momento in cui la controversia circa il ritorno del minore illegittimamente sottratto è *in nuce*. Al contrario la Corte europea dei diritti dell'uomo viene chiamata in causa solo una volta esauriti tutti i mezzi di ricorso interni.

Si tratta di una differenza procedurale che si ripercuote sulla tutela del minore: l'enunciazione di principi di diritto di fondamentale importanza appare molto più incisiva quando ancora è possibile pronunciare il ritorno del minore, piuttosto che successivamente all'esaurimento di tutte le vie legali interne. E' evidente come il fattore tempo, considerato preminente nella concreta cura del bambino, trova un riconoscimento concreto nella giurisprudenza dell'Unione europea. Prova di quanto asserito è che la Corte europea dei diritti dell'uomo può solo pronunciare la condanna dello Stato contraente per violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, pronuncia che non incide sulla situazione giuridica del minore che non può che rimanere invariata. Al contrario, nell'ambito dell'Unione europea, l'intervento dei giudici di Lussemburgo avviene in una fase prodromica

²⁷⁶ Non mancano nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo considerazioni circa la tutela del diritto all'ascolto del minore, dichiarato fondamentale proprio perché sancito dalla richiamata Convenzione di New York. Invero, proprio in forza del sistema interpretativo tracciato attraverso il richiamo all'art. 33 della Convenzione di Vienna, la Corte europea dei diritti dell'uomo decide avendo come punto di riferimento tutta la normativa universale in materia di protezione del minore. Con ciò viene assicurato un rispetto dei diritti fondamentali del fanciullo certamente non inferiore a quanto avviene nel sistema di tutela giurisdizionale garantito in Unione europea.

e, più precisamente, nel momento in cui si deve disporre il ritorno del minore ai sensi del regolamento “*Bruxelles II bis*”. Si potrebbe quindi affermare che l’intervento giurisdizionale dell’Unione europea può effettivamente incidere nella tutela del minore sottratto.

Altra considerazione importante attiene alla normativa applicabile e, quindi, azionabile nell’ambito dei due sistemi giuridici europei. Pur ribadendo come, a livello sostanziale, vi sia una netta coincidenza tra diritto al rispetto della vita privata e familiare così come sancito nella Carta di Nizza e nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo, si deve considerare come le due Corti si trovano a giudicare rispettivamente della corretta applicazione del regolamento “*Bruxelles II bis*” e della Conv. Aja 1980. I due sistemi giuridici, già ampiamente analizzati nel corpo del primo capitolo, conoscono almeno due importanti differenze, dovute alla considerazione che il sistema di cooperazione europea si fonda sul principio della leale cooperazione e della fiducia reciproca che lega gli Stati membri dell’Unione europea. Conseguenza netta è che il regolamento “comunitario” prescrive un sistema di cooperazione volto alla restituzione del minore sottratto più incisivo: innanzitutto, le eccezioni al ritorno devono essere intese in senso ancor più restrittivo, infatti, nonostante il giudice dello Stato di rifugio ritenga sussistente un grave rischio per il minore a causa del suo ritorno, deve disporre il rientro se lo Stato di residenza abituale attua tutte le misure necessarie a ridurre o eliminare tale fonte di pericolo. Inoltre, il regolamento “*Bruxelles II bis*” prevede che l’ultima parola in tema di ritorno del minore spetti al Paese di sua residenza abituale prima dell’illegittimo trasferimento, per cui quest’ultimo è abilitato a pronunciare una sentenza di ritorno che supera il provvedimento ostativo al rientro emesso dal giudice dello Stato di rifugio.

Queste due differenze nella normativa rendono effettivamente più concreta la tutela del minore, soprattutto se ci si pone nell’ottica che il ritorno del minore sia la soluzione che più tutela il suo superiore interesse²⁷⁷. Tale automatismo appare maggiormente garantito nel sistema intraeuropeo sia a livello normativo che a livello giurisprudenziale. Invero le pronunce della Corte di Giustizia dell’Unione europea appaiono tutte ispirate a garantire

²⁷⁷ A differenti conclusioni si perviene ove ci si ponga nel contesto di quel filone giurisprudenziale che ritiene ogni automatismo circa il ritorno del minore contrario al suo superiore interesse e che impone al giudice del caso concreto di esaminare puntualmente quale sia la decisione migliore per il fanciullo. In questo senso si pone la commentata sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*.

l'efficacia del sistema del regolamento "*Bruxelles II bis*", tanto che le norme concrete vengono interpretate proprio alla luce della considerazione che il superiore interesse del minore integra il suo necessario ritorno.

La differenziazione di tutela nell'ambito dei due sistemi giurisdizionali europei appare, quindi, determinata più dalle regole procedurali e dalla disciplina sostanziale applicabile, piuttosto che dal differente nucleo di diritti fondamentali garantiti al minore.

Posta pertanto l'equiparazione dei diritti inviolabili del bambino e la centralità del principio del superiore interesse, è possibile concludere per una più efficiente tutela e protezione del fanciullo nel sistema dell'Unione europea garantita dall'istanza procedurale che consente un intervento della Corte di Giustizia tempestivo; nonché dalla rigidità del sistema costruito dal regolamento "comunitario" che determina un più stringente apprezzamento del giudice di merito nella necessità di disporre il ritorno.

Un'ulteriore differenza nei rispettivi sistemi di tutela emerge se si considera il consistente impatto che il filone giurisprudenziale inaugurato con la sentenza *Neulinger* può spiegare anche nel contesto delle pronunce nazionali. Come già ampiamente ribadito, la Corte europea dei diritti dell'uomo, abbandonando un c.d. controllo formale del rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo nei casi di sottrazione internazionale, ha pronunciato un importante principio di diritto per cui occorre che il giudice di merito compia un'attenta e concreta analisi circa l'effettivo interesse del minore sottratto, considerato come ogni automatismo deve essere abbandonato. Orbene, l'impatto di tale pronuncia, come già anticipato, potrebbe condurre a una minore efficacia del sistema convenzionale dell'Aja in tema di sottrazione internazionale di minore che, viceversa, si fonda sull'assioma per cui tutelare l'interesse del minore significa disporre il suo immediato ritorno nel luogo di residenza abituale. Scardinata questa presunzione giuridica, la Corte europea pare affermare che il giudice, lungi dal dover disporre automaticamente il ritorno del minore, deve accertare il suo superiore interesse nel caso concreto, negando il rientro anche al di fuori delle cause ostative espressamente (e tassativamente) previste dalla normativa. Questo tipo di ragionamento giuridico non viene minimamente accettato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea che, come già ampiamente chiarito, ritiene di dover interpretare restrittivamente il regolamento

“*Bruxelles II bis*” riconoscendo massima efficacia applicativa alle decisioni di ritorno e circoscrivendo ancor di più le eccezioni al rientro del minore.

Tale differenziazione incide fortemente sulla *querelle* sin qui affrontata circa il livello di tutela offerto al minore nell’ambito della giurisprudenza delle due Corti europee. Il punto di partenza deve essere necessariamente chiarire se si ritenga maggiormente conforme all’interesse del minore sottratto garantire il suo pronto ritorno nel luogo di residenza abituale. La questione non è di poco conto. Opinando in questo senso, il sistema di cooperazione giuridica nella lotta alla sottrazione internazionale del minore in Unione europea, confortato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, appare più effettivamente deputato alla tutela del superiore interesse del minore. Viceversa, ove si ritenga che nel caso di *legal kidnapping*, anche il giudice dello Stato di rifugio sia chiamato a ricercare *au fond* e in concreto la decisione che meglio risponde al superiore interesse del minore (giurisprudenza *Neulinger*), il sistema CEDU risulterà il più adeguato alla tutela del fanciullo vittima di sottrazione.

A parere di chi scrive, il sistema internazionale ed europeo, costruito attorno al pronto ritorno del minore (quanto meno a livello normativo), non dovrebbe essere scardinato a livello giurisprudenziale, ciò nel maggiore interesse del minore sottratto. Come chiarito da un’illuminata dottrina, il *best interests* del fanciullo vittima di sottrazione internazionale appare quello di essere immediatamente restituito al suo ambiente di vita e al suo giudice naturale, il più adatto per conoscere il merito di ogni questione relativa alla cura e alla protezione della prole. In quest’ottica, richiedere al giudice dello Stato di rifugio di giudicare in concreto quale sia il superiore interesse del minore implica la perdita di efficacia di tutto il sistema internazionale. In questo senso, il sistema giuridico dell’Unione europea, così come correttamente interpretato dalla Corte di Giustizia, costruisce attorno al minore sottratto una più efficace tutela poiché consente al bambino di non vedere pregiudicati i suoi diritti fondamentali, sacrificati in caso di rafforzamento della condotta illecita del genitore sottraente. Invero, solo una rigida applicazione della regola del ritorno del minore consente una certa portata deterrente del sistema giuridico di lotta al *legal kidnapping* e assicura quella certezza del diritto internazionale ineliminabile. Opinando diversamente, il minore sottratto si troverebbe sempre in balia del libero apprezzamento e della discrezionalità del giudice dello

Stato di rifugio, con tutte le conseguenze in tema di *forum shopping* e patriottismo delle decisioni già più volte segnalate.

Interessante notare come a livello statale potrebbe configurarsi una situazione di contrasto tra obblighi assunti in ragione dell'adesione alla Conv. Aja 1980, così come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in conformità all'art. 8 della CEDU, e obblighi imposti dall'appartenenze all'Unione europea e dal primato del diritto europeo derivato. Più in particolare, le contrapposte interpretazioni delle due Corti in materia di *best interests of child* nei casi di sottrazione potrebbero determinare la difficile posizione dello Stato membro a livello internazionale. Nel rispetto della rigida interpretazione dell'art. 11 del regolamento "*Bruxelles II bis*" (ovviamente per i casi di sottrazione intraeuropea) lo Stato membro dovrebbe sempre e in via automatica disporre il ritorno del minore sottratto, anche qualora sussista un rischio di pericolo per il bambino che però possa essere superato dall'adozione di misure adeguate per supportare il suo rientro. Questo tipo di decisioni si porrebbero inevitabilmente in contrasto con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che impone una valutazione concreta dell'interesse del minore²⁷⁸.

A conclusione delle complesse argomentazioni sin qui riportate attraverso le quali si è opinato per una più efficiente tutela del superiore interesse del minore in ambito di Unione europea, una notazione appare imprescindibile. Non si può non constatare come, se si parla di effettività della tutela e protezione del minore, un *vulnus* si riconosce ad ambedue i sistemi europei. I giudici sovranazionali non riescono, in effetti, a incidere concretamente nelle decisioni nazionali in materia di sottrazione internazionale di minore. Nel caso del sistema CEDU, la poca incisività è data dal momento in cui i giudici di Strasburgo riescono a intervenire nella fattispecie: una decisione pronunciata quando si sono già esauriti tutti i mezzi di ricorso interni, determina una diversa considerazione del superiore interesse del minore. Più in particolare, sancire la violazione dell'art. 8 CEDU per mancata esecuzione del provvedimento di ritorno in un momento in cui sono decorsi anche cinque o sei anni dal

²⁷⁸ La questione si porrebbe in termini ancor più interessanti in caso di adesione dell'Unione europea alla CEDU, così come richiesto con la riforma dell'art. 6 del Trattato di Unione, avvenuta a Lisbona. La compatibilità dei due sistemi di tutela dei diritti fondamentali e il problema del dialogo tra le due Corti europee appare, in effetti, una questione assai rilevante per sciogliere i nodi circa tale adesione. In tema di tutela dei diritti del minore sottratto sussiste in effetti una differente considerazione della tutela del superiore interesse del minore che pone delicati problemi di dialogo tra le due Corti europee.

trasferimento illegittimo del minore, comporta, in tutta evidenza, come in ogni caso il ritorno del minore non sia più nel suo interesse, stante la sua integrazione inevitabile nel nuovo ambiente di vita. Maggiore incisività acquista la pronuncia che dichiara la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare per aver disposto il ritorno del minore in violazione del suo superiore interesse, in questo caso il *dictum*, se non fa altro che consolidare una situazione concreta determinata dalla mancata esecuzione del provvedimento di ritorno, acquista il valore di impedire una successiva esecuzione della sentenza. Le pronunce di condanna emesse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, intervenendo "in ritardo" non garantiscono in effetti il rispetto dei diritti del minore conteso e sottratto.

Non diversamente si può concludere per quanto attiene la Corte di Giustizia dell'Unione europea: tale organo giurisdizionale interviene solo in via pregiudiziale, ai sensi del Trattato di Unione europea, ciò vuol dire che non detiene un potere di conoscere del merito delle questioni attinenti il minore e la sua sottrazione, ma si pronuncia solo sulla corretta interpretazione della normativa applicabile, *rectius*: il regolamento "Bruxelles II bis". Il limite appare chiaro: occorre innanzitutto che il giudice nazionale decida di sollevare un rinvio pregiudiziale in presenza di un eventuale dubbio interpretativo; in ogni caso il *dictum* della Corte di Giustizia appare limitato a fornire una chiave di lettura del regolamento "Bruxelles II bis" compatibile con la Carta di Nizza e, ovviamente, interpretato alla luce del superiore interesse del minore. Ne deriva come i principi di diritto sanciti dai giudici di Lussemburgo trovano efficacia se e in quanto il giudice nazionale ne faccia corretta applicazione. Ne è un esempio concreto la pronuncia in materia di residenza abituale del minore: tale sentenza è di fondamentale importanza per ricostruire in concreto cosa debba intendersi per residenza abituale, ciononostante i principi sanciti trovano effettiva applicazione solo e in quanto il giudice nazionale decida di utilizzarli.

L'analisi comparata della giurisprudenza nazionale, italiana e straniera, e della giurisprudenza delle Corti europee lascia emergere un'evidente ambiguità del sistema di tutela del minore sottratto: i giudici che maggiormente riconoscono la centralità del superiore interesse del bambino e dei suoi diritti fondamentali, *rectius*: i giudici europei, non possiedono il potere di incidere realmente sulla situazione concreta della sottrazione internazionale. Le conclusioni in tema di tutela e protezione del minore appaiono scontate.

CONCLUSIONI

Il presente lavoro di ricerca ha prodotto diversi spunti di riflessione in tema di tutela del superiore interesse del minore vittima di sottrazione internazionale. L'analisi comparata della giurisprudenza degli ordinamenti nazionali e delle Corti internazionali europee ha rilevato luci ed ombre del sistema di protezione internazionale del fanciullo.

La prassi delle aule giudiziarie mostra un dato preoccupante: la maggiore mobilità internazionale, dovuta anche ad una libertà di circolazione riconosciuta come diritto del cittadino dell'Unione europea, crea nuove sfide per l'operatore del diritto. La famiglia transnazionale implica la risoluzione di controversie, in caso di crisi e conflitto, in cui definire cosa sia il *best interests of child* diviene complesso. Una realtà però non può non essere rilevata: sussiste un'insufficienza del sistema giuridico a rispondere alla violazione dei diritti fondamentali del fanciullo. Quando, infatti, un minore viene condotto o trattenuto oltre frontiera tale comportamento integra *ex se* una violazione della sua posizione giuridica che non può essere ripristinata. A tale atto di forza di uno dei genitori, infatti, si risponde con l'avvio di un iter procedimentale e, necessariamente, processuale, che pone il nucleo familiare, e più ancora la prole, in una situazione intollerabile di attesa e di stallo. Qualsiasi sia la decisione presa dalla competente autorità giurisdizionale, la violazione dei diritti del fanciullo e le conseguenze in tema di sviluppo psico fisico sono ineliminabili. Nel caso, infatti, si disponga il ritorno del minore (circostanza che rappresenta la regola nel sistema normativo costruito sulla logica del ripristino dello *status quo ante*), quest'ultimo deve vivere un nuovo distacco dal suo ambiente di vita ricostituito e dal genitore con cui, comunque, ha convissuto per almeno due anni (la prassi giurisprudenziale non conosce decisioni di rientro che intervengano prima dei 20 mesi dal *rapimento* del bambino). Il ritorno nel luogo di residenza abituale, quindi, viene vissuto come un nuovo sradicamento che, nella psiche di un soggetto vulnerabile e in età evolutiva, non può che comportare un nuovo *vulnus*. Vi è di più. La conflittualità tra i genitori, all'esito di una vera e propria "battaglia" giudiziaria sarà talmente acuita da riversarsi nella vita quotidiana del minore: questo verrà anche restituito al genitore affidatario a cui era stato sottratto, con l'effetto che perderà ogni contatto con il genitore sottraente, che è pur sempre un genitore! Se, invece, non venga disposto il

ritorno del minore, consolidando l'effetto del trasferimento illecito, la violazione di tutti i diritti fondamentali, come analizzati nel capitolo secondo, diviene definitiva.

Posta tale premessa, la ricerca ha rilevato alcune lacune normative che rendono più complessa la tutela dei diritti fondamentali del minore sottratto, nonché un'evidente insufficienza della prassi giurisprudenziale a tenere in dovuta considerazione il principio informatore del superiore interesse del minore. In tema ad esempio di diritto alla bigenitorialità non può che ravvisarsi una lacuna del sistema nella mancata tutela della posizione giuridica del genitore titolare del diritto di visita. Se, da una parte, all'atto della redazione della normativa internazionale in materia di *legal kidnapping*, si è avvertita l'esigenza di operare una scelta all'interno delle relazioni familiari meritevoli di una protezione forte, dall'altro, nell'ottica del *best interests of child*, la mancata tutela del proprio diritto ad intrattenere relazioni stabili anche col genitore non affidatario che si incontra solo alcuni giorni a settimana, appare un *vulnus* ad un diritto fondamentale, sancito proprio a tutela dello sviluppo psico fisico armonioso del bambino. In chiave evolutiva, poi, il sistema internazionale appare ancorato alla dicotomia diritto di affidamento/diritto di visita che oggi alla luce del nuovo contesto normativo in materia di diritto di famiglia viene superato dal sistema dell'affidamento condiviso e, più precisamente, dal concetto di responsabilità genitoriale.

L'analisi comparata della giurisprudenza nazionale ha consentito di individuare ulteriori problematiche legate all'eterogeneità delle decisioni, non soltanto tra sistemi giuridici differenti, ma sovente anche all'interno di un medesimo ordinamento statale. Non mancano decisioni assolutamente discordanti in questioni centrali quale la nozione di residenza abituale del minore, l'effettivo esercizio del diritto di affidamento, le cause ostative al rimpatrio. L'esatta natura giuridica di tali istituti rende più o meno incisiva la tutela della posizione giuridica del minore sottratto: è evidente, infatti, come un'interpretazione restrittiva e tassativa delle cause ostative al rimpatrio, tale che ad esempio non si fa applicazione dell'art. 13 lett. b) tutte le volte in cui si lamenta il rischio di danno grave legato al distacco dal genitore sottraente, implica una tutela più incisiva dell'interesse superiore del minore a fare rientro nel luogo da cui è stato sottratto.

La verifica del rispetto dei diritti fondamentali del minore nell'ambito della giurisprudenza nazionale ha, quindi, condotto a conclusioni scoraggianti. Non soltanto i giudici nazionali sembrano legati a logiche *patriottistiche*, emettendo pronunce più favorevoli al genitore sottraente, in quanto connazionale, ma sovente il riferimento al principio del superiore interesse del minore appare assente o solo formale.

Questa constatazione appare la più rilevante a conclusione del presente lavoro. Decidere le sorti di un minore sottratto senza prendere in considerazione il rispetto dei suoi diritti fondamentali e senza lasciarsi guidare dal principio del *best interests* è quanto meno discutibile, in un sistema normativo incentrato sulla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.

Inoltre, non si ritiene di poter condividere la prassi delle aule dei tribunali di merito volta ad utilizzare il criterio del superiore interesse del minore come strumento per estendere e dilatare l'ambito di applicazione delle cause di non ritorno del minore. Non si può non considerare come la logica che sottende il sistema recuperatorio proprio della normativa internazionale ed europea in materia di sottrazione internazionale si fonda sulla presunzione giuridica che, per elidere le conseguenze pregiudizievoli dell'illecito trasferimento, occorre provvedere tempestivamente ordinando l'immediato ritorno del minore. Nel sistema internazionale vi è già una considerazione *ex ante* del superiore interesse del minore che si incardina nella costruzione della regola, il rimpatrio del bambino, e delle sue eccezioni, tassativamente prescritte. Appare censurabile, quindi, l'orientamento giurisprudenziale volto a elidere tale sistema, poiché non tiene in dovuta considerazione che il giudice più competente a conoscere il *best interests of child* è l'autorità del luogo di residenza abituale che, per costante giurisprudenza e dottrina, appare la meglio "*placée*" per conoscere tutte le circostanze del caso concreto che possono sostenere una decisione nel merito. La pronuncia di ritorno, invece, è sempre una decisione sommaria, da emettere in tempi rapidi, alla luce di una valutazione generica di tutti i presupposti sanciti a livello internazionale per l'integrazione della fattispecie del *legal kidnapping*, che consenta al minore di fare immediato rientro nel luogo di sua abituale residenza e di rimettere, eventualmente, al giudice naturale ogni ulteriore decisione che appaia nel miglior interesse del bambino. Scardinare questo sistema rappresenta, a parere di chi scrive, una netta violazione dei diritti fondamentali sostanziali e processuali del minore, il quale ha tutto l'interesse a vedere tutelato il suo diritto alla

bigenitorialità, di fronte al proprio giudice naturale, precostituito per legge, in un procedimento di merito che, attraverso la necessaria e approfondita attività istruttoria, si concluda con una sentenza di accertamento circa il reale assetto familiare che più garantisce la protezione del superiore interesse della prole.

Tale orientamento giurisprudenziale è in qualche modo contrastato da una più attenta considerazione dei diritti fondamentali del fanciullo in seno alla giurisprudenza delle Corti internazionali europee che, nelle pronunce esaminate, pongono al centro dell'indagine proprio la tutela del superiore interesse del minore sottratto, utilizzato ora come strumento di interpretazione, ora come norma di chiusura per decidere del caso concreto (*Neulinger*). Eppure una constatazione, in conclusione, appare evidente: le Corti internazionali europee intervengono in una fase del conflitto in cui la possibilità di sanare l'evidente violazione dei diritti del minore appare impossibile. La Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare, interviene sovente solo in chiave risarcitoria, imponendo allo Stato contraente che ha violato i diritti del minore (e soprattutto del genitore ricorrente) di corrispondere un equo indennizzo al danneggiato. Fa eccezione il caso *Neulinger* per la peculiarità della vicenda in quanto, non essendo ancora stato eseguito il provvedimento di ritorno, la Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata a decidere della legittimità dell'ingerenza delle autorità Svizzere sulla vita privata e familiare della signora *Neulinger* e del figlio, poteva consolidare una situazione di fatto (la sottrazione internazionale) a beneficio della tutela del superiore interesse del piccolo *Noam*. Ma si tratta pur sempre di un caso limite. La Corte di Giustizia dell'Unione europea, dal canto suo, non interviene nel singolo caso concreto, ma emette decisioni interpretative in materia di regolamento "*Bruxelles II bis*" al fine di fornire al giudice nazionale utili chiavi di lettura per dirimere il conflitto. Non può non rivelarsi una più efficace possibilità di intervento a tutela dei diritti fondamentali della Corte di Giustizia: invero, potendo fornire letture interpretative della normativa di diritto dell'Unione europea derivato, compatibili con la Carta di Nizza, ben può incidere, considerata la contestuale pendenza del giudizio di ritorno e la procedura d'urgenza introdotta da ultimo (PPU), sulla soluzione del caso concreto.

Ma si tratta pur sempre di una tutela mediata e indiretta.

Infine, un'ulteriore questione, lasciata a margine del presente lavoro, ma non meno importante, attiene al difficile problema dell'esecuzione dei provvedimenti di ritorno. Sovente, infatti, le decisioni di ritorno del minore non vengono eseguite e restano inattuato nei rapporti tra genitori, in quanto diversi ordinamenti nazionali non conoscono strumenti di esecuzione forzata dell'ordine di rientro ma rimettono alla decisione bonaria del genitore di adempiere il provvedimento di ritorno (!)

Il presente lavoro, quindi, rileva la scarsa tutela dei diritti fondamentali del minore sottratto, dovuta, da una parte, all'impossibilità di eliminare tale violazione per il solo fatto dell'integrazione della fattispecie illecita, dall'altra, alla poca incidenza delle decisioni di merito che tengono in moderata considerazione il *best interests of child*.

In una prospettiva *de jure condendo* si potrebbero pensare alcuni possibili interventi per rendere il sistema internazionale a tutela del minore sottratto più efficiente.

La crisi familiare, *in primis*, non può essere affidata alla risoluzione privata delle parti in contesa, troppo coinvolte nel conflitto per riuscire a trovare decisioni condivise: se è vero che la posizione del minore prevale rispetto a quella degli adulti, la normativa internazionale, quanto meno quella dell'Unione europea, dovrebbe imporre il ricorso alla mediazione in tutti i casi di emersione della crisi familiare. Non basta, quindi, il ricorso alla procedura per la separazione e/o il divorzio, occorre imporre alla coppia la presa di coscienza del proprio ruolo genitoriale: il conflitto attiene alla relazione di coniugio e, non già, al rapporto di filiazione. Un percorso di mediazione preventivo potrebbe spingere i genitori a prendere consapevolezza di quali decisioni sono nel bene della prole, nonché dell'importanza della presenza di entrambe le figure genitoriali per la crescita dei figli. Per far ciò occorrerebbe imporre un'adeguata preparazione e formazione per tutti gli operatori che entrano in contatto con la famiglia in crisi (avvocati, magistrati, psicologi) ed istituire un apposito registro dei Mediatori familiari internazionali²⁷⁹. La mediazione rappresenta, infatti, la sfida per il futuro della regolamentazione delle relazioni familiari, come da tempo riconosciuto in diversi interventi normativi internazionali²⁸⁰, ciononostante ancora oggi nei

²⁷⁹ C. Morini, "La mediazione familiare in materia di sottrazione internazionale di minori", in *Mediaries*, 2008, p. 183.

²⁸⁰ Risoluzione (R) 98 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 21 gennaio 1998 che invita ad incentivare il ricorso alla mediazione nei conflitti transfrontalieri, definendolo un procedimento appropriato; Risoluzione 1291 del 26 febbraio 2002, dell'Assemblea degli Stati del Consiglio

procedimenti di ritorno del minore e, ancor prima, nei procedimenti di affidamento della prole, si interviene in tal senso in maniera alquanto sporadica. Promuovere la mediazione familiare per prevenire e/o risolvere i casi di sottrazione internazionale di minore rappresenta, quindi, un dovere di tutti gli Stati (quanto meno a livello europeo) in quanto risponde ad una maggiore tutela del superiore interesse del minore. Potrebbe essere pensata la creazione di un'apposita sezione specializzata in mediazione all'interno delle Autorità centrali istituite i sensi della Conv. Aja 1980.

In secondo luogo, occorrerebbe una modifica normativa dei testi rilevanti in materia di *legal kidnapping* che tenga conto, da una parte delle novelle legislative in materia di diritto di famiglia, dall'altro di alcuni punti fermi a cui è pervenuta la giurisprudenza internazionale (si pensi alla definizione degli indici rilevatori della residenza abituale elaborati dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea). La possibilità di codificare i mutamenti normativi in materia di relazioni familiari per ridefinire la fattispecie del *droit de garde* e di rendere cogenti alcune importanti acquisizioni giurisprudenziali renderebbe la prassi in materia di sottrazione meno ondivaga ed eterogenea con una più uniforme tutela dei diritti fondamentali del fanciullo. Non bisogna poi trascurare l'effetto deterrente che la certezza del diritto potrebbe imprimere alle condotte dei genitori sottraenti.

Infine, si ritiene che si possa giungere ad un più elevato livello di tutela all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia creato in Unione europea. Il regolamento "*Bruxelles II bis*" alla luce della reciproca fiducia che lega gli Stati membri prevede già forme più avanzate di tutela del bambino sottratto (si pensi all'art. 11.6 del regolamento che impone al giudice di disporre il ritorno anche in presenza dell'eccezione di cui all'art. 13 lett b) della Conv. Aja 1980 tutte le volte in cui lo Stato di accoglienza predispone strumenti per tutelare il minore).

d'Europa, il cui art. 7 stabilisce <<Les états membres doivent mettre sur pied des commissions de médiation qui se saisissent dans les meilleurs délais de tous les cas conflictuels de rapt parental et proposent des solutions au bénéfice objectif de l'enfant>>; Raccomandazione della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato aprile 2002, con la quale si invitano tutti gli Stati membri a favorire il ricorso alla mediazione nei conflitti familiari transnazionali; Convenzione del Consiglio d'Europa sulle relazioni personali riguardanti i fanciulli del 15 maggio 2003, prevede all'art. 7 che <<Les autorités judiciaires doivent prendre toutes les mesures appropriées...pour encourager les parents à parvenir à des accords amiables, notamment en ayant recours à la médiation familiale et à d'autres méthodes de résolutions des litiges>>; Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, in GU L 136 del 24 maggio 2008.

La libera circolazione delle persone, infatti, non può rappresentare un *vulnus* per il sistema di tutela del fanciullo: il più facile trasferimento del bambino tra gli Stati membri, deve essere compensato con strumenti ulteriori di tutela.

Il livello di integrazione europea odierno può supportare la devoluzione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea *ratione materiae* delle controversie di sottrazione internazionale intraeuropea. La possibilità che questo giudice possa predisporre soluzioni più adeguate e rispondenti al superiore interesse del minore appare giustificata da alcune considerazioni che emergono dalla ricerca sin qui condotta. Si tratta di un giudice terzo che eliminerebbe il problema del patriottismo dilagante delle decisioni di merito. Quale organo giurisdizionale detentore unico del potere di interpretazione del diritto dell'Unione europea può applicare più efficacemente il diritto rilevante. Sussiste, inoltre, la procedura d'urgenza con la quale la Corte di Giustizia riesce a pronunciarsi nell'arco del termine previsto dalla stessa normativa internazionale per statuire il ritorno del minore (cosa che non si rinviene nelle decisioni nazionali ove il decorso irragionevole del tempo rappresenta un ulteriore limite alla tutela del minore). L'analisi delle sentenze della Corte di Giustizia conferma come tale organo giurisdizionale applica il principio del superiore interesse del minore, quale criterio ermeneutico e impone un vaglio di compatibilità dei diritti nazionali ai diritti fondamentali del fanciullo così come sanciti dalla Carta di Nizza.

Probabilmente si potrebbe obiettare che si tratta di un giudice sovranazionale non adeguatamente preparato a conoscere i risvolti pratici e concreti della controversia. Ma questa obiezione può essere superata in ragione di un ritorno ad un'applicazione rigida della Conv. Aja 1980 e del regolamento "*Bruxelles II bis*" in forza della quale il superiore interesse del minore sottratto è di fare ritorno nel luogo di residenza abituale dove esiste un giudice che può conoscere del merito delle relazioni familiari, a cui devolvere tutte le ulteriori questioni in tema di responsabilità genitoriale. In questo modo, si recupera la ratio originaria del sistema internazionale in materia di *legal kidnapping* secondo cui la pronta risposta dell'ordinamento giuridico, volta a negare ogni conseguenza favorevole all'illecito trasferimento, consente al giudice naturale della famiglia (giudice del luogo di residenza abituale) di decidere nel merito delle controversie.

In questi termini, la questione del ritorno del minore ben potrebbe essere decisa da un giudice sovranazionale che, lungi dal piegare la normativa applicabile al risultato da raggiungere, potrebbe decidere del superiore interesse del minore che, nel vigore degli strumenti internazionali analizzati e studiati, appare costantemente fare ritorno nel luogo di residenza abituale.

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA

ARTICOLI

- Ancel B. – Muir Watt H., “*L’intérêt supérieur de l’enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis*”, in *Revue critique de droit international privé*, 2005, p. 569
- Arbia S., “*La Convenzione ONU sui diritti del minore*”, in *I diritti dell’uomo*, Roma, 1992
- Astiggiano F., “*Sottrazione internazionale di minori, residenza abituale, trasferimento temporaneo all’estero*”, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 880 ss.
- Baratta R. , “*Il regolamento comunitario sul diritto internazionale della famiglia*”, in P. Picone (a cura di), “*Diritto internazionale privato e diritto comunitario*”, Milano, 2004
- Bareit N., “*La CJUE artisan de la lutte contre les enlèvements d’enfants*, in *Revue trimestrielle de droit européen*”, 2011, p. 537
- Bernard E., “*La nouvelle procédure préjudicielle d’urgence applicable aus renvois relatifs à l’espace de liberté, de sécurité et de justice*”, in *Europe*, 2008, étude 5
- Bigot A., “*La responsabilité parentale après la désunion du couple en Europe, étude de droit International privé*”, in *Revue du Marché commun et de l’Union européenne*, 2003, p. 111
- Blanmailland F. – Verbrouck C., “*Code sans frontières, la garde des enfants dans le nouveau code de la famille marcai*”, in *Revue du droit des étrangers*, 2004, p. 559
- Boulangier F., “*Droit de visite et intérêt de l’enfant*”, in *Recueil Dalloz*, 2011, p. 2908
- Boulangier F., nota a sentenza CGUE 5 ottobre 2010, *McB*, C-400/10 PPU, in *JCP G*, 2010, p. 1327
- Brière G., “*Bruxelles II bis: mesure provisoire sur mesure provisoire ne vaut*”, in *Dalloz*, 2010, p. 1058
- Brière G., nota a sentenza CGUE 23 dicembre 2009, *Deticeck*, C-403-09 PPU, in *Dalloz*, 2010, p. 1055
- Caliendo G., “*Richiesta di riconsegna del minore sottratto*”, in *Famiglia e diritto*, 1998, p. 139
- Carella G., “*La Convenzione dell’Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*”, in *Rivista di diritto internazionale privato*, 1994, 777

Cassano G. e Quarta R., “*La tutela del minore nelle recenti Convenzioni internazionali*”, in *Famiglia e diritto*, 2002, p. 205

Castellaneta M. , *Tempi rapidi di esecuzione per tutelare l’interesse del minore*, in *Guida al diritto, famiglia e minori*, 2007. p. 97

Collienne F. – Pfeiff S., “*Les enlèvements internationaux d’enfants Convention de la Haye et règlement Bruxelles IIbis. Pratique et questiones de procédure*”, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2009, p. 351

Corbetta F., “*La Convenzione dell’Aja del 1980 sugli effetti civili della sottrazione internazionale di minori*”, in *Famiglia, persone e successioni*, 2008, p. 715

Costa J.P., *The best interests of child in the recent case law of the European Court of Human Rights*>>, in www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E6F5D437-C49A-47C5-9772-578F54FB5C86/0/20110514_COLLOQUE_Dublin_FR.pdf, p.4.

Deffains N., “*Enlèvement International d’enfants et obligations positives des autorités nationales*”, in *Europe – Commentaires*, 2003, p. 33

Delvax D., “*L’intérêt supérieur de l’enfant et son déplacement illicite*”, in *Journal du droits des jeunes*, 2006, p. 18

Demaret M., “*L’enlèvement International d’enfants*”, in *Revue general de droit civil belge*, 2006, p. 505

Demars S., “*L’enlèvement parental International*”, in AA.VV., *L’enfant et les relations familiales internationales*, Bruylant, 2003

De Pasquale P., “*L’interesse del minore nella prospettiva del diritto comunitario*”, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 1237

Devers A., nota a sentenza CGUE 11 luglio 2008, *Rinau*, C-195/08 PPU , in *JCP G*, 2008, p. 1027

Devers A., nota a sentenza CGUE 1 luglio 2010, *Povse*, C- 211/2010 PPU, in *JCP G* , 2010, p. 956

Devers A., “*Une nouvelle procédure préjudicielle d’urgence sur les enlèvements intraeuropéens d’enfants*”, in *La semaine juridique*, 2010, p. 1793.

Di Lorenzo N., “*Il superiore interesse del minore sottratto supera l’applicazione della Convenzione dell’Aja 1980*”, contributo in fase di pubblicazione in *Diritto della famiglia e delle persone*.

Di Lorenzo N., “*La nozione di residenza abituale del minore vittima di sottrazione internazionale: breve analisi della prassi giurisprudenziale nell’Unione europea*”, in *Quaderni europei*, 2013, n. 50.

Distefano M., “*Educazione religiosa del minore e sottrazione internazionale di minori: l’ottimismo teorico della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso Neulinger*”, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2009, p. 879

Eekelaar J., “*Child support: an evaluation*”, in *Family Law*, 1993, p. 511

Fadiga L. – Zanatta A.L., “*I coniugi separati che si sottraggono i figli*”, in *Minori giustizia*, 2009, p. 89

Fadiga L., *Problemi vecchi e nuovi in tema di ascolto del minore*, in *Minori e giustizia*, 2008, p. 132

Fallon M., “*La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l’hébergement égalitaire de l’enfant dont les parents sont séparés et réglémentant l’exécution forcée en matière d’hébergement d’enfant*”, in *Revue trimestrielle de droit de la famille*, 2007, p. 9 e ss

Fallon M., nota a Tribunale de Verviers, 7 giugno 2007, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2008, p. 217

Fallon M., Lhoest O., “*La Convention de la Haye sur les aspects civils de l’enlèvement International d’enfant, entrée en vigueur d’un instrument éprouvé*”, in *Revue trimestrielle droit familial*, 1999, p. 43 ss

Farge M., “*Retour perplexé sur l’application directe de la Convention de New York: la référence à l’intérêt supérieur de l’enfant est – elle opportune?*”, in *Droit de la famille*, 2006, p. 38

Farge M., Meyzeaud-Garaud M.C., “*Enlèvement international d’enfant: les considérations nationalistes prendraient – elles le pas sur les esprit de la Convention de la Haye?*”, *Droit de la famille*, 2002, p. 137, ss

Fischer Q., “*Enlèvement International*”, in *Revue de droit de ULB*, 2005, p. 71 e ss.

Focarel C., “*La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di <<best interests of the child>>*”, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010 p. 981 ss

Frigessi di Rattalma M., nota a Tribunale per i minorenni di Torino, 31 gennaio 1997, in *Famiglia e diritto*, 1997, p. 371

Fulchiron H., Nourrissat C., “*Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*”, in *Dalloz, Thèmes et commentaires*, 2005

Fulchiron H., “*La lutte contre les enlèvement d’enfants*”, in AA.VV., *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, p. 223 e ss.

Gallant E., “*La Convention de Luxembourg du 20 Mai 1980, Bilan*”, in *Les enlèvements d’enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille - Lyon, 20 e 21 novembre 2003*, a cura di H. Fulchiron, Bruylant, 2004

Gallant E., nota a sentenza CGUE, 2 aprile 2009, C- 523/2007, *Finlande c. A* , in *Revue critique de droit International privé*, 2009, p. 902

Gallant E., nota a sentenza Cour de Cassation 14 febbraio 2006, in *Revue critique de droit International privé*, 2007, p. 97 e ss

Gallus N., “*Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l’homme*”, in *Revue de droit de ULB*, 2005, p. 13 e ss

Gaudemet- Tallon H., nota a sentenza Cour de Cassation, 25 janvier 2005, in *Journal de droit International*, 2006, p.143 e ss

Giardina F., “*I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1977, p. 1360

Gouttenoire A., “*Les droit de l’enfant devant la Cour de justice de l’Unione européenne*”, in *Revue des affaires européennes*, 2009/2010, p. 627 ss

Graziosi A., “*Note sul diritto del minore a essere ascoltato*”, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1992, p. 1283

Gregori A.M.T., “*La sottrazione internazionale dei minori figli di coppie miste separate*”, in *Nuovo diritto*, 2000, p. 15

Hauser J., “*La place de l’enfant dans les procès relatifs à l’autorité parentale*”, in *L’autorité parentale en question, Ouvrage issu des journées d’études des 13 et 14 decembre 2001*, a cura di F. Dekeuwe – Défossez e C. Choain, Lille, 2003

Idot L., nota a sentenza CGUE 5 ottobre 2010, *McB*, C-400/10 PPU, in *Europe*, 2010, p. 447

Idot L., nota a sentenza CGUE 9 novembre 2010, *Purrucker*, C- 296/10, in *Europe*, 2011, p. 35

Idot L., nota a sentenza CGUE 22 dicembre 2010, *Aguirre Zarraga*, C-491/10 PPU, in *Europe*, 2011, p. 118

Liuzzi A., “*Sottrazione internazionale di minori e questioni processuali: ancora in tema di ascolto e di residenza abituale del minore*”, in *Famiglia e diritto*, 2008, p. 888 ss

Long J., “*Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*”, in *Famiglia e diritto*, 2010, p. 364

Mahieddin N.M., “*L’enfant entre ses droits et ses interest en droit musulman et en droit algérien*”, in *Les enlèvement d’enfant à travers les frontières actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille - Lyon, 20 e 21 novembre 2003*, a cura di H. Fulchiron, Bruylant, 2004

Marchegiani M., “*Rispetto della vita privata e familiare e sottrazione internazionale di minori nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti dell’uomo*”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 987 e ss

Martinelli P., Moyerson J., “*L’interesse del minore: proviamo a ripensarlo davvero*”, in *Minorigiustizia*, 2011, p. 7

Martinelli P., “*Spunti di aggiornamento sugli ascolti del minore*”, in *Minori e giustizia*, 2006, p. 148

Mertens de Wilmars W.J., “*Réflexions sur les méthodes d’interprétation de la Cour de Justice des communautés européennes*”, in *CDE*, 1986, p. 5

Moreau T., “*Etat des lieux de la réception de la Convention relative au droits de l’enfant dans la jurisprudence belge*”, in AA.VV. , *L’enfant et les relations familiales internationales*, Bruylant, 2003

Morello di Giovanni D., “*La Suprema Corte, la Convenzione di New York sui diritti del minore e la capacità di discernimento del fanciullo*”, in *Famiglia e diritto*, 2011, p. 779

Morini C., “*La mediazione familiare in materia di sottrazione internazionale di minori*”, in *Mediaries*, 2008, p. 183.

Muir Watt H., nota a Suprema Corte degli Stati Uniti d'America, 17 maggio 2010, in *Revue critique de droit internationale privé*, 2010, p. 525 e ss

Muir Watt H., nota a sentenza Cour de Cassation, 9 luglio 2008, in *Revue critique de droit international privé*, 2008, p. 842

Muir Watt H., nota a sentenza CGUE 11 luglio 2008, *Rinau*, C-195/08 PPU, in *Revue Critique de droit international privé*, 2008 p. 871

Nourissat C., nota a sentenza CGUE 1 luglio 2010, *Povse*, C- 211/2010 PPU, in *Procèdures*, 2010, p. 344

Nourissat C., nota a sentenza CGUE 23 dicembre 2009, *Deticeck*, C-403-09 PPU, in *Procèdures*, 2010, p. 73

Nourissat C., nota a sentenza CGUE 15 luglio 2010, *Purrucker*, C-256/09, in *Procèdures*, 2010, p. 343

Nourissat C., “*Le règlement <<Bruxelles II bis>> conditions générales d’application*”, in AA. VV., *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005

Nourissat C., nota a sentenza CGUE 11 luglio 2008, *Rinau*, C-195/08 PPU, in *Procèdures*, 2008, p. 298

Pazè P., “*Le garanzie processuali nel procedimento civile per la sottrazione internazionale di minori*”, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, p. 381

Pazè P., “*L’ascolto del minore*”, relazione tenuta il 9 novembre 2003 all’incontro di studio *Il bambino ascoltato*, in *Psicoanalisi e metodo*, 2004, p. 57

Picone P., “*La nuova Convenzione dell’Aja sulla protezione dei minori*”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1996, p. 705

Porchia O., “*Gli strumenti sovranazionali in materia di ascolto del minore*”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 79

Renchon J.L., “*La nouvelle réforme législative de l’autorité parentale*”, in *Revue trimestrielle de droit de la famille*, 1995, p. 361 e ss.

Richez – Pons A., *La notion de <<résidence>>*, in AA.VV., *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005

Rietiker D., “*Un enlèvement d’enfant devant la Grande Cahmbre de la Cour européenne des droits de l’homme: l’affaire Neulinger et Shuruk c. Suisse analysée à la lumière des Traités internarionaux*”, in *Revue trimestral de droits de l’homme*, 2012, p. 377 e ss

Riondino M., “*L’evoluzione del concetto di interesse del minore nella cultura giuridica europea*”, in AA. VV., *Civitas et Justitia*, “*La filiazione nella cultura giuridica europea*”; Città del Vaticano, 2009, p. 389 ss

Riondino M. “*La tutela degli interessi del cittadino fanciullo e i suoi diritti soggettivi*”, in *Guida al diritto*, 2010, p. 89

Rivello R., “*L’interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità*”, in *Minorigiustizia*, 2011, p. 15

Russo R., “*La CEDU censura i giudici italiani: per realizzare l’interesse del minore non bastano misure stereotipata ed automatiche: un esempio di adeguamento ai principi della Convenzione europea*”, in *Famiglia e diritto*, 2011, p. 658

Ruo M.G., “*The long, long way del processo minorile verso il giusto processo*”, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2010,p. 119 e ss.

Ruo M.G., “*Ascolto e interesse del minore e “giusto processo”: riflessioni e spunti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*”, in *Minorigiustizia*,2008, p. 115

Saccucci A., “*Riflessioni sulla tutela internazionale dei diritti del minore*”, in *Giurisprudenza Italiana*, 2000, p. 222 ss

Salamone C., “*Il best interest del minore e gli obblighi internazionali dell’Italia ex art. 117, co. 1, Costituzione*”, in *Osservatorio Diritti del fanciullo*, 2012, p. 414 e ss

Salvaneschi L., “*I procedimenti di separazione e divorzio*”, in *Famiglia e diritto*, 2006, p. 366

Santosuosso F., “*Il minore e la garanzia dei diritti inviolabili dell’uomo*”, in *Iustitia*, 1997, p. 361

Scalisi A., “*Famiglia e diritti del minore*”, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, p. 815

Schulz A., “*The 1980 Hague Child Abduction Convention and the European Convention on Human Rights*”, in *Trans’l Law & Contemporary Problems*, 2002, p. 355 ss

Schuz R., Shmueli B., “*Between tort law, contract law and child law: how to compensate the left-behind parent in International child abduction cases*”, in *Columbia Journal of Gender and Law*, 2010, p. 65 e ss

Scolaro A., “*Il diritto di difesa del minore*”, in *Minorigiustizia*, 2008, p. 160 e ss

Sosson J., “*La mise en œuvre concrète des principes relatifs à l’autorité parentale: focus sur quelques questions pratiques*”, in *Droit des familles*, 2010, p. 148 e ss

Storme H. , “*Compétence internationale en matière d’autorité parentale – Résidence habituelle de l’enfant*”, in *Revue droit europeen trimestriel*, 2009p. 650 ss

Storme H., nota a sentenza CGUE, 2 aprile 2009, C- 523/2007, *Finlande c. A*, in *Revue du droit européen trimestriel* 2009, p. 64

Sudre F., “*Enlèvement International d’enfant: l’entrée en scène de l’article 6 par. 1 de la Convention EDH*”, in *Droit de la famille*, 2006, p. 40 e ss

Tirini M., “*La sottrazione internazionale del minore all’interno dell’ UE e le procedure previste per il rientro*”, Working Paper n. 4/2009, Centro Studi Family Law in Europe

Tizzano A., Gencarelli B., “*La procédure préjudicielle d’urgence devant la Cour de justice de l’Union européenne*”, in *Chemins d’Europe – Mélanges en l’honneur de Jean – Paul Jacquè*, in *Dalloz*, 2010, p. 639

Tommaseo F., “*Giudizi camerali de potestate e giusto processo*”, in *Famiglia e diritto*, 2002, p.229

Tremoureux M.F., “*Le contentieux de l’autorité parentale*”, in AA. VV., *Les états généraux du mariage: l’évolution de la conjugalité*, Actes du colloque de Toulouse organisé par le Centre de droit privé le 21 juin 2007, 2008, p. 163

Uccella F., “*I giudici e la Convenzione dell’Aja del 25 ottobre 1980*”, in *Giustizia Civile*, 2000, p. 485

Villa G., “*Potestà dei genitori e rapporti con i figli*”; in *Tratt. Bonilini e Cattaneo*, II, Torino, 1998, 271 ss

Will G., “*Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme en matière de droit des persone et des familles (2005-2008)*”, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2010, p. 799 e ss

Willems G., “*Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011)*”, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2012, p. 9 e ss

MONOGRAFIE

AA. VV., *Le statut juridique de l’enfant dans l’espace européen*, a cura di D. Gadbin e F. Kernaleguen, Bruylant, 2004

AA. VV. *L’enfant séparé de ses parents*, Louvain, 1992

AA.VV., *Le nouveau droit du divorce*, Lousanne, 1999

AA. VV. *Le droit luxembourgeois du divorce*, Lussemburgo, Luxembourg, 2008

AA. VV., *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005

Alston P., “*Commentary on the Convention on the Rights of the Children*”, UN Center for Human Rights and UNICEF, 1992

Picone P. (a cura di), “*Diritto internazionale privato e diritto comunitario*”, Milano, 2004

Beghè Loreti A., “*La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*”, Padova, 1995

Bigot A., *L’autorité parentale dans la famille désunie en droit International privé*”, Marseille, 2003

Cigoli V., “*Psicologia della separazione e del divorzio*”, 1998, Bologna.

Distefano M., “*Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori*”, Padova, 2012, Fenouillet D., *Droit de la famille*, Dalloz, 2008

Franchi M., “*Protezione dei minori e diritto internazionale privato*”, Milano, 1997

Gallant E., *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit International privé*, 2004, p. 440

Gardner R., *The parental alienation syndrome: a guide for mental health and legal professionals*, 1992

La Saulle A. (a cura di), “*La convenzione dei diritti del minore e l’ordinamento italiano*”, Napoli, 1994

Librando V., Mosconi F. e Rinoldi D., “*Tempi biblici per la ratifica dei trattati – i diritti dei minori contesi e la storia infinita della partecipazione italiana a quattro Convenzioni internazionali*”, Padova, 1993

Marini L., “*La sottrazione di minore nell’ordinamento internazionale*”, Padova, 1995.

Salzano A., “*La sottrazione internazionale dei minori*”, Milano 1995

Todres J., “*The UN Convention on the Rights of the Child*”, Ardshley, 2006.

Van Bueren G., “*The International Law on the Rights of the Child*”, Dordrecht/Boston/London, 1995, p. 385 ss

ATTI

- Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, 10 dicembre 1948, adottata con risoluzione dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite A/RES/217A(III), in [www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/217%20\(III\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/217%20(III))
- Dichiarazione dei diritti del fanciullo, 20 novembre 1959, approvata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite A/RES/1386(XIV), in [www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/1386%20\(XIV\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/1386%20(XIV))
- Convenzione dell’Aja del 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori, conclusa in data 5 ottobre 1961, in vigore internazionalmente dal 4 febbraio 1969, ratificata e resa esecutiva in Italia con la Legge 24 ottobre 1980, n. 742, in www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=39
- Patto internazionale sui diritti civili e politici, risoluzione Assemblea generale delle Nazioni Unite, A/RES/2200 (XXI), aperto alle firme il 16 dicembre 1966, in [www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2200%20\(XXI\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2200%20(XXI))
- Convenzione americana dei diritti umani, 22 novembre 1969, in www.oas.org/juridico/english/treaties/b-32.html
- Raccomandazione 874 del 1979 del Consiglio d’Europa relativa a una *Charte européenne des droits de l’enfant*, adottata il 4 ottobre 1979, in www.legislature.camera.it/chiosco.asp??content=/document/...1...

- *Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento*, aperta alle firme il 20 maggio 1980, entrata in vigore internazionalmente il 1 settembre 1983, in www.conventions.coe.int/Treaty/commun/QueVoulezVous.asp?CL=ITA&CM=8&NT=105
- Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale, aperta alle firme all'Aja il 25 ottobre 1980, entrata in vigore internazionalmente il 1 dicembre 1983, in www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=24
- Convenzione europea dei diritti dell'uomo, aperta alla firma a Roma il 4 novembre 1950, in www.echr.coe.int/Documents/Convention_ITA.pdf
- Trattato di Parigi istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio 18 aprile 1951, entrato in vigore il 23 luglio 1952, in www.eur-lex.europa.eu/it/treaties/index.htm#other
- Trattato di Roma, che istituisce la Comunità economica europea (CEE) e la Comunità europea dell'energia atomica (Euratom), il 25 marzo 1957, entrato in vigore il 1 gennaio 1958, in www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:11957E/TXT:IT:not
- Decisione del Consiglio del 24 ottobre 1988, decisione 88/591/CECA, CEE, EURATOM, in www.foroeuropa.it/documentazione/tribunale.pdf
- *Convenzione di New York sui diritti del fanciullo* è stata adottata il 20 novembre 1989 con risoluzione n. 44/25 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, in www.un.org/cyberschoolbus/humanrights/resources/child.asp
- Legge autorizzazione alla ratifica Convenzione di New York 27.5.1991 n. 176
- Risoluzione A3-0172/1992 del Parlamento europeo relativa alla *Charte européenne des droits de l'enfant* adottata l' 8 luglio 1992, in www.notiziariodirittofamiglia.it/Normativa%20carta_europea_dei_diritti_del_fanciullo.pdf
- Protocollo n. 11 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, adottato a Strasburgo il 9 maggio 1994, in www.conventions.coe.int/Treaty/ita/Treaties/html/005.htm

- Convenzione dell'Aja del 19.19.1996 relativa alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale e misure di protezione del minore, entrata in vigore internazionalmente il 1 gennaio 2002, in www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&&cid=70
- Risoluzione (R) 98 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 21 gennaio 1998, in www.aimef.it/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=47&Itemid=37
- Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 2007/C 303/01, pubblicata in GU dell'Unione europea del 14.2.2007, in www.eur-lex.europa.eu
- Regolamento 1347/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, in GU L 160 del 30 giugno 2000, in www.eur-lex.europa.eu
- Convenzione del Consiglio d'Europa sulle relazioni personali riguardanti i fanciulli, aperta alle firme a Strasburgo, il 15 maggio 2003, entrata in vigore internazionalmente il 1 settembre 2005, in www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=192&CM=8&DF=03/12/2013&CL=ITA
- Regolamento CE 2201/2003 del Consiglio del 27 Novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, in [www.eur-lex.europa.eu/ChangeLang.do?lexlang=it&URL=%2FResult.do%3FT1%](http://www.eur-lex.europa.eu/ChangeLang.do?lexlang=it&URL=%2FResult.do%3FT1%2F)
- Decisione del Consiglio del 2 novembre 2004, decisione 2004/752/CE, EURATOM, in www.eur-lex.europa.eu
- Loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et règlementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant, in www.lacode.be/.../Analyse_hebergement_egalitaire_Cadre_legal.pdf

- Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, entrato in vigore il 1 dicembre 2009, in www.eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2012:326:SOM:IT:HTML
- Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, in GU L 136 del 24 maggio 2008, in www.eur-lex.europa.eu
- Comunicazione della Commissione, *Programma UE per i diritti dei minori*, COM(2011) 60 del 15 febbraio 2011, in www.europa.eu/legislation_summaries/human_rights/human_rights_in_third_countries/dh0006_it.htm

GIURISPRUDENZA

- Corte di Giustizia, 15 luglio 1964, *Costa contro Enel*, C- 6/64, in <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&jur=C,T,F&num=c-6/64&td=ALL>
- Corte di Giustizia, 1 febbraio 1972, *Hagen OHG*, caso C-49/71, in <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&jur=C,T,F&num=c-49/71&td=ALL>
- Corte di Giustizia, 4 dicembre 1974, *Van Duyn*, nella causa C-41/74, in <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&jur=C,T,F&num=c-41/74&td=ALL>
- C.E.D.U., 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, ricorso n. 6833/74, in <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%7B%22sort%22:%5B%22kupdate%20Ascending%22%22%22appno%22:%5B%226833/74%22%22%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22CHAMBER%22%22%22externalsources%22:%5B%228%22%22%22itemid%22:%5B%22001-57534%22%22%7D>
- Corte di Giustizia, 18 gennaio 1984, causa C- 327/82, *Ekro*, Racc. p. 107
- Corte Costituzionale, 8 aprile – 14 luglio 1986, n. 185, in *Foro Italiano*, 1986, p. 2679
- High Court of Justice, n. 122/89, *In re Bates (Habitual Residence)*, 1989
- C.E.D.U., 22 giugno 1989, *Eriksson c. Svizzera*, ricorso n. 11373/85, in <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%7B%22docname%22:%5B%22eriksson%22%22%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22CHAMBER%22%22%7D>

C.E.D.U., 29 giugno 1993, *Hoffman c. Austria*, ricorso n. 12875/87, in [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-7825#{%22itemid%22:\[%22001-57825%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-7825#{%22itemid%22:[%22001-57825%22]})

Cour de Cassation, 26 gennaio 1994, in *Revue critique*, 1995, p. 342

CEDU, 23 settembre 1994, *Hokkanen c. Finlandia* ricorso n. 19823/92, in [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22appno%22:\[%2219823/92%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-57911%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22appno%22:[%2219823/92%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57911%22]})

Tribunale de grande instance de Niort, 9 janvier 1995, in www.incadat.org

Tribunale per i minorenni di Torino, 31 gennaio 1997, in *Famiglia e diritto*, 1997, p. 371

Cour de Cassation, 22 aprile 1997, in *Revue critique* 1997, p. 746

Corte di Cassazione, 22 novembre 1997, n. 11696, in *Rivista di diritto internazionale*, 1998, p. 536 ss

Corte di Cassazione, 20 marzo 1998, n. 2954, in *Giustizia Civile*, 1998, p. 916

Corte di Cassazione, 23 settembre 1998, n. 9499, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, p. 590

Tribunale per i minorenni di Firenze, decreto 23 dicembre 1998, in *Giurisprudenza Italiana*, 1998, p. 1008

Cour d'Appel de Bordeaux, 24 févr. 1999, in *Droit de la famille*, 2003, p. 27

Tribunale de grande instance de Guingamp, 2 septembre 1999, in www.incadat.org

CEDU, 16 dicembre 1999, ricorso 24724/94, *T. c. Regno Unito*, in [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22appno%22:\[%2224724/94%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-58593%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22appno%22:[%2224724/94%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-58593%22]})

C.E.D.U., 25 gennaio 2000, *Ignaccolo –Zenide c. Romania*, ricorso n. 31679/96, in [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22appno%22:\[%2231679/96%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-58448%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22appno%22:[%2231679/96%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-58448%22]})

Corte di Cassazione, 14 febbraio 2000, n. 1596, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2001, p. 107

Corte di Cassazione, 2 marzo 2000, n. 2309, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2001, p. 112

Cour d'Appel de Grenoble, 29 mars 2000, in www.incadat.org

Christian Education South Africa c. Minister of Education, 4 maggio 2000, in www.saflii.org/za/xases/ZACC/2000/11.html

Corte di Cassazione, 24 maggio 2000, n. 6779, in *Giustizia italiana*, 2001, p. 407

CEDU, 23 luglio 2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*, ricorsi n. 39221/98 e 41963/98, in <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%22appno%22:%2239221/98%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-58752%22%7D>

CEDU, 23 settembre 2000, *Sophia Gudrun Hansen c. Turchia*, ricorso n. 36141/97, in <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%22appno%22:%2236141/97%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-61294%22%7D>

Corte di Cassazione, 10 maggio 2001, n. 6470, in *Famiglia e diritto*, 2001, p. 562.

Corte di Cassazione, 11 gennaio 2002, n. 299, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, p. 219

Corte Costituzionale 30 gennaio 2002 n. 1, in *Foro italiano*, 2002, p. 3302

Tribunale de Liège, 14 mars 2002, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2003, p. 398

Cour de Cassation, 19 mars 2002, in *Droit de la famille*, 2002, p. 135 ss.

Cour de Cassation, 15 mai 2002, in *Droit de la famille*, 2003, p. 21

Cour d'Appel de Grenoble, 26 giugno 2002, in *Droit de la famille*, 2003, p. 10

Corte di Cassazione 11 dicembre 2002 n. 17647, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, 3-4, p. 999 e ss

Cour d'appel de Bruxelles, 21 janvier 2003, *V. c/ L.*, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2004, p. 385 ss.

Corte di Cassazione, 6 marzo 2003 n. 3334, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, p. 275

C.E.D.U, 24 aprile 2003, *Sylvester c. Austria*, ricorso n. 36812/97 e n. 40104/98, in <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%22appno%22:%2236812/97%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-61054%22%7D>

Cour de Cassation, 14 giugno 2005, in *Revue critique de droit International privé*, 2005, p. 682

Tribunale de Bruxelles, 30 juin 2005, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2007, p. 215

C.E.D.U., 13 settembre 2005, *H.N. c. Polonia*, ricorso n. 77710/01, in <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%7B%22appno%22:%5B%2277710%2F01%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-70132%22%5D%7D>

CEDU, 6 dicembre 2005, *Eskinazi e Chelouche c. Turchia*, ricorso 14600/05, <http://www.anptes.org/cedu/repertorio/sentenza.asp?id=1374&termini1=&termini2=>

C.E.D.U., 15 dicembre 2005, *Karadzic c. Croatia*, ricorso n. 35030/04, in <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%7B%22appno%22:%5B%2235030%2F04%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22kpd%22:%5B%222005-12-15T00:00:00.0Z%22,%22%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-71685%22%5D%7D>

Corte di Cassazione francese, 14 dicembre 2005, in *Revue critique de droit International privé*, 2006, p. 621

Cour de Cassation 14 febbraio 2006, in *Revue critique de droit International privé*, 2007, p. 97 e ss.

C.E.D.U., 22 giugno 2006, *Bianchi c. Svizzera*, ricorso n. 7548/04, in <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%7B%22docname%22:%5B%22bianchi%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22kpd%22:%5B%222006-06-22T00:00:00.0Z%22,%22%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-101548%22%5D%7D>

Cour de Cassation française, 4 luglio 2006, in *Revue critique de droit International privé*, 2007, p. 622

C.E.D.U., 13 luglio 2006, *Lafargue c. Romania*, ricorso n. 37284/02, in <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%7B%22appno%22:%5B%2237284%2F02%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22kpd%22:%5B%222006-07-13T00:00:00.0Z%22,%22%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-76408%22%5D%7D>

Corte di Cassazione, 14 luglio 2006, n. 16092 in *Diritto e Giustizia*, 2006, p. 27

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%7B%22appno%22%3A%228677%2F03%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%2C%22CHAMBER%22%2C%22kpd%22%3A%22%22%2C%22itemid%22%3A%222001-83823%22%7D>

C.E.D.U., 8 gennaio 2008, *P.P. c. Polonia*, ricorso n. 8677/03, in

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%7B%22appno%22%3A%228677%2F03%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%2C%22CHAMBER%22%2C%22kpd%22%3A%22%22%2C%22itemid%22%3A%222001-84293%22%7D>

Corte di Cassazione, 15 febbraio 2008, n. 3798, in *Famiglia e diritto*, 2008, p.885 ss

Corte di Giustizia, 6 marzo 2008, causa C- 98/07, *Nordania Finans e BG Factoring*, *Racc.* pag. I-1281.

Corte di Cassazione, 27 maggio 2008, n. 12829, in *Foro Italiano*, rep. 2008, voce *Minore, infanzia e maternità*, n. 16

C.E.D.U., 3 giugno 2008, *Deak c. Romania e Regno Unito*, ricorso n. 19055/05, in

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%7B%22docname%22%3A%22deak%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%2C%22CHAMBER%22%2C%22kpd%22%3A%22%22%2C%22itemid%22%3A%222001-89312%22%7D>

Cour de Cassation, 9 luglio 2008, in *Revue critique de droit international privé*, 2008, p. 841

CGUE 11 luglio 2008, *Rinau*, C-195/08 PPU, in *Rec.* I-5271

Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 luglio 2008, ricorso n. 5808/02, *Leschiutta e Fraccaro v. Belgio*, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2008, p. 960

Cour de Cassation, 17 dicembre 2008, in *Gazette du Palais*, 2009, p. 2091

CEDU, 8 gennaio 2009, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, ricorso n. 41615/07 (Neulinger I), in

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%7B%22docname%22%3A%22neulinger%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%2C%22CHAMBER%22%2C%22kpd%22%3A%22%22%2C%22itemid%22%3A%222001-90479%22%7D>

CGUE, 2 aprile 2009, C- 523/2007, *Finlande c. A*, in *Revue du droit européen trimestriel* 2009, p. 645

Corte Costituzionale, 12 giugno 2009, n. 179, in

<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

Corte di Cassazione, 16 giugno 2009, n. 13936, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 876 ss

APPENDICE

CONVENZIONE DELL'AJA DEL 25.10.1980 SUGLI ASPETTI CIVILI DELLA SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORI

Gli Stati firmatari della presente Convenzione,

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

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

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

Capo I

-Campo di applicazione della Convenzione

Articolo 1

La presente Convenzione ha come fine:

- a) di assicurare l'immediato rientro dei minori illecitamente trasferiti o trattenuti in qualsiasi Stato contraente;
- b) di assicurare che i diritti di affidamento e di visita previsti in uno Stato contraente siano effettivamente rispettati negli altri Stati contraenti.

Articolo 2

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

Articolo 3

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

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

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

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

Articolo 4

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

Articolo 5

Ai sensi della presente Convenzione:

a) il «diritto di affidamento» comprende i diritti concernenti la cura della persona del minore, ed in particolare il diritto di decidere riguardo al suo luogo di residenza;

b) il «diritto di visita» comprende il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo.

Capo II

-Autorità Centrali

Articolo 6

Ciascuno Stato contraente nomina un'Autorità Centrale, che sarà incaricata di adempiere agli obblighi che le vengono imposti dalla Convenzione. Uno Stato federale, uno Stato nel quale sono in vigore molteplici ordinamenti legislativi, o uno Stato che abbia assetti territoriali autonomi, hanno facoltà di nominare più di una Autorità Centrale e di specificare l'estensione territoriale dei poteri di ciascuna di dette Autorità. Qualora uno Stato abbia nominato più di una Autorità Centrale, esso designerà l'Autorità centrale alla quale le domande possono essere inviate per essere trasmesse all'Autorità centrale competente nell'ambito di questo Stato.

Articolo 7

Le autorità centrali devono cooperare reciprocamente e promuovere la cooperazione tra le Autorità competenti nei loro rispettivi Stati, al fine di assicurare l'immediato rientro dei

minori e conseguire gli altri obiettivi della Convenzione. In particolare esse dovranno, sia direttamente, o tramite qualsivoglia intermediario, prendere tutti i provvedimenti necessari:

- a) per localizzare un minore illecitamente trasferito o trattenuto;
- b) per impedire nuovi pericoli per il minore o pregiudizi alle Parti interessate, adottando a tal fine, o facendo in modo che vengano adottate, misure provvisorie;
- c) per assicurare la consegna volontaria del minore, o agevolare una composizione amichevole;
- d) per scambiarsi reciprocamente, qualora ciò si riveli utile, le informazioni relative alla situazione sociale del minore;
- e) per fornire informazioni generali concernenti la legislazione del proprio Stato, in relazione all'applicazione della Convenzione;
- f) per avviare o agevolare l'instaurazione di una procedura giudiziaria o amministrativa, diretta ad ottenere il rientro del minore e, se del caso, consentire l'organizzazione o l'esercizio effettivo del diritto di visita;
- g) per concedere o agevolare, qualora lo richiedano le circostanze, l'ottenimento dell'assistenza giudiziaria e legale, ivi compresa la partecipazione di un avvocato;
- h) per assicurare che siano prese, a livello amministrativo, le necessarie misure per assicurare, qualora richiesto dalle circostanze, il rientro del minore in condizioni di sicurezza;
- i) per tenersi reciprocamente informate riguardo al funzionamento della Convenzione, rimuovendo, per quanto possibile, ogni eventuale ostacolo riscontrato nella sua applicazione.

Capo III

-Ritorno del minore

Articolo 8

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

La domanda deve contenere:

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

La domanda può essere accompagnata o completata da:

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

Articolo 9

Se l'Autorità centrale che riceve una domanda ai sensi dell'Articolo 8, ha motivo di ritenere che il minore si trova in un altro Stato contraente, essa trasmette la domanda direttamente, ed immediatamente, all'Autorità centrale di questo Stato contraente e ne informa l'Autorità centrale richiedente, o, se del caso, il richiedente.

Articolo 10

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

Articolo 11

Le Autorità giudiziarie o amministrative di ogni Stato contraente devono procedere d'urgenza per quanto riguarda il ritorno del minore. Qualora l'Autorità giudiziaria o Amministrativa richiesta non abbia deliberato entro un termine di sei settimane dalla data d'inizio del procedimento, il richiedente (o l'Autorità centrale dello Stato richiesto), di sua iniziativa, o su richiesta dell'Autorità centrale dello Stato richiedente, può domandare una dichiarazione in cui siano esposti i motivi del ritardo. Qualora la risposta venga ricevuta dall'Autorità centrale dello Stato richiesto, detta Autorità deve trasmettere la risposta all'Autorità centrale dello Stato richiedente, o, se del caso, al richiedente.

Articolo 12

Qualora un minore sia stato illecitamente trasferito o trattenuto ai sensi dell'articolo 3, e sia trascorso un periodo inferiore ad un anno, a decorrere dal trasferimento o dal mancato ritorno del minore, fino alla presentazione dell'istanza presso l'Autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato contraente dove si trova il minore, l'autorità adita ordina il suo ritorno immediato.

L'Autorità giudiziaria o amministrativa, benché adita dopo la scadenza del periodo di un anno di cui al capoverso precedente, deve ordinare il ritorno del minore, a meno che non sia dimostrato che il minore si è integrato nel suo nuovo ambiente. Se l'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato richiesto ha motivo di ritenere che il minore è stato condotto in un altro Stato, essa può spendere la procedura o respingere la domanda di ritorno del minore.

Articolo 13

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

a) che la persona, l'istituzione o l'ente cui era affidato il minore non esercitava effettivamente il diritto di affidamento al momento del trasferimento o del mancato rientro, o aveva consentito, anche successivamente, al trasferimento o al mancato ritorno; o

b) che sussiste un fondato rischio, per il minore, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, ai pericoli fisici e psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile;

L'Autorità giudiziaria o amministrativa può altresì rifiutarsi di ordinare il ritorno del minore qualora essa accerti che il minore si oppone al ritorno, e che ha raggiunto un'età ed un grado di maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere.

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

Articolo 14

Nel determinare se vi sia stato o meno un trasferimento od un mancato ritorno illecito, ai sensi dell'Articolo 3, l'Autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato richiesto può tener conto direttamente della legislazione e delle decisioni giudiziarie o amministrative, formalmente riconosciute o meno nello Stato di residenza abituale del minore, senza ricorrere alle

procedure specifiche per la prova di detta legislazione, o per il riconoscimento delle decisioni giudiziali straniere che sarebbero altrimenti applicabili.

Articolo 15

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

Articolo 16

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

Articolo 17

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

Articolo 18

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

Articolo 19

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

Articolo 20

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

Capo IV

-Diritto di visita

Articolo 21

Una domanda concernente l'organizzazione o la tutela dell'esercizio effettivo del diritto di visita, può essere inoltrata all'Autorità centrale di uno Stato contraente con le stesse modalità di quelle previste per la domanda di ritorno del minore. Le Autorità centrali sono vincolate dagli obblighi di cooperazione di cui all'Articolo 7, al fine di assicurare un pacifico esercizio del diritto di visita, nonché l'assolvimento di ogni condizione cui l'esercizio di tale diritto possa

essere soggetto. Le Autorità centrali faranno i passi necessari per rimuovere, per quanto possibile, ogni ostacolo all'esercizio di detti diritti. Le Autorità centrali, sia direttamente, sia per il tramite di intermediari, possono avviare, o agevolare, una procedura legale al fine di organizzare o tutelare il diritto di visita e le condizioni cui l'esercizio di detto diritto di visita possa essere soggetto.

Capo V

-Disposizioni Generali

Articolo 22

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

Articolo 23

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

Articolo 24

Ogni domanda, comunicazione o altro documento inviato all'Autorità centrale dello Stato richiesto, dovrà essere redatto in lingua originale ed accompagnato da una traduzione nella lingua ufficiale, o in una delle lingue ufficiali dello Stato richiesto, oppure, qualora ciò sia difficilmente realizzabile, da una traduzione in francese o in inglese. Tuttavia, uno Stato contraente avrà difficoltà, applicando la riserva prevista all'Articolo 42, di opporsi alla utilizzazione sia del francese, sia dell'inglese (ma non di entrambe) in ogni istanza, comunicazione, o altro documento inviato alla propria Autorità Centrale.

Articolo 25

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

Articolo 26

Ogni Autorità centrale si farà carico delle proprie spese relative alla applicazione della Convenzione. L'Autorità centrale e gli altri servizi pubblici degli Stati contraenti non imporranno alcuna spesa in relazione alle istanze presentate in applicazione della presente Convenzione. In particolare, esse non possono esigere dal richiedente il pagamento dei costi e delle spese concernenti le procedure, o gli eventuali oneri risultanti dalla partecipazione di un avvocato o di un consulente legale. Tuttavia, esse hanno facoltà di richiedere il pagamento delle spese sostenute, o da sostenere nell'espletamento delle operazioni attinenti al ritorno del minore. Ciò nonostante, uno Stato contraente, nell'esprimere la riserva prevista all'articolo 42, potrà dichiarare che non è tenuto alle spese di cui al capoverso precedente, derivanti dai servizi di un avvocato, o consulente legale, o al pagamento delle spese processuali a meno che detti costi possano essere inclusi nel suo ordinamento di assistenza giudiziaria e legale. Nell'ordinare il ritorno del minore, o nel deliberare sul diritto di visita, in conformità alla presente Convenzione, l'Autorità giudiziaria o amministrativa può, se del caso, porre a carico della persona che ha trasferito o trattenuto il minore, o che ha impedito l'esercizio del diritto di visita, il pagamento di tutte le spese necessarie sostenute dal richiedente, o a nome del richiedente, ivi comprese le spese di viaggio, i costi relativi

all'assistenza giudiziaria del richiedente ed al ritorno del minore, nonché tutti i costi e le spese sostenute per localizzare il minore.

Articolo 27

Qualora sia evidente che le condizioni prescritte dalla Convenzione non siano osservate, o che la domanda non ha fondamento, l'Autorità centrale non è tenuta ad accettare l'istanza. In tal caso, essa deve immediatamente notificare le sue motivazioni al richiedente, o, se del caso, all'Autorità centrale che ha trasmesso la domanda.

Articolo 28

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

Articolo 29

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

Articolo 30

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

Articolo 31

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

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

Articolo 32

Nel caso di uno Stato il quale dispone, in materia di custodia dei minori, di due o più ordinamenti legislativi applicabili a diverse categorie di persone, ogni riferimento alla legislazione di detto Stato deve essere inteso come riferentesi all'ordinamento legislativo specificato dalla legislazione di questo Stato.

Articolo 33

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

Articolo 34

Nelle materie di sua competenza, la Convenzione prevale sulla «Convenzione del 5 Ottobre 1961, relativa alla competenza delle Autorità ed alla legislazione applicabile in materia di protezione dei minori», tra gli Stati Parti alle due Convenzioni. La presente Convenzione non esclude peraltro che un altro strumento internazionale in vigore tra lo Stato di origine lo Stato richiesto, o che la legislazione non convenzionale dello Stato richiesto, siano invocati per ottenere il ritorno di un minore che è stato illecitamente trasferito o trattenuto, o al fine di organizzare il diritto di visita.

Articolo 35

(giurisprudenza)

La Convenzione avrà effetto nei confronti degli Stati contraenti solo per quanto riguarda i trasferimenti o mancati ritorni illeciti verificatisi dopo la sua entrata in vigore nei predetti Stati.

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

Articolo 36

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

Capo VI

-Clausole finali

(omissis)

In fede di che, i sottoscritti, debitamente autorizzati, hanno firmato la presente Convenzione.
Fatto a l'Aja, il 25 ottobre 1980, in francese ed in inglese, i due testi facenti ugualmente fede, in un unico esemplare, che sarà depositato negli archivi del Governo del Regno dei Paesi Bassi, di cui una copia autenticata sarà fatta pervenire, per le vie diplomatiche, a ciascuno degli Stati Membri della Conferenza dell'Aja.

**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**

IL CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA,

visto il trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'articolo 61, lettera c), e
l'articolo 67, paragrafo 1,

vista la proposta della Commissione(1),

visto il parere del Parlamento europeo(2),

visto il parere del Comitato economico e sociale europeo(3),

considerando quanto segue:

(omissis)

HA ADOTTATO IL PRESENTE REGOLAMENTO:

CAPO I

AMBITO D'APPLICAZIONE E DEFINIZIONI

Articolo 1

Ambito d'applicazione

1. Il presente regolamento si applica, indipendentemente dal tipo di autorità giurisdizionale,
alle materie civili relative:

- a) al divorzio, alla separazione personale e all'annullamento del matrimonio;
- b) all'attribuzione, all'esercizio, alla delega, alla revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale.

2. Le materie di cui al paragrafo 1, lettera b), riguardano in particolare:

- a) il diritto di affidamento e il diritto di visita;
- b) la tutela, la curatela ed altri istituti analoghi;
- c) la designazione e le funzioni di qualsiasi persona o ente aventi la responsabilità della persona o dei beni del minore o che lo rappresentino o assistano;
- d) la collocazione del minore in una famiglia affidataria o in un istituto;
- e) le misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore.

3. Il presente regolamento non si applica:

- a) alla determinazione o all'impugnazione della filiazione;
- b) alla decisione relativa all'adozione, alle misure che la preparano o all'annullamento o alla revoca dell'adozione;
- c) ai nomi e ai cognomi del minore;
- d) all'emancipazione;
- e) alle obbligazioni alimentari;
- f) ai trust e alle successioni;
- g) ai provvedimenti derivanti da illeciti penali commessi da minori.

Articolo 2

Definizioni

Ai fini del presente regolamento valgono le seguenti definizioni:

- 1) "autorità giurisdizionale": tutte le autorità degli Stati membri competenti per le materie rientranti nel campo di applicazione del presente regolamento a norma dell'articolo 1;
- 2) "giudice": designa il giudice o il titolare di competenze equivalenti a quelle del giudice nelle materie che rientrano nel campo di applicazione del presente regolamento;
- 3) "Stato membro": tutti gli Stati membri ad eccezione della Danimarca;
- 4) "decisione": una decisione di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio emessa dal giudice di uno Stato membro, nonché una decisione relativa alla responsabilità genitoriale, a prescindere dalla denominazione usata per la decisione, quale ad esempio decreto, sentenza o ordinanza;
- 5) "Stato membro d'origine": lo Stato membro in cui è stata resa la decisione da eseguire;
- 6) "Stato membro dell'esecuzione": lo Stato membro in cui viene chiesta l'esecuzione della decisione;
- 7) "responsabilità genitoriale": i diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore. Il termine comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita;
- 8) "titolare della responsabilità genitoriale": qualsiasi persona che eserciti la responsabilità di genitore su un minore;

9) "diritto di affidamento": i diritti e doveri concernenti la cura della persona di un minore, in particolare il diritto di intervenire nella decisione riguardo al suo luogo di residenza;

10) "diritto di visita": in particolare il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo;

11) "trasferimento illecito o mancato ritorno del minore": il trasferimento o il mancato rientro di un minore:

a) quando avviene in violazione dei diritti di affidamento derivanti da una decisione, dalla legge o da un accordo vigente in base alla legislazione dello Stato membro nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro

e

b) se il diritto di affidamento era effettivamente esercitato, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o lo sarebbe stato se non fossero sopravvenuti tali eventi. L'affidamento si considera esercitato congiuntamente da entrambi i genitori quanto uno dei titolari della responsabilità genitoriale non può, conformemente ad una decisione o al diritto nazionale, decidere il luogo di residenza del minore senza il consenso dell'altro titolare della responsabilità genitoriale.

CAPO II

COMPETENZA

SEZIONE 1

Divorzio, separazione personale e annullamento del matrimonio

(omissis)

SEZIONE 2

Responsabilità genitoriale

Articolo 8

Competenza generale

1. 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.

2. Il paragrafo 1 si applica fatte salve le disposizioni degli articoli 9, 10 e 12.

Articolo 9

Ultrattività della competenza della precedente residenza abituale del minore

1. In caso di lecito trasferimento della residenza di un minore da uno Stato membro ad un altro che diventa la sua residenza abituale, la competenza delle autorità giurisdizionali dello Stato membro della precedente residenza abituale del minore permane in deroga all'articolo 8 per un periodo di 3 mesi dal trasferimento, per modificare una decisione sul diritto di visita resa in detto Stato membro prima del trasferimento del minore, quando il titolare del diritto di visita in virtù della decisione sul diritto di visita continua a risiedere abitualmente nello Stato membro della precedente residenza abituale del minore.
2. Il paragrafo 1 non si applica se il titolare del diritto di visita di cui al paragrafo 1, ha accettato la competenza delle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui risiede abitualmente il minore partecipando ai procedimenti dinanzi ad esse senza contestarla.

Articolo 10

Competenza nei casi di sottrazione di minori

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

a) se ciascuna persona, istituzione o altro ente titolare del diritto di affidamento ha accettato il trasferimento o mancato rientro;

o

b) se il minore ha soggiornato in quell'altro Stato membro almeno per un anno da quando la persona, istituzione o altro ente titolare del diritto di affidamento ha avuto conoscenza, o avrebbe dovuto avere conoscenza, del luogo in cui il minore si trovava e il minore si è integrato nel nuovo ambiente e se ricorre una qualsiasi delle seguenti condizioni:

i) entro un anno da quando il titolare del diritto di affidamento ha avuto conoscenza, o avrebbe dovuto avere conoscenza, del luogo in cui il minore si trovava non è stata presentata alcuna domanda di ritorno del minore dinanzi alle autorità competenti dello Stato membro nel quale il minore è stato trasferito o dal quale non ha fatto rientro;

- ii) una domanda di ritorno presentata dal titolare del diritto di affidamento è stata ritirata e non è stata presentata una nuova domanda entro il termine di cui al punto i);
- iii) un procedimento dinanzi all'autorità giurisdizionale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento o del mancato rientro è stato definito a norma dell'articolo 11, paragrafo 7;
- iv) l'autorità giurisdizionale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o del mancato ritorno ha emanato una decisione di affidamento che non prevede il ritorno del minore.

Articolo 11

Ritorno del minore

1. Quando una persona, istituzione o altro ente titolare del diritto di affidamento adisce le autorità competenti di uno Stato membro affinché emanino un provvedimento in base alla convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori (in seguito "la convenzione dell'Aia del 1980") per ottenere il ritorno di un minore che è stato illecitamente trasferito o trattenuto in uno Stato membro diverso dallo Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o mancato ritorno, si applicano i paragrafi da 2 a 8.
2. Nell'applicare gli articoli 12 e 13 della convenzione dell'Aia del 1980, si assicurerà che il minore possa essere ascoltato durante il procedimento se ciò non appaia inopportuno in ragione della sua età o del suo grado di maturità.
3. Un'autorità giurisdizionale alla quale è stata presentata la domanda per il ritorno del minore di cui al paragrafo 1 procede al rapido trattamento della domanda stessa, utilizzando le procedure più rapide previste nella legislazione nazionale.
Fatto salvo il primo comma l'autorità giurisdizionale, salvo nel caso in cui circostanze eccezionali non lo consentano, emana il provvedimento al più tardi sei settimane dopo aver ricevuto la domanda.
4. Un'autorità giurisdizionale non può rifiutare di ordinare il ritorno di un minore in base all'articolo 13, lettera b), della convenzione dell'Aia del 1980 qualora sia dimostrato che sono previste misure adeguate per assicurare la protezione del minore dopo il suo ritorno.

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

6. Se un'autorità giurisdizionale ha emanato un provvedimento contro il ritorno di un minore in base all'articolo 13 della convenzione dell'Aia del 1980, l'autorità giurisdizionale deve immediatamente trasmettere direttamente ovvero tramite la sua autorità centrale una copia del provvedimento giudiziario contro il ritorno e dei pertinenti documenti, in particolare una trascrizione delle audizioni dinanzi al giudice, all'autorità giurisdizionale competente o all'autorità centrale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o mancato ritorno, come stabilito dalla legislazione nazionale. L'autorità giurisdizionale riceve tutti i documenti indicati entro un mese dall'emanazione del provvedimento contro il ritorno.

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

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

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

Articolo 12

Proroga della competenza

1. Le autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui viene esercitata, ai sensi dell'articolo 5, la competenza a decidere sulle domande di divorzio, separazione personale dei coniugi o

annullamento del matrimonio sono competenti per le domande relative alla responsabilità dei genitori che si ricollegano a tali domande se:

a) almeno uno dei coniugi esercita la responsabilità genitoriale sul figlio;

e

b) la competenza giurisdizionale di tali autorità giurisdizionali è stata accettata espressamente o in qualsiasi altro modo univoco dai coniugi e dai titolari della responsabilità genitoriale alla data in cui le autorità giurisdizionali sono adite, ed è conforme all'interesse superiore del minore.

2. La competenza esercitata conformemente al paragrafo 1 cessa non appena:

a) la decisione che accoglie o respinge la domanda di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio sia passata in giudicato;

o

b) nei casi in cui il procedimento relativo alla responsabilità genitoriale è ancora pendente alla data di cui alla lettera a), la decisione relativa a tale procedimento sia passata in giudicato;

o

c) il procedimento di cui alle lettere a) e b) sia terminato per un'altra ragione.

3. Le autorità giurisdizionali di uno Stato membro sono competenti in materia di responsabilità dei genitori nei procedimenti diversi da quelli di cui al primo paragrafo se:

a) il minore ha un legame sostanziale con quello Stato membro, in particolare perché uno dei titolari della responsabilità genitoriale vi risiede abitualmente o perché è egli stesso cittadino di quello Stato

e

b) la loro competenza è stata accettata espressamente o in qualsiasi altro modo univoco da tutte le parti al procedimento alla data in cui le autorità giurisdizionali sono adite ed è conforme all'interesse superiore del minore.

4. Se il minore ha la residenza abituale nel territorio di uno Stato che non è parte della convenzione dell'Aia, del 19 ottobre 1996, concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di potestà genitoriale e di misure di protezione dei minori, si presume che la competenza fondata sul presente articolo sia

nell'interesse del minore, in particolare quando un procedimento si rivela impossibile nel paese terzo interessato.

Articolo 13

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.

Articolo 14

Competenza residua

Qualora nessuna autorità giurisdizionale di uno Stato membro sia competente ai sensi degli articoli da 8 a 13 la competenza, in ciascuno Stato membro, è determinata dalla legge di tale Stato.

Articolo 15

Trasferimento delle competenze a una autorità giurisdizionale più adatta a trattare il caso

1. In via eccezionale le autorità giurisdizionali di uno Stato membro competenti a conoscere del merito, qualora ritengano che l'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro con il quale il minore abbia un legame particolare sia più adatto a trattare il caso o una sua parte specifica e ove ciò corrisponda all'interesse superiore del minore, possono:
 - a) interrompere l'esame del caso o della parte in questione e invitare le parti a presentare domanda all'autorità giurisdizionale dell'altro Stato membro conformemente al paragrafo 4 oppure
 - b) chiedere all'autorità giurisdizionale dell'altro Stato membro di assumere la competenza ai sensi del paragrafo 5.
2. Il paragrafo 1 è applicabile:
 - a) su richiesta di una parte o
 - b) su iniziativa dell'autorità giurisdizionale o
 - c) su iniziativa di un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro con cui il minore abbia un legame particolare, conformemente al paragrafo 3.

Il trasferimento della causa può tuttavia essere effettuato su iniziativa dell'autorità giurisdizionale o su richiesta di un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro soltanto se esso è accettato da almeno una delle parti.

3. Si ritiene che il minore abbia un legame particolare con uno Stato membro, ai sensi del paragrafo 1, se tale Stato membro

a) è divenuta la residenza abituale del minore dopo che l'autorità giurisdizionale di cui al paragrafo 1 è stata adita; o

b) è la precedente residenza abituale del minore; o

c) è il paese di cui il minore è cittadino; o

d) è la residenza abituale di uno dei titolari della responsabilità genitoriale; o

e) la causa riguarda le misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore situati sul territorio di questo Stato membro.

4. L'autorità giurisdizionale dello Stato membro competente a conoscere del merito fissa un termine entro il quale le autorità giurisdizionali dell'altro Stato membro devono essere adite conformemente al paragrafo 1.

Decorso inutilmente tale termine, la competenza continua ad essere esercitata dall'autorità giurisdizionale preventivamente adita ai sensi degli articoli da 8 a 14.

5. Le autorità giurisdizionali di quest'altro Stato membro possono accettare la competenza, ove ciò corrisponda, a motivo delle particolari circostanze del caso, all'interesse superiore del minore, entro 6 settimane dal momento in cui sono adite in base al paragrafo 1, lettere a) o b).

In questo caso, l'autorità giurisdizionale preventivamente adita declina la propria competenza.

In caso contrario, la competenza continua ad essere esercitata dall'autorità giurisdizionale preventivamente adito ai sensi degli articoli da 8 a 14.

6. Le autorità giurisdizionali collaborano, ai fini del presente articolo, direttamente ovvero attraverso le autorità centrali nominate a norma dell'articolo 53.

SEZIONE 3

Disposizioni comuni

Articolo 16

Adizione di un'autorità giurisdizionale

1. L'autorità giurisdizionale si considera adita:

a) alla data in cui la domanda giudiziale o un atto equivalente è depositato presso l'autorità giurisdizionale, purché successivamente l'attore non abbia omissso di prendere tutte le misure cui era tenuto affinché fosse effettuata la notificazione al convenuto;

o

b) se l'atto deve essere notificato prima di essere depositato presso l'autorità giurisdizionale, alla data in cui l'autorità competente ai fini della notificazione lo riceve, purché successivamente l'attore non abbia omissso di prendere tutte le misure cui era tenuto affinché l'atto fosse depositato presso l'autorità giurisdizionale.

Articolo 17

Verifica della competenza

L'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, investita di una controversia per la quale il presente regolamento non prevede la sua competenza e per la quale, in base al presente regolamento, è competente un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro, dichiara d'ufficio la propria incompetenza.

Articolo 18

Esame della procedibilità

1. Se la persona che ha la residenza abituale in uno Stato diverso dallo Stato membro in cui l'azione è stata proposta non compare, l'autorità giurisdizionale competente è tenuta a sospendere il procedimento fin quando non si sarà accertato che al convenuto è stata data la possibilità di ricevere la domanda giudiziale o un atto equivalente in tempo utile perché questi possa presentare le proprie difese, ovvero che è stato fatto tutto il possibile a tal fine.

2. In luogo delle disposizioni del paragrafo 1 del presente articolo, si applica l'articolo 19 del regolamento (CE) n. 1348/2000 qualora sia stato necessario trasmettere la domanda giudiziale o un atto equivalente da uno Stato membro a un altro a norma di tale regolamento.

3. Ove non si applichino le disposizioni del regolamento (CE) n. 1348/2000, si applica l'articolo 15 della convenzione dell'Aia del 15 novembre 1965 relativa alla notificazione e alla comunicazione all'estero di atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile o commerciale, qualora sia stato necessario trasmettere la domanda giudiziale o un atto equivalente all'estero a norma di tale convenzione.

Articolo 19

Litispendenza e connessione

1. Qualora dinanzi a autorità giurisdizionali di Stati membri diverse e tra le stesse parti siano state proposte domande di divorzio, separazione personale dei coniugi e annullamento del matrimonio, l'autorità giurisdizionale successivamente adita sospende d'ufficio il procedimento finché non sia stata accertata la competenza dall'autorità giurisdizionale preventivamente adita.

2. Qualora dinanzi a autorità giurisdizionali di Stati membri diversi siano state proposte domande sulla responsabilità genitoriale su uno stesso minore, aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo, l'autorità giurisdizionale successivamente adita sospende d'ufficio il procedimento finché non sia stata accertata la competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita.

3. Quando la competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita è stata accertata, l'autorità giurisdizionale successivamente adita dichiara la propria incompetenza a favore dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita.

In tal caso la parte che ha proposto la domanda davanti all'autorità giurisdizionale successivamente adita può promuovere l'azione dinanzi all'autorità giurisdizionale preventivamente adita.

Articolo 20

Provvedimenti provvisori e cautelari

1. In casi d'urgenza, le disposizioni del presente regolamento non ostano a che le autorità giurisdizionali di uno Stato membro adottino i provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge interna, relativamente alle persone presenti in quello Stato o ai beni in esso situati, anche se, a norma del presente regolamento, è competente a conoscere nel merito l'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro.

2. I provvedimenti adottati in esecuzione del paragrafo 1 cessano di essere applicabili quando l'autorità giurisdizionale dello Stato membro competente in virtù del presente regolamento a conoscere del merito abbia adottato i provvedimenti ritenuti appropriati.

CAPO III

RICONOSCIMENTO ED ESECUZIONE

SEZIONE 1

Riconoscimento

Articolo 21

Riconoscimento delle decisioni

1. Le decisioni pronunciate in uno Stato membro sono riconosciute negli altri Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento.

2. In particolare, e fatto salvo il paragrafo 3, non è necessario alcun procedimento per l'aggiornamento delle iscrizioni nello stato civile di uno Stato membro a seguito di una decisione di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio pronunciata in un altro Stato membro, contro la quale non sia più possibile proporre impugnazione secondo la legge di detto Stato membro.

3. Fatta salva la sezione 4 del presente capo, ogni parte interessata può far dichiarare, secondo il procedimento di cui alla sezione 2, che la decisione deve essere o non può essere riconosciuta.

La competenza territoriale degli organi giurisdizionali indicati nell'elenco, comunicato da ciascuno Stato membro alla Commissione conformemente all'articolo 68, è determinata dal diritto interno dello Stato membro nel quale è proposta l'istanza di riconoscimento o di non riconoscimento.

4. Se il riconoscimento di una decisione è richiesto in via incidentale dinanzi ad una autorità giurisdizionale di uno Stato membro, questa può decidere al riguardo.

Articolo 22

Motivi di non riconoscimento delle decisioni di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio

La decisione di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio non è riconosciuta nei casi seguenti:

a) se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto;

b) quando è resa in contumacia, ovvero la domanda giudiziale o un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da poter

presentare le proprie difese, salvo che sia stato accertato che il convenuto ha accettato inequivocabilmente la decisione;

c) se la decisione è incompatibile con una decisione resa in un procedimento tra le medesime parti nello Stato membro richiesto; o

d) se la decisione è incompatibile con una decisione anteriore avente le stesse parti, resa in un altro Stato membro o in un paese terzo, purché la decisione anteriore soddisfi le condizioni prescritte per il riconoscimento nello Stato membro richiesto.

Articolo 23

Motivi di non riconoscimento delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale

Le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non sono riconosciute nei casi seguenti:

a) se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto;

b) se, salvo i casi d'urgenza, la decisione è stata resa senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato, in violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato membro richiesto;

c) quando è resa in contumacia, ovvero la domanda giudiziale o un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese, salvo che sia stato accertato che il convenuto ha accettato inequivocabilmente la decisione;

d) su richiesta di colui che ritiene che la decisione sia lesiva della propria responsabilità genitoriale, se è stata emessa senza dargli la possibilità di essere ascoltato;

e) se la decisione è incompatibile con una decisione successiva sulla responsabilità genitoriale emessa nello Stato membro richiesto;

f) se la decisione è incompatibile con una decisione successiva sulla responsabilità genitoriale emessa in un altro Stato membro o nel paese terzo in cui il minore risiede, la quale soddisfi le condizioni prescritte per il riconoscimento nello Stato membro richiesto;

o

g) se la procedura prevista dall'articolo 56 non è stata rispettata.

(omissis)

SEZIONE 4

Esecuzione di talune decisioni in materia di diritto di visita e di talune decisioni che prescrivono il ritorno del minore

Articolo 40

Campo d'applicazione

1. La presente sezione si applica:

a) al diritto di visita;

e

b) al ritorno del minore ordinato in seguito a una decisione che prescrive il ritorno del minore di cui all'articolo 11, paragrafo 8.

2. Le disposizioni della presente sezione non ostano a che il titolare della responsabilità genitoriale chieda il riconoscimento e l'esecuzione in forza delle disposizioni contenute nelle sezioni 1 e 2 del presente capo.

Articolo 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 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 della parti.

Articolo 42

Ritorno del minore

1. Il ritorno del minore di cui all'articolo 40, paragrafo 1, lettera b), ordinato con una decisione esecutiva emessa in uno Stato membro, è riconosciuto ed è eseguibile in un altro Stato membro senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al riconoscimento, se la decisione è stata certificata nello Stato membro d'origine conformemente al paragrafo 2.

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.

2. Il giudice di origine che ha emanato la decisione di cui all'articolo 40, paragrafo 1, lettera b), rilascia il certificato di cui al paragrafo 1 solo se:

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

b) le parti hanno avuto la possibilità di essere ascoltate; e

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

Nel caso in cui l'autorità giurisdizionale o qualsiasi altra autorità adotti misure per assicurare la protezione del minore dopo il suo ritorno nello Stato della residenza abituale, il certificato contiene i dettagli di tali misure.

Il giudice d'origine rilascia detto certificato di sua iniziativa e utilizzando il modello standard di cui all'allegato IV (certificato sul ritorno del minore).

Il certificato è compilato nella lingua della decisione.

Articolo 43

Domanda di rettifica

1. Il diritto dello Stato membro di origine è applicabile a qualsiasi rettifica del certificato.
2. Il rilascio di un certificato a norma dell'articolo 41, paragrafo 1, o dell'articolo 42, paragrafo 1, non è inoltre soggetto ad alcun mezzo di impugnazione.

Articolo 44

Effetti del certificato

Il certificato ha effetto soltanto nei limiti del carattere esecutivo della sentenza.

Articolo 45

Documenti

1. La parte che chiede l'esecuzione di una decisione deve produrre quanto segue:
 - a) una copia della decisione, che presenti le condizioni di autenticità prescritte;
 - e
 - b) il certificato di cui all'articolo 41, paragrafo 1, o all'articolo 42, paragrafo 1.
2. Ai fini del presente articolo:
 - il certificato di cui all'articolo 41, paragrafo 1, è corredato della traduzione del punto 12 relativo alle modalità per l'esercizio del diritto di visita,
 - il certificato di cui all'articolo 42, paragrafo 1, è corredato della traduzione del punto 14 relativo alle misure adottate per assicurare il ritorno del minore.

La traduzione deve essere nella lingua ufficiale o in una delle lingue ufficiali dello Stato membro dell'esecuzione o in un'altra lingua che quello Stato membro abbia dichiarato di accettare. La traduzione è autenticata da una persona a tal fine abilitata in uno degli Stati membri.

(omissis)

CAPO IV

**COOPERAZIONE FRA AUTORITÀ CENTRALI IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ
GENITORIALE**

Articolo 53

Designazione

Ciascuno Stato membro designa una o più autorità centrali incaricata di assisterlo nell'applicazione del presente regolamento e ne specifica le competenze territoriali e materiali. Qualora uno Stato membro abbia designato più autorità centrali, le comunicazioni dovrebbero essere inviate direttamente all'autorità centrale competente. Se una comunicazione è stata inviata a un'autorità centrale non competente, quest'ultima deve inoltrarla all'autorità centrale competente e informare il mittente al riguardo.

Articolo 54

Funzioni generali

Le autorità centrali mettono a disposizione informazioni sull'ordinamento e sulle procedure nazionali e adottano misure generali per migliorare l'applicazione del presente regolamento e rafforzare la cooperazione. A tal fine si ricorre alla rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale, istituita con decisione 2001/470/CE.

Articolo 55

Cooperazione nell'ambito di cause specifiche alla responsabilità genitoriale

Le autorità centrali, su richiesta di un'autorità centrale di un altro Stato membro o del titolare della responsabilità genitoriale, cooperano nell'ambito di cause specifiche per realizzare gli obiettivi del presente regolamento. A tal fine esse provvedono, direttamente o tramite le autorità pubbliche o altri organismi, compatibilmente con l'ordinamento di tale Stato membro in materia di protezione dei dati personali:

a) a raccogliere e a scambiare informazioni:

- i) sulla situazione del minore;
- ii) sugli eventuali procedimenti in corso; o
- iii) sulle decisioni adottate relativamente al minore;

b) a fornire informazioni e assistenza ai titolari della responsabilità genitoriale che chiedono il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni sul loro territorio, relativamente in particolare al diritto di visita e al ritorno del minore;

c) a facilitare la comunicazione fra le autorità giurisdizionali, in relazione soprattutto all'attuazione dell'articolo 11, paragrafi 6 e 7, e dell'articolo 15;

d) a fornire informazioni e sostegno utili all'attuazione dell'articolo 56 da parte delle autorità giurisdizionali;

e) a facilitare un accordo fra i titolari della responsabilità genitoriale, ricorrendo alla mediazione o con altri mezzi, e ad agevolare a tal fine la cooperazione transfrontaliera.

Articolo 56

Collocamento del minore in un altro Stato membro

1. Qualora l'autorità giurisdizionale competente in virtù degli articoli da 8 a 15 intenda collocare il minore in istituto o in una famiglia affidataria e tale collocamento abbia luogo in un altro Stato membro, egli consulta preventivamente l'autorità centrale o un'altra autorità competente di quest'ultimo Stato membro se in tale Stato membro è previsto l'intervento di un'autorità pubblica nei casi nazionali di collocamento di minori.

2. La decisione sul collocamento di cui al paragrafo 1 può essere presa nello Stato membro richiedente soltanto se l'autorità centrale o un'altra autorità competente dello Stato richiesto ha approvato tale collocamento.

3. Le modalità relative alla consultazione o all'approvazione di cui ai paragrafi 1 e 2 sono disciplinate dal diritto nazionale dello Stato membro richiesto.

4. Qualora l'autorità giurisdizionale competente ai sensi degli articoli da 8 a 15 decida di collocare il minore in una famiglia affidataria e tale collocamento abbia luogo in un altro Stato membro, e in quest'ultimo Stato membro non sia previsto l'intervento di un'autorità pubblica nei casi nazionali di collocamento di minori, egli lo comunica all'autorità centrale o ad un'autorità competente di quest'ultimo Stato membro.

Articolo 57

Metodo di lavoro

1. I titolari della responsabilità genitoriale possono rivolgere una domanda di assistenza, di cui all'articolo 55, all'autorità centrale dello Stato membro in cui risiedono abitualmente ovvero all'autorità centrale dello Stato membro in cui si può trovare o risiede abitualmente il minore. In generale, la domanda contiene tutte le informazioni disponibili che ne possono agevolare l'esecuzione. Se la domanda di assistenza riguarda il riconoscimento o l'esecuzione di una decisione in materia di responsabilità genitoriale che rientra nel campo di applicazione

del presente regolamento, il titolare della responsabilità genitoriale vi acclude i pertinenti certificati di cui all'articolo 39, all'articolo 41, paragrafo 1, o all'articolo 42, paragrafo 1.

2. Gli Stati membri comunicano alla Commissione la o le lingue ufficiali delle Istituzioni della Comunità, diverse dalla sua, nelle quali le comunicazioni alle autorità centrali possono essere redatte.

3. L'assistenza delle autorità centrali a norma dell'articolo 55 è gratuita.

4. Ciascuna autorità centrale sostiene i propri costi.

Articolo 58

Riunioni

1. Per facilitare l'applicazione del presente regolamento le autorità centrali si riuniscono periodicamente.

2. Le riunioni sono convocate conformemente alla decisione 2001/470/CE relativa all'istituzione di una rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale.

CAPO V

RELAZIONI CON GLI ALTRI ATTI NORMATIVI

Articolo 59

Relazione con altri strumenti

1. Fatti salvi gli articoli 60, 63, 64 e il paragrafo 2 del presente articolo, il presente regolamento sostituisce, nei rapporti tra gli Stati membri, le convenzioni vigenti alla data della sua entrata in vigore, concluse tra due o più Stati membri su materie disciplinate dal presente regolamento.

2. a) La Finlandia e la Svezia hanno facoltà di dichiarare che nei loro rapporti reciproci, in luogo delle norme del presente regolamento, si applica in tutto o in parte la convenzione del 6 febbraio 1931 tra Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia contenente disposizioni di diritto internazionale privato in materia di matrimonio, adozione e tutela, nonché il relativo protocollo finale. Queste dichiarazioni sono pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea in allegato al presente regolamento. Tali Stati membri possono dichiarare in qualsiasi momento di rinunciarvi in tutto o in parte.

b) È fatto obbligo di rispettare il principio di non discriminazione in base alla cittadinanza tra i cittadini dell'Unione europea.

c) I criteri di competenza giurisdizionale di qualsiasi accordo che sarà concluso tra gli Stati membri di cui alla lettera a) su materie disciplinate dal presente regolamento devono corrispondere a quelli stabiliti dal regolamento stesso.

d) Le decisioni pronunciate in uno degli Stati nordici che abbia reso la dichiarazione di cui alla lettera a), in base a un criterio di competenza giurisdizionale corrispondente a quelli previsti nel capo II del presente regolamento, sono riconosciute ed eseguite negli altri Stati membri secondo le disposizioni del capo III del regolamento stesso.

3. Gli Stati membri comunicano alla Commissione:

a) copia degli accordi di cui al paragrafo 2, lettere a) e c), e delle relative leggi uniformi di applicazione;

b) qualsiasi denuncia o modifica di tali accordi o leggi uniformi.

Articolo 60

Relazione con talune convenzioni multilaterali

Nei rapporti tra gli Stati che ne sono parti, il presente regolamento prevale sulle convenzioni seguenti, nella misura in cui queste riguardino materie da esso disciplinate:

a) convenzione dell'Aia, del 5 ottobre 1961, sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori;

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

c) convenzione dell'Aia, del 1o giugno 1970, sul riconoscimento dei divorzi e delle separazioni personali;

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

e

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

Articolo 61

Relazioni con la convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996 sulla competenza giurisdizionale, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, nonché la cooperazione, in materia di responsabilità genitoriale e di misure per la tutela dei minori

Nelle relazioni con la convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996 sulla competenza giurisdizionale, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, nonché la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure per la tutela dei minori, il presente regolamento si applica:

- a) se il minore in questione ha la sua residenza abituale nel territorio di uno Stato membro;
- b) per quanto riguarda il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione emessa dal giudice competente di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro, anche se il minore risiede abitualmente nel territorio di uno Stato non membro che è parte contraente di detta convenzione.

Articolo 62

Portata degli effetti

1. Gli accordi e le convenzioni di cui all'articolo 59, paragrafo 1, e agli articoli 60 e 61 continuano a produrre effetti nelle materie non disciplinate dal presente regolamento.
2. Le convenzioni di cui all'articolo 60, in particolare la convenzione dell'Aia del 1980, continuano ad avere efficacia tra gli Stati membri che ne sono parti contraenti, conformemente all'articolo 60.

Articolo 63

Trattati con la Santa Sede

1. Il presente regolamento fa salvo il trattato internazionale (Concordato) concluso fra la Santa Sede e il Portogallo, firmato nella Città del Vaticano il 7 maggio 1940.
2. Ogni decisione relativa all'invalidità di un matrimonio disciplinata dal trattato di cui al paragrafo 1 è riconosciuta negli Stati membri a norma del capo III, sezione 1, del presente regolamento.
3. Le disposizioni di cui ai paragrafi 1 e 2 si applicano altresì ai seguenti trattati internazionali (Concordati) conclusi con la Santa Sede:
 - a) "Concordato lateranense", dell'11 febbraio 1929, tra l'Italia e la Santa Sede, modificato dall'accordo, con protocollo aggiuntivo, firmato a Roma il 18 febbraio 1984;
 - b) accordo tra la Santa Sede e la Spagna su questioni giuridiche del 3 gennaio 1979.

4. L'Italia e la Spagna possono sottoporre il riconoscimento delle decisioni di cui al paragrafo 2 alle procedure e ai controlli applicabili alle sentenze dei tribunali ecclesiastici pronunciate in base ai trattati internazionali con la Santa Sede di cui al paragrafo 3.

5. Gli Stati membri comunicano alla Commissione:

- a) una copia dei trattati di cui ai paragrafi 1 e 3;
- b) eventuali denunce o modificazioni di tali trattati.