



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO GENERALE E TEORIA E
STORIA DELLE ISTITUZIONI

Dottorato di ricerca in
Teoria delle Istituzioni nazionali e comunitarie
tra federalismo e decentramento
Indirizzo “*Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*”

XI ciclo

TESI DI DOTTORATO IN

La sottrazione dei minori
tra normativa europea ed internazionale

Coordinatore: *Ch.mo Prof. Enzo Maria Marenghi*

Tutor: *Ch.ma Prof.ssa Angela Di Stasi*

Dottoranda: *Dott.ssa Angela Martone*

Anno Accademico 2011-2012

*Alla Prof.ssa Angela Di Stasi,
per sempre riconoscente.*

*A Carmine,
per il tempo a lui "sottratto".*

Premessa

La presente ricerca dal titolo «*La sottrazione dei minori tra normativa europea ed internazionale*» rappresenta il risultato di un percorso formativo sviluppatosi nell'ambito delle tematiche dello «*spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*». L'indagine, inoltre, ha trovato nell'ultimo anno ulteriori profili di sviluppo attraverso la partecipazione alle attività dell' «*Osservatorio sullo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*» ed, in particolare, nell'aggiornamento della sezione dedicata alla «*cooperazione giudiziaria in materia civile con implicazioni transnazionali*».

L'analisi - condotta su un duplice profilo europeo ed internazionale - attiene agli aspetti prettamente civilistici della normativa esistente, finalizzata alla risoluzione dei conflitti familiari sfociati in una «sottrazione internazionale del minore» ad opera di un genitore. Quest'ultima, infatti, rileva non solo quale fenomeno in grande ascesa ma, soprattutto, quale condotta illecita che coinvolge i profili di diritto internazionale privato e processuale europeo e in grado - in tali circostanze coinvolgenti i minori - di influenzare aspetti «sostanziali» del diritto di famiglia.

La tutela del minore quale principio preminente rispetto ai diversi interessi coinvolti ha, dunque, una valenza particolarmente incisiva tale da superare le stesse delimitazioni di competenza tra Unione europea e Stati membri; nel senso che gli aspetti processuali atti a garantire il rientro del minore nello Stato di residenza abituale possono condurre nelle singole fattispecie concrete ad un superamento della disciplina nazionale in materia di affidamento.

L'indagine, pertanto, si articola in quattro capitoli nei quali saranno esaminati: in *primis*, il principio dei «*best interests of the child*» quale fondamento della protezione dei minori; gli atti adottati del legislatore europeo alla risoluzione dei casi di sottrazione internazionale di minori e l'esplicito rinvio alle fonti primarie di diritto internazionale; e, infine, l'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo dell'art. 8 CEDU (riguardo il «diritto al rispetto della vita familiare») applicato ai casi di sottrazione internazionale di minori.

Indice

Pag.

Introduzione

La cooperazione giudiziaria in materia civile con caratteristiche transnazionale e l'influenza sulla regolamentazione (sostanziale) dei rapporti di diritto di famiglia » 6

CAPITOLO I

L'INTERESSE SUPERIORE DEL MINORE E LA RESPONSABILITÀ GENITORIALE

1. Il concetto dei «*best interests of the child*» negli atti internazionali. » 13
2. La protezione dei minori nella Carta dei diritti fondamentali e nella CEDU. » 19
3. La nozione europea di «responsabilità genitoriale». » 27
4. I principi di “diritto di famiglia europeo” fissati dalla *Commission on European Family Law (CEFL)*. » 31

CAPITOLO II

LA SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORI: IL COORDINAMENTO NORMATIVO TRA IL REGOLAMENTO (CE) N. 2201/2003 E LA CONVENZIONE DELL'AJA DEL 1980

1. Il regolamento n. 2201/2003: le disposizioni sulla responsabilità genitoriale.	» 38
2. La nozione di residenza abituale quale criterio di competenza.	» 55
4. La Convenzione dell’Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori.	» 64
5. Il coordinamento della normativa europea con la Convenzione dell’Aja del 1980.	» 70
6. La cooperazione tra autorità centrali e la mediazione familiare.	» 73

CAPITOLO III

LA RICHIESTA DI RIENTRO DEL MINORE ILLECITAMENTE SOTTRATTO E I MOTIVI DI RIFIUTO

1. Le procedure di rientro del minore illecitamente sottratto.	» 80
2. I motivi di non riconoscimento dei provvedimenti in materia di responsabilità genitoriale e le cause ostative al rientro del minore.	» 88
3. (segue) L’ascolto del minore.	» 102
4. L’adozione di provvedimenti provvisori e cautelari.	» 105
5. I profili penalistici della sottrazione internazionale di minori. Brevi cenni.	» 109

CAPITOLO IV

LA SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DEI MINORI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO

1. Il diritto «al rispetto della vita familiare».	» 114
2. Gli obblighi “positivi” dello Stato ospitante al vaglio della Corte europea: la pronuncia <i>Ignaccolo-Zenide</i> .	» 122
3. I principi generali concernenti il fenomeno della sottrazione internazionale di minori: il caso <i>Neulinger</i> .	» 127

4. (Segue) la valutazione del corretto bilanciamento degli interessi coinvolti. Ulteriori pronunce della Corte europea: i casi *Kampanella* e *Qama*. » 133

Conclusioni » 138

Bibliografia » 142

INTRODUZIONE

La cooperazione giudiziaria in materia civile con carattere transnazionale e l'influenza sulla regolamentazione (sostanziale) dei rapporti di diritto di famiglia.

Sebbene la realizzazione ad opera dell'Unione europea di una cooperazione in materia civile riveli la sua stretta connessione con la creazione di uno spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, come previsto dall'art. 3 TUE e, in particolare, con il profilo della giustizia, non meno evidente è il condizionamento che essa opera nella creazione di un effettivo spazio di libertà, nel quale le persone possano circolare liberamente senza dover rinunciare alla tutela dei loro diritti. Tale aspetto è maggiormente in rilievo nell'ambito delle controversie - e della relativa cooperazione giudiziaria fra gli Stati - riguardanti il diritto di famiglia¹, in merito alle quali, oltre alla forte influenza sulla disciplina operata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (ancor più oggi alla luce delle previsioni contenute dall'art. 6 TUE), l'Unione europea ha dato vita ad un *corpus* normativo di diritto internazionale privato e processuale.

¹ Cfr. *ex multis*: C. KOHLER, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato comunitario*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Milano, 2004; S. BARIATTI, A.G. DANOVÌ, *La famiglia senza frontiere*, Padova, 2008; S.M. CARBONE, I. QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008; A. BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, 2009; S.M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, Torino, 2009; D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in U. DRAETTA, N. PARISI (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione Europea, Parte speciale: Il diritto sostanziale*, Milano, 2010, pp. 5-98; S. BARIATTI, *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato dell'Unione europea*, in L.S. ROSSI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali*, XV Convegno SIDI, Bologna 10-11 giugno 2010, Napoli, 2011, pp. 397-424; ID., *Il futuro del diritto processuale di origine europea*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 3, 2010, pp. 859-873; P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato dell'Unione europea*, Torino, 2011; F. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una «european conflict of laws revolution»?», in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 4, 2000, p. 49 ss.; L.S. ROSSI, *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla «comunitarizzazione» alla «costituzionalizzazione»», in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 1, 2004, pp. 63-84; S.M. CARBONE, C. TUO, *Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di famiglia e il Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2, 2010, pp. 301-324.**

L'incremento della mobilità dei cittadini all'interno dell'Unione europea, con conseguente aumento dei matrimoni misti o comunque a carattere transfrontaliero, hanno reso necessaria l'adozione di una disciplina che regolasse in maniera uniforme la circolazione delle decisioni in materia matrimoniale e concernenti la responsabilità genitoriale. La sua *ratio* giuridica è connessa, infatti, all'esigenza che la libertà di spostamento, consacrata dal diritto primario, non possa dirsi davvero effettiva fino a quando le persone non siano legittimate a far valere il loro *status* in tutti gli ordinamenti degli Stati europei diversi dal proprio.

Lo spazio giudiziario europeo, creato nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile, ai sensi dell'art. 81 TFUE, è dunque determinante per il soddisfacimento di talune esigenze che il più ampio spazio di libertà, sicurezza e giustizia deve garantire in riferimento alle situazioni transnazionali.

La competenza normativa dell'Unione in materia è esercitata con atti adottati dal Parlamento europeo e dal Consiglio tramite la procedura legislativa ordinaria (art. 81, par. 2, TFUE). Fa eccezione, rispetto a tale disposizione la materia relativa al diritto di famiglia in ragione delle resistenze dei singoli Stati nel rinunciare al diritto di veto in una materia per la quale le tradizioni giuridiche, culturali e sociali sono molto diverse e confliggenti (art. 81, par. 3, TFUE).

Tuttavia, il diritto europeo esercita, comunque, una forte influenza sulla disciplina dei rapporti familiari (una sorta di intervento indiretto), registratasi anzitutto, in sede di attuazione della libertà di circolazione delle persone e della politica sociale europea, ad opera dell'attività giurisprudenziale della Corte di Lussemburgo a tutela dei diritti fondamentali e, ancor più evidente oggi, con il riconoscimento della portata giuridica vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché con l'adesione dell'Unione alla CEDU².

² V. K. BOELE-WOELKI, *Unification and harmonization of Private International Law in Europe*, in J. BASEDOW, I. MAIER, A. K. SCHNYDER, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, *Private Law in the International arena, from national Conflict Rules Towards Harmonization and Unification*, *Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2000, pp. 61- 77; T. DE PASQUALE, A. A. GENNA, L. LORELLO, *Diritto pubblico delle relazioni familiari e processo di europeizzazione dei diritti*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5, 2012, pp. 788-817; P. FOIS, *Dall'armonizzazione all'uniformazione dei diritti interni nell'Unione europea. Valutazione critica di una tendenza in atto*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 7, 2012, pp. 237-255.

La riforma avvenuta con il Trattato di Lisbona, modificativo delle disposizioni dell'art. 6 TUE, ha contribuito alla creazione di un collegamento tra la Carta dei diritti fondamentali e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, diretto a garantire una coerenza di contenuti fra le due fonti in vista dell'attuazione di principi fondamentali europei³. Sulla base di tale collegamento tra i due atti giuridici a tutela dei diritti umani, l'uguaglianza di significati e la medesima portata delle norme, secondo il criterio di prevalenza delle disposizioni CEDU rispetto al diritto europeo in caso di protezione più estesa, coinvolge anche i diritti connessi agli *status* familiari. Ciò ha permesso la lettura degli artt. 7 e 9 della Carta – riguardanti rispettivamente il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il diritto a contrarre matrimonio e a fondare una famiglia – alla luce dell'interpretazione resa dalla Corte europea di Strasburgo dei corrispondenti artt. 8 e 12 CEDU.

Sotto altro aspetto, la circolazione dei valori giuridici in ambito europeo richiede l'applicazione della legge straniera, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie e stragiudiziarie. In tale ambito, le limitazioni poste dagli ordinamenti nazionali all'applicazione di norme di conflitto estere, al riconoscimento e/o all'esecuzione di pronunce rese da giudici stranieri si debbono raccordare con l'esigenza di garantire i diritti tutelati a livello internazionale ed europeo⁴. Tale obiettivo è diretto al superamento del limite classico dell'ordine pubblico – nell'ottica di un processo di semplificazione delle procedure di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni straniere avviato con il regolamento n. 805/2004 istitutivo del titolo esecutivo europeo e proseguito fino al regolamento n. 4/2009, del

³ Vedi G. DE GROOT, J.J. KUIPERS, *The new provisions on private international law in the Treaty of Lisbon*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 15, num. 1, 2008, pp. 109-114. Cfr. F. RUI, P. PEREIRA, *Dèveloppement du droit de la famille en Europe*, in *Era-Forum*, 1, 2003, pp. 134-141; M. TENREIRO, M. EKSTROM, *Recent developments in European family law*, in *Era-Forum*, 1, 2003, pp. 126-133.

⁴ Sulla disciplina dei rapporti familiari nel diritto sostanziale e nel diritto internazionale privato si rinvia a: M. ANTOKOLSKAIA, *Objectives and values of substantive family law*, in J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS, G. STRAETMANS, F. SWENNEN (eds.), *International Family Law for the European Union*, Antwerpen-Oxford, 2007, pp. 49-68; D. MARTINY, *Objectives and values of (private) international law in family law*, in J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS, G. STRAETMANS., F. SWENNEN (eds.), *op. cit.*, pp. 69-99.

18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari nonché alla più recente revisione del regolamento 44/2001⁵ – al fine di giungere ad una sostanziale equivalenza tra le decisioni dei giudici interni e quelle degli altri Stati membri. Questo attraverso l'uniformazione dei criteri di individuazione delle norme sulla legge applicabile, che permette di garantire un certo grado di «prevedibilità giuridica» nell'adozione di una decisione e, allo stesso tempo, assicura la realizzazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni e la loro esecuzione nello spazio giudiziario europeo, così come sancito dagli artt. 67, par. 4 e 81, par. 1, del TFUE e coerentemente all'indirizzo espresso dal Consiglio europeo nel Programma di Tampere del 1999⁶, poi successivamente ribadito nel Programma dell'Aja del 2004⁷ e, infine, nel Programma di Stoccolma del 2009⁸.

Tutti questi elementi si intrecciano nella regolamentazione del fenomeno della sottrazione internazionale di minori, intesa quale illecito trasferimento o mancato rientro del minore ad opera di un genitore.

Promuovere la cooperazione tra Stati e facilitare il successivo ritorno del minore sono scopi comuni degli atti internazionali in materia, quali la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 - integrata con la normativa europea contenuta nel regolamento (CE) n. 2201 del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale - nonché, delle disposizioni della Convenzione di Lus-

⁵ Regolamento n. 44/2001/CE (cd. *Bruxelles I*) sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale, adottato il 2 dicembre 2000 dal Consiglio, oggetto di revisione da parte del regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012, *concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale* (GUUE n. L-351/1 del 20 dicembre 2012). Cfr. J. BASEDOW, *EC regulations in European Private Law*, in J. BASEDOW, I. MAIER, A.K. SCHNYDER, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, *op. cit.*, pp. 17- 31.

⁶ Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, reperibili online: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm

⁷ *Programma dell'Aja: rafforzamento della libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione europea* (2005/C53/01), GUUE C-53/01 del 3 marzo 2005.

⁸ *Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, del 16 ottobre 2009.

semburgo del 20 maggio 1980 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dello stesso.

Obiettivi preminenti in tali ipotesi sono assicurare il rientro immediato dei minori illecitamente trasferiti o trattenuti in qualsiasi Stato contraente (o membro) e garantire l'effettività dei diritti di affidamento e di visita previsti dalla normativa nazionale, ripristinando in tal modo la situazione di fatto violata. Tutto ciò, alla luce dello scopo ultimo, che è quello di garantire il principio universale dei "*best interests of the child*", così affermato a livello universale dalla Convenzione sui diritti dei fanciulli del 1989.

La tutela del minore, dunque, prende le mosse dalla considerazione che lo stesso sia titolare di diritti ed obblighi in modo autonomo e che sia, al contempo, destinatario di una peculiare protezione prevista a livello internazionale. La Convenzione del 1989 rappresenta, infatti, solo il primo atto internazionale incentrato sul soggetto-minorenne al quale ne sono seguiti numerosi. Il minore, pertanto, in quanto "individuo particolarmente vulnerabile" potrà considerarsi dotato di una personalità internazionale⁹ che lo legittima ad attivare una protezione sovranazionale.

Le disposizioni in merito ai casi di sottrazione internazionale di minori prevedono oltre ai criteri di definizione delle autorità competenti e alle norme sul riconoscimento ed esecuzione delle decisioni, la creazione di una fitta rete di cooperazione fra gli Stati membri (ed aderenti) diretta alla risoluzione celere della questione e al perseguimento degli interessi del minore coinvolto. Tuttavia in aggiunta ai profili prettamente processuali, i casi di sottrazione dei minori coinvolgono una serie di ulteriori questioni attinenti alla vita familiare degli stessi, al diritto di

⁹ Sul riconoscimento di una personalità internazionale dell'individuo si rinvia tra tutti a: A. DI STASI, *La personalità internazionale dell'individuo: contenuto e limiti di una possibile "soggettività attiva" nell'ordinamento internazionale*, in L. PANELLA, E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghì*, vol. I, *Diritto internazionale*, Torino, 2011, pp. 191-227. Per una diversa posizione rispetto al riconoscimento della "soggettività internazionale" dell'individuo si rinvia a: U. LEANZA, I. CARACCILO, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui*, (Parte generale), Torino, 2012, Cap. IV, pp. 105-136, in part. p. 114. Tale dottrina considera, infatti, l'individuo «destinatario materiale delle norme giuridiche sui diritti umani e sui crimini internazionali» la cui effettività, tuttavia, richiede l'azione «"di tramite"» dello Stato. È, dunque, lo Stato l'unico destinatario delle norme di diritto internazionale mentre la posizione centrale assunta dall'individuo in materia di protezione internazionale dei diritti umani fa sì che lo stesso sia considerato «beneficiario diretto» di tali disposizioni.

ascolto, alla valutazione della loro vulnerabilità, al diritto di mantenere rapporti con entrambi i genitori e al diritto di visita. Aspetti dunque, ormai consolidati nell'ampia giurisprudenza europea e nella giurisprudenza nazionale che tuttavia cercano di coniugarsi con una regolamentazione dei rapporti sostanziali (severamente) riservata alle sovranità nazionali.

La sottrazione dei minori è dunque un fenomeno in cui gli aspetti processuali del diritto internazionale privato si fondono con i principi sottesi all'effettiva ed efficiente cooperazione tra Stati e con la salvaguardia dell'interesse superiore del minore e del diritto alla vita familiare. E dunque, la tutela degli stessi in un sistema "multilivello" che si impone agli strumenti nazionali fa sorgere l'interrogativo concernente l'incidenza delle disposizioni previste dal legislatore europeo nel regolamento n. 2201/2003 in materia di sottrazione dei minori – secondo una lettura combinata con il principio dei "*best interests of the child*" e dell'art. 8 CEDU – sulla disciplina nazionale riguardante l'affidamento dei figli e, in genere, sul diritto sostanziale di famiglia.

Alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo interpretativa dell'art. 8 CEDU nell'esame della corretta applicazione delle disposizioni della Convenzione dell'Aja del 1980 espressamente richiamate dalla disciplina europea sulla responsabilità genitoriale, è possibile, infatti, ipotizzare un meccanismo di risoluzione delle controversie familiari conseguite in una sottrazione del proprio figlio, in grado di incidere sulla disciplina interna. Il diritto di affidamento del minore attribuito secondo le disposizioni nazionali e violato dalla condotta illecita diretta al trasferimento o al trattenimento del minore in un altro Stato, dunque, non necessariamente conduce all'immediato rientro del minore in quanto, sul diritto del genitore prevarrà il suo "supremo interesse". Tale principio, più volte richiamato, riempie gli spazi lasciati vuoti in un meccanismo di risoluzione dei casi di "*child abduction*" che si propone, sotto gli aspetti processuali, di creare un coordinamento tra gli Stati contraenti (o membri) diretto ad una rapida soluzione della controversia.

Da tali prime riflessioni prende le mosse la presente ricerca, la quale ponendosi nel solco dell'azione dell'Unione europea nell'ambito del diritto di famiglia, si

propone di eseguire un'indagine sulla disciplina delle controversie in materia di sottrazione internazionale dei minori in uno spazio "pan-europeo" di tutela dei "best interests" dei minori. Si darà conto, dunque, della tutela del soggetto minore coinvolto nei conflitti familiari predisposta nella Convenzione delle Nazioni Unite del 1989 e della Convenzione dell'Aja del 1980, nell'ordinamento europeo e nella CEDU.

CAPITOLO I

L'INTERESSE SUPERIORE DEL MINORE E LA RESPONSABILITÀ GENITORIALE

SOMMARIO: 1. Il concetto dei «*best interests of the child*» negli atti internazionali - 2. La protezione dei minori nella Carta dei diritti fondamentali e nella CEDU - 3. La nozione europea di “responsabilità genitoriale” – 4. I principi di “diritto di famiglia europea” fissati dalla *Commission on European Family Law (CEFL)*.

1. Il concetto dei «*best interests of the child*» nel diritto internazionale.

La peculiare attenzione nei confronti dei minori in ambito internazionale trova la sua ragion d'essere nella loro condizione di immaturità fisica e psichica, nonché nella non piena capacità di individuare e fare valere i loro diritti e di curare i loro interessi¹⁰.

La protezione dei minori viene, dunque, realizzata su scala internazionale sia attraverso strumenti diretti alla tutela dei diritti fondamentali, sia tramite atti espressamente dedicati alla tutela di tale categoria di soggetti.

Il riconoscimento di una soggettività giuridica della persona “ minorene”, non solo come membro del nucleo familiare, ma più genericamente, come individuo appartenente a categorie considerate particolarmente vulnerabili, pone *in primis*, quale caposaldo nella tutela internazionale dei diritti del fanciullo il principio dei «*best interests of the child*»¹¹.

¹⁰ Il concetto di “minore” deve essere identificato con la definizione di “fanciullo” prevista nell’art. 1 della Convenzione sui diritti dei fanciulli di New York, approvata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite con risoluzione 44/25 del 20 Novembre 1989, entrata in vigore il 2 settembre 1990 e ratificata dall’Italia con la legge n. 176 del 27 maggio 1991. L’art. 1 dispone che: «*every human being below the age of 18 years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier*». Tale definizione va dunque, contestualizzata nei diversi ordinamenti nazionali, a seconda dell’età in essi prevista per il raggiungimento della maggiore età.

¹¹ La prima espressa menzione dei “*best interests of the child*” si è avuta nella Dichiarazione dei diritti dei fanciulli, approvata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1959. Essa

Com'è noto, l'art. 3 della Convenzione Universale sui diritti dei fanciulli del 20 novembre 1989¹² dispone che l'interesse superiore del minore deve sempre costituire il principale parametro di riferimento in tutte le decisioni concernenti il fanciullo, tenendo in considerazione la sua identità e nazionalità, nonché le necessità inerenti la sua persona e gli elementi di particolare vulnerabilità¹³.

Elevato a principio universale, l'interesse superiore del minore viene identificato nella versione in lingua inglese della Convenzione del 1989 con i «*best interests*», in una declinazione plurale del sostantivo atta a configurare il principio in

contempla un preambolo e 10 principi a tutela dei minori, considerati, al pari di qualsiasi essere umano, titolare di diritti. In particolare, il secondo e settimo principio pongono quale elemento cardine a tutela dei minori il “*best interests of the child*”. Cfr. *ex multis* M. DOGLIOTTI, *Che cosa è l'interesse del minore?*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, Ottobre/Dicembre, 1992, pp. 1093-1101; P. ALSTON (Ed. by), *The Best Interests of the Child*, Oxford, 1994; A. BEGHÈ LORETI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti dei fanciulli*, Padova, 1995; A. GLENN MOWER, JR., *The Convention on the rights of the child*, London, 1997; F. MOSCONI, *La protezione dei minori*, in F. SALERNO (a cura di), *Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato*, Padova, 1997, pp. 59-78; C. BREEN, *The Standard of the Best Interests of the Child*, The Hague-London-New York, 2002; T. BUCK, *International Child Law*, London, 2005; M. FREEMAN, *Article 3. The best interests of the child*, in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS, M. VERHEYDE, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden-Boston, 2007; G. TURRI, *La valutazione dell'interesse del minore. Profili giuridici e profili psicologici*, in *Questione Giustizia*, n. 1, 2000, pp. 705-719; C. FOCARELLI, *La convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 4, 2010, pp. 981-993; R. RIVELLO, *L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità*, in *Minorigiustizia*, n. 3, 2011, pp. 15-27, in part. p. 17 ss.

¹² L'elaborazione della Convenzione iniziò nel 1979 quando l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, a seguito della proposta del 1978 del governo Polacco di una codificazione dei diritti del fanciullo sulla linea della Dichiarazione del 1959, decise di insediare un gruppo di lavoro della Commissione dei Diritti Umani dell'ONU, allo scopo di elaborare un progetto di Convenzione internazionale per i diritti del bambino. La Convenzione del 1989, infatti, non si limita ad una dichiarazione di principi generali ma, se ratificata, rappresenta un vero e proprio vincolo giuridico per gli Stati contraenti, che devono uniformare le norme di diritto interno a quelle della Convenzione per far sì che i diritti e le libertà in essa proclamati siano resi effettivi. La Convenzione, firmata a New York il 20 novembre 1989, è stata ratificata dall'Italia con la l. 27 maggio 1991, n. 176.

¹³ L'art. 3 prevede: «1. *In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.* 2. *States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.* 3. *States Parties shall ensure that the institutions, services and facilities responsible for the care or protection of children shall conform with the standards established by competent authorities, particularly in the areas of safety, health, in the number and suitability of their staff, as well as competent supervision*».

esame, quale criterio-guida nello stesso bilanciamento dei diversi, possibili interessi del minore¹⁴.

Tale elemento, tuttavia, non è stato esente da critiche in dottrina data la sua eccessiva genericità ed indeterminatezza¹⁵, tanto da contestare lo stesso concetto di «interesse» rapportandolo a quello di «diritti del fanciullo». E ancora, in considerazione della terminologia utilizzata dalla norma e dai diversi significati attribuibili alla stessa. L'utilizzo dell'aggettivo “*primary*” anziché “*paramount*”, ha contribuito non poco ad alimentare i dubbi sollevati dalla dottrina in riferimento alla portata che i redattori della Convenzione hanno voluto attribuire ai “*best interests of the child*”. Si è dunque, evidenziata la particolare enfasi che la parola “*paramount*” avrebbe attribuito alla considerazione degli interessi dei minori rispetto all'aggettivo “*primary*”. Ebbene, la scelta di quest'ultimo risulta essere avallata dal diverso significato attribuibile al principio in termini non assolutistici¹⁶, in quanto la considerazione primaria dello stesso non esclude a priori la possibilità che esso possa essere bilanciato con ulteriori considerazioni, cosa non possibile qualora esso venga inteso in termini più ristretti.

Nondimeno, accantonando i possibili dubbi ermeneutici scaturenti dalla terminologia utilizzata, il superiore interesse del minore può definirsi un importante strumento di bilanciamento tra l'affermazione in chiave universale della tutela dei diritti del fanciullo ed il mantenimento delle tradizioni culturali, sociali e religiose dei singoli Stati¹⁷.

Esso rappresenta un principio generale che si pone alla base del riconoscimento al minore di specifici diritti unitamente alla predisposizione di idonee garanzie sostanziali e procedurali astrattamente idonee a realizzarli. Inoltre, l'interesse del

¹⁴ C. FOCARELLI, *op. cit.*, p. 986 ss.

¹⁵ Incongruenze nella formulazione dell'art. 3, comma 1, sono evidenziate in riferimento all'utilizzo del plurale nella prima parte «in tutte le azioni concernenti i “*children*” e, invece del singolare alla fine, nell'affermare il superiore interesse del “*child*”. V. S. PARKER, *The Best interests of the child – Principles and Problems*, in P. ALSTON (Ed. by), *The Best Interests of the Child*, cit., p. 26 ss.

¹⁶ L'aggettivo “*paramount*” tende, infatti, a porre gli interessi del minore in termini assoluti, quali determinanti. V. M. FREEMAN, *Article 3. The best interests of the child*, cit., p. 60 ss.

¹⁷ Cfr. M. DISTEFANO, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori: in margine al caso Neulinger*, in L. PANELLA, E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghì* cit., pp. 229-237, in part. p. 232 ss.

minore costituisce una clausola generale che permette al singolo operatore, grazie alla sua formulazione imprecisa e secondo le peculiarità delle situazioni concrete di derogare alle garanzie sostanziali e procedurali¹⁸.

Il principio dell'interesse superiore del minore, come disposto dall'art. 3, par. 1 UNCRC, svolge – secondo un'autorevole dottrina – tre differenti ruoli nell'applicazione dei diritti garantiti dalle disposizioni della Convenzione del 1989. Innanzitutto, esso si pone quale strumento di sostegno e giustificativo di un particolare approccio teso alla realizzazione dei diritti riguardanti i minori, nonché quale mezzo di risoluzione dei conflitti fra diritti che possono sorgere nel quadro generale della Convenzione. Infine, un terzo ruolo, viene attribuito al principio dei “*best interests*” - in considerazione della sua portata universale - nella valutazione «*the laws and practices*» degli Stati contraenti, anche in ambiti non ricompresi dalle disposizioni della Convenzione¹⁹.

Tale principio si pone, dunque, quale criterio di valutazione: di eventuali responsabilità internazionali degli Stati per condotte che lo violino²⁰; del *favor minoris*, applicabile laddove si configurino una pluralità di possibili soluzioni inter-

¹⁸ Al contempo, il medesimo principio viene ripreso in ulteriori disposizioni della Convenzione del 1989 in relazione ad aspetti specifici. In tal senso, l'art. 9, par. 1, vieta la separazione del bambino dai genitori contro la volontà, a meno che la separazione non risulti necessaria nel migliore interesse del minore. Di seguito, il par. 3, richiama il principio in esame per escludere l'obbligo degli Stati contraenti di rispettare il diritto del minore separato da entrambi i genitori o da uno di essi di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori. Ugualmente l'art. 18 attribuisce ai genitori la responsabilità di allevare i bambini e di provvedere al suo sviluppo nel rispetto al suo interesse; e l'art. 20, par. 1, impone agli Stati l'obbligo di proteggere ed assistere i bambini temporaneamente o definitivamente privati del loro ambiente familiare, o che non possono essere lasciati in tale ambiente, per il loro interesse. L'art. 21, altresì, stabilisce il dovere degli Stati di dare primaria considerazione all'interesse del bambino nella loro legislazione sull'adozione, e ancora, l'art. 37, lett. c), impone l'obbligo di separare i bambini privati della libertà personale dagli adulti, a meno che non sia nel loro migliore interesse il contrario. Infine, l'art. 40, par. 2, lett. b), par. iii), attribuisce al bambino il diritto ad alcune garanzie processuali, quali il diritto ad essere giudicato senza indugio, a meno che non sia nel suo migliore interesse non goderne.

¹⁹ M. FREEMAN, *Article 3. The best interests of the child*, cit., p. 32 ss.

²⁰ L'art. 43 della Convenzione ha previsto l'istituzione di un Comitato sui diritti dei fanciulli con il compito di monitorare il rispetto dei diritti garantiti dalla stessa da parte dei singoli Stati. In tal senso, il Comitato riceve e valuta i rapporti che gli Stati contraenti hanno l'obbligo di inviargli periodicamente, in relazione al rispetto della Convenzione nei loro ordinamenti interni, e formula commenti generali. Pur non essendo le valutazioni e i commenti generali dotati di portata giuridicamente vincolante, il Comitato svolge un'importante funzione ermeneutica delle disposizioni normative della Convenzione.

pretative di una norma; e dell'interesse concreto del singolo minore, in considerazione dell'esame di elementi fattuali tipico della tutela giudiziaria.

Nell'ottica della realizzazione dell'interesse superiore del minore, il riconoscimento allo stesso di una soggettività giuridica piena si traduce nella previsione di una serie di diritti diretti prevalentemente a garantire: la cura (*provision*), intesa quale soddisfacimento dei bisogni che riflettono il particolare stato di vulnerabilità psico-fisica; la tutela (*protection*), derivante dal riconoscimento della sua autonoma titolarità di diritti garantiti nei confronti delle autorità dello Stato e nei rapporti etico-familiari; e la partecipazione (*participation*), espressione del diritto di essere ascoltato in relazione alle scelte pubbliche o private che possono avere un impatto sul suo benessere²¹.

In tale ambito, inoltre, la stessa Convenzione Onu sui diritti del fanciullo, rappresentando gli *standard* minimi di tutela minorile che debbono essere garantiti dai singoli ordinamenti statali²², ha valenza di normativa quadro, il che comporta l'esigenza di interpretare qualunque altra norma alla luce dei suoi principi e delle sue regole²³. Tutti gli atti internazionali in materia minorile successivi alla Con-

²¹ “*Provision, protection e participation*” sono le tre “*P*” in materia di garanzia dei diritti dei minori, sulle quali si rinvia a: N. CANTWELL, *Monitoring the Convention through the Idea of the “3P”*, in P.L. HEILÖ, E. LAURONEN, M. BARDY (eds.), *Politics of Childhood and Children at Risk: Provision, Protection, Participation*, International Expert Meeting, Kellokoski, Finland, 22-24 August 1992, European Centre, Vienna, 1993. Sulla realizzazione di tali obiettivi e l'istituzione a livello nazionale del Garante dell'infanzia e dell'adolescenza si rinvia a: P. STANZIONE, *Garanti per l'infanzia e interesse del minore*, Salerno, 2000; L. STRUMENDO, P. DE STEFANI, *Il Garante dell'infanzia e dell'adolescenza*, in L. LENTI (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, vol. VI (II ed.) del *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, Milano, 2012, pp. 257-301.

²² In conformità con gli articoli 4 e 19 della Convenzione, ciascuno Stato parte è tenuto ad adottare: «tutti i provvedimenti legislativi, amministrativi e altri, necessari per attuare i diritti riconosciuti dalla [...] Convenzione» e in particolare «ogni misura legislativa, amministrativa, sociale ed educativa per tutelare il fanciullo contro ogni forma di violenza, di oltraggio o di brutalità fisiche o mentali, di abbandono o di negligenza, di maltrattamenti o di sfruttamento, compresa la violenza sessuale, per tutto il tempo in cui è affidato all'uno o all'altro, o a entrambi, i genitori, al suo tutore legale (o tutori legali), oppure a ogni altra persona che abbia il suo affidamento. Le suddette misure di protezione comporteranno, in caso di necessità, procedure efficaci per la creazione di programmi sociali finalizzati a fornire l'appoggio necessario al fanciullo e a coloro ai quali egli è affidato, nonché per altre forme di prevenzione, e ai fini dell'individuazione, del rapporto, dell'arbitrato, dell'inchiesta, della trattazione e dei seguiti da dare ai casi di maltrattamento del fanciullo di cui sopra; esse dovranno altresì includere, se necessario, procedure di intervento giudiziario». V. G. VAN BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, 1998, pp. 1-116; O. FUMAGALLI CARULLI, *I diritti dei minori nelle Carte internazionali*, in *Jus*, n. 1, 2007, pp. 139-156.

²³ M. FRANCHI, *Protezione dei minori e diritto internazionale privato*, Milano, 1997, p. 5 ss.

venzione del 1989, infatti, richiamano espressamente il principio dei “*best interests of the child*” proponendo di attuarlo in relazione ad ambiti specifici.

Nella Convenzione dell’Aja sulla protezione dei minori e la cooperazione nell’adozione internazionale del 1993, ad esempio, il Preambolo richiama espressamente i principi posti dalla Convenzione sui diritti del minore, riaffermando l’obbligo per le autorità pubbliche di verificare che l’*iter* di adozione corrisponda all’interesse del minore coinvolto (art. 4, lett. *b*; art. 16 comma 1, lett. *d*; art. 21 comma 1)²⁴. Similmente, la successiva Convenzione del 19 ottobre 1996 sulla giurisdizione, la legge applicabile, il riconoscimento, l’esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità parentale e di misure per la protezione dei fanciulli²⁵ che, ponendo quale fondamento della disciplina in essa contenuta il principio dell’interesse superiore del minore, perfeziona un processo evolutivo in materia iniziato con la Convenzione dell’Aja sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori del 5 ottobre 1961²⁶.

Nell’ambito del Consiglio d’Europa, la Convenzione europea del 25 gennaio 1996 sull’esercizio dei diritti dell’infanzia²⁷, allo scopo di salvaguardare gli aspetti pratici della promozione dei diritti dell’infanzia e di facilitarne il loro completo esercizio, promuove nel proprio preambolo gli interessi superiori dei minori in modo che quest’ultimi possano avere «la possibilità di esercitare i propri diritti, in particolare nelle procedure in materia di famiglia che li riguardano»²⁸.

²⁴ L’interesse del minore limita, al contempo, l’operatività della clausola dell’ordine pubblico, quale limite al riconoscimento di un provvedimento di adozione pronunciato in un Paese contraente (art. 24 Convenzione dell’Aja del 1993).

²⁵ Adottata dalla Conferenza dell’Aja sul diritto internazionale privato, è entrata in vigore il 1° gennaio 2002 e non è stata ratificata dall’Italia. Il testo della Convenzione è consultabile on line all’indirizzo: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=70#. Essa sostituisce la Convenzione dell’Aja del 5 ottobre 1961 sulla competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori, entrata in vigore il 4 febbraio 1969. Cfr. N. LOWE, M. NICHOLLS, *The 1996 Hague Convention on the protection of children*, Oxford, 2012.

²⁶ Cfr. M. FRANCHI, *op. cit.*, p. 75 ss.; F. MOSCONI, *op. cit.*, p. 76 ss.; L. SANDRINI, *Protezione dei minori* (dir. int. priv.), *Matrimonio* (dir. int. priv.), in *Dizionario giuridico* (diretto da N. IRTI), Milano, 2010, pp. 305-313.

²⁷ Resa esecutiva in Italia con la legge 20 marzo 2003, n. 77. Il testo integrale è reperibile all’indirizzo: www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/PDF/160-Italian.pdf

²⁸ Garanzie disposte dall’art. 1, par. 2 della Convenzione.

2. La protezione dei minori nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nella CEDU.

Nell'ordinamento europeo, l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁹, nel suo carattere cogente previsto dal Trattato di Lisbona³⁰, riafferma – riprendendo parzialmente l'art. 3 della Convenzione Onu del 1989 – l'interesse superiore del minore quale preminente³¹. Significativa è la scelta di collocare la norma relativa ai diritti dei minori nel Capo dedicato all'uguaglianza, a completamento del principio espresso nell'art. 21 della Carta e a voler definire, così anche in ambito europeo, la soggettività propria dell'individuo minorenni e il diritto a non essere discriminati in virtù della loro età³².

In tal senso, attraverso le disposizioni dell'art. 24 l'ordinamento europeo riconosce al minore – in modo esplicito – «il diritto alla protezione e alle cure necessaria al proprio benessere, il diritto a intrattenere relazioni personali e contatti diretti con i genitori». Diritto che il bambino acquisisce già in tenera età ed al cui perseguimento deve poter contribuire egli stesso, anche attraverso la

²⁹ L'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali, rubricato “*Diritti del minore*”, afferma che: « 1. I minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. 2. In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente. 3. Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse». Cfr. L. FERRARI BRAVO, M. DI MAJO, A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001; P. MARTINELLI, F. MAZZA GALANTI, *Diritto del bambino*, in G. BISOGNI, G. BRONZINI, V. PICCONE, *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, Taranto, 2009, pp. 303-319; P.F. LOTITO, *Article 24-The rights of the child*, in W. B.T. MOCK, G. DEMURO (Eds by), *Human Rights in Europe*, Durham, 2010, pp. 147-157.

³⁰ J.L. MURRAY, *The Influence of the European Convention of Fundamental Rights on Community Law*, in *Fordham International Law Journal*, Volume 33, n. 5, 2011, pp. 1388-1422.

³¹ S. GRATALOUP, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, Paris, 1998; J. DOEK, H. VAN LOON, P. VLAARDINGERBROEK (Eds. by), *Children on the Move: How to Implement Their Right to Family Life*, The Hague-Boston-London, 1999; M.C. BARUFFI, *La cittadinanza dell'Unione e i diritti dei minori nello spazio giudiziario europeo*, in ID. (a cura di), *Cittadinanza e diversità culturale nello spazio giuridico europeo*, Milano, 2010; p. 69 ss.; C. NOVI, *La tutela dei diritti dei minori nell'ordinamento comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2007, pp. 186-216; G. TURRI, *I grandi principi europei di tutela dei minori*, in *Minorigiustizia*, n. 2, 2008, pp. 7-12; S.M. CARBONE, C. TUO, *Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di famiglia*, cit.

³² A. FURIA, *L'Unione europea*, in C. CARLETTI (a cura di), *Promozione, protezione ed attuazione dei diritti dei minori*, Torino, 2009, pp. 112-134, in part. p. 114 ss.

possibilità di esprimere la propria opinione sulle questioni che lo coinvolgano, coerentemente alla sua età e grado di maturità. Mentre di rilievo è il diritto del minore di intrattenere relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori, espresso separatamente dalle disposizioni della Carta dedicate alla tutela della famiglia, a voler - ancora una volta - sottolineare come lo stesso risponda ad un'esigenza fondamentale del minore e, al contempo, specularmente al diritto dei genitori a mantenere l'unità familiare³³. Il concetto, viene ripreso e specificato nelle Spiegazioni alla Carta³⁴ che, in riferimento all'art. 24 par. 3, espressamente richiamano l'esigenze scaturenti dalla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia e la ricomprensione tra le competenze normative dell'Unione in questioni civili aventi implicazioni transnazionali, dei diritti di visita quali strumentali alla creazione di regolari relazioni genitori-figli³⁵.

Ulteriore garanzia³⁶ strettamente connessa ai rapporti familiari è quella contenuta nell'art. 14 della Carta dedicato al diritto all'istruzione e interpretato in stretta connessione all'art. 24³⁷. Si tutela, in particolare, attraverso l'art. 14, par. 3, il diritto dei genitori «di provvedere all'educazione e all'istruzione dei loro figli secondo le loro convinzioni religiose, filosofiche e pedagogiche, [...] secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Tale previsione, se da un lato non

³³ Di tal parere C. NOVI, *op. cit.*, p. 206 ss.

³⁴ Le «spiegazioni» pur non avendo carattere vincolante «rappresentano un prezioso strumento d'interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta». L'art. 6 TUE precisa l'obbligo di «presa in debito conto» delle spiegazioni, segnatamente per il loro valore indicativo delle fonti dei diritti fondamentali europei. Si veda il Punto 5 all'allegato I alle conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles del 21 e 22 giugno 2007. Si veda A. DI STASI, *Brevi osservazioni intorno alle «spiegazioni» alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in C. ZANGHÌ, L. PANELLA (a cura di), *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità: Messina 26-27 giugno 2009*, Torino, 2010, pp. 425-454.

³⁵ La Spiegazione all'art. 24 dispone che: « Il paragrafo 3 tiene conto del fatto che, nell'ambito della creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la normativa dell'Unione nelle materie civili che presentano implicazioni transnazionali, per cui la competenza è conferita dall'articolo 81 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, può comprendere tra l'altro i diritti di visita che consentono ai figli di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori».

³⁶ Non manca nella Carta una considerazione degli aspetti coinvolgenti i minori in ambito familiare e professionale, ne sono un esempio gli artt. 7 (Rispetto della vita privata e familiare); 32 (Divieto del lavoro minorile e protezione dei giovani sul luogo di lavoro) e 33 (Vita familiare e vita professionale).

³⁷ Non a caso, la Spiegazione all'art. 14 della Carta dei diritti fondamentali afferma che:«[...] Per quanto attiene al diritto dei genitori, lo si deve interpretare in relazione alle disposizioni dell'art. 24».

apre alla possibilità di deroghe da parte dello Stato al diritto dei genitori, dall'altro non impone nei confronti dell'entità statale obblighi positivi nella forma di prestazione. In tal senso, l'ulteriore garanzia tutelata nell'art. 14, par. 3 della Carta dei diritti fondamentali, quale la libertà di istituire e gestire istituti educativi privati, coniugandosi con il diritto dei genitori ad educare ed istruire i propri figli crea un sistema di contrappeso all'ampia discrezionalità dello Stato in materia.

D'altro canto, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - pur non facendo espressamente riferimento allo *status* di minore e alla tutela dei "best interests"³⁸ - si occupa dei minori: negli artt. 5, par. 1, lett. d)³⁹ e 6⁴⁰; nel primo Protocollo del 1952, all'art. 2 riguardante il diritto all'istruzione⁴¹; e, seppur marginalmente, nel Protocollo n. 7, all'art. 5 concernente la parità tra i coniugi e il rapporto con i propri figli⁴².

³⁸ Cfr. C. BREEN, *The Standard of the Best Interests of the Child ...*, cit., p. 249 ss.; M. FREEMAN, *Article 3. The best interests of the child ...*, cit., p. 12 ss.; S. GILMORE, *The limits of Parental Responsibility*, in R. PROBERT, S. GILMORE, J. HERRING, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, 2009, pp. 63- 83.

³⁹ L'art. 5 prevede che: « 1. Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge: [...] d) se si tratta della detenzione regolare di un minore decisa allo scopo di sorvegliare la sua educazione oppure della sua detenzione regolare al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente». V. M. GIALUZ, *Diritto alla libertà e alla sicurezza*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, pp. 106-171.

⁴⁰ L'art. 6, par. 1, riguardante il diritto a un equo processo, con riferimento ai minori dispone: «[...] La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, [...]». Cfr. F. SALERNO, *Competenza giurisdizionale, riconoscimento delle decisioni e diritto all'equo processo*, in A. DI STEFANO, R. SAPIENZA, *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, Napoli, 2012, pp. 277-326.

⁴¹ Cfr. B. DICUZZO, *Art. 2, Diritto all'istruzione*, in C. DEFILIPPI, D. BOSI, R. HARVEY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Napoli, 2006, pp. 643-663; J. WOELK, *Diritto all'istruzione*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 814-831.

⁴² L'art. 5 del Protocollo 7 (aperto alla firma il 22 novembre 1984 ed entrato in vigore il 1 novembre 1988) dispone che: «I coniugi godono dell'eguaglianza di diritti e responsabilità di carattere civile tra di essi e nelle loro relazioni con i figli riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e in caso di suo scioglimento. Il presente articolo non impedisce agli Stati di adottare misure necessarie nell'interesse dei figli». Cfr. C. RAVERA, *Art. 5, Uguaglianza degli sposi*, in C. DEFILIPPI, D. BOSI, R. HARVEY (a cura di), *op. cit.*, pp. 836-467; A.O. COZZI, *Parità fra coniugi*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 905-908.

La garanzia del principio dell'interesse superiore del minore emerge, inoltre, in via interpretativa dalle disposizioni dell'art. 8, riguardanti il diritto al rispetto della vita privata e familiare⁴³. In particolare, si ritiene che la previsione di possibili ingerenze delle autorità pubbliche nell'esercizio di tali diritti, ammesse allo scopo di proteggere «diritti e libertà altrui», possa includere la garanzia del perseguimento dell'interesse superiore del minore⁴⁴. Tali possono essere i casi in cui in una situazione di separazione o divorzio dei genitori, le autorità giudiziarie decidano sull'affidamento dei figli, comunque, nel rispetto del diritto del genitore non affidatario di vedere il figlio, salvo circostanze eccezionali giustificate dall'interesse del minore. Oppure, l'ipotesi di conflitto fra diritti dei genitori ed esigenze di tutela del minore, che giustificano l'intervento delle autorità pubbliche nei rapporti genitori e figli con misure finalizzate all'affidamento dello stesso ad istituti o ad altre famiglie.

L'art. 2 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea⁴⁵ prevede invece, il diritto all'istruzione e il rispetto da parte dello Stato del diritto dei genitori di assicurare l'educazione e l'insegnamento⁴⁶ «in modo conforme alle loro convinzioni religiose e filosofiche». Si evidenziano, dunque, il diritto all'istruzione e quello all'educazione dei propri figli nel rispetto delle proprie convinzioni, intese quali «opinioni» oppure «idee» caratterizzate da «un certo livello di rigore, serietà coerenza ed importanza»⁴⁷. Ne consegue un obbligo specifico incombente agli Stati nei confronti dei genitori di garantire un sistema scola-

⁴³ Sul quale si rinvia *infra*.

⁴⁴ C.edu, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, sentenza del 6 luglio 2010, ric. n. 41615/07, par. 134.

⁴⁵ Art. 2, Protocollo n. 1 CEDU: «Il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno. Lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori a provvedere a tale educazione e a tale insegnamento secondo le proprie convinzioni religiose e filosofiche».

⁴⁶ C.edu, *Kjeldsen e altri c. Danimarca*, sentenza del 7 dicembre 1976, ric. n. 5095/71, 5920/72 e 5926/72. Inoltre, la distinzione tra «educazione» e «insegnamento» è stata oggetto di precisazioni da parte della Corte europea che ha ricondotto il primo concetto «all'intero processo attraverso il quale in tutte le società adulti trasmettono le loro convinzioni, cultura e altri valori ai giovani». Al contempo, l'educazione si ritiene riferirsi «alla trasmissione di sapere e allo sviluppo intellettuale». V. C.edu, *Campbell e Cosans c. Regno Unito*, sentenza del 25 febbraio 1982, ric. n. 7511/76 e 7743/76, par. 35 ss. Cfr. R. PISILLO MAZZESCHI, *La protezione della famiglia nel quadro degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, n. 1, 1995, pp. 262-281, in particolare p. 277 ss.

⁴⁷ C.edu, *Campbell e Cosans*, cit., par. 36.

stico rispettoso di tali convinzioni e nel quale si ritiene inclusa la garanzia concernente l'istituzione di scuole private, che tuttavia non è espressamente menzionata dalla norma. In particolare, la Corte europea ha delimitato l'applicazione della norma a quelle convinzioni considerate meritevoli di rispetto in una società democratica, che non siano incompatibili con la dignità della persona e non ostacolino il diritto del minore all'istruzione⁴⁸.

Si configura, dunque, un concetto di istruzione, quale diritto del genitore all'educazione e all'insegnamento ma anche, soprattutto, del minore all'autodeterminazione⁴⁹. La Convenzione Onu del 1989, all'art. 29 pone infatti, l'istruzione a promozione del pieno sviluppo del minore e delle sue attitudini, nonché al rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Similmente, infine, all'art. 23, par. 4 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici⁵⁰, l'art. 5 del Protocollo n. 7 assicura l'uguaglianza fra i coniugi. In tal senso, la norma convenzionale - circoscrivendo l'ambito di applicazione ai diritti e ai doveri di carattere civile⁵¹ - prospetta la parità tra i coniugi sia fra loro, sia

⁴⁸ Corte europea, *Campbell e Cosans*, *op. cit.*

⁴⁹ Cfr. M.L. FORLATI PICCHIO, *Libertà del minore e famiglia negli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, in M. DE CRISTOFARO, A. BELVEDERE (a cura di), *L'autodeterminazione dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980, pp. 3-35; J. EEKELAR, *The interests of the child and the child's wishes: the role of dynamic self-determinism*, in *International Journal of Law and the family*, 1994, vol. 8, n. 1, pp. 42- 61.

⁵⁰ L'art. 23, par. 4: «Gli Stati parti del presente Patto devono prendere misure idonee a garantire la parità dei diritti e di responsabilità dei coniugi riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e al momento del suo scioglimento. In caso di scioglimento deve essere assicurata ai figli la protezione necessaria». In tal senso, l'art. 23 si limita a statuire un obbligo in capo agli Stati di adottare misure appropriate per realizzare la piena uguaglianza tra coniugi, al contrario, l'art. 5 del Protocollo n. 7 CEDU afferma una specifica parità tra gli sposi, riconoscendo loro un vero e proprio diritto soggettivo di uguaglianza. Inoltre, l'ambito di applicazione dell'art. 5 risulta più circoscritto: l'eguaglianza tra coniugi è affermata solo sul piano del diritto privato con specifico riferimento alle relazioni personali e patrimoniali tra gli sposi e tra gli stessi e i loro figli e con esclusione di altri settori del diritto. Non è, invece, ristretto al diritto privato la normativa contenuta dall'art. 23, par. 4 del Patto sui diritti civili e politici, in quanto si estende anche ad ulteriori materie come quella fiscale. Infine, con specifico riferimento alle deroghe previste nel Protocollo CEDU al rispetto dell'uguaglianza tra coniugi, previste ogni qualvolta queste siano giustificate dall'interesse dei figli; quest'ultimo è accolto dall'art. 23 solo in sede di scioglimento del matrimonio.

⁵¹ La norma, infatti, non si applica in altri settori materiali, quali il diritto amministrativo, fiscale, penale, sociale, ecclesiastico e il diritto del lavoro. V. *Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (ETS n. 117), *Explanatory Report*, su: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/117.htm>. Inoltre, se ne delimita la sua efficacia alle coppie coniugate, mentre l'eguaglianza è garantita nella fase pre-matrimoniale dagli artt. 12-

nel rapporto con i figli. Tuttavia, la Corte europea ha chiarito che la portata dell'art. 5 è diretta «essenzialmente» ad imporre «l'obbligo positivo, in capo agli Stati, di apprestare un quadro legislativo nel quale i coniugi abbiano eguali diritti ed obblighi in materie, quali il rapporto con i figli»⁵². In virtù di tali considerazioni, la Corte, nei casi riguardanti l'applicazione delle speciali procedure previste dalla Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori⁵³ ha dichiarato manifestamente infondata la censura fondata sull'art. 5. Si è, infatti, ritenuto che oggetto della questione non fosse l'assetto legislativo degli Stati convenuti in materia di custodia dei minori, bensì l'applicazione delle norme interne al caso concreto e, pertanto, i giudici nazionali sono chiamati a pronunciarsi solo sul rientro del minore illecitamente sottratto e non, d'altro canto, sugli aspetti rientranti nelle disposizioni dell'art. 8 Cedu, quali l'affidamento, il diritto di visita e i doveri dei genitori nei confronti dei figli⁵⁴.

L'ultimo capoverso della norma prevede la possibilità di limitare il principio di uguaglianza in presenza di «misure necessarie nell'interesse del minore», laddove, la necessità delle medesime viene a coincidere con un giudizio di «esigenza in una società democratica». Pertanto, l'ingerenza nella posizione soggettiva del genitore può essere fondata su un «bisogno sociale imperativo», proporzionato all'obiettivo di perseguire l'interesse del minore⁵⁵, la cui valutazione è rilasciata all'apprezzamento degli Stati che, tuttavia, non hanno un potere discrezionale illimitato in materia, in quanto è necessario che le motivazioni a fondamento dell'ingerenza siano «rilevanti e pertinenti».

Alle limitate enunciazioni dedicate al minore nella Convenzione europea per la salvaguardia delle libertà e dei diritti fondamentali ha, di sicuro, sopperito

14 Cedu. Cfr. A.O. COZZI, *Parità fra coniugi*, op. cit., p. 450 ss.; G.P. DOLSO, F. SPITALERI, *Divieto di discriminazione*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, op. cit., p. 518.

⁵² Corte europea, *Monory c. Ungheria e Romania*, sentenza del 17 febbraio 2004, ric. n. 71099/01, par. 4; ed *Iosub Caras c. Romania*, sentenza del 27 luglio 2006, ric. n. 7198/04, par. 56. In particolare, l'oggetto principale dei ricorsi promossi per presunta violazione dell'art. 5, è l'affidamento dei minori e l'esercizio della potestà genitoriale dopo la separazione o divorzio

⁵³ Sulla quale si rinvia al Cap. II.

⁵⁴ C.edu, *Monory c. Ungheria e Romania*, cit.; e *Iosub Caras c. Romania*, cit.

⁵⁵ C.edu, *Cernecki c. Austria*, sentenza dell'11 giugno 2000, ric. n. 31061/96. In essa, la Corte ha concluso che l'affidamento esclusivo a un genitore, previsto dalla legislazione austriaca, fosse una soluzione proporzionata in quanto rispondente all'esigenza di fornire una soluzione chiara e univoca alla sorte dei minori dopo il divorzio.

l'intervento interpretativo della Corte europea nonché, le ulteriori iniziative a tutela degli stessi intraprese nell'ambito del Consiglio d'Europa. Tra queste, *in primis*, la firma a Strasburgo nel 1996 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del minori⁵⁶, attraverso la quale il Consiglio d'Europa ha voluto sviluppare delle norme strumentali ad agevolare l'attuazione in sede giurisdizionale dei diritti sostanziali dei fanciulli e ciò attraverso la creazione di nuovi diritti processuali che possono essere esercitati anche personalmente dai minori capaci di discernimento⁵⁷. La finalità principale è, dunque, la promozione dei diritti dei fanciulli in ambito giudiziario sulla base del principio per cui i minori devono avere una maggiore autonomia di intervento nei procedimenti giudiziari che li riguardano nel rispetto dei loro specifici bisogni e peculiarità⁵⁸. In tal modo, nel contesto europeo il minore diventa "soggetto processuale", riconosciuto come parte processuale autonoma che può stare in giudizio, agire ed essere ascoltato per esercitare i diritti di cui è titolare.

⁵⁶ Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, del 25 gennaio 1996, ratificata dall'Italia con la l. del 20 marzo 2003, n. 77 (G.U. n. 91 del 18 aprile 2003).

⁵⁷ Così, oltre a ribadire i diritti già garantiti ai minori dalla Convenzione di New York del 1989, la Convenzione di Strasburgo impone una serie di regole allo scopo di rendere effettivo l'esercizio degli stessi. Ad esempio, rispetto alla previsione della Convenzione del 1989 che garantisce il diritto del minore ad essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo riguardi, la Convenzione europea dispone «non soltanto che il minore riceva dal proprio rappresentante legale un'adeguata informazione sull'oggetto della controversia e che la rilevanza della sua opinione può assumere nel caso concreto, ma viene posto espressamente in capo al giudice, prima di giungere a qualunque decisione, il dovere di verificare che il minore capace di discernimento abbia ricevuto le informazioni pertinenti che sono necessarie per consentirgli di esercitare pienamente i propri diritti e, in particolare, il diritto di influire sulla decisione facendosi ascoltare dal giudice per esprimere la propria opinione». Cfr. G. SCIANCALEPORE, P. STANZIONE, *Minori e diritti fondamentali*, Milano, 2006; M. MARCHEGANI, *Diritti dei minori*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, vol. II, Milano, 2007, p. 4004 ss.; F. TOMMASEO, *Il processo civile familiare e minorile italiano nel contesto dei principi europei*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 3, 2012, pp. 1265-1280, in part. 1271 ss.

⁵⁸ Il Progetto di Convenzione e la Relazione di accompagnamento approvato dal Comitato di Esperti sul Diritto di Famiglia (CJ-FA) durante la 27^a sessione del 7-10 novembre 1994, e dal Comitato europeo di cooperazione giuridica (CDCJ), nel corso della sua 63^a riunione del 30 maggio-2 giugno 1995, nonché, sottoposto all'approvazione del Consiglio dei Ministri si poneva quale intento quello di evitare qualsiasi ripetizione della Convenzione dell'Onu del 1989, predisponendo un Progetto che si ponesse in un rapporto di complementarietà con la stessa, garantendone un'attuazione pratica ed un esercizio effettivo dei diritti in essa previsti.

A tale progetto iniziale si aggiunge l'adozione delle *Linee guida sulla giustizia a misura del minore* adottate dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa⁵⁹ e finalizzate a fornire indicazioni dirette ad orientare l'attività legislativa dei singoli Stati membri nel caso di controversie aventi ad oggetto i diritti soggettivi dei minori di qualsiasi natura. Si prospetta, inoltre, una diligenza eccezionale nelle controversie familiari, al fine di evitare ritardi ingiustificati che potrebbero produrre conseguenze negative sui rapporti familiari⁶⁰. Presupposto dell'attuazione delle Linee guida è, dunque, il considerare la "giustizia a misura di minore" attraverso «sistemi giudiziari che garantiscano il rispetto e l'attuazione effettiva dei diritti dei minori al più alto livello possibile, considerando le circostanze del caso ed il livello di maturità e comprensione del minore». L'esigenza di effettività dei diritti garantiti ai minori coinvolge, innanzitutto, la formazione dei professionisti che si occupano di minorenni, la quale deve essere «interdisciplinare» allo scopo di favorire la comunicazione con i fanciulli adattandosi al loro livello di comprensione.

La medesima *ratio* delle Linee guida del Consiglio d'Europa riaffiora nelle politiche dell'Unione europea nell'*Agenda europea per i diritti dei minori*⁶¹, la quale afferma la necessità di adottare «politiche basate sui fatti» e il porre in essere una serie di azioni concrete per assicurare «un reale valore aggiunto nei settori della giustizia, della protezione dei minori in situazioni di vulnerabilità e del contrasto alla violenza»⁶². L'impegno dell'Unione europea è, pertanto, quello di sostenere – nel rispetto del principio di sussidiarietà - gli Stati membri favorendo «lo scambio di buone pratiche, la cooperazione e la comunicazione con e tra le autorità nazionali preposte alla tutela e promozione dei diritti dei minori»⁶³. In particolare, nelle questioni concernenti i rapporti di famiglia e gli effetti che le stesse possono

⁵⁹ Adottate il 17 novembre 2010 nella 1098ª riunione dei Rappresentanti dei ministri. Il testo è reperibile all'indirizzo web: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1705197&Site=CM>.

⁶⁰ Cfr. parte IV, D delle *Linee Guida su una giustizia a misura di minore*, durante il procedimento giudiziario, par. 4, n. 51.

⁶¹ Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, del 15 febbraio 2011, COM (2011) 60 final. Il testo integrale all'indirizzo web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0060:FIN:IT:PDF>

⁶² Cfr. G. RECINTO, *La situazione italiana del diritto civile sulle persone minori di età e le indicazioni europee*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 3, 2012, pp. 1295-1306, in part. p. 1298 ss.

⁶³ V. punto 1.3 della Comunicazione del 15 febbraio 2011, cit.

avere sui figli, l'Agenda europea ribadisce la necessità di predisporre strumenti che possano risolvere le controversie transfrontaliere tra genitori nel più breve tempo possibile. Sicché, al già previsto sistema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale, si aggiunge l'esigenza di predisporre «un sistema di informazione sui diritti di cui godono i genitori e i figli», per facilitarne l'accesso alla giustizia e l'individuazione delle procedure da seguire⁶⁴. In tal senso, l'Agenda fissa fra gli obiettivi da conseguire una maggiore attenzione per i casi di sottrazione internazionale di minori da parte di un genitore, prevedendo che la Commissione terrà in considerazione «le informazioni provenienti dal Mediatore del Parlamento europeo per i casi di sottrazione internazionale di minori⁶⁵» allo scopo di porre fine agli effetti lesivi per il minore derivanti da tale azione⁶⁶ nel pieno rispetto del principio del “*best interests*”.

3. La nozione europea di «responsabilità genitoriale».

Il principio di carattere universale dei “*best interests of the child*”, applicato ai rapporti di famiglia, costituisce il limite all'esercizio dei poteri-doveri caratterizzanti la “responsabilità genitoriale”.

L'utilizzo della nozione di “responsabilità genitoriale” è ampiamente diffuso negli atti internazionali, in particolare nella Convenzione del 1989 e nella Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996. In generale essa,

⁶⁴ *Ibidem*, punto 2.1.

⁶⁵ La carica di “Mediatore del Parlamento europeo per i casi di sottrazione internazionale di minori” è stata creata nel 1987, con il compito di favorire il raggiungimento di un accordo volontario tra il genitore che ha sottratto il figlio e l'altro genitore che ha subito l'evento, perseguendo l'interesse del figlio. Nel 2009 è stata nominata Mediatrice del Parlamento europeo l'italiana *Roberta Angelilli*, preceduta da *Marie-Claude Vayssade* (1987-1994), *Mary Banotti* (1995-2004) e *Evelyne Gebhardt* (2004-2009). Per un approfondimento delle funzioni e della relativa procedura si rinvia *infra* cap. II, par. 6.

⁶⁶ Si aggiungono a tali obiettivi, la garanzia della registrazione e del riconoscimento negli Stati membri dell'Unione europea dei documenti dello stato civile; la partecipazione del minore ai procedimenti penali e il rafforzamento dei diritti processuali; un'azione comune a tutela dei minori in situazioni di particolare vulnerabilità (come i minori a rischio povertà, quelli richiedenti asilo, i minori non accompagnati, e quelli vittime di sfruttamento sessuale o di tratta); la promozione dei diritti dei minori nell'azione estera dell'Unione europea attraverso una cooperazione bilaterale e multilaterale (alla lotta al lavoro minorile, alle varie forme di sfruttamento dei minori, al loro coinvolgimento nei conflitti armati); e infine la promozione della partecipazione e dell'ascolto del minore in attività che lo coinvolgono.

sempre più frequente nel linguaggio giuridico, sta sostituendo quella di potestà genitoriale, dal contenuto troppo evocativo della tradizionale visione dei rapporti fra i genitori e i figli incentrata sul controllo disciplinare, ma anche di autorità genitoriale intesa come insieme di prerogative e facoltà riconosciute alla persona che agisce da genitore nei confronti e nell'interesse del minore⁶⁷. La locuzione “responsabilità genitoriale” riflette la configurazione del minore come titolare di diritti fondamentali al punto da sostanzarsi in un complesso di doveri-poteri del genitore.

Il superamento della concezione autoritaria della potestà ha permesso di intendere il profilo del dovere genitoriale come *prius* rispetto ai poteri attribuiti ai genitori; ne discende che essi vengono intesi in senso strumentale all'adempimento dei suddetti doveri⁶⁸. Tuttavia, se in virtù del concetto di responsabilità genitoriale assunto a livello europeo parte della dottrina ha sostenuto il superamento e la sostituzione ad opera della stessa del concetto di potestà genitoriale, è possibile ricondurre entrambi ad un rapporto che non necessariamente dovrà configurarne un'alternanza. Si è dunque argomentato che la responsabilità, intesa quale complesso di diritti e doveri genitoriali, sia mero effetto discendente dalla posizione giuridica soggettiva che ne è causa, ossia la potestà genitoriale. In tal senso, i due concetti si pongono in rapporto di completamento, in quanto la responsabilità specifica gli effetti che discendono dall'esercizio della potestà⁶⁹.

La Convenzione di New York definisce in modo chiaro ed articolato il contenuto della responsabilità genitoriale, prospettando il diritto all'educazione e il ruolo dei genitori anche come guida dei figli nelle scelte religiose e nella tutela del loro diritto alla salute; prevedendo il diritto di ascolto del minore che certamente

⁶⁷ Cfr. G. SERGIO, *La giustizia minorile, dalla tutela del minore alla tutela civile dei diritti relazionali*, in L. LENTI (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, cit., pp. 25-196, in part. pp. 58-107; M. FINOCCHIARO, *Va in soffitta la nozione di «potestà»: ora il nucleo ruota intorno ai figli*, in *Guida al diritto/Dossier*, n. 3, Marzo 2004, pp. 112-114; P. RONFANI, *Alcune riflessioni sulla responsabilità genitoriale. Enunciati del diritto, rappresentazioni normative e pratiche sociali*, in *Sociologia del diritto*, n. 1, 2010, pp. 7-35.

⁶⁸ G. BALLARINI, *Diritti dei figli e della famiglia. Antinomia o integrazione?*, in G. DELLA TORRE (a cura di), *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, Tomo I (*Teoria generale, Persone e Famiglia*), Torino, 2010, pp. 473-488, in part. p. 477 ss.

⁶⁹ G. BALLARINI, *op. cit.*, p. 481 ss.

presuppone da parte dei genitori la cura e l'attenzione e costituisce presupposto a sua volta del corretto esercizio del diritto/dovere di educare.

In ambito europeo, d'altro canto, per "responsabilità genitoriale" si intende «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, riguardante la persona o i beni di un minore. (...) in particolare, il diritto di affidamento e di visita»⁷⁰.

La scelta dell'utilizzo dell'espressione «*parental responsibility*», inusuale per buona parte degli ordinamenti nazionali europei⁷¹, evidenzia l'esigenza di individuare in un unico concetto l'insieme di situazioni giuridiche riconnesse alla potestà genitoriale con i diritti dei minori⁷². In tal senso, la definizione resa nel regolamento n. 2201/2003 risulta funzionale allo scopo di favorire la circolazione delle decisioni riguardanti i minori e alla non discriminazione degli stessi all'interno dei singoli Stati membri.

Vengono, quindi, ricondotte a tale nozione, in particolare: *a*) il diritto di affidamento ed il diritto di visita; *b*) la tutela, la curatela ed istituti analoghi; *c*) la designazione e le funzioni di qualsiasi persona od ente aventi la responsabilità della persona o dei beni del minore o che lo rappresentino ad assistano; *d*) la collocazione del minore in una famiglia affidataria od in un istituto; *e*) le misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione od all'alienazione dei suoi beni⁷³.

⁷⁰ Definizione resa dal legislatore europeo nell'art. 2, par. 7 del regolamento n. 2201/2003. Cfr. *The White Paper on Principles concerning the establishment and legal consequences of parentage*, del 15 gennaio 2002. All'art. 18 si definisce in un concetto plurale: «*parental responsibilities are an collection of duties and power, which aim at ensuring the moral and material welfare of children, in particular: care and protection; maintenance of personal relationship; provision of education; legal representation; determination of residence and administration of property*». Vedi A. ADINOLFI, *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 1, 2011, pp. 5-32. Cfr. inoltre, M. FINOCCHIARO, *Va in soffitta la nozione di «potestà»:...*, cit., p. 112 ss.

⁷¹ Solo la tradizione giuridica anglosassone, nel *Children Act* del 1989 utilizza tale espressione. Cfr. S. GILMORE, *The limits of parental responsibility*, in ID., R. PROBERT, J. HERRING (Eds. by), *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford-Portland, 2009, pp. 63-83.

⁷² Sui quali si rinvia alla successiva trattazione nel Cap. II.

⁷³ La Corte ha precisato che lo stesso elenco sopra richiamato ha carattere meramente indicativo, come emerge dall'utilizzo del termine "in particolare". V. Corte di giustizia, Grande sezione, del 27 novembre 2007, causa C-435/06, par. 30. Cfr. J. WALLBANK, *Parental responsibility and the Responsible Parent: Managing the "Problem" of contact*, in R. PROBERT, S. GILMORE, J. HERRING, *op. cit.*, pp. 295-313.

Inoltre, l'elencazione operata dall'art. 1, par. 2 del regolamento n. 2201/2003, accentua il richiamo – tra i diritti ricompresi nella responsabilità genitoriale – del diritto di affidamento, definito dalla Corte di giustizia quale nozione autonoma rispetto alla normativa nazionale⁷⁴.

L'art. 2, n. 8) definisce poi, titolare della responsabilità genitoriale «qualsiasi persona che eserciti la responsabilità su un minore» e che cioè eserciti il complesso dei diritti e doveri sulla persona del minore o sui suoi beni in virtù dell'attribuzione effettuata dall'ordinamento giuridico, da una decisione giudiziaria, dalla legge o da un accordo vigente in base alla legislazione dello Stato membro di residenza del minore⁷⁵.

La nozione così adottata dal legislatore europeo rileva - nei suoi contenuti generali ed ampi - l'omesso riferimento agli istituti della filiazione legittima o naturale. Tale distinzione, sembra tuttavia superata in virtù delle disposizioni dell'art. 8 Cedu atte a garantire la tutela della “vita familiare”⁷⁶ e secondo la quale, in nome dell'interesse superiore del minore si promuove l'eguaglianza fra filiazione fondata sul matrimonio e filiazione stabilita al di fuori di una famiglia “tradizionale”, censurando le disposizioni nazionali che non la garantissero⁷⁷.

D'altro canto, in ipotesi di crisi e scioglimento della coppia, l'art. 8 della Cedu tutela sia il diritto di un genitore affidatario al rispetto delle prerogative genitoriali,

⁷⁴ La portata e il senso di tale diritto, al fine di garantire l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione e l'uguaglianza, dovranno essere oggetto di interpretazione autonoma ed uniforme, tenendo conto dal contesto della disposizione stessa e della finalità perseguita dalla norma in questione. V. Corte di giustizia, *J. McB c. C.*, sez. III, del 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, sulla quale si rinvia a: N. LAZZERINI, *Il controllo della compatibilità del diritto nazionale con la Carta dei diritti fondamentali secondo la sentenza McB*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 1, 2011, pp. 136-169. Mi permetto di rinviare, inoltre, al mio, *Sottrazione «lecita» di minori e tutela del diritto al rispetto della vita in Europa: la Corte di giustizia si pronuncia sul caso McB*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, n. 40, 2012, pp. 117-133.

⁷⁵ S. SCARAFONI, *Il regolamento n. 2201/2003 sulla competenza ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e genitoriale*, in ID. (a cura di), *Il processo civile e la normativa comunitaria*, Milano, 2012, pp. 297-372, in part. p. 304 ss.

⁷⁶ Vedi M.G. RUO, *Tutela dei figli e procedimenti relativi alla crisi della coppia genitoriale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 2, 2011, pp. 1004-1052.

⁷⁷ La recente legge italiana 10 dicembre 2012, n. 219, pubblicata in Gazzetta Ufficiale 17 dicembre 2012, n. 293, equipara i figli naturali a quelli legittimi eliminando, finalmente, la disparità di trattamento giuridico fra gli stessi esistente nel nostro ordinamento. Cfr. P. STANZIONE, *Minori (condizione giuridica dei)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 2011, pp.725-747; F. NADDEO, *La filiazione naturale*, in G. AUTORINO, *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, Torino, 2011, pp. 69-188.

sia il diritto del genitore non affidatario a mantenere adeguati contatti con il minore esercitando il diritto di visita. In tal senso, entrambi i diritti vanno temperati all'interesse superiore del minore, lasciando alle autorità nazionali ampi margini di apprezzamento dello stesso. Si stabilisce, pertanto, che è indispensabile e sufficienti che le corti interne, in relazione all'età e alla maturità del minore, abbiano raccolto tutti gli elementi ragionevolmente necessari ad adottare una decisione concernente i diritti racchiusi nel concetto di responsabilità genitoriale.

In ragione, dunque, della considerazione che le autorità interne sono maggiormente idonee alla valutazione dell'interesse superiore del minore nel singolo caso concreto, la Corte europea ha attratto alle competenze dell'istanza sovranazionale la sola valutazione della ragionevolezza e non arbitrarietà delle decisioni adottate⁷⁸.

Il divieto di indebite ingerenze dello Stato ai sensi dell'art. 8 viene violato quando le pubbliche autorità pongono in essere provvedimenti invasivi e intrusivi nella sfera privata, ma anche nell'ipotesi di omessa azione funzionale allo sviluppo del legame genitore-figlio⁷⁹.

4. I principi di “diritto di famiglia europeo” fissati dalla *Commission on European Family Law* – CEFL.

La convinzione che un'armonizzazione del diritto di famiglia, seppur minima, sia necessaria per agevolare la libertà di circolazione delle persone e per rafforzare l'identità europea è alla base dell'istituzione, nel settembre del 2001, di una Commissione permanente per il diritto di famiglia europeo (*Commission on Euro-*

⁷⁸ C.edu, *Purtonen c. Finlandia*, sentenza del 9 settembre 1998, ric. n. 32700/96.

⁷⁹ C.edu, *V.A.M. c. Serbia*, sentenza del 13 marzo 2007, ric. n. 39177/05, par. 104 ss. Rientrano, inoltre, nel concetto di vita familiare non solo le relazioni figli-genitori ma anche quelle con i propri nonni (C.edu, *Nistor c. Romania*, sentenza del 2 novembre 2010, ric. n. 14565/05). Più di recente, nella sentenza *Piazzi c. Italia*, del 2 novembre 2010, ric. n. 361687/09, la Corte ha affermato che a seguito di una delega da parte dell'autorità giudiziaria ai servizi sociali al fine di dare esecuzione ad un provvedimento, quest'ultimi dovranno agire tempestivamente, attuando misure sufficienti ed adeguate per far rispettare il diritto di visita del genitore non affidatario (Corte europea, *Mijuskovic c. Montenegro*, sentenza del 21 settembre 2010, ric. n. 49337/07).

pean Family Law – CEFL)⁸⁰, composta da esperti di diritti di famiglia e di diritto comparato.

Il CEFL si propone la definizione di Principi del diritto di famiglia europeo diretti all'armonizzazione del diritto di famiglia in Europa e nell'intento di superare le resistenze dei singoli Stati membri sul tema. Essi, si prefiggono di delineare regole di fondo, prive di un elevato grado di specificità, comuni a gran parte degli ordinamenti europei. In tal senso, l'utilizzo insolito del termine "principi" si giustifica solo per il fatto che la regola fissata è destinata a costituire la base della futura regolamentazione o almeno il modello per i legislatori nazionali, favorendone dunque, la circolazione dei modelli⁸¹.

Il preambolo che precede i risultati dei lavori pubblicati sinora sotto forma di Principi di diritto europeo di famiglia, pur riconoscendo le diversità esistenti tra i sistemi nazionali in una materia ad essi riservata, rileva una crescente convergenza fra le leggi, specie nell'ottica europea di garantire la libertà di circolazione delle persone e dall'esigenza di tutelare effettivamente l'eguaglianza e l'interesse dei minori.

Dall'individuazione di istituti significativi in materia di diritto di famiglia e dall'analisi comparata degli stessi, la Commissione ha redatto una serie di "principi"⁸², tra questi nel 2007 sono stati pubblicati quelli in ambito di responsabilità

⁸⁰ Istituita a *Utrecht* il 1 settembre 2001, la Commissione è organo indipendente, costituito da studiosi di diversi Stati europei e non. Complessivamente rappresenta 22 ordinamenti (Austria, Belgio, Bulgaria, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Gran Bretagna, Irlanda, Italia, Paesi Bassi, Norvegia, Polonia, Portogallo, Repubblica Ceca, Russia, Scozia, Svezia, Svizzera, Spagna, e Ungheria), ed è composta da un Comitato organizzatore e da un gruppo di esperti. Per approfondimenti: <http://ceflonline.net>. Cfr. V. K. BOELE-WOELKI, *The working method of the Commission on European Family Law*, in M.C. ANDRINI (a cura di), *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, 2007, pp. 197-224.

⁸¹ Sul punto S. PATTI, *Il «principio famiglia» e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Familia*, n. 2, 2006, pp. 529-543.

⁸² I principi sono composti da quattro parti: il testo, le fonti europee ed internazionali, i diritti nazionali, e le motivazioni. Il primo ambito di lavoro ha riguardato il divorzio e il mantenimento dei figli e del coniuge (2004), al quale è seguito quello sulla responsabilità genitoriale ed un terzo (in elaborazione per il 2013) riguardante i rapporti patrimoniali della famiglia. L'*iter* di analisi si articola nella predisposizione di un primo progetto, su base nazionale, e successivamente integrato dalla Commissione. Il lavoro è finalizzato all'individuazione dei *common core*, ovvero alle regole maggiormente diffuse negli ordinamenti europei.

genitoriale⁸³. Essi, si pongono in linea di continuità con i diritti riconosciuti dalla Convenzione ONU del 1989, dai *Principles* del Consiglio d'Europa⁸⁴, nonché dall'ampia giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. In particolare, dal confronto con il contenuto dei 29 principi fissati dal Consiglio d'Europa con quelli del CEFL, è possibile rilevare un minor numero dedicato alla responsabilità genitoriale (principi da 18 a 25) e uno solo al mantenimento (principio 26), nonché una formulazione degli stessi che non sfugge alla critica di genericità⁸⁵.

Inoltre, la struttura e il contenuto dei principi disposti dal CEFL in materia di responsabilità genitoriale si presentano differenti da quelli fissati in materia di divorzio e mantenimento fra coniugi. Nei primi, infatti, ciascuna sezione è composta da quattro parti; l'enunciazione del principio è, dunque, di per sé seguita da obiettivi di rilevanza internazionale ed europea.

I principi concernenti la responsabilità genitoriale costituiscono la parte 3° del catalogo di principi fissati dal CEFL. Essa conta 39 principi suddivisi in 8 capitoli.⁸⁶ Nello specifico il principio 3:1⁸⁷ definito dal CEFL delinea il concetto di responsabilità genitoriale nell'insieme dei diritti e doveri che mirano alla promozione e alla protezione del benessere del minore, e nello specifico, della cura, della tutela ed educazione, del preservare i rapporti personali, della fissazione della sua

⁸³ Cfr. K. BOELE-WOELKI, F. FERRAND, C. GONZÁLES BEILFUSS, M. JÄNTERÄ JAREBORG, N. LOWE, D. MARTINY, W. PINTENS, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, in *CEFL Series*, Nr. 16, Oxford, 2007; K. BOELE-WOELKI, *Comparative Research-Based Drafting of principles of European Family Law*, in *Era-Forum*, 1, 2003, pp. 142-154.

⁸⁴ *White Paper' of 15 January 2002 on principles concerning the establishment and legal consequences of parentage*.

⁸⁵ M. G. CUBEDDU, *I principi di diritto europeo della famiglia*, in G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e Matrimonio*, Tomo I (*Relazioni familiari-Matrimonio-Famiglia di fatto*), vol. I del *Trattato di Diritto di famiglia* (diretto da P. ZATTI), Torino, 2011, pp. 105-126; R. PACIA, *I principi di diritto europeo della famiglia*, in *Europa e diritto privato*, n. 2, 2009, pp. 227-247.

⁸⁶ K. BOELE-WOELKI, F. FERRAND, C. GONZÁLES BEILFUSS, M. JÄNTERÄ JAREBORG, N. LOWE, D. MARTINY, W. PINTENS, *op. cit.*, p. 23 ss.

⁸⁷ Principle 3:1 *Concept of parental responsibilities*: «Parental responsibilities are a collection of rights and duties aimed at promoting and safeguarding the welfare of the child. They encompass in particular: a) care, protection and education; b) maintenance of personal relationships; c) determination of residence; d) administration of property, and e) legal representation». Conformemente all'art. 18 del *White Paper* (sul quale *supra*), viene ad essere utilizzato una forma plurale di responsabilità genitoriale, a voler quasi marcare il concetto di responsabilità di cui sono titolari i genitori nella prospettiva di un netto superamento della nozione di "potestà genitoriale".

residenza nonché dell'amministrazione del patrimonio e della rappresentanza legale.

Secondo una prospettiva ampia, la definizione pone quali titolari della responsabilità nei confronti dei minori i genitori ma anche altre persone, in aggiunta o al posto di questi (principio 3:2). Accertato il rapporto genitoriale, la responsabilità spetta per legge (principio 3:8) o a seguito di una decisione dell'autorità competente, indipendentemente dal fatto che i genitori siano fra loro coniugati. Ugualmente, la titolarità della responsabilità può essere attribuita in tutto o in parte ad una persona diversa dal genitore; l'attribuzione della stessa ad un terzo è rimessa alla regolamentazione nazionale.

L'interesse del minore è posto quale parametro decisivo nell'esercizio della stessa responsabilità genitoriale (principio 3:3). Il “*best interest of the child*” è inteso – così come nei vari atti internazionali – quale criterio indefinito, il suo significato è mutevole e varia non solo in riferimento ai valori che vengono ricondotti al fanciullo nella società ma soprattutto, in considerazione della situazione concreta del soggetto minore.

In tal senso, l'interesse preminente del minore è alla base del suo diritto all'autodeterminazione, in virtù del quale viene riconosciuto al soggetto minore, in conformità ai suoi bisogni e alle sue capacità, il diritto di partecipare alle decisioni che lo riguardano (principio 3:4), ripreso ed esplicitato nel diritto del minore all'ascolto (principio 3:6); il quale comprende: il diritto all'informazione; il diritto alla consultazione e il diritto all'espressione di opinioni. In entrambi i casi, non è richiesta un'età o un grado di maturità minima, lasciando alle autorità o agli stessi genitori la valutazione della maturità del minore. Tuttavia, l'ascolto del minore non può considerarsi una facoltà di chi adotta delle decisioni riguardanti lo stesso, ma “*an obligatory point of departure*”⁸⁸. Il principio 3:6 non fissa delle eccezioni in connessione alle ipotesi nelle quali l'ascolto del minore o la sua partecipazione siano incompatibili con il suo interesse, ma queste – è da ritenere - scaturiscono da una lettura combinata dei principi 3:3 e 3:6, e completata dalle

⁸⁸ K. BOELE-WOELKI, F. FERRAND, C. GONZÁLES BEILFUSS, M. JÄNTERÄ JAREBORG, N. LOWE, D. MARTINY, W. PINTENS, *op. cit.*, p. 50 ss.

posizioni assunte dai diversi strumenti internazionali sul tema. Indirettamente il principio 3:3 si sviluppa, dunque, in una serie di principi finalizzati alla realizzazione del materiale benessere del minore nelle più disparate situazioni nelle quali lo stesso si trovi. In tale direzione il diritto alla partecipazione del minore, nel quale si enfatizza il collegamento tra la capacità di agire del minore e il suo bisogno di farlo in maniera indipendente a condizione che l'età e il grado di maturità dello stesso lo consentano.

La garanzia del divieto di discriminazione include – oltre alle diverse ipotesi già previste nei principali strumenti internazionali – il divieto di discriminazione per le tendenze sessuali. La protezione dello stesso è prevista, inoltre, non solo nei confronti del minore ma anche rispetto ai titolari della responsabilità genitoriale (principio 3:5).

Di rilievo il principio 3:7 riguardante il “conflitto di interessi” del minore con quelli dei titolari della responsabilità genitoriale; il primo si considera debba esser protetto in ogni caso. Così come formulato, il principio 3:7 sembra includere non solo i conflitti fra interessi scaturenti da un cattivo esercizio della responsabilità genitoriale, ma anche il solo rischio di conflitto. Le situazioni potranno essere le più svariate, così come le soluzioni, ma ciò che sottolinea la formula del principio 3:7 è il voler ribadire la preminenza dell'interesse del minore e l'esigenza che lo stesso sia garantito e protetto.

Al II Capitolo dedicato ai “Diritti dei minori”, segue un III relativo alla “Responsabilità parentale e dei terzi” (risp. principi 3:8 e 3:9). Si precisa, inoltre, che conformemente ai mutamenti sociali, il fatto che la responsabilità genitoriale non abbia origine dal matrimonio ma dalla discendenza fa sì che lo scioglimento del matrimonio o la separazione dei coniugi o di altra comunione di vita “formalizzata” non abbia alcun riflesso su di essa (principio 3:10). D'altro canto, l'esercizio della responsabilità genitoriale spetta congiuntamente ad entrambi i genitori i quali hanno pari diritti e doveri. Eccezione a tale regola riguarda le questioni di ordinaria amministrazione o le decisioni adottate in situazioni d'urgenza, per le quali è

necessario che l'altro genitore sia informato senza ritardo (principi 3:11 e 3:12)⁸⁹. L'esercizio autonomo delle situazioni giuridiche scaturenti da tale *status* può avvenire anche a seguito di un accordo o decisione dell'autorità competente, ciò in via di eccezione e nell'interesse del minore (principi 3:13; 3:14; 3:15).

Logicamente, il principio 3:16 riferendosi alla circostanza nella quale vi sia un solo genitore responsabile per il minore, ne prevede l'esclusiva competenza nell'esercizio della medesima; mentre il principio 3:17 riconosce la possibilità per un'altra persona in aggiunta o in luogo dei genitori di esercitare la responsabilità genitoriale. Inoltre, il *partner* del genitore, che vive con il minore può partecipare alle decisioni sulle questioni quotidiane, nella misura in cui a ciò non si opponga l'altro genitore responsabile (principio 3:18).

Il capitolo V dedicato al "Contenuto della responsabilità genitoriale" enuncia: il dovere di provvedere alla cura, alla protezione e all'educazione del minore (principio 3:19); il diritto di stabilirne l'abituale residenza (principio 3:20) e la modifica della stessa (principio 3:21); L'amministrazione dei beni del minore (principio 3:22) e relative limitazioni (principio 3:23); la rappresentanza legale (principio 3:24).

Altri principi sono elencati nella sezione B del cap. V e attengono al "mantenimento di relazioni personali", prevedendo la necessità che il minore intrattenga rapporti costanti con i genitori e "*other persons*"; il che fa pensare alla possibilità di includere in tale gruppo una varietà di soggetti che a vario titolo abbiano stretto legami affettivi con il minore (principio 3:25). Le modalità attraverso le quali dovranno esser intrattenuti tali rapporti sono espresse nel successivo 3:26; nonché, al 3:27 il CEFL ha fissato la possibilità di accordarsi sugli stessi e previsto, nel principio 3:28, delle limitazioni alla stessa facoltà.

Gli ultimi capitoli del catalogo di principi elaborati dal CEFL sono dedicati alle situazioni di acquisizione, modifica o fine della responsabilità genitoriale. Tralasciando di effettuare in tale contesto un'elencazione ordinaria degli stessi, si evidenziano – ai fini della presente indagine sul fenomeno della sottrazione interna-

⁸⁹ Il principio 3:12 precisa che le decisioni "*on important matters*" devono essere adottate di comune accordo. Lo stesso riporta un elenco, non esaustivo, delle tematiche rientranti in tale precisazione.

zionale – i soli principi 3:36 (Risoluzione alternativa delle controversie) e 3:37 (Ascolto del minore). Il primo, coerentemente agli obiettivi fissati a livello europeo e diretti ad incrementare il ricorso alle forme di mediazione familiare, riafferma l'opportunità di tentare di risolvere le controversie relative la responsabilità genitoriale – e pertanto, coinvolgenti i minori – attraverso i meccanismi dell'ADR.

Infine, il diritto del minore ad essere ascoltato è riaffermato dal principio 3:37, che in stretta connessione con il precedente 3:6 prospetta l'obbligo per le autorità competenti di procedere all'ascolto del minore nelle questioni concernenti la responsabilità genitoriale e l'obbligo di motivare le ragioni alla base di una decisione in senso contrario. Inoltre, non si trascurava di affermare l'esigenza di procedere all'ascolto del soggetto minore «in maniera appropriata alla sua età e al suo grado di maturità».

La descrizione, se pur breve, dei lavori del CEFL nella redazione di un catalogo di principio concernenti la responsabilità genitoriale è la riprova di come le legislazioni nazionali, malgrado le peculiarità e le diversità del diritto di famiglia nei singoli sistemi statali, tendano – nel contesto europeo – a convergere. Un primo risultato in tal senso è stato sicuramente raggiunto con l'uniformazione del diritto internazionale privato europeo ad opera (da ultimo) del regolamento n. 2201/2003, ma probabilmente, l'obiettivo di perseguire la protezione dei minori nelle relazioni genitoriali - maggiormente esposte alla grande mobilità dovuta alla creazione dell'ambito "spazio europeo"- ha raggiunto traguardi che vanno oltre i classici schemi del diritto internazionale privato.

Ne rappresenta un esempio l'approccio dell'Unione europea alla risoluzione e prevenzione del fenomeno della sottrazione internazionale dei minori che va oltre – negli effetti concretamente prodotti – lo schema di chiusura del diritto di famiglia all'esclusiva competenza nazionale.

CAPITOLO II

LA SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORI: IL COORDINAMENTO NORMATIVO TRA IL REGOLAMENTO (CE) N. 2201/2003 E LA CON- VENZIONE DELL’AJA DEL 1980

SOMMARIO: 1. Il regolamento (CE) n. 2201/2003: le disposizioni sulla responsabilità genitoriale - 2. La nozione di residenza abituale quale criterio di competenza; - 3. La nozione di “affidamento” e “sottrazione illecita” - 4. La Convenzione dell’Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori - 5. Il coordinamento della normativa europea con la Convenzione dell’Aja del 1980 - 6. La cooperazione tra autorità centrali e la mediazione familiare.

1. Il regolamento (CE) n. 2201/2003: le disposizioni sulla responsabilità genitoriale.

È noto che l’adozione, da parte del Consiglio, del regolamento (CE) n. 2201 del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale ed in materia di responsabilità genitoriale⁹⁰ (c.d. *Bruxelles II bis*), è diretta a coniugare la garanzia di una li-

⁹⁰ In *GUUE* L 338 del 23 dicembre 2003, adottato in virtù dell’art. 65 TCE (oggi art. 81 TFUE), è entrato in vigore il 1 agosto 2004 ed ha avuto applicazione dal 1 marzo 2005 (art. 72). Cfr. M. SUMAMPOUW, *Parental responsibility under Brussels II*, in J. BASEDOW, I. MAIER, A. K. SCHNYDER, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, *op. cit.*, pp. 729-745; K. BOELE-WOELKI, M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Protecting children against detrimental family environments under the 1996 Hague Convention and the Brussels II bis Regulation*, in K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, S. SYMEONIDES, *Convergence and Divergence in Private International Law*, The Hague, 2010, pp. 125-156; P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato ...*, cit., p. 175 ss.; G. BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull’efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 4, 2004, pp. 991-1035; A. DI LIETO, *Il regolamento n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n. 1, 2004, pp. 117-137; I. LOMBARDINI, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale*

bertà di circolazione delle persone con l'esigenza di preservare la continuità dei rapporti familiari, anche nei casi di crisi o "rottura" della coppia⁹¹.

La libertà di circolazione delle persone all'interno dei confini dell'Unione europea è, infatti, destinata ad incrementare le unioni miste e la presenza di differenti cittadinanze nazionali all'interno dello stesso nucleo familiare, nonché le problematiche relative al mantenimento delle relazioni familiari e genitoriali fra soggetti residenti in Paesi diversi dell'Unione. Da ciò, l'esigenza primaria di fissare regole comuni dirette ad individuare il giudice competente, nonché ad assicurare l'esecuzione delle decisioni emesse dai giudici nazionali, scongiurando il rischio che la stessa divenga impossibile a causa del trasferimento in un altro Stato del coniuge o del genitore.

In tal senso, il regolamento n. 2201/2003 costituisce una tappa significativa verso il ravvicinamento della normativa in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, nonché nella direzione dell'effettivo reciproco riconoscimento delle decisioni emesse nei diversi Stati membri⁹². Esso abroga le disposizioni del rego-

e di responsabilità genitoriale: il regolamento comunitario n. 2201 del 2003 (Seconda parte), in *Studium Iuris*, n. 6, 2005, pp. 723-731; R. CALVIGIONI, *Il regolamento CE 2201/2003: problematiche per l'ufficiale di stato civile*, in *Lo Stato civile Italiano*, n. 1, 2007, pp. 24-26; B. NASCIBENE, *Revisione del regolamento "Bruxelles II" (n. 2201/2003) e libera circolazione delle persone*, in *Int'l Lis*, n. 2, 2008, pp. 57-64; E. GALLANT, *Règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000*, in L. CADDIET, E. JEULAND, S. AMRANI-MEKKI, *Droit processuel civil de l'union Européenne*, Paris, 2011, pp. 59-98.

⁹¹ Sul rapporto tra diritto di famiglia e l'Unione europea vedi per tutti: R. BARATTA, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Milano, 2004, pp. 163-203; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Diritto privato uniforme e diritto internazionale privato*, in ID. (a cura di) *op. cit.*, pp. 33- 63; P. PICONE, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in ID. *op. cit.*, pp. 485-525; A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, 2° ed., tomo II, Torino, 2006; K. BOELE-WOELKI, F. FERRAND, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, M. JÄNTERÄ-JAREBOR, N. LOWE, D. MARTINY, W. PINTENS, *Principles of European Family...*, cit.; S. BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato e comunitario*, Milano, 2007; G. FERRANDO (diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia*, Bologna, 2007; S.M. CARBONE, I. QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia ...*, cit.; A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto di famiglia*, Padova, 2008; O. LOPES PEGNA, *I procedimenti relativi all'efficacia delle decisioni straniere in materia civile*, Milano, 2009; I. QUEIROLO, L. SCHIANO DI PEPE, *Lezioni di diritto dell'Unione europea e relazioni familiari*, II ed., Torino, 2010; E. BERGAMINI, *La famiglia quale oggetto di tutela nel diritto dell'Unione europea e nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2, 2010, pp. 457-471.

⁹² L'unico limite al riconoscimento dell'efficacia dei provvedimenti stranieri, sia in relazione ai provvedimenti di scissione della coppia coniugale, sia in materia di responsabilità genitoriale, è

lamento (CE) 1347/2000⁹³, relativo alla competenza, al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale ed in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi⁹⁴; il quale si limitava a disciplinare esclusivamente la materia matrimoniale e le decisioni attinenti la responsabilità genitoriale assunte in occasione di procedimenti matrimoniali. Diversamente, la nuova disciplina estende l'ambito di applicazione a tutta la sfera della responsabilità genitoriale che viene così disgiunta dalle cause matrimoniali⁹⁵. Le disposizioni regolano, infatti, la competenza giurisdizionale in materia di responsabilità dei genitori indipendentemente da qualsiasi nesso con un procedimento matrimoniale (così il considerando n. 5)⁹⁶. Il legislatore europeo prende, in tal modo, in considerazione

costituito dall'ordine pubblico (artt. 22-23). Nel secondo caso in particolare, esso dovrà essere valutato «tenuto conto dell'interesse del minore» e la contrarietà allo stesso dovrà essere manifesta. Cfr. F. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una «European conflict of laws devolution»?», cit.*, p. 873 ss.; E. CALÓ, *L'influenza del diritto comunitario sul diritto di famiglia*, in *Famiglia*, n. 3, 2005, pp. 509-536.

⁹³ Dispone in tal senso l'art. 71 del regolamento n. 2201/2003.

⁹⁴ Regolamento n. 1347 del Consiglio del 29 maggio 2000 (c.d. *Bruxelles II*), in *GUCE* L 160 del 30 giugno 2000. Per una disamina di esso si segnala tra gli altri: F. UCCELLA, *La prima pietra per la costruzione di un diritto europeo delle relazioni familiari: il regolamento n. 1347 del 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 *Giustizia civile*, n. 2, 2001, pp. 313-343.

⁹⁵ Cfr. S. SCARAFONI, *Il regolamento n. 2201/2003 ...*, cit., p. 297 ss.; R. ESPINOSA CALABUIG, *La responsabilidad parental y el nuevo regolamento de "Bruxelles II, bis": entre el interés del menor y la comperacion sudicia interestatal*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3-4, 2003, pp. 735-782; M.E. RUGGIANO, *Dal Regolamento (CE) n. 1347/2000 al Regolamento (CE) n. 2201/2003*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, n. 2, 2005, pp. 739-744; G. BERLOCO, *Sentenze straniere sulla responsabilità genitoriale*, in *Lo Stato Civile Italiano*, n. 6, 2008, pp. 415-417.

⁹⁶ Sono sottratte all'applicazione delle disposizioni le materie previste dell'art. 1, par. 3: «a) la determinazione o l'impugnazione della filiazione; b) la decisione relativa all'adozione, le misure che la preparano o l'annullamento o la revoca dell'adozione; c) i nomi e i cognomi del minore; d) l'emancipazione; e) alle obbligazioni alimentari; f) ai trust e alle successioni; g) i provvedimenti derivanti da illeciti penali commessi dai minori». Con riguardo alle obbligazioni alimentari (lett. e), esse sono oggetto di disciplina *ad hoc* contenuta nel regolamento del Consiglio 4/2009 del 18 dicembre 2008 (GUUE n. L 7 del 10 gennaio 2009). Sul tema vedi: F.M. BUONAIUTI, *Obbligazioni alimentari, rapporti patrimoniali tra coniugi e litispendenza tra i regolamenti «Bruxelles I» e «Bruxelles II»*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3, 2005, pp. 699-722; M. CASTELLANETA, A. LEANDRO, *Il regolamento CE n. 4/2009 relativo alle obbligazioni alimentari*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 5, 2009, pp. 1051-1136; F. POCAR, I. VIARENGO, *Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 4, 2009, pp. 805-828; K. VANDEKERCKHOVE, *Le recouvrement des obligations alimentaires en Europe – Un nouveau cadre législatif*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, n. 1, 2010, pp. 57-76; I. VIARENGO, *Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008*, in A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto di famiglia*,

i profondi mutamenti dei modelli familiari⁹⁷ laddove, accanto alla famiglia coniugale vanno affiancandosi modelli di vita in comune fra i quali, in *primis*, le “convivenze non matrimoniali”.

Ebbene, l’art. 1 del regolamento in esame prevede l’applicazione delle norme in esso contenute – indipendentemente dal tipo di autorità giurisdizionale – alle «materie civili» riguardanti: «a) il divorzio, la separazione personale ed l’annullamento del matrimonio; b) l’attribuzione, l’esercizio, la delega e la revoca totale e parziale della responsabilità genitoriale».

In relazione agli specifici obiettivi che si prefigge il regolamento n. 2201/2003, la nozione di «materie civile» è stata intesa quale concetto autonomo del diritto europeo che esula dalla qualificazione delle singole questioni negli ordinamenti nazionali. Pertanto, allo scopo di uniformare le regole relative la competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni, la Corte di giustizia ha ritenuto che in tale concetto rientrino anche le decisioni che ordinano «la presa in carico e la collocazione di un minore al di fuori della sua famiglia di origine, e in particolare in una famiglia affidataria, quando tale decisione è stata adottata nell’ambito delle norme di diritto pubblico relative la protezione dei minori»⁹⁸. Il legislatore europeo ha inteso, dunque, estendere la disciplina in esame ad ogni provvedimento riguardante la responsabilità genitoriale, anche nell’ipotesi in cui questo sia, ai sensi della legislazione interna, un «atto di diritto pubblico rientrante nella potestà d’imperio dell’autorità pubblica» .

In tal modo, l’applicazione delle disposizioni regolamentari preservano dal rischio di un trattamento differente dei minori - determinato da una diversa configurabilità della “materia civile” nelle legislazioni nazionale - e dal conseguente di-

Padova, 2011, p. 3081 ss.; F.C. VILLATA, *Obblighi alimentari e rapporti di famiglia secondo il regolamento n. 4/2009*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3, 2011, pp. 731-776.

⁹⁷ Vedi R.P. MAZZESCHI, *La protezione della famiglia nel quadro degli atti internazionali sui diritti dell’uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell’uomo*, n. 1, 1995, pp. 262-281; M. FORTINO, *Verso una nuova «privatizzazione» della famiglia nella società globale?*, in *Rivista di diritto civile*, n. 1, 2003, pp. 167-177; M. PANEBIANCO, T. RUSSO, *Un nuovo soggetto di diritto costituzionale: la “famiglia a statuto internazionale”*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, n. 29, 2008, pp. 7-41; E. BERGAMINI, *La famiglia quale oggetto di tutela nel diritto dell’Unione europea ...*, cit., pp. 457-471 .

⁹⁸ Corte di giustizia, sentenza del 27 novembre 2007, C-435/06, in *Giust. civ.*, n. 11, 2008, p. 2331, con nota di E. BOTTI, *Prime precisazioni sull’ambito di applicazione del regolamento n. 2201/2003/Ce in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*.

scrimine scaturente per i soggetti coinvolti, che vedrebbero preclusa loro la possibilità di ottenere il riconoscimento e la conseguente circolazione della decisione all'interno dello spazio europeo⁹⁹.

Com'è evidente, la normativa in esame disciplina gli aspetti processualcivilistici del diritto di famiglia concernenti, in particolare, la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, mentre – come più volte ricordato – il diritto di famiglia sostanziale rimane prerogativa delle competenze dei singoli Stati membri. Sotto tale aspetto rileva il tentativo di modifica del regolamento n. 2201/2003, diretto all'introduzione di alcune disposizioni concernenti la legge applicabile in materia matrimoniale¹⁰⁰ che avrebbero sopperito alle difformità legislative che, talvolta, impediscono l'effettiva circolazione delle decisioni nell'ottica del principio del mutuo riconoscimento delle stesse. Tuttavia, la non approvazione della proposta di modifica, ha condotto alcuni Stati membri ad in-

⁹⁹ Una diversa interpretazione è stata resa per il concetto di «materie civili» contenuto nel regolamento n. 44/2001/CE sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale (c.d. *Bruxelles I*, adottato il 2 dicembre 2000 dal Consiglio), per il quale viene escluso dalla sfera di applicabilità delle norme l'ambito «in cui la pubblica amministrazione esercita poteri d'impero». Tuttavia, una tale discrasia trova la sua ragion d'essere nella diversità delle materie disciplinate dal regolamento n. 44/2001, quali le questioni civili e commerciali, certamente meno sensibili di quelle sulle quali incide il regolamento del 2003: rapporti familiari e responsabilità genitoriale. A tal proposito si rinvia a S.M. CARBONE, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni in materia civile e commerciale nello spazio giudiziario europeo: dalla Convenzione di Bruxelles al regolamento (CE) n. 44/2001*, in ID., M. FRIGO, L. FUMAGALLI, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, 2004, p. 38 ss; N. BOSCHIERO, P. BERTOLI (a cura di), *Verso un «ordine comunitario» del processo civile (Convegno interinale SIDI, Como, 23 novembre 2007)*, Napoli, 2008; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, 5°ed., vol. I, Torino, 2010. Le disposizioni del regolamento sono state oggetto di una proposta di modifica, adottata il 14 dicembre 2010 (COM (2010) 748 def. – 2010/0383 (COD) e successivamente riformulata nella versione del 3 gennaio 2011 (COM (2010) 748 def./2). Sul tema si rinvia a G. BIAGIONI, *L'abolizione dei motivi ostativi al riconoscimento e all'esecuzione nella proposta di revisione del regolamento Bruxelles I*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 4, 2011, pp. 971-986; O. FERACI, *L'abolizione dell'exequatur nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001: quale destino per i motivi di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni?*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3, 2011, pp. 832-845.

¹⁰⁰ L'esigenza di norme di conflitto uniformi era stata avvertita nella proposta c.d. «Roma III» (COM(2006)399 def. del 17 luglio 2006), ma il mancato raggiungimento dell'unanimità – necessaria per la sua approvazione – ha reso necessario ricorrere allo strumento della cooperazione rafforzata che, sia pure attraverso la «legittimazione» di un'Europa a due velocità, vincola solo gli Stati che vi partecipano.

staurare una cooperazione rafforzata attraverso il regolamento europeo n. 1259/2010¹⁰¹.

Limitando – ai fini della presente ricerca – l’analisi alle sole disposizioni relative alla responsabilità genitoriale (sulla cui definizione si rinvia al capitolo precedente), è preminente sottolineare come queste – conformemente ai principi affermati su scala universale - stabiliscono che le regole di competenza e l’intero impianto normativo si informino all’ “interesse superiore del minore” (*best interests of child*)¹⁰².

La centralità dell’interesse del minore, d’altronde, è già evidente nella definizione della competenza generale, attribuita alle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui il minore risiede abitualmente nel momento in cui viene instaurato il procedimento (art. 8)¹⁰³. La *ratio* della disposizione è chiaramente espressa nel

¹⁰¹ Adottato dal Consiglio il 20 dicembre 2010, relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Esso realizzando la prima cooperazione rafforzata (ai sensi degli artt. 326-334 TFUE) va ad integrare le disposizioni del regolamento n. 2201/2003 in materia matrimoniale. Il regolamento n. 1259/2010 uniforma, pertanto, i criteri di individuazione della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, ma non all’annullamento del matrimonio e alle questioni che riguardino la capacità giuridica, l’esistenza, la validità e il riconoscimento del matrimonio, il nome dei coniugi, gli effetti patrimoniali, la responsabilità genitoriale, le obbligazioni alimentari e i diritti successori, neppure nel caso in cui queste si pongano quali questioni preliminari ad un procedimento di divorzio o separazione. Sul tema si rinvia a: J. CARRASCOSA GONZÁLES, F. SEATZU, *La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento “Roma III”*, in *Studi sull’integrazione europea*, n. 1, 2010, pp. 49-78; I. OTTAVIANO, *La prima cooperazione rafforzata dell’Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali*, in *Il diritto dell’Unione europea*, n. 1, 2011, pp. 113-144; F. POCAR, *Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato ed europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 2, 2011, pp. 297-306; I. VIARENGO, *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti*, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, n. 3, 2011, pp. 601-624.

¹⁰² Cfr. capitolo I, par. 1, *supra*. In particolare è importante ricordare che, l’utilizzo di tale nozione nell’ordinamento italiano precede la ratifica della Convenzione del 1989, infatti esso era utilizzato ancor prima dalla giurisprudenza nazionale, per essere poi introdotto formalmente nel testo originario del Codice civile del 1942. L’ “interesse del minore” diviene quindi un principio generale dell’ordinamento italiano che deve ispirare il giudice nella decisione sull’affidamento del figlio minore e, con la riforma del 1975, il principio guida nella gestione del rapporto genitorifigli. Vedi J. LONG, *L’impatto del regolamento CE 2201/2003 sul diritto di famiglia italiano: tra diritto internazionale privato e diritto sostanziale*, in *Famiglia*, n. 6, 2006, pp. 1127-1167, in part. p. 1148 ss.

¹⁰³ Per un’analisi del concetto di residenza abituale *infra*. La disciplina in materia di responsabilità genitoriale vede la definizione di una competenza generale e la previsione di possibili deroghe alla stessa, diversamente dalla normativa contenuta nello stesso regolamento in materia matrimoniale. Per quest’ultimi giudizi infatti, la competenza generale è prevista attraverso l’individuazione di una serie di fori alternativi posti sul medesimo piano. Cfr. I. LOMBARDINI, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale: il*

considerando n. 12 del regolamento che ritiene opportuno «che le regole di competenza in materia di responsabilità genitoriale accolte [...] si informino all'interesse superiore del minore ed in particolare al criterio della vicinanza».

In tale ambito di applicazione lo scopo del regolamento è, da un lato, di accelerare le procedure nella convinzione che, nel trattare questioni di responsabilità genitoriale, la rapidità assuma un valore essenziale per l'interesse del minore e, dall'altro, l'obiettivo di dare riconoscimento ed esecuzione, all'interno dell'Unione europea, alle decisioni in materia sulla base di norme comuni relative alla competenza.

Così si attuano, inoltre, gli orientamenti espressi nelle conclusioni del Consiglio di Tampere¹⁰⁴, secondo i quali le decisioni pronunciate nelle controversie familiari devono essere «automaticamente riconosciute in tutta l'Unione senza che siano necessarie procedure intermedie o che sussistano motivi per rifiutarne l'esecuzione» (punto 34).

Il regolamento n. 2201/2003 dispone, oltremodo, una definizione autonoma di “autorità giurisdizionale” individuata in «tutte le autorità degli Stati membri competenti per le materie rientranti nel campo d'applicazione del presente regolamento a norma dell'art. 1»¹⁰⁵. Si tratta, dunque, di una nozione ampia in grado di ricomprendere sia autorità giurisdizionali sia autorità amministrative che nei singoli ordinamenti nazionali abbiano competenze nelle materie in esame.

In tal senso, inoltre, viene a porsi in luce l'ampia giurisprudenza della Corte di giustizia tesa a definire gli elementi comuni che qualificano la nozione europea di “giurisdizione”: «l'origine legale dell'organo; la stabilità; l'obbligatorietà della sua giurisdizione; il rispetto del principio del contraddittorio; l'applicazione delle norme giuridiche e la sua indipendenza e terzietà»¹⁰⁶.

regolamento comunitario n. 2201 del 2003 (Prima parte), in *Studium Iuris*, n. 3, 2005, pp. 555-566, in part. p. 560 ss.

¹⁰⁴ Nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 1999 si auspicava una «progressiva riduzione, fino alla definitiva abolizione, delle procedure intermedie per il riconoscimento e per l'esecuzione delle decisioni tra gli Stati membri», ponendo così, a fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni.

¹⁰⁵ Art. 2, n. 1 (rubricato “Definizioni”) del regolamento.

¹⁰⁶ In merito alla definizione di “giurisdizione” contenuta nell'art. 267 TFUE si rinvia a: Corte di giustizia, *RTL Belgium SA*, del 22 dicembre 2010, causa C-517/09, par. 36; *Dorsch Consult*, del 17

2. La nozione di “residenza abituale” quale criterio di competenza.

Come già evidenziato, le disposizioni del regolamento n. 2201/2003 non incidono sulla definizione della titolarità del diritto di affidamento che viene rimessa «ad una decisione, alla legge o ad un accordo vigente in base alla legislazione dello Stato membro nel quale il minore risiede abitualmente»¹⁰⁷. Ciò coerentemente alla mancata attribuzione di una competenza dell'Unione europea in materia familiare che vada oltre l'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia; infatti, dalla cd. “comunitarizzazione del diritto internazionale privato e del diritto processuale civile internazionale” è conseguito un diritto “procedurale” o “processuale” relativo alle relazioni familiari ma non una competenza - se non inespressa - in materia sostanziale¹⁰⁸. La stessa adozione di atti normativi ad efficacia vincolante da parte del legislatore europeo è sottoposta a restrizioni maggiori rispetto alle diverse materie che presentano delle implicazioni transnazionali¹⁰⁹, quale conse-

settembre 1997, causa C-54/96, *Racc.*, 1997, I-4961, par. 23; *Syfait e a.*, Grande sezione, del 31 maggio 2005, causa C-53/03, in *Racc.*, 2005, I-4609, par. 29; *Häupl*, del 14 giugno 2007, causa C-246/05, in *Racc.*, 2007, I-4673, par. 16. Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, VII ed., 2012, p. 301 ss.; S. SCARAFONI, *op. cit.*, p. 308 ss.

¹⁰⁷ Art. 2, par. 11 del regolamento. Cfr. P. KINDLER, *From Nationality to Habitual Residence: some brief remarks on the future EU Regulation on International Successions and Wills*, in K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, S. SYMEONIDES, *op. cit.*, pp. 251-258.

¹⁰⁸ Cfr. H. STALFORD, *EU Family law: a human rights perspective*, in J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS, G. STRAETMANS, F. SWENNEN (eds.), *International Family Law for the European Union*, Antwerpen-Oxford, 2007, pp. 101-128; ID., *Regulating family life in post-Amsterdam Europe*, in *European Law Review*, vol. 28, n. 1, 2003, pp. 39-52; M.R. MARELLA, *The Non-Subversive function of European private law: the case of Harmonization of family law*, in *European Law Journal*, vol. 12, n. 1, 2006, pp. 78-105.

¹⁰⁹ In tale ambito, infatti, un atto potrà essere adottato solo all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo, in deroga alla procedura legislativa ordinaria. Tuttavia il Consiglio, grazie all'introduzione di una *c.d. clausola passerella* (prevista dal Trattato di riforma), su iniziativa della Commissione e sentito il Parlamento, potrà adottare una decisione all'unanimità, nella quale saranno elencati gli aspetti del diritto di famiglia che consentono l'emanazione di un provvedimento secondo la procedura legislativa ordinaria. Inoltre in tale ambito è stato rafforzato il ruolo dei parlamenti nazionali che possono bloccare tale promulgazione, infatti, a seguito della comunicazione della proposta, se un parlamento nazionale comunica la sua opposizione entro sei mesi la decisione non è adottata (art. 81, n. 3, comma 3, TFUE). La medesima disposizione era prevista dal Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, quale espressione del compromesso raggiunto tra coloro che volevano sottoporre l'adozione degli atti in materia familiare alla procedura ordinaria e coloro che, invece, vi si opponevano a favore di quella speciale. Cfr. M. ROMANI, D. LIAKOPOULOS, *Giustizia materiale nel diritto internazionale privato e comunitario*, Torino, 2009, in part. p. 26 ss.; N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Famiglia*, n. 1, 2006, pp. 1-14; E. PAGANO, *La materia civile con implicazioni transfrontaliere e le competenze comunitarie di diritto interna-*

guenza delle resistenze dei singoli Stati membri nel rinunciare al diritto di veto in una materia per la quale le tradizioni giuridiche, culturali e sociali sono molto diverse e conflittuali. Tuttavia, prima di procedere all'esame delle disposizioni contenute nel regolamento n. 2201/2003 in materia di responsabilità genitoriale, l'indagine si concentrerà sul criterio di competenza della "residenza abituale".

Nell'ottica di cooperazione fra Stati, l'esigenza evidenziata è quella di evitare che nel momento di crisi del nucleo familiare avente collegamento con più ordinamenti nazionali le autorità dello Stato di residenza di uno dei genitori affidino ad esso il minore, mentre i giudici del paese in cui risiede l'altro genitore si pronuncino in senso contrario. In tali casi, entrambi i genitori - a prescindere se l'affidamento disposto sia congiunto o esclusivo - saranno titolari, nello Stato di propria residenza, di un diritto di affidamento e il conseguente trasferimento o trattenimento nel proprio Stato di residenza contribuirà all'aumento dei casi di sottrazione internazionale di minori. In tal senso l'impegno assunto a livello internazionale ed europeo è quello di garantire la competenza a decidere le differenti questioni inerenti l'affidamento del minore alle autorità di un unico Paese, ossia dello Stato di residenza abituale di quest'ultimo.

La disciplina internazionale non dà una definizione di "residenza abituale" generando un elevato grado di incertezza giuridica, in quanto i giudici nazionali tendono ad interpretare in modo differente tale concetto. Non è un caso, che molto spesso lo Stato richiesto si proclami Stato di residenza abituale del minore respingendo le richieste avanzate da altro Stato che si definisce, a sua volta, di residenza abituale. In tal senso, la mancanza di una Corte nel sistema dell'Aja che possa fornire un'interpretazione autentica della nozione di "residenza abituale" conduce alla tendenza assunta dalle autorità degli Stati a trattenere nel proprio territorio i minori ivi presenti, qualora accompagnati da un soggetto in grado di vantare nei loro confronti un diritto di affidamento¹¹⁰.

zionale privato, in *Diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2008, pp. 127-147; S.M. CARBONE, C. TUO, *Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di famiglia* ..., cit., p. 301 ss.

¹¹⁰ Cfr. I. QUEIROLO, *La sottrazione internazionale di minori: pluralità di fonti e difficoltà nell'applicazione di esse*, in AA. VV., *Le controversie in materia di filiazione*, Padova, 2010, pp. 191-222, in part. p. 208 ss.

A parziale risoluzione di tali “pregiudizi applicativi” del meccanismo di tutela predisposto dalla Convenzione dell’Aja del 1980, si pone il ricorso all’interpretazione della nozione di “residenza abituale” resa dalla Corte di giustizia nell’applicazione delle disposizioni del regolamento n. 2201/2003¹¹¹. Infatti, la possibilità che tali pronunce possano influire sulle nozioni di diritto internazionale privato e processuale (anche al di fuori del contesto dell’Unione europea) è stata riconosciuta dalla Conferenza dell’Aja, affermando che le decisioni della Corte di giustizia, seppure «non potendo esser trasposte *sic et simpliciter* alla Convenzione del 1980, si ritengono capaci di esercitare una sorta di “*persuasive value*” per gli Stati non comunitari»¹¹², in quanto la stessa Convenzione contiene principi e soluzioni giuridiche da interpretarsi alla luce di un sistema che non si limita ai soli Stati membri dell’Unione europea, ma che coinvolge 88 Paesi¹¹³. In tal senso, alla scelta operata in ambito internazionale di non definire in senso astratto la nozione ma di rinviare tale compito alla discrezionalità del giudice¹¹⁴ potrebbe supplire la definizione assunta in ambito europeo.

¹¹¹ Vedi G. DE MANZO, *Questioni controverse in tema di ordine di rientro dei minori illecitamente sottratti in ambito europeo*, in *Famiglia e Diritto*, n. 11, 2010, pp. 43-49.

¹¹² V. *Report on the 5th meeting of the Special Commission to review the operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the practical implementation of the 1996 Hague Protection of Children Convention* (30 October- 9 November 2006), par. 156-160, in part. par. 158, nel quale si afferma che: «An expert noted that in the framework of the European Union Regulation Brussels II bis, which adopted the concept of habitual residence, the European Court of Justice may eventually render a decision on habitual residence and that this would bind the Member States of the European Union and could have persuasive value for non-Member States». Il testo completo è reperibile all’indirizzo web: http://www.hcch.net/upload/wop/abd_2006_rpt-e.pdf.

¹¹³ Cfr. P. BERTOLI, *Corte di Giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005, p. 401 ss. Sui Paesi contraenti della Convenzione e le modalità di ratifica si rinvia al par. 4 di questo Cap.

¹¹⁴ Cfr. *Report on the 5th meeting of the Special Commission ...*, cit., par. 159: «[...] the use of a strict definition for habitual residence would go against the spirit of the Convention, noting that habitual residence was above all a question of fact to be decided on a case-by-case basis, and should be distinguished from the more subjective concept of domicile. They suggested that factual considerations could include indicia such as the child’s schooling, the time spent in one place, the settling of the family in a certain place, and the integration of the child. Some experts pointed to the difficulty in determining the length of time that was pertinent to the establishment of a new habitual residence. Several experts indicated that this factual evaluation should include, to a certain extent, an examination of the common intent of the parents in establishing their residence. Recalling the realities of globalization and migration, some experts noted the difficulty of applying the concept of habitual residence to cases involving illegal immigrants and asylum seekers»; e 160: «The Chair concluded that there was wide consensus on the factual approach to habitual residence and that it had been wise of the drafters of the Convention not to define the concept. She underscored therefore that it was the role of judges to exercise their discretion on this matter».

In quest'ultimo, al criterio della residenza abituale del minore - citato più volte nel testo del regolamento n. 2201/2003¹¹⁵ - vengono ricondotti classicamente due elementi: uno oggettivo (o materiale) che permette di identificare il legame "fisico" tra un soggetto e un dato territorio¹¹⁶; e uno soggettivo, residuale rispetto al primo, diretto a verificare l'intenzione del soggetto di fissare la propria residenza con carattere di stabilità in una precisa zona. Tuttavia, il concetto di residenza abituale assume contorni aperti e la sua determinazione deve avvenire autonomamente e di volta in volta alla luce di un'interpretazione sistematica del regolamento, nonché, come già ricordato, alla stregua dei principi di garanzia dell'interesse superiore del minore e al rispetto del criterio di vicinanza¹¹⁷.

Una tale portata è attribuita alla nozione di residenza abituale dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che ha operato una ricostruzione della stessa in funzione delle esigenze e degli obiettivi del singolo atto normativo europeo. L'autorità richiesta dovrà, dunque, in tale valutazione dare rilevanza e valutare concretamente l'integrazione del minore nell'ambiente sociale e familiare dello Stato membro senza che sia possibile offrire una definizione unitaria della nozio-

¹¹⁵ Del quale però il testo del regolamento non dà una precisa definizione; invero l'art. 2 dello stesso offre ben undici definizioni relative ai diversi concetti utilizzati dalla norma, ma omette quella di residenza abituale. Tale scelta è giustificata dall'intenzione di svincolare la stessa dalle definizioni individuate dai legislatori nazionali e dalla necessità di determinare una regola autonoma e interna al diritto europeo.

¹¹⁶ Questo elemento prende in considerazione la durata temporale della permanenza di un soggetto all'interno del territorio di un determinato Stato (elemento quantitativo), nonché la natura e le caratteristiche del soggiorno (elemento qualitativo). Quest'ultimo funge da correttivo del primo, nel senso che esclude la natura di residenza abituale per quei tipi di soggiorno che, pur essendosi prolungati nel tempo non possono identificare un legame genuino tra il soggetto e lo Stato. Cfr. F. DANOVÌ, *Sottrazione internazionale di minori e conflitti di giurisdizione*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 3, 2000, pp. 1143-1160; M. MELLONE, *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, in *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, n. 3, 2010, pp. 685-716.

¹¹⁷ Circa il criterio della "residenza abituale" nessuna definizione è stata avanzata in alcun testo convenzionale elaborata in seno alla Conferenza dell'Aja o di altri organismi internazionali. Un tentativo di armonizzazione, se pur indiretto, si trova nella risoluzione 72 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa (adottato il 18 gennaio 1972). In essa si sottolinea soprattutto la differenza tra il concetto di residenza e quello di residenza abituale, quest'ultima caratterizzata dalla «*durée et de la continuité de la résidence ainsi que d'autres faits de nature personnelle ou professionnelle qui révèlent des liens durables entre une personne et sa résidence*».

ne e senza che sia ipotizzabile alcun tipo di possibile influenza da parte delle singole normative nazionali¹¹⁸.

In tal senso il concetto in esame è finalizzato all'individuazione del giudice più adatto a pronunciarsi in considerazione del parametro di riferimento dell'interesse superiore del minore mentre i due elementi, materiale e soggettivo, vengono funzionalmente subordinati ad esso¹¹⁹. Ne discende, inoltre, che la nozione di "residenza abituale" ai sensi dell'art. 8, n. 1 del regolamento vada interpretata "nel senso che tale residenza corrisponde al luogo che denota una certa integrazione del minore in un ambiente familiare e sociale", tenuto conto di una serie di fattori che caratterizzano ogni caso di specie e che spetta al giudice nazionale analizzare allo scopo di valutarne la stessa¹²⁰. L'analisi sarà diretta alla determinazione del grado di integrazione del minore in un determinato ambiente in cui egli abita tenendo in considerazione, volta per volta, in relazione all'età del minore, la situazione personale, familiare e sociale del fanciullo e delle persone cui egli fa riferimento¹²¹. Al riguardo, la Corte ha avuto modo di osservare che l'ambiente sociale

¹¹⁸ La Corte di giustizia pronunciandosi in tal senso ha enunciato anche una serie di criteri, meramente esemplificativi, utili a tale valutazione, ossia la durata, la regolarità, le condizioni e le ragioni del soggiorno nel territorio dello Stato membro e del trasloco della famiglia, nonché del luogo e delle condizioni della frequenza scolastica, le conoscenze linguistiche, nonché le relazioni familiari e sociali del minore nel detto Stato. Inoltre, ulteriore elemento idoneo ad evidenziare la residenza abituale può essere l'avvenuto acquisto o locazione, da parte dei genitori del minore, di un'abitazione nello stesso Stato membro ospitante, o la presentazione di una domanda per ottenere un alloggio sociale. Vedi Corte di giustizia, A., sentenza del 2 aprile 2009, causa C-523/07, in *Racc.*, 2009, I-2805. Cfr. M. GOZZI, *Regolamento 2201/2003 e protezione dei minori: nuovi chiarimenti della Corte di giustizia CE in tema di ripartizione della competenza e di tutela cautelare*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 1, 2010, pp. 477-486, in part. p. 481 ss.

¹¹⁹ Infatti, come affermato dalla Corte di giustizia nella pronuncia del 2 aprile 2009, cit., la definizione di residenza abituale utilizzata dalla giurisprudenza comunitaria in altri settori non può essere trasposta alla materia della responsabilità genitoriale in quanto va necessariamente interpretata alla luce del singolo settore normativo in cui essa è contenuta (par. 35-36). A tal riguardo gli elementi materiale e soggettivo perdono la loro importanza, e la residenza abituale diventa un concetto flessibile, da interpretare in maniera estensiva o restrittiva a seconda dell'interesse supremo del minore. Si veda anche la recente sentenza della Corte di giustizia, *Mancredi c. Chaffe*, del 22 dicembre 2010, C-497/10 PPU. Cfr. M. MELLONE, *op. cit.*, p. 709 ss.

¹²⁰ Corte di giustizia, A., sentenza del 2 aprile 2009, cit.

¹²¹ Il medesimo significato è stato attribuito nel nostro ordinamento alla nozione di "residenza abituale" che, secondo la giurisprudenza italiana, corrisponde ad una situazione di fatto, attinente al luogo in cui il minore, in virtù di una durata ragionevole e stabile permanenza, ha il centro dei propri legami affettivi, non solo parentali. Tali legami, infatti, riguardano lo svolgersi in un predeterminato luogo della sua quotidiana vita di relazione, il cui accertamento è riservato alla valutazione del giudice. Cfr. Cass. civ. sez. I, sentenza del 16 luglio 2004, n. 13167; Cass. civ., sez. I, sentenza del 19 ottobre 2006, n. 22507; Cass. civ., sez. I, sentenza del 16 giugno 2009, n.

e familiare del minore, essenziale per la determinazione del luogo della sua residenza abituale, è composto da elementi diversi a seconda della sua età. Infatti, nel caso di bambini in età scolare, gli elementi da considerare differiscono da quelli rilevanti per un minore che ha terminato gli studi o ancora da quelli riguardanti un neonato. Da tali osservazioni, afferma la Corte, consegue che in generale l'ambiente di un minore in tenera età è essenzialmente l'ambiente familiare, determinato dalla persona o dalle persone di riferimento con le quali il minore vive e da cui è affettivamente accudito e che si prendono cura di egli¹²².

Secondo la ricostruzione della Corte, nella determinazione della residenza abituale, il giudice deve tener conto di tutte le circostanze esistenti al momento della sottrazione e, in particolare, dei fattori che distinguono la "stabilità" dalla mera presenza in un determinato luogo. La prima infatti, non si esaurisce in un dato meramente temporale o quantitativo, in quanto la durata della residenza non può che essere un indice, di per sé non determinante, dell'abitudine della residenza. Al contempo, non occorre neppure che la residenza in un dato luogo sia ininterrotta, in quanto la temporanea assenza del minore, anche se ripetuta, non mette in discussione la residenza abituale a meno che non vengano intaccati i presupposti di fatto di tale temporaneità¹²³. Tuttavia, nell'ipotesi di minori in tenerissima età è difficile definirne un criterio univoco atto ad essere applicato nelle più disparate situazioni che una crisi familiare può produrre. In tal senso, è inimmaginabile che bambini nei primi anni di vita possano stabilire legami significativi al di fuori

13936. Ma anche in tal caso, la tendenza degli Stati ad attrarre a sé la competenza in materia di minori presenti sul loro territorio è evidente; infatti, in situazioni nelle quali i minori siano trasferiti in altro Stato di comune accordo tra i genitori e con l'intenzione degli stessi di stabilire ivi la propria residenza, è immaginabile che la stessa "residenza abituale" dei minori è stata trasferita. Di diverso parere la nostra Corte di Cassazione nella pronuncia del 18 giugno 2009, n. 13936, nella quale ha negato il rimpatrio di due minori che avevano trascorso un anno con la madre in Svezia prima di essere condotto in Italia dal padre. Il ragionamento giuridico alla base della pronuncia è quello secondo il quale la nozione di abitudine della residenza deve essere collegata all'identificazione del centro dell'effettività parentale e relazionale dei minori e non a quella del luogo in cui dal punto di vista meramente temporale la vita dei minori si sia maggiormente localizzata nel corso dell'ultimo anno di vita.

¹²² Nel caso del neonato, precisa la Corte, egli necessariamente condivide l'ambiente sociale e familiare della cerchia di persone da cui dipende. Vedi Corte di giustizia, *Mancredi c. Chaffe*, cit.

¹²³ V. M. TIRINI, C. PESCE (con la collaborazione di), *Controversie a carattere transnazionale nei casi di sottrazione internazionale di minore*, in AA. VV., *Le controversie in materia familiare*, cit., pp. 281-307, in part. p. 295 ss.

dell'ambiente genitoriale e, in particolare della residenza abituale del genitore che primariamente provvede alla loro cura, ossia, generalmente la madre. Soluzioni univoche potrebbero scaturire facendo riferimento non tanto al criterio legato all'assiduità della presenza *in loco*, quanto alla comune intenzione dei genitori di risiedere stabilmente in uno Stato anche se non accompagnati di fatto da un'effettiva e protratta permanenza. Una prima apertura in tale direzione nella giurisprudenza europea si è avuta con la pronuncia del 2 aprile 2009, nella quale si invita l'autorità giudiziaria a tener conto anche «delle ragioni del soggiorno nel territorio di uno Stato e del trasloco della famiglia in esso»¹²⁴. Di converso, la giurisprudenza italiana ha ribadito l'indisponibilità a considerare determinante la comune intenzione dei genitori, poiché l'apprezzamento del giudice di merito «pre-scinde dalla considerazione dell'eventuale diritto soggettivo del genitore di pretendere una diversa collocazione del figlio e prescinde altresì dai progetti di vita, eventualmente concordi, degli adulti»¹²⁵.

L'applicazione della “competenza generale” viene ad essere derogata dagli artt. 9, 10 (su cui si rinvia al par. successivo) e 12 del regolamento n. 2201/2003. In particolare l'art. 9, per scongiurare il rischio del cd. “*forum shopping*”¹²⁶, stabilisce l'ultrattività della competenza del giudice della precedente residenza abituale, prevedendo che «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'art. 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

¹²⁴ La Corte di giustizia nella pronuncia del 2 aprile 2009, A., cit., afferma al par. 40 che: «[...] l'intenzione dei genitori di stabilirsi con il minore in un altro Stato membro, manifestata attraverso determinate circostanze esterne, come l'acquisto o l'affitto di un alloggio nello Stato membro ospitante, può costituire un indizio del trasferimento della residenza abituale. Un ulteriore indizio può essere la presentazione di una domanda per ottenere un alloggio sociale presso i relativi servizi del detto Stato».

¹²⁵ Corte di Cassazione, sentenza del 15 marzo 2010, n. 6197.

¹²⁶ Cfr. C.J.H. VAN LYNDEN, *Forum Shopping*, London, 1998; P. VAREILLES-SOMMIÈRES, *Forum shopping in the European judicial area*, Oxford, 2007; F. FERRARI, *Forum shopping et Droit matériel uniforme*, in *Journal du droit international*, volume 129, n. 2, 2002, pp. 383-408.

virtù di una decisione continua a risiedere abitualmente nello Stato membro della precedente residenza abituale del minore»¹²⁷.

La disposizione ha l'intento - attraverso tale forma di ultrattività della competenza giurisdizionale - di conservare, per un limitato periodo¹²⁸, la competenza del giudice della precedente residenza a modificare il diritto di visita, tenendo conto dell'esigenza di non aggravare eccessivamente la posizione del titolare dello stesso che continua a risiedere nello Stato membro e che sarebbe costretto ad adire il giudice dello Stato membro in cui è stata trasferita la residenza abituale del minore.

Pertanto, l'autorità giurisdizionale del Paese di precedente residenza continuerà ad essere competente per il breve periodo di tre mesi che decorre dalla data di effettivo trasferimento e non dall'acquisizione della nuova residenza abituale. La proroga trova applicazione solo nei casi riguardanti la modifica di una decisione sul diritto di visita già adottata in quello Stato e qualora il titolare del diritto di visita abbia mantenuto *ivi* la residenza. In tal modo, è possibile tutelare il genitore non affidatario che a causa del trasferimento del minore in un altro Stato membro si trovi nell'impossibilità di esercitare il proprio diritto di visita. Egli, dunque, non sarà obbligato a presentare una domanda davanti al giudice della nuova residenza abituale del minore potendo rivolgersi all'autorità giurisdizionale del Paese in cui risiede e che già si è occupato della questione.

Tale regola non trova applicazione «se il titolare del diritto di visita ha accettato la competenza delle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui risiede abitualmente il minore partecipando ai procedimenti dinanzi ad esse senza contestarla», determinando in tal modo la reviviscenza del criterio generale di competenza giurisdizionale di cui all'art. 8, par. 1. L'assenso potrà, pertanto, manifestar-

¹²⁷ La competenza così definita, ha carattere speciale e rappresenta un criterio di competenza esclusiva in deroga alle previsioni dell'art. 8 del regolamento n. 2201/2003.

¹²⁸ La decorrenza dell'arco temporale dei 3 mesi decorre dalla data dell'effettiva conoscenza dell'avvenuto trasferimento della residenza abituale del minore. V. E. BERGAMINI, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia familiare*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, Tomo II, 2012, p. 3945 e ss.

si anche tacitamente tramite l'acquiescenza dell'interessato all'istaurarsi della causa dinanzi al giudice della nuova residenza del minore.

Il meccanismo di certificazione *ex art. 41* del regolamento n. 2201/2003, agevola ulteriormente l'effettivo esercizio del diritto di visita, condizionando al rilascio dello stesso l'immediata esecutività della decisione in tutti gli Stati membri dell'Unione europea senza la necessità dell'*exequatur*. La decisione corredata di certificato, infatti, dovrà esser considerata come una decisione nazionale adottata nello Stato richiesto e, pertanto, eseguita secondo le stesse modalità.

Ulteriore ipotesi di deroga all'art. 8 è prevista per le questioni riguardanti la materia della responsabilità genitoriale e la proroga delle competenze, qualora esse siano collegate ad una domanda di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio. In tal caso, la giurisdizione spetterà al giudice nazionale competente per quest'ultime a condizione che: *a)* almeno uno dei coniugi eserciti la responsabilità genitoriale sul figlio; e *b)* la competenza giurisdizionale di tali autorità sia stata accettata espressamente od in qualsiasi altro modo univoco dai coniugi o dai titolari della responsabilità genitoriale alla data in cui l'autorità giurisdizionale è adita e sia conforme all'interesse superiore del minore (art. 12, par. 1). La mancanza di una di tali condizioni fa venir meno la possibilità di estendere la competenza del giudice, in tal senso, sarà dunque necessario che il minore non sia stato preso in carico dalle autorità pubbliche e affidato, anche temporaneamente, ad altra famiglia e al contempo che vi sia l'accettazione dell'altro coniuge¹²⁹. Infine, è necessario che tale proroga non risulti contraria all'interesse del minore, ricorrendo nuovamente nelle disposizioni regolamentari tale concetto generale i cui contenuti, come visto, sono rimessi alla valutazione del giudice del caso in relazione alla singola fattispecie.

¹²⁹ La questione si pone nell'ipotesi in cui i coniugi già vivano separati e la prole minore viva con uno di essi. In questa situazione, a causa dei numerosi fori alternativi previsti dall'art. 3 del regolamento, se il coniuge con cui non convivono i figli proponga domanda dinanzi al giudice del proprio Stato di residenza abituale, tale giurisdizione potrà essere estesa anche alla causa di responsabilità genitoriale solo se la stessa sia stata accettata dall'altro. In caso contrario, il giudice potrà pronunciarsi solo sulla domanda di separazione, divorzio od annullamento del matrimonio, restando ferma la competenza giurisdizionale dell'art. 8, par. 1 per le controversie relative alla responsabilità genitoriale. Cfr. S. SCARAFONI, *op. cit.*, p. 331 ss.

L'art. 12, par. 4 prevede invece, una presunzione legale di interesse del minore alla proroga di competenza in favore del giudice dinanzi al quale è presentata la domanda in materia matrimoniale, nel caso in cui il minore risieda abitualmente «nel territorio di uno Stato che non è parte della Convenzione dell'Aja 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 minori¹³⁰, in particolare quando un procedimento si rivela impossibile nel Paese terzo interessato».

La competenza del giudice della causa matrimoniale cessa quando la domanda di separazione, divorzio o annullamento del matrimonio sia passata in giudicato se a tale data non sia pendente il procedimento riguardante la materia della responsabilità genitoriale. Mentre se a tale data la questione controversa è pendente, la competenza cessa non appena passi in giudicato la pronuncia relativa a tale ultimo procedimento (art. 12, par. 2, lett. *a*) e *b*)), nonché qualora tale procedimento sia terminato per un'altra ragione (lett. *c*)).

La competenza giurisdizionale viene conferita inoltre, in deroga al foro generale al giudice dello Stato membro con il quale il minore ha un *legame sostanziale*. Quest'ultimo coincide con la residenza abituale di uno dei titolari della responsabilità genitoriale o con la cittadinanza del minore e con un ineludibile duplice presupposto costituito dall'accordo sulla competenza giurisdizionale delle parti, comunque, finalizzato all'interesse del minore (art. 12, par. 3)¹³¹.

Infine, qualora il giudice adito non sia competente deve «dichiarare d'ufficio la propria incompetenza, senza essere tenuto a deferire il caso ad un altro giudice». Tuttavia, precisa la Corte di Lussemburgo, «qualora sia necessario per la tutela dell'interesse superiore del minore, il giudice nazionale che ha dichiarato d'ufficio la propria incompetenza deve informarne, direttamente o tramite l'autorità centra-

¹³⁰ Vedi *supra*.

¹³¹ Mentre qualora non sia possibile individuare la residenza abituale del minore, né determinarne la competenza ai sensi dell'art. 12, questa spetta ai giudici dello Stato membro in cui si trova il minore ai sensi del successivo art. 13. Al par. 2 la norma prevede espressamente che le disposizioni prima enunciate trovano applicazione per i minori rifugiati o sfollati a livello internazionale a causa di disordini nei loro paesi. Inoltre, quando non sia ravvisabile «nessuna autorità giurisdizionale di uno Stato membro, competente ai sensi degli artt. da 8 a 13 del regolamento, la competenza in ogni Stato è fissata dalla legge di tale Stato» (art.14).

le designata ai sensi dell'art. 53 del regolamento, il giudice competente di un altro Stato membro»¹³².

3. La nozione di “affidamento” e “sottrazione illecita”.

Alla materia della responsabilità genitoriale sono collegate le questioni relative la sottrazione dei minori¹³³, intesa quale trasferimento del minore dall'ambiente in cui vive ad opera di un genitore o trattenimento dello stesso in uno Stato diverso da quello della sua residenza abituale. Tale ultima ipotesi, si configura nel caso in cui il minore si trovi legittimamente in uno Stato diverso da quello di propria residenza per permettere al genitore non affidatario di esercitare il suo diritto di visita ma vi venga ivi trattenuto.

Dal punto di vista sostanziale, dunque, la sottrazione di minore fa riferimento agli aspetti più esasperati dei profili patologici dei rapporti familiari, che si concretizza attraverso il trasferimento, da parte di un genitore¹³⁴, del figlio (nella cultura anglosassone si parla di *kidnapping* o *child abduction*, mentre nei paesi fran-

¹³² V. Corte di giustizia, sentenza del 2 aprile 2009, A., cit., par. 71.

¹³³ Nel regolamento n. 2201/2003 la sottrazione internazionale di minori non è espressamente elencata nell'art. 1, par. 2, ma prevista nei successivi artt. 11 e 42. Precedentemente il regolamento *Bruxelles II* dedicava scarsissima attenzione a tale materia limitandosi al mero richiamo (ex art. 4) alle disposizioni della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 ma senza prevedere nulla sulla competenza giurisdizionale e sull'esecuzione dei provvedimenti in tema di ritorno del minore. Da qui l'esigenza di inserire nel nuovo testo delle disposizioni atte a garantire che il giudice della residenza abituale del minore, competente prima della sottrazione per le questioni relative alla responsabilità genitoriale, possa prendere una decisione che prevarrà sull'eventuale pronuncia di non ritorno emessa da un giudice del luogo in cui si trova il minore dopo la sottrazione, assicurando così l'effettività della stessa. Tale soluzione presuppone comunque l'esistenza di un livello di fiducia intrinseca in uno spazio giudiziario comune, permettendo l'esplicazione dell'effetto deterrente nei confronti della sottrazione dei minori. Cfr. D. RINOLDI (a cura di), *La sottrazione internazionale di minori da parte di un genitore. Studi e documenti sul Kidnapping internazionale*, Padova, 1988; A. SALZANO, *Libertà di espatrio ed interesse del minore*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 2, 1997, pp. 620-628; T. VASSALLI DI DACHENAUSEN, *Affidamento dei figli e sottrazione internazionale di minori*, in G. FERRANDO (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, vol. I, *Matrimonio, separazione e divorzio*, cit., p. 1173 ss.; P. NYGH, *The international abduction of children*, in J. DOEK, H. VAN LOON, P. VLAARDINGERBROEK, *Children on the move, How to implement Their Right to Family Life*, 1996, pp. 29- 45; A. M. HUTCHINSON, H. SETRIGHT, *International parental Child Abduction*, Bristol, 1998; A. PAGOTTO, *Sottrazione internazionale di minori*, in S. RIONDATO (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, Vol. IV del *Trattato di diritto di famiglia* (sotto la direzione di P. ZATTI), Milano, 2002, pp. 677-756; R.P. MAZZESCHI, P. PUSTORINO, A. VIVIANI (a cura di), *Diritti umani degli immigrati, tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, 2010, pp. 343-367.

¹³⁴ Il fenomeno ricomprende anche le ipotesi in cui il minore sia portato o trattenuto all'estero da un soggetto diverso dai genitori che ne abbia l'affidamento ed eserciti effettivamente tale diritto. Tuttavia, tali casi sono molto più rari.

cofoni di *enlèvement d'enfants*), o del trattenimento in un Paese diverso da quello di sua residenza. Ciò con importanti ripercussioni sul normale sviluppo della personalità del minore che si ritrova a dover fronteggiare non solo gli effetti della crisi familiare ma anche quelli derivanti dal suo dislocamento dal Paese di residenza abituale¹³⁵. Inoltre, di rado l'atteggiamento psicologico del genitore che pone in essere la sottrazione è di buona fede, in quanto lo stesso agisce nella consapevolezza di porre in essere una condotta che viola le condizioni del diritto di affidamento o di visita.

L'esigenza di porre in essere un'azione immediata diretta a garantire il ripristino della situazione antecedente attraverso il ritorno del minore è alla base delle disposizioni contenute nella Convenzione *sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori* dell'Aja del 25 ottobre 1980¹³⁶ (aperta alla adesione da parte di tutti gli Stati della Comunità internazionale), nel regolamento n. 2201/2003, ed in parte marginale nella Convenzione europea *sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e sul ristabilimento*, firmata a

¹³⁵ Alla sottrazione di minori si ricollegano anche le conseguenze della “sindrome da alienazione parentale” diretta all'estromissione di un genitore dal pieno esercizio della genitorialità, con effetti notevoli sul minore. Cfr. P. RE, A.M. SANCHEZ, *La sottrazione internazionale dei minori: aspetti psicologici*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 2, 2002, p. 577 ss.

¹³⁶ La Convenzione è stata adottata dalla Conferenza dell'Aja sul diritto internazionale privato ed è entrata in vigore il 1° dicembre 1983. Attualmente gli Stati contraenti sono 88. L'Italia ha ratificato la Convenzione con la legge n. 64 del 15 gennaio 1994, in G.U. del 29 gennaio 1994, n. 23 (*recante norme in materia di ratifica ed esecuzione della Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento, aperta alla firma a Lussemburgo il 20 maggio 1980, e della Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*). Il testo della Convenzione è consultabile sul sito della Conferenza dell'Aja: www.hcch.net. In dottrina si rinvia a: P.R. BEAUMONT, P.E. MCELEAVY, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford, 1999; A. BUCHER, *L'enfant en droit international privé*, Genève-Bâle-Munich-Paris, 2003; L. GARB (Ed.), *International Kidnapping (The Hague Convention on the Civil aspects of international child abduction)* Leiden, 2006; G. MÖLLER, *On the Hague Convention on the Civil aspects of International Child Abduction and its application by the Supreme Court of Finland*, in K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, S. SYMEONIDES, *op. cit.*, pp. 311- 329; T. KRUGER, *International child abduction, the inadequacies of the Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2011; W. HILTON, *The effect of Judicial Delay in Proceedings under the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, in *American Journal of Family Law*, vol. 9, 1995, p. 155 ss.; N. LOWE, *Case studies on the 1980 Hague Convention on the civil aspects of international child abduction*, in *Era-Forum*, n. 1, 2003, pp. 113-120; A. SALZANO, *Note sull'applicazione della Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980 in Italia ed all'estero (a proposito di Cass. 27 maggio 2008 n. 13829)*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 4, 2009, pp. 2004-2047.

Lussemburgo il 20 maggio 1980¹³⁷ (aperta alla ratifica solo degli Stati membri del Consiglio d'Europa), nonché nella Convenzione dell'Aja del 1961 *sulla competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori*¹³⁸, destinata ad essere definitivamente sostituita dalla Convenzione dell'Aja del 1996 in materia di *competenza, legge applicabile, riconoscimento, esecuzione e cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e misure a protezione dei minori*¹³⁹.

Tutte le Convenzioni richiamate perseguono l'obiettivo di creare una normativa internazionale che garantisca la protezione del minore secondo i principi universalmente affermati dalla Convenzione di New York del 1989. In tema di sottrazione di minori, infatti, l'art. 11, comma 1, di quest'ultima prevede che «gli Stati partecipanti devono impegnarsi ad adottare, mediante accordi internazionali, dei provvedimenti per impedire gli spostamenti ed il non ritorno dei fanciulli all'estero» aggiungendo che «a tal fine gli Stati partecipanti devono promuovere

¹³⁷ La Convenzione, adottata dal Consiglio d'Europa a Lussemburgo, il 20 maggio 1980, entrata in vigore il 1° settembre 1983, è stata ratificata dall'Italia con la stessa legge che ha provveduto all'esecuzione della Convenzione dell'Aja del 1980, ed è consultabile sul sito del Consiglio d'Europa: www.coe.int. In dottrina si rinvia a: A. SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori. Accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*, Milano, 1995, p. 61 ss.; A. ANCESCHI, *La famiglia nel diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 271 ss.

¹³⁸ Adottata nell'ambito della Conferenza dell'Aja il 5 ottobre 1961 ed entrata in vigore nel 1969. Ratificata da 13 Paesi, tra i quali l'Italia con legge 24 ottobre 1980, n. 742 *di ratifica ed esecuzione della convenzione sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori*, G.U. n. 310 del 12 novembre 1980. Cfr. A. BONOMI, *La Convenzione dell'Aja del 1961 sulla protezione dei minori: un riesame dopo la ratifica italiana e l'avvio dei lavori di revisione*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3, 1995, pp. 607-

¹³⁹ Secondo l'art. 51 della Convenzione dell'Aja del 1996: «Nei rapporti fra gli Stati contraenti, la presente Convenzione sostituisce la Convenzione del 5 ottobre 1961 sulla competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori e la Convenzione per regolare la tutela dei minori, firmata all'Aja il 12 giugno 1902, fermo restando il riconoscimento delle misure adottate secondo la citata Convenzione del 5 ottobre 1961». La Convenzione è stata ratificata da 39 Stati, fra cui manca l'Italia che ha provveduto solo a firmarla nell'aprile del 2003. L'importanza della Convenzione dell'Aja del 1996 nella tutela dei minori è stata, inoltre, sottolineata dall'Unione europea con la decisione del 5 giugno 2008 (GUUE n. L. 151 dell'11 giugno 2008) che ha autorizzato ed invitato gli Stati membri a ratificarla, simultaneamente, entro il 5 giugno 2010. Essa completa la decisione 2003/93/CE del 19 dicembre 2002 attraverso la quale il Consiglio aveva autorizzato gli Stati allora membri a firmare la Convenzione nell'interesse della Comunità europea. Cfr. K. BOELE-WOELKI, M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Protecting children against detrimental family environments under the 1996 Hague Convention and the Brussels II bis Regulation*, in K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, S. SYMEONIDES, *op. cit.*, 2010, pp. 125-156.

la conclusione di accordi bilaterali e multilaterali o l'adesione ad accordi esistenti» (art. 11, comma 2).

Tali strumenti di diritto internazionale, dedicati solo in parte o in via esclusiva alla risoluzione delle questioni legate alla sottrazione internazionale dei minori, forniscono approcci differenti al fenomeno, rilevando in tal senso, la diversa nozione di "minore". Infatti, se nella Convenzione dell'Aja del 1996 viene considerato tale la persona «di età inferiore ai diciotto anni»¹⁴⁰; nell'ambito del Consiglio d'Europa viene considerato minore «qualunque persona, a prescindere dalla cittadinanza, che non abbia ancora raggiunto l'età di sedici anni e che non abbia diritto di fissare personalmente la propria residenza secondo la legge della sua residenza abituale o della sua cittadinanza o secondo la legge interna dello Stato richiesto»¹⁴¹. Similmente, la Convenzione dell'Aja del 1980 estende il suo ambito di applicazione ai minori che non abbiano compiuto i sedici anni di età¹⁴²; qualificando il trasferimento o mancato rientro del minore come 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. [...]»¹⁴³.

In ambito europeo, l'art. 2 del regolamento 2201/2003 non riproduce la nozione di sottrazione di minori che caratterizzava il testo previgente, preferendo quella di «trasferimento illecito o mancato ritorno del minore», costruita sulla falsariga della definizione contenuta nell'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 1980.

È di rilievo, inoltre, il fatto che tali atti hanno lo scopo di dare una disciplina uniforme degli aspetti civili del fenomeno, ragion per cui non si parla mai di "rapimento" o di "reato", senza escludere, tuttavia, la configurabilità di riflessi pena-

¹⁴⁰ Art. 2 della Convenzione dell'Aja del 1996 ..., cit.

¹⁴¹ Art. 1, lett. a) della Convenzione di Lussemburgo del 1980 ..., cit.

¹⁴² Art. 4 della Convenzione dell'Aja del 1980 ..., cit.

¹⁴³ Art. 3 della Convenzione dell'Aja del 1980 ..., cit.

listici nei singoli ordinamenti¹⁴⁴. Si statuisce così, che il trasferimento illecito o il mancato ritorno del minore si configuri 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 mancato rientro, e se il diritto di affidamento era effettivamente esercitato, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento o del mancato rientro, o lo sarebbe stato se non fossero sopravvenuti tali eventi».

Non potrà considerarsi illecito, pertanto, il trasferimento all'estero o il mancato rientro del minore allorché l'allontanamento avvenga ad opera del genitore affidatario, con la conseguenza che in tale ipotesi è inapplicabile la normativa in materia. Al contempo, non potrà qualificarsi illecito il rientro del minore, effettuato da un genitore con il parere contrario dell'altro, nel luogo dove avevano sempre vissuto, dopo aver trascorso un periodo all'estero con entrambi i genitori¹⁴⁵.

L'intera disciplina viene, dunque, costruita sulla nozione di «diritto di affidamento», anch'essa specificata nell'art. 2, par. 9, il quale fa riferimento «ai diritti e doveri concernenti la cura della persona di un minore, in particolare il diritto di intervenire nella decisione riguardo al luogo di residenza dello stesso», riprendendo le disposizioni dell'art. 5 della Convenzione dell'Aja del 1980.

Tale concetto può ritenersi del tutto autonomo rispetto alle normative nazionali in quanto, al fine di garantire un'applicazione uniforme del diritto europeo e ancor più di assicurare l'effettiva realizzazione del principio di uguaglianza, i termini della disposizione europea devono essere oggetto di un'interpretazione autonoma e uniforme in tutta l'Unione che tenga conto del contesto e delle finalità perseguite dalla stessa normativa. Ciò è possibile quando l'atto non contenga un espresso richiamo al diritto nazionale ai fini della determinazione del suo senso e della sua

¹⁴⁴ Vedi A. PAGOTTO, *Sottrazione internazionale di minori ...*, cit.

¹⁴⁵ Cfr. Corte di Cassazione, sentenze del 21 ottobre 2009, n. 22238; e del 16 giugno 2009, n. 13936.

portata, come avviene per la nozione di “affidamento”, che comporta, in ogni caso, il diritto di chi ne è titolare di decidere il luogo di residenza del minore¹⁴⁶.

In tal senso, in caso di illecito trasferimento di minore, la previsione di una procedura diretta all’ottenimento dell’immediato rimpatrio dello stesso protegge l’interesse del fanciullo e garantisce il rispetto del suo diritto preminente di vivere e crescere con la persona che effettivamente si prende cura di egli. Pertanto, ad essere assicurata è la situazione di fatto violata dal trasferimento illegittimo o dal mancato rientro, sia che essa deriva dalla legge, da una specifica statuizione o da un accordo, al punto che «l’eventuale titolo giudiziario di affidamento non è rilevante in sé, ma costituisce un elemento utilizzabile ai fini della formazione del convincimento del giudice in ordine alla sussistenza in concreto del diritto di affidamento»¹⁴⁷. Sarà, dunque, necessario che la titolarità del diritto di affidamento si accompagni ad un effettivo e reale esercizio della stessa, ponendo in rilievo il rapporto di fatto fra genitore e figlio, indipendentemente da qualsiasi titolo giuridico¹⁴⁸. Ugualmente, in caso di contrasto tra diritti di affidamento, la tutela predisposta varrà rispetto al diritto effettivamente esercitato e non al diritto avente maggior fondamento giuridico¹⁴⁹.

Per “diritto di visita” s’intende invece, il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo (art. 2, par. 10). Lo scopo dello stesso è quello di garantire al genitore non affidatario l’effettività dell’esercizio del suo diritto a mantenere i legami con il figlio malgrado la situazione di distanza che caratterizza il rapporto. Tali garanzie, inoltre, possono estendersi anche a soggetti diversi dal genitore non affidatario, quali i

¹⁴⁶ Corte di giustizia, sentenza del 5 ottobre 2010, *cit.*, p. 41. Cfr. le pronunce della Corte di giustizia: sentenza del 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Kozłowski*, par. 42 e sentenza 18 ottobre 2007, causa C-195/06, *Österreichischer Rundfunk*, par. 24.

¹⁴⁷ In tal senso la Corte di Cass., sezione I civile, nelle sentenze del 29 novembre 2001, n. 15192; e del 12 febbraio 2004, n. 2894, sull’applicazione dell’art. 3 della Convenzione dell’Aja del 1980 nel nostro ordinamento.

¹⁴⁸ Corte di Cass., sez. I civile, sentenza del 12 gennaio 2010, n. 252.

¹⁴⁹ Cfr. R. DI CHIO, *La Convenzione dell’Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in G. CARELLA, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, 2009, pp. 91-119.

nonni, familiari o terzi, ai quali il diritto nazionale abbia riconosciuto il diritto di visita.

La definizione è ripresa dall'art. 5 della Convenzione dell'Aja del 1980, che al successivo art. 21 prevede per il titolare del diritto di visita la possibilità di richiedere l'intervento dell'autorità centrale affinché garantisca l'effettivo esercizio delle visite transfrontaliere e eventualmente concerti le modalità concrete di realizzazione degli incontri. L'attività di mediazione dell'Autorità centrale è prevalentemente rivolta ad assicurare le condizioni materiali perché il genitore non affidatario possa trascorrere con il figlio un periodo di tempo prolungato conducendolo con sé presso la propria residenza. Inoltre, l'intervento di questa può essere richiesto anche al fine di assicurare la regolarità nei contatti a distanza (per via telefonica o/e telematica).

L'art. 2 del regolamento aggiunge, infine, l'inciso dedicato all'affidamento congiunto, ricorrente quando «uno dei titolari della responsabilità genitoriale non può, (...), decidere il luogo di residenza del minore senza il consenso dell'altro titolare della responsabilità genitoriale»¹⁵⁰. In tal caso, costituirà sottrazione di minori anche il trasferimento del minore da uno Stato all'altro, avvenuto senza il consenso dell'altro genitore affidatario¹⁵¹.

L'art. 10 del regolamento n. 2201/2003 dispone, per le ipotesi di sottrazione di minori, la competenza dell'autorità giurisdizionale dello Stato membro in cui il minore risiedeva abitualmente prima di essere trasferito illecitamente o prima di non far rientro in tale Stato; aggiungendo che la stessa verrà meno quando il minore acquisirà la «residenza» in un altro Stato membro. Sicché, oltre all'omissione di ogni riferimento al requisito dell'abitudine, non viene specificata neanche l'eventuale durata minima del periodo di residenza atta a creare tale modifica del

¹⁵⁰ R. CONTI, *Il nuovo regolamento comunitario in materia matrimoniale e di potestà parentale*, in *Famiglia e Diritto*, n. 3, 2004, pp. 291-304, in part. p. 294 ss. Cfr., V. ZAMBRANO, *Interesse del minore e affidamento congiunto. Esperienze europee a confronto*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, n. 2, 2000, pp. 760-795.

¹⁵¹ Vedi “*Guida pratica sull'applicazione del regolamento (CE) n. 2201/2003*”, elaborata dai servizi della Commissione in consultazione con la Rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale. Consultabile online su: http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_it.pdf

foro competente¹⁵². Ed è proprio per non vanificare, specie in sede applicativa, il fine delle disposizioni regolamentari di tutelare l'interesse dei minori, che l'art. 10 prosegue indicando una serie di circostanze.

Quest'ultime, una volta verificatesi, possono far venire meno la competenza dell'autorità giurisdizionale dello Stato in cui il minore risiedeva abitualmente prima dell'evento illecito a condizione che lo stesso risieda nel Paese in cui è stato trasferito. Si attribuisce rilevanza anzitutto all'«accettazione» del trasferimento o del mancato rientro da parte «di ciascuna persona, istituzione o altro ente titolare del diritto di affidamento» del minore (art. 10, lett. *a*). Si deroga inoltre, alla competenza generale quando il soggiorno del minore nello Stato membro in cui è stato trasferito si sia protratto per almeno un anno, dal momento in cui il titolare del diritto di affidamento abbia «avuto conoscenza, o avrebbe dovuto, del luogo in cui il minore si trovava» e «il minore si sia integrato nel nuovo ambiente», purché si verifichi «una qualsiasi» di una serie di «condizioni» elencate dalla medesima norma (art. 10, lett. *b*). La prima ricorre quando non sia stata presentata alcuna domanda volta ad ottenere il ritorno del minore davanti alle autorità dello Stato membro in cui il minore sia stato trasferito, entro un anno da quando il titolare del diritto di affidamento, sia venuto (o sarebbe dovuto venire) a conoscenza del luogo in cui si trovava il minore (art. 10, lett. *b*, [*i*]). La seconda, anch'essa a carattere alternativo, sussiste se la domanda di ritorno, dopo essere stata presentata dal titolare del diritto di affidamento, sia stata ritirata, ed entro un anno non sia stata proposta una nuova richiesta (art. 10, lett. *b*, [*ii*]). La terza si verifica quando si è giunti alla definizione di un procedimento, davanti all'autorità giurisdizionale dello Stato membro di abituale residenza del minore, prima del trasferimento illecito o del mancato rientro, in base alla previsione del successivo art. 11, par. 7 (art. 10, lett. *b*, [*iii*]). L'ultima condizione si presenta nell'ipotesi in cui quest'ultima autorità giurisdizionale abbia emanato una «decisione di affidamento che non prevede il ritorno del minore» (art. 10, lett. *b*, [*iv*])¹⁵³.

¹⁵² Vedi E. URSO, *Il diritto di famiglia nella prospettiva «europea»*, in F. BRUNETTA D'USSEAU (a cura di), *Il diritto di famiglia nell'Unione europea*, Padova, 2005, p. 515 ss.

¹⁵³ La Corte di giustizia ha ritenuto che per «decisione di affidamento che non prevede il ritorno del minore» debba intendersi la decisione definitiva, adottata sulla scorta di una disamina

Si tratta di una disciplina che cerca di contemperare gli interessi del minore con quelli del genitore o dell'ente affidatario attraverso l'accettazione esplicita da parte di quest'ultimo del trasferimento o mancato rientro del soggetto minore, o tramite un comportamento inerte alla notizia dell'illecito trasferimento o mancato rientro. Inoltre, mentre la Convenzione dell'Aja del 1980 riconduce al decorrere di un anno, a partire dal trasferimento o dal mancato rientro del minore, uno dei motivi sui quali poteva fondarsi una decisione contro il ritorno (art. 12, comma 2)¹⁵⁴, il regolamento pone il termine annuale quale criterio per l'individuazione del giudice competente a pronunciarsi sul merito. In tal senso, la disposizione europea prevede che trascorso un periodo di tempo superiore ad un anno dal momento in cui il titolare dei diritti di affidamento ha avuto conoscenza o avrebbe dovuto avere conoscenza del luogo in cui si trova il minore, l'autorità giudiziaria dello Stato nel quale il minore risiedeva abitualmente non potrà più pronunciarsi sulla responsabilità genitoriale.

A riprova dell'attenzione del legislatore europeo per il principio dell'interesse superiore del minore la previsione contenuta nell'art. 15 del regolamento che rischia, a sua volta, di violare la garanzia giudiziaria della precostituzione per legge del giudice. L'articolo disciplina, infatti, il trasferimento della competenza stabilendo che «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 od una sua parte specifica ed ove ciò corrisponda all'interesse superiore del minore, possono: a) interrompere l'esame del caso o della parte in questione ed invitare le parti a presentare domanda all'autorità

completa dell'insieme degli elementi del caso, con la quale «il giudice competente si pronuncia sulla disciplina della questione dell'affidamento del minore» e che «non è più soggetta ad altre decisioni amministrative o giudiziarie»; aggiungendo che «la previsione di una revisione o riesame periodico entro un certo tempo della decisione sull'affidamento, non priva la stessa del suo carattere definitivo». Cfr. Corte di giustizia, *Povse*, del 1 luglio 2010, causa C-211/10, p. 46.

¹⁵⁴ Secondo l'art. 12, 2° comma della Convenzione dell'Aja del 1980: «L'autorità giudiziaria o amministrativa, benché adita dopo la scadenza del periodo di un anno [...], deve ordinare il ritorno del minore, a meno che non sia dimostrato che il minore si è integrato nel suo nuovo ambiente». Più approfonditamente *infra* cap. III, par. 2.

giurisdizionale dell'altro Stato membro conformemente al par. 4¹⁵⁵; oppure *b*) chiedere all'autorità giurisdizionale dell'altro Stato membro di assumere la competenza ai sensi del par. 5¹⁵⁶»¹⁵⁷.

La norma al par. 3 non omette di elencare i casi di “legame particolare” del minore con uno Stato membro, individuati nell'essere divenuto quest'ultimo lo Stato di residenza abituale del fanciullo dopo l'inizio della causa, o nell'essere stato quello di precedente residenza abituale, nonché nell'essere cittadino di esso. Di seguito, se lo Stato è quello di residenza abituale di uno dei titolari della responsabilità genitoriale, o se la questione verte su misure di protezione legate all'amministrazione, alla conservazione dei beni del minore esistenti sul territorio di tale Stato.

L'elencazione della casistica nella quale è possibile configurare un “legame particolare” del minore con lo Stato permette di ricorrere alla possibilità di trasferire la competenza giurisdizionale dal giudice precedentemente adito senza forzare il principio della sua precostituzione per legge. Inoltre, di rilievo è l'*incipit* della norma, che ne dispone l'eccezionalità e, dunque, l'applicabilità solo in ipotesi del tutto particolari in cui l'interesse preminente del minore lo richieda.

4. La Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori.

La portata dirompente del fenomeno della sottrazioni internazionale di minori, che non solo toglie il bambino ad uno dei genitori ma lo sradica dall'ambiente sociale e territoriale di abituale residenza, impone un'immediata azione diretta al ripristino della situazione di fatto violata con tale condotta illecita.

¹⁵⁵ È necessario inoltre, che l'autorità che interrompe l'esame fissi un termine entro il quale le parti dovranno adire l'autorità giurisdizionale dell'altro Stato (art. 15, par. 4).

¹⁵⁶ In entrambe le ipotesi lett. *a*) e *b*), le autorità giurisdizionali dello Stato interpellato avranno sei settimane di tempo, dal momento in cui sono adite, per accettare la competenza. In difetto, la stessa rimarrà in capo all'autorità originariamente adita (art. 15, par. 5).

¹⁵⁷ Il trasferimento di competenza può avvenire su istanza di parte, o su iniziativa d'ufficio dell'autorità giurisdizionale adita o di uno Stato membro con cui il minore abbia il legame particolare. Tali ultime ipotesi sono, tuttavia, condizionate dall'accettazione di almeno una delle parti (art. 15, par. 2).

A tale scopo, la Convenzione dell’Aja del 1980 sugli effetti civili della sottrazione internazionale di minori adotta - a risoluzione delle problematiche sorte a seguito di tali condotte illecite - un meccanismo in virtù del quale l’autorità dello Stato in cui il minore è stato illecitamente trasferito ha il dovere di ordinarne l’immediato ritorno nel Paese di residenza abituale prescindendo da ogni indagine circa l’affidamento del medesimo. La disciplina s’ispira, infatti, all’esigenza di agire con immediatezza al fine di contenere i pregiudizi derivanti per il minore dalla privazione di un genitore e di impedire che il minore si integri nel nuovo ambiente, rendendo poi traumatico, il suo ritorno nel luogo di residenza abituale¹⁵⁸.

Differisce pertanto, dall’approccio adottato dalla Convenzione di Lussemburgo del 1980 e dalla Convenzione dell’Aja del 1996, per le quali il rimpatrio del minore deriva dal riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti emessi nel Paese di residenza legittima in ordine all’affidamento del minore o alla fissazione della sua residenza. Appare evidente, che gli strumenti internazionali predisposti in materia abbiano contenuto e condizioni di applicazione differenti. In particolare, se nella Convenzione dell’Aja del 1980 è totalmente irrilevante un precedente titolo giuridico di affidamento del minore o di un’eventuale pronuncia in tal senso, la Convenzione di Lussemburgo e quella dell’Aja del 1996 pongono quale presupposto del ritorno del minore nello Stato di precedente residenza abituale l’adozione, anteriormente al trasferimento, di un provvedimento sull’affidamento¹⁵⁹. Non a caso, dunque, la Convenzione dell’Aja del 1980 parla di sottrazione “illecita” e non già “illegittima”, in quanto la prima attiene ai casi in cui si turbi uno stato di fatto, anche in assenza di un titolo di affidamento.

¹⁵⁸ V. M. TIRINI, C. PESCE (con la collaborazione di), *Controversie a carattere transnazionale ...*, cit., p. 281 ss.; W. DUNCAN, *Future developments in International Family law with special emphasis on cross-border child protection: A view from the Hague*, in K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, S. SYMEONIDES, *op.cit.*, pp. 221- 241;

¹⁵⁹ Il soggetto legittimato sarà così libero di utilizzare gli strumenti internazionali ritenuti - in virtù dei diversi meccanismi predisposti - di volta in volta più adeguati a definire la questione. Non esiste, infatti, tra le diverse Convenzioni un ordine gerarchico o di priorità di impiego, neanche all’interno del sistema creato dalla Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato. Cfr. I. QUEIROLO, *La sottrazione internazionale di minori: pluralità di fonti e difficoltà nell’applicazione di esse*, in AA. VV., *Le controversie in materia di filiazione*, cit., p. 194 ss.

Tuttavia, nel primo caso vi è un problema di legittimazione a chiedere il rimpatrio del minore illecitamente trasferito, al quale si è cercato di rimediare attraverso la disposizione contenuta nell'art. 8 della Convenzione dell'Aja del 1980, per la quale: «ogni persona, istituzione od ente, che adduca che un minore è stato trasferito o trattenuto in violazione di un diritto di affidamento» può rivolgersi alle Autorità centrali o agli organi giudiziari al fine di richiedere l'immediato ritorno del minore nello Stato di abituale residenza.

La norma sembra prescindere da qualsiasi titolo a supporto della legittimazione; a fronte, tuttavia, di un'interpretazione nella giurisprudenza interna che restringe la portata di tali disposizioni precisando che è legittimato a promuovere il procedimento in questione esclusivamente «il genitore affidatario, o comunque chi è genitore del minore», richiedendo una situazione giuridica o di fatto capace di legittimare la persona che inoltra tale richiesta¹⁶⁰. La decisione sull'istanza di rientro è rimessa allo Stato ove il minore è stato trasferito o trattenuto dal genitore che lo ha sottratto e, dinanzi alla stessa, si istaura e viene istruito il procedimento sul ritorno del minore.

L'impianto convenzionale, si basa sull'autonomia della decisione di rimpatrio e quella di affidamento concepite tra di esse in modo indipendente. Infatti, nella questione del ritorno del minore all'esame del giudice dello Stato richiesto, le decisioni inerenti il merito dei diritti di affidamento sono riservate al giudice dello Stato di residenza abituale, ritenendo tale foro potenzialmente più idoneo a decidere sul merito dei diritti di custodia.

Tuttavia, si può affermare che la Convenzione dell'Aja del 1980 rappresenta la disciplina base alla quale far riferimento in caso di sottrazione internazionale di minori, in quanto soddisfa l'esigenze di celerità e snellezza della procedura volta alla restituzione ed alla reintegrazione dello *status* violato, attraverso la previsione di un meccanismo che esula dalle più complicate regole del diritto internazionale privato. Tale caratteristica - malgrado i problemi che possono sorgere nell'applicazione della stessa - è da considerare il fondamento dell'ampio

¹⁶⁰ Si rinvia alle sentenze della nostra Corte di Cassazione del 21 luglio 2006, n. 16830; 19 dicembre 2003, n. 19544 e 27 aprile 2004, n. 8000.

consenso ricevuto in ambito internazionale nella ratifica di una Convenzione che oggi conta 88 Paesi¹⁶¹.

Ulteriore profilo, trattato dalla Convenzione seppure in maniera marginale, concerne l'effettività dell'esercizio del diritto di visita, in considerazione del fatto che l'assistenza ad un genitore al fine di ottenere un'adeguata regolamentazione del diritto di visita è uno strumento di prevenzione del fenomeno della sottrazione internazionale di minori¹⁶². L'art. 21 ne dispone una tutela sostanzialmente ridotta e giustificata dal fatto che il diritto di visita viene considerato corollario del diritto di affidamento che ne rende sufficiente "assicurare la cooperazione delle Autorità centrali per quanto riguarda o la sua organizzazione o la protezione del suo esercizio effettivo"¹⁶³. In caso di trasferimento, dunque, non qualificabile come

¹⁶¹ Per l'adesione di un nuovo Paese alla Convenzione è necessario che gli Stati che vi hanno aderito per primi acconsentano. Attualmente i Paesi che hanno ratificato la Convenzione sono: «Albania; Andorra; Argentina; Armenia; Australia; Austria; Bahamas; Belgio; Belize; Bielorussia; Bosnia-Erzegovina; Brasile; Bulgaria; Burkina Faso; Canada; Cile; Cina (solo le Regioni amministrative speciali di Hong Kong e di Macao); Cipro; Colombia; Costa Rica; Croazia; Danimarca; El Salvador; Ecuador; Estonia; Federazione Russa; Fiji; Finlandia; Francia; Gabon; Georgia; Germania; Grecia; Guatemala; Guinea; Honduras; Irlanda; Israele; Islanda; Italia; Korea; Lettonia; Lituania; Lussemburgo; Macedonia; Malta; Messico; Monaco; Montenegro; Marocco; Mauritius; Olanda; Nicaragua; Norvegia; Nuova Zelanda; Panama; Paraguay; Perù; Polonia; Portogallo; Regno del Lesotho; Repubblica Ceca; Repubblica Dominicana; Repubblica di Moldavia; Romania; San Marino; Saint Kitts e Nevis; Serbia, Seychelles; Singapore; Slovacchia; Slovenia; Spagna; Sri Lanka; Regno Unito; Sud Africa; Svezia; Svizzera; Stati Uniti; Thailandia; Trinidad e Tobago; Turchia; Turkmenistan; Ucraina; Uzbekistan; Ungheria; Uruguay; Venezuela e Zimbabwe. Il procedimento di ratifica, accettazione o approvazione negli artt. 37 e ss. della Convenzione dell'Aja del 1980. È previsto, dunque, che «la Convenzione entrerà in vigore, per ogni Stato che vi aderisce, il primo giorno del terzo mese successivo al deposito del proprio strumento di adesione» (art. 38, comma 3°). L'art. 43 ha condizionato, invece, il momento di entrata in vigore della norma internazionale «al primo giorno del terzo mese successivo al deposito del terzo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione di cui agli artt. 37 e 38».

¹⁶² S.E. REYNOLDS, *International parental child abduction: Why we need to expand custody rights protected under the child abduction Convention*, in *Family Court Review*, vol. 44, n. 3, 2006, pp. 464-483.

¹⁶³ E. PEREZ-VERA, *Rapport explicatif de la Convention et Recommendation adoptées par la Quatorzième session, Actes et documents, Tome III Enlèvement d'enfants*, 1980. I primi due commi dell'art. 21 della Convenzione dell'Aja del 1980 affermano che: «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'art. 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». Nel rapporto si legge che: «...è necessario riconoscere che la Convenzione non cerca di regolamentare il diritto di visita in modo esaustivo; ciò andrebbe indubbiamente ben oltre gli obiettivi della Convenzione. Invero, sebbene l'attenzione che è stata posta sul diritto di visita sia la conseguenza della convinzione che esso sia il normale corollario del diritto di affidamento, per la Convenzione è sufficiente che sia

illecito la Convenzione garantisce, con l'ausilio dell'autorità centrale, al genitore non affidatario l'effettivo esercizio del diritto di visita, anche attraverso una ridefinizione delle relative modalità¹⁶⁴. L'Autorità centrale ha il compito di rimuovere, per quanto possibile, ogni ostacolo all'esercizio di tale diritto¹⁶⁵.

Inoltre, a garanzia dell'accesso delle vittime della sottrazione all'attivazione dei meccanismi predisposti dalla Convenzione dell'Aja del 1980, è prevista un'assistenza legale e giudiziaria al cittadino di uno Stato contraente in ogni altro Paese contraente, alle stesse condizioni che avrebbe se fosse cittadino di questo Stato e vi risiedesse abitualmente (principio di reciprocità, art. 25). L'art. 26 stabilisce che le spese relative all'applicazione della Convenzione siano a carico dell'autorità centrale e stabilisce che né l'Autorità centrale né gli altri servizi pubblici potranno imporre alcuna spesa. Il comma 3° prevede, infatti, che nessun pagamento dei costi e delle spese concernenti la procedura o gli eventuali oneri per spese legali potranno esser richiesti, salva la facoltà di domandare il pagamento delle spese sostenute per il ritorno del minore. Tuttavia, secondo le disposizioni contenute nell'art. 42, lo Stato ha la facoltà di dichiarare che non è tenuto alle spese previste dal 3° comma dell'art. 26, salvo che i costi per l'assistenza giudiziaria e legale siano inclusi nel suo ordinamento¹⁶⁶. Evidentemente, una tale riserva da parte dello Stato contraente appesantisce la posizione del genitore che subisce la sottrazione, scoraggiandone l'azione in connessione alle risorse economiche, e nella sostanza creando una lesione dei suoi diritti.

semplicemente garantita la cooperazione tra le autorità centrali per quanto riguarda la sua organizzazione e la tutela del suo effettivo esercizio». Online all'indirizzo: <http://www.hcch.net/upload/exp128.pdf>

¹⁶⁴ La domanda va posta all'Autorità centrale e nel caso non sia possibile una determinazione concordata e vi sia la necessità di adire le vie legali, sarà la stessa Autorità centrale che direttamente o tramite intermediari potrà avviare o favorire tali procedure.

¹⁶⁵ L'art. 21, comma 3°. Mentre il successivo comma 4° afferma che: «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».

¹⁶⁶ Secondo l'art. 42, 1° comma della Convenzione dell'Aja del 1980: «ciascun Stato contraente potrà, non oltre il momento di ratifica, accettazione, approvazione o di adesione, oppure al momento di una dichiarazione effettuata ai sensi degli artt. 39 o 40, esprimere sia l'una, sia entrambe le riserve di cui agli articoli 24 e 26, comma 3°. Nessuna altra riserva sarà ammessa».

L'ulteriore riserva dello Stato, ammessa dall'art. 42, riguarda l'applicazione dell'art. 24, riconoscendo in tal modo la possibilità di opporsi all'utilizzo di una delle lingue ufficiali con riferimento all'allegazione degli atti inviati alla propria Autorità centrale; gravando così non solo sull'*iter* procedurale ma anche sui costi dello stesso¹⁶⁷.

Sotto l'aspetto del monitoraggio dell'applicazione della Convenzione dell'Aja del 1980, una Commissione speciale composta dai rappresentanti degli Stati contraenti ed esperti, esamina l'efficacia e la corretta applicazione delle disposizioni internazionali. Dai lavori della stessa è nata una banca dati riguardante i casi di sottrazione internazionale di minori (*Incadat*)¹⁶⁸ accessibile dal sito della Conferenza dell'Aja e una "*Guide to Good Practice*"¹⁶⁹ articolata in tre parti (*Central Authority Practice, Implementing Measures, Preventive Measures*).

Tra i profili di maggior criticità emersi nelle ultime riunioni di tali Commissioni si segnalano la durata dei procedimenti di restituzione, l'acquisita consapevolezza della parzialità della disciplina relativa al diritto d'accesso contenuta nella Convenzione del 1980 in relazione al diritto del fanciullo a mantenere rapporti con entrambi i genitori, nonché, l'ancora scarso utilizzo del ricorso alla mediazione nelle controversie transfrontaliere riguardanti i fanciulli. Dalle ultime consultazioni, è emerso che non sarebbe stato possibile raggiungere un consenso sulla richiesta al Consiglio per gli affari generali e la politica della Conferenza (il "Consiglio") per un mandato diretto alla redazione di un protocollo alla Convenzione del 1980. Tuttavia, sono stati individuate tre aree in cui sembrava necessario un intervento futuro: il riconoscimento transfrontaliero e l'esecuzione degli accordi mediati; una base giuridica per le comunicazioni

¹⁶⁷ Il problema dei costi risulta di primaria importanza, soprattutto in considerazione del fatto che Stati come la Germania, gli Stati Uniti e il Regno Unito hanno posto tale riserva. Per un approfondimento della questione si rinvia a A. PAGOTTO, *op. cit.*, p. 741 ss.

¹⁶⁸ Il sito web è: www.incadat.com.

¹⁶⁹ Il testo integrale è disponibile all'indirizzo web: http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=21. Vedi, inoltre, H. VAN LOON, *The Hague Conference on private international law: work in progress (2008-2010)*, in A. BONOMI, G.P. ROMANO (Eds.), *Yearbook of ...*, cit., pp. 419- 433.

giudiziarie transfrontaliere dirette, e il ricorso alle accuse di violenza domestica nel contesto di una procedura di ritorno.

5. Il coordinamento della normativa europea con la Convenzione dell’Aja del 1980.

Il regolamento n. 2201/2003 si pone in un rapporto di coordinamento con la disciplina prevista dalle Convenzioni internazionali in materia di responsabilità genitoriale (dall’art. 59 a 63), ferma restando la priorità dello stesso rispetto gli accordi conclusi fra gli Stati membri destinati ad incidere sulle materie oggetto della regolamentazione dell’atto europeo.

In tal senso, il regolamento in esame prevale espressamente sia sulla Convenzione dell’Aja del 25 ottobre 1980, sia sugli ulteriori atti internazionali concernenti la protezione del minore, come la Convenzione dell’Aja del 5 ottobre 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori¹⁷⁰; e quella dell’Aja del 19 ottobre 1996 concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l’esecuzione delle decisioni e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori. In particolare, riguardo a quest’ultima il regolamento è applicabile interamente se il minore ha la sua residenza abituale in uno Stato membro¹⁷¹, mentre le disposizioni in materia di riconoscimento ed esecuzione di una decisione emessa dal giudice competente di uno Stato membro si applicano anche se il minore risiede abitualmente nel territorio di uno Stato terzo parte contraente della Convenzione¹⁷².

¹⁷⁰ Vedi l’art. 60 del regolamento rubricato “*Relazioni con talune convenzioni multilaterali*”, nel quale si dispone la prevalenza della norma europea sulle convenzioni elencate (tra le quali la Convenzione dell’Aja del 1980, lett. e) «nella misura in queste riguardino materie da esso disciplinate». Cfr. R. ESPINOSA CALABUIG, *La sottrazione di minori nell’Unione europea: tra regolamento n. 2201/2003 e Convenzione dell’Aja del 1980* in S.M. CARBONE, I. QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia ...*, cit., pp. 283-313; C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en l’Unión Europea*, Madrid, 2010, pp. 123- 154.

¹⁷¹ Vedi art. 61 (rubricato “*Relazioni con la Convenzione dell’Aja 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 a tutela dei minori*”), lett. a) del regolamento.

¹⁷² Art. 61, lett. b).

Tuttavia, il perseguimento dell'interesse del minore richiama la necessità di un coordinamento tra il regolamento e gli accordi internazionali in materia. Con riguardo al fenomeno della sottrazione internazionale di minori, il regolamento non si limita al rinvio alla Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale, ma detta alcune disposizioni destinate ad integrare il sistema convenzionale che continua, comunque, ad operare anche nei rapporti tra gli Stati membri dell'Unione e nel campo di applicazione materiale del regolamento¹⁷³. Pertanto, pur essendo espresso il principio della prevalenza del regolamento, il rapporto tra i due strumenti si risolve nell'introduzione di alcune deroghe alla Convenzione dell'Aja del 1980 applicabili soltanto ai rapporti intracomunitari¹⁷⁴.

Le disposizioni della Convenzione dell'Aja vengono, dunque, integrate da quelli regolamentari nella previsione: dell'obbligo di ascolto del minore nel procedimento di ripristino dell'affidamento davanti alla competente autorità del Paese in cui il minore è stato illecitamente trasferito (art. 11, 2° come lett. c)); della durata massima del procedimento di ritorno (art. 11, 3° comma); da alcune consistenti limitazioni all'operatività delle cause di rifiuto di ripristino dell'affidamento, fondate sulla contrarietà del ritorno all'interesse del minore (art. 11, 4°, 6°, 7° comma) e sulla violazione dei principi generali in materia processuale (art. 11, 5° comma).

Il regolamento n. 2201/2003 prevale invece sulla Convenzione di Lussemburgo del 1980, in quanto viene abolito l'*exequatur* per le decisioni in materia di diritto di visita e di ritorno del minore, in presenza di un apposito certificato che garantisca la conformità della decisione ai requisiti stabiliti dal regolamento stesso (artt. 40 e 41). A tal proposito, anche se il regolamento si riferisce esclusivamente

¹⁷³ Cfr. il *considerando* 17 del regolamento. In materia, tra i più recenti, si segnala: S. TONOLO, *La sottrazione dei minori nel diritto processuale civile europeo: il regolamento Bruxelles II bis e la Convenzione dell'Aja del 1980 a confronto*, in *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, n. 1, 2011, pp. 81-100.

¹⁷⁴ Questa l'interpretazione che parte della dottrina ha reso all'art. 62 par. 2 del regolamento per giustificare l'esplicito richiamo alla Convenzione dell'Aja del 1980. In esso, infatti, si afferma che le Convenzioni elencate all'art. 60 e «in particolare la Convenzione dell'Aja del 1980» continuano ad avere efficacia tra gli Stati membri che ne sono parti contraenti, conformemente al summenzionato art. 60. Cfr. G. BIAGIONI, *op. cit.*, pp. 999-1001.

alla Convenzione dell’Aja del 1980, si ritiene che quella di Lussemburgo possa applicarsi in via prioritaria rispetto alla prima, nel caso in cui ciò permetta di garantire l’interesse del minore, e quale conseguenza del principio di “massima efficacia” riconosciuto da entrambi gli atti¹⁷⁵, in virtù del quale si impone l’applicazione della norma più favorevole alla “restituzione” del minore.

Sul rapporto fra le due Convenzioni è da rilevare che la Convenzione dell’Aja del 1980 è diretta ad ottenere il ritorno del minore senza garantire - secondo un profilo di “tecnica processuale” - l’omologazione della decisione straniera sull’affidamento del minore. Pertanto, il riconoscimento e l’esecuzione di quest’ultima postula il ricorso alla disciplina contenuta nella Convenzione di Lussemburgo del 1980, in quanto presupposto della stessa è l’esistenza di una decisione esecutiva sull’affidamento (art. 7), ovvero che, successivamente al trasferimento, sia stato pronunciato un provvedimento sull’affidamento dichiarativo dell’illiceità dell’avvenuta sottrazione (art. 12). Mentre, scopo esclusivo della Convenzione dell’Aja è il ripristino dello *status quo* di residenza del minore, con conseguente rilevanza del titolo di affidamento solo per legittimare la persona che di fatto svolge le incombenza di affidatario a richiedere il rientro del minore¹⁷⁶. La Convenzione dell’Aja del 1980 ha, infatti, l’obiettivo di tutelare l’affidamento quale situazione di mero fatto attraverso il rientro immediato del minore sottratto, indipendentemente dal titolo giuridico sul quale lo stesso affidamento si fonda¹⁷⁷.

La scelta è stata, dunque, quella di garantire la situazione di fatto nella quale si trovava il minore, attraverso il meccanismo dell’immediato rientro nel Paese di

¹⁷⁵ Vedi artt. 34 della Convenzione dell’Aja, 19 e 29 della Convenzione di Lussemburgo. Cfr., inoltre, parere del Consiglio d’Europa del 14 gennaio 1993, “*Information a l’attention des autorités centrales désignées en vertu de la convention relative a la garde des enfants*”, 14 gennaio 1993, DIR/JUR (93) 2, p. 10.

¹⁷⁶ In tal senso la giurisprudenza nazionale: Corte di Cass., sezione I civile, sentenze del 28 marzo 2000, n. 3701; del 21 gennaio 2009, n. 1556 e del 19 maggio 2010, n. 12293. Cfr. S.A.R. GALLUZZO, *Famiglia e minori. Percorsi di diritto e giurisprudenza*, Milano, 2010, pp. 57-70.

¹⁷⁷ Per un’accurata disamina delle difformità e dei collegamenti tra le disposizioni in materia di sottrazione dei minori contenute nelle due Convenzioni del 1980 e il precedente regolamento *Bruxelles II* si rinvia a: M. C. BARUFFI, *Gerarchia tra il Reg. 1347/2000 e la Convenzione di Lussemburgo del 1980 sul riconoscimento dei provvedimenti di affidamento e relativi al diritto di visita*, in *Int’I Lis*, n. 3-4 2005, pp. 121-123, in part. p. 122.

residenza abituale che – nell’ottica di un trattato di cooperazione internazionale – non ritiene di dover affrontare gli ulteriori aspetti della protezione del bambino¹⁷⁸.

Il coordinamento tra la disciplina contenuta nel regolamento n. 2201/2003 e la Convenzione dell’Aja del 1980 rileva anche sotto l’aspetto della reciproca influenza nell’interpretazione dei contenuti dei due atti. Si è già sottolineato nelle pagine precedenti, in riferimento alle nozioni del diritto di visita e del diritto di affidamento, come il regolamento riproduce i concetti già proposti nella norma convenzionale, incidendo sulla loro stessa interpretazione. Inoltre, si può ritenere che tale richiamo interpretativo possa estendersi a più norme del testo, in virtù delle osservazioni del Tribunale dell’Unione europea, secondo il quale nelle ipotesi in cui una nozione contenuta in un atto europeo è «ripresa in modo letterale» da una convenzione internazionale, quest’ultima costituisce un «importante punto di riferimento» per l’interpretazione della norma europea¹⁷⁹.

6. La cooperazione tra Autorità centrali e la mediazione familiare.

L’applicazione delle regole non è tuttavia l’unico strumento diretto a garantire il funzionamento della disciplina rivolta a risolvere il problema della sottrazione internazionale dei minori, essendo stata da tempo evidenziata la necessità di un’adeguata cooperazione internazionale fra autorità centrali¹⁸⁰ predisposte dai vari Paesi¹⁸¹.

¹⁷⁸ V. M. DISTEFANO, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale dei minori*, Padova, 2012, p. 42 ss.

¹⁷⁹ Tribunale UE, 28 febbraio 2002, causa T-395/94, *Atlantic Container Line AB e a.c. Commissione*, in *Racc.*, 2002, p. II-875 ss., par. 147.

¹⁸⁰ R. BARATTA, *op. cit.*, p. 197 ss.

¹⁸¹ L’Autorità centrale in Italia è il Dipartimento per la giustizia minorile istituito presso il Ministero della giustizia. Nelle disposizioni internazionali, ad esso è affidato un duplice ruolo, da un lato quello di chiedere l’immediato rimpatrio del minore allontanato dall’Italia e, dall’altro quello di rintracciare il minore illecitamente condotto nello Stato, cercando di favorire un loro rientro volontario nel Paese di residenza legittima ovvero sollecitando l’intervento del Procuratore della Repubblica per i minorenni, che dovrebbe emettere l’ordine di restituzione entro trenta giorni dalla data di ricezione della richiesta. In questo termine, il Tribunale deve sentire la persona presso cui si trova il minore, ascoltare il pubblico ministero e, se del caso, il minore stesso nonché la persona che ha presentato l’istanza prima di pronunciare il decreto, immediatamente esecutivo, contro cui è possibile ricorrere esclusivamente per Cassazione.

La predisposizione di una rete di autorità centrali¹⁸² diretta ad un coordinamento delle operazioni atte a garantire il ritorno del minore in caso di sottrazione era già predisposta nelle due Convenzioni in materia¹⁸³, e ripresa in ambito europeo dal regolamento n. 2201/2003 attraverso l'attribuzione ad esse di compiti più incisivi. Non a caso nel prevedere che gli Stati membri designino almeno un'autorità centrale, si auspica che queste coincidano con le autorità esistenti competenti per l'applicazione della Convenzione dell'Aja del 1980, al fine di «creare sinergie e permettere alle autorità di trarre profitto dalle esperienze acquisite in materia di sottrazione del minore»¹⁸⁴.

A tal proposito il Capo IV del regolamento prevede forme di designazione interna delle autorità e funzioni generali, ma anche gli ambiti entro i quali le stesse sono chiamate a svolgere un ruolo di raccordo, fra le diverse autorità centrali coinvolte e i soggetti interessati, nei procedimenti in materia di responsabilità genitoriale.

Secondo la normativa europea, la prima funzione delle autorità centrali è l'adozione di misure generali per migliorare l'applicazione del regolamento e rafforzare la cooperazione ricorrendo alla rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale istituita con la decisione del Consiglio 2001/407/CE del 28 maggio 2001¹⁸⁵.

¹⁸² Art. 53, comma 1, del regolamento 2201/2003 dispone: «Ciascuno Stato membro designa una o più autorità centrali incaricate di assisterlo nell'applicazione del presente regolamento e ne specifica le competenze territoriali in materia».

¹⁸³ Il modello di cooperazione fra le Autorità centrali è previsto nel Capo II (rubricato *Autorità centrali*) della Convenzione dell'Aja del 1980 (artt. 6 e 7) e dal Titolo I (rubricato *Autorità centrali*) della Convenzione di Lussemburgo del 1980 (artt. 2-6). La previsione di un coordinamento di carattere amministrativo tra gli Stati contraenti è previsto, inoltre, anche nella Convenzione dell'Aja del 1996, cap. V dedicato alla «Cooperazione» (artt. 29-39).

¹⁸⁴ Si veda la «*Guida pratica sull'applicazione del regolamento (CE) n. 2201/2003*», cit., p. 44 ss. Per completezza si ricorda che, nel caso in cui il minore venga trasferito in uno Stato non membro dell'Unione europea e che non abbia neppure ratificato la Convenzione dell'Aja del 1980, la competenza a gestire il caso non sarà dell'Autorità centrale designata dall'Italia, ma del Ministero degli affari esteri ed, in particolare, della Direzione Generale per gli italiani all'estero e le politiche migratorie. Nei casi «passivi» per l'Italia, e cioè quando il minore viene condotto nel nostro Stato, molteplici difficoltà vengono riscontrate a causa di una mancanza di collaborazione tra le Autorità centrali. Malgrado ciò, l'Italia non ha ancora predisposto nessun accordo bilaterale con gli Stati esteri, come invece è stato fatto dalla Francia, dal Canada e dagli Stati Uniti. Per approfondimenti si rinvia al sito web: http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=5215&dtid=28.

¹⁸⁵ In *GUCE*, n. L 174 del 27 gennaio 2001.

Inoltre, su richiesta delle altre autorità o del titolare della responsabilità genitoriale - in casi specifici - queste possono raccogliere o scambiare informazioni sulla situazione di un dato minore, sui procedimenti eventualmente in corso che lo riguardano e sulle decisioni che siano state adottate¹⁸⁶. D'altro canto, le autorità centrali hanno il compito di assistere e fornire informazioni a chi intende chiedere il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni sul territorio del loro Stato, soprattutto quelle sul diritto di visita e sul ritorno del minore¹⁸⁷. Per quanto concerne il primo, l'autorità centrale di ogni Stato ha il compito di tutelare l'effettivo svolgimento del diritto di visita, rimuovendo gli ostacoli al suo esercizio e controllandone il rispetto, da parte del titolare, alle condizioni cui è assoggettato.

Ulteriori compiti delle Autorità centrali si concretizzano nell'attività volta a favorire un accordo tra i titolari della responsabilità genitoriale ricorrendo alla mediazione o ad altri strumenti idonei a risolvere i conflitti familiari¹⁸⁸. Tale ultimo inciso della norma europea rivela l'attenzione, prestata a livello europeo, per gli ulteriori strumenti alternativi a quelli giurisdizionali nella risoluzione di controversie coinvolgenti i minori. In tal contesto, il ricorso alla mediazione familiare¹⁸⁹ costituisce non solo uno strumento volto a favorire il superamento dei conflitti, ma ha un valore meritevole di tutela¹⁹⁰; espressione che emerge in connessione con il concetto di "democrazia familiare", in cui le controversie familiari ritrovino la lo-

¹⁸⁶ Art. 55 del regolamento n. 2201/2003 rubricato "Cooperazione nell'ambito di cause specifiche alla responsabilità genitoriale", lett. a).

¹⁸⁷ *Ibidem*, lett. b).

¹⁸⁸ *Ibidem*, lett. e). Funzione ausiliare dell'autorità centrale nei confronti delle autorità giurisdizionali dei Paesi membri viene prevista dall'art. 56 del regolamento che, in caso di collocamento del minore presso una famiglia affidataria o un istituto di un altro Stato membro, impone alla stessa autorità di comunicare il provvedimento all'autorità centrale di quest'ultimo. Inoltre, se in tale Stato è previsto l'intervento di un'autorità pubblica nei casi nazionali di collocamento di minori, sarà necessario che le autorità centrali dello Stato richiesto approvino lo stesso. Vedi art. 56 del Regolamento n. 2201/2003.

¹⁸⁹ Il Libro Verde della Commissione europea del 19 aprile 2002, n. 196, relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, riconosce l'esigenza di estendere i principi delle A.D.R. alle dispute familiari richiamando il concetto di "mediazione familiare". Inoltre, questa trova applicazione indipendentemente dal fatto che il rapporto si fondi sul matrimonio o meno. Cfr. G. CHIAPPETTA, *Famiglie e minori nella leale collaborazione tra le Corti*, Napoli, 2011, pp. 279-321; M.G. RUO, *I diritti dei minori e il ruolo del mediatore*, in A. CAGNAZZO (diretto da), *La mediazione familiare*, Torino, 2012, pp. 337-379.

¹⁹⁰ Cfr. S. CHIARAVALLOTTI, G. SPADARO, *L'interesse del minore nella mediazione familiare*, Milano, 2012, pp. 111-173; F.P. OCCHIOGROSSO, *La mediazione nella giustizia minorile*, in *Minorigiustizia*, n. 1, 2008, pp. 161-191.

ro ricomposizione nell'interesse del minore e al di fuori dei conflitti esasperati della contesa dei figli¹⁹¹.

In tale direzione la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei bambini del 1996, che promuove il ricorso alla mediazione e ad ogni altro metodo di soluzione dei conflitti atto a raggiungere un accordo, al fine di prevenire e risolvere le controversie, ed evitare che i minori siano coinvolti nei procedimenti giudiziari. In particolare, all'art. 13 (rubricato "Mediazione ed altri metodi di risoluzione dei conflitti") impone agli Stati contraenti di incoraggiare l'attuazione della mediazione per raggiungere un accordo nei casi in cui si ritenga opportuno¹⁹².

Con la raccomandazione del 21 gennaio 1998 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa¹⁹³ si afferma invece, la necessità di applicare la mediazione alle dispute familiari essendo queste controversie "particolari, poiché coinvolgono persone che avranno rapporti interdipendenti e continui". La mediazione risulta, dunque, uno strumento appropriato di risoluzione dei conflitti familiari; descritto nei dettagli come "un procedimento strutturato ove due o più parti di una controversia tentano, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima e con l'assistenza di un mediatore". Quest'ultima figura, si intende quale terzo ed imparziale rispetto alle parti del conflitto, atto a garantire la libertà delle stesse di autodeterminarsi. Sicché, in occasione di una successiva raccomandazione del 25 novembre 2003¹⁹⁴, si ritiene che la mediazione abbia quale scopo

¹⁹¹ V. R. CIFARIELLO, *La mediazione internazionale*, in AA. VV., *Le controversie ...*, cit., pp. 271-280. Importante ricordare che, pur se molto spesso i termini mediazione e conciliazione vengono utilizzati come sinonimi si tratta di strumenti differenti. Il ruolo del mediatore è, infatti, quello di assistere i soggetti in contrasto nella risoluzione della contesa, senza alcuna possibilità di adottare delle decisioni, né tantomeno di imporne il rispetto.

¹⁹² Nel nostro ordinamento non vi è una disciplina espressamente dedicata alla mediazione familiare, tuttavia, la legge 285/1997 recante "Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza" ed istitutiva di un Fondo nazionale per l'Infanzia e l'Adolescenza diretto alla realizzazione di interventi a livello nazionale, regionale e locale a sostegno del minore, prevede all'art. 4 lett. i), tra i servizi di sostegno alla relazione genitori-figli anche "i servizi di Mediazione familiare e di consulenza per le famiglie e minori al fine del superamento delle difficoltà relazionali". Similmente, la legge n. 154/2001 sulle "Misure contro la violenza nelle relazioni familiari", all'art. 342.ter c.c., comma 2, prevede che il giudice possa disporre l'intervento dei servizi sociali o di un centro di mediazione familiare.

¹⁹³ Raccomandazione R (98)1 del 21 gennaio 1998 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

¹⁹⁴ Raccomandazione 1639 (2003) del 25 novembre 2003 del Consiglio d'Europa recepita dal Comitato dei Ministri il 16 giugno 2004.

principale “non quello di alleggerire il carico dei tribunali, ma di ristabilire, con l’aiuto di un professionista, la carenza di comunicazione tra le parti”¹⁹⁵, favorendo “il raggiungimento di una conclusione accettabile per i soggetti interessati senza discutere in termini di colpa o di responsabilità”¹⁹⁶.

Inoltre, la Convenzione sulle relazioni personali che riguardano i fanciulli, firmata a Strasburgo il 15 maggio 2003 del Consiglio d’Europa¹⁹⁷, all’art. 7 dedicato alla “Risoluzione delle controversie in materia personale”, prevede in tali casi «le autorità giudiziarie devono adottare tutte le misure appropriate per incoraggiare i genitori e le altre persone che hanno dei legami familiari con il fanciullo a raggiungere gli accordi amichevoli a proposito delle relazioni personali con quest’ultimo, in particolare, facendo ricorso alla mediazione familiare e ad altri metodi di risoluzione delle controversie».

D’altra parte, il legislatore europeo nella direttiva 2002/8/CE del Consiglio dell’Unione Europea del 27 gennaio 2003¹⁹⁸, volta a migliorare l’accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere attraverso la determinazione di regole minime comuni relative all’assistenza giudiziaria, prevede che quest’ultima debba essere concessa alle stesse condizioni, sia nelle procedure giudiziarie tradizionali, che nelle procedure extragiudiziarie, quali la mediazione¹⁹⁹.

La mediazione familiare costituisce dunque un valido mezzo di risoluzione delle controversie scaturenti dalla crisi della coppia ed, in particolare quale fine alle contese che possono coinvolgere i figli in procedimenti giurisdizionali destinati a protrarsi nel tempo in netto contrasto con l’esigenza di garantire il benessere del

¹⁹⁵ Similmente, la raccomandazione 10 (2002) del 18 settembre 2002 del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa.

¹⁹⁶ Il Libro Verde della Commissione europea del 19 aprile 2002, n. 196, relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, riconosce l’esigenza di estendere i principi delle A.D.R. alle dispute familiari richiamando il concetto di “mediazione familiare”.

¹⁹⁷ STCE n. 192, in vigore dal 1° settembre 2005. Non ancora ratificata dall’Italia.

¹⁹⁸ Pubblicata in *GUCE*, L26/41 del 31 gennaio 2003.

¹⁹⁹ La direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione civile e commerciale, pone quale obiettivo il favorire l’accesso alla risoluzione alternative delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime, garantendo un’equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario. Esula tuttavia, dal proprio ambito di applicazione la mediazione familiare.

minore²⁰⁰. In un tal contesto, l'istituto della mediazione potrebbe rivelarsi anche un utile strumento di prevenzione del fenomeno della sottrazione di minori, favorendo il raggiungimento di un accordo fra i genitori e al contempo, il perseguimento degli interessi del fanciullo²⁰¹. Il ricorso ad una procedura flessibile, che si adatta completamente alle esigenze dei singoli casi è in grado di favorire - in un contesto informale - la risoluzione delle contese tra genitori aventi ad oggetto la responsabilità genitoriale.

Allo stesso modo, la mediazione può svolgere un ruolo importante nel caso della sottrazione internazionale di minori «per garantire che il bambino possa continuare a vedere il genitore che chiede il suo ritorno dopo la sottrazione e avere contatti con il genitore che ha posto in essere l'atto illecito dopo il rientro del minore nello Stato membro d'origine». Al contempo, i meccanismi della mediazione familiare possono considerarsi utili sostegni nel facilitare il ritorno del minore in modo veloce e sicuro. Inoltre, ulteriore vantaggio del ricorso alla mediazione familiare è sicuramente il profilo economico della stessa; i costi sono di fatti inferiori a quelli previsti per i procedimenti giurisdizionali.

L'opportunità di ricorrere a meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie, specie di quelle concernenti la responsabilità genitoriale e nella specie il trasferimento illecito del minore, è affermata infatti nel regolamento n. 2201/2003 e dalla Convenzione dell'Aja del 1980; in particolare, quest'ultima attraverso la redazione di una “*Guide to Good Practice*“ della mediazione familiare²⁰², ha ten-

²⁰⁰ V. R. PAWLOWSKI, *Alternative dispute resolution for Hague Convention Child custody disputes*, in *Family Court Review*, vol. 45, n. 2, April 2007, pp. 302-321; S. VIGERS, *Mediating International Child Abduction Cases, The Hague Convention*, Oxford and Portland, Oregon, 2011; A. MANCINI, *Le déplacement illicite international des enfants et le role de la Mission d'aide à la médiation internationale pour les familles*, in *Era-Forum*, 1, 2003, pp. 121-125.

²⁰¹ «*Note on the development of mediation, conciliation and similar means to facilitate agreed solutions in transfrontier family disputes concerning children especially in the context of the Hague Convention of 1980*». V. S. VIGERS, (former Legal Officer of the Permanent Bureau), Prel. Doc. No 5 of October 2006, for the attention of the “*Fifth Meeting of the Special Commission to review the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*” (The Hague, 30 October – 9 November 2006).

²⁰² Hcch, *Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction- Mediation*, The Hague, 2012. Il testo integrale è disponibile all'indirizzo web: http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2780. Sull'importanza di garantire i rapporti tra genitori e figli si veda Hcch, *General Principles and Guide to Good Practice, Hague Conference on Private International Law “Transfrontier Contact*

tato di incrementarne - così come di facilitarne - il ricorso. Nella stessa, oltre a descriverne i vantaggi, vengono ad esser posti in luce anche i possibili rischi che un utilizzo distorto di tale strumento di risoluzione delle liti potrebbe produrre nelle questioni concernenti la sottrazione internazionale di minori.

Il concetto di fondo risulta essere che non tutte le questioni relative le controversie familiari possono essere risolte attraverso il ricorso alla mediazione; alcune specifiche circostanze dei singoli casi, infatti, richiedono il necessario ricorso alle procedure giurisdizionali. Inoltre, la realizzazione degli obiettivi a cui è preposta la mediazione familiare richiede, innanzitutto “*the physical or psychological integrity*” delle parti, a garanzia della mancanza di pressioni di qualunque genere sul consenso espresso nell’accordo durante il meccanismo conciliativo. Ugualmente, il mediatore familiare non avrà, in materia di ascolto del minore, i medesimi poteri riservati alle autorità giudiziarie nell’adozione di decisioni che lo coinvolgono.

Per di più, è importante che il processo di mediazione non sia utilizzato per ritardare indebitamente il ritorno del bambino»²⁰³ e che lo stesso venga preso in considerazione quale strumento complementare alla risoluzione delle controversie coinvolgenti il minore e non alternativo rispetto il procedimento giudiziario. In tal senso, la mediazione distorcerebbe lo scopo stesso della Convenzione dell’Aja diretto a ripristinare lo *status quo ante* attraverso l’immediato rientro del minore.

Infine, il ricorso alla mediazione familiare nei casi di sottrazione internazionale di minori, richiede specifiche competenze del mediatore, il quale si troverà ad operare nell’ambito della mediazione internazionale e, dunque, fra differenti sistemi giuridici, culturali e linguistici²⁰⁴. Inoltre, i rischi che l’accordo raggiunto durante il tentativo di mediazione non sia efficace nei singoli ordinamenti giuridici è molto alto, e pertanto, dovranno trovare una costante applicazione le norme di diritto internazionale privato

Concerning Children”, The Hague, 2008, reperibile all’indirizzo web: http://www.hcch.net/upload/guidecontact_e.pdf.

²⁰³ Si veda: *Hcch, Guide to Good Practice under the Hague Convention ...*, cit., p. 45.

²⁰⁴ Il mediatore familiare dovrà, inoltre, svolgere la sua attività in stretta collaborazione con le autorità centrali nei casi di sottrazione internazionale di minori. Cfr. *Hcch, Guide to Good Practice under the Hague Convention ...*, cit., par. 2.2, p. 30 ss.

CAPITOLO III

LA RICHIESTA DI RIENTRO DEL MINORE ILLECITAMENTE SOTTRATTO E I CASI DI RIFIUTO

SOMMARIO: 1. Le procedure di rientro del minore illecitamente sottratto - 2. I motivi di non riconoscimento dei provvedimenti in materia di responsabilità genitoriale e le cause ostative al rientro del minore - 3. (segue) L'ascolto del minore - 4. L'adozione di misure cautelari - 5. I profili penalistici della sottrazione internazionale di minori. Brevi cenni.

1. Le procedure di rientro del minore illecitamente sottratto.

La normativa civilistica diretta alla risoluzione dei casi di sottrazione internazionale di minori – così come posta dalla Convenzione dell'Aja del 1980 e dal regolamento n. 2201/2003 - è finalizzata essenzialmente ad ottenerne il rientro nello Stato di residenza abituale nel rispetto dei suoi “*best interests*”.

A garanzia del diritto di affidamento e a fronte della domanda di restituzione del minore illecitamente trasferito o trattenuto, sorge nei confronti delle autorità giudiziarie o amministrative dello Stato richiesto l'obbligo di predisporre l'immediato rientro (artt. 12, comma 1 della Convenzione dell'Aja²⁰⁵ e 11, par. 1 del regolamento n. 2201/2003). Al contempo, tale obbligo è garantito, da un lato, dal principio che vieta allo Stato richiesto di deliberare sul merito

²⁰⁵ L'art. 12 della Convenzione dispone il ritorno del minore «di anni 16» illecitamente trasferito o trattenuto in uno Stato diverso da quello di sua abituale residenza, prevedendo che qualora «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». Aggiungendo al secondo comma che: «L'autorità giudiziaria o amministrativa, benché adita dopo la scadenza del periodo di un anno di cui al capoverso precedente, deve ordinare il ritorno del minore, a meno che non sia dimostrato che il minore sia integrato nel suo nuovo ambiente».

dell'affidamento dopo aver ricevuto la notizia della sottrazione²⁰⁶ e, dall'altro, dalla circostanza per la quale tale obbligo non viene meno per il solo fatto che una decisione relativa all'affidamento sia stata adottata o sia passibile di riconoscimento nello Stato richiesto²⁰⁷. Secondo l'art. 12 della Convenzione dell'Aja, dunque, il giudice del luogo nel quale il minore è stato trasferito se adito entro l'anno dall'illecito trasferimento, «ordina il suo ritorno immediato» (par. 1) e se adito oltre l'anno «deve ordinare il ritorno del minore a meno che non sia dimostrato che lo stesso si è integrato nel nuovo ambiente» (par. 2). L'applicazione di tali previsioni trovano delle eccezioni nel successivo art. 13 della Convenzione del 1980 e, ad integrazione delle medesime, nell'art. 11 del regolamento n. 2201/2003.

Come accennato, le disposizioni della Convenzione sono integrate da quelle del regolamento 2201/2003 che tende a rafforzare la prospettiva del ritorno del minore prevedendo obblighi procedurali che riducono la discrezionalità dell'autorità giurisdizionale dello Stato e, al contempo, una disciplina applicabile nelle ipotesi in cui il giudice disponga il non ritorno del minore²⁰⁸. Tali integrazioni e specificazioni sono state ritenute opportune per l'alto grado di integrazione e cooperazione esistente fra gli Stati membri dell'Unione europea e sono espressamente autorizzate dall'art. 36 della Convenzione stessa²⁰⁹.

In tal senso, le principali novità attengono l'audizione del minore (art. 11, par. 2); la durata del procedimento (art. 11, par. 3); il ritorno garantito pur in presenza di un grave rischio (art. 11, par. 4); l'assenza della possibilità di audizione del richiedente (art. 11, par. 5); l'obbligo di comunicare la decisione di rigetto adottata

²⁰⁶ L'art. 16 della Convenzione dell'Aja afferma che: «Dopo aver ricevuto notizia del trasferimento illecito di un minore o del suo mancato ritorno ai sensi dell'art. 3, le autorità giudiziarie o amministrative dello Stato contraente nel quale il minore è stato trasferito o è trattenuto, non potranno deliberare per quanto riguarda il merito dei diritti di affidamento, fino a quando non sia stabilito che le condizioni della presente Convenzione, relativa al ritorno del minore sono soddisfatte, a meno che non venga presentata istanza, in applicazione della presente Convenzione, entro un periodo di tempo ragionevole a seguito della ricezione della notizia».

²⁰⁷ Ciò nonostante, secondo l'art. 17 della Convenzione dell'Aja, l'autorità adita può prendere in considerazione le motivazioni poste a fondamento della decisione nell'applicare la Convenzione.

²⁰⁸ R. BARATTA, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale ...*, cit., p. 178 ss.

²⁰⁹ L'art. 36 della Convenzione dell'Aja del 1980 prevede che: «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 suscettibile di implicare tali restrizioni».

sulla base dei motivi previsti dall'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980 alle autorità dello Stato d'origine (art. 11, par. 6) e l'introduzione, a seguito di tale comunicazione, di un particolare procedimento dinanzi alle autorità dello Stato d'origine avente per oggetto la questione di affidamento del minore (art. 11, par. 7). Infine, l'aspetto decisamente più innovativo in materia è costituito dalla possibilità, riconosciuta al giudice di residenza abituale, in presenza di un diniego al rientro, di emanare un provvedimento esecutivo nell'ordinamento dello Stato richiesto con cui intimare il ritorno del minore. Si tratta, dunque, di una decisione destinata ad essere esecutiva in uno Stato membro le cui autorità avevano rifiutato il trasferimento (art. 11, par. 8 del regolamento)²¹⁰. In particolare, come sarà evidenziato nell'esame delle disposizioni, il legislatore europeo ha voluto rimarcare la posizione del giudice di residenza abituale del minore quale "giudice naturale" dei casi di sottrazione illecita, prospettando la sostituzione di una pronuncia dello stesso - che disponga il rientro del minore - ad una precedente e contraria decisione dello Stato richiesto.

L'art. 11 del regolamento 2201/2003, dunque, dispone taluni requisiti, quali la rapida trattazione della domanda allo scopo di evitare che il trascorrere del tempo possa legittimare la posizione illecita scaturita dalla sottrazione e il principio del contraddittorio, imponendo tra l'altro, l'audizione del minore e della persona che ne ha chiesto il ritorno. La celerità riguarda l'emanazione del provvedimento che ordina il rientro del minore ma, al contempo, la possibilità di ricorrere allo strumento del rinvio pregiudiziale d'urgenza²¹¹. Il procedimento pregiudiziale

²¹⁰ Come rilevato in dottrina, tale previsione permette – in alcuni casi - di superare i «dannosi nazionalismi» a difesa dei propri cittadini da parte dei giudici interni, ma soprattutto permette che vengano rispettate le norme che definiscono la competenza del giudice come delineate dall'art. 10 del regolamento, che individua l'autorità dello Stato di residenza abituale del minore giudice «naturale» di tali questioni. Cfr. G. DE MARZO, *Questioni controverse in tema di ordine di rientro dei minori illecitamente sottratti in ambito europeo*, in *Famiglia e diritto*, n. 1, 2010, pp. 43-49; M. DISTEFANO, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori*, cit., p. 104. In tal senso, la nostra Corte di Cassazione, sentenza del 14 luglio 2010, n. 16549. Più approfonditamente *infra*.

²¹¹ M. FRAGOLA, *Il primo rinvio pregiudiziale «d'urgenza»: il caso Rinau*, in *Rivista di diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n. 4, 2008, p.1 ss.; C. HONORATI, *Il nuovo procedimento pregiudiziale d'urgenza per i rinvii relativi allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 2, 2008, p. 625 ss.; P. BIAVATI, *Una recente applicazione del procedimento pregiudiziale europeo*

d'urgenza, da non confondersi con le forme di applicazione della tutela cautelare, trova applicazione nelle materie riguardanti la cooperazione in materia civile e penale. Lo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea è stato modificato con l'inserimento dell'art. 23 *bis*, secondo il quale, per i rinvii pregiudiziali concernenti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia può essere previsto un procedimento d'urgenza²¹² ed, a seguito di tale modifica, è stato introdotto l'art. 104 *ter* del regolamento di procedura della Corte di giustizia, divenuto a seguito dell'ultima modifica del regolamento art. 107²¹³.

Inoltre, la norma fissa un termine di sei settimane per emanare il provvedimento imponendo agli Stati di usare «le più rapide procedure nazionali previste dalla legislazione interna». Le stesse esigenze di rapidità impongono che la decisione sia esecutiva entro lo stesso termine e che essa sia esecutiva anche in pendenza di appello, negando la stessa possibilità di proporre appello, oppure prevedendo che quest'ultimo debba concludersi entro le sei settimane dalla domanda²¹⁴.

d'urgenza in materia di trasferimento illecito di minore, in *Famiglia e Diritto*, n. 5, 2010, pp. 444-448; A. TIZZANO, B. GENCARELLI, *La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice de l'Union Européenne*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009;

. Cfr., inoltre, Nota informativa della Corte di Giustizia del 5 dicembre 2009, C-297/01 *riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali*, in GUUE C-297/5, del 5 dicembre 2009, in part. par. 32 ss.

²¹² L'art. 23 *bis* dello Statuto prevede: «nel regolamento di procedura possono essere previsti un procedimento accelerato e, per i rinvii pregiudiziali relativi allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, un procedimento d'urgenza. Tali procedimenti possono prevedere, per il deposito delle memorie o delle osservazioni scritte, un termine più breve di quello previsto all'art. 23 lett. e), e in deroga all'articolo 20, comma quarto, la mancanza di conclusioni dell'avvocato generale. Il procedimento d'urgenza può prevedere, inoltre, la limitazione delle parti e degli altri interessati di cui all'art. 23 autorizzati a depositare memorie ovvero osservazioni scritte e, in casi di estrema urgenza, l'omissione della fase scritta del procedimento».

²¹³ Il Capo III del Regolamento di procedura della Corte di giustizia (modificato il 29 settembre 2012 e pubblicato in GUUE n. L-265/1) è rubricato "Rinvio pregiudiziale d'urgenza" (dall'art. 107 all'art. 114). L'art. 107, in particolare, definisce l'ambito di applicazione del rinvio pregiudiziale d'urgenza stabilendo: « 1. Un rinvio pregiudiziale che sollevi una o più questioni relative ai settori previsti dal titolo V della parte terza del trattato sul funzionamento dell'Unione europea può essere trattato, su domanda del giudice del rinvio o, in via eccezionale, d'ufficio, con procedimento d'urgenza in deroga alle disposizioni del presente regolamento. 2. Il giudice del rinvio espone le circostanze di diritto e di fatto che comprovano l'urgenza e giustificano l'applicazione di tale procedimento derogatorio e indica, per quanto possibile, la risposta che esso propone alle questioni pregiudiziali. 3. Se il giudice del rinvio non ha chiesto l'applicazione del procedimento d'urgenza, il presidente della Corte, qualora il ricorso a tale procedimento sembri imporsi *prima facie*, può chiedere alla sezione indicata dall'articolo 108 di verificare la necessità di trattare il rinvio secondo detto procedimento».

²¹⁴ V. *Guida pratica sull'applicazione del regolamento (CE) n. 2201/2003*, cit., p. 35. Nella quale si aggiunge che: «Le procedure sopra descritte possono applicarsi *mutatis mutandis* anche ai prov-

In tal contesto, la previsione a livello europeo di una disciplina uniforme diretta ad individuare il giudice competente, ha permesso allo stesso legislatore di creare un sistema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale fondato sulla reciproca fiducia tra gli Stati e le amministrazioni e che esula da qualsiasi riesame posto in essere dallo Stato membro richiesto. Sarà dunque, immediatamente riconosciuta una decisione di rientro del minore ottenuta dal genitore affidatario²¹⁵, senza la possibilità per le autorità richieste di statuire sul diritto di affidamento.

Il regolamento n. 2201/2003, con il termine “decisione” sembra far riferimento ai provvedimenti aventi carattere decisorio nelle materie da esso trattate, prescindendo dalla denominazione scelta. In tal senso, l’utilizzo dello stesso nell’art. 21 del regolamento che ne statuisce il principio del riconoscimento automatico, congiuntamente alla possibilità di sospendere il procedimento di richiesta di riconoscimento di un provvedimento, qualora essa sia stata impugnata con un mezzo ordinario, lascia intendere (all’art. 27) che qualsiasi decisione, prescindendo dal suo carattere definitivo, sia oggetto di riconoscimento automatico negli Stati membri dell’Unione europea²¹⁶.

La previsione del riconoscimento automatico non impedisce, tuttavia, di avanzare una richiesta di accertamento giudiziale della sussistenza o meno dei requisiti sui quali si basa lo stesso riconoscimento ai sensi dell’art. 21, par. 3. La presunzione dei requisiti necessari, infatti, giustifica il riconoscimento automatico delle decisioni mantenendo fermo, ciò nonostante, la facoltà del soggetto avente l’interesse, affinché la decisione non produca effetti nello Stato richiesto, di proporre un’azione di non riconoscimento della decisione. La medesima facoltà viene riconosciuta, nell’articolo sopra richiamato, anche allo scopo di ottenere il risultato opposto, ovvero il riconoscimento della decisione, eliminando il rischio di suc-

vedimenti che impediscono il ritorno del minore per minimizzare i rischi di procedimenti paralleli e di decisioni contraddittorie. Una situazione simile può sorgere quando una parte appella una decisione che si oppone al ritorno emessa prima della scadenza del termine di sei settimane e, nel contempo, richiede a giudice di origine competente di esaminare il caso».

²¹⁵ Con l’espressione “riconoscimento” si intende l’attribuzione nello Stato richiesto degli effetti di accertamento e costitutivi che discendono dalla decisione resa in altro Stato membro.

²¹⁶ S. SCARAFONI, *op. cit.*, p. 353 ss.

cessive contestazioni. La proposizione di una domanda di riconoscimento del provvedimento reso in un altro Stato membro, dunque, può anche esser posta al fine di risolvere anticipatamente qualsiasi conflitto che potrebbe insorgere, non escludendo un'azione in tal senso in via incidentale.

Per l'individuazione del giudice competente e della relativa procedura, l'art. 21, par. 3, comma 2 rinvia agli Stati membri ai sensi dell'art. 68 del regolamento²¹⁷ con l'onere di darne comunicazione alla Commissione europea. Per l'Italia, l'organo giurisdizionale competente per l'istanza di riconoscimento della decisione o della contestazione di quest'ultimo²¹⁸, è la Corte d'Appello del luogo di residenza abituale del minore cui l'istanza si riferisce²¹⁹. Il procedimento si articola in due fasi: nella prima, la Corte d'Appello verifica «senza indugio» se ricorrono cause ostative al riconoscimento senza instaurare il contraddittorio a meno che non occorra esaminare un'istanza di non riconoscimento. In tale ipotesi, il contraddittorio è garantito fin dall'avvio del procedimento in quanto - come ha stabilito la Corte di giustizia - qualora venga avanzata in via principale un'istanza di non riconoscimento, la parte convenuta è ammessa a presentare osservazioni fin dalla prima fase del procedimento. Contro il provvedimento che conclude la prima fase²²⁰, ciascuna delle parti può proporre opposizione di fronte alla stessa Corte d'Appello aprendo così, la seconda ed eventuale fase. Avverso la pronuncia della

²¹⁷ L'art. 68 del regolamento afferma che: «Gli Stati membri comunicano alla Commissione gli elenchi dei giudici e dei mezzi d'impugnazione di cui agli articoli 21 [...]».

²¹⁸ L'art. 37 del regolamento prevede che alle relative domande debbano essere allegati la copia autentica della sentenza ed un certificato rilasciato dall'autorità dello Stato membro d'origine che ha emesso la pronuncia, redatto secondo il modello *standard* di cui all'allegato II al regolamento, se la decisione riguarda la materia della responsabilità genitoriale (art. 37 del regolamento). Mentre, agli stessi va aggiunto, qualora si tratti di una decisione emessa in contumacia del convenuto, l'originale o la copia autenticata del documento comprovante l'avvenuta notificazione o comunicazione al contumace della domanda introduttiva o un documento comprovante che il convenuto ha inequivocabilmente accettato la decisione (art. 37, par. 2).

²¹⁹ V. «Informazioni relative ai giudici e ai mezzi di impugnazione conformemente all'art. 68 del regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000», pubblicato in *GUUE*, n. C-40 del 17 febbraio 2005.

²²⁰ La prima fase non rappresenta un procedimento di volontaria giurisdizione ma integra gli estremi di un vero e proprio giudizio di cognizione, il cui carattere contenzioso giustifica il fatto che le spese di tale fase devono essere sostenute dalla parte soccombente.

Corte d'Appello è possibile, inoltre, proporre ricorso per Cassazione, quale mezzo d'impugnazione previsto dall'art. 34.

L'esecuzione delle decisioni sul diritto di visita e sul ritorno del minore, invece – in deroga alla disciplina generale concernente i provvedimenti relativi alla responsabilità genitoriale²²¹ – non necessita di alcuna procedura di *exequatur*²²². La stessa è quindi subordinata alla semplice esibizione di una copia della decisione «che presenti le condizioni di autenticità prescritte» e di un certificato in parte soggetto all'obbligo di traduzione (art. 45)²²³. A quest'ultimo, redatto secondo il modello *standard* contenuto in appositi allegati al regolamento, va accluso al documento stilato dal giudice d'origine. La pronuncia “certificata” mira ad attestare che il diritto di difesa è stato garantito²²⁴, ovvero che sia stato assicurato al minore la possibilità di partecipare al procedimento, qualora ciò non sia contrario alla sua età o grado di maturità²²⁵.

L'efficacia automatica di tali decisioni è subordinata all'esecutività della stessa nello Stato membro d'origine, salvo che le autorità giurisdizionali non dichiarino esecutivo il provvedimento stesso (artt. 41, par. 1, comma 2 e 42, par. 1, comma

²²¹ G. PERONI, *Ricorso in Cassazione per i provvedimenti di volontaria giurisdizione e regolamento (CE) n. 2201/2003*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 1, 2009, pp. 85-98. Cfr. O. FITTIPALDI, *Regolamento CE 2201/2003 ed esecuzione delle decisioni di modifica dell'affidamento di un minore trasferito all'estero: tuttora si rende necessario l'exequatur del giudice straniero*, in *Famiglia e diritto*, n. 7, 2007, pp. 697-705.

²²² S. TONOLO, *La sottrazione dei minori nel diritto processuale civile europeo: il regolamento Bruxelles II bis ...*, cit., p. 87 ss. Cfr., sul tema: R. ARENAS GARCIA, *Abolition of exequatur: problems and solutions*, in A. BONOMI, G.P. ROMANO (Eds.), *Yearbook of Private International Law*, vol. 12, 2010, pp. 351- 375.

²²³ Qualora la questione verta sin dall'atto della pronuncia su di un caso transfrontaliero, il certificato è rilasciato d'ufficio quando la stessa diviene esecutiva, mentre se il caso assume tale carattere solo successivamente, il certificato è rilasciato su richiesta di una delle parti (art. 41, par. 3).

²²⁴ L'art. 41 par. 2, lett. a); b) e c). In particolare attraverso la lett. a), la norma tutela il diritto del soggetto contumace di esser posto nelle condizioni di partecipare al procedimento, prospettando il rilascio del certificato solo nel caso in cui «la domanda sia stata notificata o comunicata in tempo utile e in modo che lo stesso possa presentare le proprie difese», mentre qualora tali aspetti non siano stati rispettati è sufficiente che il convenuto abbia «accettato inequivocabilmente la decisione».

²²⁵ A queste vanno ad aggiungersi, nel certificato sul ritorno del minore, le dichiarazioni del giudice d'origine circa la specificazione dei motivi e degli elementi di prova che lo hanno indotto ad adottare il provvedimento e delle eventuali misure prese per assicurare la protezione del minore dopo il suo ritorno nello Stato della residenza abituale (art. 42, par. 2).

2)²²⁶. Il certificato di esecutività non è impugnabile, trattandosi di un atto dovuto e non autonomo che trova il proprio fondamento nella decisione che si vuole eseguire²²⁷. Tuttavia, il certificato è rettificabile per errori materiali secondo le norme dello Stato d'origine (art. 43)²²⁸. Esso, inoltre, è destinato a perdere effetto se la decisione è annullata o modificata nell'ordinamento di origine, in quanto trattandosi di un atto non autonomo, il certificato non può avere effetti ulteriori rispetto a quelli contenuti nella decisione stessa.

Quanto alle modalità di esecuzione, il regolamento n. 2201/2003 stabilisce che le decisioni dichiarate esecutive nello Stato d'esecuzione o munite di certificato nello Stato d'origine devono essere eseguite secondo le medesime regole che si applicherebbero se la decisione fosse stata pronunciata nello Stato richiesto (art. 47). Nel nostro ordinamento, dunque, competente a curare l'esecuzione dei provvedimenti di tali provvedimenti pronunciati in uno Stato membro è il Tribunale ordinario del luogo dove risiede il minore, nel caso in cui la decisione è adottata nel corso di una causa matrimoniale; e il Tribunale per i minorenni negli altri casi, mentre l'*iter* dell'esecuzione deve avvenire "per via breve"²²⁹. In tal senso, il disposto dell'art. 26 del regolamento, per il quale vige il divieto di riesame nel meri-

²²⁶ Le decisioni "certificate" sono, dunque, equiparate, ai fini dell'esecuzione, a quelle pronunciate nello Stato dell'esecuzione e le norme interne di tale Stato disciplinano il procedimento stesso (art. 47, par. 1). Esso sarà svolto alle stesse condizioni che si applicherebbero se la decisione fosse stata pronunciata in tale Stato membro richiesto (art. 47, par. 2).

²²⁷ V. considerando 24 del regolamento n. 2201/2003. Tale previsione, pur garantendo la celerità dei procedimenti, potrebbe condurre al rischio di pregiudicare esigenze di difesa consacrate nelle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (artt. 6 e 13) e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 47). In tal senso, in dottrina è stata sostenuta l'ammissibilità dell'utilizzo dell'opposizione all'esecuzione (ex art. 615 c.p.c.) per i casi di erroneo rilascio del certificato, quale per esempio la non esecutività della decisione. Cfr., G. BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario* ..., cit.

²²⁸ V. Corte di giustizia, sentenza dell'11 luglio 2008, *Rinau*, causa C-195/08. Cfr. M. CASTELLANETA, *L'atto è possibile se lo Stato di esecuzione si è espresso contro il ritorno del bambino*, in *Guida al diritto*, n. 31, 2008, pp. 121-122.

²²⁹ Si tende in tal modo ad affidare al giudice del processo di cognizione anche la funzione di giudice dell'esecuzione; evidenziando una compenetrazione fra i due giudizi che rende lo schema in via breve il più idoneo a regolare l'esecuzione dei provvedimenti di affidamento in generale. Infatti, per le decisioni nazionali l'art. 709 *ter* c.p.c., rinvia al giudice che adotta il provvedimento di affidamento, la competenza ad indicare anche le modalità da seguire per darvi attuazione e nominare gli ausiliari incaricati di curare l'esecuzione stessa. Qualora il giudice non provveda in tal senso, o nel corso dell'esecuzione sorgano difficoltà, le parti potranno ricorrere al giudice della cognizione perché vi provveda, previa instaurazione del contraddittorio. Cfr. E. CANAVESE, *L'esecuzione dei provvedimenti concernenti la persona del minore*, in L. LENTI (a cura di), *Tutela civile del minore* ..., cit., pp. 197-255, in part. p. 218 ss.

to si ritiene non impedire «ai giudici dello Stato richiesto di adottare provvedimenti nuovi a tutela dei minori, divenuti necessari a seguito di situazioni sopravvenute». Si considera, pertanto, che l'autorità nazionale dovrà astenersi dal riesaminare nel merito quanto deciso nello Stato richiedente, ma potrà se del caso adottare nuovi provvedimenti in presenza di situazioni nuove che coinvolgano i minori, a condizione tuttavia, che gli stessi abbiano trasferito la propria residenza abituale sul territorio italiano²³⁰.

Infine, per completezza, va ricordato che l'esecuzione dei provvedimenti relativi all'affidamento adottati da Autorità straniere in virtù della Convenzione di Lussemburgo del 1980 e della Convenzione dell'Aja del 1980 e riguardanti l'ordine di rimpatrio del minore o il ripristino del diritto di visita, è affidata al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni, il quale può avvalersi dei servizi minorili dell'Amministrazione della giustizia. Ai sensi dell'art. 4, comma 4° della l. n. 64/1994, invece, l'attuazione dei provvedimenti di affidamento adottati dall'autorità straniera ai sensi della Convenzione dell'Aja del 1961 è affidata al giudice tutelare del luogo ove il minore risiede. Infine, secondo l'art. 42 della legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato²³¹ - che fa proprie le disposizioni della Convenzione dell'Aja del 1961 - anche per i provvedimenti concernenti l'affidamento adottati da autorità di Stati non contraenti delle Convenzioni prima illustrate, la competenza nell'esecuzione spetta al giudice tutelare.

2. I motivi di non riconoscimento dei provvedimenti in materia di responsabilità genitoriale e le cause ostative al rientro del minore.

²³⁰ E. CANAVESE, *op. cit.*, p. 246 ss.

²³¹ L'art. 42 rubricato "Giurisdizione e legge applicabile in materia di protezione dei minori" della Legge n. 218, del 31 maggio 1995 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato), estende l'applicazione delle disposizioni contenute nella Convenzione del 1961 anche agli Stati che non sono parte della stessa. Sugli aspetti problematici di una normativa ormai superata e sull'esigenza di una riforma del nostro diritto internazionale privato si rinvia *ex multis*: R. CLERICI, *Sulla riforma dell'art. 42 della legge n. 218/1995*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3, 2011, pp. 642-650; C. CAMPIGLIO, *Il rapporto con i regolamenti europei e il diritto internazionale privato straniero*, *ivi*, pp. 669-671; D. DAMASCELLI, *Su taluni aspetti della legge n. 218/1995 meritevoli di riforma*, *ivi*, pp. 672-674.

In tal sistema di reciproca fiducia ed integrazione le disposizioni regolamentari prevedono dei motivi di non riconoscimento delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale, contemplati all'art. 23.

Si prevede infatti, la non riconoscibilità del provvedimento in un diverso Stato membro: *a)* se manifestamente contrario all'ordine pubblico, tenuto conto dell'interesse superiore del minore; *b)* qualora, salvo in caso d'urgenza, non sia stato ascoltato il minore «in violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato membro richiesto»; *c)* quando risultino violati i diritti della difesa; *d)* qualora non sia stato ascoltato il genitore che ritenga lesa la propria responsabilità genitoriale; *e)* se contrario ad una decisione successivamente emessa nello Stato richiesto; *f)* quando la decisione sia in contrasto con una successiva pronuncia, riconoscibile nello Stato richiesto, sulla responsabilità emanata in altro Stato membro o in paese terzo in cui il minore risieda; e infine, *g)* se la procedura sulla collocazione del minore in un altro Stato membro di cui all'art. 56 non sia stata rispettata²³².

Si sottolinea, dunque, come l'eventuale contrarietà del provvedimento alla clausola dell'ordine pubblico dovrà esser valutata tenendo conto del preminente interesse del minore (lett. *a*), che risulta condizionarne l'operatività. La medesima *ratio* giustifica l'enfasi che la norma regolamentare attribuisce all'ascolto del minore - quale diritto riconosciuto allo stesso dall'art. 12 della Convenzione Onu sui diritti del Fanciullo²³³ - imponendo al giudice dello Stato d'origine di considerare tale aspetto anche sotto la prospettiva della riconoscibilità all'estero della decisione.

Nella Convenzione di Lussemburgo del 1980 i motivi ostativi al riconoscimento e all'esecuzione fanno riferimento a due ipotesi: *i)* la contumacia del convenuto,

²³² Tale ultima ipotesi ostativa al riconoscimento di una decisione in un altro Stato membro attiene al caso in cui il provvedimento riguardi il collocamento del minore in istituto o presso una famiglia affidataria in un altro Stato membro senza «la previa consultazione dell'autorità centrale dello Stato in cui dovrebbe essere collocato il minore per verificare se sia previsto l'intervento di un'autorità pubblica e, qualora tale intervento sia previsto, per ottenere l'approvazione al collocamento; qualora non questo non sia previsto, il giudice dello Stato membro che decide deve, in ogni caso, comunicare il provvedimento all'autorità centrale dello Stato membro in cui abbia luogo il collocamento».

²³³ *Infra*, par. 3.

nel procedimento sviluppatosi nello Stato d'origine, se l'atto introduttivo del giudizio non gli è stato notificato regolarmente ed in tempo utile ovvero se l'autorità che l'ha pronunciato non sia quella dello Stato di residenza del convenuto, del minore ovvero dei genitori; *ii*) incompatibilità del provvedimento con altro esecutivo pronunciato nello Stato richiesto prima del trasferimento del minore²³⁴.

A tali disposizioni, concernenti più genericamente le decisioni sulla responsabilità genitoriale, vanno ad affiancarsi quelle riguardanti il rientro del minore illecitamente sottratto o trattenuto all'estero, che integrano, a loro volta, le cause giustificatrici del rifiuto previste dalla Convenzione dell'Aja del 1980.

Preliminarmente, occorre chiarire che il limite temporale previsto dall'art. 12 della Convenzione dell'Aja del 1980 non impedisce, trascorso un anno dal trasferimento o mancato rientro del minore, che ne sia ordinato il ritorno poiché la *ratio* è quella di richiamare l'attenzione sull'integrazione del minorenne nel nuovo ambiente. Ne discende, che una volta accertata, sulla base delle norme interne di ciascun paese, l'integrazione del minore nel nuovo Stato di residenza non vi sia più la possibilità di disporre il rimpatrio in base ad altre disposizioni della Convenzione, divenendo il caso una questione interna che potrà essere risolta dai giudici competenti in base all'art. 16 della Convenzione²³⁵.

²³⁴ Art. 9, par. 1: «Nei casi di trasferimento illegittimo [...] il riconoscimento e l'esecuzione non possono essere rifiutati se non quando: *a.* si tratta di un provvedimento pronunciato in assenza del convenuto o del suo rappresentante legale e l'atto introduttivo del giudizio o altro atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto in forma regolare ed in tempo utile affinché possa difendersi; tuttavia, tale mancata notifica o comunicazione non può costituire motivo di rifiuto di riconoscimento o di esecuzione quando la notifica o la comunicazione non abbia avuto luogo per il fatto che il convenuto ha tenuto nascosto il luogo in cui si trova alla persona che ha promosso il procedimento nello Stato d'origine; *b.* si tratta di un provvedimento pronunciato in assenza del convenuto o del suo rappresentante legale e la competenza dell'autorità che l'ha pronunciato non si basa: *i*) sulla residenza abituale del convenuto; *ii*) sull'ultima residenza abituale comune dei genitori del minore purché uno di essi vi risieda ancora abitualmente; *iii*) sulla residenza abituale del minore; *c.* se il provvedimento è incompatibile con quello relativo all'affidamento divenuto esecutivo nello Stato richiesto prima del trasferimento del minore, almeno che quest'ultimo non abbia avuto la sua residenza abituale sul territorio dello Stato richiedente nell'anno che precede il suo trasferimento». Cfr. LOWE N., *Problems relating to access dispute under the Hague Convention on International Child abduction*, in *International Journal of Law and the family*, vol. 8, n. 3, 1994, pp. 374-385.

²³⁵ La norma recita: «Dopo aver ricevuto notizia di un trasferimento illecito di un minore o del suo mancato ritorno ai sensi dell'art. 3, le autorità giudiziarie o amministrative dello Stato contraente nel quale il minore è stato trasferito o è trattenuto, non potranno deliberare per quanto riguarda il merito dei diritti di affidamento, fino a quando non sia stabilito che le condizioni della presente Convenzione, relativa al ritorno del minore sono soddisfatte, a meno che non venga presentata una

Tuttavia, allo scopo di evitare il rifiuto, a fronte della domanda di rimpatrio del minore - poiché integratosi nel nuovo Stato - si è avanzata la possibilità di bloccare o ritardare il decorso di tale periodo (*equitable estoppel*). Essa troverebbe applicazione nei casi in cui vi sono delle difficoltà nell'individuazione del luogo in cui il minore si trova e la decorrenza del termine temporale dovrebbe posticiparsi al momento in cui il bambino viene localizzato. Al contempo, l'*equitable estoppel* si differenzia dall'*equitable tolling*, che ricorre quando la mancata introduzione dell'istanza per il rientro del minore è dovuta ad errori imputabili alle autorità competenti. Entrambe le tesi sostenute in dottrina²³⁶, non hanno trovato spazio in giurisprudenza, in considerazione del fatto che, seppure molto spesso la sottrazione internazionale del minore si contraddistingue per la condotta dolosa del soggetto che la pone in essere, è al contempo necessario perseguire il reale interesse del minore che deve prescindere da scopi "sanzionatori" nei confronti del genitore che agisce illecitamente²³⁷.

Il successivo art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980 fissa le ipotesi in cui l'autorità richiesta può rifiutare il rientro del minore, prospettando in primo luogo tale possibilità qualora la persona o l'ente che si oppone al ritorno dimostri che la persona, l'istituzione o l'ente cui era affidato non esercitava effettivamente il diritto di affidamento al momento del trasferimento o del mancato rientro oppure aveva acconsentito, anche successivamente, al trasferimento o al mancato ritorno (lett. a))²³⁸. La seconda ipotesi riguarda «la sussistenza di un fondato rischio per il mi-

istanza, in applicazione della presente Convenzione, entro un periodo di tempo ragionevole a seguito della ricezione della notizia».

²³⁶ Cfr. M.H. WEINER, *Uprooting Children in the Name of Equity*, in *Fordham International Law Journal*, vol. 33, n. 2, 2010, pp. 409-486.

²³⁷ Emblematici in tal senso, i casi sottrazioni internazionale di minore dovuti alle violenze familiari perpetrate dall'altro genitore, che seppure non giustificano la condotta dolosa del soggetto "rapitore" si collocano nelle sue intenzioni nel perseguimento dell'interesse del minorenne. Ne discende, inoltre, che la condotta del soggetto agente non rileva sotto l'aspetto civilistico della sottrazione ma al più, il comportamento diretto a nascondere e a rendere irreperibile il bambino, in violazione del diritto di affidamento o di visita sono elementi valutabili in sede penale nell'accertamento di una tale responsabilità imputabile allo stesso. Cfr. M.H. WEINER, *op. cit.*, p. 453 ss.; M. DISTEFANO, *Interesse superiore del minore ...*, cit., p. 88 ss.

²³⁸ La giurisprudenza italiana ha chiarito che l'esercizio effettivo del diritto di affidamento non deve essere valutato in termini quantitativi o comparativi tra i soggetti affidatari, in quanto l'esercizio effettivo è configurabile anche quando, in caso di affidamento congiunto del minore a due genitori non conviventi, il minore passasse meno tempo con il genitore al quale è stato

nore di essere esposto, con il rientro, a pericoli fisici e psichici o ad una situazione intollerabile» (art. 13, lett. b))²³⁹.

In tale seconda eccezione, l'ampia discrezionalità dell'autorità giurisdizionale nel valutarne le condizioni compromette l'intero sistema previsto dalla Convenzione dell'Aja del 1980, in quanto l'interpretazione estensiva di tale eccezione – ed in particolare della “situazione intollerabile” - è posta dalle Corti nazionali quale motivo giustificativo del diniego della richiesta di rimpatrio²⁴⁰.

Nella prassi, infatti, il ricorso a tale eccezione è invocata molto frequentemente dal genitore che si oppone al rientro allo scopo meramente dilatorio o strumentale, per ottenere una pronuncia favorevole e consolidare la situazione creatasi a seguito della sottrazione²⁴¹.

D'altro canto, è necessario non considerare il rischio scaturente dal ritorno del minore in termini probabilistici, in modo da considerare il “trauma da distacco”²⁴² quale causa ostativa al ritorno ai sensi dell'art. 13, lett. b) della Convenzione «non dando rilievo al mero trauma psicologico o alla semplice sofferenza morale per il distacco dal genitore autore della sottrazione abusiva, a meno che tali inconvenienti non raggiungano il grado – richiesto dalla citata norma convenzionale – del pericolo psichico o dell'effettiva intollerabilità da parte del mino-

sottratto, rispetto al tempo trascorso con il genitore autore della condotta illecita. V. Corte di Cassazione, sentenza del 27 aprile 2004, n. 8000.

²³⁹ La Cassazione ha definito grave rischio «l'elevata probabilità che il minore subisca, a seguito del rimpatrio, un danno fisico o psichico, ritenendo, invece, insufficiente la semplice sofferenza morale per il distacco da uno dei genitori» (Cass., sentenza del 31 ottobre 2007, n. 22962); ugualmente, tale valutazione può basarsi sulle attitudini educative di uno dei genitori e sulla sua condizione economica (Cass., sentenza del 23 settembre 1998, n. 9499).

²⁴⁰ Allo scopo di evitare tali situazioni, la giurisprudenza italiana ha inteso in senso restrittivo l'ampia discrezionalità del giudice, ritenendo che un provvedimento negativo al rimpatrio necessiti di una prova specifica del rischio che il minore possa venirsi a trovare in una “situazione intollerabile”. A tal proposito, si dovrà tener conto: «della situazione di benessere familiare e sociale di cui il minore gode nel Paese in cui è stato condotto e non dei “meri inconvenienti” derivanti dal rimpatrio, laddove essi non raggiungano il grado di reale e concreto pericolo fisico e psichico o dell'effettiva intollerabilità». Cfr. Corte di Cassazione, sentenze del 10 febbraio 2004, n. 2474 e del 16 maggio 2004, n. 13167.

²⁴¹ Non è inusuale che, nelle more del trasferimento del minore all'estero, il genitore che pone in essere la sottrazione denunci l'altro genitore (o i suoi prossimi congiunti) per minacce o violenze, in modo da far apparire la successiva pronuncia come un gesto estremo dettato dalla necessità di salvare se stesso e il figlio da tali violenze.

²⁴² Cfr. P. CAPRI, *Esigenze psicologiche e diritti della persona minore di età nelle relazioni familiari anche sotto il profilo deontologico*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 3, 2012, pp. 1281-1294.

re»²⁴³. E ciò, ancor più in ragione del fatto che la situazione di stress psicologico e disagio cui il minore è esposto in ragione degli spostamenti cui è sottoposto, è determinata dal comportamento irresponsabile del genitore che pone in essere una tale condotta.

Della presenza di tale rischio, inoltre, deve essere fornita una prova specifica e puntuale, non generica ed eventuale²⁴⁴. L'attività istruttoria che ne deriva, è condotta perseguendo l'interesse superiore del minore, tenendo conto degli elementi emersi dall'indagine psichica svolta sul minore e sul genitore che ha posto in essere la condotta illecita, nonché sulla presenza di eventuali elementi di disagio nel contesto socio-ambientale esistente nel luogo di residenza abituale. Ne deriva, che tali accertamenti introducono inevitabilmente dei tempi supplementari nel procedimento diretto al ritorno del minore, che dovrebbe presentare i caratteri di sommarietà ed urgenza che mal si conciliano con l'analisi dell'esistenza di un rischio per il minore a seguito del rimpatrio nel Paese di residenza abituale e con il perseguimento del suo "interesse superiore".

Il sistema è completato dalla precisazione che le autorità adite possono comunque decidere di disporre il ritorno del minore (art. 18)²⁴⁵, sempre che il ritorno non

²⁴³ V. Corte di Cassazione, sentenza del 18 marzo 2006, n. 6081; sentenza del 31 ottobre 2007, n. 22962.

²⁴⁴ V. Corte di Cassazione, sentenza del 16 luglio 2004, n. 13167.

²⁴⁵ La norma così posta, non pare tuttavia creare una competenza residuale in base alla Convenzione, limitandosi a chiarire che la stessa non impedisce che il ritorno possa essere ordinato dallo Stato in cui si trova il minore in base alle proprie norme interne. M.C. BARUFFI, *Discrezionalità del giudice e rimpatrio del minore in caso di legal kidnapping*, in *Int'I Lis*, n. 2, primavera/estate, 2005, pp. 82- 86. Inoltre, per completezza si ricorda che le disposizioni della Convenzione di Lussemburgo del 1980 prevedono nel caso di sottrazione del minore di 16 anni, l'obbligo per l'Autorità centrale dello Stato richiesto di procedere immediatamente alla restituzione del fanciullo se la domanda viene proposta entro 6 mesi dall'illecito trasferimento e se sussiste un collegamento con lo Stato d'origine, senza la possibilità di opporre alcun motivo di rifiuto (art. 8). Tali motivi possono, invece, essere invocati – sempre nel caso di domanda presentata entro i 6 mesi – se non sussiste alcun collegamento particolare con lo Stato d'origine (art. 9). Ulteriori motivi di rifiuto sono: il difetto di contraddittorio in caso di giudizio contumaciale e contrasto con un anteriore provvedimento di affidamento esecutivo nello Stato richiesto. Se la richiesta di restituzione è presentata oltre i sei mesi dall'avvenuto trasferimento del minore, il suo rientro può essere rifiutato per contrasto degli effetti della decisione con i principi fondamentali del diritto di famiglia e dei minori dello Stato richiesto (art. 10, lett. a); dal manifesto contrasto della decisione originaria con l'interesse del fanciullo a causa del mutamento delle circostanze (lett. b); dalla cittadinanza o dalla residenza abituale dello stesso nel solo Stato richiesto e dal contrasto con altro provvedimento di affidamento pronunciato nello Stato richiesto (lett. c, par. i e ii).

contrasti «con i principi dello Stato richiesto sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» (art. 20). Rientrano in tale previsione, i casi in cui nello Stato richiedente vi sia un sistema giuridico di trattamento estremamente discriminatorio per l'uno o per l'altro genitore basato sul genere, sulla razza o sul proprio credo²⁴⁶.

In ambito europeo, le disposizioni regolamentari integrano la disciplina convenzionale, ed in particolare, quella dell'art. 13, nonché, al fine di scoraggiare un uso improprio della previsione contenuta alla lett. *b*), viene imposta al giudice - chiamato a pronunciarsi sulla sottrazione - un'ulteriore riflessione sull'esistenza di misure volte a consentire il rientro del minore, anche in presenza di rischi (art. 11, par. 4). L'eccezione viene pertanto, ulteriormente ristretta, prospettando l'obbligo per l'autorità giudiziaria di non rifiutare il rientro del minore per i motivi *ex art.* 13, lett. *b*) della Convenzione dell'Aja quando «sia dimostrato che sono previste misure adeguate per assicurare la protezione del minore dopo il suo ritorno»²⁴⁷. Valutazione rimessa perciò, alla discrezionalità del giudice che dovrà procedere all'accertamento dell'adeguatezza delle misure protettive predisposte. In tal contesto, a prescindere dalle difficoltà nel definire "l'adeguatezza" delle misure da adottare, la norma non si preoccupa di monitorare la condizione di vita del minore dopo il rientro, ma solo a favorire l'adozione di una decisione che preveda il ripristino della situazione precedente alla sottrazione in un'ottica cooperativa e di dialogo fra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea. Inoltre, sintomatico del principio di fiducia reciproca al quale s'ispira l'intera struttura del regolamento n. 2201/2003 è la presunta capacità delle Autorità dello Stato di residenza abi-

²⁴⁶ La terza riunione della Commissione speciale sul funzionamento della Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori ha ritenuto non interpretabile in modo omogeneo la formulazione di tale clausola, sul presupposto dell'eccezionalità del rifiuto attraverso il richiamo dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo. Si veda il Rapporto della terza riunione della commissione speciale sul funzionamento della convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, 17-21 marzo 1997, par. 16. Cfr. A. PAGOTTO, *Sottrazione internazionale di minori*, cit., p. 708 ss.

²⁴⁷ La verifica circa le misure di protezione nello Stato di origine deve essere effettuata in concreto, sulla base delle circostanze di fatto. In tale analisi, le autorità dello Stato nel quale il minore è stato trasferito potranno avvalersi della collaborazione delle autorità centrali dello Stato di origine. Cfr. L. CARPANETO, *Reciproca fiducia e sottrazione internazionale di minori nello spazio giudiziario europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 2, 2011, pp. 361-376, in part. p. 367 ss.

tuale di disporre, senza indugio, le misure necessarie per assicurare al minore, dopo il suo rientro, l'assenza di rischi da pericoli fisici o psichici. Un'eventuale diniego di rimpatrio da parte delle autorità del paese in cui è stato condotto il minore, sotteso alla mancata dimostrazione di una effettiva adozione di misure protettive prima del rientro dello stesso, da parte delle autorità dello Stato di residenza abituale, porrebbe in essere una svalutazione del principio della reciproca fiducia. Infatti, la negazione del ritorno per tale motivo equivarrebbe a sfiducia nelle capacità e prontezza delle autorità giurisdizionali dello Stato di origine nell'applicare le misure a protezione del minore²⁴⁸. È evidente tuttavia che, in tali casi, a destare perplessità è l'efficacia delle misure a protezione del minore adottate nello Stato di residenza abituale a fronte del ritorno dello stesso.

Si aggiunge - evidenziando l'attenzione del legislatore europeo alla garanzia di un contraddittorio tra le parti - che l'autorità giurisdizionale non potrà rifiutare di disporre il ritorno del minore «se la persona che ne ha fatto richiesta non ha avuto la possibilità di essere ascoltata» (art. 11, par. 5).

Attenzione riaffermata nel par. 6 dell'art. 11, qualora si precisa che le decisioni che rifiutino il ritorno del minore ai sensi dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja²⁴⁹ debbano essere comunicate, anche tramite le autorità centrali (designate ai sensi dell'art. 53 del regolamento) ovvero tramite la rete giudiziaria all'autorità giurisdizionale dello Stato membro della precedente residenza abituale, il quale deve avviare, d'ufficio e salvo che sia già stata proposta una domanda in tal senso, un procedimento per esaminare le questioni connesse al diritto di affidamento (par. 7)²⁵⁰.

²⁴⁸ Cfr. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 141 ss.

²⁴⁹ 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».

²⁵⁰ Alla luce della definizione resa dal regolamento n. 2201/2003 di “diritto di affidamento”, l'esame dello stesso - di cui all'art. 11, par. 7 - deve intendersi quale «esame, da parte del giudice della residenza abituale, dell'eventuale violazione del diritto di affidamento del titolare della responsabilità genitoriale, inteso quale diritto di intervenire nelle decisioni concernenti il luogo di residenza del minore». V. A. SALZANO, *Sui rapporti intercorrenti (e sulle reciproche implicazioni)*

In particolare, dovranno essere trasmessi sia la copia della decisione che i documenti connessi alla trascrizione delle eventuali audizioni del minore, del richiedente o di altri soggetti²⁵¹. La previsione secondo la quale la comunicazione deve avvenire entro il termine di un mese dall'emanazione, lascia intendere che non è necessaria la traduzione di tutti i documenti, ma nel caso in cui il giudice non comprenda la lingua usata nel procedimento sarà sufficiente procedere alla traduzione dei documenti principali²⁵², salve diverse previsioni del diritto processuale nazionale.

L'autorità giudiziaria dello Stato membro di origine deve informare le parti ed invitarle a "presentare le proprie conclusioni" all'autorità giurisdizionale entro tre mesi. Il regolamento rinvia alla legge nazionale per la determinazione dell'autorità giurisdizionale competente e per il rito da seguire²⁵³, prevedendo l'archiviazione del procedimento se nessuna delle parti presenta le conclusioni. L'archiviazione non preclude tuttavia, la riproposizione di eventuali domande dinanzi ai giudici competenti secondo le disposizioni del regolamento. In particolare, fin quando non si sono verificate le condizioni previste dall'art. 10, perdura la competenza dei giudici dello Stato della precedente residenza abituale. Inoltre, il procedimento è archiviato anche se il giudice dello Stato di origine decide di non ordinare il ritorno del minore, ed in tal caso, la competenza per le successive decisioni passa all'autorità giudiziaria dello Stato ove il minore è stato illecitamente trattenuto o trasferito. Nel caso opposto, nel quale il giudice disponga il rientro del minore, la

tra il cd. Regolamento di Bruxelles II bis e la Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori: per una maggiore effettiva tutela, in Il diritto di famiglia e delle persone, n. 1, 2012, pp. 102-110.

²⁵¹ Spetta al giudice che ha emesso la decisione decidere quali documenti siano rilevanti ed, a tal fine, egli deve dare una corretta rappresentazione degli elementi più importanti, sottolineando i fattori che hanno influenzato la decisione. In generale, ciò comprende i documenti sui quali il giudice ha basato la sua decisione, inclusi ad esempio eventuali relazioni redatte dai servizi sociali concernenti la situazione del minore. Cfr. *Guida pratica*, cit., p. 38 e ss.

²⁵² Le autorità centrali possono anche fornire assistenza mettendo a disposizione traduzioni informali. Se non è possibile eseguire la traduzione nel termine di un mese, essa dovrebbe essere effettuata nello Stato membro di origine. Cfr. *Guida pratica*, op. cit.

²⁵³ Il richiamo della "legislazione nazionale", secondo la quale dovrà essere esaminata la questione, deve intendersi quale riferimento alle sole norme di procedura in quanto, il giudice rimane vincolato alle disposizioni sostanziali contenute nella Convenzione dell'Aja del 1980 e nel regolamento n. 2201/2003.

decisione sarà immediatamente riconosciuta ed esecutiva sulla base degli artt. 40 ss. del regolamento.

La *ratio* di questa disposizione è da ricondurre alle problematiche connesse all'affidamento del minore alla luce di una decisione di non ritorno²⁵⁴. Ciò nonostante, l'art. 11, par. 8 del regolamento 2201/2003 segna, come anticipato, un evidente cambiamento rispetto alla disciplina della Convenzione dell'Aja del 1980, in quanto prevede che la decisione di un giudice competente, secondo le statuizioni *ivi* contenute, che ordina il ritorno del minore, può comunque prevalere su una decisione in senso contrario resa nello Stato ove il minore è stato illecitamente trasferito o trattenuto. Pertanto, il giudice adito ai sensi degli artt. 8 o 10, o che avvia d'ufficio il procedimento *ex art.* 11, par. 7, può sovrapporre la sua valutazione quando decide sull'affidamento a quella contraria del giudice dello Stato ove il minore è stato illecitamente trasferito o trattenuto. In tal caso, nonostante sia già stata emessa una decisione avversa, il provvedimento che ordini il ritorno del minore reso nello Stato della precedente residenza abituale deve comunque essere riconosciuto ed eseguito negli Stati membri dell'Unione europea. Perché sussista tale obbligo è, peraltro, necessario che la decisione che prescrive il ritorno sia successiva nel tempo e tenga conto del contrario avviso manifestato dal giudice che ha emesso il provvedimento *ex art.* 13 della Convenzione dell'Aja e delle ragioni che lo fondano. Pertanto, il giudice dello Stato di origine chiamato ad adottare una decisione in virtù dell'articolo 11, par. 7 è competente a trattare la controversia nella sua integrità. La sua competenza non è, infatti, limitata alla decisione sull'affidamento del minore, ma si estende all'intera questione, così come sarebbe stato se il genitore che ha sottratto il minore invece di fare ciò, avesse adito l'autorità giurisdizionale per far modificare una precedente decisione sull'affidamento o per chiedere l'autorizzazione di cambiare la residenza abituale del minore.

Il giudizio del giudice dello Stato richiesto è, infatti, inibito dal considerare questioni che riguardano l'affidamento o il migliore collocamento del minore sot-

²⁵⁴ R. CONTI, *op. cit.*, p. 298 ss.

tratto; tali questioni sono rimesse alla competenza dell'autorità giudiziaria dello Stato d'origine, considerata "interprete privilegiato" dell'interesse del minore.

Ne discende, inoltre, che ferma restando la competenza del giudice del luogo in cui il minore è stato trasferito o trattenuto a verificare la sussistenza di eventuali condizioni ostative alle emanazione di un ordine di ritorno (ex art. 11 del regolamento 2201/2003) - tenendo conto dei motivi sottesi alla sottrazione, la portata emotiva dell'iniziativa del genitore rispetto al minore e le conseguenze sulle condizioni di vita di quest'ultimo - una tale valutazione non può non essere oggetto del successivo giudizio. Quest'ultimo sarà svolto dinanzi al giudice del luogo di residenza abituale del minore a fronte della richiesta di una decisione in senso contrario rispetto al provvedimento di diniego del ritorno adottato ai sensi dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja. Il giudice della residenza abituale è chiamato, pertanto, a valutare se sussistano le condizioni ostative al rientro, verificando la fondatezza delle ragioni invocate dall'altro giudice a sostegno del suo diniego sia attraverso una congrua analisi dei fatti da lui stesso acquisiti, sia mediante quelli assunti dal primo e dai motivi da egli addotti. Un eventuale ordine di rientro si fonderà, dunque, sia sui motivi e le risultanze istruttorie assunte dal giudice dello Stato richiesto sia sugli elementi riservati all'esclusiva cognizione del giudice della residenza abituale. Quest'ultimo è, perciò, tenuto a "riesaminare" la domanda di rientro del minore e ad accertare la reale sussistenza delle condizioni che hanno determinato la decisione avversa da parte dell'autorità giurisdizionale dello Stato richiesto.

A tale scopo, secondo le disposizioni contenute nell'art. 42, par. 2, lett. c) del regolamento, la stessa esecutività della decisione adottata dal giudice della precedente residenza del minore - che ordina il rientro del minore dispetto ad un'avversa decisione del giudice dello Stato in cui lo stesso è trasferito o trattenuto - è condizionata dal fatto che lo stesso abbia tenuto conto «dei motivi e degli elementi di prova alla base del provvedimento emesso conformemente all'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980».

Le decisioni emanate in forza dell'art. 11, par. 8 del regolamento e certificate sono immediatamente riconosciute ed esecutive in tutti gli Stati membri, senza bi-

sogno di una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile farvi opposizione. L'unica possibilità per il genitore che si oppone al rientro nello Stato di residenza abituale del minore è quella di proporre ricorso, secondo le procedure previste dall'ordinamento dello stesso. Tuttavia, anche l'appello non necessariamente sospende l'esecutività della decisione, la quale può considerarsi esecutiva "nonostante eventuali impugnazioni" (art. 42, par. 1 del regolamento n. 2201/2003). Parimenti, risulta irrilevante ai fini dell'esecutività della decisione che ne ordina il rientro, che nello Stato richiesto sia pendente il giudizio di impugnazione della decisione di rigetto dell'istanza di rientro. Il presupposto per l'adozione di un provvedimento ex art. 11, par. 8 è, infatti, l'esistenza di un provvedimento di ritorno provvisorio o definitivo. Allo stesso modo, non rileva il fatto che tale decisione sia stata successivamente annullata o riformata da un giudice di grado superiore, se di fatto il minore non ha fatto ritorno nello Stato d'origine.

Infine, è da rilevare come nel nostro ordinamento è stata affermata una sostanziale analogia tra il procedimento di cui ai parr. 7 e 8 dell'art. 11 del regolamento e quello previsto dai commi 3 e 4 dell'art. 7 della legge del 15 gennaio 1994, n. 64 di ratifica ed attuazione della Convenzione dell'Aja del 1980. In tal senso, in materia di sottrazione internazionale di minori, il Tribunale per i minorenni che, in qualità di "giudice naturale" della questione, si pronuncia sul provvedimento di diniego di ritorno emesso dal giudice dello Stato in cui il minore è stato illecitamente trasferito (*ex art. 11 del regolamento*), pone in essere «un procedimento di riesame completo ed esaustivo del provvedimento impugnato, direttamente ricorribile per Cassazione, attesa l'analogia tra il procedimento *ex art. 11 del regolamento* e quello regolato dall'art. 7 della legge n. 64 del 1994»²⁵⁵.

La legge n. 64/94, infatti, oltre a designare l'Autorità centrale italiana, prevede che il Procuratore minorile, a seguito della relativa richiesta, proponga «con urgenza» ricorso al Tribunale per i minorenni per l'emanazione dell'ordine di restituzione o il ripristino del diritto di visita (art. 7, comma 1-2). La competenza del Pubblico ministero sia dell'iniziativa che, successivamente, della fase esecutiva della procedura, costituisce una sua legittimazione straordinaria. L'intervento

²⁵⁵ Corte di Cassazione, sez. I, sentenza del 14 luglio 2010, n. 16549.

dell'autorità inquirente è fondato sulla necessità di difesa dell'ordine pubblico internazionale²⁵⁶ e quindi dal perseguimento degli interessi del minore e del genitore al quale è stato sottratto, ma anche dell'altro genitore nel caso in cui vi siano le condizioni per il rifiuto. Una tale competenza, inoltre, garantisce la celerità e la praticità del procedimento, che le regole dell'esecuzione civile con l'impulso di parte e la competenza di organi sprovvisti dei poteri affidati al Pubblico ministero non avrebbero garantito²⁵⁷.

Il presidente del Tribunale per i minorenni di seguito, assunte se del caso le sommarie informazioni, fissa l'udienza in camera di consiglio, dandone comunicazione all'Autorità centrale. Nel procedimento camerale dovrà essere ascoltata la persona presso la quale si trova il minore, il pubblico ministero e «se del caso» lo

²⁵⁶ L'accezione di ordine pubblico «internazionale» è distinta dall'ordine pubblico c.d. «interno» o «nazionale», la quale si configura come il diritto cogente di un ordinamento che impedisce all'autonomia negoziale dei privati di derogarvi. L'ordine pubblico «internazionale» pur avendo la medesima matrice interna, identificandosi con i principi fondamentali di uno stesso sistema giuridico nazionale, ha una portata più ristretta atteggiandosi quale limite operante nell'ambito del diritto internazionale privato. Infatti, non tutti i principi che limitano l'autonomia dei privati nel diritto interno devono essere rispettati quando il rapporto è soggetto ad una legge straniera. Tuttavia, si ritiene corretto affermare che tra i due concetti intervenga una differenza, più che di natura quantitativa, funzionale in quanto diretti ad operare in ambiti completamente differenti. Cfr. G. SPERDUTI, *Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1954, p. 82 ss.; G. CONTALDI, *Ordine pubblico*, in R. BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, pp. 273-288; T. BALLARINO, *Il diritto internazionale privato italiano*, Padova, 2011, VII ed., p. 90 ss. La giurisprudenza, invece, ha fatto ricorso ad una differente definizione di ordine pubblico «internazionale» (definito «veramente internazionale»), la quale identifica tale limite con i «principi comuni a molte nazioni di civiltà affini, intesi alla tutela di alcuni diritti fondamentali dell'uomo, spesso solennemente sanciti in dichiarazioni o convenzioni internazionali». V. Cass. sez. un., sentenza dell' 8 gennaio 1981, n. 189, *Mrkvicka c. Wallach*; Cass., sentenza dell'11 novembre 2000, n. 14662, *Zanrè c/Italstrade Lavori Europa spa*. V. P. MENGOZZI, *Il diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 2004, p. 51 ss.; G. CONETTI, S. TONOLO, F. VISMARA, *Commento alla riforma del Diritto internazionale privato italiano*, II ed., Torino, 2009; G. CONTALDI, *op. cit.*, 276 ss.; L. MURA, *Il diritto internazionale privato italiano nei rapporti con il diritto internazionale, europeo e straniero*, Torino, 2012, in part. p. 107 ss.; I.A. ANDOLINA, *Costituzione europea e cooperazione giudiziaria in materia civile*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 02/2005, pp. 393-404; ANDRINI M. C., *La famiglia nella costituzione europea*, in *Famiglia*, n. 3, 2003, pp. 551-567. Cfr. inoltre, O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 323 ss.; C. TUO, *La nozione di ordine pubblico processuale tra Bruxelles I e CEDU*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 4, 2010, pp. 923-959.

²⁵⁷ Non di rado, infatti, accade che di fronte al decreto di restituzione del minore, il genitore non solo non ottemperi ma sparisca con il figlio divenendo irreperibile nonostante le continue ricerche tramite i servizi dell'*Interpol*. Tali condizioni, giustificano la previsione, nel nostro ordinamento, del ricorso all'ausilio delle forze di polizia, indipendentemente dalla sussistenza di un procedimento penale nei confronti di chi abbia realizzato la sottrazione, allo scopo di realizzare le finalità della procedura prevista dalla Convenzione dell'Aja del 1980. V. A. PAGOTTO, *Sottrazione internazionale di minori*, in S. RIONDATO (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, cit., p. 684 ss.

stesso minore, nonché la persona che ha presentato richiesta di rientro, precedentemente informata della data dell'udienza e della possibilità di comparire ed essere ascoltata. Infine, il Tribunale dovrà decidere entro trenta giorni dalla data in cui ha ricevuto la richiesta proveniente dall'Autorità centrale (art. 7, comma 3); tale termine ha carattere ordinatorio²⁵⁸.

Contro la decisione è ammesso il ricorso per Cassazione, senza tuttavia sospendere l'esecuzione della decisione impugnata (art. 7, comma 4)²⁵⁹. L'esecuzione è curata dal procuratore della Repubblica – anche avvalendosi dei servizi minorili del Ministero della giustizia – che ne dà immediatamente comunicazione all'Autorità centrale (art. 7, comma 5). Quest'ultima, inoltre, è ritenuta – in giurisprudenza – litisconsorte necessario del procedimento camerale nelle procedure attivate tramite la stessa ed è, pertanto, legittimata al ricorso in Cassazione per mancata integrazione del contraddittorio²⁶⁰.

Ne discende, «l'ammissibilità del ricorso per cassazione avverso il provvedimento di rigetto della domanda di rientro nella residenza abituale del minore, illecitamente trasferito, emesso dal Tribunale per i minorenni, ai sensi dell'art. 11 del regolamento, in sede di riesame del precedente diniego dell'Autorità giudiziaria dello Stato membro nel quale il minore è stato condotto».

In ultimo, si ricorda che le disposizioni degli artt. 1, 2 e 7 della L. n. 64/1994, sono state dichiarate legittime dalla Corte Costituzionale che ne ha negato l'incostituzionalità nella parte in cui non consentono al giudice – dopo aver disposto la restituzione del minore illecitamente sottratto – di revocare l'ordine di restituzione, d'ufficio o su istanza di parte, a seguito della sopravvenienza o conoscenza di circostanze che avrebbero potuto giustificare il rigetto della richiesta di restituzione²⁶¹.

²⁵⁸ Cassazione, sentenze del 2 febbraio 2005, n. 2093 e del 6 marzo 2003, n. 3334.

²⁵⁹ Cassazione, sentenza del 28 gennaio 1999, n. 746. Inoltre, si afferma che la decisione sulla richiesta di restituzione abbia natura sostanzialmente di sentenza, suscettibile di passare in giudicato ed invocabile dall'altro genitore, quale giudicato esterno. V. Cassazione, sentenza del 27 maggio 2008, n. 13829.

²⁶⁰ Cassazione, sentenze del 15 aprile 2003, n. 5944 e del 28 gennaio 1999, n. 746.

²⁶¹ Corte Costituzionale, sentenza del 6 luglio 2001, n. 231. Sulla questione, promossa a seguito di un caso nel quale il minore sottratto si opponeva all'ordine di restituzione, la Corte ha ritenuto – alla luce dello scopo della disciplina, quale garantire una maggiore efficacia della tutela dei minori

3. (segue) L'ascolto del minore.

Ulteriore ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 13 (2° comma) della Convenzione dell'Aja del 1980, l'autorità preposta può rifiutare il rientro del minore è quello in cui lo stesso «si opponga ed abbia un'età e una maturità, tali da rendere opportuno il fatto di tenere in considerazione il suo parere»²⁶². Dall'altra parte, l'opposizione del minore al rientro non indica una condizione di per sé preclusiva all'emanazione dell'ordine di rimpatrio da parte del giudice dello Stato richiesto, quando esso provenga da un minore che – secondo il motivato apprezzamento dell'autorità giudiziaria – non abbia ancora raggiunto l'età e il grado di maturità tali da giustificare il rispetto della sua opinione²⁶³.

L'indagine sulla maturità del minore si ritiene normalmente «subordinata al compimento di una determinata età», in considerazione della quale l'opposizione del soggetto al rientro costituirà causa autonoma di deroga al rimpatrio immediato (*ex art. 13, 2° comma*). Viceversa, le opinioni di dissenso nel corso dell'audizione del minore illecitamente sottratto o trattenuto, saranno valutate dal giudice come elemento di prova, da considerare alla luce dell'intera istruttoria del caso e, dunque, costituente un elemento «corroborante il convincimento in ordine alla sussistenza di pregiudizi psichici», che derogano al fine ultimo della Convenzione di garantire il ritorno immediato del minore²⁶⁴. Similmente, l'art. 7, comma 3, della legge n. 64 del 15 gennaio 1994²⁶⁵, impone al Tribunale per i minorenni di sentire

mediante procedura d'urgenza - che qualsiasi circostanza sopravvenuta o non conosciuta potrà esser valutata successivamente nell'eventuale giudizio sull'affidamento del minore.

²⁶² Per una rassegna della giurisprudenza italiana in materia V. S.A.R. GALLUZZO, *Famiglia e minori...*, cit., p. 76 ss.

²⁶³ In tale caso, l'ascolto del minore - avente capacità di discernimento - ha una rilevanza cognitiva, in quanto l'esito del colloquio con esso consente al giudice di valutare direttamente se sussista o meno il rischio per lo stesso di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, ai pericoli psichici e fisici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile.

²⁶⁴ V. Cassazione, sentenza del 18 marzo 2006, n. 6081, che aggiunge: «A tal fine, l'accertamento della capacità di discernimento del minore rientra nell'insindacabile giudizio del Tribunale per i minorenni, senza che sussista l'obbligo per il giudice specializzato di disporre specifici mezzi di accertamento di tale capacità, come la consulenza tecnica d'ufficio, considerati anche i ritmi serrati in cui il procedimento è scandito, essendo la materia caratterizzata dall'urgenza di provvedere».

²⁶⁵ La legge italiana di ratifica ed esecuzione della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, cit.

il minorene “se del caso”, ossia solo se ne ritiene «l’opportunità in relazione alle diverse circostanze, a nozioni di comune esperienza e prudenza, come quelle riferibili all’età del soggetto e dall’urgenza di provvedere»²⁶⁶.

Al contempo, tuttavia, l’autorità giudiziaria pur considerando il minore sufficientemente maturo, non è vincolata dalla volontà espressa dallo stesso attraverso un parere contrario al suo ritorno; in tal senso, si esclude qualsiasi automatismo conseguente all’ascolto del soggetto minorene interessato dalla condotta illecita del genitore. La disposizione subordina l’accertamento in concreto della maturità del minore al compimento di un’età in mancanza della quale le nozioni di comune esperienza sconsigliano la sua audizione, allo scopo di evitargli ulteriori traumi psichici.

Il regolamento n. 2201/2003 generalizza la regola dell’audizione del minore nei casi di sottrazione internazionale, tranne che l’inopportunità di procedere alla stessa a causa dell’età o del grado di maturità del minore (art. 11, par. 2).

Inoltre, per ciò che concerne il diritto all’ascolto, la noma europea segna un’evoluzione rispetto alla Convenzione sui diritti del Fanciullo del 1989²⁶⁷ stabilendo che il minore debba essere sentito «se ciò non appare inopportuno in ragione della sua età o del suo grado di maturità» (art. 11, par 2)²⁶⁸. L’ascolto del minore viene concepito come una garanzia processuale a tutela del “corretto funziona-

²⁶⁶ V. Cassazione, sentenza del 19 dicembre 2003, n. 19544. Si ritiene dunque, che le opinioni espresse dal minore al di sotto di una certa età, secondo la comune esperienza, non debbano essere prese in prevalente considerazione qualora contrastanti con la presunzione del prevalente interesse del minore a ritornare presso l’affidatario. Cfr. Cassazione, sentenza del 15 febbraio 2008, n. 3798 e sentenza del 27 aprile 2007, n. 16753.

²⁶⁷ Nella Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo il diritto all’ascolto è riconosciuto al solo minore che sia capace di discernimento, con conseguente necessità per il giudice che proceda all’ascolto di motivare la sua scelta, indicando gli elementi in base ai quali ha ritenuto il minore capace di discernimento. Tuttavia, si riscopre nel regolamento un’involuzione della disciplina, rispetto alla Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo del 1989 e alla Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei fanciulli (firmata a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata in Italia con la l. 20 marzo 2003, n. 77, artt. da 1 a 6), relativa alla possibilità del minore di esercitare i propri diritti, dandogli la possibilità o di partecipare attivamente alle procedure giudiziali in materia familiare che lo riguardano o di designare un suo rappresentante. Cfr. I. LOMBARDINI, *op. cit.*, p. 565 ss.; J. LONG, *op. cit.*, p. 1154 ss.; G. BALLARANI, *Il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, n. 1, 2011, pp. 1807-1825.

²⁶⁸ La disposizione in esame nulla aggiunge sulle forme dell’audizione del minore limitandosi a rinviare alle modalità previste dal regolamento (CE) n. 1206/2001 del Consiglio del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell’assunzione delle prove in materia civile o commerciale (considerando 20 del regolamento).

mento” dei procedimenti giudiziari in materia di responsabilità genitoriale e sottrazione internazionale di minori. Le norme regolamentari prevedono, infatti, che il minore venga sentito, oltre che per i procedimenti instaurati in applicazione della Convenzione dell’Aja del 1980 e volti all’emissione dell’ordine di rientro del minore illecitamente sottratto (art. 42, lett. *a*), per quelli in materia di responsabilità genitoriale (art. 23, lett. *b*)²⁶⁹ e di diritto di visita (art. 41, 2° comma, lett. *c*)).

Esso, inteso quale esatta conformità agli interessi del minore, giustifica il riconoscimento degli atti adottati al termine dei procedimenti. La sussistenza di tale requisito deve essere, infatti, certificata dal giudice che emette la decisione, quale condizione della riconoscibilità ed eseguibilità della stessa negli altri Stati membri ai sensi dell’art. 42 del regolamento, salvo che l’audizione sia stata ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità. Si può quindi affermare che il legislatore europeo ha elevato l’ascolto del minore ad esplicazione di un principio di ordine pubblico processuale materialmente orientato alla tutela del minore, imponendone dunque, indirettamente l’obbligo di ascolto dello stesso.

In tal contesto, la Corte di giustizia riaffermando che in ipotesi di valutazioni divergenti tra il giudice della residenza abituale del minore e quello del luogo in cui egli si trova illegalmente, la competenza esclusiva a decidere sul ritorno del minore rimane in capo al primo, ha precisato che qualora un giudice di uno Stato membro rilasci il certificato di cui al predetto art. 42 il giudice dello Stato membro richiesto è obbligato a dare esecuzione alla decisione certificata, senza potersi opporre al riconoscimento né all’esecutività di quest’ultima, e ciò anche qualora sia venuta meno la possibilità per il minore di essere ascoltato (quale garanzia tutelata dall’art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea)²⁷⁰.

Le posizioni espresse dalla giurisprudenza europea vengono ad essere motivate dal fatto che «i sistemi di riconoscimento e di esecuzione delle decisioni ema-

²⁶⁹ In tale ipotesi, salvo i casi di urgenza, la mancata audizione del minore può impedire il riconoscimento della decisione ma solo se lo Stato richiesto la considera «principio fondamentale di procedura». Ciò conformemente al diciannovesimo considerando per il quale lo strumento dell’audizione del minore non deve mirare a «modificare le procedure nazionali applicabili in materia». Vedi M.C. BARUFFI, *La cittadinanza dell’Unione e i diritti dei minori nello spazio giudiziario europeo*, cit.

²⁷⁰ Corte di giustizia, *Zarraga c. Pelz*, sentenza del 22 dicembre 2010, causa C-491/10.

nate in uno Stato membro sono fondati sul principio della fiducia reciproca tra gli Stati, in ordine al fatto che i rispettivi ordinamenti giuridici nazionali siano in grado di fornire una tutela equivalente ed effettiva dei diritti fondamentali, riconosciuti a livello dell'Unione, in particolare nella Carta dei diritti fondamentali»²⁷¹. Ne consegue che in circostanze come quelle della causa principale, la questione dell'eventuale violazione dell'art. 42, n. 2, primo comma, lett. a), del regolamento n. 2201/2003 da parte del giudice dello Stato membro d'origine che ha emanato la decisione certificata «rientra unicamente nella competenza dei giudici di tale Stato membro e che il giudice competente dello Stato membro dell'esecuzione non può opporsi al riconoscimento e all'esecuzione di detta decisione, con riguardo al certificato rilasciato da detto giudice dello Stato membro d'origine»²⁷².

Le posizioni assunte rivelano come l'elevato grado di integrazione fra gli Stati europei e l'istituzione di una fitta rete di cooperazione in materia di diritto internazionale privato e processuale possa incidere sulla disciplina sostanziale del diritto di famiglia. D'altro canto, i meccanismi di risoluzione di questioni particolarmente complesse come quelle coinvolgenti la sottrazione internazionale dei minori volti al perseguimento dell'interesse superiore del minore, rilevano – per certi aspetti – un superamento della stessa “neutralità” delle norme regolamentari in materia .

4. L'adozione di provvedimenti provvisori e cautelari.

Nell'intento di perseguire l'interesse superiore del minore, l'art. 20 del regolamento prevede che i giudici di uno Stato membro nel quale si trovi il minore possano adottare provvedimenti provvisori o cautelari²⁷³ previsti dalla loro legge in-

²⁷¹ *Ibidem*, punto 46.

²⁷² J.J. KUIPERS, *The (Non) Application of the Charter of Fundamental Rights to a Certificate for the Return of a Child*, in *European Human Rights Law Review*, 4, 2012, pp. 397-412.

²⁷³ Il regolamento non contiene una definizione di “provvedimento provvisorio o cautelare”, ma sulla base dell'interpretazione giurisprudenziale, resa dalla Corte di giustizia in sede di applicazione della Convenzione di Bruxelles del 1968, possono definirsi tali «tutti i provvedimenti provvisori e strumentali rispetto al giudizio principale di merito». V. Corte di giustizia, sentenza del 17 novembre 1998, causa C-391/95, *Van Uden*, in *Racc.* 1999, I-2277.

terna²⁷⁴, anche se in virtù delle disposizioni regolamentari la competenza nel merito spetta all'autorità giudiziaria di un diverso Stato membro. Tale previsione costituisce «un'eccezione al sistema di competenze» che, in quanto tale, va interpretato restrittivamente ed applicato, dunque, solo in presenza di determinati requisiti: l'urgenza, la presenza delle persone nello Stato membro e la provvisorietà²⁷⁵. L'assenza anche di una sola di tali condizioni determina l'impossibilità per l'autorità giudiziaria di adottare provvedimenti cautelari. Inoltre, la Corte ha ritenuto in una delle sue pronunce interpretative dell'art. 20, par. 1 del regolamento che tali provvedimenti sono adottabili nei confronti dei minori aventi la loro residenza abituale in un altro Stato membro ma soggiornanti temporaneamente o occasionalmente in un diverso Stato, qualora essi siano in condizioni tali da giustificare l'adozione immediata di tali misure a tutela degli stessi²⁷⁶.

Per tali ragioni, la Corte di giustizia ha ritenuto che – in merito ai provvedimenti concernenti il rientro del minore illecitamente sottratto o trattenuto – am-

²⁷⁴ L'art. 20 del regolamento, rubricato «Provvedimenti provvisori e cautelari», prescrive che «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 membro 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».

²⁷⁵ Corte di giustizia, sentenze del 2 aprile 2009, A, cit., punto 47 e del 23 dicembre 2009, *Deticek c. Sgueglia*, causa C-403/09, punto 38. Su quest'ultima si rinvia a: R. CONTI, R. FOGLIA, *Provvedimenti provvisori riguardanti il diritto di affidamento*, in *Corriere giuridico*, n. 2, 2010, pp. 255-260. Si veda inoltre, M. CASTELLANETA, *Uno Stato può adottare provvedimenti cautelari per i minori sul territorio nei casi d'urgenza*, in *Guida al diritto/Il Sole-24 Ore*, n. 18, 2 maggio 2009, pp. 92-96. Sulle misure cautelari nell'ambito della cooperazione giudiziaria civile si rinvia a: A. BRUNS, *Provisional measures in European civil procedural Laws- preservation of variety or need for harmonization?*, in R. STÜRNER, M. KAWANO, *Comparative studies on enforcement and provisional measures*, 2011.

²⁷⁶ Corte di giustizia, sentenza del 2 aprile 2009, A, cit., par. 40 ss. Cfr. M. CASTELLANETA, *La competenza per le domande sulla responsabilità genitoriale segue la residenza dell'interessato*, in *Guida al diritto*, n. 18, 2009, p. 92 e ss. La stessa *Guida pratica* (elaborata dai servizi della Commissione in consultazione con la Rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale) sull'applicazione del regolamento n. 2201/2003 viene indicata, al fine di semplificare l'ambito di applicazione dell'art. 20 dell'atto europeo, l'ipotesi «di una famiglia che circola in automobile nel territorio di uno Stato membro diverso da quello in cui abitualmente risiede e che patisce un incidente dal quale consegue l'incapacità dei due genitori, gravemente feriti, di esercitare la loro responsabilità genitoriale. In tal caso, le autorità dello Stato membro in cui la famiglia si trova potrebbero adottare rapidamente i provvedimenti provvisori necessari per tutelare il figlio della coppia, che non ha alcun parente in tale Paese. Tali atti perderanno la loro efficacia nel momento in cui le autorità dello Stato competente avranno adottato una decisione». V. *Guida pratica all'applicazione del nuovo regolamento Bruxelles II*, reperibile online all'indirizzo: http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_it.pdf, p. 12.

mettere il riconoscimento o l'esecuzione degli atti *ex art. 20* del regolamento, adottati nello Stato ove il minore è stato condotto, creerebbe un'elusione delle regole di competenza e un rischio di “*forum shopping*”²⁷⁷. Inoltre, consentire, sulla base dell'art. 20, par. 1 del regolamento, la possibilità di adottare una misura implicante il mutamento della responsabilità genitoriale si tradurrebbe in un rafforzamento della posizione del genitore che pone in essere la condotta illecita, permettendogli di prolungare la situazione di fatto creata attraverso il trasferimento e legittimarne gli effetti. Al contempo, un provvedimento provvisorio in materia di responsabilità genitoriale non sarebbe possibile in quanto necessita della presenza non solo del minore ma anche del genitore cui spetta l'affidamento e del genitore a cui l'affidamento viene sottratto.

Tali ragioni si pongono alla base – nel ragionamento della Corte – di una diversa efficacia di tali provvedimenti a secondo che siano adottati dalle autorità competenti in materia di sottrazione dei minori o dallo Stato richiesto, limitando solo nel secondo caso, l'esecutività delle misure cautelari all'ambito territoriale interno dello Stato e non permettendone, dunque, un regime di riconoscimento nello spazio europeo.

In linea di continuità con la pronuncia *Purrucker I*²⁷⁸ si pone la *Purrucker II*²⁷⁹, nella quale la Corte esclude il possibile rischio di un conflitto fra decisione a fronte di un provvedimento cautelare *ex art. 20* del regolamento e una pronuncia del

²⁷⁷ Corte di giustizia, sentenza del 15 luglio 2010, *Purrucker c. Vallés Pérez (I)*, causa C-256/09, punto 91. Cfr. O. FERACI, *Riconoscimento ed esecuzione all'estero dei provvedimenti provvisori in materia familiare: alcune riflessioni sulla sentenza Purrucker*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 1, 2011, pp. 107-134.

²⁷⁸ La questione riguardava due fratelli gemelli *Vallés Purrucker*, separati l'uno dall'altra poco dopo la nascita. La sig.ra *Purrecker*, abitualmente residente in Germania, ed il sig. *Vallés Pérez*, abitualmente residente in Spagna, convivono in Spagna. Nel maggio del 2006 nascono prematuri due gemelli. Mentre il bambino, a settembre, viene dimesso dall'ospedale, la sorellina vi è trattenuta per delle complicazioni. A cause di già preesistenti problemi, la coppia nel gennaio 2007 stipula, dinanzi ad un notaio, un accordo – in seguito ritenuto inefficace – secondo il quale la madre potrebbe far ritorno in Germania con i figli, fermo restando il loro affidamento congiunto ad entrambi i genitori e il diritto di visita del padre. In virtù di tale accordo, nel febbraio 2007, la madre decide di rientrare in Germania, portando con uno dei figli. Inizia così una contesa tra i due genitori per l'affidamento esclusivo dei figli e il ritorno in Spagna del bambino condotto in Germania.

²⁷⁹ Corte di giustizia, sentenza del 9 novembre 2010, *Purrucker II*, causa C-296/10. V. C. HONORATI, *Purrucker I e II ed il regime speciale dei provvedimenti provvisori e cautelari a tutela dei minori*, in *Int'I Lis*, n. 2, 2011, pp. 66-80.

giudice competente. Ciò è giustificato dal fatto che la norma non attribuisce una competenza di merito; anzi presuppone proprio l'opposto, che il giudice adito sia incompetente sul merito, ma si trovi nella necessità di provvedere con urgenza. Pertanto, non vi è alcun rischio di litispendenza (art. 19, n. 2 del regolamento), la quale può sussistere solo ove i due o più procedimenti – aventi il medesimo oggetto e titolo – pendano dinanzi a giudici diversi e siano suscettibili di sfociare in decisioni destinate a circolare nello spazio europeo. Ne discende, l'impossibilità per i provvedimenti provvisori di circolare in tutti gli Stati membri, confermando l'assoluta centralità dell'autorità competente sia nel merito sia nella sua eventuale fase cautelare²⁸⁰.

Inoltre, il coordinamento tra i due giudizi – più che configurare un'ipotesi di litispendenza – è costruito sulla temporaneità del provvedimento cautelare. L'art. 20, par. 2, precisa, infatti, che i provvedimenti cautelari adottati in virtù del par. 1, cessano di essere applicati e perdono la loro efficacia quando l'autorità giurisdizionale competente a conoscere del merito «abbia adottato provvedimenti ritenuti appropriati». Ebbene, dal dettato normativo deriva la possibilità per il giudice del merito di modificare, revocare o confermare i provvedimenti provvisori già adottati dal giudice di altro Stato.

Le posizioni della giurisprudenza europea, si sintetizzano non nell'intenzione di limitare la circolazione di un provvedimento cautelare in quanto tale ma di evitare l'emersione di fori esorbitanti che conducono all'elusione delle norme uniformi poste dal regolamento. La delimitata efficacia territoriale delle decisioni *ex art. 20* non pregiudica, infatti, la capacità di circolare di un provvedimento cautelare adottato da un giudice competente nel merito, ma pone la definita distinzione fra provvedimenti “cautelari” e quelli “anticipatori nel merito” (o provvisori)²⁸¹. Se i primi, diretti a tutelare una situazione di fatto o di diritto che sarà accertata dal giudice di merito, possono essere richiesti anche all'autorità del luogo in cui si trova il minore; quelli provvisori possono essere chiesti solo al giudice del merito.

²⁸⁰ *Ibidem*, par. 69.

²⁸¹ V. P. PICONE, *Misure provvisorie in materia familiare e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1995, n. 1, p. 11 ss.

Tali conclusioni si completano con la previsione che nei casi prospettati dall'art. 11, par. 8, la decisione del giudice competente che disponga il ritorno del minore non richiede necessariamente una decisione definitiva adottata dallo stesso sul diritto di affidamento del minore. Secondo la Corte, infatti, il subordinare l'esecuzione di una decisione del giudice competente, con la quale si dispone il ritorno del minore, all'esistenza di una pronuncia definitiva in merito al diritto di affidamento, non trova un proprio fondamento giuridico nell'art. 11, par. 8. Va da sé, che l'obiettivo di celerità nel garantire il ritorno del minore e la priorità attribuita alla competenza del giudice della residenza abituale, mal si conciliano con un'interpretazione che ritenga necessaria una precedente pronuncia definitiva sul ritorno del minore. Al contempo, l'esecuzione di una decisione certificata non può essere negata dallo Stato richiesto adducendo un mutamento delle circostanze, sopravvenuto successivamente all'emanazione della stessa, in quanto lo stesso dovrà essere valutato dallo stesso giudice dello Stato di origine, al quale dovrà esser presentata una domanda di sospensione dell'esecuzione della sua decisione²⁸².

5. I profili penalistici della sottrazione internazionale di minori. Brevi cenni.

Il fenomeno della sottrazione internazionale di minori rileva - oltre che per gli aspetti civilistici - anche sotto il profilo penale integrando, in molti Stati, una fattispecie di reato²⁸³. Va da sé, infatti, che il considerare il fenomeno solo sotto i profili civilistici a livello internazionale non esclude che tale condotta possa avere sviluppi penali in diverse realtà giuridicamente rilevanti²⁸⁴. Ma se a livello penale

²⁸² Corte di giustizia, *Povse*, del 1 luglio 2010, causa C-211/10. Cfr. R. CONTI, R. FOGLIA, *Trasferimento illecito del minore e provvedimento cautelare*, in *Corriere giuridico*, n. 8, 2010, pp. 1087-1090.

²⁸³ Cfr. *ex multis*, A.A. DALIA, (Voce) *Sottrazione di minori o di incapaci*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Milano, 1990, pp. 189-195; A. MANNA, (Voce) *Sottrazione di minorenni e persone incapaci*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1994, pp. 1-6; A. PAGOTTO, *Sottrazione internazionale di minori*, in S. RIONDATO (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, cit., p. 679 ss. A.L. BUONADONNA, *Sottrazione di minorenni: profili di diritto penale*, in AA. VV., *Le controversie in materia di filiazione*, cit., pp. 223-238;

²⁸⁴ Cfr. *HccH*, *Guide to Good Practice under the Hague Convention ...*, cit., p. 34 ss. Per un'esauriente disamina dell'affermazione di un diritto internazionale penale, diretto alla creazione

lo scopo è quello di accertare la responsabilità ed irrogare le sanzioni²⁸⁵, nelle procedure civilistiche si mira a salvaguardare esclusivamente l'interesse superiore del minore.

Nel nostro ordinamento l'art. 574 c.p. punisce il reato di "sottrazione di persone incapaci stabilendo che: «chiunque sottrae un minore di anni quattordici [...] al genitore esercente la potestà dei genitori, al tutore, o al curatore, o a chi ne abbia la vigilanza o la custodia, ovvero lo ritiene contro la volontà de medesimi, è punito, a querela del genitore esercente la potestà [...]»²⁸⁶.

I profili che rilevano in questa sede, attengono unicamente alla possibilità che la condotta delittuosa ex art. 574 c.p. venga posta in essere da uno dei genitori che, senza il consenso dell'altro porti via con sé il figlio minore, allontanandolo dal domicilio stabilito, ovvero trattenendolo in modo tale da impedire all'altro genitore l'esercizio delle diverse manifestazioni della potestà²⁸⁷. L'azione del soggetto attivo del reato deve assumere i connotati di una condotta incompatibile con l'esercizio di tale potestà e non meramente interferente con essa. Dunque, perché la condotta di uno dei due coniugi integri l'ipotesi criminosa prevista dall'art. 574 c.p. è necessario che il comportamento dell'agente «porti a una globale sottrazione del minore alla vigilanza dell'altro, così da impedirgli la funzione educativa e i poteri inerenti l'affidamento, rendendogli impossibile l'ufficio che gli è stato conferito dall'ordinamento nell'interesse del minore stesso e della società»²⁸⁸.

di una stretta rete di cooperazione fra Stati per prevenire e reprimere crimini internazionali che coinvolgono anche i minori (ne sono da esempio, il coinvolgimento nei conflitti armati e la tratta degli stessi ai fini dello sfruttamento), si rinvia a: I. CARACCILO, *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale: il rafforzamento delle garanzie giurisdizionali*, Napoli, 2000, in part. p. 61 ss.

²⁸⁵ Sugli aspetti prettamente processualistici si rinvia a: A. DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000.

²⁸⁶ Da tale fattispecie si distingue quella prevista dall'art. 573 c.p. (Sottrazione consensuale di minorenni), la quale punisce la sottrazione e/o la ritenzione riguardante un minore che abbia compiuto gli anni quattordici. Inoltre, per entrambi la Corte Costituzionale, con la sentenza 22 febbraio 1964, n. 9, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui tali norme limitavano il diritto di querela al genitore esercente la patria potestà.

²⁸⁷ Tra esse le attività di assistenza e di cura, la vicinanza affettiva, la funzione educativa, identificandosi nel regolare svolgimento della funzione genitoriale il principale bene giuridico tutelato dalla norma. Cfr. Corte di Cassazione, sentenza del 20 maggio 2002, n. 11415; sentenza del 28 maggio 2008, n. 21441; sentenza del 1 ottobre 2008, n. 241637.

²⁸⁸ Corte di Cassazione, sentenza del 16 giugno 1999, n. 7836.

La fattispecie delittuosa integra, inoltre, un reato contro l'assistenza familiare, plurioffensivo in quanto «lede non soltanto il diritto di chi esercita la patria potestà, ma anche quello del figlio di intrattenere rapporti con entrambi i genitori»²⁸⁹. Il bene tutelato dalla disposizione è, dunque, non una pretesa situazione di diritto del genitore o del tutore ma la situazione soggettiva di potere-dovere connessa alla titolarità del dovere di vigilanza, che viene esercitato nell'interesse esclusivo del figlio minore e non già del genitore o del tutore. Si aggiunge che il diritto soggettivo del genitore ad esercitare la potestà parentale implica un corrispondente obbligo dei terzi di non interferire nell'esercizio della funzione stessa, tutelato solo di riflesso dalla norma in esame²⁹⁰. L'elemento materiale è l'*abductio de loco in locum*, ossia l'illegittimo trasferimento del soggetto dal luogo ove legittimamente si trovava, configurando necessariamente una durata non momentanea della sottrazione o della ritenzione e, pertanto, si configura quale reato permanente.

Ne discende, che l'elemento soggettivo del reato si rappresenta nella volontà di sottrarre il minore²⁹¹, nel senso che il genitore che pone in essere la condotta deve avere la consapevolezza che il suo comportamento realizza «una situazione anti-giuridica mediante la ritenzione del minore, attuata con un comportamento attivo diretto a mantenere l'esclusivo controllo su di egli»²⁹².

Le difficoltà conseguenti ai casi di sottrazione internazionale di minori e l'aumento del fenomeno anche in connessione, come già visto, del moltiplicarsi delle coppie caratterizzate da elementi di transnazionalità, ha condotto lo stesso legislatore nazionale ad introdurre una nuova norma diretta a costituire una sorte di deterrente rispetto a tali comportamenti da parte di un genitore. Così, con l'art. 3, comma 29, lett. b) della l. 15 luglio 2009, n. 94²⁹³ è stato introdotto l'art. 574 *bis* c.p. (rubricato "Sottrazione e trattenimento di minore all'estero"); il quale

²⁸⁹ Corte di Cassazione, sentenza del 12 maggio 2003, n. 20950.

²⁹⁰ V. M. MENEGHELLO, *Sottrazione di minorenni e sottrazione di incapaci*, in S. RIONDATO (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, Vol. IV del *Trattato di diritto di famiglia* (sotto la direzione di P. ZATTI), Milano, 2002, pp. 661-676. Cfr. Corte di Cassazione, sentenza del 6 ottobre 1988, n. 957.

²⁹¹ Per un'esauriente disamina del diritto alla prova nel processo penale si rinvia a: A. DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Napoli, 2003, in part. p. 85 ss.

²⁹² Corte di Cassazione, sentenza del 16 giugno 1999, cit.

²⁹³ L. 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica).

prevede la punibilità di: «[...] chiunque sottrae un minore al genitore esercente la potestà dei genitori o al tutore, conducendolo o trattenendolo all'estero contro la volontà del medesimo genitore o tutore, impedendo in tutto in parte allo stesso l'esercizio della potestà genitoriale».

La norma configura un ipotesi delittuosa più grave, nella quale all'azione diretta alla sottrazione o al trattenimento del minore, va ad aggiungersi l'elemento spaziale, per cui l'azione deve caratterizzarsi dall'aspetto transnazionale. In tali ipotesi, il reato si considera commesso nel territorio italiano in forza del fatto che l'*actio* delittuosa si è verificata in esso, in virtù dell'art. 6, comma 2 c.p. Ugualmente, il reato si considera punibile secondo la legge nazionale italiana in caso di "trattenimento" all'estero del minore, poiché, si considera che egli sia stato precedentemente condotto in detto Stato; in tal contesto sarà, dunque, punibile secondo la legge italiana il soggetto che si sia adoperato con un tale comportamento e venga avanzata richiesta del Ministero della Giustizia ovvero istanza del genitore o del tutore²⁹⁴.

Inoltre, al pari delle precedenti disposizioni, il delitto di recente introduzione è plurioffensivo; necessita sul piano oggettivo di una condotta che si protragga per un arco temporale apprezzabile e richiede il dissenso del titolare della potestà genitoriale o dell'autorità tutoria. Inoltre, la norma contenuta nell'art. 574 *bis* recepisce - riportandone espressamente l'inciso - l'orientamento giurisprudenziale per il quale la condotta penalmente rilevante deve essere idonea ad impedire, in tutto o in parte, l'esercizio della potestà parentale ai titolari della medesima. Si ha, dunque, una peculiare tipicità della condotta consistente non solo nel dissenso del genitore esercente la potestà legislativa ma, congiuntamente, nel fatto che la condotta impedisca l'esercizio della potestà genitoriale.

Diversamente da quanto previsto per le altre fattispecie di sottrazione, per quella *ex* art. 574 *bis* è prevista la procedibilità d'ufficio, che sottrae alla disponibilità della persona offesa la perseguibilità di un reato che il legislatore ha inteso punire con pene edittali più severe. Inoltre, qualora il soggetto agente sia un genitore ai

²⁹⁴ V. art. 9 c.p.

danni del figlio minore è prevista, quale pena accessoria, la sospensione dell'esercizio della potestà genitoriale.

CAPITOLO IV

LA SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DEI MINORI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

SOMMARIO: 1. Il diritto «al rispetto della vita familiare». Una tutela “multilivello” tra l’art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e l’art. 8 CEDU - 2. Gli obblighi “positivi” dello Stato ospitante al vaglio della Corte europea: la pronuncia *Ignaccolo-Zenide* - 3. I principi generali concernenti il fenomeno della sottrazione internazionale di minori: il caso *Neulinger* - 4. (Segue) la valutazione del corretto bilanciamento degli interessi coinvolti. Ulteriori pronunce della Corte europea: i casi *Kampanella* e *Qama*.

1. Il diritto «al rispetto della vita familiare». Una tutela “multilivello” tra l’art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e l’art. 8 CEDU.

La dinamicità dei valori concernenti i diritti fondamentali della persona e la conseguente inadeguatezza dell’azione dei singoli Stati alla protezione degli stessi, hanno favorito la creazione di un sistema di protezione “multilivello”²⁹⁵. In tale contesto, i cambiamenti culturali e sociali che hanno contribuito alla trasforma-

²⁹⁵ Per un’esaustiva analisi si rinvia a: A. DI STASI, *Diritti umani e sicurezza regionale. Il «sistema» europeo*, Napoli, 2011, ristampa alla II ed., in part. p. 126 ss. Cfr. U. LEANZA, I. CARACCILO, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui*, (Parte speciale), Torino, 2012, Cap. III, p. 57 ss.; P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004; A. BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti umani in Europa*, Torino, 2004; S.P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005; M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali delle Corti europee*, Bologna, 2007; G. D’IGNAZIO (a cura di), *Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Milano, 2011; A. CARDONE., *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enc. giur.*, Annali IV, Milano, 2011, p. 335 ss.; I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, vol. 27, n. 5, 2002, pp. 511-529; U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell’uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il diritto dell’Unione europea*, n. 1, 2004, pp. 73-115; F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, n. 1, pp. 79-98.

zione del concetto di “famiglia” (tradizionalmente inteso) non potevano non determinare un ulteriore mutamento dei meccanismi di tutela della stessa. La tutela degli *status* familiari contraddistinti da caratteri transnazionali ha favorito, pertanto, l’affermazione della garanzia di una protezione rimessa non esclusivamente agli Stati membri ma che va ad innestarsi in un sistema convenzionale di tutela internazionale e regionale configurante regimi giuridici di tutela “multilivello”.

Tale tipologia di protezione - articolata su scala internazionale e regionale - risulta maggiormente efficace nell’ambito di singole “regioni internazionali” attraverso la previsione di strumenti di tutela sostanziale e processuale, tramite i quali il singolo può ricorrere - in modo sussidiario - ad organi giurisdizionali sovranazionali. Un esempio emblematico di “sistema multilivello” di protezione dei diritti umani è quello “europeo”, nel quale la famiglia trova una peculiare protezione - capace al contempo di condizionare le tradizionalmente competenze rimesse agli ordinamenti interni - sia nell’Unione europea sia nell’attività del Consiglio d’Europa e, in particolare, nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali²⁹⁶.

È innegabile, infatti, che il diritto europeo, seppure in assenza di una competenza generale in materia di famiglia, esercita una forte influenza sulla disciplina dei rapporti familiari (una sorta di intervento indiretto), registratasi anzitutto in sede di attuazione della libertà di circolazione delle persone e della politica sociale europea ad opera dell’attività giurisprudenziale della Corte di Lussemburgo a tutela dei diritti fondamentali. Attenzione dell’Unione europea nella tutela dei diritti umani riaffermatasi - con interessanti profili di evoluzione - nel Trattato di Lisbona attraverso l’attribuzione di un valore giuridico vincolante alle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e la prevista adesione alla CEDU²⁹⁷.

²⁹⁶ V. C. CALVIERI, *Il nuovo spazio europeo dei diritti fondamentali*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, pp. 75-98; I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action*, in *The Columbia Journal of European law*, vol. 15, n. 3, 2009, pp. 349-407.

²⁹⁷ Il Trattato di riforma (entrato in vigore il 1 dicembre 2009) ha infatti, ulteriormente rafforzato la protezione dei diritti fondamentali sia ribadendo, in diverse disposizioni (si ricordano gli artt. 2, 3, 21 TUE, art. 67 TFUE), che «l’Unione s’ispira ai “valori universali dei diritti inviolabili e ina-

In tal contesto, il rinvio alle competenze statali e alle peculiarità delle singole normative nazionali pone degli interrogativi rispetto alle possibili conseguenze sull'effettiva garanzia del "diritto al rispetto della vita familiare", quale definito dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nonché dall'art. 8 della CEDU²⁹⁸. Non di meno, alla luce dell'ultimo considerando del regolamento n. 2201/2003 nel quale si afferma il riconoscimento dei diritti fondamentali e l'osservanza dei principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, in particolare, dell'art. 24 della stessa²⁹⁹. Ciò evidenzia come uno strumento destinato ad operare prevalentemente nel campo processuale rechi in sé un non meno significativo approccio sostanziale alla materia del diritto di famiglia³⁰⁰. Per di più, la crescente valorizzazione della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo, affermatasi in modo preminente con l'entrata in vigore

lienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello stato di diritto"», sia attraverso l'eterogeneità di fonti richiamate nell'art. 6 TUE. In quest'ultimo infatti, alla garanzia dei diritti risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (par. 3), alle tutele previste dalle disposizioni CEDU (par. 2) e all'adesione da parte dell'Unione alla Convenzione, si affianca la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, alla quale è riconosciuto "lo stesso valore giuridico dei trattati" (par. 1). Per una esaustiva disamina dell'art. 6 TUE si rinvia a: A. DI STASI, *Diritti umani e sicurezza ...*, cit., p. 243 ss.; G. GUARINO, *Le novità del Trattato di Lisbona: art. 6.3 e integrazione dei sistemi*, in C. ZANGHÌ, L. PANELLA (a cura di), *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*: Messina 26-27 giugno 2009, Torino, 2010, pp. 49-83. Cfr. M. FRAGOLA (a cura di), *La cooperazione fra Coti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2012; M.C. BARUFFI, *I diritti fondamentali nel Trattato di riforma*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, p. 26 ss.; L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 3, 2008, pp. 655-670; M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, pp. 221-225. Cfr., inoltre, P. LEMMENS, *The relation between the Charter of fundamental rights of the European Union and the European Convention on Human Rights – Substantive Aspects*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 8, n. 1, 2001, pp. 49-67; F. DE WITTE, *The European Judiciary after Lisbon*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 15, num. 1, 2008, pp. 43-54.

²⁹⁸ In tal senso la giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenza dell'11 luglio 2002, causa C-60/00, *Mary Carpenter c. Secretary of State for Home Department*; sentenza del 27 giugno 2007, causa C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*). È importante ricordare che, sia nella Carta di Nizza che nella CEDU, la famiglia non viene intesa come istituzione portatrice di interessi superiori in nome dei quali possono essere sacrificati quelli dei singoli individui. Ad essere oggetto di tutela nei diversi articoli dedicati alla famiglia sono i diritti delle persone in tale formazione. Vedi G. FERRANDO, *Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia*, in M.C. ANDRINI (a cura di), *op. cit.*, pp. 135-158.

²⁹⁹ V. R. LAMONT, *Mainstreaming Gender into European Family Law? The Case of International Child Abduction and Brussels II Revised*, in *European Law Journal*, vol. 17, n. 3, 2011, pp. 366-384.

³⁰⁰ R. CONTI, *op. cit.*, in part. p. 292 ss.

del Trattato di Lisbona e con il riformulato art. 6 TUE, ha permesso un ampliamento dell'incidenza del diritto dell'Unione in materia familiare³⁰¹.

Le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in materia di famiglia ribadiscono la tutela apprestata nel sistema CEDU e ciò richiama il coordinamento previsto all'art. 52 par. 3 della Carta, che stabilisce l'identità di significato e portata dei diritti della stessa «corrispondenti» a quelli garantiti dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, salvo la possibilità che «il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa». Inoltre, la menzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sia nel preambolo della Carta che nelle spiegazioni³⁰² relative all'art. 52 par. 3, rende possibile l'applicazione dei principi elaborati dai giudici di Strasburgo in materia di famiglia da parte della Corte di giustizia. Quindi anche la giurisprudenza della Corte europea va considerata uno *standard* minimo di tutela

³⁰¹ E ciò maggiormente in considerazione della prevista adesione dell'Unione europea alla CEDU che trova la sua base giuridica nell'art. 6, par. 2 TUE, rimuovendo, così, l'ostacolo a tale accesso che la Corte di giustizia, nel suo parere n. 2/94, aveva individuato nel difetto di competenza dell'allora Comunità europea (oggi Unione) ad adottare norme o a concludere trattati in materia di diritti umani. Cfr. *ex multis*: S. MIRATE, *La CEDU nell'ordinamento nazionale: quale efficacia dopo Lisbona?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5, 2010, pp. 1354-1372; A. TIZZANO, *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2011, pp. 29-58; A. DI STASI, *La vetero-nova quaestio dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU nella prassi delle istituzioni europee*, in *Grotius*, numero speciale, 2012, pp. 7-18; P. IVALDI, C.E. TUO, *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato dell'Unione europea nella prospettiva dell'adesione alla CEDU*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 1, 2012, pp. 7-36; A. MIGNOLLI, *Il progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: alcuni spunti di riflessione*, in *Studi sull'integrazione europea*, vol. VII, 2012, pp. 541-563. Le disposizioni relative l'adesione sono contenute nel Protocollo n. 8, allegato al Trattato, che fissa alcuni criteri che l'accordo dovrà rispettare e nell'art. 218 TFUE. Quest'ultimo, in particolare, prospetta una procedura che coinvolge il Consiglio (con decisione adottata all'unanimità), il Parlamento europeo e richiede l'approvazione di tutti gli Stati membri secondo le proprie regole costituzionali. Inoltre, il protocollo n. 8 afferma che, nel negoziare l'accordo di adesione alla CEDU «siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione europea».

³⁰² L'esegesi delle disposizioni della Carta deve essere condotta alla luce delle spiegazioni redatte dal Presidium della Convenzione che ha elaborato il documento. Tali «spiegazioni» pur non avendo carattere vincolante «rappresentano un prezioso strumento d'interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta». L'art. 6 TUE precisa l'obbligo di «presa in debito conto» delle spiegazioni, segnatamente per il loro valore indicativo delle fonti dei diritti fondamentali europei. Si veda il Punto 5 dell'allegato 1 all'allegato I alle conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles del 21 e 22 giugno 2007. Cfr. L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007, p. 15 ss.; A. DI STASI, *Brevi osservazioni intorno alle «spiegazioni» alla Carta dei diritti fondamentali ...*, cit., pp. 425-454.

della famiglia nell'ordinamento europeo, rispetto al quale il diritto dell'Unione può apportare unicamente deroghe *in melius*.

Alla luce di tali precisazioni è possibile procedere all'esame della nozione di "vita familiare" a livello europeo per valutarne nei successivi paragrafi l'incidenza applicativa nelle situazioni di illecita sottrazione internazionale di minori, in considerazione non solo del rilievo in ambito europeo - già sottolineato dal richiamo della Carta dei diritti fondamentali nel regolamento n. 2201/2003 - ma soprattutto del rispetto dell'art. 8 CEDU nell'applicazione delle disposizioni contenute nella Convenzione dell'Aja del 1980.

L'art. 7 della Carta di Nizza – riproducendo testualmente l'art. 8 CEDU, par. 1³⁰³ - stabilisce che «ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni». Va sottolineato come in entrambi si utilizzi il termine "vita familiare" e non quella di "famiglia", distinguendo quindi, il primo dal diritto di "fondare una famiglia" autonomamente previsto dall' art. 12 CEDU e dall'art. 9 della Carta di Nizza unitamente al diritto a contrarre matrimonio secondo le leggi nazionali³⁰⁴.

³⁰³ L'art. 8 CEDU, rubricato "*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*", afferma che: «1 Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2 Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui». *Ex multis*, cfr. DJ. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Dublin, Edinburgh, 1995, pp. 302-355; U. KILKELLY, *The Child and the European Convention on Human Rights*, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sidney, 1999; C. JACOBS, R.C.A. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, 4^oEd., New York, 2006, p. 172 ss.; C. PAVARANI, *Art. 8, Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in C. DEFILIPPI, D. BOSI, R. HAVERY (a cura di), *La Convenzione europea ...*, cit., pp. 291-379; C. PITEA, L. TOMASI, *Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *cit.*, pp. 297-369. Si veda, inoltre, F. CAGGIA, *Il rispetto della vita familiare*, in *I diritti fondamentali in Europa*, XV Colloquio biennale, Messina, 31 maggio-2 giugno 2001, Milano, 2002, pp. 39-62; R. PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, Bari, 2012, p. 9 ss.; M.G. RUO, *Tutela dei figli e procedimenti relativi ...*, cit., p. 1004 ss.; G. PASTINA, *La nozione di famiglia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e gli obblighi alimentari derivanti da unioni personali*, in G. CARELLA (a cura di) *La convenzione europea ...*, cit., p. 143 ss.

³⁰⁴ Cfr. E. FALLETTI, *Rispetto della vita privata e della vita familiare*, in G. BISOGNI, G. BRONZINI, V. PICCONE, *op.cit.*, pp. 107-118; ed ID., *Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia*, in *Ibidem*, pp. 131-140.

In tale ottica, il problema dell'esistenza o dell'assenza di una "vita familiare" costituisce prima di tutto una questione di fatto che dipende dalla reale sussistenza di legami che prescindono dal matrimonio³⁰⁵. Le stesse parole "ogni persona" (o individuo) estendono la tutela prestata dalla disposizione alla "vita familiare" in quanto tale, senza alcuna distinzione tra quella "legittima" e quella di "fatto" e ciò, compatibilmente con l'art. 14 CEDU che proibisce le discriminazioni fondate sulla "nascita" nel godimento dei diritti e delle libertà inseriti nella Convenzione³⁰⁶. È la stessa Corte di Strasburgo ad affermare che la nozione di "famiglia" non si riduce a quella di una relazione fondata sul matrimonio e può ricomprendere anche "famiglie di fatto" in cui i *partner* convivono senza essere coniugati³⁰⁷; sicché i figli nati da simili relazioni sono *ipso iure* parte di una "famiglia" per il solo effetto della nascita³⁰⁸. Inoltre, lo Stato avendo non solo l'obbligo "negativo" di rispettare il diritto della vita familiare ma anche quello "positivo" finalizzato a garantirne l'effettività, ha il dovere di assicurare ai figli naturali della coppia una posizione analoga a quella dei figli legittimi, permettendo il normale sviluppo dei rapporti tra genitori e figli³⁰⁹.

La parità di trattamento potrebbe pertanto riguardare anche il tema dell'affidamento, senza distinzione tra figli naturali e legittimi, ancor più in considerazione del fatto che talune circostanze come il trasferimento del minore, po-

³⁰⁵ C.edu, sentenza *K. e T. c/ Filandia*, del 12 luglio 2001, *ric. n. 25702/94*, p. 150. Inoltre nel concetto di "vita familiare" interpretato dalla giurisprudenza si includono anche i rapporti con i prossimi congiunti, ad esempio, quelli tra i nonni ed i nipoti, dal momento che questi possono giocare un ruolo importante nella vita di famiglia. In particolare sulla posizione dei nonni si veda la sentenza della Corte di Strasburgo *Scozzari e Giunta c. Italia* del 13 luglio 2000, *ric. n. 39221/98 e 41963/9*. Sono ovviamente da ricomprendersi nella tutela della vita familiare anche i legami tra figli adottivi e genitori adottanti. Sentenze della Corte di Strasburgo: *Kurochkin c. Ucraina* del 20 maggio 2010, *ric. n. 42276/08 e Pini e altri c. Romania* del 22 settembre 2004, *ric. n. 78028/01*.

³⁰⁶ In tal senso la Corte europea, sentenza *Marckx c. Belgio* del 13 giugno 1979, *ric. n. 683/74*.

³⁰⁷ C.edu, *Keegan c. Irlanda*, sentenza del 26 maggio 1994, *ric. n. 16969/90*.

³⁰⁸ Esiste una vita familiare del bambino con i genitori, ai sensi dell'art. 8, anche se al momento della nascita la convivenza e la relazione tra i due era ormai cessata. Infatti, sebbene la convivenza possa essere un requisito per qualificare come meritevole di protezione il rapporto, tuttavia, anche altri elementi debbono essere valutati per legittimare la tutela di cui all'art. 8 al fine della sussistenza dei legami di fatto: natura e durata del rapporto con i genitori e in particolare se questi avevano previsto di avere un figlio, se il padre ha riconosciuto il bambino come suo, se contribuisca all'accudimento del bambino, alla sua educazione, se vi sia tanto qualità, quanto regolarità nelle visite. Si vedano le sentenze della C.edu: *Berrehab c. Paesi Bassi* del 21 giugno 1988, serie A n. 138; *Elholz c. Germania* del 13 luglio 2000, *ric. n. 25735/94* e *Lebbink c. Paesi Bassi* del 1 giugno 2004, *ric. n. 45582/99*.

³⁰⁹ C.edu, sentenza *Marckx c. Belgio*, *cit.*

trebbero irrimediabilmente alterare i rapporti tra genitore e figli. Tale interpretazione è rafforzata dall'espresso richiamo nel testo regolamentare al rispetto dell'art. 24 della Carta di Nizza, dal quale si evince la concezione del minore quale soggetto giuridico autonomo in seno al nucleo familiare³¹⁰.

Tuttavia, il confine tra gli obblighi positivi e negativi dello Stato imposti a tutela della "vita familiare" e del mantenimento dei rapporti tra genitore e figlio non si presta ad una definizione precisa in quanto occorrerà operare un bilanciamento tra gli interessi coinvolti in relazione alle singole fattispecie concrete. In tale operazione l'interesse del minore sarà prevalente e verrà riservato allo Stato un certo margine di apprezzamento³¹¹. Infatti, come affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo «il legame naturale tra un genitore ed il figlio è fondamentale e quando viene interrotta la convivenza familiare, un rapporto continuo non può essere negato, a meno che non esistano importanti ragioni che giustificano una tale interferenza».

Inoltre, dall'equivalenza tra l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali e l'art. 8 CEDU deriva l'estensione dell'applicabilità del par. 2 di quest'ultimo e, la conseguente, ammissibilità di "un'ingerenza dell'autorità pubblica" nell'esercizio del diritto medesimo, ove «prevista dalla legge» e «necessaria in una società democratica alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui»³¹².

³¹⁰ L'art. 24 s'ispira alla Convenzione di New York sui diritti dei fanciulli (*supra*) e in particolare agli artt. 3, 9, 12 e 13 della stessa. La norma riconosce al bambino il diritto ad esprimere la propria opinione e il riguardo per la stessa nelle questioni che lo coinvolgono; la considerazione preminente del suo interesse superiore e il diritto alla relazione con ciascun genitore. Vedi M. PANEBIANCO (sotto la direzione di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001, pp. 295 ss.

³¹¹ Si richiamano in tal senso alcune sentenze della Corte di Strasburgo: *Todorova c. Italia* del 13 gennaio 2009, ric. n. 33932/06 in particolare il par. 69; *Evans c. Regno Unito* del 10 aprile 2007, ric. n. 6339/05 e *Keegan c. Irlanda*, *cit.*, p. 49.

³¹² Tuttavia, anche senza postulare l'applicabilità dell'art. 8 par. 2 CEDU, è comunque possibile limitare l'esercizio del diritto al rispetto della vita familiare in forza della clausola generale dell'art. 52, per cui «possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui». S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, 2001, in part. p. 314 ss.; F. CAGGIA, *Il rispetto della vita familiare*, in *I diritti fondamentali ...*, *cit.*, p. 39 ss. Più in

Secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo il concetto di ingerenza deve intendersi come «una costrizione subita dal titolare del diritto, quale risultato di un atto positivo dello Stato e non invece di un comportamento negligente dello stesso»³¹³; inoltre, «l'estensione o il rifiuto dello Stato di agire o di legiferare non si inserisce nell'ambito del secondo comma, potendo al contrario costituire inadempienza ad un obbligo positivo inerente al rispetto del diritto garantito dal comma precedente»³¹⁴.

Agli Stati è rimessa, dunque, la valutazione sulla necessità di un'ingerenza con un relativo margine di discrezionalità che «dipende dalla natura dell'attività in gioco e dallo scopo delle restrizioni»³¹⁵. In tale valutazione, le disposizioni contenute nell'art. 8 CEDU non impongono nessuna condizione esplicita di procedura, tuttavia ha precisato la Corte è necessario che «il processo decisionale che sfocia in misure di ingerenza sia equo e rispetti puntualmente gli interessi protetti dalla norma in questione»³¹⁶.

Riguardo alle condizioni alle quali la Convenzione ammette dell'ingerenze nell'esercizio del diritto alla vita familiare, la norma dispone, innanzitutto, che tali misure sia «previste dalla legge»; ciò implica una base giuridica nel diritto nazionale e che venga applicata dall'autorità pubblica in conformità al dettato normativo³¹⁷. La stessa norma, dovrà essere sufficientemente accessibile «dando la possibilità all'individuo di conoscerne la portata» e abbastanza precisa «al fine di consentirgli di prevedere, ad un livello ragionevole nelle circostanze di causa, le

generale si veda: V. COLCELLI, *Situazioni giuridiche soggettive nel sistema CEDU*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi ...*, cit., pp. 291-312; V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme*, 12° ed., Paris, 2011, pp. 431-478.

³¹³ C.edu, *X c. Germania*, sentenza del 3 ottobre 1979, ric. n. 8383/78.

³¹⁴ V. C.edu, *Rees c. Regno Unito*, sentenza del 17 ottobre 1986, ric. n. 9532/81.

³¹⁵ V. C.edu, *Dudgeon c. Regno Unito*, sentenza del 22 ottobre 1981, ric. n. 7525/76, par. 41.

³¹⁶ V. C.edu, *McMichael c. Regno Unito*, sentenza del 24 febbraio 1995, ric. n. 16424/90, par. 87. Vedi V. PARAGGIO, F. CICCARELLA, *La sottrazione internazionale di minori, casistica e giurisprudenza*, Roma, 2005.

³¹⁷ La legge si considera in senso sostanziale, comprendendovi non solo la legge formale ma anche la normativa ad essa subordinata ed il diritto di creazione giurisprudenziale dei Paesi di *common law*. Cfr. C. PAVARANI, *op. cit.*, p. 372 ss.

conseguenze che possono derivare da una determinata azione» e di «regolare conseguentemente la propria condotta»³¹⁸.

La seconda condizione alla liceità dell'ingerenza è che essa persegua degli scopi legittimi: «la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza, il benessere economico del Paese, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati; la protezione della salute o della morale e la protezione dei diritti e delle libertà altrui». L'ingerenza dovrà, dunque, essere proporzionata allo scopo sociale³¹⁹ perseguito e fondarsi su «motivi pertinenti e sufficienti», cioè in connessione alle circostanze concrete che impongono allo Stato di adottare tali misure³²⁰.

2. Gli obblighi “positivi” dello Stato ospitante al vaglio della Corte europea: la pronuncia *Ignaccolo-Zenide*.

Nei casi di sottrazione internazionale di minori è stato da tempo individuato un evidente legame tra la tutela del diritto al rispetto della vita familiare e gli obblighi posti dalla Convenzione dell'Aja del 1980³²¹. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha consentito in diverse occasioni la risoluzione delle controversie concernenti l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni contenute nella Convenzione dell'Aja del 1980 affermando che «il rispetto alla vita familiare e gli obblighi posti dall'art. 8 vanno interpretati in armonia con i principi generali del diritto internazionale dei minori e, in particolare, in considerazione al-

³¹⁸ Al contempo, ha precisato la giurisprudenza europea, «non si richiede che tali conseguenze siano prevedibili con assoluta certezza». Cfr. le sentenze della Corte europea: *Sunday Times c. Regno Unito* (n. 1), del 26 aprile 1979, ric. n. 6538/74, par. 49; e *Margareta e Roger Andersson c. Svezia*, del 22 aprile 1992, ric. n. 12963/87, par. 77.

³¹⁹ Cfr. le pronunce della C.edu: *Norris c. Irlanda*, del 26 ottobre 1988, ric. n. 10581/83, par. 39 e *Olsson c. Svezia* (n. 1), del 24 marzo 1988, ric. n. 10465/83, par. 67.

³²⁰ V. Corte di Strasburgo, sentenza *Dudgeon c. Regno Unito*, del 22 ottobre 1981, ric. n. 7525/76, parr. 51-54.

³²¹ Cfr. R. DI CHIO, *La Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori nella giurisprudenza ...*, cit., pp. 91-119; ID., *The Hague Convention on the civil aspects of International child abduction in the case law of the European Court of Human Rights*, in *Pakistan Journal of Women's Studies: Alam-e-Niswan*, vol. 17, n. 2, 2010, pp. 25-36; A. CANNONE, *Sottrazione internazionale di minori*, in *Dizionario giuridico* (diretto da N. IRTI), Milano, 2010, pp. 465-474, in part. p. 473; M.G. RUO, *Tutela dei figli e procedimenti relativi alla crisi ...*, cit., p. 1004 ss.

le disposizioni della Convenzione dell’Aja in materia di sottrazione internazionale di minori»³²².

Quest’ultime, infatti, malgrado l’attività della Conferenza dell’Aja sul diritto internazionale privato – caratterizzata dall’adozione di atti di natura non vincolante diretti ad uniformare l’interpretazione e l’applicazione – non sono dotate di strumenti specifici atti a chiarirne la portata. In tal contesto, il diritto di ricorso individuale – quale garanzia giurisdizionale accordata agli individui nell’ambito di un sistema europeo “multilivello” di garanzia dei diritti umani³²³ – ha permesso alla Corte europea di svolgere un ruolo significativo nell’interpretazione delle disposizioni della Convenzione dell’Aja del 1980, qualora la non (o non corretta) applicazione delle stesse comportasse la violazione di un diritto sancito nella CEDU.

In tali circostanze, il diritto al rispetto della vita familiare si pone quale garanzia di un genitore a vedere adottate misure che gli consentano di intrattenere rapporti con i propri figli e l’obbligo per le autorità statali di agire in tal senso³²⁴. La norma si pone, dunque, non solo quale divieto di ingerenze arbitrarie da parte dei poteri pubblici, mediante l’obbligo per lo Stato di astenersi da tali condotte (obblighi negativi)³²⁵ ma soprattutto, come fonte di obblighi “di fare” in capo alle autorità pubbliche. Il configurarsi di tali “obblighi positivi” trova il proprio fonda-

³²² C.edu, *Golder c. Regno Unito*, 21 febbraio 1975, ric. n. 4451/70, par. 29. P.R. BEAUMONT, *The Art. 8 Jurisprudence of European Court of Human Rights on the Hague Convention on International Child Abduction in relation to Delays in Enforcing the Return of a Child*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Liber Fausto Pocar, Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Milano, 2009, pp. 75 – 94.

³²³ Cfr. A. DI STASI, *Diritti umani e sicurezza ...*, cit., p. 209 ss.

³²⁴ L’ambito soggettivo della “vita familiare”, così come definito dalla giurisprudenza europea, è sintetizzato dalla compresenza di: «a) un rapporto di parentela ed l’effettività del legame; oppure b) dal rapporto di parentela e l’appartenenza di famiglia nei confronti dei terzi o, ancora, c) nel rapporto di parentela giuridicamente costituito e la volontà di costituzione di un legame, frustrata dal comportamento o dall’inazione delle autorità nazionali». V. L. TOMASI, *Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 302 ss.

³²⁵ La nozione di «interferenza statale» include ogni misura, atto o condotta posto in essere da autorità pubbliche capaci di limitare l’esercizio dei diritti protetti. Tale interferenza può essere costituita da una misura legislativa, da un atto amministrativo o da un comportamento materiale delle autorità pubbliche. Cfr. C.edu, G.C., *E.B. c. Francia*, 22 gennaio 2008, ric. n. 43446/02, par. 44 ss. Inoltre, come già anticipato, tale divieto non ha carattere assoluto bensì la c.d. “clausola di limitazione” che accompagna la previsione del diritto al rispetto alla vita familiare (art. 8, par. 2), richiede la sussistenza di tre condizioni: «legalità, finalità legittima e necessità in una società democratica». Cfr. C.edu, *Sunday Times c. Regno Unito*, 26 aprile 1979, ric. n. 6538/74, p. 48; *Tănase c. Moldavia*, 27 aprile 2010, ric. n. 7/08, p. 164 ss.

mento nella previsione per la quale essi costituiscono «un tratto inerente e coesenziale alla necessità del rispetto effettivo dei diritti garantiti, ponendo in rilievo aspetti specifici dell'art. 8»³²⁶. Essi possono comportare l'adozione di misure volte a rendere effettivo l'esercizio di un diritto da parte dell'individuo e avere carattere normativo, amministrativo o materiale; inoltre, possono anche riguardare disposizioni ed attività procedurali di accertamento e attuazione coattiva delle decisioni rilevanti³²⁷.

Inoltre, l'imposizione di obblighi positivi consistenti nella protezione dei diritti individuali dalle illegittime ingerenze – non solo pubbliche ma anche private – ha favorito l'applicazione dell'art. 8 CEDU alle relazioni interindividuali nel bilanciamento fra contrapposte situazioni soggettive³²⁸ e, in particolare, nel rapporto tra genitore e figli³²⁹. Un'eventuale ingerenza nel godimento del diritto tutelato dall'art. 8 della Convenzione europea dovrà rispondere all'esigenza di un «bisogno sociale imperativo» ed essere proporzionato alle finalità legittime perseguite. La valutazione dell'entità dell'esigenza di proporzionalità non può che esser rimessa al margine di apprezzamento³³⁰, di volta in volta, riconosciuto agli Stati nel determinare il punto di equilibrio tra esigenze concorrenti.

In virtù del principio di sussidiarietà, la Corte europea ha riconosciuto la responsabilità del corretto bilanciamento tra esigenze concorrenti in capo alle autorità nazionali ritenute – in via di principio - maggiormente idonee a valutarne la rilevanza dei vari fattori coinvolti. Tuttavia, l'ambito di discrezionalità concesso agli Stati non è illimitato e il suo esercizio è soggetto al controllo posto in essere

³²⁶V. C.edu, *Marckx c. Belgio*, sentenza del 13 giugno 1979, ric. n. 6833/746833/74, p. 31.

³²⁷ *Ex multis*, C.edu, *Glaser c. Regno Unito*, sentenza del 19 settembre 2000, ric. n. 32346/9632346/96, p. 65 e ss.; *A., B. e C. c. Irlanda*, 16 dicembre 2010, ric. n. 25579/05, p. 245 ss.

³²⁸V. G. CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 14 ss.

³²⁹La Corte osserva che «il godimento della reciproca compagnia da parte di genitori e figli costituisce un elemento fondamentale della “vita familiare” ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione». V. C.edu, *Eberhard e M. c. Slovenia*, sentenza del 1° dicembre 2009, ric. n. 8673/05 e 9733/05, par. 125.

³³⁰Esso definisce, sotto il profilo sostanziale, i confini entro i quali le autorità nazionali possono svolgere operazioni di bilanciamento e valutare la proporzionalità di una misura; mentre, sotto il profilo strutturale, individua la natura, l'intensità e i limiti del controllo internazionale operato dalla Corte. V. C. PITEA, *Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 308 ss.

dalla Corte di Strasburgo, la quale ne garantisce la compatibilità con i diritti garantiti nella CEDU. In tal senso, la Corte compie una verifica dell'assetto sostanziale del bilanciamento degli interessi, vigilando sulle modalità attraverso le quale è stato posto in essere alla luce delle circostanze del caso nel suo complesso e delle motivazioni delle autorità nazionali per giustificarne l'interferenza³³¹. In particolare, la Corte verifica che tutti i fattori rilevanti e gli interessi coinvolti siano stati adeguatamente presi in considerazione, quale elemento «di correttezza procedurale dell'esercizio della discrezionalità nazionale»³³². Rileva a tal proposito, un margine di apprezzamento considerevolmente ampio nelle decisioni che riguardano la protezione dell'infanzia, nelle quali la tutela dell'interesse superiore del minore risulta prevalente su quella dei genitori, fermo restando il principio secondo il quale «lo stesso margine di apprezzamento è sensibilmente più ristretto per quanto riguarda le disposizioni accessorie che incidono sul diritto di visita e, più in generale, sulla possibilità di mantenimento di un contatto significativo tra genitori e figli, anche nell'ipotesi di allontanamento di questi dal nucleo familiare»³³³.

L'esecuzione del provvedimento che dispone il ritorno del minore, dunque, dovrà essere garantita dal diritto interno; tuttavia, come precisato dalla Corte europea nella sentenza *Ignaccolo-Zenide*³³⁴, «l'obbligo per le autorità nazionali di a-

³³¹ C.edu, *James e altri c. Regno Unito*, sentenza del 21 febbraio 1986, ric. n. 8793/79, p. 46; *MGN Ltd. C. Regno Unito*, sentenza del 18 febbraio 2011, ric. n. 39401/04, p. 200.

³³² C.edu, *Evans c. Regno Unito*, sentenza del 10 aprile 2007, ric. n. 6339/05, p. 86; *Dickson*, sentenza del 4 dicembre 2007, ric. n. 44362/04, p. 79-85. Vedi G. DOUGLAS, *The family and the State under the European Convention on human rights*, in *International Journal of Law and the Family*, volume 2, n. 1, 1988, pp. 76-105.

³³³ C.edu, G.C., *Sahin c. Germania*, sentenza dell'8 luglio 2003, ric. n. 30943/96, p. 65; G.C., *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, sentenza del 6 luglio 2010, ric. n. 41615/07, p. 134 (v. *infra*). Sul margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri si rinvia a: M. LUGATO, *Riflessioni sulla base giuridica del margine nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 7, 2012, pp. 359-374.

³³⁴ C.edu, *Ignaccolo-Zenide c. Romania*, sentenza del 25 gennaio 2000, ric. n. 31679/96. La pronuncia, considerata in dottrina il *leading case*, è la prima decisione della Corte europea su questioni concernenti la sottrazione internazionale dei minori. Prima della riforma operata dal Protocollo XI del 1998, nessuna decisione era stata resa dalla Corte in materia, in quanto tutti i rinvii posti erano stati dichiarati inammissibili dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo. A fondamento di tale valutazione, il ricondurre la materia all'art. 6 CEDU sotto i profili della durata della procedura di ritorno e del diritto del minore ad essere ascoltato dal giudice investito dalla medesima. Cfr. A. SCHULZ, *The 1980 Hague Child Abduction Convention and the European Convention on Human Rights*, in *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 12, n. 2,

dottare misure a tal fine non è assoluto», poiché il ricongiungimento del figlio sottratto con il genitore affidatario «non può prescindere da circostanze di specie, che devono essere interpretate alla luce della Convenzione dell’Aja del 1980 ed in particolare dall’art. 7»³³⁵. Inoltre, secondo la Corte, in capo alle autorità nazionali del Paese nel quale è stato illecitamente trasferito (o trattenuto) il minore sorge anche l’obbligo di intraprendere con particolare urgenza le misure per assicurare il ritorno del minore, valorizzando l’art. 11 della Convenzione dell’Aja del 1980. Al contempo, allo scopo di assicurare il ritorno del minore, le autorità statali possono adottare sanzioni o misure preparatorie maggiormente idonee alla tutela dell’interesse del minore. Le stesse misure di tipo sanzionatorio - non auspicabili nei confronti dei minori - possono essere adottate, secondo la Corte nei confronti del genitore che pone in essere la condotta illecita³³⁶.

Gli Stati contraenti hanno, dunque, l’obbligo di porre in essere tutte le misure necessario alla tutela della vita familiare, interpretate alla luce delle disposizioni contenute nella Convenzione dell’Aja del 1980. Nell’ipotesi di esecuzione dei provvedimenti di ritorno, la Corte di Strasburgo ha ritenuto, inoltre, che un cambiamento rilevante delle circostanze può, seppure in via eccezionale, giustificare la non esecuzione. Di rilievo, tuttavia, in tali ipotesi che il mutamento della situazione non sia dovuta ad omissioni dello Stato di rifugio nell’adozione di tutte le misure necessarie ad assicurare il rientro del minore³³⁷. Sicché, il prolungarsi della separazione tra il minore sottratto e il genitore vittima di tale condotta, al quale ha contribuito lo Stato ospitante attraverso la mancata adozione di misure preparato-

2002, pp. 355-392; R. DI CHIO, *La Convenzione dell’Aja sugli aspetti civili della sottrazione ...*, cit., p. 102 ss.

³³⁵ *Ibidem*, par. 95.

³³⁶ *Ibidem*, par. 106. In tal senso non rileva, secondo la Corte, il fatto che la ricorrente non abbia introdotto un’azione penale nei confronti dell’altro genitore, in quanto la stessa non può essere considerata sufficiente dal momento che si tratta di uno strumento indiretto ed eccezionale di esecuzione, che non può essere opposto quale motivo di esonero delle autorità nazionali dagli obblighi che gravano sulle stesse, in quanto depositarie della forza pubblica in materia di esecuzione (v. par. 111 della pronuncia in esame).

³³⁷ C.edu, *Sylvester c. Austria*, sentenza del 24 aprile 2003, ric. n. 36812/97 e 40104/98, par. 63.

rie o la lentezza delle procedure, viola il diritto al rispetto della vita familiare del ricorrente³³⁸.

3. I principi generali concernenti il fenomeno della sottrazione internazionale di minori: il caso *Neulinger*.

Il diritto al rispetto della vita familiare va ulteriormente interpretato, non solo alla luce delle disposizioni e dello scopo della Convenzione dell'Aja del 1980 (nonché della normativa europea in materia), ma soprattutto in virtù dell'obiettivo fondamentale del perseguimento dell'interesse superiore del minore. Quest'ultimo, conduce la Corte a non statuire - incondizionatamente - a favore del genitore che ha subito l'allontanamento del minore, quale ingerenza nel suo rapporto familiare con il medesimo ma a valutare, in considerazione delle singole circostanze del caso di specie, le misure adottate dallo Stato richiedente e le condizioni psico-fisiche alle quali il minorenne viene sottoposto in ragione dell'ordine di rientro nello Stato di origine.

Il fenomeno della sottrazione internazionale di minori da parte di uno dei genitori si accompagna, infatti, a situazioni di conflitto nella dissoluzione della vita di relazione della coppia, spesso caratterizzata da dissidi e contraddizioni che coinvolgono inevitabilmente i figli che divengono - loro malgrado - "l'oggetto principale" della contesa. A tali motivi, vi sia aggiungono ulteriori cause che possono sottendere al trasferimento o al trattenimento illecitamente compiuto del minore, quale ad esempio l'esigenza di sfuggire a situazioni di violenza familiare³³⁹. Ri-

³³⁸ *Ibidem*, par. 69-70. Cfr. C.edu, *Bianchi c. Svizzera*, sentenza del 22 giugno 2006, ric. n. 7548/04, par. 92 ss; e *Iosub Caras c. Romania*, sentenza del 27 luglio 2006, ric. n. 7198/04, par. 34 ss. Inoltre, l'obbligo in capo allo Stato di garantire il rispetto alla vita familiare attraverso la predisposizione delle misure necessarie si estende, naturalmente, anche nelle ipotesi nel quali ad essere eseguito non è una decisione di rientro del minore ma il diritto di visita di uno dei genitori, v. C.edu, *Lafargue c. Romania*, sentenza del 13 luglio 2006, par. 97 ss.

³³⁹ V. M. FREEMAN, *The Effects and Consequences of International Child Abduction*, in *Family Law Quarterly*, n. 3, 1998, p. 603 ss. La violenza domestica è identificabile con l'uso o la minaccia dell'uso della forza fisica, incluse le molestie sessuali, contro il partner, da cui deriva la paura o il terrore o un danno fisico o morale. Una prima risposta in ambito europeo ed avente lo scopo di prevenire la stessa è costituita dall'adozione della Convenzione di Istanbul *sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, del 11 maggio 2011. Per lo stato delle firme e ratifiche si rinvia all'indirizzo web:

sulta evidente, dunque, l'esigenza di un corretto bilanciamento degli interessi coinvolti nelle questioni in esame, spettante alle autorità giudiziarie nazionali e, per altro verso, sottoposto esso stesso ad una valutazione sovranazionale alla quale i singoli potranno ricorrere in quel sistema "multilivello" al quale si accennava nei paragrafi precedenti.

Ebbene, in tal contesto la Corte europea non ha mancato di precisare che, seppure nel rispetto delle decisioni aderenti ai principi della Convenzione dell'Aja del 1980, il rimpatrio forzato del minore illegalmente sottratto in alcuni casi può non corrispondere al suo superiore interesse³⁴⁰.

Nel caso di specie la sig.ra *Neulinger* (cittadina svizzera) dopo aver divorziato dal marito, il sig. *Shuruk* (di nazionalità israeliana), decide di far ritorno in Svizzera portando con sé il figlio minore. La situazione di pressioni e violenze familiari istaurata dal marito induce la sig.ra *Neulinger* a contravvenire al divieto di espatrio del minore imposto dalle autorità israeliane, al quale segue l'ordine dei Tribunali elvetici di ritorno dello stesso a fronte della valutata illiceità del trasferimento in Svizzera, in quanto i due genitori avevano l'affidamento congiunto del figlio. Anche la Corte europea - successivamente adita dalla ricorrente - si pronuncia conformemente alla decisione del Tribunale Federale elvetico, ritenendo che l'obbligo per gli Stati parte è quello di eseguire immediatamente il provvedimento che ordina il rientro del minore nel Paese di residenza abituale³⁴¹ e che, in tal senso, la decisione del Tribunale federale è basata sulle disposizioni della Convenzione dell'Aja allo scopo di tutelare i diritti del minore e del genitore; un obiettivo questo «ritenuto legittimo ai sensi del secondo comma dell'articolo 8 CEDU»³⁴². La Corte osserva, inoltre, che nel Preambolo della Convenzione

<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?CL=ITA&NT=210>. Cfr. inoltre, V. ZAMBRANO, *Ordini di protezione e tutela del minore*, in AA. VV. *Maltrattamenti ed abusi sessuali sui minori: fenomeno, tutela, intervento*, Lecce, 2012, pp.261-296.

³⁴⁰ C. edu, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, sentenza del 6 luglio 2010, n. ric. 41615/07. D. RIETIKER, *Un enlèvement d'enfant devant la Grande Chambre de la Cour Européenne des droits de l'Homme: l'affaire Neulinger et Shuruk c. Suisse analysée à la lumière des méthodes d'interprétation des traités internationaux*, in *Rev. Trim. dr. H.*, n. 90, 2012, pp. 377-413.

³⁴¹ C.edu, *Neulinger e Shuruk c. Switzerland*, sentenza dell'8 gennaio 2009, ric. n. 41615/07.

³⁴² C.edu, *Neulinger e Shuruk c. Switzerland*, sentenza dell'8 gennaio 2009, cit., par. 82 ss. La Corte, inoltre, richiamando la raccomandazione n. 874 (1979) dell'Assemblea parlamentare euro-

dell'Aja le Parti contraenti esprimono il loro convincimento che «gli interessi dei bambini sono di fondamentale importanza in materia di affidamento» ribadendo, la loro volontà di «proteggere i bambini a livello internazionale dagli effetti nocivi delle loro trasferimento o del mancato rientro»³⁴³. In tal senso, si ritiene che l'obiettivo della Convenzione dell'Aja del 1980 «di proteggere i bambini dal trauma scaturente dal loro trasferimento, cercando di disincentivare la proliferazione di tali condotte» deve orientare anche la giurisprudenza di Strasburgo. Pertanto, valutata la sussistenza delle condizioni per l'applicazione della Convenzione dell'Aja del 1980 è necessario ripristinare lo *status quo ante* al fine di evitare il consolidamento legale di situazioni di fatto contrastanti con l'attribuzione della responsabilità genitoriale secondo l'ordinamento giuridico dello Stato di residenza abituale. Tuttavia, precisa la Corte bisognerà tener conto di una serie di eccezioni all'obbligo di ritorno del minore «sulla base delle circostanze riguardanti il minore e il suo ambiente». Nella prima pronuncia *Neurlinger* - poi rimessa alla valutazione della Grande Camera - la Corte ritiene che l'eccezioni al rientro immediato del minore sottratto non siano state oggetto di un'interpretazione “troppo restrittiva” da parte delle autorità nazionali coinvolte; in quanto essendo preminente l'interesse del minore di mantenere contatti regolari con entrambi i genitori, sarebbe nella responsabilità della madre cercare di raggiungere un accordo con il padre, soprattutto relativamente le condizioni di educazione del bambino. In tal contesto, il “fanatismo religioso” del padre non preclude la partecipazione della madre all'educazione del figlio³⁴⁴. Lo stessa possibilità che la madre, di rientro

pea afferma: «*the children must no longer be considered as parents' property, but must be recognised as individuals with their own rights and needs*».

³⁴³ C.edu, *Neurlinger e Shuruk c. Switzerland*, sentenza dell'8 gennaio 2009, cit., par. 76 ss.

³⁴⁴ C.edu, *Neurlinger e Shuruk c. Switzerland*, sentenza dell'8 gennaio 2009, par. 91 ss. La Corte ritiene inoltre che «non ci sono prove che suggeriscono che il primo ricorrente non sarebbe in grado di influenzare l'educazione religiosa del figlio o che le autorità israeliane e i tribunali non sarebbero in grado di impedire al padre di mandarlo a un religioso scuola “Heder”». Di contrario avviso il giudice *Steiner* che nella sua opinione dissenziente rileva: «un “formalismo eccessivo” ed un “ottimismo teorico” - nella decisione adottata - che non sono supportate da alcun materiale nel fascicolo di causa. Un “formalismo eccessivo” perché la maggioranza alla Camera ha adottato un punto di vista “procedurale”, ponendo la loro fiducia - in modo astratto - in un sistema giuridico i cui principi in materia di diritto di famiglia, ispirandosi legge religiosa tradizionale che regola le domande di *status* personale, a volte sono significativamente diversi da quelli con i quali ci sono familiari in Europa. Un “ottimismo teorico”, in quanto la maggioranza sembra non tener conto del fatto che le controversie derivanti dal diritto di famiglia del terzo Stato nel caso di specie, e in

dalla Svizzera, possa essere accusata del rapimento del minore non viene considerato dalla Corte europea un reale pregiudizio per il figlio scaturito dall'esecuzione dell'ordine di rientro in Israele.

Rimessa la questione alla Grande Camera della Corte europea, la sig.ra *Neurlinger* ottiene la sospensione dell'esecuzione del provvedimento di rimpatrio del minore. Per la prima volta, la Corte si sofferma sulla valutazione posta in essere dalle autorità nazionali delle circostanze che sottendono la valutazione del reale interesse superiore del minore in ipotesi di sottrazioni internazionale dello stesso ad opera di un genitore. Nella sentenza *Neurlinger*, si sottolinea innanzitutto che la Convenzione europea non può essere interpretata isolatamente dal diritto internazionale, ma in virtù dell'art. 31, par. 3, lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati (1969), si deve tener conto di ogni norma internazionale pertinenti ed applicabile agli Stati contraenti³⁴⁵. In tal senso, gli obblighi positivi imposti dall'art. 8 CEDU devono essere interpretati alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989 e della Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori del 1980. La Corte europea, attrae a sé, dunque, la competenza nel riesaminare la procedura seguita dai tribunali nazionali ed, in particolare, nell'accertare che gli stessi, nell'applicare ed interpretare le disposizioni della Convenzione dell'Aja abbiano assicurato le garanzie poste dalla medesima e dalle disposizioni contenute nell'art. 8 CEDU.

Alla luce di tali considerazioni preliminari, la Corte sottolinea come l'interesse superiore del minore debba essere considerato valore supremo da perseguire nell'attività di bilanciamento degli ulteriori interessi in gioco – quelli dei due genitori e dell'ordine pubblico – e al raggiungimento di un equilibrio tra gli stessi tramite il margine di apprezzamento concesso agli Stati membri.

L'interesse del minore sottratto si configura, dunque, come il diritto a mantenere i legami con la sua famiglia, a meno che non sia dimostrato che questi siano pregiudizievoli; nonché, in una prospettiva di sviluppo personale, il diritto a cre-

particolare quelle riguardanti il matrimonio, il divorzio, la manutenzione, la tutela e l'adozione, sono giudicabili solo davanti ai tribunali religiosi».

³⁴⁵ *Ibidem*, par. 131. Cfr. C.edu, *Streletz, Kessler e Kreuz c. Germania*, G.C., sentenza del 22 marzo 2001, ric. nn. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, par. 90.

scere in un ambiente sano da valutare in relazione ad una varietà di circostanze, in particolare alla sua età e al suo livello di maturità, dalla presenza o dall'assenza dei genitori e dall'ambiente e dalle esperienze³⁴⁶.

Inoltre, le singole disposizioni della Convenzione dell'Aja del 1980 vanno lette alla luce degli obblighi posti dall'art. 8 CEDU e, dunque, il rimpatrio del minore non può essere disposto automaticamente o meccanicamente ma dovranno essere valutate le singole eccezioni previste dalla norma pattizia in connessione alle circostanze del caso concreto. Nel caso *Neulinger*, l'interesse del minore sottratto sarebbe leso dal suo rientro in Israele a fronte delle gravi difficoltà familiari, culturali e linguistiche che lo stesso si troverebbe ad affrontare, in connessione al rischio che il ritorno nello Stato di origine della madre esporrebbe la stessa alla possibilità di essere condannata ad una pena detentiva per aver violato il divieto di espatrio³⁴⁷. Ne discende, secondo la valutazione della Corte, che il rientro del minore sottratto è contrario al suo interesse in quanto lesivo del suo diritto al rispetto della vita familiare. La giurisprudenza europea ha condotto, dunque, un accertamento sull'analisi posta in essere dai tribunali nazionali in relazione all'intera situazione familiare e di tutta una serie di fattori, in particolare di natura emotiva, psicologica, materiale e medica, con la costante preoccupazione di determinare quale dovrebbe essere la soluzione migliore per il minore sottratto nel caso di richiesta di rimpatrio nello Stato d'origine.

La Corte eleva, dunque, il principio dell'interesse superiore del minore a valore primario da perseguire nel bilanciamento degli interessi attinenti ai casi di sottrazione internazionale dei minori in un'ottica di rivalutazione degli stessi obblighi imposti dall'art. 8 CEDU³⁴⁸ ed in considerazione del fatto che «la Convenzione dell'Aja è essenzialmente uno strumento di natura procedurale e non un trattato

³⁴⁶ La variabilità delle medesime richiede una valutazione caso per caso, e tale competenza è rimessa alle autorità nazionali, che spesso hanno il vantaggio di un contatto diretto con le persone interessate. C. edu, *Neulinger e Shruk c. Svizzera*, cit., par. 138.

³⁴⁷ C. edu, *Neulinger e Shruk c. Svizzera*, cit., par. 149. Cfr. M. DISTEFANO, *op. cit.*, p. 146 ss.

³⁴⁸ Le posizioni così assunte sono state successivamente confermate dalla giurisprudenza europea nel caso *Raban c. Romania*, sentenza del 26 ottobre 2010, ric. n. , *Karrer c. Romania*, sentenza del 21 febbraio 2012, ric. n.16965/10. Cfr. R. RUSSO, *La CEDU censura i giudici Italiani: per realizzare l'interesse del minore non bastano misure stereotipate ed automatiche. Un esempio di adeguamento ai principi della Convenzione europea*, in *Famiglia e diritto*, n. 7, 2011, pp. 658-665.

sui diritti umani che protegge le persone su base oggettiva»³⁴⁹. L'interpretazione «sistematica» affermata nella pronuncia *Neurlinger* contribuisce alla protezione dei valori garantiti dalla Convenzione europea secondo un'interpretazione che tenga conto delle altre fonti del diritto internazionale applicabili alle materie oggetto delle controversie. Da questo punto di vista, è innegabile che la sentenza *Neurlinger* rappresenti un esempio di interazione tra una pluralità di strumenti internazionali³⁵⁰, riaffermatesi nella successiva pronuncia *M.R. e L.R. c. Estonia*³⁵¹. In essa la Corte ribadisce il suo precedente orientamento giurisprudenziale secondo il quale «gli obblighi positivi che l'articolo 8 CEDU impone agli Stati membri devono essere interpretati alla luce della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 e la Convenzione dell'Aia relativa agli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, del 25 ottobre 1980» e, dunque, che la competenza della Corte di Strasburgo si estende all'esame «della procedura seguita dai tribunali nazionali, in particolare, nel verificare se questi ultimi, nell'applicazione ed interpretazione delle disposizioni della Convenzione dell'Aja del 1980, hanno assicurato le garanzie della CEDU e in particolare quelle dell'articolo 8». Il rispetto alla “vita familiare” nei casi sottrazione internazionale di minori richiede che la questione venga decisa attraverso un giusto temperamento degli interessi coinvolti lasciato alla discrezionalità degli Stati membri. Tuttavia, tale margine di apprezzamento è sottoposto a un “controllo europeo” da parte della Corte di Strasburgo sul rispetto da parte dei giudici nazionali delle disposizioni della CEDU. Nel caso in esame, la Corte ha dunque rigettato il ricorso di una donna e di sua figlia, le quali sostenevano che le autorità nazionali avessero violato il loro diritto al rispetto della vita familiare emanando una decisione di rientro della bambina in Italia. A fondamento di tale risoluzione il fatto che i tribunali interni avevano valutato gli elementi di fatto e stabilito che non sussisteva un rischio per il minore al suo rientro nel Paese di precedente residenza abituale³⁵². A garanzia di tali affermazioni – prosegue la Corte – la circostanza che l'Italia ha ratificato la

³⁴⁹ C. edu, *Neurlinger e Shruk c. Svizzera*, cit., p. 145.

³⁵⁰ D. RIETIKER, *Un enlèvement d'enfant devant la Grande Chambre ...*, p. 378 ss.

³⁵¹ C. edu, *M.R. e L.R. c. Estonia*, sentenza del 15 maggio 2012, ric. n. 13420/12.

³⁵² C. edu, *M.R. e L.R. c. Estonia*, cit., par. 42 ss.

convenzione europea e che quindi sarà tenuta a rispettare gli obblighi scaturenti dall'art. 8 CEDU³⁵³.

4. (Segue) la valutazione del corretto bilanciamento degli interessi coinvolti. Ulteriori pronunce della Corte europea: i casi *Kampanella* e *Qama*.

Ponendosi nel solco della precedente giurisprudenza, a partire dalla già esaminata pronuncia *Neuliger*, la Corte europea ritorna ad interpretare la normativa internazionale ed europea a fronte di una richiesta di rimpatrio del minore sottratto. La questione sottoposta al giudice di Strasburgo nel caso *Sneerson e Kampanella c. Italia*³⁵⁴, prende il via dalla decisione della madre di far ritorno in Lettonia portando con sé il figlio minore, al quale segue una decisione di rientro adottata dalle autorità italiane ai sensi dell'art. 11 della Convenzione dell'Aja del 1980.

A fronte della stessa, viene proposto ricorso alla Corte europea lamentando un'illegittima ingerenza delle misure nazionali che ostacolano il reciproco godimento del rapporto familiare fra genitore e figlio, rilevando l'impatto negativo che la decisione di rientro ha sullo stesso.

La Corte, infatti, ha ritenuto in diverse occasioni che un decreto di rimpatrio, anche se non eseguito, costituisce di per sé un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita familiare³⁵⁵. L'ingerenza, oltretutto non "necessaria in una società democratica" in quanto ha accertato la Corte, i tribunali italiani nell'ordinare il rientro del minore non hanno valutato accuratamente le possibili soluzioni alternative che garantissero il mantenimento dei rapporti fra il minore e il padre. A ciò, si aggiunge il non considerare la situazione di precarietà economica che non permetterebbe alla madre di restare in Italia ed il trauma psicologico del minore che seguirebbe inevitabilmente una rottura improvvisa dei loro rapporti. Non a caso, ritiene la

³⁵³ C.edu, *M.R. e L.R. c. Estonia*, cit., par. 49.

³⁵⁴ C. edu, *Sneerson e Kampanella c. Italia*, sentenza del 12 luglio 2011, ric. n. 14737/09.

³⁵⁵ Cfr. C.edu, *Neulinger e Shruk c. Svizzera*, cit., par. 90 ss.; *Lipkowsky e McCormak c. Germania*, sentenza del 18 gennaio 2011, ric. n. 26755/10.

Corte, il cercare di integrare il minore in un ambiente linguisticamente e culturalmente straniero non può essere compensato ricorrendo ad un'assistenza psicologica esterna, non valutabile «quale alternativa equivalente al sostegno intrinseco nei legami forti, stabili e tranquilli tra un bambino e la madre»³⁵⁶.

Ancora una volta, l'approccio posto in essere dalla giurisprudenza della Corte europea è stata quello di valutare alla luce delle singole situazioni del caso concreto il corretto bilanciamento degli interessi coinvolti perseguendo il benessere del minore considerato soggetto "particolarmente vulnerabile" e, dunque, destinatario di una protezione rafforzata che colma, per alcuni versi, le complicate maglie di un meccanismo "burocratico" di cooperazione fra Stati diretto a ristabilire la situazione violata attraverso la sottrazione illecita di minori.

Ulteriore elemento che rileva è il fattore temporale, che acquisisce una propria autonomia nell'ambito dei diritti garantiti dalla Convenzione europea nell'art. 6. Infatti, in alcune decisioni relative ai casi in cui era lamentata la mancata adozione o esecuzione di provvedimenti sul ritorno del minore, la Corte ha valutato non solo gli aspetti sostanziali del diritto al rispetto della vita familiare, ma anche quelli procedurali dello stesso collegati agli obblighi positivi delle autorità nazionali. Pertanto, in considerazione del fatto che uno dei parametri per giudicare l'adeguatezza delle misure predisposte dallo Stato, al fine di assicurare il ritorno del minore, è quello della rapidità nell'adozione ed esecuzione delle decisioni, i ricorsi promossi in materia non potevano non richiamare anche violazioni del diritto alla durata ragionevole del processo.

La Corte ha più volte sottolineato che in casi concernenti il ricongiungimento dei bambini con i loro genitori, l'adeguatezza di una misura consiste anche nella rapidità della decisione, specie in situazioni nelle quali il passare del tempo può avere conseguenze irrimediabili per le relazioni tra i figli e il genitore che non vive con loro. Ed è proprio la stretta connessione fra il fattore "tempo" e il condizionamento del medesimo delle relazioni familiari che ha condotto la Corte, nella maggioranza dei ricorsi, ad esaurire le questioni concernenti la violazione posta in essere nel dettato dell'art. 8 CEDU, non ritenendo necessario procedere

³⁵⁶ C. edu, *Sneerson e Campanella c. Italia*, cit., par. 94 ss.

nell'esame disgiunta dell'art. 6 CEDU³⁵⁷. In tal contesto, la Corte pur ribadendo la differente natura degli interessi tutelati dagli artt. 6 e 8 CEDU - in quanto se il primo offre una garanzia procedurale, l'art. 8 ha un fine più ampio consistente nella garanzia del rispetto (tra l'altro) della vita familiare - ne giustifica in simili circostanze di fatto una trattazione congiunta³⁵⁸.

La questione controversa del caso *Kampanella* rileva, inoltre, anche sotto un diverso profilo quale quello della ripartizione di competenza tra la Corte europea e quella di Lussemburgo in vista della definitiva adesione dell'Unione europea alla CEDU. Infatti, se la Corte di Strasburgo pur riconoscendo la corretta interpretazione dell'art. 11 del regolamento n. 2201/2003 da parte dei giudici italiani ha, comunque, accertato l'inadeguata valutazione della situazione reale del minore e gli effetti negativi del rientro dello stesso; la Commissione, dall'altro canto, ha ritenuto di non dar seguito ad una denuncia presentata dalla Lettonia nell'ambito della procedura di infrazione. Lo Stato lettone asseriva, infatti, che l'azione delle autorità giudiziarie italiane – avendo le medesime ordinato il rientro del minore

³⁵⁷ Tuttavia, in alcuni casi la Corte ha constatato la violazione dell'art. 6 CEDU per la durata non ragionevole del processo, in quanto la procedura di ritorno non era stata condotta con sufficiente diligenza ai sensi dell'art. 11 della Convenzione dell'Aja del 1980. Cfr. C.edu, *Deak c. Romania e Regno Unito*, sentenza del 3 giugno 2008, ric. n. 19055/05. Nella pronuncia *Deak* la Corte ricorda che la ragionevole durata del procedimento deve essere esaminata alla luce di determinati criteri, quali: la complessità del caso, il comportamento del ricorrente e delle autorità competenti. Su quest'ultimo punto, ribadisce la Corte «l'importanza della posta in gioco per il ricorrente nella controversia deve essere presa in considerazione»; è, dunque, essenziale che i casi di custodia di minori siano trattati rapidamente. Tuttavia, un ritardo «può essere tollerato se la durata complessiva del procedimento non possa ritenersi eccessivo». Si veda da ultimo, C.edu, *Chabrowski c. Ukraine*, sentenza del 17 gennaio 2013, ric. n. 61680/10, par. 107 ss. Cfr. A. DI STASI, *Principi giurisprudenziali e principi "costituzionali" euro-nazionali in materia di ragionevole durata del processo*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n. 2, 2005, p. 215 ss.; A. CITTARELLO, *La durata ragionevole del processo: criteri di valutazione della "ragionevolezza" elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ed ordinamento italiano*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 1, 2003, p. 145 ss. Per un'esauritiva analisi dell'art. 6 CEDU in un'ottica di confronto dell'interpretazione giurisprudenziale del diritto all'equo processo nei sistemi regionali si rinvia a: A. DI STASI, *Il diritto all'equo processo nella CEDU e nella Convenzione americana sui diritti umani. Analogie, dissonanze e profili di convergenza giurisprudenziale*, Torino, 2012.

³⁵⁸ C.edu, *Bajrami c. Albania*, sentenza del 12 dicembre 2006, ric. n. 35853/04, par. 73. Nella pronuncia, la Corte in riferimento alle circostanze del caso che coinvolgevano l'Albania - Paese non contraente dei atti internazionali in materia di sottrazione internazionale di minori - dichiara che: «la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non impone agli Stati l'obbligo di ratificare le convenzioni internazionali [...] ma richiedono loro di adottare tutte le misure necessarie, per garantire i diritti della persona garantiti dall'articolo 8 CEDU e, in particolare, per garantire il ricongiungimento dei genitori con i loro figli in conformità ad una sentenza definitiva di un tribunale nazionale». Cfr. *ibidem*, par. 66 ss.

senza tener conto di una precedente pronuncia in senso contrario adottata dal giudice della Lettonia e non avendo ascoltato nessuna delle parti – fosse contraria alle disposizioni regolamentari previste per la risoluzione, nel “*best interest*” del minore, dei casi di sottrazione internazionale³⁵⁹. Allorché le differenti posizioni riguardino la Commissione europea e la Corte di Strasburgo, la questione – come evidenziato in dottrina – dimostra che «l’insorgere di frizioni nell’attività interpretativa» delle due Organizzazioni regionali non è un’eventualità irrealizzabile³⁶⁰ e ciò maggiormente in relazione a questioni concernenti aspetti particolarmente delicati e, pertanto, indefiniti in astratto come il perseguimento dell’interesse superiore del minore. Sotto tale profilo, gli interessi di tutela sottesi alle norme di diritto internazionale privato europeo sono suscettibili, infatti, far emergere la possibilità di divergenze tra la valutazione operata nell’ambito dell’Unione europea e quelle, invece, adottate nel sistema Convenzionale; di qui l’esigenza di un coordinamento e di meccanismi diretti ad dirimere eventuali conflitti di opinioni successivamente alla definitiva adesione dell’Unione alla CEDU.

Infine, nell’ambito della valutazione del corretto bilanciamento degli interessi coinvolti nelle situazioni di trasferimento o mancato rientro del minori si pone la pronuncia *Qama c. Albania e Italia*³⁶¹. In essa la Corte conferisce una peculiare importanza all’interesse del minore che «a seconda della sua natura o complessità può prevalere sugli interessi del genitore. In particolare, a un genitore non possono essere riconosciuti diritti ai sensi dell’articolo 8 che potrebbero danneggiare la salute e lo sviluppo del minore»³⁶². Nel caso di specie, la Corte di Strasburgo evidenzia il fatto che il ricorrente non abbia avviato i procedimenti diretti al rientro del minore in Albania in quanto lo stesso non ha mai asserito, dinanzi alle autorità giudiziarie italiane, l’avvio di tali procedure né tantomeno richieste dirette a modi-

³⁵⁹ La Lettonia aveva avviato un procedimento d’infrazione ai sensi dell’art. 258 TFUE (ex art. 227 TCE) contestando la violazione del regolamento n. 2201/2003 il 15 ottobre 2008. La Commissione, pur ritenendo carente l’analisi condotta dalle autorità italiane della tesi contraria al rientro, ha emesso un parere motivato (del 15 gennaio 2009) nel quale riteneva non sussistente la violazione delle disposizioni europee in materia.

³⁶⁰ V. P. IVALDI, C.E. TUO, *op. cit.*, p. 34 ss.

³⁶¹ C.edu, *Qama c. Albania e Italia*, sentenza dell’8 gennaio 2013, ric. n. 4604/09.

³⁶² *Ibidem*, par. 81. Cfr. C.edu, *Sommerfeld c. Germania*, GC, ric. n. 31871/96, par. 64, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, cit., par. 134.

ficare il diritto di affidamento riconosciuto ad un parente del minore³⁶³. Si ritiene, pertanto, che l'art. 8 «non può essere inteso nel senso di imporre allo Stato l'obbligo di garantire a un ricorrente delle relazioni personali quando il minore si è trasferito in un altro Stato membro e quindi non è più soggetto alla giurisdizione di tale Stato» e, inoltre, alla luce della Convenzione per la sottrazione dei minori dell'Aja non si può ritenere che la norma in questione «imponga alle autorità nazionali obblighi positivi per assicurare il rientro del minore se il ricorrente detiene solo diritti di visita e alle relazioni personali»³⁶⁴. In tal senso, la Corte conclude che «visto che entrambi i genitori hanno concordato volontariamente di recarsi con il minore in Italia e visto che il minore è rimasto in Italia in forza di una ordinanza legittima emessa da un tribunale italiano che non ha conferito al ricorrente diritti di affidamento, non vi era un obbligo positivo per l'Albania di adottare le misure che tutelassero il rispetto dei diritti alle relazioni personali del ricorrente con il figlio come riconosciuto da una decisione del tribunale albanese. Il ricorrente avrebbe dovuto presentare una richiesta presso il tribunale italiano al fine di ottenere il riconoscimento del diritto alle relazioni personali o di visita»³⁶⁵.

³⁶³ La Corte richiama il caso *Deak c. Romania e Regno Unito*, cit., in cui il ricorrente «ha presentato denunce ai sensi della Convenzione sulla sottrazione dei minori dell'Aja in Romania e nel Regno Unito relative all'illecito trasferimento del figlio da parte della madre del minore dalla Romania al Regno Unito, ritenendo che, visto che il procedimento dinanzi ai tribunali rumeni non aveva direttamente regolato la questione dei diritti di visita del ricorrente che era stato precedentemente confermato da una decisione del tribunale rumeno, il ricorrente, che non aveva ottenuto l'affidamento del figlio, avrebbe potuto richiedere ai tribunali inglesi un ampliamento del suo diritto di visita o una modifica del modo in cui esso era esercitato (par. 69). In *Stenzel c. Polonia*, cit., anche se i tribunali polacchi non hanno alienato al ricorrente la potestà genitoriale, in assenza di un procedimento avviato ai sensi della Convenzione sulla sottrazione dei minori dell'Aja, la Corte ha ritenuto, per quanto riguarda il diritto di visita del ricorrente, che egli non avesse mai presentato domanda di assistenza alle autorità tedesche, ai sensi della Convenzione, al fine di tutelare il diritto di visita al figlio in Germania». C.edu, *Qama c. Albania e Italia*, cit., par. 87.

³⁶⁴ *Ibidem*, par. 87. In senso contrario C.edu, *Eberhard e M. c. Slovenia*, cit., e *Siemianowski c. Polonia*, sentenza del 6 settembre 2005, ric. n. 45972/99, in cui gli obblighi positivi dello Stato convenuto di assicurare l'esecuzione degli accordi di visita, che non erano stati regolati nell'ambito della Convenzione sulla sottrazione dei minori dell'Aja, rientravano interamente nella sua giurisdizione.

³⁶⁵ C.edu, *Qama c. Albania e Italia*, cit., par. 88.

CONCLUSIONI

Il principio dell'interesse superiore del minore, come osservato, rileva quale valore fondante la tutela del soggetto minore sul piano internazionale ed europeo. Lo stesso principio regola la risoluzione delle controversie coinvolgenti il minore determinando l'obbligo, per le autorità giudiziarie di creare un giusto contemperamento degli interessi coinvolti, sui quali tuttavia prevale quello del minore. Il principio dei "*best interests of the child*" di matrice internazionale è stato riaffermato a livello europeo e nazionale, creando un sistema "multilivello" a protezione dello stesso. Il minore, dunque, è titolare di una serie di situazioni giuridiche soggettive dirette a tutelare il suo diritto a crescere in un ambiente familiare e di mantenere contatti con entrambi i genitori.

Come evidenziato nelle pagine che precedono la diffusa mobilità dei valori concernenti i rapporti familiari ha determinato non solo l'intervento dell'Unione europea nella definizione dei criteri diretti all'individuazione della legge applicabile, della giurisdizione e della competenza ma, soprattutto, una peculiare attenzione su profili - non esclusivamente processuali - riconducibili alla tutela dello *status* familiare. Sotto tale aspetto, l'analisi del fenomeno della sottrazione internazionale di minori e delle disposizioni normative ad esso dedicate, risulta una rilevante base per un'indagine diretta a cogliere l'influenza (seppure indiretta) dell'azione dell'Unione europea in materia di rapporti "sostanziali" di diritto di famiglia.

È evidente che il processo di integrazione europea ha determinato una parziale erosione della sovranità statale nella promozione dei valori costituzionali di riferimento anche in materia di diritto di famiglia. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'attenzione nel Trattato di Lisbona alla tutela dei diritti fondamentali non può non essere sintomatico dello sviluppo di comuni valori nel-

lo spazio europeo. Il processo di integrazione europea è, dunque, fonte di un'armonizzazione normativa e di progressiva condivisione dei valori in materia familiare, indipendentemente da interventi diretti all'uniformazione del diritto materiale. Quest'ultima, sembrerebbe meno auspicabile nell'esperienza giuridica moderna caratterizzata dalla "convivenza" di una pluralità di ordinamenti giuridici destinati ad intrecciarsi nella disciplina dei rapporti giuridici.

Non a caso, dunque, il rilevante intervento normativo dell'Unione europea in materia di famiglia mira a promuovere principi apprezzabili e condivisi tra gli Stati membri. Il regolamento n. 2201/2003 persegue l'interesse superiore del minore tramite la disciplina relativa alla «responsabilità genitoriale» e la garanzia di intrattenere relazioni personali dirette con i propri genitori nella fase patologica delle controversie matrimoniali e familiari in genere. Come già precisato, il diritto di affidamento trova una propria disciplina nella normativa nazionale dei vari Stati membri, mentre alla competenza di tipo concorrente dell'Unione è rimessa la sola azione nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile. Ne discende, che in materia di responsabilità genitoriale con risvolti transazionali l'Unione europea è competente ad agire solo nei limiti di quei profili tradizionalmente ricondotti al diritto internazionale privato.

In particolare, le disposizioni del regolamento n. 2201/2003 incentrate sulla rapida risoluzione dei conflitti familiari sfociati nel trasferimento o trattenimento in uno Stato membro diverso da quello di residenza abituale del minore - ad integrazione della normativa di base pattizia già riguardante il fenomeno - sono suscettibili di influenzare la regolamentazione interna dei rapporti genitori-figli. Ciò maggiormente in considerazione della tutela prestata al minore e alla famiglia nella CEDU e nell'interpretazione giurisprudenziale della stessa da parte della Corte di Strasburgo.

Il tentativo di armonizzazione del diritto di famiglia è posto in essere, dunque, in quello spazio prima definito "pan-europeo", nel quale la ricerca delle basi comuni in materia procedono lungo due direttrici: la prima, in senso orizzontale, dirette ad un approccio che tenga conto di un comune bagaglio di valori in materia di famiglia fra gli Stati; la seconda verticale, nel quale i valori comuni sono de-

terminati in base agli strumenti internazionali e sovranazionali di garanzia dei diritti umani e dell'interpretazione giurisprudenziale degli stessi.

Nei casi di sottrazione internazionale dei minori, dunque, l'Unione si limita ad integrare i meccanismi previsti a livello internazionale dalla Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori del 1980. Una tale integrazione è particolarmente marcata in quanto amplia le ipotesi in cui è possibile rifiutare il rientro del minore nello Stato di residenza abituale; garantisce una maggiore partecipazione del minore e dei soggetti coinvolti nel procedimento e garantisce l'ascolto del minore (qualora la sua età e capacità di discernimento lo permettano). In particolare, la previsione di un obbligo di ascolto del minore – alle condizioni anzidette – rappresenta un significativo strumento di tutela dello stesso considerato in maniera autonoma rispetto agli esercenti la responsabilità genitoriale. Il perseguimento dell'interesse del minore nella procedura di rientro impone, infatti, agli Stati membri di garantire l'ascolto del minore e di tener conto delle sue opinioni al fine di riconoscere nello Stato richiesto la decisione straniera adottata.

Al contempo, i meccanismi attivabili nei casi di illecito trasferimento (o trattamento) del minore in uno Stato diverso da quello nel quale si sviluppa “il centro di vita e di relazione” del fanciullo, sono oggetto di interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del diritto al rispetto della vita familiare (art. 8 CEDU). In tal senso, come sottolineato dalla Corte europea a partire dalla pronuncia *Neurlinger*, il rispetto della “vita familiare” e gli obblighi di “tipo positivo”, imposti agli Stati contraenti alla luce dell'interesse superiore del minore, determinano la possibilità di escludere il rientro immediato del minore. In tal senso, una lettura combinata della normativa in materia di sottrazione internazionale di minori con i principi riguardanti il rispetto alla vita familiare definiscono una possibile condizionamento del diritto di affidamento. La normativa nazionale in riferimento alla responsabilità genitoriale, infatti, potrebbe essere erosa - nei casi di trasferimento illecito del minore - dal rifiuto al rientro dello stesso qualora quest'ultimo sia contrario ai suoi “*best interests*”. In tal senso, risulta innegabile che la protezione del minore e dei suoi diritti nell'ambito della famiglia in un si-

stema integrato di tutela “multilivello” sia tale da condizionare la stessa normativa nazionale in virtù del perseguimento di valori comuni. Gli stessi meccanismi previsti in seno alla Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato a tutela del minore nelle questioni di illecito trasferimento (o trattenimento) risultano integrati, nei profili applicativi maggiormente controversi, dalle garanzie a tutela dei diritti dei minori e del diritto al rispetto della “vita familiare” previsti nel “sistema europeo”.

BIBLIOGRAFIA

- ADINOLFI A., *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 1, 2011;
- ALSTON P. (Ed. by), *The Best Interests of the Child*, Oxford, 1994;
- ANCESCHI A., *La famiglia nel diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli, 2010;
- ANDOLINA I.A., *Costituzione europea e cooperazione giudiziaria in materia civile*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 2, 2005;
- ANDRINI M.C., *La famiglia nella costituzione europea*, in *Famiglia*, n. 3, 2003;
- , (a cura di), *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, 2007;
- ANTOKOLSKAIA M., *Objectives and values of substantive family law*, in MEEUSEN J., PERTEGÁS M., STRAETMANS G., SWENNEN F. (eds.), *International Family Law for the European Union*, Antwerpen-Oxford, 2007;
- ARENAS GARCIA R., *Abolition of exequatur: problems and solutions*, in BONOMI A., ROMANO G.P. (Eds.), *Yearbook of Private International Law*, vol. 12, 2010;
- BALLARANI G., *Il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, n. 1, 2011;
- , *Diritti dei figli e della famiglia. Antinomia o integrazione?*, in DELLA TORRE G. (a cura di), *Studi in onore di Giovanni Jacobbe*, Tomo I (*Teoria generale, Persone e Famiglia*), Torino, 2010;
- BALLARINO T., *Il diritto internazionale privato italiano*, Padova, 2011, VII ed;
- BARATTA R., *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in PICONE P. (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Milano, 2004;
- BARIATTI S., *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato dell'Unione europea*, in ROSSI L.S. (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali*, XV Convegno SIDI, Bologna 10-11 giugno 2010, Napoli, 2011;

-, (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato e comunitario*, Milano, 2007;

-, DANOVÌ A.G., *La famiglia senza frontiere*, Padova, 2008;

BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, 2001;

BARUFFI M.C., *Discrezionalità del giudice e rimpatrio del minore in caso di legal kidnapping*, in *Int'I Lis*, n. 2, primavera/estate, 2005;

-, *Gerarchia tra il Reg. 1347/2000 e la Convenzione di Lussemburgo del 1980 sul riconoscimento dei provvedimenti di affidamento e relativi al diritto di visita*, in *Int'I Lis*, n. 3-4 2005;

-, *I diritti fondamentali nel Trattato di riforma*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008;

-, *La cittadinanza dell'Unione e i diritti dei minori nello spazio giudiziario europeo*, in ID. (a cura di), *Cittadinanza e diversità culturale nello spazio giuridico europeo*, Milano, 2010;

BASEDOW J., *EC regulations in European Private Law*, in ID., I. MAIER, SCHNYDER A.K., EINHORN T., GIRSBERGER D., *Private Law in the International arena, from national Conflict Rules Towards Harmonization and Unification*, Liber Amicorum Kurt Siehr, The Hague, 2000;

BEGHÈ LORETI A. (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti dei fanciulli*, Padova, 1995;

BERGAMINI E., *La famiglia quale oggetto di tutela nel diritto dell'Unione europea e nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2, 2010;

-, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia familiare*, in SESTA M. (a cura di), *Codice della famiglia*, Tomo II, 2012;

BERGER V., *Jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme*, 12° ed., Paris, 2011;

BERLOCO G., *Sentenze straniere sulla responsabilità genitoriale*, in *Lo Stato Civile Italiano*, n. 6, 2008;

BERTOLI P., *Corte di Giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005;

BEAUMONT P.R., *The Art. 8 Jurisprudence of European Court of Human Rights on the Hague Convention on International Child Abduction in relation to Delays in Enforcing the Return of a Child*, in VENTURINI G., BARIATTI S. (a cura di), *Liber Fausto Pocar, Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Milano, 2009.

-, MCELEAVY P.E., *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford, 1999;

BIAGIONI G., *L'abolizione dei motivi ostativi al riconoscimento e all'esecuzione nella proposta di revisione del regolamento Bruxelles I*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 4, 2011;

-, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 4, 2004;

BIAVATI P., *Il futuro del diritto processuale di origine europea*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 3, 2010,

-, *Una recente applicazione del procedimento pregiudiziale europeo d'urgenza in materia di trasferimento illecito di minore*, in *Famiglia e Diritto*, n. 5, 2010;

BILANCIA P., DE MARCO E. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004;

BOELE-WOELKI K., *Comparative Research-Based Drafting of principles of European Family Law*, in *Era-Forum*, n. 1, 2003;

-, *The working method of the Commission on European Family Law*, in ANDRINI M.C. (a cura di), *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, 2007;

-, *Unification and harmonization of Private International Law in Europe*, in BASEDOW J., MAIER I., SCHNYDER A. K., EINHORN T., GIRSBERGER D., *Private Law in the International arena, from national Conflict Rules Towards Harmonization and Unification, Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2000;

-, JÄNTERÄ-JAREBORG M., *Protecting children against detrimental family environments under the 1996 Hague Convention and the Brussels II bis Regulation*, in BOELE-WOELKI K., EINHORN T., GIRSBERGER D., SYMEONIDES S., *Convergence and Divergence in Private International Law*, The Hague, 2010;

-, FERRAND F., GONZÁLES BEILFUSS C., JÄNTERÄ JAREBORG M., LOWE N., MARTINY D., PINTENS W., *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, in *CEFL Series*, Nr. 16, Antwerpen/Oxford, 2007;

BONOMI A., *La Convenzione dell'Aja del 1961 sulla protezione dei minori: un riesame dopo la ratifica italiana e l'avvio dei lavori di revisione*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3, 1995;

-, (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, 2009;

BOSCHIERO N., BERTOLI P., (a cura di), *Verso un «ordine comunitario» del processo civile (Convegno interinale SIDI, Como, 23 novembre 2007)*, Napoli, 2008;

BOTTI E., *Prime precisazioni sull'ambito di applicazione del regolamento n. 2201/2003/Ce in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *Giust. civ.*, n. 11, 2008;

BREEN C., *The Standard of the Best Interests of the Child*, The Hague-London-New York, 2002;

BRUNS A., *Provisional measures in European civil procedural Laws- preservation of variety or need for harmonization?*, in STÜRNER R., KAWANO M., *Comparative studies on enforcement and provisional measures*, 2011;

BUCHER A., *L'enfant en droit international privé*, Genève-Bâle-Munich-Paris, 2003;

BUCK T., *International Child Law*, London, 2005;

BULTRINI A., *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti umani in Europa*, Torino, 2004;

BUONADONNA A.L., *Sottrazione di minorenni: profili di diritto penale*, in AA. VV., *Le controversie in materia di filiazione*, Padova, 2010;

BUONAIUTI F.M., *Obbligazioni alimentari, rapporti patrimoniali tra coniugi e litispendenza tra i regolamenti <<Bruxelles I>> e <<Bruxelles II>>*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3, 2005;

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ C.M., *La sustracción de menores en l'Unión Europea*, Madrid, 2010;

CAGGIA F., *Il rispetto della vita familiare*, in *I diritti fondamentali in Europa*, XV Colloquio biennale, Messina, 31 maggio-2 giugno 2001, Milano, 2002;

CALÓ E., *L'influenza del diritto comunitario sul diritto di famiglia*, in *Familia*, n. 3, 2005;

CALVIERI C., *Il nuovo spazio europeo dei diritti fondamentali*, in CASSETTI L. (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012;

CALVIGIONI R., *Il regolamento CE 2201/2003: problematiche per l'ufficiale di stato civile*, in *Lo Stato civile Italiano*, n. 1, 2007;

CAMPIGLIO C., *Il rapporto con i regolamenti europei e il diritto internazionale privato straniero*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3, 2001;

CANAVESE E., *L'esecuzione dei provvedimenti concernenti la persona del minore*, in LENTI L. (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, vol. VI (II ed.) del *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI P., Milano, 2012;

CONETTI G., TONOLO S., VISMARA F., *Commento alla riforma del Diritto internazionale privato italiano*, II ed., Torino, 2009;

CANNONE A., *Sottrazione internazionale di minori*, in *Dizionario giuridico* (diretto da IRTI N.), Milano, 2010;

CANTWELL N., *Monitoring the Convention through the Idea of the "3P"*, in HEILÖ P.L., LAURONEN E., BARDY M. (eds.), *Politics of Childhood and Children at Risk: Provision, Protection, Participation*. International Expert Meeting, Kellokoski, Finland, 22-24 August 1992, European Centre, Vienna, 1993;

CAPRI P., *Esigenze psicologiche e diritti della persona minore di età nelle relazioni familiari anche sotto il profilo deontologico*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 3, 2012;

CARACCILO I., *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale: il rafforzamento delle garanzie giurisdizionali*, Napoli, 2000;

CARBONE S.M., *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, Torino, 2009;

- , *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni in materia civile e commerciale nello spazio giudiziario europeo: dalla Convenzione di Bruxelles al regolamento (CE) n. 44/2001*, in ID., FRIGO M., FUMAGALLI L., *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, 2004;

- , QUEIROLO I. (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008;

- , TUO C., *Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di famiglia e il Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2, 2010;

CARDONE A., *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enc. giur., Annali IV*, Milano, 2011;

CARELLA G. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, 2009;

CARLETTI C. (a cura di), *Promozione, protezione ed attuazione dei diritti dei minori*, Torino, 2009;

CARPANETO L., *Reciproca fiducia e sottrazione internazionale di minori nello spazio giudiziario europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 2, 2011;

CARRASCOSA GONZÁLES J., SEATZU F., *La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento "Roma III"*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1, 2010;

CARTABIA M., *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010;

- (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali delle Corti europee*, Bologna, 2007;

CASTELLANETA M., *L'atto è possibile se lo Stato di esecuzione si è espresso contro il ritorno del bambino*, in *Guida al diritto*, n. 31, 2008;

-, *La competenza per le domande sulla responsabilità genitoriale segue la residenza dell'interessato*, in *Guida al diritto*, n. 18, 2009;

-, *Uno Stato può adottare provvedimenti cautelari per i minori sul territorio nei casi d'urgenza*, in *Guida al diritto/Il Sole-24 Ore*, n. 18, 2 maggio 2009;

-, LEANDRO A., *Il regolamento CE n. 4/2009 relativo alle obbligazioni alimentari*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 5, 2009;

CHIAPPETTA G., *Famiglie e minori nella leale collaborazione tra le Corti*, Napoli, 2011;

CHIARAVALLOTTI S., SPADARO G., *L'interesse del minore nella mediazione familiare*, Milano, 2012;

CIFARIELLO R., *La mediazione internazionale*, in AA. VV., *Le controversie in materia di filiazione*, Padova, 2010;

CITTARELLO A., *La durata ragionevole del processo: criteri di valutazione della "ragionevolezza" elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ed ordinamento italiano*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 1, 2003;

CLERICI R., *Sulla riforma dell'art. 42 della legge n. 218/1995*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3, 2001;

COLCELLI V., *Situazioni giuridiche soggettive nel sistema CEDU*, in CASSETTI L. (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012;

CONTALDI G., *Ordine pubblico*, in BARATTA R. (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010;

CONTI R., *Il nuovo regolamento comunitario in materia matrimoniale e di potestà parentale*, in *Famiglia e Diritto*, n. 3, 2004;

- , FOGLIA R., *Provvedimenti provvisori riguardanti il diritto di affidamento*, in *Corriere giuridico*, n. 2, 2010;

- , -, *Trasferimento illecito del minore e provvedimento cautelare*, in *Corriere giuridico*, n. 8, 2010;

COZZI A.O., *Parità fra coniugi*, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012;

CUBEDDU M.G., *I principi di diritto europeo della famiglia*, in FERRANDO G., FORTINO M., RUSCELLO F. (a cura di), *Famiglia e Matrimonio*, Tomo I (*Relazioni familiari-Matrimonio-Famiglia di fatto*), vol. I del *Trattato di Diritto di famiglia* (diretto da ZATTI P.), Torino, 2011

DALIA A.A., (Voce) *Sottrazione di minori o di incapaci*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Milano, 1990;

DAMASCELLI D., *Su taluni aspetti della legge n. 218/1995 meritevoli di riforma*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3, 2001;

DANIELE L., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 3, 2008;

DANOVI F., *Sottrazione internazionale di minori e conflitti di giurisdizione*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 3, 2000;

DE CARO A., *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000;

- DE CARO A., *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Napoli, 2003;
- DE CESARI P., *Diritto internazionale privato dell'Unione europea*, Torino, 2011;
- DE GROOT, G., KUIPERS J.J., *The new provisions on private international law in the Treaty of Lisbon*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 15, n. 1, 2008;
- DE MANZO G., *Questioni controverse in tema di ordine di rientro dei minori illecitamente sottratti in ambito europeo*, in *Famiglia e Diritto*, n. 11, 2010;
- DE PASQUALE T., GENNA A.A., LORELLO L., *Diritto pubblico delle relazioni familiari e processo di europeizzazione dei diritti*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5, 2012;
- DE WITTE F., *The European Judiciary after Lisbon*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 15, n. 1, 2008;
- DI CHIO R., *La Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in CARELLA G., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, 2009;
- , *The Hague Convention on the civil aspects of International child abduction in the case law of the European Court of Human Rights*, in *Pakistan Journal of Women's Studies: Alam-e-Niswan*, vol. 17, n. 2, 2010;
- DICUZZO B., *Art. 2, Diritto all'istruzione*, in DEFILIPPI C., BOSI D., HARVEY R. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Napoli, 2006;
- D'IGNAZIO G. (a cura di), *Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Milano, 2011;
- DI LIETO A., *Il regolamento n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n. 1, 2004;
- DI STASI A., *Brevi osservazioni intorno alle «spiegazioni» alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in ZANGHÌ C., PANELLA L. (a cura di), *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità: Messina 26-27 giugno 2009*, Torino, 2010;
- , *Diritti umani e sicurezza regionale. Il «sistema» europeo*, Napoli, 2011, ristampa alla II ed.;

-, *Il diritto all'equo processo nella CEDU e nella Convenzione americana sui diritti umani. Analogie, dissonanze e profili di convergenza giurisprudenziale*, Torino, 2012;

-, *La personalità internazionale dell'individuo: contenuto e limiti di una possibile "soggettività attiva" nell'ordinamento internazionale*, in PANELLA L., SPATAFORA E. (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghì*, vol. I, *Diritto internazionale*, Torino, 2011;

-, *La vetero-nova quaestio dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU nella prassi delle istituzioni europee*, in *Grotius*, numero speciale, 2012;

-, *Principi giurisprudenziali e principi "costituzionali" euro-nazionali in materia di ragionevole durata del processo*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n. 2, 2005;

DISTEFANO M., *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale dei minori*, Padova, 2012;

-, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori: in margine al caso Neulinger*, in PANELLA L., SPATAFORA E. (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghì*, vol. I, *Diritto internazionale*, Torino, 2011;

DOEK J., VAN LOON H., VLAARDINGERBROEK P. (Eds. by), *Children on the Move: How to Implement Their Right to Family Life*, The Hague-Boston-London, 1999;

DOGLIOTTI M., *Che cosa è l'interesse del minore?*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, Ottobre/Dicembre, 1992;

DOLSO G.P., SPITALERI F., *Divieto di discriminazione*, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012;

DOUGLAS G., *The family and the State under the European Convention on human rights*, in *International Journal of Law and the Family*, volume 2, n. 1, 1988;

DRAETTA U., PARISI N. (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione Europea, Parte speciale: Il diritto sostanziale*, Milano, 2010;

DUNCAN W., *Future developments in International Family law with special emphasis on cross-border child protection: A view from the Hague*, in BOELE-WOELKI K., EINHORN T., GIRSBERGER D., SYMEONIDES S., *Convergence and Divergence in Private International Law*, The Hague, 2010;

EKKELAR J., *The interests of the child and the child's wishes: the role of dynamic self-determinism*, in *International Journal of Law and the family*, 1994, vol. 8, n. 1;

ESPINOSA CALABUIG R., *La responsabilidad parental y el nuevo regolamento de "Bruxelles II, bis": entre el interés del menor y la comperacion sudicia interestatal*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3-4, 2003;

- , *La sottrazione di minori nell'Unione europea: tra regolamento n. 2201/2003 e Convenzione dell'Aja del 1980* in CARBONE S.M., QUEIROLO I. (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008;

FALLETTI E., *Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia*, in BISOGNI G., BRONZINI G., PICCONE V., *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, Taranto, 2009;

- , *Rispetto della vita privata e della vita familiare*, in BISOGNI G., BRONZINI G., PICCONE V., *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, Taranto, 2009;

FERACI O. , *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012;

- , *L'abolizione dell'exequatur nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001: quale destino per i motivi di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni?*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3, 2011;

- , *Riconoscimento ed esecuzione all'estero dei provvedimenti provvisori in materia familiare: alcune riflessioni sulla sentenza Purrucker*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 1, 2011;

FERRANDO G., *Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia*, in ANDRINI M.C. (a cura di), *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, 2007;

- , (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, vol. I, *Matrimonio, separazione e divorzio*, Bologna, 2007;

FERRARI F., *Forum shopping et Droit matériel uniforme*, in *Journal du droit international*, volume 129, n. 2, 2002;

FINOCCHIARO M., *Va in soffitta la nozione di «potestà»: ora il nucleo ruota intorno ai figli*, in *Guida al diritto/Dossier*, n. 3, Marzo 2004;

FITTIPALDI O., *Regolamento CE 2201/2003 ed esecuzione delle decisioni di modifica dell'affidamento di un minore trasferito all'estero: tuttora si rende necessario l'exequatur del giudice straniero*, in *Famiglia e diritto*, n. 7, 2007;

FOCARELLI C., *La convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 4, 2010;

FOIS P., *Dall'armonizzazione all'uniformazione dei diritti interni nell'Unione europea. Valutazione critica di una tendenza in atto*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 7, 2012;

FORLATI PICCHIO M.L., *Libertà del minore e famiglia negli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, in DE CRISTOFARO M., BELVEDERE A. (a cura di), *L'autodeterminazione dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980;

FORTINO M., *Verso una nuova «privatizzazione» della famiglia nella società globale?*, in *Rivista di diritto civile*, n. 1, 2003;

FRAGOLA M. (a cura di), *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2012;

- , *Il primo rinvio pregiudiziale «d'urgenza»: il caso Rinau*, in *Rivista di diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n. 4, 2008;

FRANCHI M., *Protezione dei minori e diritto internazionale privato*, Milano, 1997;

FREEMAN M., *Article 3. The best interests of the child*, in ALEN A., VANDE LANOTTE J., VERHELLEN E., ANG F., BERGHMANS E., VERHEYDE M., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden-Boston, 2007;

- , *The Effects and Consequences of International Child Abduction*, in *Family Law Quarterly*, n. 3, 1998;

FUMAGALLI CARULLI O., *I diritti dei minori nelle Carte internazionali*, in *Jus*, n. 1, 2007;

FURIA A., *L'Unione europea*, in CARLETTI C. (a cura di), *Promozione, protezione ed attuazione dei diritti dei minori*, Torino, 2009;

GALLANT E., *Règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000*, in CADIET L., JEULAND E., AMRANI-MEKKI S., *Droit processuel civil de l'Union Européenne*, Paris, 2011;

GALLUZZO S.A.R., *Famiglia e minori. Percorsi di diritto e giurisprudenza*, Milano, 2010;

GARB L. (Ed.), *International Kidnapping (The Hague Convention on the Civil aspects of international child abduction)* Leiden, 2006;

GIALUZ M., *Diritto alla libertà e alla sicurezza*, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012;

GILMORE S., *The limits of parental responsibility*, in ID., PROBERT R., HERRING J. (Eds. by), *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford-Portland, 2009;

GLENN MOWER A. JR., *The Convention on the rights of the child*, London, 1997;

GONZÁLEZ CAMPOS J.D., *Diritto privato uniforme e diritto internazionale privato*, in PICONE P. (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Milano, 2004;

GOZZI M., *Regolamento 2201/2003 e protezione dei minori: nuovi chiarimenti della Corte di giustizia CE in tema di ripartizione della competenza e di tutela cautelare*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 1, 2010;

GRATALOUP S., *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, Paris, 1998;

GUARINO G., *Le novità del Trattato di Lisbona: art. 6.3 e integrazione dei sistemi*, in ZANGHÌ C., PANELLA L. (a cura di), *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità: Messina 26-27 giugno 2009*, Torino, 2010;

HARRIS DJ., O'BOYLE M., WARBRICK C., *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Dublin, Edinburgh, 1995;

HILTON W., *The effect of Judicial Delay in Proceedings under the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, in *American Journal of Family Law*, vol. 9, 1995;

HONORATI C., *Il nuovo procedimento pregiudiziale d'urgenza per i rinvii relativi allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 2, 2008;

- , *Purrucker I e II ed il regime speciale dei provvedimenti provvisori e cautelari a tutela dei minori*, in *Int'I Lis*, n. 2, 2011;

HUTCHINSON A.M., SETRIGHT H., *International parental Child Abduction*, Bristol, 1998;

IVALDI P., TUO C.E., *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato dell'Unione europea nella prospettiva dell'adesione alla CEDU*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 1, 2012;

JACOBS C., WHITE R.C.A., *The European Convention on Human Rights*, 4^oEd., New York, 2006;

JIMÉNEZ BLANCO P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008;

KILKELLY U., *The Child and the European Convention on Human Rights*, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sidney, 1999;

KINDLER P., *From Nationality to Habitual Residence: some brief remarks on the future EU Regulation on International Successions and Wills*, in BOELE-WOELKI K., EINHORN T., GIRSBERGER D., SYMEONIDES S., *Convergence and Divergence in Private International Law*, The Hague, 2010;

KOHLER C., *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato comunitario*, in PICONE P. (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Milano, 2004;

KRUGER T. , *International child abduction, the inadequacies of the Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2011;

KUIPERS J.J., *The (Non) Application of the Charter of Fundamental Rights to a Certificate for the Return of a Child*, in *European Human Rights Law Review*, 4, 2012;

LAMONT R., *Mainstreaming Gender into European Family Law? The Case of International Child Abduction and Brussels II Revised*, in *European Law Journal*, vol. 17, n. 3, 2011;

LAZZERINI N., *Il controllo della compatibilità del diritto nazionale con la Carta dei diritti fondamentali secondo la sentenza McB*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 1, 2011;

LEANZA U., CARACCILO I., *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui*, (Parte generale) Torino, 2012;

- , - , *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui*, (Parte speciale), Torino, 2012;

LEMMENS P., *The relation between the Charter of fundamental rights of the European Union and the European Convention on Human Rights – Substantive Aspects*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 8, n. 1, 2001;

- LIPARI N., *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Familia*, n. 1, 2006;
- LOMBARDINI I., *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale: il regolamento comunitario n. 2201 del 2003* (Prima parte), in *Studium Iuris*, n. 3, 2005;
- , *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale: il regolamento comunitario n. 2201 del 2003* (Seconda parte), in *Studium Iuris*, n. 6, 2005;
- LONG J., *L'impatto del regolamento CE 2201/2003 sul diritto di famiglia italiano: tra diritto internazionale privato e diritto sostanziale*, in *Familia*, n. 6, 2006;
- LOPES PEGNA O., *I procedimenti relativi all'efficacia delle decisioni straniere in materia civile*, Milano, 2009;
- LOTITO P.F., *Article 24-The rights of the child*, in MOCK W. B.T., DEMURO G. (Eds. by), *Human Rights in Europe*, Durham, 2010;
- LOWE N., *Case studies on the 1980 Hague Convention on the civil aspects of international child abduction*, in *Era-Forum*, n. 1, 2003;
- LOWE N., *Problems relating to access dispute under the Hague Convention on International Child abduction*, in *International Journal of Law and the family*, vol. 8, n. 3, 1994;
- , NICHOLLS M., *The 1996 Hague Convention on the protection of children*, Oxford, 2012;
- MANCINI A., *Le déplacement illicite international des enfant et le role de la Mission d'aide à la médiation internationale pour les familles*, in *Era-Forum*, 1, 2003;
- MANNA A., (Voce) *Sottrazione di minorenni e persone incapaci*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1994;
- MARCHEGIANI M., *Diritti dei minori*, in SESTA M. (a cura di), *Codice della famiglia*, vol. II, Milano, 2007;
- MARELLA M.R., *The Non-Subversive function of European private law: the case of Harmonization of family law*, in *European Law Journal*, vol. 12, n. 1, 2006;
- MARTINELLI P., MAZZA GALANTI F., *Diritto del bambino*, in BISOGNI G., BRONZINI G., PICCONE V., *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, Taranto, 2009;

MARTINY D., *Objectives and values of (private) international law in family law*, in MEEUSEN J., PERTEGÁS M., STRAETMANS G., SWENNEN F. (eds.), *International Family Law for the European Union*, Antwerpen-Oxford, 2007;

MAZZESCHI R.P., *La protezione della famiglia nel quadro degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, n. 1, 1995;

-, PUSTORINO P., VIVIANI A. (a cura di), *Diritti umani degli immigrati, tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, 2010;

MELLONE M., *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, in *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, n. 3, 2010;

MENEGHELLO M., *Sottrazione di minorenni e sottrazione di incapaci*, in RIONDATO S. (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, Vol. IV del *Trattato di diritto di famiglia* (sotto la direzione di ZATTI P.), Milano, 2002;

MENGOZZI P., *Il diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 2004;

MIGNOLLI A., *Il progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: alcuni spunti di riflessione*, in *Studi sull'integrazione europea*, vol. VII, 2012;

MIRATE S., *La CEDU nell'ordinamento nazionale: quale efficacia dopo Lisbona?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5, 2010;

MÖLLER G., *On the Hague Convention on the Civil aspects of International Child Abduction and its application by the Supreme Court of Finland*, in BOELE-WOELKI K., EINHORN T., GIRSBERGER D., SYMEONIDES S., *Convergence and Divergence in Private International Law*, The Hague, 2010;

MOSCONI F., *La protezione dei minori*, in SALERNO F. (a cura di), *Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato*, Padova, 1997;

-, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, 5°ed., vol. I, Torino, 2010;

MURA L., *Il diritto internazionale privato italiano nei rapporti con il diritto internazionale, europeo e straniero*, Torino, 2012;

MURRAY J.L., *The Influence of the European Convention of Fundamental Rights on Community Law*, in *Fordham International Law Journal*, Volume 33, Issue 5, 2011;

NADDEO F., *La filiazione naturale*, in AUTORINO G., *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, Torino, 2011;

NASCIMBENE B., *Revisione del regolamento "Bruxelles II" (n. 2201/2003) e libera circolazione delle persone*, in *Int'l Lis*, n. 2, 2008;

NOVI C., *La tutela dei diritti dei minori nell'ordinamento comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2007;

NYGH P., *The international abduction of children*, in DOEK J., VAN LOON H., VLAARDINGERBROEK P., *Children on the move, How to implement Their Right to Family Life*, 1996;

OCCHIOGROSSO F.P., *La mediazione nella giustizia minorile*, in *Minorigiustizia*, n. 1, 2008;

OTTAVIANO I., *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2011;

PACIA R., *I principi di diritto europeo della famiglia*, in *Europa e diritto privato*, n. 2, 2009;

PAGANO E., *La materia civile con implicazioni transfrontaliere e le competenze comunitarie di diritto internazionale privato*, in *Diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2008;

PAGOTTO A., *Sottrazione internazionale di minori*, in RIONDATO S. (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, Vol. IV del *Trattato di diritto di famiglia* (sotto la direzione di ZATTI P.), Milano, 2002;

PALLADINO R., *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, Bari, 2012;

PANEBIANCO M. (sotto la direzione di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001;

- , RUSSO T., *Un nuovo soggetto di diritto costituzionale: la "famiglia a statuto internazionale"*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, n. 29, 2008;

PANUNZIO S.P. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005;

PARAGGIO V., CICCARELLA F., *La sottrazione internazionale di minori, casistica e giurisprudenza*, Roma, 2005;

PARKER S., *The Best interests of the child – Principles and Problems*, in P. ALSTON P. (Ed. by), *The Best Interests of the Child*, Oxford, 1994;

PASTINA G., *La nozione di famiglia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e gli obblighi alimentari derivanti da unioni personali*, in CARELLA G. (a cura di) *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, 2009;

PATTI S., *Il «principio famiglia» e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Familia*, n. 2, 2006;

PAVARANI C., *Art. 8, Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in DEFILIPPI C., BOSI D., HAVERY R. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Napoli, 2006;

PAWLOWSKI R., *Alternative dispute resolution for Hague Convention Child custody disputes*, in *Family Court Review*, vol. 45, n. 2, April 2007;

PERNICE I., *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, vol. 27, n. 5, 2002;

- , *The Treaty of Lisbon: multilevel constitutional in action*, in *The Columbia Journal of European law*, vol. 15, n. 3, 2009;

PEREZ-VERA E., *Rapport explicatif de la Convention et Recommendation adoptées par la Quatorzième session, Actes et documents, Tome III Enlèvement d'enfants*, 1980;

PERONI G., *Ricorso in Cassazione per i provvedimenti di volontaria giurisdizione e regolamento (CE) n. 2201/2003*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 1, 2009;

PICONE P., *Misure provvisorie in materia familiare e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 1, 1995;

- , *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in ID., (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Milano, 2004;

PISILLO MAZZESCHI R., *La protezione della famiglia nel quadro degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, n. 1, 1995;

PITEA C., TOMASI L., *Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in BARTOLE S., P. DE SENA, ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012;

POCAR F., *Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato ed europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 2, 2011;

- , *La comunitarizzazione del diritto internazionale private: una «european conflict of laws revolution»?* , in *Rivista di diritto internazionale private e processuale*, n. 4, 2000;

- , VIARENGO I., *Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 4, 2009;

QUEIROLO I., *La sottrazione internazionale di minori: pluralità di fonti e difficoltà nell'applicazione di esse*, in AA. VV., *Le controversie in materia di filiazione*, Padova, 2010;

- , SCHIANO DI PEPE L., *Lezioni di diritto dell'Unione europea e relazioni familiari*, II ed., Torino, 2010;

RAVERA C., *Art. 5, Uguaglianza degli sposi*, in DEFILIPPI C., BOSI D., HARVEY R. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Napoli, 2006;

RE P., SANCHEZ A.M., *La sottrazione internazionale dei minori: aspetti psicologici*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 2, 2002;

RECINTO G., *La situazione italiana del diritto civile sulle persone minori di età e le indicazioni europee*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 3, 2012;

REYNOLDS S.E., *International parental child abduction: Why we need to expand custody rights protected under the child abduction Convention*, in *Family Court Review*, vol. 44, n. 3, 2006;

RIETIKER D., *Un enlèvement d'enfant devant la Grande Chambre de la Cour Européenne des droits de l'Homme: l'affaire Neulinger et Shuruk c. Suisse analysée à la lumière des méthodes d'interprétation des traités internationaux*, in *Rev. Trim. dr. H.*, n. 90, 2012;

RINOLDI D. (a cura di), *La sottrazione internazionale di minori da parte di un genitore. Studi e documenti sul Kidnapping internazionale*, Padova, 1988;

- , *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in DRAETTA U., PARISI N.(a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione Europea, Parte speciale: Il diritto sostanziale*, Milano, 2010;

RIVELLO R., *L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità*, in *Minorigiustizia*, n. 3, 2011;

ROMANI M., LIAKOPOULOS D., *Giustizia materiale nel diritto internazionale privato e comunitario*, Torino, 2009;

RONFANI P., *Alcune riflessioni sulla responsabilità genitoriale. Enunciati del diritto, rappresentazioni normative e pratiche sociali*, in *Sociologia del diritto*, n. 1, 2010;

ROSSI L.S., *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla «comunitarizzazione» alla «costituzionalizzazione»*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 1, 2004;

RUGGIANO M.E., *Dal Regolamento (CE) n. 1347/2000 al Regolamento (CE) n. 2201/2003*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, n. 2, 2005;

RUI F., PEREIRA P. , *Dèveloppement du droit de la famille en Europe*, in *Era-Forum*, 1, 2003;

RUO M.G., *I diritti dei minori e il ruolo del mediatore*, in CAGNAZZO A. (diretto da), *La mediazione familiare*, Torino, 2012;

- , *Tutela dei figli e procedimenti relativi alla crisi della coppia genitoriale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 2, 2011;

RUSSO R., *La CEDU censura i giudici Italiani: per realizzare l'interesse del minore non bastano misure stereotipate ed automatiche. Un esempio di adeguamento ai principi della Convenzione europea*, in *Famiglia e diritto*, n. 7, 2011;

SALERNO F., *Competenza giurisdizionale, riconoscimento delle decisioni e diritto all'equo processo*, in DI STEFANO A., SAPIENZA R., *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, Napoli, 2012;

SALZANO A., *Libertà di espatrio ed interesse del minore*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 2, 1997;

- , *La sottrazione internazionale di minori. Accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*, Milano, 1995;

- , *Note sull'applicazione della Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980 in Italia ed all'estero (a proposito di Cass. 27 maggio 2008 n. 13829, in Il diritto di famiglia e delle persone, n. 4, 2009;*

- , *Sui rapporti intercorrenti (e sulle reciproche implicazioni) tra il cd. Regolamento di Bruxelles II bis e la Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori: per una maggiore effettiva tutela, in Il diritto di famiglia e delle persone, n. 1, 2012;*

SANDRINI L., *Protezione dei minori (dir. int. priv.), Matrimonio (dir. int. priv.), in Dizionario giuridico (diretto da N. IRTI), Milano, 2010;*

SCARAFONI S., *Il regolamento n. 2201/2003 sulla competenza ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e genitoriale, in ID. (a cura di), Il processo civile e la normativa comunitaria, Milano, 2012;*

SCHULZ A., *The 1980 Hague Child Abduction Convention and the European Convention on Human Rights, in Transnational Law & Contemporary Problems, vol. 12, n. 2, 2002;*

SCIANCELEPORE G., STANZIONE P., *Minori e diritti fondamentali, Milano, 2006;*

SERGIO G., *La giustizia minorile, Dalla tutela del minore alla tutela civile dei diritti relazionali, in LENTI L.(a cura di), Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia, vol. VI (II ed.) del Trattato di diritto di famiglia, diretto da ZATTI P., Milano, 2012;*

SORRENTINO F., *La tutela multilivello dei diritti, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, n. 1, 2005;*

SPERDUTI G., *Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno, in Rivista di diritto internazionale, 1954;*

STALFORD H., *EU Family law: a human rights perspective, in MEEUSEN J., PERTEGÁS M., STRAETMANS G., SWENNEN F. (eds.), International Family Law for the European Union, Antwerpen-Oxford, 2007;*

- , *Regulating family life in post-Amsterdam Europe, in European Law Review, vol. 28, n. 1, 2003;*

STANZIONE P., *Garanti per l'infanzia e interesse del minore, Salerno, 2000;*

- , *Minori (condizione giuridica dei), in Enciclopedia del Diritto, Milano, 2011;*

STRUMENDO L., DE STEFANI P., *Il Garante dell'infanzia e dell'adolescenza*, in LENTI L. (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, vol. VI (II ed.) del *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI P., Milano, 2012;

SUMAMPOUW M., *Parental responsibility under Brussels II*, in BASEDOW J., MAIER I., SCHNYDER A.K., EINHORN T., GIRSBERGER D., *Private Law in the International arena, from national Conflict Rules Towards Harmonization and Unification: Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2000;

TENREIRO M., EKSTROM M., *Recent developments in European family law*, in *Era-Forum*, 1, 2003;

TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, Padova, VII ed., 2012;

TIRINI M., PESCE C. (con la collaborazione di), *Controversie a carattere transnazionale nei casi di sottrazione internazionale di minore*, in AA. VV., *Le controversie in materia familiare*, Padova, 2010;

TIZZANO A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, 2° ed., tomo II, Torino, 2006;

- , *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2011;

- , GENCARELLI B., *La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice de l'Union Européenne*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 2, 2009;

TOMASI L., *Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in BARTOLE S., P. DE SENA, ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012;

- , *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007;

TOMMASEO F., *Il processo civile familiare e minorile italiano nel contesto dei principi europei*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 3, 2012;

TONOLO S., *La sottrazione dei minori nel diritto processuale civile europeo: il regolamento Bruxelles II bis e la Convenzione dell'Aja del 1980 a confronto*, in *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, n. 1, 2011;

TUO C., *La nozione di ordine pubblico processuale tra Bruxelles I e CEDU*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 4, 2010;

TURRI G., *La valutazione dell'interesse del minore. Profili giuridici e profili psicologici*, in *Questione Giustizia*, n. 1, 2000;

- , *I grandi principi europei di tutela dei minori*, in *Minorigiustizia*, n. 2, 2008;
- UCCELLA F., *La prima pietra per la costruzione di un diritto europeo delle relazioni familiari: il regolamento n. 1347 del 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 *Giustizia civile*, n. 2, 2001;
- URSO E., *Il diritto di famiglia nella prospettiva «europea»*, in BRUNETTA D'USSEAUX F. (a cura di), *Il diritto di famiglia nell'Unione europea*, Padova, 2005;
- VAN BUEREN G., *The International Law on the Rights of the Child*, 1998;
- VAN LYNDEN C.J.H., *Forum Shopping*, London, 1998;
- VANDEKERCKHOVE K., *Le recouvrement des obligations alimentaires en Europe – Un nouveau cadre législatif*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, n. 1, 2010;
- VAN LOON H., *The Hague Conference on private international law: work in progress (2008-2010)*, in BONOMI A., ROMANO G.P. (Eds.), *Yearbook of Private International Law*, vol. 12, 2010;
- VAREILLES-SOMMIÈRES P., *Forum shopping in the European judicial area*, Oxford, 2007;
- VASSALLI DI DACHENAUSEN T., *Affidamento dei figli e sottrazione internazionale di minori*, in FERRANDO G. (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, vol. I, *Matrimonio, separazione e divorzio*, Bologna, 2007;
- VIARENGO I., *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti*, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, n. 3, 2011;
- , *Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008*, in ZACCARIA A. (a cura di), *Commentario breve al diritto di famiglia*, Padova, 2011;
- VIGERS S., (former Legal Officer of the Permanent Bureau), Prel. Doc. No 5 of October 2006, for the attention of the “Fifth Meeting of the Special Commission to review the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction” (The Hague, 30 October – 9 November 2006);
- , *Mediating International Child Abduction Cases, The Hague Convention*, Oxford and Portland, Oregon, 2011;

VILLANI U., *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2004;

VILLATA F.C., *Obblighi alimentari e rapporti di famiglia secondo il regolamento n. 4/2009*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3, 2011;

WALLBANK J., *Parental responsibility and the Responsible Parent: Managing the "Problem" of contact*, in PROBERT R., GILMORE S., HERRING J., *Responsible Parents and Parental Responsibility*, 2009;

WEINER M.H., *Uprooting Children in the Name of Equity*, in *Fordham International Law Journal*, vol. 33, n. 2, 2010;

WOELK J., *Diritto all'istruzione*, in BARTOLE S., P. DE SENA, ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012;

ZACCARIA A., *Commentario breve al diritto di famiglia*, Padova, 2008;

ZAMBRANO V., *Interesse del minore e affidamento congiunto. Esperienze europee a confronto*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, n. 2, 2000;

-, *Ordini di protezione e tutela del minore*, in AA. VV. *Maltrattamenti ed abusi sessuali sui minori: fenomeno, tutela, intervento*, Lecce, 2012;